

ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında Cerîde-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamıştır. Cerîde-i Mehâkim-i Adliye, Cerîde-i Adliye, Adliye Cerîdesi ve Adliye Dergisi isimleri ile yayımını sürdürmüştür. Dergi, 1946 yılından itibaren Adalet Dergisi adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Dergiye ait dönemlendirme bu duruma göre yapılmıştır. Adalet Dergisi 62-63. sayılarından (2019) itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.



73
(2024/2)

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

Sayı: 73 2024/2
ISSN: 1011-730X
ISSN (online): 2717-6614
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Yılmaz TUNÇ
Adalet Bakanı

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Hurşit YILDİRIM
Bakan Yardımcısı

Editör
Murat EROL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Dil Editörleri
Halit Haki BARUT/Yusuf ÖNÇİRAK/Dr. Berat DUMAN

Dijital Koordinasyon: İsmail SARIKAYA
Tasarım: Hasan KELEŞ

Web Tasarım: İbrahim KÖSE/Enes ŞERBET

Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Barış KÖKSAL/İsmail SARIKAYA

Arşiv Dağıtım: Veysel ÜNAL/Alper USLU/Talip DEMİRCİ/Alper BAYSAL

Eğitim Dairesi Başkanlığı
Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13
Yenimahalle / ANKARA

Tel: (0312) 204 11 29 - (0312) 204 13 07, Belge Geçer: (0312) 219 64 17
e-posta: dergiadalet@gmail.com / adaletdergisi@adalet.gov.tr
www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.
Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır.

Tüm hakları Adalet Bakanlığına aittir. İzinsiz çoğaltılamaz.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayımlanacak makalelerin intihal incelemesi Ankara Hacı Bayram Veli
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü işbirliği ile yapılmaktadır.

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

Baskı – Cilt:
EMSAL MATBAA DAĞITIM
Hiz.San.ve Tic. Ltd. Şti.
Bahçekapı Mah. 2477 Cad.No:6 Etimesgut Ankara
Tel: +90 312 278 82 00 – Faks: +90 312 278 82 30
Etimesgut V.D.:3340992742



BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
İstanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf
Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Ahmet ÜSTÜNBAŞ
Mevzuat Genel Müdürlüğü
Genel Müdür Yardımcısı

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Dr. Musa TANRISEVEN
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Tetkik Hâkimi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCI
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

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

Doç. Dr. Cem Duran UZUN
Ankara Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

73. SAYI HAKEM KURULU*

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Berrin AKBULUT	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mine AKKAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa ÇOLAK	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Koray DOĞAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haydar Burak GEMALMAZ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa İsmail KAYA	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri KESER	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuran KOYUNCU	Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nesibe KURT KONCA	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Ali ZENGİN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat AKSAN	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Barlas ARSLAN	Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi
Doç. Dr. Selman DURSUN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fatih Buğra ERDEM	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Elif YILMAZ FURTUNA	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Yasemin GÜLLÜOĞLU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Kevser Begüm İSBİR	Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ş. Barış ÖZÇELİK	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Semih Sırrı ÖZDEMİR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Salih POLATER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Duran UZUN	Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Akın ÜNAL	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Yasin SÖYLER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Derviş ALTINOK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Fethullah BAYRAKTAR	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Rıdvan DEĞİRMENÇİ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin EKİCİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat EKİNCİ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ERGÜNE	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Esra KAŞAK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Betül KAYAR	Ondokuz Mayıs Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ	Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Y. ÖZKAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Fikriye Ceren SADIÖĞLU	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem YÖRÜK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. Damla AKKAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. Mahmud Esad KALIPÇI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. Abdullah Vefa KARATAŞ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Dr. Serhan YILDIRIM	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Listeleme Unvan İçerisinde Soyadlara Göre Yapılmıştır.*

Adalet Dergisi



Veri tabanlarında taranmaktadır.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

Kamu Hukuku/Public Law

- 15-44 • **Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU** - Yeni Sivil Anayasanın Yol Haritası
Route Map of the New Civilian Constitution
- 45-62 • **Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER** - İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları - I
The Debates on the Influence of Islamic Law on English Common Law - I
- 63-83 • **Doç. Dr. Abdullah ÖMERCİOĞLU** - Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Etkin Pişmanlık, Uyarılma Yargılamaları ve Yapılandırma Kanunlarının Bu Yargılamalar Üzerindeki Etkileri
Effective Remorse in Tax Evasion Offenses, Adaptation Trials and the Effects of Restructuring Laws on These Trials
- 85-107 • **Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU / Arş. Gör. Elif Başak KARTLI** - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7 No'lu Protokol Bağlamında Yerleşik Yabancıların Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Usuli Güvencelerin Sınırlandırılması Rejiminde Eşik: Muhammad ve Muhammad V. Romanya Kararı
A Threshold for Limitation Regime of Procedural Safeguards for the Expulsion of Resident Aliens in the Context of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights: Muhammad and Muhammad v. Romania
- 109-119 • **Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ** - 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Düzenlenen Suçlarda Zararın Giderimi Koşuluna Bağlı Tutulan Etkin Pişmanlık Haline İlişkin Düzenleme ve Uygulamaya Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme
A Critical Evaluation of the Regulation and Practice Regarding the Effective Remorse Conditioned on the Condition of Compensation of the Damage in the Crimes Regulated in the Anti-Smuggling Act Numbered 5607
- 121-163 • **Doç. Dr. Recep DOĞAN** - Ceza Muhakemesi Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve AİHM Yaklaşımı
The Interception of Communications in Criminal Procedure Law and the ECHR's Case Law
- 165-197 • **Doç. Dr. Hüseyin TURAN** - Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Perspektifinden Adli Kontrol Bağlamında Konutu Terk Etmeme Tedbiri
The Measure of not Leaving the House in the Context of Judicial Control from the Perspective of the Right to Personal Liberty and Security
- 199-239 • **Doç. Dr. Uğur BULUT** - Yüksek Yargı Organları Arasında İçtihat Birliğinin Sağlanması
Ensuring the Unity of Jurisprudence Among the Higher Judicial Bodies

- 241-270 • **Doç. Dr. Osman SARIASLAN** - Düşük Tutarlı Vergi Davalarında Yüksek Tutarlı Vekâlet Ücreti Sorunu: Anayasal Eksende Bir İnceleme
The Problem of High Amount Attorneys' Fees in Low Amount Tax Cases: A Review on the Constitutional Axis
- 271-289 • **Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Onursal CİN** - Türk Ceza Hukukunda Tekerrürün Sonuçları
Consequences of Recidivism in Turkish Criminal Law
- 291-366 • **Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem YÖRÜK** - Osmanlı Erbâb-ı Hukuku! İttihad Edin: Osmanlı Hukukçularının İlk Cemiyetleşme Teşebbüsleri (1908-1910)
Ottoman Jurists! Unite: Ottoman Jurists' Initial Attempts to Establish Legal Associations
- 367-402 • **Dr. Öğr. Üyesi Hasan İBA** - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasa Çatışması Bağlamında Sözleşme'nin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesine İlişkin 7. maddesinin Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu
In the Context of the Conflict Between European Convention on Human Right and Turkish Constitution the Problem of Applicability of the Article 7 of the Convention in Turkish Law
- 403-424 • **Dr. Öğr. Üyesi Hatice Derya ORMANOĞLU DURANLIOĞLU** - Devlet Başkanının Kanunları Geri Gönderme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yetkinin Değişen Niteliği
The Power of Heads of State to Return Laws and the Changing Nature of this Power with the Presidential Government System
- 425-457 • **Dr. Öğr. Üyesi Esra YILMAZ EREN** - Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bağlamında Hassas Durumdaki Yabancıların İdari Gözetimi
Immigration Detention of Vulnerable Foreigners in the Context of the Right to Liberty and Security
- 459-480 • **Dr. Öğr. Üyesi Kader Melis TOPÇU** - İntifa Hakkının Vergilendirilmesi Bakımından Vergi İdaresinin Yaklaşımına İlişkin Bir Eleştiri
A Critique of the Tax Administration's Approach to the Taxation of the Usufruct Rights
- 481-507 • **Arş. Gör. Dr. Mahmud Esad KALIPÇI** - Vakıflar Kanununun Mahlûliyete İlişkin 17. maddesinin MİRİ Arazinin Aşar ve Rûsumunun Vakfedildiği Gayrisahih Vakıflarda Uygulanması Sorunu
The Problem of the Implementation of Article 17 of Waqfs Law No. 5737 Regarding Escheat (mahlûliyet) on Gayrisahih Type of Waqfs in Which Devoted Tithe (Aşar) and Taxes (Rusum) of Miri Land
- 509-538 • **Dr. Enver KAŞLI** - Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçlarında Sarkıntılık Düzeyi (TCK m. 102/1-c. 2 ve TCK m. 103/1-c. 2)
Molestation Level of Sexual Assault and Child Sexual Abuse (TPC art. 102/1-s. 2 and TPC art. 103/1-s. 2)

- 539-556 • **Arş. Gör. Dr. Serhan YILDIRIM** - Hanefi Geleneğinde Müftünün Hareket Tarzı
Die Methode des Muftis in der hanafitischen Tradition
- 557-589 • **Dr. Faysal MAYAK** - Meclis-i Mebusan'daki Adliye Nezareti Bütçesi Görüşmeleri Çerçevesinde Osmanlı Adalet Sisteminin Durumu (1910-1912)
The Situation of the Ottoman Justice System within the Framework of the Budget Discussions of the Ministry of Justice in the Chamber of Deputies (1910-1912)
- 591-613 • **Arş. Gör. Berk YILMAZ** - 2017 Anayasa Değişikliği Sonrası İdarenin Kanuniliği İlkesi Çerçevesinde Kamu Hizmeti Kurma Yetkisi
Authority to Establish Public Service within the Framework of the Principle of Legality of the Administration, after the 2017 Constitutional Amendments
- 615-639 • **Arş. Gör. Mustafa Fatih SARI** - Namık Kemal ve Osmanlı'da Anayasal Düşüncenin Gelişimi
Namık Kemal and the Development of Constitutional Thought in the Ottoman Empire
- 641-657 • **Medet AKCAN** - Yargıtay Kararları Işığında TCK m.297/4'te Düzenlenen "Etkin Pişmanlık" Hükmünün Uygulanabilme Şartları
Conditions for the Applicability of the 'Active Remorse' Provision Regulated in Article 297/4 of the Turkish Penal Code in Light of Court of Cassation Decisions
- 659-688 • **Oğuzhan SAPAN** - Bir Tabiat Varlığı Olarak Anıt Ağaçların Türk Hukukunda Düzenlenmesi
Regulation of Monumental Trees as a Natural Heritage in Turkish Law

Özel Hukuk/Private Law

- 691-710 • **Doç. Dr. Ayşe KILINÇ / Doç. Dr. Aslı ARAS** - İlâmsız İcra Takibinde İcra Dairesi Yetkisizliği Kendiliğinden Dikkate Alabilir Mi?
Can the Execution Office Consider the Lack of Jurisdiction in an Enforcement Proceeding without Judgement Ex Officio?
- 711-755 • **Dr. İsmail Emrah KARAYEL** - ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği
ICSID Arbitration and Abuse of ICSID Arbitration in the Light of the Example of Türkiye
- 757-795 • **Dr. İpek B. ALDEMİR TOPRAK** - Üretim Hatalarının Organizasyon Sorumluluğu Bağlamında Ele Alınması
Handling Production Defects in the Context of Organizational Responsibility

- 797-821 • **Dr. Öğr. Üyesi Erhan FIRAT** - Aile Arabuluculuğu Eğitimi: İngiltere Örneği
Family Mediation Training: The Example of England
- 823-853 • **Dr. Öğr. Üyesi Orkun TAT** - Türk Borçlar Kanunu M. 344/III ile M. 138 Arasındaki İlişki Çerçevesinde Konut Kira Sözleşmesinde Kira Bedelinin Uyarlanması
Adjustment of the Rental Price in Residential Rental Agreements Within the Context of the Relationship Between Art. 344/III and Art. 138 of the Turkish Code Of Obligations
- 855-885 • **Dr. Öğr. Üyesi Pınar AKTAŞ AVCI** - Yeni Bir Erginlik Türü: “Dijital Erginlik”
A New Type of Maturity: “Digital Maturity”
- 887-928 • **Arş. Gör. Dr. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY** - Türkiye’de Yabancı Mevsimlik Tarım İşçilerinin Çalışma Koşulları
Working Conditions of Foreign Seasonal Agricultural Workers in Türkiye
- 929-950 • **Ayfer KAHRAMAN** - Faktoring Sözleşmelerinden Kaynaklanan Vergisel Yükümlülüklerin Devrinin Sözleşme Serbestisi İlkesi Kapsamında Ele Alınması
Considering the Transfer of Tax Liabilities Arising from Factoring Contracts within the Scope of the Principle of Freedom of Contracts

İNCELEME

- 953-960 • **Kader GÜNER** - Sağır ve İşitme Engellilerin Adalete Erişimde Yeri
- 963 • **Etik Kuralları ve Yayın Politikası**
- 973 • **Yazım ve Atıf Kuralları**

KAMU HUKUKU

YENİ SİVİL ANAYASANIN YOL HARİTASI

Route Map of the New Civilian Constitution

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU*

Öz: Yeni sivil bir anayasanın yapımı gündemdeki yerini korumaktadır. Yeni sivil anayasa yapılma ihtiyacı, mevcut Meclisin yeni anayasa yapmaya yetkili olması, bu konudaki yöntem ve sürecin belli olmaması, yeni anayasada yer alması düşünülen konular bu yazının konusunu oluşturmaktadır. Mevcut 1982 Anayasasının, şu ana kadar yapılan değişikliklere rağmen uygulamada görülen aksaklıkları, daha önce kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmalarının olumlu ve olumsuz yönleri burada ele alınmıştır. Anayasa Uzlaşma Komisyonunun uzlaşmadığı konular incelenmiş, geleceğe bir perspektif çizilmeye çalışılmıştır. Yeni anayasa yapımı usul ve esas açısından analiz edilmiş anayasanın başlangıcı, temel hak ve hürriyetler, yasama, yürütme ve yargı konuları irdelenmiş, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde sağduyunun hâkim olması halinde, yeni bir anayasanın yapımında başarılı olunabileceği görüşüne ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, yeni ve sivil anayasa, yöntem ve esas.

Abstract: The construction of a new civilian constitution remains on the agenda. The need for a new civil constitution, the current Parliament is the authorized body to make a new constitution, the uncertainty of the method and process in this regard, and the issues that are considered to be included in the new constitution constitute the subject of this article. The shortcomings of the current 1982 Constitution, seen in practice despite the changes made so far, and the positive and negative aspects of the work of the Constitutional Reconciliation Commission of the Turkish Grand National Assembly, which was previously established, are discussed here. The issues on which the Constitutional Reconciliation Commission could not agree were examined and a perspective for the future was tried to be drawn. The making of a new constitution was analyzed in terms of procedure and substance, the beginning of the constitution, fundamental rights and freedoms, legislative, executive and judicial issues were examined, and the opinion was reached that if common sense prevails in the Grand National Assembly of Turkey, it can be successful in the making of a new constitution.

Keywords: Constitution, new and civil constitution, method and basis.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, htfendoglu@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1211-6989

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573440

Makale Geliş Tarihi: 05.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 11.09.2024

GİRİŞ: YENİ ANAYASA İHTİYACI

Son yıllarda Türk Anayasa Hukukunda dört radikal değişim yaşanmıştır; birincisi, Kıta Avrupa'sından daha çok Anglo-Sakson hukuku etkisinin giderek artmasıdır. Bu hukuki eğilim, anayasa hukuku ve kamu hukukunun değişik branşlarında dikkat çekmektedir. İkincisi, Osmanlı'nın reddi (redd-i miras) politikasının red edilmesidir (redd-i mirasın reddi). Üçüncüsü, iletişim devriminin de kaçınılmaz etkisiyle, Türkiye'nin ve anayasa hukukunun küreselleşme sürecine girmiş olması; dördüncüsü, değişim sürecinin Anayasa değişikliklerine de damgasını vurmuş olmasıdır. 1982 Anayasası, daha önceki hiçbir Türk Anayasasında görülmeyen bir değişime uğramış, 19 kez değiştirilmiştir. Türkiye'de 1982 Anayasası için yapılan 19 adet Anayasa değişikliklerinin genel gerekçelerine bakıldığında şunların belirtildiği görülmektedir; kamuoyunun beklentileri, yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenme gereği, AB'ye tam üyelik sürecinde gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının lüzumu, çağdaş demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun insan hakları ve hukukun üstünlüğüdür.¹ 1982 Anayasası bugüne kadar partiler arası mutabakatla değiştirilmiştir ki aynı yöntem sürdürülmelidir.

Önerilen anayasa “yeni” denilmesinin nedeni, yapılış biçimi, halkın özgür iradesine dayanıp, tartışma ve uzlaşma yoluyla yapılabilmesidir. Bu anayasa, AİHS ve AİHM içtihatları gibi kaynaklardan yararlanan, ama yerli bir çalışma olmalıdır. Yeni anayasa hiçbir ideolojik tercihi yansıtmamalı, nötr olmalı, Sartori'nin belirttiği gibi faydacı anayasa/çerçeve anayasa niteliğinde olmalıdır. Yeni anayasa evrensel değerlere uygun ve bu anlamda glocal (global ve local) olmalıdır.

Aslında Türkiye'de, 1950-1960 arasında olduğu gibi, 1961 ve 1982 darbe Anayasalarının kabulünden hemen sonra da anayasa değişikliği tartışmaları başlamıştı. Yazılı anayasa olmayan İngiltere'de anayasal ilkelere uyum konusunda büyük bir tartışma bulunmamaktadır. Bizde ise ayrıntılı anayasa olmasına rağmen hiç olmayacak (367 toplantı yeter sayısı gibi) tartışmalar yaşanmıştır.

Türkiye 1982 Anayasasından sonra anayasa değişikliğini konuşmaya başlamıştır. Aslında anayasalar, kişi veya meclisin kafasından çıkan şeyler olmayıp, bunların daha ötesinde, tarihi tekâmülün ve siyasi karmaşanın içinden süzülüp gelir ve ihtiyaçlara cevap veren bir yapıda olurlar. Tepki anayasası olan ve özgürlüklerin teröre neden olacağı varsayımından çıkış yapan, hiyerarşik yöntemle hazırlanan 1982 Anayasasının ilk haline göre, Anayasa, birey karşısında devleti kutsayan bir yapıdadır. Birey ve toplumu siyasi bir tehdit olarak gören, onları siyasi bir dar alana hapseden, devleti kurarken de devleti koruma içgüdüsüyle davranan bir yapıdadır. Devlete sahip olanlar, sivil topluma ve sivil toplum kurumlarına kuşku ile bakabilmektedirler.²

¹ Anayasa yapımı ve Anayasayı değiştirme sorunu hakkında ayrıntı için bkz. Hasan Tunç, Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Nobel Dağıtım, Ankara, 1999, s. 69-73.

² Ergun Özbudun, “Türkiye’de Siyasal Kültür ve Demokrasi”, Türkiye’de Demokrasi ve Siyasal Kültürün Gelişmesi, İzmir, 1990, s. 66.

Ülkemizin yakaladığı istikrarı koruması ve geliştirmesi, evrensel kurallara uygun olarak yapılmış sivil bir anayasa ile pekişecektir. Sivil anayasayı sivil irade hazırlayacak, halk sivil anayasayı, seçilmiş Meclisi ile yapacaktır. İlk yapılışı itibarıyla 1961 Anayasasının sahibi Cunta ve Cumhuriyet Halk Partisi iken 1982 anayasasının sahibi sadece Cuntadır, denilebilir.

Anayasalar milletin ve devletin yaptığı anayasalar şeklinde ikiye ayrılabilir. Milletin yaptığı anayasalara örnek İngiltere'dir. İngiltere'de Taç, yazısız kurallara göre, parlamentoyu feshedebilir. Fesihten sonra seçim için de yazılı kural olmadığı gibi aksinin yaptırımı da yoktur. Taç, parlamentoyu feshetse ve seçime gitmese İngiltere'de ne olur? Bu soru İngiltere'de kimsenin aklına gelmemiştir. Milletin ve Devletin sürekliliği ve tarihi devamlılığı olduğu için milletin yaptığı anayasalar böyle olur. Devletin yaptığı anayasaya örnek Fransız anayasacılığıdır. Fransızlar genel ilkelere sahip çıkmak için değil, onları yıkmak için birçok anayasalar yapmışlardır, devlet milleti şekillendirmiştir.

Anglo Sakson hukuk geleneğine göre yargı, bireyleri devletin kötü muamelesine karşı korumak üzere kurulu ve yargının yürütmeden ayrı olması gerekli iken; Fransa'da yargı, 1789 öncesinde Kralın halkı baskı altında tutmasının bir aracıydı. Fransa'da 1789 sonrasında yargının gücü iyice sınırlanmış, yargıya daha az güvenen bir hukuk kültürü oluşmuştur. Komünist ve sosyalist kültürde ise yargı devlete bağımlıdır.

Türkiye'de daha önce sivil ve askeri bürokrasinin talepleri anayasa kuralı haline getirilmişti, şimdi milletin isteği kural haline getirilmeli, devlet-millet bütünleşmesi sağlanmalıdır; milletin devleti olmalıdır. Anayasa millete ve devlete aittir, sahibi millettir; Devletle millet arasındaki sosyal sözleşmedir; seçkinlere değil, millete ait olmalıdır. Güçlü bir anayasal demokrasi, ülkenin, uluslararası toplumda etkinliğinin artması demektir. Avrupa ihtiyarlamış ama Türkiye genç nüfusuyla İslam dünyası ve Batı için demokratik bir model olabilir. Kuşkusuz ki yeni sivil anayasa bir mucize de değildir.³

Gelişen yapı, durum, teknoloji ve diğer nedenlerle bulunduğumuz yüzyılda yaklaşık 51 ülke yeni anayasasını yapmıştır. Güney Afrika Anayasası 1996 yılında kabul edilmişti; halkın aktif katılımı olmuş, nüfusun % 73'ü anayasa yapımına aktif olarak katılım sağlamıştır.⁴

Anayasa yapımının kolay bir iş olmadığı kabul edilmelidir. Siyasi ve iktisadi istikrar, evrensel normlara sahip sivil bir anayasa ile daha mümkün olacaktır. Yeni Anayasa ile "Türkiye Rüyası" imajı güçlendirilmeli, şu ana kadar yapılan reformlar taçlandırılmalıdır. Yeni bir anayasa yapılması, hukukun üstünlüğüne işarettir, çünkü Anayasanın 175 inci maddesine göre anayasa yapılmaktadır. Mevcut TBMM, tarihin ve sosyoloji nehrinin akışına göre, yeni anayasaya en yakın olduğumuz süreç olarak görülebilir. Halen

³ Mümtaz Soysal, Anayasanın Anlamı, 7. Baskı, İstanbul, 1987, s. 406.

⁴ Hassen Ebrahim, The Soul of a Nation, Constitution-making in South Africa, Oxford University Press, 1998; PDF için bkz. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/02587203.2000.11827592> (s.e.t: 15.7.2024).

TBMM, halkın çok büyük çoğunluğunu temsil etmektedir. Yeni Anayasa bunalım emici olmalı, sorun çıkarıcı olmamalı, uzman hukukçular anayasa yazımında rol almalıdır.

1961 ve 1982 Anayasalarını yapanlar, “*uygun anayasa*” değil, “*vesayetçi anayasa*” amaçlamışlardır. 1982 Anayasası ülke barışını ve adaleti yeterince koruyamamış, toplumsal gelişmelerin gerisinde kalmıştır.⁵

1982 Anayasasının maddeleri şu ana kadar toplam 184 kez değişime uğramış, insicamı bozulmuştur. Mevcut anayasanın 23 maddesi mülgadır. 177 madde olan Anayasa'nın sadece 154 maddesi geçerliliğini korumaktadır. Mevcut anayasanın 21 maddesi adı üzerinde, geçici maddedir. Anayasanın muğlak maddeleri vardır. Mevcut Anayasada Kurul, Konsey, Komite gibi benzer kavramlar yer almıştır. 1982 Anayasasını yapan darbeciler Ankara 14. Ağır ceza Mahkemesinde yargılanmışlardır.

Yeni anayasa yapıncaya kadar yol temizliği gerekebilir. Anayasanın başörtüsü ve aile yapısı konusunda 24 ve 41 inci madde değişiklikleri konusunda siyasi partilerin eğilimi, yeni anayasa yapımı konusunda işaret fişegi sayılabilir. Yeni anayasa yapmak sadece iktidarın değil, tüm milletvekillerinin görevidir. Yol temizliği yapılmasının ve konuya etik yaklaşmanın önemi Anayasa Uzlaşma Komisyonu tecrübesi ile bir kez daha anlaşılmıştır. Seçim Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu ve TBMM Yeni İç Tüzüğü ve Anayasa Uzlaşma Komisyonunun daha önce oybirliği ile kabul ettiği, genellikle temel haklarla ilgili, 62 maddelik anayasa değişikliği öncelikle kabul edilmelidir.

Duygu, fikir ve hayal kelimelerle ifade olunur. Dil ortadan kalkarsa millet de ortadan kalkar. Geçmişle sıkı bağ olmazsa milli bilinç oluşmaz. Genel dil günlük konuşulan dil iken, hukuk dili özel dil kategorisinde yer alır. Hukuk dili, genel dil ile iç içedir. Hukuk dilini vatandaş anlamalıdır. Bu bağlamda Devletimizin ismi Anayasa'nın farklı maddelerinde farklı isimlerle anılmaktadır; Anayasa'nın Başlangıcı ile 2 nci, 90 ıncı, 104 üncü, 174 üncü ve 177 inci maddelerinde “Türkiye Cumhuriyeti” şeklinde geçmekte iken, Başlangıç ve 66 ncı maddede “Türk Devleti” olarak bahsedilmektedir. Anayasa'nın 28 inci, 74 üncü ve 126 ncı maddelerinde “Türkiye” kavramı kullanılmışken, 1 inci ve 3 üncü maddelerinde “Türkiye Devleti” kavramı kullanılmıştır. Görüldüğü gibi 1982 Anayasası kullanılan dil açısından çelişkilidir.

Anayasa'nın 11 inci maddesinde geçen “... *idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri*” kelimeleri lüzumsuz tekrardır; 14 üncü maddenin 2 nci fıkrasında “*Devletin temel hakları*” değil, “*devletin yetkileri*” olmalıdır. Anayasada 1462 tane “ve” bağlacı vardır ki bunların 1000 tanesi gereksizdir ve bu iki sayfa tutmaktadır. Türkçenin derinliklerini taşımayı başaran, farklılıkları muhafaza edebilecek şekilde bir araya getirilebilen, birlikte yaşama hukukunu gözetebilecek özgürlükçe, demokratik, yeni ve sivil bir anayasanın hazırlanması gerekmektedir.⁶

⁵ Hasan Tahsin Fendoğlu, Darbeler ve Anayasalar, Yetkin, Ankara, 2021, s. 107 vd.

⁶ Bkz. H. Y. Başdemir-M. E. Kala (Editörler), Yeni Anayasa, -Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış-, Türkiye Yazarlar Birliği Yayını, Ankara Şubat, 2022, s. 20-26 ve 11.

Anayasa yapımında kuşkusuz ki, birikimler ve hafıza önem taşımaktadır. Yeni anayasada elektronik demokrasi, sosyal medya, mavi vatan ve yeni teknoloji gibi kavramlar yer alabilir. Radyo Televizyon Üst Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu, Devlet Denetleme Kurulu, Yüksek Öğretim Kurulu, orman köylüsü, esnaf, tüketicinin korunması gibi ayrıntılı hükümler kısıtlanmalı veya kanuna bırakılmalıdır. Yeni Anayasa referandumuna tek metin veya alternatifli sunulabilir.

I. YENİ ANAYASANIN YAPIM YÖNTEMİ

Anayasa'nın ilk 4 maddesindeki hükümler kırmızı çizgimizdir, tartışılmamalıdır.

Anayasalar, kişi veya meclisin kafasından çıkan şeyler olmayıp, tarihi tekâmülün ve siyasi karmaşanın içinden süzülüp gelir ve ihtiyaçlara cevap verir. Anayasalar üzerinde bu etkenleri görmek gerekir.⁷

Yeni anayasa yapım süreci, anayasanın hazırlanması, istişaresi, müzakeresi, kabulü ve onayı aşamalarını kapsar.⁸ Yeni bir anayasa yapma teşebbüsü, bu anlamda 1993 yılından beri devam etmektedir. Meşru usulle meşru sonuca ulaşılabileceğinden, anayasayı hazırlamak da demokratik esaslar içerisinde olmalıdır. Ülkenin enerjisinin kaybedilmemesi için, Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmaları belirli bir zamanla sınırlandırılmalıdır.

Unutulmamalı ki uzlaşma masasına dayatma olamaz ve uzlaşma kültürünün geliştirilmesi gerekir. Komisyona gelenler yetkili olmalı, yetkisiz olarak gelenlerle anayasa yapılmasının zor olduğu belirtilmelidir.

Anayasa hiyerarşik (seçkin) yöntemle, yukarıdan aşağıya doğru değil, sözleşmecî yöntemle, aşağıdan yukarıya doğru kabul edilmelidir. Türk anayasalarının tamamı hiyerarşik anayasalardır. Uzlaşma temelli yeni sivil anayasa mevcut anayasanın kurallarına göre yapılmalıdır.

Siyasal grupların kendi görüşlerini anayasaya yansıtmalarına engel olunmalı, mutabakat anayasacılığı esas olmalıdır. Yeni anayasa, hürriyetlerin esas kısıtlamaların istisna, farklılıkların zenginlik olduğu anlayışı ile yapılmalı, yerele önem verilmeli, özgürlük-güvenlik dengesi korunmalı, insan hak ve özgürlüklerine saygılı, milli iradeye uygun, gelişen Türkiye'ye yakışır, sivil, demokrat, kapsayıcı, bölge ve dünya için bir marka, bir model olmalıdır. Bilinmelidir ki, anayasalar öngörebilme, kimlik belgesi oluşturma ve istikrar unsurudur.

Kuşkusuz ki anayasa yapımında ilk akla gelen yöntem, anayasanın doğrudan halk tarafından yapılmasıdır. Ancak dünyada halkın doğrudan yaptığı bir anayasa yapım yöntemi yoktur. Bu nedenle eşit yarışla seçilmiş, genel oy ilkesine uygun, halkın gerçek temsilcilerinden oluşan kişilerin anayasayı yapmaları gerekir. Bunun için de ülkede örgütlenme, ifade özgürlüğü ve anayasanın nihai olarak referandumla sunulması gerekir.

⁷ Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, C. I, İstanbul 1960, s. 60.

⁸ Yeni sivil anayasanın yapım yöntemi konusunda bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, 11'inci Baskı, Ankara Ekim 2023, ss. 177-192.

Türkiye’de 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında bu şartlara yeterince uyulmamıştır. 1924 Anayasasının ilk döneminde muhalefet tasfiye edilmiş, kadınlara seçme-seçilme hakları verilmemiştir. 1961 Anayasasında Temsilciler Meclisinin temsililik özelliği olmayıp, Demokrat Partisi karşıtları olan kişilerden oluşmuş olup, darbe ile devrilen iktidar Demokrat Parti temsilcilerine yer verilmemiştir; halk oylamasında gereken hürriyet ortamı yoktur. 1982 Anayasası için de benzeri ifadeleri kullanabiliriz.

Belirtilen nedenlerle yeni anayasanın yazım sürecinde çok büyük ölçüde partiler arası müzakere ve uzlaşmaların yapılması ve sonuçta kabul edilen anayasanın toplumun büyük çoğunluğunun mutabakatına dayanması uygun olacaktır. Bu konuda iki örnek verilebilir; Bunlar,1948 tarihli ve halen yürürlükte olan İtalya Anayasası ile 1978 tarihli ve halen yürürlükte olan İspanya Anayasasıdır.

1961 ve 1982 Anayasalarında olduğu gibi, anayasayı yapan kurucu meclis veya yasama meclisinin tek bir parti veya partiler blokunun hâkimiyetinde olması ve bu cephenin, karşıtlarıyla ciddi bir müzakere ve uzlaşma ihtiyacı duymaksızın kendi anayasal tercihlerini dayatması uygun görülmemektedir. Bu konuda bazı örnek verilebilir; 1946 tarihli ve 12 yıl yaşayan Fransa’nın 4 üncü Cumhuriyetinin Anayasası, 1976 tarihli ve bazı tadillerle halen yürürlükte olan Portekiz Anayasası, 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren Macaristan Anayasası, Romanya Anayasası ve 1961-1982 Türkiye Anayasaları gibi.

Yeni anayasa yapımında bir başka açıdan iki farklı modelden söz edilebilir; kırılma ve evrilme (evrimci) modelleri. Temel ilke ve kurumlarda devamlılık gözetilmeden, siyasi oyun kurallarında bir değişiklik yapılacaksa bu bir kırılma modelidir. Tam bir kopuş olmadan, önceki anayasanın özüne dokunmadan revize edilecekse buna evrilme veya evrimci model denilir; Finlandiya (1999), İsviçre (1999) ve Macaristan (2011) Anayasaları gibi.

Yeni anayasa, Anayasa Uzlaşma Komisyonu koordinesinde yapılmalı, süreç tamamlandığında mutabakat metni TBMM Genel Kuruluna inmelidir. Geçmişte Anayasa Uzlaşma Komisyonu, 15 maddelik bir Protokol kabul etmiş, Komisyon 2 yıl çalışmış, 3 ayrı Alt Komisyon kurmuştu. Yeni bir anayasa yapımı için TBMM, 2012 yılını *yeni anayasaya hazırlık yılı* ilan etmişti. Tüm kamu ve özel kuruluşlar ile bireyler, anayasa ile ilgili görüşlerini yazılı veya sözlü olarak sunabilmişler, 2012 ve 2013 yılları *anayasa yılları* olmuş, anayasa tartışmaları ile geçmiş, bu dönemde TBMM’de biriken anayasa hazırlığı yaklaşık 30 bin sayfayı bulmuştu.

“Anayasacılık”, devlet iktidarının sınırlanması ve insan haklarının korunması hareketi olduğuna göre, görüşü olan herkesin bu sürece katkıda bulunmaları mutlak bir gerekliliktir. “Yeni Türkiye için yeni anayasa” yapımı hazırlıklarında üç tür araştırma yapılmıştı; Cumhuriyet anayasaları ve uygulama sonuçları; çağdaş ülkelerin anayasaları ve uygulama sonuçları; Türk tarihi, sosyolojisi, felsefesi ve kültürü.

TBMM’de yeni anayasa çalışması için oluşturulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu, grubu olan dört partiden üçer milletvekili olmak üzere toplam 12 kişiden oluşturulmuştu. Anayasa Uzlaşma Komisyonu kendilerinin yaptığı 15 maddelik çalışma programına göre tüm kararları oybirliği ile alacaklardı. Oybirliği ile karar almaları mümkün olmadığı çok açık olan bu Komisyon, beklendiği gibi, görevini tamamlayamadan dağılmıştır. Böylece bir

anayasanın Dünyada ve Türkiye’de, oybirliği ile yapılamayacağı bir kez daha tecrübe edilmiş oldu.

Kaldı ki Uzlaşma Komisyonunda uzlaşma ihtimali yoktu; çünkü Türkiye’de siyasal ortam kamplaşma ve güvensizlik üzerine kuruluydu. Aslında son yüzyılda Türkiye’de siyasal bir ahengin oluştuğunu söylemek çok zordur. Toplum genelde çeşitli yelpazelerde olmak üzere aralarında güven olmayan çeşitli gruplara bölünmüş durumdaydı. Bu sosyolojik ve siyasal yırtılmışlıktan, mutabakata varılan yeni bir anayasa çıkması imkansız gibiydi. Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışırken, bu arada siyasal partiler arasında, doğası gereği, bitmek tükenmek bilmeyen gerginlikler yaşanıyordu.

Anayasa Uzlaşma Komisyonu, sonuç olarak, yeni bir anayasa yapmadan dağılmış ama yararlı çalışmalara imza atabilmiştir. Yeni anayasa üzerinde en önemli sorunun *yöntem* olduğu, TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu tecrübesi ile bir kez daha görülmüş, anayasa konusunda siyasi partiler arasında ittifakın mümkün olamayacağı anlaşılmıştır. Bu süreçte siyasal partilerin anayasa önerilerini resmen açıklamaları önem kazanmış ve yeni anayasa konusunda bazı görüşlerini ifade etmiş olsalar da, resmi olarak kendi anayasa taslak tam metnini kamuoyuna açıklamış değillerdir. Ancak AK Parti ile MHP kendi anayasa taslaklarının ana hatlarını belirlemişler, CHP ile DEM Parti’nin de böyle bir hazırlık yaptıkları kamuoyuna yansımıştır. Bu konudaki çalışmalar, önümüzdeki günlerde ayrıntı kazanabilir.

Yeni anayasa yapımında siyasal partilerin anayasa önerilerini resmen açıklamaları önemlidir ama şu ana kadar hiçbir siyasal parti, yeni anayasa konusunda, bazı görüşlerini ifade etmiş olsalar da, resmi olarak kendi anayasa taslaklarını kamuoyuna açıklamış değillerdir.⁹

1 Kasım 2015 tarihli seçimlerden sonra Parlamento, *Anayasa Mutabakat Komisyonu*’nu kurmuşsa da, kısa süre sonra bu Komisyon dağılmıştır. Bu nedenle yeni anayasa konusunda, Uzlaşma Komisyonunda, ittifak değil, makul çoğunluk olmalı, eşit temsil değil, orantılı temsil kabul edilmelidir.

Yeni anayasa yapımında iki yöntem düşünülebilir;¹⁰

Yeni anayasa gündeminde tartışılan bir konu TBMM’nin yeni anayasa yapabilme gücü olup-olmadığı ile ilgilidir. 1961 ve 1982 Anayasalarını yapan darbeciler olduğu için, cuntaları, darbeyi ve darbe anayasacılığını savunanlar, TBMM’nin yeni anayasa yapma gücünün olmadığını savunmaktadırlar. Oysa 1961 ve 1982 Anayasalarını yapan darbeciler ile üst aklın yaptığı anayasalara karşı milletin yaptığı anayasa elbette daha meşrudur ve daha doğrudur. Üstelik yeni sivil anayasa, 1982 anayasasının 175’inci maddesine uyarak yapılacaktır ki bu da hukuk devletine verilen önemin bir göstergesidir. Tüm gelişmiş demokratik ve çağdaş ülkelerin

⁹ Türkiye’de üst aklın kimi zaman istismar ettiği üç kırılma noktası düşünülebilir; Laiklik, Kürtlük, Alevilik. Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, “Alevilik ve Yeni Anayasa: Anayasal Perspektif”, C.4, S.1, 2016, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1-34.

¹⁰ Serap Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasaklıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Yetkin, Ankara, 2008, ss. 739-810.

yaptığı gibi, halkın seçtiği kişilerden oluşan meşru Meclis, elbette yeni anayasa yapabilir.¹¹

Yeni bir anayasa için ele alınması gereken değişiklikler hukuk devleti ve özgürlükler açısından iki grupta toplanabilir. Anayasanın 2 nci maddesinde “Cumhuriyetin nitelikleri” arasında sayılan “hukuk devleti” ilkesi, ülkemizde evrensel standartlarla uyum içerisinde olan bir hukuk sistemini ve devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu içerir. Hukuk devleti kavramı, ilk kez 1798 tarihinde Alman Johann Wilhelm Placidus tarafından kullanılmıştır.¹² Hukuk devleti ile genellikle kastedilen şey, şeffaflık, öngörülebilirlik, eşitlik ve meşruiyettir.¹³

Anayasa Mahkemesi kararına göre, hukuk devleti, “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” tir ki bunu yargı organları denetler.¹⁴

2012’de yeni bir anayasa yapmak için toplanan siyasi partiler, uzun çalışmalarına rağmen sonuç alamadılar. Siyasi partilerin arasında güven ortamı olmayınca, varlığını diğerinin yokluğunda gören Türk siyasi parti anlayışı içerisinde yumruklar sıkıldı. Bu arada yol temizliği ve güven artırıcı önlemlerde uzlaşılma. 62 maddede mutabakat sağlandı ama muhalefet partileri bunu anayasallaştırmak istemedi. Bu toplantılarda özellikle aşağıdaki altı önemli konuda uzlaşma sağlanamadı: Anayasa Uzlaşma Komisyonunun uzlaşmadığı ama 2017 tarihli referandumda halkın kabul ettiği altı konu vardır.¹⁵ Birincisi, hükümet modeli ne olacaktır? Mevcut sistemle devam mı edilecek, yoksa başkanlık sistemine geçiş mi yapılacaktır? İkincisi, asker-sivil ilişkileri nasıl olacaktır? Genel Kurmay Başkanlığı Başbakanı mı yoksa Milli Savunma Bakanına mı bağlı olacaktır? Üçüncüsü, Hâkimler ve Savcılar Kurulu nasıl oluşturulacaktır? Dördüncüsü, din-devlet ilişkileri nasıl olacak, lâiklik nasıl anlaşılacak, Diyanet İşleri Başkanlığının yeri ve konumu nasıl olacaktır? Beşincisi, vatandaşlık kavramı nasıl ifade edilmelidir? Altıncısı, Anayasa’nın ilk 3 maddesinin değiştirilmemesi uygun olacak mıdır?

¹¹ Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, “TBMM Yeni Anayasa Yapabilir (mi)?”, Stratejik Düşünce, Y.2, S.23, 2011, Aylık Uluslararası İlişkiler ve Strateji Dergisi, Ekim, ss. 86-89. Anayasa süreci: Meclisin katılımı, Mecliste ve toplumda müzakereler ve nihayet referandum ile kabul edilme olarak özetlenebilir.

¹² Hukukun üstünlüğü (rule of law) kavramı ise tamamen bireysel hak ve özgürlükler kaygısı taşımaktadır; günümüzde bu iki kavram biri birine çok yaklaşmıştır; Mustafa Koçak, “Hukuk Devleti ve Türkiye”, C. II, İstanbul, 2012, Uluslararası Anayasa Kongresi, s. 315-316.

¹³ Jeffrey Ellis Thomas, “Understanding Rule of Law/Supremacy of Law and Underlying Obstacles in Turkey and Around the World”, Uluslararası Anayasa Kongresi, C. II, İstanbul 2012, s. 365.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 1976/1, K: 1976/28, T: 25.5.1976, AYMKD-14, 189. Hukuk devleti kavramının üzerinde uzlaşılmış, kabul edilmiş küresel bir tanımı yoktur; Jeffrey Ellis Thomas, 2012, s. 365.

¹⁵ Bkz.[http://anayasaizleme.org/60-madde-uzerine/\(17.10.2014\);](http://anayasaizleme.org/60-madde-uzerine/(17.10.2014);)
<http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/uyeler.aspx> (s.e.t.: 17.10.2014).

Anayasa Uzlaşma Komisyonunda uzlaşma sağlanamayınca, hükümet kanadı (Cumhur İttifakı) kendi içerisinde uzlaşma sağlayarak, 15 Temmuz 2016 sonrasında, 17 Nisan 2017 Anayasa değişikliği ile özellikle bu altı konuda gereken anayasa değişikliği kanun teklifi TBMM ve referandumda kabul edilmiştir.

II. YENİ ANAYASANIN TEMEL ESASLARI

A. BAŞLANGIÇ

1961 Anayasasının Başlangıcı darbenin meşruiyetinden söz ederken, 1982 Anayasasının Başlangıcı bugüne dek beğenilmediği için iki kez değişikliğe uğramıştır.

Genel olarak anayasaların başlangıç kısmında, anayasanın yapılış nedeni ve felsefesi edebi bir üslupla anlatılır ve bu durum, anayasaların yorumlanmasına yardımcı olur. 1982 Anayasasının başlangıç bölümünde Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılık, çağdaş uygarlığa ulaşmak, özgürlükçü demokrasi gibi kavram ve değerlere atıfta bulunmaktadır. Halen Anayasanın başlangıç bölümü anayasa metnine dâhildir.

1982 Anayasasının başlangıcı 23.7.1995 tarihli 4121 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında kanunun 1 inci maddesi ve 3.10.2001 tarihli 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında kanunun 1 inci maddesi ile olmak üzere iki kez değiştirilmiştir. 1961 Anayasasının 2 nci maddesi gibi 1982 Anayasasının 2 nci maddesi de Başlangıca atıfta bulunmuştur. Keza 1961 Anayasasının 156 ncı maddesi gibi 1982 Anayasasının 176 ncı maddesi, Başlangıç'ın anayasa metnine dâhil olduğunu belirtmiştir.

1982 Anayasasının Başlangıcı, şu konu ve kavramlar üzerinde durmaktadır; Türk Vatanı ve Milletinin ebedî varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirtmektedir. Milliyetçilik, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk tarafından belirlenmiştir. O'nun inkılap ve ilkeleri bize yol gösterir. Türkiye Cumhuriyeti, Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesidir. Türkiye, çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmindedir. Millet iradesinin mutlak üstünlüğü vardır. Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletine aittir. Egemenliği millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluş, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş olan hukuk düzeninin dışına çıkamaz. Kuvvetler ayrımı, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmez; belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliğidir ve üstünlük ancak Anayasada ve kanunlardadır. Hiçbir faaliyet, Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası, Türklüğün tarihî ve manevî değerleri, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremez. Lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duyguları, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmaz. Her Türk vatandaşı, bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanır; millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahiptir.

Anayasa Mahkemesi, gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasası döneminde, “Başlangıç”ı bağımsız ölçü norm olarak kullanmıştır ki bu doğru değildir. Anayasa Mahkemesi, “Başlangıç”tan, bağımsız ölçü normu çıkarmamalı, gerektiğinde, destek norm olarak kullanabilmelidir. Çünkü Başlangıçta geçen ilkeler, net, açık, kesin ilkeler olmayıp, esnek ve kapalı (muğlak) kavramlardır. Örneğin, Bakanlar Kurulu, yabancıya mülk satışında, mütekalpilik şartını kaldırabilir mi? Anayasa Mahkemesine göre, hayır. Çünkü Başlangıç ilkeleri gereği diğer milletlere eşitiz.¹⁶ Anayasa Mahkemesi, kanuni ilkeyi anayasal ilke ve anayasal ölçü norm yapmıştır. Milli menfaat ve kamu yararı kavramları siyasi konular olup bu konuda yasama organı karar verebilir.¹⁷ Anayasa Mahkemesi burada uygunluk denetimi yerine, yerindelik denetimi yapmıştır. Fransız Anayasa Konseyi de kamu yararını mahkemenin belirlemesine karşı çıkmaktadır.¹⁸ Yine AYM’ye göre, TCK 312 nci maddesinde geçen “cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahrik” cümlesi, Başlangıçta geçen “toplumun huzuru” ilkesine uygun olup TCK’nın 312 nci maddesi Anayasaya aykırı değildir, denilmekte ise de, AYM’nin bu kararı da isabetsizdir. Çünkü TCK’nın 312’inci maddesi muğlaktır ve daha açık yazılması gerekir.¹⁹

B. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Kuşkusuz ki anayasaların önemli bir işlevi de bireyin özgürlüğünü korumak, bu hakların güvencesini oluşturmaktır. Anayasaların *toplum sözleşmesi* olma özelliğini taşımaları gerekir. Gerçi anayasaların sık sık değiştirilmeleri uygun değildir ama kuşkusuz ki anayasalar donmuş metinler de olmadığı gibi mucize de değildir. Toplumsal değişme ve gelişmelere paralel olarak değiştirilmeleri de gerekebilir. Aslında modern anayasalar nasıl değiştirileceklerini belirterek değişimi bizzat kabul etmişlerdir.

İnanç, düşünce, bilim-sanat özgürlükleri gibi temel hak ve özgürlükler mahiyetleri gereği hiç sınırlandırılmamalıdır. Çünkü anayasaların en temel işlevi, zorlama gücüne sahip bir kurum olan devlete meşruiyet temeli sağlamaktır.

Anayasa’nın 2 inci maddesinde geçen “İnsan haklarına saygılı” kavramı yerine 14’üncü maddenin 1 inci fıkrasında geçen “insan haklarına dayalı” kavramı yazılmalıdır.

Yeni anayasanın 2 inci maddesine adil yargılanma hakkı ve lekelenmeme hakkı yazılabilir. Anayasa’nın 8 inci maddesine ek yapılarak “adil olarak kullanılır”, kelimeleri eklenebilir. Anayasa’nın 36 nci

¹⁶ AYM, E: 1984/14, K: 1985/7, T: 13.6.1985 (AYMKD, Sy. 21, s. 171 vd.) Benzeri anlamda bir başka Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, E: 1986/18, K: 1986/24, T: 9. 10. 1986 (AMKD, Sy 22, s. 233 vd.)

¹⁷ AYM, E: 1963/193, K: 1964/9, T: 29.1.1964 (AYMKD, Sy. 2, s. 59.)

¹⁸ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 77, dn.3. Anayasasında başlangıç olmayan Avrupa Birliği ülkeleri Avusturya, Belçika, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Danimarka, Finlandiya, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Romanya, Slovenya ve İsveç’tir.

¹⁹ Özbudun, 2017, s. 77.

maddesinde geçen adil yargılanma hakkı, yargı bölümüne alınabilir. AIHS'nin 6 ncı maddesine uygun olarak adil yargılanma hakkının sağlanması, bireyin hak arama özgürlüğüne önem verilmesi, siyasi partilere kapatma cezasına alternatif başka önlemlerin öngörülmesi gibi birtakım düzenlemelerin yapılması düşünülebilir.

Anayasamızın 74 üncü maddesinin 2 nci fıkrasından sonra gelmek üzere, Kamu Denetçiliği Kurumu yanında hak arama kurumları olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve Kamu Görevlileri Etik Kurulu yazılabilir. TBMM çıkardığı kanunlar için *Kanun Takip Merkezi* ve halktan gelebilecek kanun değişiklik önerileri için *Kanun Teklif Destek Bürosu* kurulabilir.

Bilindiği gibi, anayasacılık düşüncesinin temelleri, 18 inci yüzyıldan itibaren Avrupa'da atılmıştır. Kilis ve feodalite karşısında palazlanan yeni sınıf (tüccar), Kilise ve feodalitenin gücünü sınırlamak için eşitlik temelinde anayasa ve kanun yapmaya başladılar. Bu durum sekülerleşme anlamına geliyordu. Böylece Kilise giderek sınırlı bir alana sıkıştırıldı; yaşamdan çekildi ve uhrevi olana yöneldi. Batılıların bir kısmı dünyevi otoriteye dayanarak karar almaya başladı. *Sekülerleşme genel olarak hukuki değil sosyolojik bir kavramdır. Kurumsal sekülerleşme* hukuk-siyaset alanında olurken, *bireysel sekülerleşme*, kişinin din ile ilişkisinin azaltılmasıdır. Siyasal sekülerleşmeye lâiklik denilmektedir. Lâiklik, yasama-yürütme-yargı alanlarının doğrudan veya dolaylı din kurallarına dayandırılmamasıdır. *Anayasalar seküler, kısmen seküler, dini yasaklayan ve dine dayanan şekilde dörde ayrılabilir.* Din ve vicdan özgürlüğü ifade, eğitim, teşkilatlanma özgürlükleri ile iletişim halindedir ve anayasal teminat altına alınmaktadır.

1982 Anayasası *siyasal sekülerlik* yerine *bireysel sekülerleşme* amacı güttüğü için modern anayasa ruhuna aykırıdır. İran, Suudi Arabistan gibi ülkeler kısıtlayıcı ve çatışmacı içeriğe sahipken İslami olduğu iddiasındadır. Eski Sovyet Anayasası dini yasaklayan seküler anlayışa sahiptir. Mısır, Bengladeş ve Malezya kısmi seküler ülkelerdir. *Modern anayasacılık dini özgürlükler konusunda hassas davranır, sekülerdir ama dini revize edici, dine karşı veya dini dışlayıcı değildir. Çünkü bu durum anayasanın seküler yapısını zedeler ve anayasayı ideolojik hale getirir.*²⁰

Anayasa ile dini hükümler aynı şeyi söylüyorsa ne yapılacaktır? Anayasa, tüm toplumda oluşmuş din dâhil tüm değerlere dayanır. Sekülerleşme dinden kopma anlamına alınmamalıdır. Kaldı ki Anayasamızın 90 ncı maddesinin son fıkrası gereği olarak kanunlardan daha üstte yer alan Çocuk Hakları Sözleşmesinin 20 nci maddesi İslam hukukuna atf yapmakta ve velayet konusunda İslam hukukuna uyulmasını istemektedir.²¹ Batı demokrasilerinde sekülerlik hâkimdir ama dini

²⁰ Bkz. H. Y. Başdemir/ M. E. Kala (Editörler), Yeni Anayasa, Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış, Türkiye Yazarlar Birliği Yayını, Ankara, Şubat, 2022, s. 33-36 ve 21.

²¹ Çocuk hakları konusunda (7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı kanunla değişik) Anayasamızın 1982/41 inci maddesi değiştirilerek önemli hükümler getirilmiştir. Çocuk kavramı 41'inci maddede başlık dâhil 4 kez zikredilmekte ve istismar ve şiddetine karşı korunma sağlanmaktadır. Anayasamızın 50'inci maddesi ise çocuk

ritüellerin önemi vardır, örneğin İncil'e el basarak yemin ederler. Seküler anayasa dini dışlayamaz aksi halde demokrasi esaslarına aykırı olur, halka karşı demokrasi anlamına gelebilir, meşruiyeti sorgulanır ve halkın değerleri ile çelişkili olur.²² Türkiye'de sekülerizm, Batı'da olduğu gibi belirli bir toplumsal birikim ve sürecin sonucu değildir. Lâiklik konusunda Türkiye'ye Fransız görüşünün alındığı ve uzun süre uygulandığı belirtilebilir.

1982 Anayasasının 2 nci, 24 üncü ve 174 üncü maddelerinde anlatılan lâikliğin, "Din özgürlüğü" ve "din-devlet işlerinin ayrılığı" şeklinde iki yönü olduğu söylenebilir.²³ Anayasamızın 15 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, olağanüstü dönemlerde dahi din özgürlüğü kısıtlanamaz. Din özgürlüğü, inanmak, dinin gereklerini yerine getirmek, inandığını yaşamak, izhar etmek, dinini tebliğ ve telkin etmek, eğitim ve öğrenimini yapabilmektir. Anayasanın 24 üncü maddesi ibadet hakkını kural olarak kabul etmiş ama kamu düzeni ile sınırlamıştır. Diğer haklar gibi temel hak ve özgürlükler de Anayasa'nın 13 üncü maddesindeki 7 kurala uyularak sınırlanabilecektir. Anayasamızın 148 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava açılmaz.²⁴

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Golder Davasında²⁵ (1975) AIHS'nin ana görevinin bireyin haklarını korumak ve bireyin korunmasını etkili kılmak olduğunu belirtmiştir. Bugün de bu görüş kabul görmektedir.²⁶ AIHS'nin 9 uncu maddesi, İHEB'nin 18 inci maddesi, Sivil ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 24 üncü maddesi bu hakkı düzenlemiştir. AIHM, devlet dininin varlığını 9 uncu maddeye aykırı bulmamıştır, AIHM'ye göre devlet kilisesi olabilir ama mensubiyet zorunluluğu, ihlal oluşturur. Buna göre sekülerizm, özgür düşünce ortamı ve akla dayalı araştırmacılığı benimser ve din karşıtlığı anlamına gelmez.

yerine küçük kavramını kullanmıştır. Çocuk hakları konusunda yeni bir çalışma için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, Çocuk Hukuku, 2'nci Baskı, Yetkin, Ankara, 2021.

²² Hasan Tahsin Fendoğlu, "Din Özgürlüğü Teori ve Uygulaması", Türkiye Günlüğü Dergisi, Ankara, 1991, ss. 109-123.

²³ Bkz. Servet Armağan, "Dünya Devletleri Anayasalarında Laiklik Prensibinin Düzenlenişi", Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1998, 732-741.

²⁴ Erdoğan Teziç, "1982 Anayasasında Demokrasi ve İnsan Hakları Alanında Yapılması İsabetli Olacak İyileştirmeler", Hukukun Üstünlüğü Demokrasi İnsan Hakları, Ankara, 1999, s. 191. Olağanüstü hallerde anayasa değişikliği yapılamaz şeklinde anayasasına hüküm koyan ülkeler şunlardır; Belçika (m. 196), Fransa, Brezilya (md. 60), Afganistan (md. 146), İspanya (md. 169) ve Portekiz (md. 289).

²⁵ Golder/United Kingdom davası için bkz. 21.02.1995; Seri A, No.18, Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta, İstanbul, 1996, 41-53. AIHM Başkanı (President of the European Court of Human Rights) Nicolas Bratza'ya göre, Türkiye AIHS'nin "baba"larından biridir ve Türkiye AIHM'den görüş isteyebilir; Anayasa Yargısı, 2012, C. 29, s. 15 ve 19.

²⁶ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları", C.28, S.1-2, Ocak-Nisan 2002, Yargıtay Dergisi, ss. 192-213, s. 212.

1924 Anayasasının ilk şeklinde “*Türkiye Devletinin dini, Din-i İslam’dır*” (md. 2) denilmekteydi. Ayrıca TBMM’nin yetkileri arasında “*ahkâm-ı ser’iyenin tenfizi*” vardı (md. 26). Bu maddeler, 10 Nisan 1928’de anayasa metninden çıkarılmış, 1937 yılında yapılan anayasa değişikliği ile lâiklik ilkesi kabul edilmiştir. Bilindiği gibi Atatürk ilkeleri *Cumhuriyetçilik, milliyetçilik, halkçılık, lâiklik, devletçilik*²⁷ ve *inkılâpçılık*²⁸ olup, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun 2’nci maddesine 1937 tarih ve 3115 sayılı kanunla eklenmiştir. 1982 Anayasası bunlardan sadece Cumhuriyetçilik, lâiklik ve milliyetçilik ilkelerini Anayasa metnine almıştır. Anayasa’ya göre din özgürlüğü ikiye ayrılır; inanç özgürlüğü ve ibadet özgürlüğü. İnanç hürriyeti, Anayasanın 3 üncü ve 24 üncü maddelerine göre mutlak bir haktır, herhangi bir sınırlama yoktur. Aksine Anayasamızın 24 üncü maddenin 3 üncü fıkrasına göre, inanç özgürlüğüne ek güvenceler getirilmiştir. Belirtildiği gibi Anayasamızın 15 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, olağanüstü hallerde dahi din özgürlüğüne dokunulamaz. Anayasanın 24 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre ibadet özgürlüğü mutlak bir hak değildir, görecelidir, sınırlıdır. 14’üncü maddeye uygun olmak şartıyla ibadet hürriyeti serbesttir.²⁹ Türkiye’de din-devlet işlerinin ayrılığı beş maddede özetlenebilir; Devletin resmi dininin olmaması, Devletin dinler karşısında tarafsızlığı, Devletin bütün din mensuplarına eşit davranması, Devlet ve din kurumlarının ayrı olması ve hukuk kurallarının din kurallarına uyma zorunluluğunun bulunmamasıdır.³⁰ Anayasanın 24 üncü maddesine göre, din eğitimi zorunludur. Anayasanın 24 üncü maddesinin son fıkrası ile adeta lâikliğin klasik tanımı vurgulanmıştır.³¹ Devletler lâik olabilir ama bireyler, isterlerse dindar (Müslüman, Hıristiyan, Yahudi vs) olurlar.

Lâikliğin, ılımlı uygulanmasına “pozitif lâiklik” denilir. Batının genel olarak kabul ettiği lâiklik anlayışı pozitif lâikliktir. Buna ABD, Hindistan ve Hollanda örnek olarak verilebilir.³² Dışlayıcı veya negatif lâikliğe *aktif lâiklik, dayatmacı lâiklik* (assertive secularizm) veya *lâikçilik* denilebilir. Anayasada lâikçilik değil, lâiklik kelimesi kullanılmaktadır. *Dayatmacı lâikliğin* dünya

²⁷ Anayasa Mahkemesi devletçilik ilkesini “sosyal devlet” kavramı ile birlikte kullanmıştır; AYM, E: 1984/9, K: 1985/4, T: 18.2.1985, AYMKD-21, s. 59.

²⁸ Anayasa Mahkemesi inkılâpçılığı, “sürekli değişiklik” ve “devrimcilik” olarak nitelemiştir; AYM, E: 1973/37, K: 1975/22, T: 25.02.1975, AYMKD-13, s. 116 vd. ve E: 1983/2, K: 1983/2, T: 25.10.1983, AYMKD-20, 362 (Parti Kapatma).

²⁹ ABD’de din özgürlüğü konusunda krş. Steven L. Emanuel, *Constitutional Law*, 29th Ed., Wolters Kluwer, USA, 2011, s. 654-703; ayrıca bkz. Norman Redlich, John Attanasio, Joel K. Goldstein, *Understanding Constitutional Law*, s. 689 vd. Amendment 1’e göre, Kongre herhangi bir din kuramaz, herhangi bir dinin uygulamalarını yasaklayamaz.

³⁰ Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2001, s. 85-96.

³¹ Zafer Gören/Ömer İzgi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Madde Gereklçeleri, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*, Ankara, 2002, C. I, s. 17 vd., s. 44-47.

³² Pozitif laikliğe göre, devlet din karşıtı değildir. Dini duygular tehlikeli değildir. Bu görüş Fransa Devlet Başkanı Nicolas Sarkozy tarafından da savunulmuştur; Breet Scharffs, “Secularity and Secularism”, Uluslararası Anayasa Kongresi, C. III, İstanbul 2012, s. 382.

üzerinde görülen örnekleri olarak belki Fransa, Meksika, Portekiz³³ ve İspanya belirtilebilir. Mesela Soysal'a göre, Türkiye'de "Lâik devlet, ... dinin vicdanlara itilmesi için gerekli önlemleri alabilen devlet olmalıydı."³⁴ Oysa lâiklik ile lâikçilik farklı kavramlardır. Dayatmacı lâiklik veya lâikçiliğin özelliği toplumu ve bireyi lâikleştirmektir. Dini sadece vicdana mahkûm etmek, din ve dünya işlerini tamamen ayırmak, dini kamusal hayata sokmamaktır. Türkiye'deki lâikliğin uzun yıllar dayatmacı olarak uygulandığı söylenebilir. Dışlayıcı lâiklik, dini dışlamak demektir. Dışlayıcı lâiklik anlayışına göre lâiklik, din ile devlet ayrılığı değil, din ile hayat ayrılığıdır. Sayısı elli sekiz (58) olan halkı Müslüman olan ülkelerden 23 tanesi lâik olup, bunlardan sadece 13'ünün anayasasında lâiklik kavramı geçmektedir.

Din-devlet ilişkileri konusunda ayrıca şunlar söylenebilir;

Lâiklik kavramı dünyada, bazılarında din özgürlüğü anlamında mütalaa edilirken, kimilerince dine sınırlamalar getirilmesi yönünde anlaşılmalıdır. Oysa lâiklik, Devletin nötr (tarafsız) olması, ne bir dinin taşıyıcısı ne de hasmı olmamayı içeren bir anayasa hukuku kavramıdır. Ancak Türkiye'deki lâiklik tartışmalarını belirleyen ana eksen, halkın inançları olmayıp, güç sahiplerinin kararlarıdır. Türkiye'de lâiklik değerlendirmesi, tabandan değil, tavandan gelen bir olgudur.

Lâiklik farklı rejimlerde, farklı şekilde uygulanabilen bir kavramdır. Dünyadaki farklı uygulamalarda, lâikliğin özgürlük veya dini sınırlandırmak ikilemi sürmektedir.³⁵ Lâiklik, Amerika Birleşik devletleri gibi ülkelerde din özgürlüğü, Fransa gibi ülkelerde ise dini kısıtlamak anlamında kullanılmaktadır. Bunun nedeni ülkelerin geçmişi, tarihsel, sosyolojik ve siyasi yapılarıdır. Fransa'da Katolik Kilisesi, 1789 İhtilali öncesinde hastane ve okulları (üniversite hariç) yöneten, vergi koyan, boşanmayı yasaklayan, doğum-ölüm ve evlilik kayıtlarını tutan, sansür yetkisi olan, toprakların % 10'una sahip ve yönetim üzerinde çok etkili olan bir kurumdu. Cenneti parselleyip satışını yapan (endüljans), İncil'i yorumlama tekeli olan Kiliseye karşı dinde reform hareketleri başlamıştı (Protestanlık, Anglikanizm mezhepleri gibi). Yeni palazlanan tüccar sınıfı, ticaretlerini de sınırlayan bu yapıya isyan etmiş ve giderek lâiklik kavramı yerleşmiştir. Lâiklik yerine kullanılan sekülerizm kelimesi sosyolojik bir kavram olup, dindarlığın zayıflaması demektir.³⁶

Lâiklik ile demokrasi arasında ilişki yoktur. Fransa lâik ve demokratik, Rusya ise lâik ama antidemokratiktir. İsrail, Yunanistan, İngiltere ve Almanya demokratiktir ama lâik değildir. Dünya anayasaları lâiklik açısından incelendiğinde 4 gruba ayrılabilir: *Birinci grup devletler*, din-devlet işlerinin ayrılığını belirten ülkelerdir. Bu devletler lâik olduklarını açıkça belirtmemekle birlikte din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı olduğunu anayasalarında yazmışlardır: Letonya, Moğolistan, Slovakya, Slovenya,

³³ Portekiz anayasa hukuku için bkz. Lucas Prakke and Constantijn Kortmann, Constitutional Law, s. 653-723.

³⁴ Soysal, 1987, s. 172.

³⁵ Bkz. Servet Armağan, "Dünya Devletleri Anayasalarında Laiklik Prensibinin Düzenlenişi", Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1998, 732-741.

³⁶ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, Ekin Kitapevi, s. 138.

Ukrayna gibi. Bu devletler eskiden komünist ideolojiyi benimseyen devletlerdir.³⁷

İkinci grup ülkeler, devletin belli bir dini veya kiliseyi himaye etmediğini belirten ülkelerdir. Bu devletler de lâik olduklarını açıkça belirtmemekle birlikte, devletin bir dininin olmadığını, devletin belirli bir dini veya kiliseyi himaye etmediğini açıkça belirtmektedirler: Belarus, Estonya, Güney Kore, Polonya, Portekiz, Romanya, İspanya, Uganda, Uruguay, Vietnam gibi. Görüldüğü gibi bu gruptaki devletler bir iki istisna hariç, yine eski komünist devletlerdir.³⁸

Üçüncü Grup, lâiklik ilkesini kabul eden ülkelerdir. Dünyadaki 173 devlet anayasasından 21'i lâiklik ilkesine anayasasında yer vermiş olup dünyada yazılı anayasalar açısından *21 tane lâik devlet* vardır. Bu 21 lâik ülke kendi içinde dört alt gruba ayrılabilir: *Birinci Alt Grup: Komünist veya komünizmden yeni kurtulmuş ülkelerdir*: Arnavutluk, Angola, Kazakistan, Kırgızistan, Rusya, Tacikistan ve Türkmenistan gibi. Görüldüğü gibi, bunlar halen komünist (Angola) veya eski komünist ülkelerdir. *İkinci alt grup ülkeler, Fransa ve Fransa'nın Eski Sömürgeleridir*: Benin, Brundi, Merkezî Afrika, Çad, Kongo, Guinea, Guinea-Bissau, Mali, Madagaskar, Mozambik, Senegal, Togo, Zaire olmak üzere toplam 14 devlet, anayasalarında açıkça lâiklik ilkesine yer vermiştir. *Üçüncü alt grup ülke Hindistan'dır*; Hindistan lâiklik ilkesini Anayasasında kabul etmiş olup, Ülkede 150 milyon Müslüman ve 600 milyondan fazla çeşitli dinlere ve inanışlara mensup insan bulunmaktadır.

Dördüncü alt grup ülke Türkiye'dir. 1937 yılında anayasasında lâikliği yazan dünyada üç ülke vardı: Fransa, Sovyetler Birliği ve Türkiye. *Dördüncü grup* lâik olmayan ülkelerdir. Yukarıdaki gruplara girmeyen ülkeler lâik değildirler. Bunların bir kısmında belli bir din açıkça resmî bir din olarak kabul edilmiştir. Diğer bir kısmında ise devlet belli bir dini veya mezhebi veya kiliseyi tanımakta onu himaye etmektedir.³⁹

Aslında Fransa'nın lâikliği de hukuken şüphelidir. Zira 1958 Anayasasının gönderme yaptığı ve dolayısıyla Fransız pozitif hukukunun bir parçası olan 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin başlangıcında Allah'ın varlığı kabul edilmekte ve şöyle denilmektedir: *"Millî Meclis, Yüce Varlığın (Etre suprême) huzurunda ve himayesinde aşağıdaki insan ve yurttaş haklarını tanır ve ilân eder"*. Dolayısıyla Fransız hukuk sisteminde Allah'ın varlığı düşüncesi, pozitif hukuk tarafından da kabul edilmiş bir düşüncedir. Bundan yola çıkılarak 1958 Fransız Anayasasının lâik değil, "deist (déiste)" (Allah'a inanan) bir anayasa olduğu iddia edilebilir.⁴⁰ Fransız geleneğine göre Katolik Kilisesi, eşitlik ve özgürlüğü tehdit etmektedir; bu nedenle insanların tarafsız kılınmaları gerekir; gerçek eşitlik ve özgürlüğü hâkim kılmak için lâiklik uygulanmalıdır. Fransa'da Kilise yani Din, Devletten tamamen ayrıdır.

³⁷ Gözler, 2000, s. 150-154.

³⁸ Armağan, 1998, s. 732-741.

³⁹ Gözler, 2000, s. 151-152. Anayasasında laikliğe yer veren bazı ülkeler şunlardır; Azerbaycan, Hindistan, Kırgızistan, Rusya, Türkmenistan, Fransa, Kazakistan, Tacikistan

⁴⁰ Gözler, 2000, s. 151.

ABD’de ise insanları din açısından formatlamaya gerek yoktur; inançlar özgürce ifade edilmeli ve uygulanmalıdır.

Dini ifadeler, dünyadaki Anayasaların genellikle başlangıç kısmında görülmektedir; 1937 tarihli İrlanda, 1949 tarihli Almanya, 1975 tarihli Yunanistan, 1999 tarihli İsviçre Anayasaları gibi.⁴¹ Şöyle ki; (a) İngiltere’de, Anglikan Kilisesi (İskoçya için Presbiteryen Kilisesi) Devletin resmi kilisesidir. Kral veya Kraliçe hem Devletin hem de Kilisenin başıdır. (b) Norveç Anayasasının 2’inci maddesine göre, Protestanlığın Evanjel-Luter Mezhebi, Norveç’in resmi dinidir. Norveç Anayasasının 4’üncü maddesine göre, Kral bu dine mensup olmak zorundadır. Anayasanın 12’nci maddesine göre Bakanlar Kurulunun yarısından çoğu da bu dine mensup olmak zorundadır. (c) Danimarka Kraliyet Anayasasına göre, “Yürütme kuvveti Krala aittir” (1953/3. madde). “Danimarka Halk Kilisesi Evanjel-Luter Kilisesidir ve bu haliyle devlet tarafından desteklenir.” (1953/4. madde). “Kral, Evanjel-Luter Kilisesi mensubu olmalıdır” (1953/6. madde).⁴² (d) Yunanistan Anayasasının 3’üncü maddesine göre, Yunanistan İsa’nın Doğu Ortodoks dinine mensup bir ülkedir. Yunanistan Anayasası’nın 105’inci maddesine göre, Aghion Oros (Aynaros) Yarım Adası, Özerk Kilise bölgesidir. 1975 tarihli Yunanistan Anayasası’nın başlangıcında dini ifadeler görülmektedir. (e) İsrail, resmen Yahudi Dini’ne bağlı bir Devlettir (Jewish State).⁴³ (f) İrlanda Anayasasının⁴⁴ başlangıcı şöyledir; “Her kudretin geldiği ve en sonunda gideceğimiz, tüm insanlar ve Devletlerin tüm fiillerinin dayanağını bulduğu, En Kutsal Üçlü adına, (birinci paragraf), “Biz İrlanda halkı, (ikinci paragraf), Babalarımıza yüzyıllarca süren sınavlarında dayanma gücü veren İlahi Sahibimiz, İsa Mesih’e olan tüm borçlarımıza naçizane kabul ederek, (üçüncü paragraf), Ulusumuzun haklı bağımsızlığını yeniden kazanmak için verdikleri kahramanca ve aralıksız mücadeleyi minnetle hatırlayarak”, (dördüncü paragraf), “İşbu Anayasayı kabul eder, kanunlaştırır ve kendimize armağan ederiz”. (altıncı –son- paragraf). “Madde 6. 1. İdarenin tüm yetkileri, yasama, yürütme ve yargı kaynağını, Allah’ın huzurunda, görevi Devleti yönetenlere atama ve en nihayetinde ulusal politikanın tüm sorunlarına kamu yararına uygun olarak karar vermek olan halktan alır”. İrlanda’da Başkan yemin ederken şu kavramları kullanır, “... Yüce Allah’ın huzurunda, ciddiyetle ve içtenlikle söz verir ve ilan ederim. Tanrı bana yol gösterecektir ve güç versin” (madde 12.8). “İşbu Anayasaya göre atanan her

⁴¹ Anayasaların başlangıcında bulunan dini ifadeleri için bkz. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, (Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya), Ankara, Mayıs 2011.

⁴² Danimarka Kraliyet Anayasası, toplamı 89 madde, 27 Mart 1953 tarihli Taht Kanunu, a.g.e., s. 149. Danimarka anayasa hukuku için bkz. Lucas Prakke and Constantijn Kortmann, Constitutional Law, s. 135-179.

⁴³ İsrail Anayasacılığı hakkında bkz. Suzie Navot, The Constitutional Law of Israel, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2007, ss. 1-380.

⁴⁴ İrlanda Anayasası, 1 Temmuz 1937 tarihlidir, 49 maddedir, Kasım 2004’e kadar olan (27 adet) anayasa değişiklikleri dâhildir; a.g.e., s. 277-317. İrlanda anayasa hukuku için bkz. Lucas Prakke and Constantijn Kortmann, Constitutional Law, s. 419-477.

hâkim aşığadaki beyanı imzalar: “Yüce Allah’ın huzurunda, Allah bana yol göstereceğini ve güç vereceğini” (madde 34. 5. 1). “Yukarıda belirtilen beyanda bulunmayan bir hâkim görevinden ayrılmış sayılır” (madde 34.5.4). “Devlet, halkın ibadetine hürmetin Yüce Allah’tan geldiğini kabul eder, adını saygıyla anar ve dine saygı duyar ve hürmet eder” (madde 44. 1).

İtalya Anayasasının 7 nci maddesine göre, “Devlet ve Katolik Kilisesi, her biri kendi düzeni içinde, bağımsız ve egemendir. İlişkileri Latran Antlaşmalarına göre düzenlenir. Her iki tarafın kabul ettiği anlaşma değişiklikleri anayasa değişikliği sürecine tabi değildir”.⁴⁵ (h) 1999 tarihli İsviçre Anayasasının başlangıcında dini ifadeler görülmektedir.⁴⁶ (i) Polonya Cumhuriyeti Anayasasının başlangıcında, “Allah’a inananlar”, “Hristiyanlık mirası” ve “Allah ya da kendi vicdanlarımız” kavramları geçmektedir.⁴⁷ “Devlet ve kilise ve diğer dini kuruluşlar arasındaki ilişki, özerkliklere ve kendi alanında her birinin karşılıklı bağımsızlığına saygı ve bireysel ve ortak yarar için işbirliği esasına dayalıdır.” (madde 25.3). “Polonya Cumhuriyeti ve Roma Katolik Kilisesi arasındaki ilişkiler Vatikan ile yapılan uluslararası anlaşma ve kanunla belirlenir”. (madde 25. 4). (k) Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının (23 Mayıs 1949)⁴⁸ başlangıcında dini ifadeler görülmektedir.

AIHS 9 uncu maddesi, inançları koruma altına almaktadır. AIHM, inanç kavramını geniş yorumlamakta ama inanç denilen şeyin belli bir ikna gücüne sahip, ciddi ve bütünlüğü olan bir yapıda olmasını aramaktadır. AIHM’ye göre, AIHS’nin 9 uncu maddesi, dinini açıklamak demek, başkasına öğretmek için ikna etmek hakkını da içermektedir. AIHM’ye göre, iddia edilen inanç, dinin zaruri kuralı olmalı ve kişi samimi olmalıdır.⁴⁹

ABD’de lâiklik, Avrupa’dan farklı olarak, dinler arası eşitlik ilkesine dayalıdır. ABD’liler, Avrupa’yı mezhep kavgalarından uzak durmak ve mal sahibi olmak için terk etmişlerdi. ABD Anayasasının birinci değişikliğine göre, ABD, dinler arasında ayırım yapamaz; ABD Kongresi, yeni bir din kuramaz; herhangi bir dini destekleyemez; herhangi bir dinin uygulamalarını ve özgürce icra edilmesini yasaklayamaz.⁵⁰ ABD’de lâiklik anlayışı ile inanç, ifade ve basın özgürlüğü aynı maddede düzenlenmiştir.

⁴⁵ İtalya Anayasası için bkz. Lucas Prakke and Constantijn Kortmann, *Constitutional Law*, s. 481-539.

⁴⁶ Anayasaların başlangıcında bulunan dini ifadeleri için bkz. Adalet Bakanlığı, 2011.

⁴⁷ Polonya Cumhuriyeti Anayasası, Adalet Bakanlığı, 2011, s. 385-438, s. 389.

⁴⁸ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (23 Mayıs 1949 tarihli), toplam 141 madde, Adalet Bakanlığı, 2011, s. 209-276.

⁴⁹ Şennur Ağırbaşı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, *TBB Dergisi*, 2012 (101), ss. 83-102, s. 92.

⁵⁰ “Congress shall make no law respecting an establishment of Religion, or prohibiting the free exercise thereof...” Bkz. Birinci Amendment. Thomas Berg, “Free Exercise of Religion”, in: *The Heritage Guide to the Constitution*, s. 307-311 (ve s. 302-307). Ayrıca bkz. Walter Berns, *The First Amendment and the Future of American Democracy* (1983). ABD bağımsızlık savaşı kazanıldığında şu anki ABD topraklarının üçte ikisi İspanyolların elindeydi.

Lâiklik, ABD Anayasasında kısıtlamalar içerisinde değil, özgürlüklerle birlikte ele alınmıştır. Amerika’da lâiklik eşitlik temelli bir kavramdır; bir din Devlet tarafından desteklenirse, o dine inananlar kendilerinin dışlandığı hissine kapılabilir; Devletin desteklediği dine inananlar ise kendilerinin *imtiyazlı* olduğunu düşünebilir. ABD’de devlet, kendisinin görevi olmayan ama dinin konusu olan noktalarda, dini veya dinleri sınırlayamaz. Yani ABD’de devlet, kendi sorumluluğu altındaki konularda dinleri sınırlayabilir. ABD’de inanç özgürlüğü tamdır. ABD ve Türkiye’de ibadet özgürlüğü, başkasının hakkına zarar vermemek koşuluyla serbesttir.

ABD’de Federal Yüksek Mahkemenin lâiklikle ilgili önemli bazı kararları şöyledir; Everson v. Board of Education (1947)⁵¹ davasında Eyaletin çıkardığı bir kanunla, dini okullara ulaşım hizmetini devlet verecektir. ABD Kongresi bir dini resmen tanıyamaz. Din hakkında “kuruluş hükmü” (establishment clause) veremez. ABD’de ibadet özgürlüğü (free exercise clause) vardır. ABD Anayasasının 15 Aralık 1791 tarihinde eklenen ve Bill of Rights olarak bilinen insan haklarıyla ilgili Birinci Değişikliğe göre, Kongre bir dinin ifadesini ve icrasını yasaklayamaz, denilmekte ve sınırlama nedenleri gösterilmemektedir. Kongre 1874’de çok eşliliği yasaklayan bir kanun çıkarmış ve Mormon kararı olarak ünlü *Reynolds v. United States* kararı ile Din-Devlet ilişkilerine açıklık getirilmiştir.⁵² Yüksek Mahkeme verdiği bir kararla doların üzerindeki In God We Trust cümlesinin lâikliğe aykırı olmadığına karar vermiş olup, 1956 yılında ABD Kongresi tarafından E pluribus unum (out of many, one - Birlikten kuvvet doğar) sloganının yerine seçilmiştir.⁵³

Amerika halkı Avrupa halkından daha dindar sayılabilmektedir. Avrupa’ya mukabil ABD’de, din özgürlüğü ile diğer özgürlükler biri birine zıt olmadan uyumlu şekilde yürütülmektedir, denilebilir.

C. YASAMA

2017 Anayasa değişikliği ile Türkiye’de parlamenter sistem değiştirilmiş, Anayasanın sisteme ilişkin toplam 69 maddesi ya değişikliğe uğramış veya ilga edilmiştir. Gensoru, başbakan, bakanlar kurulu, kanun tasarısı, KHK, tüzük ve sıkıyönetim gibi bazı kurum ve kavramlar Anayasa’dan çıkarılmıştır. Anayasa değişiklik metnine (6771 Sayılı Kanunun Geçici 21-B maddesine) göre, TBMM, altı ay içerisinde gereken içtüzük değişikliklerini yapacak ve Anayasa değişikliğini ete-kemiğe büründürecek, denilmektedir ki, bu yapılmıştır. Rutin olarak yapılan bu değişim dışında diğer yapısal değişiklikler için TBMM, geçmişte olduğu gibi, muhtemelen, İçtüzük Uzlaşma Komisyonu kuracak, İçtüzük yeniden yazılacak, “kâğıt okuma” gibi zamanı geçmiş kavramlardan arındırılacak,

⁵¹ Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1, 15 (1947).

⁵² Koçak, Mustafa, “Dini İnançlara Uygun Yaşama Hakkının Sınırları: ABD Anayasası ve Yüksek Mahkeme’nin Mormon Kararı”, Özbudun’a Armağan, ss. 421-428, s. 421.

⁵³ Benzer dava için bkz. Van Orden v. Perry; 545 U.S. 677 (2005); Jensen v. Quaring, 472 U.S. 478 (1985).

hantal yapı değiştirilecek ve TBMM daha etkin bir parlamento haline gelecektir.⁵⁴

2017 Anayasa değişikliğinden sonra İçtüzükte yapılması gereken önemli değişiklikler vardır. Örneğin Anayasa değişikliği ile kanun tasarısı kavramı ilga olduğuna göre, bir milletvekili kanun teklifini nasıl verecektir? Başbakanlık kavramı anayasadan çıkarıldığına göre, 'Mevzuat Hazırlama Yönetmeliği'ni artık Cumhurbaşkanlığı Külliyesi mi yoksa TBMM mi uygulayacaktır? Düzenleyici Etki Analizi bundan böyle artık TBMM tarafından mı yapılacaktır? Kanun yapımında TBMM, STK'lara daha çok önem verecek midir? ABD gibi "Dinleme (Hearing) Toplantıları" TBMM'de yapılacak mıdır? Bu ve benzeri soruların cevabı yapılacak yeni anayasa ve içtüzük çalışmaları ile verilebilecektir. 18 maddelik İç Tüzük değişikliği 27.7.2017 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 16 Nisan 2017 anayasa değişikliğine uygun İç Tüzük çalışmaları ise devam etmektedir.

Yeni anayasa ile dinleme (hearing) sistemi kabul edilebilir. ABD'de dinleme toplantılarının amacı Kongre faaliyetleri için bilgi toplamaktır. Dinleme toplantıları dört kısımdır: Yasama (*legislative hearings*), denetim (*oversight hearings*), soruşturma (*investigative hearings*) ve adayların onaylanması için yapılan hearing toplantıları (*confirmative hearings*). ABD'de en fazla yasama için dinleme toplantısı yapılır. Bu toplantılar Kongre içinde veya dışında (*field hearing*) yapılabilir,⁵⁵ ki bunun için dinleme toplantısına karar verilir, dinlenecek kişiler (*witness*) seçilir, davet edilir, gerektiğinde zorla çağrılır (*subpoea power*), gelen kişi önce bir sunum yapar sonra sorulara geçilir. Özel hayatın gizliliği söz konusu ise toplantı için gizlilik kararı alınabilir. Konular, gerektiğinde alt komisyonlarda (*sub-committees*) da görüşülebilir. Kanun teklifleri komisyon veya alt komisyonlarda biçimlendirilir ki buna biçimlendirme (*markup*) denilir.⁵⁶

Yeni anayasa ile Cumhurbaşkanına devlet başkanı sıfatıyla yaptığı işlemlere yargı muafiyeti sağlanabilir (Anayasanın mülga 105/2 maddesi gibi). Cumhurbaşkanının yaptığı işlemleri ikiye ayırmak gerekir; *birincisi*, Devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemler için yargı denetimi gerekmez; Anayasa Mahkemesine üye seçmek ve Anayasa Mahkemesine iptal davası açmak gibi.⁵⁷ Cumhurbaşkanının, devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemler için yargı muafiyeti gerekir. Yeni anayasada devletin yönetilebilirliği ve istikrar esas olmalıdır. *İkincisi*, Cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla yaptığı işlemler yargı denetimine tabidir.

ABD'de komisyonlarda, meclislerde ve genel kurulda oylama üç türlü yapılabilir. Bunlar, işaretle oylama (*voice not*), ikiye ayrılarak oylama (*division-show of lands*) veya açık oylama (*recorded vote*) şeklindedir. Açık

⁵⁴ Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, Parlamento Hukuku, Yetkin, Ankara 2022, s. 36-39.

⁵⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi, ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, Ankara 2019, s. 102.

⁵⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2019, s. 108-119.

⁵⁷ Özbudun, 2017, s. 92. Günümüzde anayasal yargıyı kabul etmeyen demokratik ülkeler vardır ama yürütmenin yargısal denetimini kabul etmemiş modern devlet yoktur. Bilindiği gibi özellikle Anglo-Sakson ülkelerinde idari yargıya da "adliye" bakmaktadır ve ayrıca idari yargı kurulmamıştır.

oylama da ad okunarak (*roll call vote; yeas and nays*) veya elektronik oylama (*electronic voting*) şeklinde ikiye ayrılır. Senato'da komisyon ve alt komisyonlar ayrıca bulunduğu gibi her iki meclisin ortak komisyonları da vardır. Senato'da Başkan, Komisyonlara havaleyi, uygulamada, yasama müşavirine (*legislative adviser*) devredebilmektedir. Senato'da dinleme (*hearing*) toplantıları Senato İçtüzüğü'nün 26 ncı maddesinde anlatılmaktadır. Kamuya açık toplantılar basına açıktır. Temsilciler Meclisinin "kuralların askıya alınması"na (*suspension of the rules in the House*) karar vermesi durumunda, örneğin tartışma süreleri kısıtlanır, teklifte değişiklik yapılamaz. İki Meclisin anlaşamaması halinde Uzlaşma Komisyonu (*Conference Committee*) devreye girer.⁵⁸

Yeni anayasa ile Meclis Komisyonları güçlendirilebilir; Komisyonlara ihzaren celp yetkisi tanınabilir; Komisyonlara beyanda bulunanlara dokunulmazlık tanınabilir. Komisyonların bilgi-belge isteme yetkisi tanınabilir. TBMM'nin yetkilerinin artırılması için Şubat 2009'da TBMM'de kurulan Komisyon, Raporunu 2011'de vermiş ancak bu Rapor kadük kalmıştır. 2012-2013 yıllarında, yasamanın yetkilerinin artırılması konusunda TBMM'de bir Komisyon daha kurulmuş ancak bu Rapor da Genel Kurul'a inmemiştir. TBMM'nin yetkilerinin artırılması açısından hazırlanan bu raporlarla şu öneriler yapılmıştır;

TBMM, Anayasa Mahkemesi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu gibi kurullara daha çok üye seçebilir. Genel Kurul toplantıları, gerektiğinde, televizyon veya sosyal medya mecralarında canlı yayın olarak yayımlanabilir; esas komisyon çıkardığı kanunları izleyebilir, esas komisyon yılda bir kez toplanıp bakanlıkları denetleyebilir; Genel Kurul'dan Komisyonlara yetki devri yapılabilir; Komisyonların denetim yetkisi artırılabilir; TBMM Başkanının, Danışma Kurulunun ve Komisyonların yetkisi artırılabilir; yeni denetim araçları getirilebilir; Genel Kurul çalışmaları hızlanabilir; "Yasama Akademisi" adı altında bir akademi kurulabilir; Komisyon odaklı kanun yapım süreci olabilir; Komisyonlar, Genel Kurul'un gölgesinde olmayıp Komisyonlara daha fazla yetki verilebilir; son dakika önergeleri olmayabilir; Komisyonlar üstü çalışacak bir "Komisyonlar Üstü Komisyon" kurulabilir; Komisyonların gündemi kesin olabilir; yasama ile yürütme arasındaki bağ güçlendirilebilir; uzun ömürlü kanun için dinleme (*hearing*) toplantıları olabilir; Komisyonların ihzaren celp yetkisi olabilir; Komisyonlarda tanıklık yapacak kişilere, gereğinde dokunulmazlık tanınabilir; yasamanın denetimi araçları daha da güçlendirilebilir; Meclisin kurumsal alt yapısı güçlendirilebilir. Bu ve benzeri yasamanın güçlendirilmesi taleplerine karşı, 1961 Anayasası ile Cumhuriyet Senato kuruldu ancak hantallıktan kurtulamadı. Bu konuda ABD sistemi uygulanamaz, çünkü ABD ve Türkiye'de iktidarın ve muhalefetin yetki ve sorumluluğu farklıdır. 1961-1971 arasında kısmen de olsa bu talepler uygulandı ancak sonuç alınamadı, geçmişe dönüşün anlamı yoktur, denilmektedir. Sonuç olarak Türkiye, bu konuda dengeyi bulmalıdır.

⁵⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2019, s. 119-173; ABD Kongre'deki tüm komisyonlarının şeması için bkz. s. 307-308; kavramlar: s. 309-318).

Yeni anayasada Anayasa Mahkemesi, özellikle *bireysel başvuru*, *ekonomi ve gençlik* gibi konular yeniden yazılmalıdır. Halkın, “*kanun teklifi*” ve “*anayasa değişikliği*” yapabilmesi düşünülebilir. Kanun teklifi (halk girişimi) 500 bin imza ile mümkün olabilir. Bireysel başvuru yolu ile *süper temyiz* makamına dönüşen AYM’nin, Yargıtay ve Danıştay’ı denetlemesinin önüne geçilebilir. AYM’nin yetkileri yeni anayasa ile yeniden değerlendirilebilir. Bireysel başvuru yoğunluğu nedeniyle *AYM üye sayısı* daha fazla olabilir; bölüm sayısı üç olabilir.⁵⁹

Yeni anayasada YSK ve Sayıştay’ın *yüksek yargı mercii olduğu* anayasaya yazılmalıdır. YSK ve seçim ittifakları konusu seçme, seçilme ve siyasi faaliyet maddesinden sonraya (md. 67’den sonraya) alınabilir. Anayasanın 69’uncu maddesinin 5’inci fıkrasında geçen “temelli” sözcüğü Anayasadan çıkarılmalıdır. Yeni anayasa ile er-erbaşın oy kullanması, kasten suç işleyenlerin oy kullanmaması yazılabilir. Hak yoksunluğunun infaz süresi ile sınırlı olmasının gerektiği yazılabilir.

Yeni anayasa ile Meclis İç tüzüğü AYM denetimine tabi olmamalıdır, Meclis İçtüzüğü konusunda ön denetim olabilir. Anayasanın 153 üncü maddesinin son fıkrası yeniden yazılabilir. TBMM, 301 teklif ve 360 kabul ile bakanları görevden alabilir. Yeni anayasada “sözlü soru” yeniden yazılabilir, “yasama meclisi” yerine TBMM kavramı kullanılabilir.

D. YÜRÜTME

Günümüzde yasama organı gibi yürütme organı da halk tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi 6 ncı yılını 9 Temmuz 2024 tarihinde doldurmuştur⁶⁰ Halkoylaması ile kabul edilen önceki değişiklikler ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile ilgili olarak kabul edilen değişiklikler, halkın onayından geçmiş olduğu için, olağanüstü bir durum olmadıkça yeniden müzakere edilmeyebilir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi halk tarafından 3 kez onaylanmıştır, değiştirilmesi düşünülmemelidir. Çünkü 1961-2002 arasındaki 41 yılda 32 adet hükümet kurulmuş, hükümetlerin ortama ömrü 1,5 yıl olmuştur. 1971-1980 arasında 9 aylık hükümetlere rastlanmaktadır. 1991-1999 arasındaki hükümetlerin ortalama ömrü 11 aydır. 1999-2002 arasındaki yıllar, “*hükümet düştü-düşecek*” tartışmalarıyla geçmiştir. Güneş Motel gibi olaylarla gündeme gelen, sürekli çalkantılarla geçen parlamenter sistemin hükümetleri yeni sistemle istikrar bulmuştur; bu dönemlerde hükümetler kolay kurulamıyor, çabuk yıkılabiliyordu. Kısaca yeni sisteme rastgele geçilmemiştir.

⁵⁹ Bireysel başvuru konusunda ayrıntı için bkz. Saadet Yüksel, “Avrupa Konseyi Sistemi İçinde Bireysel Başvuru Yolu”, Prof. Dr. Hasana Tahsin Fendoğlu’na Armağan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi: 1, Ankara 2023, Editörler R. Karasu, A. Güller vs., ss. 77-88; Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuru Yolu İle Türk Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Değerlendirme”, A.g.e., ss. 89-124.

⁶⁰ Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, 171 Soruda Başkanlık Sistemi, Atatürk Kültür Dil Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, s. 438 vd.

1961 ve 1982 Anayasaları olağanüstü dönemlerde, olağanüstü şartlarda yapılmış, zihnin arkasında bulunan saikler olduğu için devlet çarkı iyi işleyememiştir. 1961 anayasası ile egemenlik parçalanmış, egemenlik halktan alınarak organlara tevdi edilmiş, bürokratik oligarşi kurulmuş, bu nedenle temel haklara dayalı bir devlet düzeni kurulamamıştır. 1982 Anayasası ile kazanımlar geri alınmıştır.

E. YARGI

Yeni anayasada yargı konusunda yeni düzenlemeler yapılmalıdır. Şöyle ki;

Mevcut Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı, CBK'ya karşı iptal davası açabilir denilmekte ise de, Cumhurbaşkanının CBK'ya karşı dava açmasına gerek yoktur çünkü kendisi zaten CBK'yı değiştirebilir; bu metin anayasadan çıkarılmalıdır. AYM'ye, CBK'nın şekil denetimi ile ilgili olarak açılacak olan dava 10 günle sınırlı olmalıdır. Anayasanın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki AİHS'ye yapılan atf kaldırılmalıdır. Yüce Divan yargılamalarında Yargıtay Ceza Genel Kurulundan en kıdemli 5 daire başkanı da heyete katılabilir. Yüce Divanın verdiği karar, kendi içerisinde itiraz kabil olmalı ve heyet farklı kişilerden oluşabilmelidir.

İddianamelerin yaklaşık % 50'si beraatla sonuçlandığından dolayı, daha isabetli yazılmalı, bu konuda gereken önlemler alınmalıdır. Dava açmak konusunda savcının takdir hakkı olmamalı, lekelenmeme hakkına daha fazla saygı göstermelidir. T.C Savcılığı kurulmalıdır. Anayasaya savcılarının "bağımsızlığı" da yazılmalıdır. 1982/140'da geçen "... meslekten..." kavramı anlaşılacağı için kaldırılmalıdır. Hâkim -savcı alımı esnasında psikolojik test ve öfke testi yapılmalıdır.

Bir kez görev yapan HSK üyeleri yeniden seçilmemeli, kurumsal hafızanın devam edebilmesi için HSK üyelerinin 1/3'ü iki senede bir yenilenmelidir. Anayasanın 138 inci maddesine "yargının tarafsızlığı" ve "etik değerler" kavramları da eklenmelidir. Yargıtay, Danıştay ve YSK üyelerinin süre teminatı anayasaya yazılmalıdır.

SONUÇ

Anayasa'nın ilk 4 maddesindeki hükümler kırmızı çizgimizdir, tartışılmamalıdır.

Mevcut TBMM, tarihin ve sosyoloji nehrinin akışına göre, yeni anayasaya en yakın olduğumuz süreç olarak görülebilir. Halen TBMM, halkın çok büyük çoğunluğunu temsil etmektedir. Ülkemizin yakaladığı istikrarı koruması ve geliştirmesi, evrensel kurallara uygun olarak yapılmış yeni ve sivil bir anayasa ile pekişecektir. Sivil anayasayı sivil irade hazırlayacak, halk sivil anayasayı, seçilmiş Meclisi ile yapacaktır. Siyasi ve iktisadi istikrar, evrensel normlara sahip yeni ve sivil bir anayasa ile daha mümkün olacaktır. İlk yapılışı itibariyle 1961 ve 1982 Anayasalarının sahibi cuntadır, denilebilir. Bu her iki Anayasa da millete ait olmayıp, darbeyi

yapanlara ve destekleyen *üst akla* aittir.⁶¹ 1961 ve 1982 Anayasalarını yapanlar, “*uygun anayasa*” değil, “*vesayetçi anayasa*” amaçlamışlardır. Anayasa yapımının kolay bir iş olmadığı kabul edilmelidir. Türkçenin tüm güzellik ve derinliklerini taşımayı başaran, farklılıkları kendi özlerini muhafaza edebilecek şekilde bir araya getirilebilecek olan, birlikte yaşama hukukunu gözetebilecek demokratik, yeni ve sivil bir anayasanın hazırlanması gerekmektedir. Yeni Anayasa ile “Türkiye Rüyası” imajı güçlendirilmeli, şu ana kadar yapılan reformlar taçlandırılmalıdır. Yeni bir anayasa yapılması, hukukun üstünlüğüne işaretler, çünkü Anayasanın 175 inci maddesine göre anayasa yapılmaktadır. Yeni Anayasa bunalım emici olmalı, sorun çıkarıcı olmamalıdır.

Daha önce kurulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu’nda uzlaşma ihtimali yoktu; çünkü Türkiye’de siyasal ortam kampaşa ve güvensizlik üzerine kuruluydu. Aslında son yüzyılda Türkiye’de siyasal bir ahengin oluştuğunu söylemek çok zordur. Toplum genelde çeşitli yelpazelerde olmak üzere aralarında güven olmayan çeşitli gruplara bölünmüş durumdaydı. Bu sosyolojik ve siyasal yırtılmışlıktan, mutabakata varılan yeni bir anayasa çıkması çok zordu. Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışırken, bu arada siyasal partiler arasında bitmek tükenmek bilmeyen gerginlikler yaşanmıştı. Bu nedenle yeni anayasa konusunda, Uzlaşma Komisyonunda, ittifak değil, makul çoğunluk olmalıdır. Eşit temsil değil, orantılı temsil kabul edilmelidir. Dil bilimciler ve uzman hukukçular anayasa yazımında rol alabilir. Anayasa yapımında kuşkusuz ki, birikimler ve hafıza önem taşımaktadır. Yeni Anayasa referandumu tek metin veya alternatifli sunulabilir.

Yeni bir anayasa yapmak için toplanan siyasal partiler, uzun çalışmalara rağmen sonuç alamadılar. Siyasi partilerin arasında güven ortamı olmayınca, varlığını diğerinin yokluğunda gören Türk siyasi parti anlayışı içerisinde yumruklar sıkıldı. Bu arada yol temizliği ve güven artırıcı önlemlerde uzlaşamadı, 62 maddede mutabakat sağlandı ama özellikle altı önemli konuda uzlaşma sağlanamadı: Hükümet modeli ne olacaktır? Asker-sivil ilişkileri nasıl olacaktır? Hâkimler ve Savcılar Kurulu nasıl oluşturulacaktır? Din-devlet ilişkilerinin şekli, lâikliğin yorumu, Diyanet İşleri Başkanlığının yeri ve konumu nasıl olacaktır? Vatandaşlık kavramı nasıl ifade edilmelidir? Anayasa’nın ilk 3 maddesinin değiştirilmemesi uygun olacak mıdır? Anayasa Uzlaşma Komisyonunun uzlaşmadığı bu sorunları, halkımız, 2017 tarihli referandumu ile çözmüştür.

Ülkenin enerjisinin kaybedilmemesi için, Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmaları belirli bir zamanla sınırlandırılmalıdır. Unutulmamalı ki masaya dayatma olamaz ve uzlaşma kültürünün geliştirilmesi gerekir. Komisyona gelenler yetkili olmalı, yetkisiz olarak gelenlerle anayasa yapılmasının zor olduğu belirtilmelidir. Yeni anayasa,

⁶¹ Doğrudan dikte edilen anayasalara örnek olarak Japon Anayasası verilebilir. 3 Kasım 1946 kabul tarihli Japon Anayasasının yazımında ABD’li komutan MacArthur ve ekibinin büyük etkisi olmuştur. Mac Arthur ve ekibi Japonları kendi hallerine bırakmış olsaydı meydana gelecek anayasa kabul edilenden çok farklı olacaktı. Japon Anayasasının işgal kuvvetleri tarafından dikte ettirilmesi işgalin fiilen sona erdiği 1952 yılından itibaren Japon siyasetini meşgul etmektedir.

Anayasa Uzlaşma Komisyonu koordinesinde yapılmalı, süreç tamamlandığında mutabakat metni TBMM Genel Kuruluna inmelidir. Anayasa seçkinci yöntemle, yukarıdan aşağıya doğru değil, sözleşmeci yöntemle, aşağıdan yukarıya doğru kabul edilmelidir. Türk anayasalarının tamamı hiyerarşik anayasalardır. Şimdi uzlaşma temelli yeni sivil anayasa mevcut anayasanın kurallarına göre yapılmalıdır.

Şu ana kadar 19 kez değiştirilen 1982 Anayasası, ülke barışını ve adaleti gerektiği gibi koruyamamış, toplumsal gelişmelerin gerisinde kalmıştır. Anayasa maddeleri toplam 184 kez değişime uğramış, insicamı bozulmuştur. Mevcut anayasanın 23 maddesi mülğadır. 177 madde olan Anayasa'nın sadece 154 maddesi geçerli olup, 21 maddesi geçici maddedir. Anayasanın muğlak maddeleri olduğu gibi, Kurul, Konsey, Komite gibi benzer kavramlar kullanılmıştır. 1982 Anayasasını yapan darbeciler Ankara 14. Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanmışlardır.

Yeni anayasa yapılıncaya kadar yol temizliği gerekebilir. Anayasanın başörtüsü ve aile yapısı konusunda 24 ve 41 inci madde değişiklikleri konusunda siyasi partilerin eğilimi, yeni anayasa yapımı konusunda işaret fişeği sayılabilir. Yeni anayasa yapmak sadece iktidarın değil, tüm milletvekillerinin görevidir. Yol temizliği yapılmasının ve konuya etik yaklaşmanın önemi Anayasa Uzlaşma Komisyonu tecrübesi ile bir kez daha anlaşılmıştır. Seçim Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, TBMM Yeni İç Tüzüğü ve Anayasa Uzlaşma Komisyonunun daha önce oybirliği ile kabul ettiği, genellikle temel haklarla ilgili, 62 maddelik anayasa değişikliği öncelikle kabul edilebilir.

Duygu, fikir ve hayal kelimelerle ifade olunur. Dil ortadan kalkarsa millet de ortadan kalkar. Geçmişle sıkı bağ olmazsa milli bilinç oluşmaz. Hukuk dili, genel dil ile iç içedir. Devletimizin ismi Anayasa'nın farklı maddelerinde farklı isimlerle anılmaktadır; Anayasa'nın Başlangıcı ile 2 inci, 90 inci, 104 üncü, 174 üncü ve 177 nci maddelerinde “*Türkiye Cumhuriyeti*” şeklinde geçmekte iken, Başlangıç ve 66 ncı maddede “*Türk Devleti*” olarak bahsedilmektedir. Anayasa'nın 28 inci, 74 üncü ve 126 ncı maddelerinde “*Türkiye*” kavramı kullanılmışken, 1 inci ve 3 üncü maddelerinde “*Türkiye Devleti*” kavramı kullanılmıştır. Görüldüğü gibi 1982 Anayasası Devletimizin ismi konusunda çeşitli kavramlar (*Türkiye Cumhuriyeti*, *Türk Devleti*, *Türkiye*, *Türkiye Devleti*) kullanmıştır. Oysa Yeni Anayasa, Türk dilinin abidesi, şah eseri olmalıdır. Belirtildiği gibi Anayasada çok sayıda “ve” bağlacı vardır ki bunların çoğu gereksizdir.

Anayasa'nın 11 inci maddesinde geçen “... *idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri*” kelimeleri lüzumsuz tekrardır; 14 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında geçen “*Devletin temel hakları*” kavramı yanlıştır, doğrusu, “*devletin yetkileri*” olmalıdır.

Yeni anayasada elektronik demokrasi, sosyal medya, mavi vatan ve yeni teknoloji gibi kavramlar yer alabilir. RTÜK, MGK, DDK ve YÖK ile ilgili ayrıntılı hükümler kısaltılmalı veya kanuna bırakılmalıdır. Orman köylüsü, esnaf, tüketicinin korunması konuları daha kısa yazılmalıdır. Merkez Bankası anayasal bir kurum olabilir.

Yeni anayasada hürriyetlerin esas kısıtlamaların istisna, farklılıkların zenginlik olduğu anlayışı ile devam edilmeli, yerele önem verilmeli, özgürlük-güvenlik dengesi korunmalı, insan hak ve özgürlüklerine saygılı, milli iradeye uygun, gelişen Türkiye'ye yakışır, sivil, demokrat, kapsayıcı, bölge ve dünya için bir marka-bir model olmalıdır.

İnanç, düşünce, bilim-sanat özgürlükleri gibi temel hak ve özgürlükler mahiyetleri gereği hiç sınırlandırılmamalıdır. Çünkü anayasaların en temel işlevi, zorlama gücüne sahip bir kurum olan devlete meşruiyet temeli sağlamaktır. Anayasa'nın 2 nci maddesinde geçen "İnsan haklarına saygılı" kavramı yerine 14 üncü maddenin 1 inci fıkrasında geçen "insan haklarına dayalı" kavramı yazılmalıdır.

Yeni anayasanın 2 nci maddesine adil yargılanma hakkı ve lekelenmeme hakkı yazılabilir. Anayasa'nın 8 nci maddesine ek yapılarak "adil olarak kullanılır", kelimeleri eklenebilir. Anayasa'nın 36 ncı maddesinde geçen adil yargılanma hakkı, yargı bölümüne alınabilir. AİHS'nin 6 ncı maddesine uygun olarak adil yargılanma hakkının sağlanması ve bireyin hak arama özgürlüğüne önem verilmesi gibi birtakım düzenlemelerin yapılması düşünülebilir.

Anayasamızın 74 üncü maddesinin 2 nci fıkrasından sonra gelmek üzere hak arama kurumları olarak Kamu Denetçiliği Kurumu yanında diğerleri de yazılmalıdır. TBMM'nin çıkardığı kanunlar için *Kanun Takip Merkezi ve Kanun Teklif Destek Bürosu* kurulabilir.

2017 Anayasa değişikliği ile parlamenter sistem değiştirilmiş, Anayasanın sisteme ilişkin toplam 69 maddesi ya değişikliğe uğramış veya ilga edilmiştir. Gensoru, başbakan, bakanlar kurulu, kanun tasarısı, KHK, tüzük ve sıkıyönetim gibi bazı kurum ve kavramlar ilga edilmiştir.

Yeni anayasa ile TBMM'de *dinleme sistemi* kabul edilebilir. Bunun için *dinleme toplantısına* karar verilebilir, *dinlenecek kişiler seçilir*, davet edilir, gerektiğinde zorla çağrılır, gelen kişi önce bir sunum yapar sonra sorulara geçilir. Özel hayatın gizliliği söz konusu ise toplantı için gizlilik kararı alınabilir. Konular, gerektiğinde alt komisyonlarda görüşülebilir.

Yeni anayasa ile Cumhurbaşkanına devlet başkanı sıfatıyla yaptığı işlemlere yargı muafiyeti sağlanabilir (Anayasanın mülga 105/2 maddesi gibi). Tüm dünyada olduğu gibi, Cumhurbaşkanının, devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemler için yargı muafiyeti gerekir.

Yeni anayasa ile Meclis Komisyonları güçlendirilebilir; Komisyonlara ihzaren celp yetkisi tanınabilir; Komisyonlara beyanda bulunanlara dokunulmazlık tanınabilir. TBMM bazı kurullara daha çok üye seçebilir. Esas komisyon çıkardığı kanunları izleyebilir, esas komisyon yılda bir kez toplanıp bakanlıkları denetleyebilir; Genel Kurul'dan Komisyonlara yetki devri yapılabilir; Komisyonların denetim yetkisi artırılabilir; TBMM Başkanının, Danışma Kurulunun ve Komisyonların yetkisi artırılabilir; yeni denetim araçları getirilebilir; Genel Kurul çalışmaları hızlanabilir; "*Yasama Akademisi*" adı altında bir akademi kurulabilir; Komisyon odaklı kanun yapım süreci olabilir; Komisyonlar Genel Kurul'un gölgesinde olmayıp Komisyonlara daha fazla yetki verilebilir; Komisyonlar üstü çalışacak bir

“Komisyonlar Üstü Komisyon” kurulabilir; yasama ile yürütme arasındaki bağ güçlendirilebilir.

Yeni anayasada Anayasa Mahkemesi, özellikle *bireysel başvuru*, *ekonomi ve gençlik* gibi konular yeniden yazılmalıdır. Halkın, “*kanun teklifi*” ve “*anayasa değişikliği*” yapabilmesi düşünülebilir. Kanun teklifi (halk girişimi) 500 bin imza ile mümkün olabilir. Bireysel başvuru yolu ile *süper temyiz makamına* dönüşen AYM’nin, Yargıtay ve Danıştay’ı denetlemesinin önüne geçilebilir. AYM’nin yetkileri yeni anayasa ile yeniden değerlendirilebilir. Bireysel başvuru yoğunluğu nedeniyle *AYM üye* sayısı daha fazla olabilir; bölüm sayısı üç olabilir.

Yeni anayasada YSK ve Sayıştay’ın *yüksek yargı* olduğu anayasaya yazılmalıdır. Anayasanın 69 uncu maddesinin 5 inci fıkrasında geçen “temelli” sözcüğü Anayasadan çıkarılmalıdır. Meclis İctüzüğü konusunda ön denetim olabilir. TBMM, 301 teklif ve 360 kabul ile bakanları görevden alabilir. Yeni anayasada “sözlü soru” yeniden yazılabilir, “yasama meclisi” yerine TBMM kavramı kullanılabilir.

Günümüzde yasama organı gibi yürütme organı da halk tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi 6 ncı yılını 9 Temmuz 2024 tarihinde doldurmuştur. Halkoylaması ile kabul edilen önceki değişiklikler ve *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi* ile ilgili olarak kabul edilen değişiklikler, halkın onayından geçmiş olduğu için, olağanüstü bir durum olmadıkça yeniden müzakere edilmeyebilir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi halk tarafından 3 kez onaylanmıştır, değiştirilmesi düşünülmemelidir. Devletin yönetilebilirliği ve istikrar esas olmalıdır.

Mevcut Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine karşı iptal davası açabilir denilmekte ise de, Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine karşı dava açmasına gerek yoktur çünkü kendisi zaten Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini değiştirebilir. Bu metin anayasadan çıkarılmalıdır. AYM’ye, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin şekil denetimi ile ilgili olarak açılacak olan dava 10 günle sınırlı olmalıdır. Anayasanın 148’inci maddesinin 3’üncü fıkrasındaki AİHS’ye yapılan atf kaldırılmalıdır. Yüce Divan yargılamalarında Ceza Genel Kurulundan en kıdemli 5 daire başkanı da heyete katılabilir. Yüce Divanın verdiği karar, kendi içerisinde itiraz kabul olabilir ve heyet farklı kişilerden oluşabilir.

Yeni anayasada Anayasanın yargı bölümüne öncelikle hâkim ve savcı teminatı yazılabilir. Yeni anayasada hâkim ve savcı ayrılmalıdır; savcı aleyhe delilleri topladığı gibi lehe olan delilleri de toplamalıdır. Savcı ağır cezada heyetle birlikte olmamalıdır. Adli kolluk savcının emrinde olmalı, adli kolluk kurulmalıdır. İddianamelerin yaklaşık % 50’si beraatla sonuçlandığından dolayı, daha isabetli yazılmalı, bu konuda gereken önlemler alınmalıdır. Dava açmak konusunda savcı, lekelenmeme hakkına daha fazla saygı göstermelidir. Türkiye Cumhuriyeti Savcılığı kurulmalıdır. Anayasaya savcılarının “bağımsızlığı” da yazılmalıdır. Anayasa’nın 140’ını maddesinde geçen “... *meslekten*...” kavramı anlamadığı için kaldırılmalıdır. Hâkim -savcı emeklilik yaşında psikolojik test ve öfke testi yapılmalıdır. Hâkim-savcı emeklilik yaşı 65 değil 70 olmalıdır. Anayasaya avukatlık kavramı yazılmalıdır. Yeni anayasada hâkim-savcı ve avukattan ayrı ayrı söz

edilmelidir. Avukatlığın güvenceleri anayasaya yazılmalıdır. ÖSYM hâkim ve savcı sınavını angarya olarak görmemeli, yeni soru üretmelidir, çünkü aday üç bin soruyu ezberleyebilmektedir. Adalet Bakanına Türkiye'deki hukuk eğitimi ve adalet politikalarını düzenlemekte yetki verilmelidir. Bir kez görev yapan Hakimler ve Savcılar Kurulu üyeleri yeniden seçilmemeli, kurumsal hafızanın devam edebilmesi için Hakimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin 1/3'ü iki senede bir yenilenmelidir. Anayasanın 138'inci maddesine “*yargının tarafsızlığı*” ve “*etik değerler*” kavramları da eklenmelidir. Yargıtay, Danıştay ve YSK üyelerinin süre teminatı anayasaya yazılmalıdır.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, (Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Portekiz, İspanya), Ankara, Mayıs 2011.

Ağırbaşı Şennur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü”, 2012 (101), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 83-102.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı, Cilt 29, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2012.

Armağan S, “Dünya Devletleri Anayasalarında Lâiklik Prensibinin Düzenlenişi”, Yeni Türkiye Dergisi, Temmuz-Ağustos 1998, 732-741.

Başdemir H Y- Kala M E (Editörler), Yeni Anayasa, -Usul ve Üslup Açısından Bir Arayış-, Türkiye Yazarlar Birliği Yayını, Ankara Şubat, 2022.

Başgil A F, Din ve Lâiklik, İstanbul, 2007.

Başgil, A F, Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasi rejimi ve Anayasa Prensipleri, Baha Matbaası, İst. 1960.

Breet Sharffs, “Secularity and Secularism”, Uluslararası Anayasa Kongresi, C. III, İstanbul 2012.

Doğru O, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta, İstanbul, 1996.

Eroğul C, Anatüzeeye Giriş, İmaj Yayınları, Ankara, 1996.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, 11’inci Baskı, Yetkin, Ankara, Ekim 2023.

Fendoğlu H T, Darbeler ve Anayasalar, Yetkin, Ankara, 2021.

Fendoğlu H T, “Adli Kolluk Üzerine”, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1997, Cilt 23, Sy. 3, ss. 229-242.

Fendoğlu H T, “Din Özgürlüğü Teori ve Uygulaması”, Yeni Türkiye Dergisi, Ank.1991, ss. 109-123.

Fendoğlu H T, “TBMM Yeni Anayasa Yapabilir (mi)?”, Stratejik Düşünce, Aylık Uluslararası İlişkiler ve Strateji Dergisi, Ekim, 2011, Yıl 2, Sayı 23, s. 86-89.

Fendoğlu H T, Çocuk Hukuku, Yetkin, Ankara

Fendoğlu H T, “Alevilik ve Yeni Anayasa: Anayasal Perspektif”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 4, Sy. 1, ss. 1-34.

Fendoğlu H T, *Parlamento Hukuku*, Yetkin, Ankara 2022.

Gökcan H T, “Bireysel Başvuru Yolu İle Türk Hukuk Sistemi Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu’na Armağan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi: 1, Editörler R. Karasu, A. Güller, Yetkin, Ankara, 2023, ss. 89-123.

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, Ekin Kitabevi.

Gören Z/İzgi Ö, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, Madde Gerekeçleri, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler, Ankara, 2002, C. I.

Hassen Ebrahim, The Soul of a Nation, Constituution-making in South Africa, Oxford University Press, 1998; PDF için bkz. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/02587203.2000.11827592> (set: 15.7.2024).

<http://anayasaiszleme.org/60-madde-uzerine/> (17.10.2014);

<http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/uyeler.aspx> (set: 17.10.2014).

Jeffrey E T, Understanding Rule of Law/Supremacy of Law and Underlying Obstacles in Turkey and Around the World”, Uluslararası Anayasa Kongresi, C. II, İstanbul 2012.

Norman Redlich/John Attanasio/Joel K Goldstein, Understanding Constitutional Law, Third Edition, New York, 2024, LexisNexis Publication.

Soysal M, Anayasanın Anlamı, 7. Baskı, İstanbul, 1987.

Koçak M, “Dini İnançlara Uygun Yaşama Hakkının Sınırları: ABD Anayasası ve Yüksek Mahkeme’nin Mormon Kararı”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. I-II, ss. 421-428, Yetkin, Ankara.

Koçak M, “*Hukuk Devleti ve Türkiye*”, Uluslararası Anayasa Kongresi, İstanbul 2012, C. II, s. 315-316.

Lucas Prakte and Constantijn Kortmann (Editors), Constitutional Law of 15 EU Member States, Kluwer, Deventer, 2004.

Ran Hirschl, “Comparative Constitutional Law and Religion”, in: Ginsburg-Dixon, Comparative Constitutional Law, 2011.

Özbudun E, “Türkiye’de Siyasal Kültür ve Demokrasi”, Türkiye’de Demokrasi ve Siyasal Kültürün Gelişmesi, İzmir,1990.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Yetkin, Ankara 2017.

Steven L. Emanuel, Constitutional Law, 29th Ed., Wolters Kluwer, USA, 2011.

Suzie Navot, The Constitutional Law of Israel, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2007.

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.

Tunç H, Türkiye’de Anayasa Yenileme Süreci ve Temel Sorunlar, Berikan yayınevi, 2 inci Baskı, Ankara 2012.

Tunç H, Anayasa Hukukuna Giriş, 2. B., Nobel Dağıtım, Ankara 1999.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, Ankara 2019, ss. XVII+318).

Türmen R, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları”, Yargıtay Dergisi, C. 28, Ocak-Nisan 2002, Sayı 1-2,

Yazıcı S, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasaklıktan Özgürlükçülüğe Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Yetkin, Ankara, ss. 739-810.

Yüksel S, “Avrupa Konseyi Sistemi İçinde Bireysel Başvuru Yolu”, Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu’na Armağan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi: 1, Editörler R. Karasu, A. Güller, Yetkin, Ankara, 2023, ss. 77-88.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYMK. E: 1963/193, K: 1964/9, T: 29.1.1964, AYMKD. Sy. 2, s. 59.

AYMK, E: 1973/37, K: 1975/22, T: 25.02.1975, AYMKD-13.

AYMK, E: 1976/1, K: 1976/28, T: 25.5.1976, AYMKD-14, 189.

AYMK, E: 1984/9, K: 1985/4, T:18.2.1985, AYMKD-21, 59.

AYMK, E: 1984/9, K: 1985/4, T:18.2.1985, AYMKD-21, 59.

AYMK. E: 1984/14, K: 1985/7, T: 13.6.1985, AYMKD, Sy. 21, s. 171 vd.

AYMK. E: 1986/18, K: 1986/24, T: 9. 10. 1986, AMKD. Sy 22, s. 233 vd.

AYMK, E:1983/2, K: 1983/2, T: 25.10.1983, AYMKD-20, 362 (Parti kapatma).

FEDERAL YÜKSEK MAHKEME KARARLARI

Jensen v. Quaring, 472 U.S. 478 (1985).
Van Orden v. Perry; 545 U.S. 677 (2005).

AİHS KARARLARI

Golder/United Kingdom davası, 21.02.1995; Seri A, No.18.

KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletleri
AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AYM: Anayasa Mahkemesi
AYMK: Anayasa Mahkemesi Kararı.
CBHS: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi.
C. : Cilt.
DDK: Devlet Denetleme Kurulu.
HSK: Hâkimler ve Savcılar Kurulu.
KHK: Kanun Hükmünde Kararname.
MGK: Milli Güvenlik Kurulu.
RTUK: Radyo Televizyon Üst Kurulu.
Ss: Sayfalar arası.
s. Sayfa
S.: Sayı
set: Son Erişim Tarihi.
TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi.
YSK: Yüksek Seçim Kurulu.
YÖK: Yüksek Öğretim Kurulu.

İSLAM HUKUKUNUN İNGİLİZ COMMON LAW ÜZERİNDEKİ ETKİSİ TARTIŞMALARI - I

The Debates on the Influence of Islamic Law on English Common Law - I

Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER*

Öz: İslam hukuku ile common law arasında kimi alanlardaki benzeşim, bu hukuk sistemlerinin karşılıklı etkileşimini akla getiriyordu. Yapılan bilimsel çalışmalar bu etkileşimin karşılıklı olmaktan daha ziyade tek taraflı olduğunu destekler mahiyette idi. Bu alandaki ilk kıvılcımın "trust" kurumunun kökeni araştırılırken ortaya çıktığını ifade etmek mümkündür. Akademik çalışmalar etki alanlarını genişlettikçe bu etkinin kısmi değil genel olduğuna dair kanaatleri doğruluyordu. Ancak genel bir etkiden bahsedebilmek için çok daha fazla veriye ihtiyaç vardı. Aksi takdirde bu iddia, akademik anlamda temelsiz bir iddia olarak bilimsellik düzeyine ulaşmamış olacak ve bir temenniden hatta vehimden ibaret kalacaktı.

Konu ikinci kuşak araştırmacıların da ilgi alanı içinde olmayı sürdürdü. Baba Makdisi'nin araştırmalarına oğul Makdisi yenileriyle katkı sağladı. Araştırma verileri kısmi etkiden genel ve tümel bir etkiye işaret ediyordu. Nihayet J. Makdisi, kendisinden önceki tüm akademik ve bilimsel araştırmaları da arkasına alarak en güçlü ifadeyle şu iddiayı dillendirdi: Common law sistemini etkilemesi mümkün ve muhtemel tüm hukuk sistemleri, bu hukuk anlayışı ile doku farklılığına sahiptir.

İslam hukukunun İngiliz Common law hukuk anlayışını hem kurumsal hem de kuramsal olarak etkilediği hatta onu şekillendirdiği yönündeki tez üzerinde araştırmalar yapan St. Thomas Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Gonzalez, Makdisi'nin görüşlerini son derece kıskırtıcı ve bir o kadar da ikna edici bulduğunu ifade eder. Makdisi'nin bu etkileşim için makul bir güzergâh çizebilmiş olmasının tezin en güçlü yanı olarak zikreder. Bu iddia ilkten duyanların kolaylıkla kabul edebilecekleri bir husus olmadığını kabul etmekteyiz.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, İngiliz Hukuku, Ortak Hukuk, Vakıf, Sicilya.

Abstract: The similarities between Islamic law and common law in certain areas suggest the possibility of mutual interaction between these legal systems. However, scientific studies indicate that this interaction is more one-sided than reciprocal. It can be said that the first spark in this area emerged while researching the origins of the "trust" institution. As academic studies expanded their scope, they confirmed the belief that this influence was not partial but general. However, much more data was needed to speak of a general influence. Otherwise, this claim would remain unscientific and be considered a mere wishful thought or even a delusion.

The subject continued to interest second-generation researchers. The younger Makdisi contributed new findings to the research of the elder Makdisi. The research data indicated a shift from partial to general and universal influence. Finally, J. Makdisi, building on all previous academic and scientific research, boldly asserted that all legal systems that could possibly influence the common law system have structural differences with this legal understanding.

Professor Dr. Gonzalez, a faculty member at St. Thomas University School of Law, who conducts research on the thesis that Islamic law influenced and even shaped English common law both institutionally and theoretically, found Makdisi's views extremely provocative yet convincing. He noted that Makdisi's ability to outline a plausible path for this interaction was the strongest aspect of the thesis. We acknowledge that this claim is not something that those hearing it for the first time can easily accept.

Keywords: Islamic Law, English Law, Common Law, Trust, Sicily.Law, Trust, Sicily.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, sahban.yildirimer@asbu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7204-5609

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573448

Makale Geliş Tarihi: 09.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 11.09.2024

GİRİŞ

İngiliz hukuk tarihi, inceleme kolaylığı sağlaması açısından dört döneme ayrılabilir. Birinci dönem, 1066 yılındaki Norman istilasının öncesidir. Bu dönemde yürürlükte olan yerel teamüllere dayalı hukuk, Anglosakson hukuku olarak anılmaktadır. Bu itibarla, kimi kaynaklarda Anglo-Amerikan hukuk çevresi olarak gruplandırılabilir hukuk sistemlerini ifade etmek üzere kullanılan Anglosakson hukuk sistemleri ifadesinin son derece isabetsiz olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Zira 1066 öncesi Anglosakson hukukunun günümüz Anglo Amerikan hukuk sistemleri ile olan bağlantısı yok denecek kadar zayıftır. İkinci dönem, 1066 yılındaki Norman istilası ile 1485 yılları arasında kapsamaktadır. Krallık mahkemelerinin içtihatları vasıtasıyla ortaya çıkan common law, güçlenen merkezi güce paralel olarak bu dönemde doğmuş ve gelişmiştir. Common law'ın içtihat hukuku, hâkim(ler) hukuku veya örf ve adet hukuku olarak nitelendirilmesi¹ İslam hukukunun içtihadı dayalı gelişimi arasında temel benzerlik noktalarından birisidir. Common law için hâkim(lerin) hukuku ile İslam hukukundaki kadı hukuku “kadijustiz” nitelemesinin örtüşmesi önemli bir benzerliği ifade eder. Hâkimlerin içtihadı dayalı hukuk usul ve ilkelerine bağlı kalarak ortaya koydukları kararlar için “kadı-adaleti” (qadi-justice) yorumu yapılmıştır.² Dar anlamda common law tedvin edilmemiş bir hukuktur. Başka bir ifadeyle common law bir kanunlaştırma hareketi sonucunda neticesi değil yargıçların örf ve adet kurallarına bakarak oluşturdukları bir hukuktur. Yani içtihadî hukuk niteliğindedir. Her yargıç davayı sonuçlandırırken kendinden önceki görülmüş benzer davaların kararlarıyla kendisini bağlı hisseder.³ Üçüncü dönem Tudor hanedanının tahta çıktığı 1485 ile 1832 arasında kapsamaktadır. Bu döneme, Krallık mahkemelerinin geliştirdiği common law'un yanında onu tamamlayıcı olarak ortaya çıkan equity law damgasını vurmuştur. Son dönem ise, çeşitli hukuk reformlarının gerçekleşmeye başladığı 1832'den günümüze kadar uzanan dönemdir. Bu dönemde hukuk sistemine ilişkin kapsamlı reformlar yapılarak İngiliz hukuk sistemi günümüzdeki görünümüne kavuşturulmuştur. Ayrıca kanunların ağırlığı artmaya başlamış ve böylelikle parlamento ile hükümetin hukuk üzerindeki etkisi artmıştır. Modern İngiliz hukuku, asli olarak bu dönemi konu almaktadır.⁴

İslam hukuku ile common law'ı karşılaştırmalı olarak inceleyen hukukçular kavram ağı olarak genellikle şu beş ifadeyi kullanırlar: İslam hukuku (Islamic law) ya da dini hukuk (religious law), ortak hukuk (common law), Roma hukuku (Civil law), kilise hukuku (canon law) ve yasal hukuk (statutory law). Roma hukuku yerine medeni hukuk ifadesinin sık kullanımına rastlandığı gibi kıta Avrupa hukukunu ifade etmek için ise

¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasal Derinlik, Yetkin Yayınları Ankara, 2012, s. 107.

² David S. Powers, Hukuk Toplum ve Kültür, Çev. İsmail Eriş, Klasik Yayınları, (Birinci Basım) İstanbul 2014, s. 16, 39, 43.

³ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 175.

⁴ Işıl Yelkenci, “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, C.28, S.2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 1181.

(continental law) ifadesi kullanılmaktadır. Ayrıca zaman zaman common law hukukunun Amerika uygulama örnekleri için de (Anglo-American law) ifadesinin kullanımına rastlanmaktadır.⁵

Common law üzerinde İslam hukukunun etkisinin olabileceğine dair uzun süreden beri iddialar dillendirilmekteydi. Bu konuda genel ve kapsamlı bir etkiden bahseden ve bunu geniş bir yelpazede temellendiren İslam hukuku ve karşılaştırmalı hukuk uzmanı John A. Makdisi olmuştur.⁶ Bu alandaki iddiasını, “The Islamic Origins of the Common Law” başlıklı makalesinde temellendirmiştir.⁷ Yine aynı müellifin iddialarını sürdürdüğü bir diğer çalışması da “Legal Logic and Equity in Islamic Law” başlıklı makalesidir.⁸

Bu alanda yapılmış tüm çalışmaları sıralamak yerine alanda literatürü etkilemiş önemli gördüğümüz bir kaç tanesini zikretmekle iktifa edelim. J. Makdisi’den önce bu alanda İslamî yayımlarda karşılaştırma çerçevesi spesifik alanlarla sınırlı idi. Örneğin, İslam medeniyetindeki vakıf (waqf) kurumunun İngiliz kültüründeki “trust”ın kaynağı olduğu yönündeki karşılaştırmalı çalışmalara çokça rastlanmaktadır. Bu alandaki önemli bir çalışma Henry Cattan’ın 1955 yılında yayımlanmış “*The Law of Waqf*” başlıklı makalesidir. Müellife göre, “İngiliz sistemindeki “trust”ın İslami vakıf/waqf kurumuna çok benzemektedir ve muhtemelen İslami vakıf kurumu buna kaynaklık etmiştir.”⁹ Yine vakıf kurumu üzerinden bir etkileşimden bahseden bir diğer çalışma ise, Monica M. Gaudiosi’nin “The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England” başlıklı makalesidir. Müellif bu makalesinde Oxford dâhil birçok eğitim kurumu varlığını İslam’ın bu kurumuna (waqf) borçlu olduğunu iddia eder.¹⁰ Yine aynı konudaki Suleiman’ın “The Islamic Trust Waqf”¹¹ başlıklı makalesi

⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Nosirjon Juraev (Author), 2010, Sources of law in Civil, Common and Islamic Legal Systems, Munich, GRIN Verlag, <https://www.grin.com/document>. Paul Vinogradoff, Ortaçağ Avrupası’nda Roma Hukuku, Yayına Hazırlayan: Mehmet Tevfik Özcan, Göçebe Yayınları, İstanbul 1997, s. 82 vd.

⁶ Baba George Makdisi ile oğul John A. Makdisi’yi ayırmak için George yerine (G.), John yerine (J.) harflerini kullandık.

⁷ John A. Makdisi, “The Islamic Origins of the Common Law”, 77, North Carolina Law Review, 1635-1739, 1999. Müellifin bu makalesi bir kitabın hacmi kadar genişdir.

⁸ J. Makdisi, “Legal Logic and Equity in Islamic Law”, 33, American Journal of Comparative Law, 63-92, 1985.

⁹ Henry Cattan, “The Law of Waqf”, Vol. 1, Washington 1955, Herbert Law in the Middle East, at 212-218.

¹⁰ Monica M. Gaudiosi “The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College”, University of Pennsylvania Law Review, Vol:136/1231.

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3909&context=pen_n_law_review.

¹¹ Haitam Suleiman “The Islamic Trust Waqf: a Stagnant or Reviving Legal Institution”, Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law | Vol. 4/32, (2016).

ile Richard Potz'un "Islam and Islamic Law in European Legal History" başlıklı makalesini zikretmek gerekir. Common law ile İslam hukukunun kimi kurumların benzerliğini dikkate değer bulan Potz, Makdisi'nin tezine katkı sadedinde trust kurumunun İslami vakıf müessesesi üzerinden modellenmiş olabileceğine işaret ederek bu alanın disiplinler arası alanda araştırmalara konu olma potansiyeli taşıdığını iddia eder.¹²

Burada George Makdisi'nin konumuz açısından iki önemli eserini zikretmemiz gerekir. Müellif klasik dönem İslam eğitim tarihi, özelde de İslam eğitim kurumları ile ilgili *The Rise of Colleges ve The Rise of Humanism* isimli iki eser ortaya koymuştur. Bu eserlerde İslam medeniyetinde ortaya çıkıp daha sonra Batı'ya aktarıldığını söylediği iki ayrı düşünce hareketini, iki ayrı eğitim sürecini ve kurumlarını incelemektedir. Her iki eserde aynı yaklaşımı benimseyerek, bu hareketleri üreten kuvvetler, onların fikri ürünleri, eğitimin hedefleri ve metodu, yazılan eserler ve bilginin aktarımı gibi hususları çeşitli yönleriyle inceler. Her iki hareketin de ortak bir kaynaktan, yani Kur'an-ı Kerim'den kaynaklandığını, ancak onları etkileyen harici kuvvetlerin de bulunduğunu söyler. Ona göre her iki hareket de İslam âleminin doğusundan başlayarak batısına doğru yayılmış, ayrıca Hıristiyan Batı da bunları iktibas ederek kendi çevresine uyarlamıştır. G. Makdisi'nin *The Rise of Colleges* adlı çalışması sadece İslam eğitim tarihi açısından değil, Batı eğitim tarihi açısından da çok önemlidir. Bu eserinde özellikle İslam hukukçuları olarak fakih ve müftülerin yetiştirilmesi için kurulmuş olan mescit ve medreselerin programlarının Batı'daki yükseköğretim sisteminin tüm özelliklerini taşıdığını ve bu kurumlardan tevarüs ettiği iddia eder.¹³

J. A. Makdisi kendisinden önce bu alanda çalışan babası George Makdisi'nin yol göstericiliğine işaret eder. Ancak kendinden önceki kalem erbabının bu alandaki çalışmaları yetersiz bulurken asıl eksik bulunduğu hususun bu bilim insanlarının güçlü bir şekilde "İslam hukuku common law'u tümüyle etkilemiş ve onu şekillendirmiştir" diyemedikleri için onları bu yönüyle cesaretsiz bulunduğunu ifade eder. Örneğin, babası George Makdisi'nin; "İslam ve Batı hukuk eğitiminde, başta skolastik yöntem, öğretim lisansı ve İngiltere'de Mahkeme Hanları ve İslam medreseleri olarak bilinen hukuk okulları da dâhil olmak üzere birçok paralel kurum ortaya çıkmıştır." ifadelerinin kısmi etkileşime işaret ettiğine vurgu yapar. J. Makdisi tüm bu örnekleri verirken şu çarpıcı ifadeyi de kullanmaktan geri durmaz; "*ancak bu bilginlerin hiçbiri bir bütün olarak common law'un İslam'ın bir ürünü olduğunu ileri süremiştir.*"¹⁴ Ayrıca İslam hukukunun diğer hukuk kültürleri ile birlikte common law'ı şekillendirdikleri başka bir ifadeyle common law'ın çoklu bir etkiye bu arada İslam hukukunun etkisine de kısmi olarak maruz kalmış olabileceği tezine de katılmaz. Common law'un eklektik

¹² Richard Potz, "Islam and Islamic Law in European Legal History" s. 40.

<https://www.semanticscholar.org/paper/Islam-and-Islamic-Law-in-European-Legal-History-and-Potz/f0db82b7ea5c2777a9800a22ae0cd402aa39ddfb>.

¹³ George Makdisi, *İslâm'ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitim, Çev. Hasan Tuncay Başoğlu, Elma Basım, İstanbul 2007, s. 4-8.*

¹⁴ Makdisi, J., "The Islamic Origins of the Common Law", 77 North Carolina Law Review, 1999, s. 1640.

bir yapıda olmadığını da ifade ederken bu konudaki temel argümanı ise şudur: *Common law sistemini etkilemesi mümkün ve muhtemel olan tüm hukuk sistemleri bu hukuk anlayışı ile doku farklılığına sahiptir. Bu nedenle sadece bir tek hukuk sisteminin etkisinden bahsedilebilir. O da İslam hukukudur.*¹⁵ İngiliz common law hukuku, ortaçağ Avrupa'sında hem Roma hukuku hem de kilise hukukundan büyük ölçüde bağımsız kalan tek hukuk sistemiydi. İngiliz hukukunun yasal kurumlarının konfigürasyonu ve işlevi, Avrupa hukuk sistemleri arasında benzersizdir. Birçok açıdan İngiliz hukukunun kökenleri oldukça esrarengiz olmaya devam ediyor.¹⁶

I- TARİHİ ARKAPLAN

Batı ile İslam arasındaki ilişki, uzun bir süre, sürekli dini ve siyasi sürtüşmelerle karakterize edildi. Bununla birlikte, sürekli karşılıklı düşmanlıkların varlığı, yalnızca yakın ticari ilişkilerin değil, aynı zamanda fikir transferlerinin de bulunduğu barışçıl dönemlerin olmadığı anlamına gelmemelidir.¹⁷ İslam hukuku ile common law sisteminin etkileşim iddiasının bilimsel zeminini inceleyen hukukçu ve tarihçiler öncelikle etkileşim zemini olarak uygun bir coğrafi yapının olmasının gerektiğine işaret ederler. Başka bir ifadeyle kültürler arası etkileşimi mümkün kılan coğrafi zemininin olması gerektiğine ifade ederler. Ardından da bu etkileşime izin veren yani müsamaha/tolerans gösterecek bir anlayışın olması gerektiğine vurgu yaparlar. Bu iki şarta cevap veren araştırmacılar etkileşim zemini olarak Sicilya'yı ve II. Henry'nin kraliyeti ise bu etkileşimin gerçekleştiği dönem olarak kabul ederler. Bu dönemin böyle bir etkileşime zemin hazırlayacak liberal bir anlayışa sahip olduğu ile ilgili birkaç örnek vererek bu dönemin idari ve siyasi aklının nasıl işlediği ortaya koymak gerekir. İslam hukukunun common law'ı etkilemiş olduğu yönündeki tezi analiz eden hukukçular bu her iki soruya öncelikle cevap aramışlardır. Bu dönemde kimi kurumların nasıl ortaya çıktığına dair sürekli bir gizemden bahsedilir. Yani dönemin İngiliz hukuk kültüründe olmayan kimi kurumların nasıl ortaya çıktığına dair araştırmalara somut sonuçlara ulaşamamıştır. Common law'ın kökenleri gizemle örtülüyor. Yedi asırdan önce Kral II. Henry'nin hükümdarlığı sırasında İngiltere o güne kadar en belirgin kurumlarından bazılarının nasıl ortaya çıktığını bilmiyoruz.

Tarihçiler, common law'ın birçok farklı etkinin ürünü olduğunu öne sürdüler. Bu konuda muhtemel ikili, Roma ve kanon hukuku idi. Ancak common law'ı etkilemesi muhtemel bu hukuk sistemleri ile common law arasında ciddi doku farklılığı vardı ve bu durum farklı etki alanlara yönelimi zorunlu kılıyordu. Çünkü common law kurumları yapısal ve işlevsel olarak Batı hukuk sistemleri arasında benzersiz ve Roma hukuk fikrinden kesinlikle farklı bir model idi. İngiliz hukuk tarihinde ilk kez bu kültür ortamından

¹⁵ Makdisi, J., "The Islamic Origins of the Common Law", s. 1638.

¹⁶ Sami Mehmeti, 'Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law', s. 47.

<https://www.researchgate.net/publication/362304429>

¹⁷ Mehmeti, s. 48.

neşet etmesi imkânsız kimi kurumsal yapılar ortaya çıkmıştır. Bu kurumları besleyecek hukuk düşüncesi de bu kültürün dokusu içinde iz düşümlerini bulmak daha da imkânsızdı. Nitekim İngiliz hukuk tarihçileri, kendi hukuk kurumlarının köklerinin “son derece müphem” olduğuna işaret ederler ve onların İngiltere’deki gelişiminin izlerini takip teşebbüsünde “Kıta Avrupası’yla yapılacak mukayeselerin herhangi bir rehberlik sunmadığını” söylerler. Hukuk mesleğinin İslam’ın klasik tarihi gelişimine aşına olan bir İslamiyatçı, İngiliz hukuk tarihçilerinin çok sayıdaki âlimane yazılarını ilk okuduğunda, İslam klasik çağının hukuk mesleği ile onun Ortaçağ İngilteresi’ndeki muadili arasında bulunan benzerliklerden çarpılmadan edemez.¹⁸

Etkileşimden bahseden bilim insanları, common law’ın teşekkül dönemi olarak II. Henry dönemine işaret ederler. II. Henry döneminin idari ve siyasi yapısı tüm bu iddianın tarihsel zemini olarak görülmektedir. Bu dönemdeki liberal anlayış farklı kültür ve medeniyetlerden kuramsal ve kurumsal yapıları almakta katı bir tutum içinde olmamayı gerektirir. Ayrıca farklı kültürlerle ilişkin değerler ile birlikte yaşamayı bir zenginlik olarak görece kadar toleranslı olmayı da gerektirir. Bu dönemin önemli bir ismi şüphesiz Thomas Brown’dur. II. Henry’nin kişisel isteği üzerine İngiltere’ye gelen ve ölümüne kadar orada yaşayan Brown, önemli bürokratik görevler üstlenmişti. Kral II. Henry’nin kişisel ve resmi güvenini kazandı. Thomas Brown rolüne değinen John A. Makdisi şunları söyledi: “*Kendisine güç ve zenginlik getirecek yeni idari aygıtları büyük bir takdirle karşılayan Kral 2. Henry için Thomas Brown paha biçilmez bir bilgi kaynağı olmalıydı. Avrupa’nın en güçlü ve zengin hükümeti olan II. Roger’ın Sicilya’sının iç işleyişini anlamak için kapıyı aralayabilirdi. Thomas Brown’ın en iyi bildiği hükümet alanı, Sicilya kralı için toprakları geri alan İslami Sicilya bürosuydu. Henry’nin Roger’ın idari hünerinin sırrının İslam kökenli olduğunu keşfetmesi ne büyük bir sürpriz olmuş olmalı.*” Thomas Brown’ın Sicilya deneyimi sayesinde II. Henry, arazinin geri alınmasına ilişkin İslami usul (istihqaq) ve adli usulde (lafif) delil oluşturmak için kullanılan İslami jüri hakkında doğrudan bilgi edinmek için eşsiz bir fırsata sahipti. Thomas Brown’ın İngiltere’ye dönüşünden sekiz yıl sonra, the assize of novel disseisin yaratıldı ve modern haliyle İngiliz jürisi ortaya çıktı. John Makdisi’ye göre, *Kral II. Henry "ortak hukukun –common law- yaratılmasıyla dünyada devrim yaratan nakil fırsatını doğru zamanda yakalamak için doğru kişiydi"*.¹⁹

Sicilya Norman Krallığı, idarî ve medeni hukuk uygulamalarını bir monarşiden beklenmeyecek kadar geniş özgürlükler ve tolerans içeren bir anlayış içerisinde kurumsallaştırmaya çalışmıştı. Normanlar, Sicilya’yı ele geçirmeye başladıkları andan itibaren çok erken dönemde bu politikayı takip etmişlerdir. II. Roger’dan sonra bu toleranslarda azalma olsa da genel itibariyle istisnasız bütün Norman Kralları bu politikaya sadık kalmışlardı. Normanlar döneminde Sicilya halkının din, dil ve vicdan özgürlüğü

¹⁸ George Makdisi, İslâm’ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı’da Beşerî Bilimler, Çev. Hasan Tuncay Başoğlu, Elma Basım, İstanbul 2009, s. 372.

¹⁹ Makdisi’den naklen Mehmeti, s. 50-51.

sağlanmış, her toplumun hukukî sorunlarını çözmeleri için kendilerine özgü yargı kurumlarının varlığına izin verilmiştir.²⁰

II. Henry on ikinci yüzyılda common law ı oluştururken üç alanda belirgin bir şekilde yerel hukuk kültüründen uzaklaşacak şekilde yeni bir yapı oluşturuyordu. Tüm bunlar common law ın oluştuğu kültür ortamında bilinmeyen hususlar idi. Mevcut hukuk kültürünün ürünü değilse bu kuramsal ve kurumsal yapıların kaynağı ne idi? Cevap bu üç kurumun İslami muadillerinin karakteristik kimliğinde yatmaktadır. Bu kabul beraberinde yeni bir soruyu gündeme getirmektedir. Bu etkileşim hangi coğrafyada ve nasıl gerçekleşmiştir? Konuyu ayrıntılı inceleyen araştırmacılara göre bu etkileşimin zemini Sicilya'dır. Bu iddiayı en güçlü şekilde dillendiren Makdisi, öncelikle Sicilya'nın coğrafi ve kültürel olarak bu fonksiyonu icra etme potansiyelini ortaya koyar. Ardından İslam hukuk ekollerinden Maliki mezhebinin Kuzey Afrika ve Sicilya'daki uygulamalarının Sicilya'daki Normon hukuku üzerinden İngiliz hukuk sistemine etkilerinin izleri sürer. Sosyal, politik ve coğrafi bağlantıları ortaya koyarak, bu kurumların İslam'dan geçişinin mümkün olduğunu kanıtlar. Gerçekte Müslüman toplumlar, hukukun üstünlüğü kavramını Batı toplumlarından yüzyıllar önce temel almışlardı. İslam dünyasının daha ileri hukuk kurumlarıyla ilişki kuran Batılıların bunları kendi toplumlarına aktarmaları şaşkıncı gelmemelidir. Ayrıca daha yeni bir hukuk sistemi ile daha eskisi arasında bir karşılaştırma yapıldığında, onu yeni sistemin eskisinden ödünç alması veya kabul etmesi açısından tanımlama olasılığı artar. Genellikle eski sistemin destekçileri, kendi sistemleri ile yeni hukuk sistemi arasında var olan herhangi bir benzerlik üzerinde kendi sistemlerinin bir etkisini görmeye eğilimlidirler.²¹

II- ETKİLEŞİM ZEMİNİ

İslam medeniyetinin farklı medeniyetlerle etkileşim zemini olarak dört merkeze işaret edilir. Bir tanesi Endülüs, diğeri Sicilya, üçüncüsü Bizans ve nihayet Haçlı Seferleri'nin hedefi olan Bilâduşşam bölgesi. George Makdisi Sicilya'da özellikle XII. yüzyılda II. Frederik dönemindeki saray teşkilatından ve oradaki etkileşimden bahsediyor. Oradaki bürokratların giyim kuşama ve yaşam tarzına varıncaya kadar İslam âlemindeki örnekleri taklit ettiğine dair örnekler veriyor. Makdisi, Haçlı Seferleri'ne ve Bilâduşşam'daki etkileşime özellikle medrese örneğinde değiniyor. Çünkü college türü müesseseler Avrupa'da Haçlı Seferleri'nin akabinde ortaya çıkmış; üniversite bunun akabinde gelişiyor. Bir de dördüncü bir alan olan Bizans'tan ise pek bahsedilmemektedir. İslamî literatürün, gerek felsefî, gerek dinî, gerek edebî literatürün Sicilya ve Endülüs üzerinden veya Haçlı Seferleri dolayısıyla Batı'ya aktarıldığını biliyoruz. Öte yandan Arapça eserlerin belli bir dönemden sonra, IV./X. asırdan itibaren Rumcaya tercüme

²⁰ Seyhun Şahin, Normonlar Döneminde Sicilya Adası, (11-12. Yüzyıllar), "Basılmamış Doktora Tezi", Elazığ, 2012, s. 172.

²¹ Mehmeti, s. 48.

edilmesi ve Bizans üzerindeki etkisi diye bir şey var ancak pek de araştırmalara konu edilmemiştir.

Sicilya dokuzuncu asırda İfrîkiye’de Ağlebi devletini kuran Müslüman Araplarca (212/827) fethedilmiştir. Adanın tamamı bir anda ele geçirilememiş, adadaki her şehir tek tek fethedilmiştir. Ada Norman istilasına kadar önce Ağlebilerin hâkimiyetinde olmuş ardından Fâtîmî Devleti’nin yönetimi altında kalmış son olarak da Fâtîmîler adına adayı yöneten Kelbilerin idaresinde kalmıştır. Yaklaşık iki buçuk asır fiilen İslam beldesi olarak kalmış olan bu adanın yönetimi Müslümanların elinden çıktıktan sonra da İslam kültür ve medeniyetinin yüksek kurumları varlığını sürdürmüş ve bu yapılar üzerinden farklı kültür ve medeniyetler üzerindeki etkisini asırlarca sürdürmüştür.

Müslümanların adayı ele geçirmelerinden sonra İslam inancında var olan toleranslı anlayışının gereği olarak diğer din mensuplarına müsamaha gösterilmiştir. Müslümanlar yönetim erkini ellerinde tutarken diğer kültür ve medeniyetlere karşı hoşgörülü davranmış farklı halkların bir arada birlikte barış içinde yaşayabilmenin olağanüstü bir örneğini ortaya koymuşlardır. Bu anlayış adeta adanın yaşam felsefesine dönüşmüş, Müslümanlar adanın hâkimiyetini kaybedince onlara da aynı tolerans ve hoşgörü ile muamele edilmiştir. Sicilya adası gerek İslam hâkimiyeti döneminde gerek ondan sonraki dönemlerde istikrarlı bir yönetim içinde kalabilmiş olmasını bu hoşgörülü anlayışa borçludur.

Müslümanların adayı ele geçirmelerinin ardından diğer İslam beldelerinde olduğu gibi Palermo şehrinin merkezine büyük cami yapmışlar, caminin etrafına da alışveriş için çarşılar inşa etmişlerdir. Palermo, stratejik konumu ve bir liman şehri olması nedeniyle diğer şehirlere nispetle çok daha kalabalık bir nüfusa sahip olmuştur. Cami/mescitler tüm İslâm şehirlerinde olduğu gibi Sicilya’da kültürel hayatın en önemli merkezi olmuştur. Mescitler özellikle çocuklar için en üst düzey eğitim kurumları olarak fonksiyon icra etmiştir. Buralar sadece ibadet mahalli olarak kullanılmamış, meşhur âlimler ve fakihler bu mekânlarda din bilimlerinde ders halkaları oluşturup her yaştan öğrencilere üst düzey eğitim vermişlerdir. Sicilya’nın Palermo şehrinde her mahallede her köşede bir mescit olduğu (yaklaşık 300) rivayet edilir.²² Watanabe’nin ifadesiyle; *İngiliz hukuk kurumları ile İslam hukuk kurumları arasındaki dikkat çekici benzerlikler dışında önemli bir husus da common law’ın ortaya çıktığı, II. Henry döneminde İslam coğrafyasının bir parçası olmayan Normonların denetimindeki Sicilya’nın bu etkileşim bölgesi olmasıdır. İfrîkiya ve Sicilya, dokuzuncu yüzyıldan on ikinci yüzyıla kadar İslam İmparatorluğu’nun bir parçasıydı. Normanlar Sicilya’yı zapt ettiğinde, önemli ölçüde, İslami kurumları ve Müslüman kültürünü kendilerinininkiyle değiştirmeye çalışmadılar, daha çok entegre ettiler. Norman yönetimi özellikle bürokrasi ve finans alanında entegrede bulundular. Hristiyanlığa geçiş, krallık içindeki siyasi konumlar için bir ön koşul değildi. Bundan dolayıdır ki, birçok Müslüman lider, Sicilya’nın Normanlar tarafından ele geçirilmesinden sonra bile önceki görevlerinde kalmaya devam ettiler. Müslümanlar kendi dinlerini*

²² Mehmet Demiralay, Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat, “Basılmamış Yüksek Lisans Tezi”, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 62.

*yaşayabildiler ve kendi kanunlarına tabi oldular. Sicilya Müslümanlarının örf ve medeni ihtilaflarla ilgili kararlarda Şeriat kanununu kullanmaya devam ettiğine dair kanıtlar da vardır.*²³ Hatta Müslümanlar ile gayrimüslimler arasındaki durumlarda bile, Kur'an üzerine yemin etmeye ve İslam hukukunun kullanımına saygı gösteriliyordu.²⁴

II. Roger'ın yönetimi altında, Sicilya, doğu ve batılı bilim adamlarının bir araya geldiği ve fikir, tartışma ve metin alışverişinde bulunduğu bir takas odası haline geldi.²⁵ II. Roger ve II. Frederick'in yaşayışlarına bakılırsa, onların bir Hristiyan'dan ziyade kendi zamanlarındaki Müslümanlara benzedikleri görülür. Onların bu tutumu dini çevreleri o kadar rahatsız etmiş olmalı ki, her ikisi için; "Sicilya'nın vaftiz edilmiş iki sultanı" nitelemesi yapılmıştı.²⁶ Sicilya'da İslam kültürünün Hristiyanları cezbedişinin en güzel örnekleri, bilhassa II. Roger ve II. Frederick devirlerinin saray hayatında sergilenmişti. Bu iki kral Müslümanlar gibi giyiniyor ve onların hayat tarzlarını birçok bakımdan taklit ediyordu. Arap şii sarayda büyük rağbet görüyordu. Krallar memur ve müşavirlerini Müslümanlar arasından seçiyor, Suriye ve Bağdat'tan gelen ulemaya son derece hürmet ediyor ve onları koruyorlardı. Bilhassa II. Frederick, sarayında ilmi ve felsefi sohbetleri teşvik ediyordu. "Müslümanların üstün kültürü bu suretle, İspanya ve Sicilya'da yürütülen ticari münasebetler ve Müslümanların buradaki siyasi varlıkları sayesinde, Avrupa'nın ortasına doğru yavaş yavaş yol almaya başladı. Avrupa Bizans İmparatorluğu ile devamlı ilişki içinde bulunmasına rağmen Müslümanlardan, Bizanslılardan aldığından daha fazlasını aldı."²⁷

Beıtül-hikme adı verilen bilim merkezinde üretilen ilmi birikim önce İslam coğrafyasına yayılmış ardından da Endülüs'e ve Sicilya'ya geçerek Avrupa'ya ulaşmıştır. Sicilya'daki ilmi çalışmalar adayı istila eden Normanlarca daha da ilerletilmiş Özellikle II. Frederick zamanında Arapçadan Latinceye yapılan çevirilerle zirveye taşınmıştır. Bu etkinin içselleştirilmesi ardından var olan bu birikimlere ilaveler yapılmasıyla oluşan eklektik yapı asırlarca varlığını sürdürmüştür. Bu durumu tasvir eden tarihçilere göre, İslam kültür ve medeniyeti Sicilya'da fiilen 250 yıl, etkileri bakımından ise 500 yıl varlığını sürdürmüştür.²⁸ Bu birikimle Sicilya,

²³ Lisa Watanabe, "The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe", the Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012, s. 72-73.

²⁴ Alex Metcalfe, "The Muslims of Sicily under Christian Rule" <https://www.researchgate.net/publication/236145055>. s. 296.

²⁵ Mohammed Abattouy, "The Arabic-Latin Intercultural Transmission of Scientific Knowledge in Pre-Modern Europe: Historical Context and Case Studies", The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012, s. 172.

²⁶ Montgomery Watt, İslâm'ın Avrupa'ya Tesiri, Çev. Hulûsi Yavuz, Coşkun Ofset, İstanbul 1986, s. 14.

²⁷ Watt, s. 37, 57.

²⁸ Demiralay, Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat, s. 193.

Endülüs'ten sonra İslâm medeniyetinin Avrupa'ya taşındığı ikinci coğrafya olacaktır. Müslümanların bu bölgeye gelişi ile İslam medeniyetinin tüm birikimler Sicilya üzerinden Avrupa'nın güney bölgelerine, oradan da Avrupa'ya yayılmıştır.²⁹

Kültürlerarası etkileşimde tercümelerin rolüne işaret eden Mohammed Abattouy, Sicilya'nın önemini vurgular. *İtalya çeviri faaliyetinde İspanya'dan çok daha az önemliyken Arapçadan Latinceye, bilgi birikimindeki rolü önemsiz değildi. Güney İtalya ve Sicilya, hem Afrika Konstantin'in on birinci yüzyılda Salerno'ya tercüme hem de özellikle on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Yunanca eserlerin doğrudan Latince tercüme için önemliydi. İtalya'da her zaman Yunanca konuşan topluluklar vardı ve Bizans İmparatorluğu ile güçlü bağlar mevcuttu. İtalya anakarasına yakınlığı nedeniyle Sicilya, Arap bilim ve teknolojisinin Avrupa'ya aktarılmasında önemli bir rol oynadı. Arap (827-1091) ve Norman (1091-1194) dönemlerinde ada, Arap-İslam medeniyeti ile Avrupa arasında bir köprü idi. Arapların diğer dinlere hoşgörü geleneği, Sicilya'daki Norman kralları tarafından sürdürüldü. Ada üzerindeki İslam kültürünün etkisi o kadar derinleşti ki sanat ve estetikte kalıcı izler bıraktı. Sicilya'daki Arap varlığı, Norman Sicilya'yı karakterize eden sanatsal faaliyetin uyarıcısı oldu. Normanlar altında inşa edilen hemen hemen tüm anıtlar, katedraller, saraylar ve kaleler bir Arap tarzındaydı. Anıtlar ve kalıntılar hala bazı İtalyan şehirlerinde mimari üzerindeki Arap etkisini göstermektedir.*³⁰ Örneğin, II. Roger tarafından başkent Palermo'da inşa ettirilen büyük kilise (Capella) binasının tavanları, Fâtımî tesiri altında kalınarak yapılmış resimler, desenler ve Kûfî yazılarla süslenip bezenmişlerdi. Bu yapıda ve Sicilya'daki diğer abidelerin yapımında Müslüman sanatkarlar kullanılmışlardı. Bu gün Vatikan'daki Hristiyan Müzesi (Museo Cristiano) ve diğer müzeleri süsleyen mücevher kutuları ve piskopos asâları da dâhil, birçok fildişi eşya, bu döneme ait Sicilya-İslam sanatkarlığını en güzel bir biçimde göstermektedir.³¹

III- ETKİLEŞİM DÖNEMİ

Bu günkü İngiliz milleti Breton, Anglosakson ve Norman unsurlarının karışma ve kaynaşmasından meydana gelmiş bir millettir. İngiliz hukuk sistemi de Anglosakson ve Norman hukukunun etkileşiminden doğmuş bir hukuk sistemidir.³² Bu hukuk sisteminin başta Amerika olmak üzere İrlanda, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda'da uygulanması, İngiliz hukukçular tarafından bu hukukun meziyetlerini ispat için önemli bir delil olarak ifade edilmiştir.³³

²⁹ Demiralay, Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat, s. 30.

³⁰ Abattouy, s. 171-172.

³¹ Philip K. Hitti, Siyâsi ve Kültürel İslam Tarihi, Çev. Salih Tuğ, Özal Matbaası, İstanbul, 1980, C. III, s. 969.

³² Sadri Maksudi Arsal, "İngiliz Âmme Hukukunun İnkişafı Safhaları", C.VI, S.1, (İ. Ü. H. F. M.) Kenan Basımevi, İstanbul 1940, s. 15.

³³ Bay Clive Parry, "İngiliz Hukuk Sistemi", Çev. Fazıl H. Sur, C.I, S.3, (A.Ü.H.F.D.) Maarif Matbaası, Ankara 1944, s. 444.

Normanlar Sicilya adasına hâkim olunca Müslümanlara hoşgörülü yaklaşip onlardan her konuda faydalanmışlardır. I. Roger'ın Bizans'a karşı yaptığı savaşta Müslüman askerler de vardır. II. Roger'ın muhafız birliğinin okçuları Müslüman askerlerden oluşmaktaydı. Tecrübeli devlet adamlarını istihdam edip devlet işlerinde danışmanlıktan, teknik işlere kadar her alanda yararlanmışlardır. Yönetim usulleri, divanı, askeri usulleri uygulamaya devam etmişlerdir. II. Roger hukuk ilmine özel ilgi göstermiş onun hukuk kodu başlangıçta şunu belirtir: “*Hükümdarlığımıza tâbi olan insanların çok çeşitli olması sebebiyle, bunlar arasında şimdiye kadar var olan örf, adet ve kanunlar, onlarda görülenler buradaki fermanlarımıza açıkça aykırı olmadıkça, nesih edilmemiştir.*”³⁴ Bu ifadeler dönemine göre oldukça ileri bir toleransı gösterir. Ayrıca çok hukukluluk kültürünün varlığının da bir göstergesidir. Normanlar, İslâm kültür ve medeniyetini silmek yerine onu korumuş ve ondan yararlanmışlardı. Sicilya Adası'nın İslâm, Bizans ve Latin kültürlerinden oluşan zengin mirasını devralan Normanlar, yeni bir kültür sentezini oluşturmayı başardılar. Normanlar döneminde oluşan bu sentez kültür, Rönesans öncesi Avrupa'nın kültürel değerlerinin oluşumuna önemli ölçüde katkıda bulundu. Ayrıca Normanlar egemenliğindeki Sicilya'da birçok farklı kültür ve inanca sahip toplulukların barış ve uzlaşma içindeki yaşamları, yalnız kendi dönemleri için değil günümüz modern dünyasına dahi örnek teşkil edecek bir düzeydeydi. Tüm bunlar, Sicilya'yı Endülüs'ten üstün kılan önemli noktalarlardı.³⁵ Normanlar idari bürokraside adadaki Müslümanlara görev vermişlerdir. Özellikle Roger'ın idari sistemi Arap idari sistemidir. Doktoru Arap bir Müslümandır. Kâtipleri birçok dil bilmektedir. Devlet kayıtlarını Arapça, Yunanca ve Latince tutmuşlardır. Onlarda idari işleyiş ve mali çalışmalara dair çok sayıda defter ve günlük kayıt tutmuşlardır.³⁶ Normanlar, İslam kültür ve medeniyetine ait kurumsal yapıları adeta kendi birikimleri gibi sahip çıktılar. Bu konuda o kadar doğal davrandılar ki Fâtımî halifesinin lakabı olan ve paraların üzerine yazılan *e'l-Mutezbillah* lakabını kendi adına bastırıldığı sikkelerin üzerine yazdırmış, bu yazıları asli şekli olan Arapça Küfî tarzda yazdırmıştır.³⁷ En dikkat çekici olan ise bastırdıkları paraların üzerinde *Lâ İlâhe İllallâh Muhammed Rasûlullâh* yazısının oluşudur.³⁸ Dahası, birçok Müslüman vali, Sicilya'nın Normanlar tarafından fethinden sonra bile önceki görevlerinden alınmadı. Norman hükümeti, yönetimin mevcut unsurlarını, özellikle bürokrasi ve finans alanında entegre etti. İdari görevlileri çoğunlukla Müslümandı. Hıristiyan olmak, krallık içinde siyasi mevkiler elde etmek için bir gereklilik değildi.³⁹

İtalya'da mali kurumlardaki önemli bir yenilik 11.yüzyılda icat edilen (*collegantia commenda*)'dır. Bu, yatırımcının tüccarın yolculuğunu finanse

³⁴ Mehmeti, s. 49.

³⁵ Şahin, s. 3, 210.

³⁶ Demiralay, Mehmet, “IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri”, s. 235, 238.

³⁷ Makdisi, J., *The Islamic Origins of the Common Law*, s. 1721.

³⁸ Demiralay, “IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri”, s. 236.

³⁹ Mehmeti, s. 49.

ettiği sözleşmeli bir anlaşmaydı. Bu tür anlaşmalar, hem “ticari işgücü” ile sermayeyi bir araya getirmesi, hem de ekonomik gelişme için gerekli olan tasarrufun sağlanması açısından sermaye piyasasını harekete geçirmesiyle uluslararası ticareti olumlu yönde etkilemişlerdir. İşin aslına bakılacak olursa, *commenda* ilk kez Ortadoğu’da icat edilmiştir. Kökleri İslamiyet öncesi döneme dayanmakla birlikte erken İslam tacirleri tarafından oldukça geliştirilmiştir. Abraham Udovitch’in belirttiği gibi “Avrupa’nın çok daha sonra *commenda* olarak tanıdığı, ekonomik ve hukuki anlamda türünün ilk örneği olan ticari anlaşma, ilk kez İslam dünyasında (*qirâd*, *muqârada*, *mudâraba*) şeklinde ortaya çıkmıştır. Kendisi de önceleri bir *commenda* taciri olan Hz Muhammed (sav) için bu yeni bir buluş sayılmazdı. Arap ticaret sistemine ait olan bu sistemi onlarla işbirliği yapan İtalyanların kullanmaya başlaması hiç de şaşırtıcı değildir. 8. yüzyıldan itibaren *qirâd*, sadece ticaret için değil, kredilendirme ve üretimde de kullanılmıştı.⁴⁰

İngiliz hukuk tarihinin hiçbir döneminde şu üç hususun izlerine rastlanmamıştır.

1. Sözleşme hukukunda mülkiyetin borç temelli devredilmesine izin verilmesi hususu İngiliz hukuk tarihinde benzerine rastlanmış bir durum değildir.

2. Jüri huzurunda yargılanma talebi ya da böyle bir hakkın varlığına tarihte rastlanmamıştır.⁴¹

3. Bir kimsenin başka bir şahsın mülkiyet ya da zilyedliğinde bulunan bir mal üzerinde mülkiyet iddiasını “istihkak”⁴² zemininde ispat etmesi ve hâkimin de buna göre hüküm vermesi.

Bunlardan ilki o güne kadar bu kültür ortamında borcun ya da mülkiyetin aynı ya da nakdi olarak el değiştirmekle gerçekleştiği halde common law da nasıl oldu da bu transfer sözlü olarak bir taahhüde dayalı olarak gerçekleşebildi. İngiliz hukuk kültüründe daha önce var olmayan bu anlayış ve uygulamanın kaynağı elbette araştırmaya değerdi. *Zira sözleşme hukukunda mülkiyetin borç temelli devredilmesine izin verilmesi hususu İngiliz hukuk tarihinde benzerine rastlanmış bir durum değildir.* Bu İslam hukukundaki “aqd” denilen sözleşmeye dayalı anlayışın bir yansımasıdır. Çünkü Batı dünyasının hiçbir hukuk sisteminde bu sözleşme şekline emsal teşkil edecek bir yapıya rastlamak mümkün değildir. Ayrıca dış bir etki olmaksızın bu

⁴⁰ John M. Hobson, *Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri*, (Çev. Esra Ermert), YKY, İstanbul 2015, s. 129.

⁴¹ Jüri huzurunda yargılanmanın tarihine ilişkin yapılan araştırmalara göre, “Anglo-Sakson çağında bu tip bir jüri kurumunun izine rastlanmaz. Zira Ethelbert döneminden (M.S. 568-616) Norman Fethi’ne dek uzanan döneme ilişkin, elimizdeki Anglo-Sakson yasalarının yekûnunda ve o döneme dair kroniklerde farklı değnilere sıklıkla rastlansa da, bu tip bir jüri kurumuyla ilgili bir ima yoktur. İngiliz yeminli tahkikat sistemiyle ilgili olarak kendini en düşük zorlukla sunan ve en yüklü argümanlarla destekleyen teorinin, [sistemin] Normandiya’dan alındığını ileri süren teori olduğu söylenebilir”. J. E. R. Stephens “İngiltere’de Jürili Mahkemenin Ortaya Çıkışı”, Çev. Muzaffer Dülger, C.75, Y.2017, İstanbul Hukuk Mecmuası, ss. 837-848.

⁴² Hamza Aktan, “İstihkak”, DİA, C. XXIII, s. 336-337.

fikrin, on ikinci yüzyıl İngiltere'sinde, emsali olmadan aniden ortaya çıkması akla da yatkın değildir. Öyleyse, bu batı-dışı hukuk sisteminin özelliklerini analiz etmek ve borç eylemi yoluyla İngiliz common law sözleşme hukukunu etkileyip etkilemediğini değerlendirmek için kaçınılmaz olarak İslam hukukuna dönmemiz gerekir.⁴³

Malların mülkiyeti üzerindeki hakların anlaşma sırasında geçtiğine (malların fiziksel transferinden önce bile) dair düşünce on ikinci yüzyılda Batı hukuk sistemleri tarafından bilinmezken İslam'da biliniyordu. İslam sözleşme hukuku (aqd) konusunda tanınmış bir bilgin olan Chafik Chehata, şunu ifade eder: bu dönemde İslam hukukunda, ister taşınır olsun ister istenmez olsun satış sözleşmesi imzalanır imzalanmaz satış nesnesinin mülkü karşı tarafa geçerdi. Böylece İslam hukukundaki sözleşmeden doğan yükümlülüğün kaynağı, İngiliz hukuk fikrinde quid pro quo⁴⁴ kavramını öngörüyordu. Quid pro quo anlamı "Bir şey için bir şey." İdi. Satış sözleşmesi yapıldığında, satıcı alıcıya "bir şey" verdi, bu da satıcıda karşılık gelen alıcıdan bir şey elde etme hakkı yarattı. İngiliz hukuk sisteminde daha önce kurumsal olarak var olmayan böyle bir yapı ve anlayış İslam'da vardı ve İngiliz hukuk sistemi borç ilişkisine dair bu kurumsal yapı ve ona dair kuramsal anlayışı İslam'a borçlu olduğunu kabul etmek hiç de yadırganmamalıdır.⁴⁵ Gonzalez bu iddialardan "mülkiyetin teslimattan önce sözleşmeye binaen transferi" konusundaki farkın son derece önemli olduğunu işaret eder. Bu farkın hiç de anlamsız olmadığına vurgu yapar.⁴⁶

İngiliz hukuk tarihçileri jüri sisteminin kurumsal yapısının kaynağının tespitinden daha önemli olan hususun böyle bir hakkın felsefi zeminin tespiti olduğunu vurgulamışlardır. Konu şu soru etrafında düğümlenmiştir: Jüri müessesesinden *daha önemlisi, herkesin jüri tarafından yargılanma hakkı olduğu fikrini nereden aldı?* Çünkü hukuk felsefesi açısından böyle bir hakkın kaynağını düşünsel olarak var olan hukuk kültüründe izlerini bulmak mümkün değildir. İngiliz yargılama hukukuna ilişkin son derece ilkel yöntemlerin uygulandığı bir dönemde nasıl oldu da son derece hukuki olan

⁴³ Makdisi, J., "The Islamic Origins of the Common Law", s. 1650.

⁴⁴ İngilizceden çevrilmiştir-Quid pro quo, bir transferin değerine bağlı olduğu mal veya hizmet alışverişinde bulunmak için İngilizce'de kullanılan Latince bir cümledir; "bir iyilik için bir iyilik".

⁴⁵ Makdisi, J., "The Islamic Origins of the Common Law", s. 1658.

⁴⁶ Marc-Tizoc González, John Makdisi on the Intercultural Origins of the Common Law, Intercultural Human Rights Law Review, Forthcoming (Vol. 14) UNM School of Law Research Paper No. 2019-13 s. 172. (Mülkiyetin kabzdan önce nakli konusu İslam hukuk ekollerinden Maliki mezhebince kabul edilmiş bir görüştür. Müellif İngiliz hukuk sistemi için son derece önemli bir fark olduğuna vurgu yaparken ne denli haklı olduğuna ilişkin şu anekdotu sunmak isterim. Bilindiği gibi Mecelle hazırlanırken Hanefi ekolünün görüşleri esas alınmış; meşru olmasına rağmen diğer hukuk ekollerinin görüşlerinden istifade edilmemişti. Maliki ekolünde mevcut olan "mülkiyetin kabzdan önce transferine izin verilmesi" görüşünden istifade edilmemesi Mecelle için bir eleştiri zemini oluşturmuştu. Maliki ekolüne ait bu görüşün Mecelleye alınmamasının büyük bir eksiklik olduğu zira bu görüşün o dönemde dünya ticaret hukuk sistemi açısından son derece ileri olduğu ifade edilmişti.)

jüri sisteminin uygulanmasına rastlandı Çünkü bu dönemde ordeal denilen ve kişinin suçlu ya da masum oluşunu tespit etmek için uygulanan son derece ilkel ve acımasız bir yöntem vardı. Kişi ateş ya da suya maruz bırakılır suçsuz ise bu işkenceden kurtulur. Tabii ki bu konuda metafizik bir desteğin duruma müdahil olduğu düşünülürdü. Ayrıca yargılamada jüri sistemi common law dan önce ne Roma hukukunda ne de kıta Avrupa'sında bilinen bir durum değildi. Bu uygulama ve anlayışın kökeni araştırıldığında katıksız olarak Sicilya etkileşim alanı üzerinde Maliki hukuk ekolündeki benzer kurumsal ve kuramsal yapı ile ilişkilendirmek hiç de zor değildir. Daha önce zikrettiğimiz etkileşim zemini Sicilya olarak karşımıza çıkıyor aynı şekilde etkileşim dönemi olarak II. Henry'nin iktidarda olduğu dönem işaret edilmektedir.⁴⁷

İslam hukuk kurumları ile dönemin Avrupası'nın hukuk uygulamaları arasındaki durumu Boisard şu şekilde betimlemektedir: *Bütün bunların ötesinde, İslâm hukukunun yüksek ahlâkî standardı Orta Çağ Avrupası'nı hayran bırakıyor ve daha saf bir hukukî düşüncenin gelişmesini teşvik ediyordu. İşin bu yönü, adli yönetimle de örnekendirildiği gibi Müslümanların etkisinin en çok arz eden unsuruydu. Haçlı seferlerine kadar Batı'da tanrısal yargılama usullerini de içeren hukukî prosedür, kaynar su ya da düello, kişinin kızgın demirle dağlanması veya kızgın yağla yakılması gibi acılı tecrübelerden meydana gelmekteydi ki, şayet sağ kalmayı başarabilirse suçlu olmadığı ilan edilirdi. Bunun tam tersine iki anlayış arasında nasıl bir fark olduğunu göstermek için VII. yüzyılda Hz Ömer tarafından kadı/hâkimlere verilen talimatı zikretmek yeterli olacaktır: Yalnızca delillere göre karar ver; zayıflara nazik davran ki, kendilerini serbestçe ve korkmadan savunabilsinler. Tarafları uzlaştırmaya çalışarak onlara eşit davran. İslam'ın başlangıcından itibaren zanlı, suçlu olduğu ispat edilinceye kadar masum kabul edilmiştir. Muhakkak ki, IX. Louis'in kraliyet müfettişlerini atamak, şahitliği delil olabilmesi prensibini ihdas etmek ve kişinin kraldan af dilemek için müracaatına izin vermek suretiyle Fransız hukuk kurumunu meydana getiren bir kral olması tesadüf değildi. Onun sunduğu yasama Avrupa'da hukuk tarihi açısından bir dönüm noktası olmuştur. Hatırlananlar da kıfayet etmektedir ki bu konuda ortaya çıkan popüler betimleme bir yanlışlığı sonucu değildi. Zira IX. Louis, zamanın filozof ilahiyatçılarından yararlanmış, St. Thamos Aquinas'tan istifade etmiştir. Ancak İslam'ın tesiri daha doğrudandı. Kral önemli hukuk reformlarını Filistin'den dönüşünde gerçekleştirdiği için böyle bir varsayımda bulunabiliyoruz.*⁴⁸

J. A. Makdisi İslam hukuk ekollerinden Maliki mezhebinde ihdas edilmiş "lafif" tanıklık sisteminin İngiliz jüri sistemini doğurduğunu iddia etmişti. Avrupa hukuk kültürü içinde jüri sistemine kaynaklık etmesi muhtemel tüm verileri değerlendirdikten sonra güçlü bir vurgu ile bu kurumun (lafif) İngiliz jüri sistemine kaynaklık etmiş olabileceği yönündeki kanaatini ortaya koymuştur. Makdisi'nin tüm bu iddialarını değerlendiren Gonzalez, Makdisi'nin iddialarını inceledikten sonra şu kanaatini izhar

⁴⁷ Sir Frederic Pollock and Frederic William Maitland, *The History English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge at the University Press, 1898, Volume I, s. 143.

⁴⁸ Marcel A. Boisard, "Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine", Çev. Şemsettin Ulusal, Y.4, S.2, güz 2004, marife, s. 258.

etmiştir: “İslami lafif ve İngiliz jürisinin özelliklerini karşılaştırmasının sonunda, kendimi ikincisinin önemli ölçüde birincisinden türedigiğine ikna oldum”⁴⁹

İngiliz hukuk tarihinde kendisi ile iftihar edilen bir ilke de "assize of novel disseisin" dır. İngiltere'de jüri kurumu, "özgürlüklerimizin paladyumu" olarak büyük değer görmektedir.⁵⁰ Bu ilkenin dayandığı anlayışın köklerine ne Normanlarda ne de Anglosakson yasalarında rastlanmazken acaba bunun kökeni nedir? sorusu gizemini sürekli korudu. Makdisi, “bu ilkenin kökeni bir sır olarak kaldı” derken bu konudaki kanaatini Milson’un “assize of novel disseisin, ilkesi common law tarihinin en büyük gizemini oluşturmaktadır” ifadesi ile pekiştirmektedir. Gerçi bu gün bile hala bu ilkenin II. Henry tarafından yaratıldığına dair iddia varlığını korumaktadır. Ancak bu varsayımsal kabulün ötesinde onun (asseize) kökeni hakkında neredeyse hiçbir şey üzerinde ittifak edilememiştir. Ayrıca tüm çabalara rağmen hiç kimse bu ilkenin köklerini ne Roma hukukunda ne de Canon law’da bulabildi. İslam hukukundaki “istihkak” ile İngiliz hukuk sistemindeki “gasp edilen malın geri alınması” ilkesi karşılaştırıldığında her iki hukuk sisteminde de taraflardan birinin diğeri için bir kanıt olmadığı zaman bu ilkesel yaklaşım devreye girmektedir.

SONUÇ YERİNE

İngiliz hukuk tarihini araştıran akademisyenler kurumsal ve kuramsal olarak bu hukuk anlayışı/sistemi ile doku farklılığına sahip alanlar tespit etti. Bu alanlardaki etkileşimin yakın çevre ile irtibatını araştırdıklarında ontolojik farklılığın devam ettiğini gördüler. Araştırma alanları derinleştikçe farklı kültürlerin etkisi akla geldi. Ancak bu etkileşim için uygun bir coğrafi zemin ve bu etkileşimi mümkün kılacak toleranslı bir ortamın olması gerekirdi. Bu etkileşim zeminini olarak Sicilya, etkileşim dönemi olarak da Henry ve Roger dönemleri bu imkânı barındırıyordu. İslam hukukundan mülhem kurumsal yapıların varlığı, benzer kavram ağlarının kullanılması ve düşünsel olarak etkinin mümkün olduğu birçok alan tespit edildi. Kuzey Afrika’da hâkim olan İslam hukuk ekollerinden Maliki ekolünün etkisi kolaylıkla fark edilecektir. Kurumsal olarak Bağdat merkezli olmak üzere birçok medeniyet merkezinden mülhem kurumsal etkileşimler görülmektedir. Avrupa hukukundan tamamen farklı bir hukuk sistemi ile XXI. yüzyıla giren ve bu hukukla ekonomik, sosyal ve siyasal olarak dünyanın belli başlı birkaç ülkesinden biri olmayı başaran İngiltere devletinin bu başarısını öz güvenine bağlamak abartı olmayacaktır. Tümüyle gelenek, örf ve adetlere dayalı bir hukukla bu başarıyı yakalamış, bu konuda herhangi bir tereddüt de yaşamamıştır.

İslam hukukunun içtihadı dayalı gelişimi ile İngiliz hukuk sisteminde hâkimlerin örf ve adetlere dayalı içtihatları önemli benzerlik alanlarını oluşturmuştur. Gerek İngiliz common law sistemindeki yargı kararları gerekse İslam hukukundaki içtihat faaliyeti belli bir sistem içinde işlerken her zaman aynı mantık örgüsü içinde işlemez. Hâkimler ya da müçtehitler

⁴⁹ González, s. 178.

⁵⁰ Mehmeti, (Eric Gerald Stanley’den naklen) s. 55.

hukuk içinde kalarak rutin dışında hareket edebilirler. Gerekçeler ortaya konulduğunda bunun bir hukuk mantığı içinde kurgulandığı kolaylıkla fark edilir. Bilindiği gibi İngiliz hukuk sisteminde hâkimler kendilerinden önceki hâkimlerin verdikleri yargı kararlarına benzer davalarda kendilerini bağımlı hissederler. Hâkimlerin hukuktaki bu merkezi rolleri İngiliz hukuku için hâkim(ler) hukuku olarak nitelendirilirken İslam hukuku için de benzer bir ifadeyle kadı hukuku tanımlanması yapılmıştır.

KAYNAKÇA

Abattouy Mohammed, "The Arabic-Latin Intercultural Transmission of Scientific Knowledge in Pre-Modern Europe: Historical Context and Case Studies", *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan, 2012.

Aktan H, "İstihkak", *DİA*, c. XXIII.

Arsal Sadri Maksudi, "İngiliz Âmme Hukukunun İnkişafı Safhaları", C. VI, S: 1, (İ. Ü. H. F. M.) Kenan Basımevi, İstanbul 1940.

Boisard Marcel A., "Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine", *Çev. Şemsettin Ulusal*, marife, Y. 4, S. 2, güz 2004.

Cattan Henry, "The Law of Waqf", *Herbert Law in the Middle East*, Vol. 1, Washington 1955.

Demiralay M, "IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri".

Demiralay M, *Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat*, "Basılmamış Yüksek Lisans Tezi", Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Fendoğlu H T, *Anayasal Derinlik*, Yetkin Yayınları Ankara 2012.

Fendoğlu H T, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Gaudiosi Monica M., "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol:136/1231. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3909&context=penn_law_review.

González Marc-Tizoc, *John Makdisi on the Intercultural Origins of the Common Law*, *Intercultural Human Rights Law Review*, Forthcoming (Vol. 14) UNM School of Law Research Paper No. 2019-13.

Hitti Philip K, *Siyâsî ve Kültürel İslam Tarihi*, *Çev. Salih Tuğ*, Özal Matbaası, İstanbul 1980.

Hobson John M, *Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri*, *Çev. Esra Ermert*, YKY, İstanbul 2015.

Juraev Nosırjon, "Sources of law in Civil, Common and Islamic Legal Systems", 2010, Munich, GRIN Verlag, <https://www.grin.com/document>.

Makdisi George, *İslâm'ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitimi*, *Çev. Hasan Tuncay Başoğlu*, Elma Basım, İstanbul 2007.

Makdisi G, *İslâm'ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı'da Beşerî Bilimler*, *Çev. Hasan Tuncay Başoğlu*, Elma Basım, İstanbul 2009.

Makdisi John A, "The Islamic Origins of the Common Law", *North Carolina Law Review*, 1635-1739, 1999.

J. Makdisi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", *33, American Journal of Comparative Law*, 63-92, 1985.

Mehmeti S, 'Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law'. <https://www.researchgate.net/publication/362304429>

Metcalf Alex, "The Muslims of Sicily under Christian Rule" <https://www.researchgate.net/publication/236145055>.

Parry Bay Clive, "İngiliz Hukuk Sistemi", (Çev. Fazıl H. Sur), (A.Ü.H.F.D.) C. I. S. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944.

Pollock, Sir Frederic and Maitland, Frederic William, *The History English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge at the University Press, 1898, Volume I.

Potz Richard, "Islam and Islamic Law in European Legal History". <https://www.semanticscholar.org/paper/Islam-and-Islamic-Law-in-European-Legal-History-and-Potz/f0db82b7ea5c2777a9800a22ae0cd402aa39ddfb>.

Power David S, Hukuk Toplum ve Kùltür, Çev. İsmail Eriş, Klasik Yayınları, (Birinci Basım) İstanbul 2014.

Stephens J E R, "İngiltere'de Jürili Mahkemenin Ortaya Çıkışı", (Çev. Muzaffer Dülger) İstanbul Hukuk Mecmuası, Yıl 2017, C. 75.

Suleiman Haitam, "The Islamic Trust Waqf: a Stagnant or Reviving Legal Institution", Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law | Vol. 4/32, (2016).

Şahin S, Normonlar Döneminde Sicilya Adası, (11-12. Yüzyıllar), "Basılmamış Doktora Tezi", Elazığ, 2012.

Vinogradoff Paul, Ortaçağ Avrupası'nda Roma Hukuku, Yayına Hazırlayan: Mehmet Tevfik Özcan, Göçebe Yayınları, İstanbul 1997.

Watanabe Lisa, "The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe", the Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012.

Watt Montgomery, İslâm'ın Avrupa'ya Tesiri, Çev. Hulûsi Yavuz, Coşkun Ofset, İstanbul 1986.

Yelkenci I, "Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış", C. 28, S. 2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK, UYARLAMA YARGILAMALARI VE YAPILANDIRMA KANUNLARININ BU YARGILAMALAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Effective Remorse in Tax Evasion Offenses, Adaptation Trials and the Effects of Restructuring Laws on These Trials

Doç. Dr. Abdullah ÖMERCİOĞLU*

Öz: Vergi kaçakçılığı suçunda her ne kadar genel olarak vergi kaybı meydana gelmesi şartı aranmasa da kanunda öngörülen fiillerin kamu zararı meydana getirmesi mümkün olabilmektedir. Bununla birlikte vergi kaçakçılığı suçunun failinin fiilinden dolayı pişmanlık göstermesi ve meydana getirdiği zararları telafi etme gayretiyle hareket etmesi durumunda etkin pişmanlıktan bahsedilmektedir. Vergi kaçakçılığı suçlarında etkin pişmanlık, suçun işlendiğinin kamu makamlarınca öğrenilmesinden önce pişmanlık ve ıslah hükümlerine göre; öğrenmeden sonra ise 2022 yılında kabul edilen 7394 sayılı Kanun ile eklenen hükümlere göre uygulanmaktadır. Bu durumlarda ceza verilmemesi ya da ceza indirimi yapılması mümkün olabilmektedir.

Çalışmada öncelikle vergi kaçakçılığı suçu genel olarak açıklanmış daha sonra bu suçta etkin pişmanlık şartları açıklanmıştır. Bununla birlikte özellikle infaz aşamasında olan cezaların yeni kabul edilen etkin pişmanlık hükümlerinin failin lehine sonuç doğurması sebebiyle uyarılma yargılamasına konu edinilmesi ve yapılandırma kanunları ile mükelleflere tanınan ödeme kolaylıklarının etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak bakımından etki gösterip göstermeyeceği de değerlendirilmiştir. Nihayetinde vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık ile ilgili geçiş hükümlerinin açıkça düzenlendiği ve yapılandırma kanunları ile tanınan vergi ödeme kolaylıklarının etkin pişmanlık uyarılma yargılamalarını bekletmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Kaçakçılığı, Etkin Pişmanlık, Ceza İndirimi, Uyarılma Yargılaması, Yapılandırma Kanunu.

Abstract: Although tax loss is not generally required for tax evasion offenses, it is possible that the acts prescribed by law may cause public damage. However, effective remorse is mentioned when the perpetrator of tax evasion shows remorse for his act and acts with an effort to compensate for the damages he has caused. Effective remorse law in tax evasion offenses is implemented in accordance with the provisions of remorse and correction before the public authorities learn that the crime has been committed and is implemented in accordance with the provisions added by Law No. 7394 adopted in 2022 after learning. In this cases, it may be possible not to impose a penalty or to reduce the penalty.

In the study, firstly, tax evasion offenses were explained in general, and then the effective remorse law conditions for this offenses were examined. In addition, it has also been evaluated whether the newly adopted effective remorse provisions, especially those in the execution phase, will be subject to adaptation trials because of the results in favor of the perpetrator, and whether the payment facilities provided to taxpayers with the restructuring laws will have an effect in terms of benefiting from the effective remorse provisions. Ultimately, it has been concluded that the transitional provisions regarding effective repentance in tax evasion crimes are clearly regulated and that the tax payment facilities provided by the restructuring laws should not keep effective remorse adaptation trials pending.

Keywords: Tax Evasion, Effective Remorse Law, Abatement, Adaptation Trial, Restructuring Law.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, a.omerocioğlu@kku.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7577-4356

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573454

Makale Geliş Tarihi: 02.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 25.09.2024

GİRİŞ

Vergi kaçakçılığı, Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 359. maddesi ile düzenlenmiş olan fiillerin işlenmesiyle oluşan bir suç tipidir. Kanunda genel olarak her ne kadar bir tehlike suçu mahiyetinde düzenlenmiş olsa da vergi kaçakçılığı fiilleri ile vergi kaybı meydana getirilmesi ve bu yolla kamunun zarara uğratılması olasılığı yüksektir. Bununla birlikte suçun işlenmesinden sonra failin pişmanlık göstermesi ve suçun meydana getirdiği neticeleri telafi etme gayreti içine girmesi de mümkün olabilmektedir. Böyle bir saikle hareket eden failin etkin pişmanlık gösterdiğinden hareketle ceza indiriminden faydalanması yolu açıktır.

Vergi kaçakçılığı suçunda failin etkin pişmanlıkla hareket etmesi durumunda temelde iki uygulama söz konusu olabilmektedir. Bunlardan ilki, VUK'un 371. maddesinde uygulanagelen pişmanlık ve ıslah müessesidir. Buna göre suçun mükellef tarafından kendiliğinden ilgili kamu makamlarına duyurulması ile en erken aşamada pişmanlık gösterilmekte ve vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması önlenabilmektedir. Öte yandan vergi kaçakçılığı suçunun ilgili kamu makamları tarafından öğrenilmesinden sonra failin etkin pişmanlıkla hareket etmesi durumunda hakkında ceza indirimi uygulanması öngörülmüştür. Bu ceza indirimleri 15.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanun ile VUK'a eklenen hükümlere göre belirlenmektedir. İlgili hükümler suçun meydana getirdiği kamu zararının telafi edilmesi zamanına göre, başka bir deyişle failin etkin pişmanlığını gösterdiği aşamaya göre farklı oranlarda uygulanmaktadır.

Etkin pişmanlık hükümleri failin lehine hüküm doğurmaları bakımından önem taşımaktadır. Bu vesileyle 7394 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi üzerine vergi kaçakçılığı suçunun soruşturması, kovuşturması ve infaz aşamaları devam eden mükellefler açısından da uygulanma imkânı bulmuştur. Özellikle haklarında hüküm verilmiş olup da infazı devam eden cezalarda etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak amacıyla uyarılma yargılamalarının yapılması söz konusu olmaktadır. Bu yargılamalar, hükümlünün lehine olan düzenlemeleri uygulamak maksadıyla yerine getirilen sınırlı yargılamalardır.

Uyarılma davalarında etkin pişmanlık hükümlerinin yanında hemen her yıl kabul edilen yapılandırma kanunları ile mükelleflere tanınan ödeme kolaylıklarının da lehe hüküm teşkil edip etmeyeceği tartışma konusu yapılmaktadır. Nitekim yapılandırma kanunları mali af kanunu mahiyetinde kabul edilmekte ve mükelleflerin bir kısım vergi ve ceza borçlarının indirilmesine ya da taksite bağlanmasına imkân vermektedir. Bu yönde başvuru yaparak ödeme süresini uzatan mükelleflerin etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için kamu zararını telafi etme şartının gerçekleşme süresini de uzatıp uzatamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu sorun çerçevesinde, çalışmada öncelikle genel çerçevenin tahlil edilebilmesi için vergi kaçakçılığı suçuna ve yargılama usulüne kısaca değinilecektir. Daha sonra vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümleri incelenecek ve şartları ortaya konarak değerlendirilmede bulunulacaktır. Akabinde yapılandırma kanunlarının genel özellikleri çerçevesinde vergi kaçakçılığı suçuna ve etkin pişmanlık hükümlerine etki edebileceği düşünülen hükümler belirlenecektir. Son olarak da vergi kaçakçılığı suçundan verilen hükümlere karşı etkin pişmanlık hükümlerinin

uygulanabilmesi için görülecek uyarılama yargılaması açıklanarak yapılandırma kanunu ile tanınan hükümlerin bu yargılamalar üzerinde etkisinin olup olmayacağı değerlendirilecektir.

I. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU VE ETKİN PİŞMANLIK

A. GENEL OLARAK VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Vergi kaçakçılığı suçu; VUK'un 359. maddesine göre vergi ziyayı oluşması şartı aranmaksızın kasten işlenebilen ve karşılığında hapis cezası öngörülen fiillerdir.¹ Bu suç tipine ilişkin fiiller beş fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede vergi kaçakçılığı suçu beş grup altında incelenmektedir. İlk iki gruptaki (a ve b fıkraları) fiiller; vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen, saklanma ve ibraz yükümlülüğü olan defter, kayıt ve belgeler üzerinden işlenmektedir.²

Birinci grupta (a fıkrası); hesap ve muhasebe hileleri yapmak, gerçek olmayan ve kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak, hesap ve işlemleri vergi matrahını azalacak şekilde başka kayıt ortamlarına kaydetmek (çift defter tutmak), defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek, bunları gizlemek, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri düzenlenmiştir. Bunları işleyenler hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenmektedir.

İkinci grupta (b fıkrası); defter, kayıt ve belgeleri yok etmek veya defter sayfalarını yok ederek yerine başka yapraklar koymak ya da hiç yaprak koymamak veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen ya da kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak fiilleri düzenlenmiştir. Bunları işleyenler ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Üçüncü gruptaki (c fıkrası) fiiller; Hazine ve Maliye Bakanlığı ile anlaşması olmayan kişiler tarafından basılan belgeler üzerinden işlenmektedir.³ Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde belge basanlar veya bu belgeleri bilerek kullananlar iki yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Dördüncü gruptaki (ç fıkrası) fiiller; ödeme kaydedici cihazlar üzerinde işlenmektedir.⁴ Bunlar genel olarak kaçak alınan akaryakıtın gizlenmesi ve akaryakıt kaynaklı olarak ödenmesi gereken vergilerin alınan ve/veya satılan akaryakıtla ilişkin fatura vb. belgeleri düzenlememek suretiyle ziyaa uğratılması amacıyla işlenmektedir. Bu çerçevede ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldırmak, donanım veya yazılımını değiştirmek, ödeme kaydedici cihaza ve ilgili sistemlerine müdahale ederek; satışlara ait bilgilerin kayıt altına alınmasını engellemek, cihazda kayıt altına alınan

¹ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020: s. 437.

² İ. Nihat Bayar, Vergi Kaçakçılığı, Mali Akademi Yayınları, Ankara, 2013, s. 82.

³ Mehmet Taştan, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Konya, 2015, s. 106.

⁴ Abdullah Ömercioğlu, "7318 Sayılı Kanun ile Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları", C. XVII, S. 1, 2022, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 172.

bilgileri değiştirmek veya silmek, elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önlemek veya gerçeğe aykırı iletilmesini sağlamak fiillerini işleyenler hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunmaktadır.

Son grupta yer alan (d fıkrası) fiiller ise, 01.01.2024 tarihinden itibaren yürürlük bulmuş ve ürün izleme sistemi üzerinden işlenebilmektedir. Buradaki fiiller 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun ile düzenlenen piyasalarda, kullanılmasına zorunluluk getirilen özel etiket ve işaretlerle ürünlerin etiketlenmesi veya işaretlenmesi ve etiketlenen veya işaretlenen ürün bilgilerinin kurulan veri merkezine aktarılmasını sağlayan sisteme fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek belge, bilgi ve verilerin iletilmesine ilişkindir. Hazine ve Maliye Bakanlığına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyenler veya bunların gerçeğe aykırı şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

B. VERGİ KAÇAKÇILIğI SUÇUNDA ÖZEL SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Vergi kaçakçılığı suçunda yargılama, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine, başka bir ifadeyle, ceza yargılaması esaslarına göre yapılmaktadır.⁵ Dolayısıyla suçun işlendiğinin cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmesi ile (CMK m. 160) başlanacak olan soruşturma evresi ve iddianamenin yetkili ve görevli ceza mahkemesi tarafından kabul edilmesi üzerine başlanacak kovuşturma evresi (CMK m. 175) yürütölmektedir. Vergi kaçakçılığı suçunda yapılan ceza yargılaması Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına girmektedir.

Ceza yargılamasına ilişkin CMK'de düzenlenen genel hükümlerin yanında VUK'un 367. maddesi ile özel yargılama usulleri de belirlenmiştir.⁶ İlgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasının aranması şeklinde gerçekleşen bu özel usuller öğretide ve pratikte muhakeme veya dava şartı olarak ele alınmaktadır.⁷

VUK'un 367. maddesi hükmü mütalaa şartı bakımından ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre a, b ve c fıkraları için farklı; ç ve d fıkraları için farklı usuller belirlenmiştir. İlk üç fıkrada düzenlenen vergi kaçakçılığı suçları için; vergi incelemesi esnasında yapılan tespit üzerine düzenlenen rapor ve bu raporu değerlendiren ilgili komisyonun mütalaasıyla cumhuriyet başsavcılığına bildirim yapılması zorunluluğu vardır. Bu fiillerin başka bir suretle savcılık tarafından öğrenilmesi durumunda da vergi incelemesi

⁵ Süheyl Donay, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 13.

⁶ Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 331.

⁷ Donay, s. 72; Taştan, s. 16; Hüsamettin Uğur, "Vergi Suçlarında Kovuşturma şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)", C. 8, Sa.88, 2013, Terazi Hukuk Dergisi, s. 34; Mümin Güngör, "Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü", Y. 11, Sa. 44, 2020, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 279.

yaptırılması için ilgili vergi dairesine talimat yazılması gerekmektedir. Bu durumlarda inceleme sonucu cumhuriyet başsavcılığına bildirilmeden kamu davasının açılması mümkün olmamaktadır.

VUK'un 359. maddesinin ç ve d fıkralarında düzenlenen diğer vergi kaçakçılığı suçları için ise vergi incelemesi yapılması veya sürmekte olan vergi incelemesinin sonuçlanmasının beklenmesi gerekmemektedir.⁸ Bu suçlar açısından vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcıları tarafından yapılan tespitler hakkında derhal rapor düzenlenmekte ve ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla birlikte cumhuriyet başsavcılığına bildirim yapılmaktadır. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı da aranmamaktadır.

Ek olarak, VUK 367. maddesinin 5. fıkrasına göre; tüm vergi kaçakçılığı suçları için yürütülen soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaa konu fiilin başka bir kişi tarafından ya da başka bir kişi ile beraber işlendiğinin belirlenmesi halinde bu kişi için ayrıca rapor düzenlenmesi ve mütalaa alınması gerekmemektedir. Bu halde, daha önce düzenlenmiş ve alınmış olan rapor ile mütalaa geçerliliğini korumaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçunun soruşturmasında ve kovuşturmasında dikkate alınması gereken bir diğer husus doğrudan VUK'un 359. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükmüdür. Bu hüküm, 15.04.2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanun ile eklenmiş olmakla birlikte esasında daha önce de uygulanan "tek suç" esas olarak adlandırılan özel bir usulün genişletilmesini ifade etmektedir. Tek suç esasında fiillerin aynı grup (fıkra) içinde kalması ve aynı takvim yılı ya da vergilendirme dönemi içinde işlenmesi şartıyla hangi fiil kaç defa işlenirse işlensin tek bir suç işlendiği kabul edilmektedir.⁹ Maddeye eklenen zincirleme suç hükmüne göre ise; vergi kaçakçılığı suçlarının birden fazla takvim yılı ya da vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla tek suç esas fıkralar açısından değil; ancak takvim yılı ve vergilendirme dönemi açısından genişletilmiştir. Bu çerçevede, bir suç işleme kararının icrası ile aynı fıkra içindeki tüm fiiller takvim yılı veya vergilendirme dönemi önem taşımaksızın birleşerek tek bir suç oluşturmakta ve verilecek ceza, dörtte birden dörtte üçe kadar artırılmaktadır.

C. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK UYGULAMASI

Öğretide etkin pişmanlık; faal nedamet, eylemli pişmanlık ya da aktif pişmanlık olarak da anılmaktadır. Etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçme

⁸ Ömercioğlu, s. 188.

⁹ Nihat Edizdoğan / Metin Taş / Ali Çelikkaya, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2007, s. 41; Hüsamettin Uğur / Mert Elibol, Vergi Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 241-248.

müessesesinin tamamlanmış suçlar için uygulanan karşılığı olarak değerlendirilmektedir.¹⁰

Bir tanıma göre etkin pişmanlık; suçun işlenmesinden sonra meydana gelen zararları ya da tehlikeleri ortadan kaldırmak veya etkilerini azaltmak için failin aktif olarak çaba göstermesi üzerine cezasının azaltılmasını sağlayan bir müessesedir.¹¹ Bu durumda failin suçun işlenişini geri alması mümkün olmamakta ancak neticenin gerçekleşmesini önleme çabası içine girmesi söz konusu olmaktadır.¹²

Cezayı kaldıran yahut cezada indirim yapılmasına yol açan şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlık düzenlemelerinin temel amacı, suç ile meydana çıkan mağduriyetlerin etkilerinin ya da ekonomik zararların olabildiğince azaltılmasıdır.¹³ Bu azaltma kanunun öngördüğü usullerle yapılmaktadır. Dolayısıyla etkin pişmanlık hükümleri ile ilgili suç açısından farklı şekillerde zarar giderim usulleri belirlenebilmektedir. Bu özelliği itibarıyla etkin pişmanlık müessesesi her suç açısından uygulanma imkânı bulunmayan istisnai bir kurum olarak kabul edilmektedir.¹⁴

Etkin pişmanlık müessesesinin uygulanabilmesi için; tamamlanmış bir suç olması, bu suçla ilişkin özel bir etkin pişmanlık düzenlemesi yapılması, failin bizzat pişman olması, bu pişmanlığın suçun tamamlanmasından sonra ve kanunda öngörülen zamanda gösterilmesi gerekmektedir.¹⁵

CMK içinde de etkin pişmanlık ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu hususta soruşturma evresi için cumhuriyet savcısının etkin pişmanlık halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi (CMK m. 171/1); kovuşturma evresinde mahkemenin etkin pişmanlık sebebiyle faile ceza vermeye yer olmadığına dair karar vermesi (CMK m. 223/4) mümkün olabilmektedir.

Vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümleri VUK'un 359. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu müessese temel olarak iki aşamada uygulanabilmektedir. Burada belirleyici olan süreç vergi kaçakçılığı suçunun kamu makamlarınca öğrenilip öğrenilmediği hususunda gerçekleşmektedir. Suçu öğrenmesi beklenen kamu makamı; vergi idaresi, kolluk veya cumhuriyet başsavcılığı ya da suç fiilinin araştırılması ve ihbarını yapabilecek diğer kamu makamlarından oluşabilir.

¹⁰ Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 446.

¹¹ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 292.

¹² Zeki Hafızoğulları / Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 323.

¹³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 98.

¹⁴ Mustafa Arslantürk, Etkin Pişmanlık Vazgeçme Cezasızlık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 34.

¹⁵ Hafızoğulları / Özen, s. 323; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Serkan Meraklı vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 549.

1. Vergi Kaçakçılığı Suçunun İşlendiğinin Öğrenilmesinden Önce Etkin Pişmanlık Uygulaması

VUK'un 359. maddesinde; vergi kaçakçılığı suçunun kamu makamlarınca öğrenilmesinden önce, 371. maddede düzenlenen “*pişmanlık ve ıslah*” şartlarına uygun olarak yapılacak bildirimler ile kaçakçılık suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Maddeye göre pişmanlık ile verilen ıslah dilekçeleri, usule uygun olmak kaydıyla vergi kaçakçılığı suçunun cezalandırılmasını engellemektedir.

VUK'un 371. maddesine göre; beyana dayalı vergiler açısından vergi ziyayı oluşturan fiillerin bir dilekçe ile kendiliğinden haber verilmesi durumunda vergi ziyayı cezası kesilmemektedir.¹⁶ Bu hükümden faydalanabilmek için mükellef hakkında resmi kayıtlara geçmiş bir ihbar bulunmaması, vergi incelemesine başlanmamış olması, ilgili takdir komisyonuna sevk edilmemiş olması, beyannamelerin on beş gün içinde verilmesi, tamamlanması veya düzeltilmesi ve aynı süre içinde gecikme zammı ile birlikte ödenmesi gerekmektedir.

Bu usulde mükellef hakkında henüz bir işlem yapılmadan önce mükellefin pişmanlıkla hareket ederek meydana getirdiği kamu zararını telafi etmesi söz konusu olmaktadır.¹⁷ Mükellef, işlediği suçu vergi idaresine bizzat kendisi bildirmektedir. Açıklanan düzenlemeler neticesinde bu hatalı davranışından kendi iradesiyle vazgeçen mükellef hakkında hem vergi ziyayı kabahati cezasının kesilmesi hem de vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması engellenmektedir.

Pişmanlık ve ıslah müessesesi suçun tamamlanmasıyla meydana çıkan zararların telafi edilmesi şartına bağlı olarak uygulanmaktadır.¹⁸ Bu bakımdan her ne kadar suçun işlendiği vergi idaresi ve diğer ilgili kamu makamlarınca henüz öğrenilmiş olmasa da suça konu fiil maddi dünyada gerçekleşmiş olmaktadır. Mükellef de bu kusurlu davranışından duyduğu aktif pişmanlıkla meydana getirdiği kamu zararını karşılamayı deyim yerindeyse kendi kendini ihbar etmeyi göze almaktadır. Bununla birlikte pişmanlık ve ıslah müessesesi sadece beyana dayalı vergiler açısından söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla diğer usullerle tarh olunan vergiler açısından bu etkin pişmanlık imkânından faydalanılması mümkün değildir.

2. Vergi Kaçakçılığı Suçunun İşlendiğinin Öğrenilmesinden Sonra Etkin Pişmanlık Uygulaması

Kamu makamlarının vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğinden haberdar olması durumunda özel bir etkin pişmanlık uygulaması öngörülmüştür. Bir suretle mükellef hakkında başlanan vergi incelemesi ile ön tespitlerde

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. Fevzi Rifat Ortaç / Elif Yılmaz Furtuna, “Pişmanlıkla Verilen Beyannamenin İhtirazi Kayıtlara Verilebilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 8, S. 2, 2017, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 423-452.

¹⁷ Şükrü Kızılot / Zuhul Kızılot, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 171.

¹⁸ Gülden Şişman / Şenel Sarsıkoğlu, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık”, C. 30, S. 3, 2022, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1599.

bulunulan vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin cumhuriyet başsavcılıklarına suç duyurusu yapılması gerekmektedir. Bu şekilde soruşturmaya başlanacak, akabinde de şartlarının oluşması halinde kovuşturma evresine geçilebilecektir.

Bu evreler ile ilgili olarak 7394 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile özel bir etkin pişmanlık müessesesi getirilmiştir. VUK'un 359. maddesine eklenen hükümler¹⁹; vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesiyle vergi ziyayı da meydana gelmişse vergi aslı, ferileri ve vergi ziyayı cezasının ödenmesine bağlı olarak ceza indirimi yapılması olanağı tanınmıştır. Buna göre ödenmesi gereken kalemler; tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile vergi ziyaya bağlı olarak kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammıdır. Bu vergi kalemlerinin soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilmektedir.

Vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesiyle tarh edilen bir vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen bir cezanın bulunmadığı durumlarda doğrudan ceza indirimi yapılması esası tanınmıştır. Bu halde verilecek ceza yarı oranında indirilmektedir.

Benzer şekilde VUK'un geçici 34. maddesinde de haklarında hüküm verilmiş olup infaz aşamasında olanlar ile hâlihazırda soruşturma ve kovuşturma evrelerinde olan dosyalarda yukarıda açıklanan hükmün uygulanması mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte dosyanın bulunduğu aşamaya göre farklı uygulamalar öngörülmüştür. İnfaz aşamasında olan dosyalarda vergi aslı ve ferilerinin tamamı ile vergi ziyayı cezasının yarısının Kanun'un yürürlük tarihi olan 15.04.2022 tarihinden itibaren bir yıl içinde Hazineye ödenmesi durumunda VUK'un 359. maddesinde soruşturma evresi için öngörülen yarı oranındaki indirimden faydalanılmaktadır. Bu tarih itibariyle soruşturma ve kovuşturma evrelerinde bulunan dosyalarda ise ceza indiriminden faydalanabilmek için ödemenin hüküm verilinceye kadar yapılması gerekmektedir. Bu evrelerde uygulanacak indirim oranı da geçici 34. maddenin 1. fıkrasına göre yarı oranında yapılmaktadır.

¹⁹ Anılan madde şöyledir; “*Bu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaya uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilir.*

Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir.”

Tablo 1: Vergi Kaybı Oluşan Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Uygulaması

	15.04.2022 tarihinden önce açılmış dosyalar		15.04.2022 tarihinden sonra açılan dosyalar	
Ödeme Süresi	Soruşturması ve kovuşturması devam eden dosyalarda hüküm verilene kadar	İnfaz aşamasındaki dosyalarda 15.04.2023 tarihine kadar	Soruşturma evresinde iddianamenin kabulüne kadar	Kovuşturma evresinde hüküm verilene kadar
İndirim Oranı	1/2	1/2	1/2	1/3

Görüldüğü üzere vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğinin kamu makamları tarafından öğrenilmesinin ardından faydalanılabilecek olan etkin pişmanlık hükümleri, 7394 sayılı Kanun ile 15.04.2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe konan hükümlere göre farklı usullerle uygulanmaktadır. Bu tarihten önce başlanmış olan soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki dosyalarda vergi borçları hüküm verilene kadar; infaz aşamasındaki dosyalarda ise bir yıl içinde ödendiği takdirde ceza indirimi yapılmaktadır. Kanun maddesinin yürürlük tarihinden sonra açılan yeni vergi kaçakçılığı dosyalarında da muhakeme evrelerine göre kamu zararının hangi aşama ve sürede karşılandığına göre belirlenen bir oranla ceza indirimi yapılması esas kabul edilmiştir.

Bu süreçte mükellefin meydana getirdiği kamu zararını ve hakkında uygulanan cezanın bir kısmını telafi etmesi ile pişmanlık gösterdiği varsayılmaktadır. Öte yandan vergi kaçakçılığı suçundan soruşturulan veya kovuşturulan mükellefin sırf daha az ceza alabilmek amacıyla ve kanunun zorlamasıyla gerçekleşen bir pişmanlık içinde olduğu da kabul edilebilir.

7394 sayılı Kanun ile VUK'un 359. maddesine eklenen bir diğer fıkra; ceza indiriminden yararlanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılan davadan feragat edilmesi, kanun yoluna başvurulmaması ya da başvurudan vazgeçilmesi şartı olmuştur.²⁰ Ancak bu hüküm, orantısız bir sınırlama öngörüldüğü sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin 13.09.2023 tarihli kararıyla kanımızca da isabetli olarak iptal edilmiştir.²¹ Ayrıca geçici

²⁰ Bu hüküm ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ayşegül Yücel, "Vergi Hukukunda Feragat Ön Koşullu Uyuşmazlık Çözüm Yolları Açısından Mükellef İradesinin Değerlendirilmesi", C. 81, S. 2, Nisan 2023, Ankara Barosu Dergisi; Elif Yılmaz Furtuna / Arzu Laloğlu, "7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme", C. 5, S. 2, 2022, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 358 vd.

²¹ AYM, E: 2022/81, K: 2023/153, T: 13.9.2023 (<https://www.corpus.com.tr/>).

34. maddenin 1. fıkrasında da aynı hükme yer verilmiş olup bu hüküm de iptal edilmiştir.²²

3. Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Uygulaması Üzerine Değerlendirmeler

Vergi kaçakçılığı suçunun sübutunun vergi ziyanına bağlanmamış olması sebebiyle yarı oranındaki ceza indiriminin teorik olarak VUK'un 359. maddesindeki bütün suçlar için doğrudan geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte her ne kadar vergi ziyanının meydana çıkması şart olmasa da kaçakçılık fiillerinin hemen hepsi vergi kaçırmak ve dolayısıyla vergiyi kayba uğratmak maksadıyla işlenmektedir. Özellikle uygulamada en çok karşılaşılan muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak fiilleri (VUK m. 359/a) ile sahte belge düzenlemek veya kullanmak fiillerinin (VUK m. 359/b) işlenmesiyle ciddi miktarlarda vergi kaybı meydana getirildiği görülmektedir.²³ Öte yandan gizleme fiili, ceza indiriminin doğrudan uygulanması bakımından diğer fiillerden ayrılmaktadır. Yargıtay içtihatlarında; sırf defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle somut maddi zararın oluşmayacağına, usulsüzlük cezaları kesilse dahi bunların defter ve belgelerin ibraz zorunluluğundan kaynaklı sayılamayacağına ve ceza indiriminin doğrudan uygulanması gerektiğine değinmektedir.²⁴

Etkin pişmanlık hükümlerinin vergi kaçakçılığı suçu için öngörülen hapis cezasının ağırlığı karşısında mükellefi zor durumda bırakacağı düşünülebilir. Nitekim vergi kaçakçılığı suçunun vergi ziyanına bağlanmamış olmasına rağmen ceza indiriminden faydalanma imkânını garanti altına almak maksadıyla peşinen vergi aslı, ferileri ve cezalarının ödenmesinin zorunlu kılınması eleştiriye açıktır. Yapılan tarhiyat ve kesilen vergi ziyaı cezasının vergi kaçakçılığı suçunun soruşturması ve kovuşturması tamamlandıktan sonra hukuka aykırı görülerek iptal edilmesi mümkün olabilir. Bu açıdan ceza indiriminden faydalanmak maksadıyla hakkındaki tarhiyatı ve vergi cezasını kabullenmek zorunda bırakılan mükellefin ekonomik ve psikolojik olarak baskı altına alındığı ileri sürülebilir.

7394 sayılı Kanun ile tanınan etkin pişmanlık müessesesinin uygulanmasında kamu zararının giderilmesi şartı tanınması makul görülmekle birlikte kamu zararının gerçekten mevcut olup olmadığının vergi borcunun kesinleşmesine bağlı olması bu müesseseyi tartışmalı hale getirmektedir. Vergi mahkemesinde dava açılması kural olarak tahakkuku durdurmaktadır. Dolayısıyla mükellefin vergi mahkemesinde tarhiyata ve/veya vergi cezasına itirazda bulunması durumunda tahakkuku duran vergi borcu için ceza yargılamasında indirimden faydalanabilmek üzere ödeme şartı getirilmesi de eleştiriye açıktır. Bilindiği üzere tahakkuku duran

²² AYM, E: 2022/59, K: 2022/111, T: 28.09.2022 (<https://www.corpus.com.tr/>).

²³ Yargıtay 11. CD, E: 2016/8542, K: 2019/8104, T: 19.11.2019

(<https://www.corpus.com.tr/>).

Yargıtay 11. CD, E: 2023/3688, K: 2024/608, T: 18.01.2024

(<https://www.corpus.com.tr/>).

vergi borcu tahsil aşamasına geçemeyeceği için henüz ödenmek zorunda değildir. Bu durumda bir çözüm olarak ceza mahkemesinin vergi mahkemesi kararını beklemesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu husus pek tabii ceza yargılamasının belirsiz bir şekilde uzamasına sebep olabilecektir. Nitekim tahakkukun durması ile vergi borcunun kesinleşmesi birbirinden farklı kavramlar olup vergi mahkemesinin kararı üzerine tahakkuk eden ve artık ödenmesi gereken vergi borcunun olağan kanun yolları tükenene kadar kesinleşmesi mümkün olmaktadır.²⁵

Ayrıca, kovuşturma evresinde yapılacak ödeme üzerine uygulanması öngörülen 1/3 ceza indiriminin infaz aşamasında 1/2 olarak uygulanacak olması da orantısız ve adil olmadığı yönünde eleştirilmektedir.²⁶ Gerçekten de suçlu işlediği sabit olan hükümlülere daha fazla ceza indirimi öngörülmesi henüz yargılaması devam eden sanıklar açısından aleyhe bir durum meydana getirmektedir.

Son olarak; öğretide vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümlerinin dava açma hakkını olumsuz yönde etkileyebileceği, vergi cezalarının caydırıcılığını azaltabileceği ve uygulanacak indirimin hakkaniyete ve adalete aykırı olduğu değerlendirilmektedir.²⁷ Benzer şekilde, anayasa ve vergi ceza hukuku ilkeleri açısından yapılan başka bir değerlendirmede de vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesinin hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi ve hak arama hürriyeti açısından sakıncalar içerdiği belirtilmiştir.²⁸ Bu bağlamda, haklı olarak ileri sürülen eleştirilerin bir kısmı, vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için dava yolundan feragat edilmesi şartına ilişkin yukarıda da değinilen Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı neticesinde çözümlenmiştir.

II. YAPILANDIRMA KANUNLARI VE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNA ETKİ EDEN HÜKÜMLER

A. YAPILANDIRMA KANUNLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Vergi afları vergiye uyumlu mükellefler üzerinde olumsuz bir algı yaratmamak amacıyla farklı şekillerde adlandırılmaktadır.²⁹ Bu çerçevede “yapılandırma” terimi ilk olarak 2011 yılında kabul edilen 6111 sayılı Kanun

²⁵ Fatih Saraçoğlu / Elif Pürsünlerli Çakar / Abdullah Ömercioğlu, Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s. 126.

²⁶ Murat Batı / Zekiye Özen İnci, “7394 Sayılı Kanunla Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK m. 359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler”, S. 406, Temmuz 2022, Vergi Sorunları Dergisi, s. 43.

²⁷ Şişman / Sarsıkoğlu, s. 1606 vd.

²⁸ Mehmet Burak Buluttekin / M Polat İçten, “Evaluation of Effective Repentance in the Punishment of Tax Evasion Crimes in terms of Turkish Tax Criminal Law Principles”, C. 22, S. 86, Nisan 2023, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, s. 14 vd.

²⁹ Nihal Saban, “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, C. 17, S. 1, 2001, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 455.

ile kullanılmaya başlanmıştır. Bu tarihten günümüze yapılandırma adı altında çokça vergi affı kanunu kabul edilmiştir.³⁰

Yapılandırma kanunları temelde kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için gerekli olan mali yükümlülükleri koyma ve kısmen ya da tamamen kaldırma yetkisinin kanun koyucunun takdirinde olduğu düşüncesine dayanmaktadır.³¹ Son yıllarda kabul edilen yapılandırma kanunlarında genellikle verginin aslı bakımından ödeme kolaylığı sağlandığı ve vergi kabahati cezalarının da kısmen affa uğratıldığı görülmektedir.

Öğretide vergi aflarının tahsilatları artırdığı, işlemleri ve iş yükünü azalttığı, mükelleflere ekonomik destek sağladığı, düzenleme ihtiyaçlarını giderdiği ve bir şekilde vergi sisteminin dışında kalan mükellefleri tekrar sisteme dâhil ettiği yönünde olumlu etkiler barındırdığına değerlendirilmektedir.³² Öte yandan vergiye uyumlu mükelleflerle eşitsizlik, vergi adaletinin bozulması, idareye olan güvenin sarsılması, mükellefleri vergi ödememeye yöneltme ve meydana çıkan gelir eksikliğinin diğer mükelleflere yansıtılması şeklinde beliren olumsuz etkilerden de bahsedilmektedir.³³

Kanunların “*ortak hükümler*” başlığı altında, ilgili yapılandırma kanununa göre hesaplanan tutarların eşit taksitler halinde ödenmesine olanak tanınmıştır. Bu açıdan son yıllarda kabul edilen yapılandırma kanunlarında ödeme sürelerine ilişkin benzer uygulamalar gerçekleştirildiği görülmektedir. Örneğin daha önceki yapılandırma kanunlarında altı taksitten on sekiz taksite; 7440 sayılı Kanun’da ise on iki taksitten kırk sekiz taksite kadar ödeme kolaylıkları sağlanmıştır. 03.06.2021 tarihinde kabul

³⁰ Bunlar; 21.05.2013 tarihli ve 6486 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (2. Varlık Barışı); 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun”; 03.08.2016 tarihli ve 6736 sayılı “Bazı Alacakların Yapılandırılmasına İlişkin Kanun”; 18.05.2017 tarihli ve 7020 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda ve Bir Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”; 11.05.2018 tarihli ve 7143 sayılı “Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”; 17.07.2019 tarihli ve 7186 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”; 11.11.2020 tarihli ve 7256 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”; 03.06.2021 tarihli ve 7326 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ve 12.03.2023 tarihli ve 7440 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”dur.

³¹ AYM, E: 2010/93, K: 2012/20, T: 09.02.2012; E: 2012/102, K: 2012/207, T: 27.12.2012 (<https://www.corpus.com.tr/>).

³² Hilmi Ünsal / Yılmaz Ertürk, “Vergi Afları ve Seçimler Arasındaki İlişkinin Bütçe Değişkenleri Aracılığıyla Değerlendirilmesi: Etkileşimli VAR Yöntemi Uygulaması”, C. 22, S. 3, 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 688.

³³ Veli Kargı / Cihan Yüksel, “Türkiye’de Vergi Aflarının Vergi Adaleti ve Mükellefler Üzerine Etkileri”, 54. Seri, 2010, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, s. 33.

edilen 7326 sayılı Kanun ve 09.03.2023 tarihinde kabul edilen 7440 sayılı Kanun ile tanınan yapılandırmaların ödeme süreleri de halen devam etmektedir.

B. 7440 SAYILI KANUNDA VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU İLE İLİŞKİLİ HÜKÜMLER

7440 sayılı Kanun, ödeme süreleri halen devam eden ve en son kabul edilmiş olan yapılandırma kanunu olması bakımından konumuz için önem taşımaktadır. Ayrıca vergi kaçakçılığı suçu ile ilişkili hükümler de barındırması açısından dikkat çekmektedir. Kanun'un 5. maddesi ile vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin hükümler getirilmiştir. “*Matrah ve vergi artırımı*” başlıklı maddenin ilk fıkrasına göre mükellefler, matrah artırımında bulunmaları ve süresinde ödeme yapmaları durumunda ilgili yıllar için gelir ve kurumlar vergisi açısından (stopaj vergileri dâhil) incelemeye ve yine bu vergi türleri için daha sonra başkaca bir tarhiyata tabi tutulmayacaklardır. Bu husus katma değer vergisi açısından da uygulanmaktadır.

Matrah artırımı yapma ve bu yolla vergi incelemesi ve tarhiyat yapılmamasını sağlama hükümlerinden faydalanamayacak olanlar ise aynı maddenin 9. fıkrasında belirlenmiştir. Bu kişiler; vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin VUK'un 359. maddesinin (b) fıkrasında düzenlenen “*defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler*” ve (ç) fıkrasında düzenlenen ödeme kaydedici cihaz üzerinden gerçekleştirilen fiilleri işleyenlerdir. Ancak bu fiiller nedeniyle 7440 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte haklarında vergi incelemesi devam eden kişilerin matrah artırımında bulunması mümkün kılınmıştır. Bu durumda yapılan artırımlara ilişkin tahakkuk işlemleri inceleme bitene kadar bekletilmektedir.

Devam eden bir vergi incelemesi esnasında matrah artırımı yapan mükellefler hakkında, kanunun yürürlüğünü izleyen ayın başından itibaren on iki ay içinde (01.04.2023-01.04.2024) yukarıda belirtilen kaçakçılık fiillerinin halen tespit edilememesi durumunda, tespite ilişkin bir rapor veya yazı mükellefe tebliğ edilmektedir. Bu şekilde kendisine rapor veya yazı tebliğ edilen mükellefler hakkında incelemeye veya tarh işlemlerine devam edilmemektedir.

Bu maddeye göre yapılan matrah ve vergi artırımları ile VUK'un 359. maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarının işlendiğinin tespitine ve VUK'un 367. maddesi kapsamında uyulacak usullerin işletilmesine engel olunamamaktadır. Ancak bu incelemeler sonucunda matrah veya vergi artırımında bulunulan dönemler ve vergiler için tarhiyat yapılması önlenmektedir.

Açıklanan hükümler neticesinde 7440 sayılı Yapılandırma Kanunu'nda tanınan matrah ve vergi artırımında bulunma olanağından faydalanamayanlar; vergi kaçakçılığı suçunun (b) ve (ç) fıkralarında düzenlenen fiilleri işleyenler olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte bu fıkralara ilişkin istisnai olarak yukarıda açıklanan durumlarda ve vergi kaçakçılığı suçunun diğer fıkralarında düzenlenen fiillerin işlenmesi hallerinde matrah ve vergi artırımında bulunulması mümkün

olabilmektedir. Bu durumlarda hesaplanacak vergi aslı, ferileri ve cezaları 7440 sayılı Kanun'un 9. maddesi hükümlerine uygun olarak, on iki taksit ile kırk sekiz taksit arasında borçluların tercih ettikleri sürede ödettirilmektedir.

III. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNDA UYARLAMA YARGILAMASI

Ceza kanunlarının geçmişe yürütülmesi mümkün olmamakla birlikte sonuçlarının lehe olması durumunda istisnai olarak uygulanması gerekmektedir.³⁴ Bu husus TCK'nin 7. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır.

Sonradan yürürlüğe giren kanunun kesinleşmiş hükme uyarlanması için yapılan yargılamalara uygulamada uyarlama yargılaması denilmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında uyarlama yargısını; *“kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünde değişiklik (uyarlama) yargılaması, asıl ceza yargılamasının bütünüyle sonuçlanıp hükmün kesinleşmesinden sonra ancak infazın tamamlanmasından önce yürürlüğe giren bir ceza yasasının kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne, dolayısıyla infaza etkisi bulunup bulunmadığının saptanmasına ilişkin ve esas itibarıyla infazı ilgilendiren ve etkileyen bir yargılama faaliyetidir”* şeklinde tanımlamıştır.³⁵

Görülebileceği üzere uyarlama yargılaması infaz aşamasında olan dosyalar açısından başvurulabilecek bir yolu ifade etmektedir. Nitekim TCK'deki lehe kanun hükümlerinin yürürlük ve uygulama şeklini belirleyen 5252 sayılı Kanun'un 9. maddesinde ve infaz aşamasında uygulanmasına ilişkin olarak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98. maddesinde düzenlemelerde bulunulmuştur.

Uyarlama yargılaması söz konusu suçla ilişkin yargılamaya yetkili ve görevli ceza mahkemesinde dilekçe ile talep edilmelidir. Bu hususta 5275 sayılı Kanun'un 98. maddesinde; *“mahkûmiyet hükmünün yorumunda duraksama olursa veya sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün TCK'nin 7. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirse, hükmü veren mahkemeden duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için karar istenir”* denmektedir. Bu durumda mahkeme olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine ya da durdurulmasına karar vermektedir. Uyarlama yargılaması talebinin reddine karşı üst mahkemeye itiraz edilebilmektedir.

Uyarlama yargılamaları sadece dosya üzerinden karara bağlanamamakta; kural olarak duruşmalı yapılmaktadır.³⁶ Bununla birlikte önceki ve sonraki kanunda suçun unsurlarının aynı olması, her iki kanuna göre de cezanın erteleme kapsamı dışında kalması, iki kanuna göre de temel cezanın alt sınırdan belirlenmesi, bireyselleştirmeyi gerektiren bir oran takdirinin gerekmemesi hallerinde duruşma yapılmadan da dosya üzerinden uyarlama yargılamasının yapılması mümkün sayılmaktadır.³⁷ Yapılan

³⁴ Özbek / Doğan / Meraklı, s. 95.

³⁵ İnan Ç. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/15208, K.T. 19.12.2017 (<https://www.corpus.com.tr/>).

³⁶ Yargıtay II. CD, E: 2023/815, K: 2023/1216, T: 06.03.2023 (<https://www.corpus.com.tr/>).

³⁷ Yargıtay CGK, E: 2006/133, K: 2006/131, T: 02.05.2006

yargılama esas itibarıyla failin lehine olan hükümlerin tespit edilmesi ve bu hükümler çerçevesinde yeni bir karar verilmesi ile sınırlı olmaktadır. Dolayısıyla daha önce tartışılmış ve sübuta erdiği tespit olunmuş olayların esasına etki edecek hususlar dışında kalan diğer konular uyarılama yargılamasında tekrar değerlendirilmemektedir. Ancak uyarılama kararları da hüküm niteliğinde sayılmakta ve temyiz kanun yoluna tabi olmaktadır.³⁸

Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak uyarılama yargılamaları da yukarıda açıklanan genel bilgiler dâhilinde uygulanabilmektedir. Dolayısıyla vergi kaçakçılığına ilişkin hükümlerde değişiklik olması durumunda infaz aşamasında olan dosyalar bakımından lehe olan hükümlerin tespit edilmesi ve uygulanması için başvuruda bulunulabilmektedir. Bu çerçevede 7394 sayılı Kanun ile getirilen etkin pişmanlık hükmü de uyarılama yargılamasına konu edilebilmektedir. Nitekim vergi kaçakçılığı suçundan alınan hükmün infazı devam ederken kamu zararını kanunun öngördüğü usullere göre karşılayan kişiler ceza indiriminden faydalanmak maksadıyla dava açabilmektedir.

A. UYARILAMA YARGILAMASINDA ÖNEMLİ HUSUSLAR

Uyarılama yargılaması, lehe kanun ilkesi gereğince yapılmaktadır.³⁹ Bu açıdan vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin tüm hükümlerin birlikte değerlendirilmesi ve failin lehine sonuç doğuracak olanların tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hususta hem aynı kanun içindeki değişiklikler hem de ilgili olan başka kanunlardaki hükümler dikkate alınmalıdır. Konumuz özelinde 7394 sayılı Kanun ile tanınan etkin pişmanlık müessesesi failin ceza sorumluluğu açısından lehe bir durum oluşturmaktadır. Nitekim daha önce de değinildiği üzere VUK'un geçici 34. maddesinde haklarında hüküm verilmiş olup infaz aşamasında olanlar ile hâlihazırda soruşturma ve kovuşturma evrelerinde olan dosyalarda etkin pişmanlık hükmünün uygulanması mümkün kılınmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, uyarılama yargılaması ile ilgili iki hususu değerlendirmiş ve açıklamalarda bulunmuştur.⁴⁰ Bunlar; uyarılama yargılamalarında dava zamanaşımının işleyip işlemeyeceği ve cezayı aleyhte değiştirme yasağına ilişkin kuralın gözetilip gözetilmeyeceğidir. Zamanaşımına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede; 5252 sayılı Kanun'un 9. maddesi gerekçe gösterilerek sürelerin işlemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.⁴¹ Cezanın ağırlaştırılmamasına ilişkin kuralın

(<https://www.corpus.com.tr/>).

³⁸ Yargıtay 1. CD, E: 2015/4251, K: 2015/5189, T: 02.11.2015

(<https://www.corpus.com.tr/>).

³⁹ Doğan Soyaslan, "Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı", C. 19, S. 2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 401.

⁴⁰ Yargıtay CGK, E: 2007/272, K: 2007/279, T: 25.12.2007 (<https://www.corpus.com.tr/>).

⁴¹ Bu husus uyarılama yargılamasında lehe sonuçların araştırıldığı bir süreci ifade eden yeni bir yargılama mahiyetinde olduğu sebebiyle eleştirilmekte ve dava

uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ise bu ilkenin uygulanma olanağının bulunmadığı yönünde değerlendirme yapılmıştır.

B. YAPILANDIRMA KANUNU HÜKÜMLERİNİN ETKİN PİŞMANLIK UYARLAMA YARGILAMASINA ETKİLERİ

VUK'ta düzenlenen etkin pişmanlık hükmüne uygun olarak 7394 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 15.04.2022 tarihinden önce başlanmış olan soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki dosyalarda hüküm verilene kadar; infaz aşamasındaki dosyalarda ise geçici 34. maddeye göre 15.04.2023'e kadar vergi borçlarının ödenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak için uyarılama yargılaması talebinde bulunulması ancak infaz aşamasında olan vergi kaçakçılığı suçları açısından mümkün olmaktadır. Uyarılama yargılamasında failin lehine olan hükümlerin tespit edilmesi amaçlandığı için geçici 34. maddeye göre 15.04.2023'e kadar vergi borçlarının ödenmesi halinde yarı oranında ceza indirimi yapılması gerekmektedir. Bu indirim failin infazda kalan cezasından değil; hüküm ile belirlenmiş olan nihai cezası üzerinden yapılacaktır. Dolayısıyla cezasının yarısından fazlası infaz olunmuş failin cezasının kalan kısmı indirimle birlikte ortadan kalkacaktır.

Yapılandırma kanunları da ödeme kolaylığı sağlamaları bakımından mükellefin lehine hükümler barındırmaktadır. 03.06.2021 tarihinde kabul edilen 7326 sayılı Kanun ile tanınan altı taksitten on sekiz taksite ve 09.03.2023 tarihinde kabul edilen 7440 sayılı Kanun ile tanınan on iki taksitten kırk sekiz taksite kadar olan yapılandırmalarda ödeme süreleri devam etmektedir. Bu kanunlar ile getirilen vergi ödeme kolaylığından öngörülen şartlar dâhilinde faydalanmak, mükellefler açısından bir hak mahiyetindedir. Mevcut takvime göre 7326 sayılı Kanun uyarınca yapılacak ödemeler 2024 yılı Nisan ayı sonuna kadar; 7440 sayılı Kanun uyarınca yapılacak ödemeler ise 2027 yılı Mayıs ayı sonuna kadar devam edebilecektir.

Yapılandırma kanunlarından özellikle 7440 sayılı Kanun, VUK'un geçici 34. maddesinin öngördüğü son ödeme süresi olan 15.04.2023 tarihinden bir ay önce yürürlüğe girmiş olması ve vergi kaçakçılığı suçuna bağlı ortaya çıkan vergi ve cezalarına da uygulanabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Nitekim vergi kaçakçılığı suçu sebebiyle kamu zararı meydana getirmiş olan fail, yapılandırma kanuna başvurarak matrah ve vergi artırımını ile taksitlendirme talebinde bulunabilir. 7440 sayılı Kanun'a göre bu durum; vergi kaçakçılığı suçunun (b) ve (ç) fıkralarındaki fiillere ilişkin olarak haklarında 09.03.2023 tarihi itibarıyla devam eden vergi incelemesi olan mükellefler ve vergi kaçakçılığı suçunun diğer fıkralarındaki fiilleri işleyen mükellefler açısından geçerlidir. Bu bakımdan vergi kaçakçılığı suçunda VUK'un geçici 34. maddesinin öngördüğü ödeme süresi henüz sona ermeden yeni bir kanun ile yapılandırma imkânı tanınmasının etkin

zamanaşımı süresinin işleme gerektiği ileri sürülmektedir. Erdener Yurtcan, Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 255, Ankara, 2014, s. 101.

pişmanlıktan faydalanılması üzerinde etki gösterip göstermeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu etkinin belirlenmesinde lehe kanun ilkesinin gözetilmesi, önceki kanun – sonraki kanun, genel kanun – özel kanun ve genel norm – özel norm ilişkisinin ortaya konması gerektiği düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki TCK'nin 5. maddesinde düzenlenen özel kanunlarla ilişki hükmü yalnız suçlar açısından geçerli olup yapılandırma kanununun suç ihdası ya da mevcut bir suçun unsurlarına ilişkin hüküm içermemesi bakımından uygulama alanı bulamamalıdır.

Nihayetinde yapılandırma kanunları ceza hükmü içermemekte; aksine mali af kanunu olarak ortaya çıkmaktadır. Yapılandırma kanunlarında affa uğratılan cezalar idari ceza mahiyetindeki vergi cezalarıdır. Bu bakımdan yapılandırma kanunları ile ceza hukuku alanında özel bir etki yaratılması da beklenmemelidir. Dolayısıyla yapılandırma kanunu ile tanınan ödeme kolaylıklarının salt failin lehine olduğu, sonraki kanun mahiyetinde ve özel norm olduğu sebebiyle nazara alınarak etkin pişmanlık hükümlerine ilişkin uyarılama yargılamasında bekletici sebep yapılmasında isabet görülmemektedir. Uygulanması gereken VUK'un geçici 34. maddesinde açıkça yer yerilen ödeme süresidir. Bu bakımdan vergi kaçakçılığı suçunda etkin pişmanlık hükümlerine ilişkin uyarılama yargılamalarında 15.04.2023 tarihine kadar ödemenin tam olarak yapılmış olması şartıyla, verilmiş olan ceza yarı oranında indirim tabi tutulmalıdır. Diğer bir ifadeyle hükümlünün yapılandırma kanunu kapsamında elde ettiği taksitlendirme hakkının etkin pişmanlık uyarılama yargılamasında ileri sürülmesinin ödeme zamanı bakımından etki taşımadığının kabulü gerekmektedir.

Ayrıca etkin pişmanlık hükmünün yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla soruşturma ve kovuşturması devam eden dosyalarda yapılandırma kanuna başvurulduğu gerekçesiyle ödemelerin uzun vadelerle taksitlendirilmesi hali de değerlendirilmelidir. Bu durumda da değinildiği üzere yapılandırma kanunu ile tanınan hakka dayanarak VUK'un geçici 34. maddesinde öngörülen hükme kadar ödeme yapılması şartının genişletilmesi gerektiği ileri sürülebilmektedir. Ancak gene yukarıda dayanılan sebeplerle bu durumun da geçerli görülmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturması devam eden dosyalarda yapılandırma kanuna dayanılarak gerçekleştirilen taksitlendirme işlemi hükmün verilmesini durdurmamalı; fail hüküm verilene kadar ödemelerini eksiksiz şekilde yapmışsa etkin pişmanlık hükümlerinden faydalandırılmalıdır.

Asıl sorun salt hareket suçu olan ve vergi ziyayı şartına bağlanmamış olan vergi kaçakçılığı suçunun etkin pişmanlık şartının zarar neticesine bağlanmış olmasından kaynaklanmaktadır.⁴² Bu husus vergi ziyayı adeta vergi kaçakçılığı suçunun unsuru haline getirmektedir. Nitekim tarh edilen bir vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen bir cezanın bulunmadığı vergi kaçakçılığı fiillerinde ceza doğrudan yarı oranında indirilecektir. Öte yandan fiil ile vergi ziyayı oluşmuşsa vergi kaçakçılığı suçunun cezası tam olarak uygulanacak; zarar telafi edilirse muhakeme evresine göre belirli oranlarda ceza indirimi yapılacaktır. Burada çözüm için öteden beri tartışılan ekonomik suça ekonomik ceza uygulanması gerektiği ya da vergi kaçakçılığı

⁴² Şişman / Sarsıkoğlu, s. 1613.

suçunun zarar suçu haline getirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bunlardan ekonomik suçta ekonomik ceza uygulanması görüşü TCK'de kabul görmemiş bir yaptırım sistemi olması dolayısıyla makul görünmemektedir.⁴³

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Vergi kaçakçılığı suçu, vergi kaybı neticesi aranmaksızın belirli fiillerin işlenmesiyle oluşan bir suç tipidir. Hemen her suçta mümkün olduğu gibi vergi kaçakçılığı suçunda da failin pişmanlık göstermesi ve işlediği suçun neticelerini telafi etme gayreti içine girmesi muhtemeldir. Genel olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması, ilgili kanununda özel bir düzenlemenin mevcut olması ve failin suçun tamamlanmasından sonra bizzat pişmanlık göstermiş olması gerekmektedir. Vergi kaçakçılığı suçunu işleyen kişiler bu pişmanlıklarını suçun işlendiğinin ilgili kamu makamları tarafından öğrenilmesinden öncesinde ve sonrasında da gösterebilmektedir.

Kamu makamları henüz vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini öğrenmeden, failin harekete geçerek adeta kendi kendisini ihbar etmesi mümkün olabilmektedir. VUK'ta bu durum pişmanlık ve ıslah müessesesi ile düzenlenmiştir. Sadece beyana dayalı vergiler açısından ve vergi ziyayı oluşturan fiiller hakkında uygulanan bu yöntemde mükellefin kusurlu hareketini kanunda tanınan süre içinde bir dilekçe ile kendiliğinden haber vermesi ve meydana getirdiği zararı ödemesi beklenmektedir. Bu sayede mükellef hakkında vergi ziyayı cezası kesilmemekte ve ayrıca vergi kaçakçılığı suçunun cezalandırılması da engellenmiş olmaktadır.

Kamu makamlarının vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini öğrenmesi durumunda ise VUK'un 367. maddesinde düzenlenen özel usullere göre tahkikatın sürdürülmesi ve şartları taşıdığı durumlarda ceza muhakemesi evrelerinin işletilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu süreçler işletilirken failin pişmanlık göstermesi durumunda 2022 yılında 7394 sayılı Kanun ile VUK'un 359. maddesine eklenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Buna göre vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesiyle vergi ziyayı meydana gelmemişse verilecek ceza yarı oranında indirilecek; ancak vergi ziyayı oluşmuşsa kamu zararının soruşturma evresinde karşılanması durumunda ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde karşılanması durumunda ise ceza üçte bir oranında indirimine tabi tutulacaktır. Karşılanması gereken tutarlar; tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile vergi ziyasına bağlı olarak kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammı olarak belirlenmiştir.

Ek olarak 7394 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce soruşturma ve kovuşturması devam eden ya da infaz aşamasında olan dosyalar bakımından geçiş hükümleri getirilmiştir. Böylelikle soruşturma ve kovuşturması devam eden olaylarda hüküm verilene kadar; infaz

⁴³ İzzet Özgenç, "Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar", Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Adalet Bakanlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, s. 76.

aşamasında olanlarda ise 15.04.2023'e kadar kamu zararının fail tarafından karşılanması halinde yarı oranında indirim yapılması mümkün kılınmıştır.

Etkin pişmanlık hükümlerinin failin lehine olduğu açıktır. Bununla birlikte etkin pişmanlıktan faydalanmanın temel argümanını oluşturan zararının telafi edilmesi şartını etkileyen ve failin lehine hükümler içeren yapılandırma kanunlarının bu ilişkideki yerinin tespit edilmesi ihtiyacı duyulmaktadır. Nitekim mali af mahiyetinde kabul edilen yapılandırma kanunlarından özellikle 7440 sayılı Kanun ile bazı vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin de başvuru imkânı getirilmiştir. Bu kanuna göre tespit edilen tutarların ödemeleri 2027 yılı Mayıs ayı sonuna kadar devam edecektir.

Etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak isteyen failin aynı zamanda yapılandırma kanunu kapsamında başvuru yapması ve taksit imkânından faydalanması durumunda yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturmalar ile infaz aşamasındaki dosyalarda nasıl bir uygulama yapılacağı tartışmalı hale gelmiştir. Yapılandırma kanunlarının da lehe hükümler içermesi ve özellikle 7440 sayılı Kanun'un etkin pişmanlık hükmünden sonra kabul edilmiş olması bu tartışmanın kaynağını oluşturmaktadır.

Uygulamada özellikle infaz aşamasında olan dosyalar bakımından tartışmanın daha da yoğun olduğu görülmektedir. Nitekim infaz aşamasındaki dosyalarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için uyarılama yargulamalarının yapılması gerekmektedir. Bu usulle yeniden açılan dosyalarda sınırlı bir yargılama yapılarak failin lehine olan hükümlerin tespiti ve tatbiki amaçlanmaktadır.

Son tahlilde; yapılandırma kanunlarının mali af mahiyetinde olması, suç ihdası ya da unsurlarına ilişkin hükümler içermemesi ve VUK'un geçici 34. maddesi ile yapılan geçiş düzenlemelerinin açık bir irade ortaya koyması sebepleriyle yapılandırma kanunları ile mükelleflere tanınan hakların etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında geçerli olmaması gerektiği değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

- Arslantürk M, Etkin Pişmanlık Vazgeçme Cezasızlık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Batu M/İnci Z Ö, “7394 Sayılı Kanunla Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK m. 359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler”, S. 406, Temmuz 2022, Vergi Sorunları Dergisi, ss. 30-48.
- Bayar İ N, Vergi Kaçakçılığı, Mali Akademi Yayınları, Ankara, 2013.
- Buluttekin M B/İçten M P, “Evaluation of Effective Repentance in the Punishment of Tax Evasion Crimes in terms of Turkish Tax Criminal Law Principles”, C. 22, S. 86, Nisan 2023, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 714-742.
- Donay S, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- Edizdoğan N/Taş M/Çelikkaya A, Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2007.
- Güngör M, “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”, Y. 11, Sa. 44, 2020, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 269-299.
- Hafizoğulları Z/Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Karakoç Y, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Kargı V/Yüksel C, “Türkiye’de Vergi Aflarının Vergi Adaleti ve Mükellefler Üzerine Etkileri”, 54. Seri, 2010, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, ss. 23-44.
- Kızılot Ş/Kızılot Z, Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Ortaç F R/Yılmaz Furtuna E, “Pişmanlıkla Verilen Beyannamenin İhtirazi Kayıtlarla Verilebilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 8, S. 2, 2017, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 423-452.
- Ömercioğlu A, “7318 Sayılı Kanun ile Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları”, C. XVII, S. 1, 2022, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 167-192.
- Özbek V Ö/Doğan K/Meraklı S vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Özgenç İ, “Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, Adalet Bakanlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ankara, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, ss. 65-86.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Saban N, “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, C. 17, S. 1, 2001, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 451-475.
- Saraçoğlu F/Pürsünlerli Çakar E/Ömercioğlu A, Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.
- Soyaslan D, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı”, C. 19, S. 2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, ss. 397-402.
- Şenyüz D, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- Şişman G/Sarıkoğlu S, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık”, C. 30, S. 3, 2022, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1591-1625.

Taştan M, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Konya, 2015.

Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

Uğur H/Elibol M, Vergi Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Uğur H, “Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)”, C. 8, Sa.88, 2013, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 34-43.

Ünsal H/Ertürk Y, “Vergi Afları ve Seçimler Arasındaki İlişkinin Bütçe Değişkenleri Aracılığıyla Değerlendirilmesi: Etkileşimli VAR Yöntemi Uygulaması”, C. 22, S. 3, 2020, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 685-702.

Yılmaz Furtuna E/Laloğlu A, “7394 Sayılı Kanun Bağlamında Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık Müessesesi Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 5, S. 2, 2022, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 347-372.

Yurtcan E, Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 255, Ankara, 2014.

Yücel A, “Vergi Hukukunda Feragat Ön Koşullu Uyuşmazlık Çözüm Yolları Açısından Mükellef İradesinin Değerlendirilmesi”, C. 81, S. 2, Nisan 2023, Ankara Barosu Dergisi, ss. 173-209.

Faydalanılan Mahkeme Kararları

AYM, E: 2010/93, K: 2012/20, T: 09.02.2012 (<https://www.corpus.com.tr/>).

AYM, E: 2012/102, K: 2012/207, T: 27.12.2012 (<https://www.corpus.com.tr/>).

AYM, E: 2022/59, K: 2022/111, T: 28.09.2022 (<https://www.corpus.com.tr/>).

AYM, E: 2022/81, K: 2023/153, T: 13.9.2023 (<https://www.corpus.com.tr/>).

İnan Ç. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/15208, K.T. 19.12.2017

(<https://www.corpus.com.tr/>).

Yargıtay CGK, E: 2006/133, K: 2006/131, T: 02.05.2006

(<https://www.corpus.com.tr/>).

Yargıtay CGK, E: 2007/272, K: 2007/279, T: 25.12.2007

(<https://www.corpus.com.tr/>).

Yargıtay I. CD, E: 2015/4251, K: 2015/5189, T: 02.11.2015

(<https://www.corpus.com.tr/>).

Yargıtay II. CD, E: 2016/8542, K: 2019/8104, T: 19.11.2019

(<https://www.corpus.com.tr/>).

Yargıtay II. CD, E: 2023/815, K: 2023/1216, T: 06.03.2023

(<https://www.corpus.com.tr/>).

Yargıtay II. CD, E: 2023/3688, K: 2024/608, T: 18.01.2024

(<https://www.corpus.com.tr/>).

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ 7 NO'LU PROTOKOL
BAĞLAMINDA YERLEŞİK YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİNE
İLİŞKİN USULİ GÜVENCELERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİNDE
EŞİK: MUHAMMAD ve MUHAMMAD v. ROMANYA KARARI

A Threshold for Limitation Regime of Procedural Safeguards for the Expulsion of Resident Aliens in the Context of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights: Muhammad and Muhammad v. Romania

Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU*
Arş. Gör. Elif Başak KARTLI**

Öz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bazı maddeler ile sınır dışı işlemlerine karşı dolaylı bir koruma alanı sağlamaktadır. Buna karşın daha sonra yürürlüğe giren ve Sözleşme'nin bir parçası sayılan 4 ve 7 No'lu Protokoller, sınır dışı edilmeye ilişkin doğrudan koruma sağlayan düzenlemeler içermektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 7 No'lu Protokol içerisinde yabancıların sınır dışı edilmelere ilişkin sahip olduğu birtakım usulî haklar, 1. maddede koruma altına alınmıştır. Bu maddenin nasıl yorumlanması gerektiği hususu yakın zamana değin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında açık şekilde yer bulamamıştır. İlk kez 2020 yılında Büyük Daire tarafından karara bağlanan Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararı ile bu madde hem detaylı olarak incelenmiş hem de Mahkeme tarafından sınırlandırılmasına ilişkin bir yöntem ortaya koyulmuştur. Mahkeme'nin bu kapsamda oluşturduğu iki aşamalı testin ilk aşaması, sınırlandırmaların bağımsız bir makam tarafından usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin değerlendirilmesidir. İkinci aşaması ise yabancıların sınırlandırmadan kaynaklı olarak yaşadığı zorlukların birtakım dengeleyici faktörlerle yeterince telafi edilmediğinin belirlenmesidir. Mahkeme içtihatları bakımından da nispeten yeni olan bu metodoloji henüz yöntemin belirlendiği Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararında eleştirilmeye başlanmıştır. Ancak yine de erken bir gözlemlerle bu metodolojinin 7 No'lu Protokol'ün birinci maddesinde düzenlenen hakların korunması bakımından -en azından- işlevsel sayılabileceğini söylemek mümkün görünmektedir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 7 No'lu Protokol, Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İki Aşamalı Test.

Abstract: The European Convention on Human Rights provides an indirect protection against expulsion through some articles. In this context, Protocol No. 4 and 7 to the Convention contain direct provisions on expulsion. Article 1 of Protocol No. 7, to which Turkey is a party, protects certain procedural rights of foreigners in relation to expulsion. The issue of how this article should be interpreted has not found a clear place in the jurisprudence of the European Court of Human Rights until recently. With the Muhammad and Muhammad v. Romania judgment, which was decided by the Grand Chamber for the first time in 2020, this Article was both analysed in detail and a method for its limitation was put forward by the Court. The first stage of the two-stage test established by the Court in this context is to assess whether the restrictions are duly justified by an independent authority. The second stage is to determine whether the difficulties experienced by the foreigner as a result of the restriction are sufficiently compensated by some counterbalancing factors. This methodology, which is also relatively new in the Court's case-law, has been criticised in the Muhammad and Muhammad v. Romania judgment in which the methodology was set out. Nevertheless, it seems possible to make an early observation that this methodology can - at least - be considered functional in terms of the protection of the rights set out in Article 1 of Protocol No. 7.

Keywords: European Convention on Human Rights, Protocol No. 7, Expulsion of Aliens, European Court of Human Rights, Two-Step Test.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, zabunoglu@kku.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8774-9097

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573643

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ebasakkartli@kku.edu.tr

ORCID: 0000-0002-5536-0287

Makale Geliş Tarihi: 07.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 20.09.2024

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS” veya “Sözleşme”) bazı maddeler ile sınır dışı işlemlerine karşı dolaylı bir koruma alanı sağlamaktadır. Bu kapsamda AİHS’in 3, 5, 8 ve 13. maddeleri yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin belli güvenceleri garanti altına alan maddelerdir.¹ Ancak bu maddeler sınır dışı edilen kimseler bakımından yeterli bir korumayı temin edememektedir. Nitekim m.5(1)f dışında yabancıların sınır dışı edilmesi işlemine ilişkin açık bir düzenleme de Sözleşme metninde yer almamaktadır. Bu durum, şüphesiz Sözleşme’nin tesis etmeyi hedeflediği koruma sistemi kapsamında, yabancıların keyfi sınır dışı edilmelerine karşı korunmaları ve Sözleşme’ye taraf bir devletin topraklarında kanuni olarak ikamet ederken süregelen bir belirsizlik duygusu içerisinde bulunmamaları bakımından bir eksiklik ortaya çıkarmaktaydı. Nitekim bu eksiklik, uzun yıllar yabancıların AİHS’deki usule ilişkin güvencelerin yetersizliğinden zarar görmelerine neden olmuştur.² Sözleşme’nin temel metnindeki bu eksiklik daha sonralarda yürürlüğe konan Protokoller aracılığı ile giderilmeye çalışılmıştır.

Bu kapsamda Sözleşme’den daha sonra yürürlüğe giren 4 ve 7 No’lu Protokoller, sınır dışı edilmeye ilişkin doğrudan düzenlemeler içermektedir. Bunlardan 4 No’lu Protokol Türkiye tarafından hem imzalanmış hem de onaylanmıştır.³ Ancak onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmediğinden Protokol’ün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (“AİHM” veya “Mahkeme”) bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün değildir.⁴ 7 No’lu Protokol (“Protokol”) ise Türkiye tarafından imzalanmış,

¹ Sınır dışı edilmeye ilişkin AİHS’in sağlamış olduğu koruma için bkz: Rona Aybay, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, C. 2, S. 2, Aralık 2003, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.164-166.

² Donna Gomien/ David John Harris/ Leo Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1996, s. 364.

³ 23.02.1994 tarih ve 3975 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu için bkz: RG, 26.02.1994, S. 21861. 4 No’lu Protokol’ün onaylanmasını kararlaştıran 94/5749 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz: RG, 14.07.1994, S. 21990.

⁴ 4 No’lu Protokolle ilgili olarak AİHM’e bireysel başvuruda bulunmak mümkün olmamakla birlikte Protokol’ün Türkiye tarafından onaylanmış olmasından dolayı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı hususu tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi 2012/1051 numaralı başvuruda 4 No’lu Protokol’e Türkiye’nin taraf olmadığı dolayısıyla bireysel başvuruya konu edilemeyeceği yönünde karar vermiştir. Bkz: Sebahat Tuncel Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/1051, K.T. 20.02.2014, parag. 53, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1051> s.e.t. 14.07.2024) Bununla birlikte literatürde aksi yönde görüşler bulunmaktadır. Bkz: Ece Göztepe, “Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay’a Armağan, 2014, s. 1121 vd.; Öykü Didem Aydın, “Turk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 2011, s. 131-132. Didem Yılmaz, “6216 Sayılı Kanundaki ‘Taraf Olma’ Koşulu ve AİHS’e Ek 4. Ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru

onaylanmış⁵ ve 02.05.2016 tarihi itibarıyla onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiştir. Protokol 01.08.2016 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.⁶ Dolayısıyla 7 No'lu Protokol'de yer alan haklarla ilgili olarak hem AİHM'e hem de 6216 sayılı kanun kapsamında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması mümkündür. Bu halde 7 No'lu Protokol'ün düzenlediği hakların kapsamının ve sınırlandırılma koşullarının açıklık kazanması olası ihlal kararlarının önüne geçilmesi yönünden faydalı olacaktır.

7 No'lu Protokol içerisinde yabancıların sınır dışı edilmelere ilişkin sahip olduğu birtakım usuli haklar, 1. maddede (P7-1) koruma altına alınmıştır. Maddede düzenlendiği şekliyle:

“1. Bir devletin ülkesinde kanuni olarak mukim bulunan bir yabancı, kanuna uygun olarak alınan bir kararın uygulanması için gerekli olmadığı sürece buradan sınır dışı edilemez ve bu durumdaki kişinin,

a. sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri sunmasına,

b. durumunun yeniden incelenmesine ve

c. bu amaçlarla, yetkili bir makam veya bu makam tarafından tayin edilen kişi veya kişiler huzurunda temsil edilmesine izin verilir.

2. Bir yabancının sınır dışı edilmesi kamu düzeni çıkarları açısından gerektirse veya ulusal güvenlik nedenlerinden kaynaklanıyorsa, söz konusu yabancı, bu maddenin 1. fıkrasının a, b ve c bentlerindeki haklarını kullanmadan önce sınır dışı edilebilir.”⁷

Madde, “*Hakkın Kapsamı ve Kavramsal Çerçeve*” başlığında daha detaylı değinileceği üzere bir devlet topraklarında “kanuni” olarak “mukim” (yerleşik) bulunan/ikamet eden⁸ yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin

Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”. C. 64, S. 3, Eylül 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 815 vd.

⁵ 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu için bkz: RG, 25.03.2016, S. 29664. 7 No'lu Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 2016/8717 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bkz: RG, 08.04.2016, S. 29678.

⁶ A. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü/ Abdurrahman Saygılı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.305.

⁷ Protokol'ün 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 28 Mart 2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan resmi Türkçe çevirisidir. Bkz: RG, 08.04.2016, S. 29678.

⁸ Protokol'ün orijinal İngilizce metninde “resident” kavramı kullanılmıştır. Bu kavramın, Protokol'ün 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yayımlanan resmi ve ilk Türkçe çevirisinde “mukim” (yerleşik) şeklinde Türkçeye çevrildiği görülmektedir. Bununla birlikte daha sonrasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü denetiminde farklı kuruluşlarca hazırlanan, Protokol metninin Türkçe çevirisinde ve Protokol'e ilişkin diğer bazı açıklayıcı metinlerde kavramın Türkçe karşılığı olarak “ikamet eden” ifadesi tercih edilmiştir. Dolayısıyla her iki kavram da aynı ifadenin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Buna karşın daha güncel ve uygun bir çeviri olarak değerlendirdiğimizden çalışmada kavramın “ikamet eden” şeklindeki çevirisi tercih edilmiştir. Protokol'ün resmi

usuli güvenceleri garanti altına almaktadır. Bu doğrultuda P7-1'in temel amacı bu kişilerin karşılaştıkları sınır dışı işlemlerinde adil yargılanma ilkelerinin gözetilmesini sağlamak ve bir yabancı'nın sınır dışı edilmesine ilişkin keyfi kararların önüne geçmektir.⁹ Buna karşın başvuru sayısındaki azlıktan dolayı 1. maddenin nasıl yorumlanması gerektiği hususu nispeten yakın bir zamana kadar Mahkeme içtihatlarında açık şekilde yer bulamamıştır. İlk kez 2020 yılında Büyük Daire tarafından karara bağlanan Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararı¹⁰ ile bu madde hem detaylı olarak incelenmiş hem de Mahkeme tarafından sınırlandırılmasına ilişkin bir yöntem ortaya koyulmuştur. İki aşamalı bir testten oluşan bu yöntem, Mahkeme'nin hakkın yorumlanışına ilişkin bakış açısını da doğrudan yansıtmaktadır. Buna karşın Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararı'nın uzun ayrık görüşler bölümünün gösterdiği üzere Mahkeme'nin hakkın yorumuna ve sınırlandırılmasına ilişkin geliştirdiği yaklaşım henüz ilk karar itibariyle oldukça eleştirilmiştir.

I. HAKKIN KAPSAMI VE KAVRAMSAL ÇERÇEVE

AİHS yabancılara Sözleşme'ye taraf devletlerin topraklarına girme ve orada ikamet etme hakkını tanınamaktadır.¹¹ Zira devletler -Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla- yabancıların kendi topraklarına girişleri, kalışları ve halihazırda kendi topraklarında bulunan bir yabancı'nın sınır dışı edilip edilmemesi konularında bir takdir yetkisine sahiptir.¹² Mahkeme, devletlerin bu yöndeki tasarruflarının "*uluslararası hukukun yerleşmiş bir ilkesinden*" kaynaklandığını kabul etmektedir.¹³ Bununla birlikte hem uluslararası hukuk literatürü hem de çağdaş insan hakları anlayışı, bir ülke sınırlarında kanuni olarak bulunan yabancılarla bu durumda olmayan yabancılar arasında normatif bir ayrımın

çevirisi için bkz: RG, 08.04.2016, S. 29678. İlgili diğer çeviriler için bkz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi,

(https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur.s.e.t.24.09.2024);

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No'lu Protokol 1. Madde Rehberi - Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usuli güvenceler, Avrupa Konseyi, 2020,

(<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaInsanHaklariSozlesmesi-Ek7NoluProtokoll-MaddeRehberi.pdf.s.e.t.24.09.2024>).

⁹ Bernadette Rainey/ Pamela McCormick/ Clare Ovey, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2021, s. 644.

¹⁰ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020.

¹¹ Jane McAdam, Complementary Protection in International Refugee Law, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 136.

¹² Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009, parag. 114.

¹³ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 114.; De Souza Ribeiro v. France, App. No. 22689/07, Judgment of 13.12.2012, parag. 77.; Ilias and Ahmed v. Hungary, App. No. 47287/15, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21.11.2019, parag. 125.

bulunabileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda kanuni olarak bulunan yabancılar, haklara ve güvencelere sahip olmak bakımından daha elverişli bir konumda bulunmaktadır. Örneğin 4 No'lu Protokol'ün 2. maddesinde “bir devletin ülkesinde bulunan herkesin, orada serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçme hakkı bulunduğu” düzenlenmiş ancak bu haktan yalnızca ülkede kanuni olarak bulunanların yararlanabileceği belirtilmiştir. Yine benzer şekilde P7-1'de de yalnızca bazı yabancıların yararlanabileceği bir koruma alanı öngörülmüştür.¹⁴

P7-1, kapsamı itibari ile sınır dışı edilme durumunda yabancılara tanınan bazı “asgari” usuli güvenceleri koruma altına almaktadır. Ancak P7-1'in 1. fıkrası “bir devlet ülkesinde kanuni olarak mukim bulunan yabancı” ifadesini içermektedir. Dolayısıyla bu maddede tanınmış olan güvenceler, tüm yabancılar için değil yalnızca “kanuni” (*lawfully*) olarak “ikamet eden” (*resident*) yabancılar bakımından bir koruma sağlamaktadır.¹⁵

Mahkeme “ikamet” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Nolan ve K. v. Rusya kararında bazı açıklamalarda bulunmuştur. Mahkeme, kavramın yorumlanması konusunda, 7 No'lu Protokol'e İlişkin Açıklayıcı Rapor'a¹⁶ (Açıklayıcı Rapor) bir göndermede bulunarak “ikamet eden” kavramının, ülkeye kabul edilmemiş veya sadece ikamet etmeme amacıyla kabul edilmiş yabancıları hariç tutmak için kullanıldığını vurgulamıştır. Bu kapsamda özerk (*autonomous*¹⁷) bir kavram olarak anlaşılması gereken “ikamet” kavramı, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında gelişen ve yine özerk bir kavram olan “konut” kavramına yakın bir anlama sahip olup ilgili ülke topraklarında fiziksel olarak bulunmaktan fazlasını ifade etmektedir. Daha ziyade o yer ile birey arasında yeterli ve devamlı bir bağın var olması gerekmektedir.¹⁸ Bu kapsamda Açıklayıcı Rapor'un da belirttiği üzere “ikamet eden” kavramı, bir limana veya başka bir giriş noktasına varmış ancak henüz göçmenlik kontrolü noktasından geçmemiş olan veya sadece

¹⁴ Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 27.

¹⁵ Rona Aybay/ Esra Dardağan Kibar, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 40.

¹⁶ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 9 (<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

¹⁷ Mahkeme, Sözleşme ve Protokollerde yer alan terim ve kavramların anlamlarını tespit ederken Taraf Devletlerin bu konudaki iç hukuk düzenlemeleri ile bağlı değildir. Bu terim ve kavramlardan ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi ve bunların yorumlanması Mahkeme tarafından özerk/otonom şekilde gerçekleştirilir. Mahkeme'nin esasa ilişkin incelemelerde kullandığı ve “Özerk/Otonom Kavramlar Doktrini” olarak adlandırılan bu ilke hakkında detaylı bir inceleme için bkz: Yaşar Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 153-156.; Gözübüyük/ Gölcüklü/ Saygılı, s. 152-154.

¹⁸ Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009, parag. 110.

transit geçiş amacıyla veya ikamet etme dışı bir amaçla sınırlı süre için bölgeye kabul edilmiş olan herhangi bir yabancıyı kapsamamaktadır.¹⁹

“Kanuni olarak” ikamet etmekten ne anlaşılması gerektiği ise Açıklayıcı Rapor’da izah edilmiştir. Buna göre “kanuni olarak” ibaresi, ilgili devletin iç hukukuna bir atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle bir kişinin ülkedeki varlığının “kanuni” olarak kabul edilmesi için yerine getirilmesi gereken koşulları belirlemek iç hukukun görevidir.²⁰ Dolayısıyla, Sözleşme’nin 13. maddesi kapsamında etkili bir başvuru yolunun sağlanması koşuluyla, sınır dışı etme kararını verecek yetkili makamın ve uygulanacak usulün belirlenmesi meselesi devletin iç hukukuna bırakılmıştır. Nitekim Sözleşme’nin 6. maddesinin uygulandığı haller dışında, bu süreç adli makamlar tarafından yürütülmesi de zorunlu değildir.²¹ Bununla birlikte P7-1, ülkeye kanuni yollardan giren yabancıları kapsadığı gibi yasadışı yollardan giriş yapmış ancak daha sonradan kanuni olarak ülkede kalma hakkını elde etmiş yabancıları da kapsamaktadır. Fakat eğer bir yabancıya ülkeye kabulü ve kalışı belirli koşullara bağlandıysa, örneğin girişine ve kalışına belirli bir süre için izin verildiyse ve kişi bu şarta riayet etmediyse artık o kişinin ülkede “kanuni olarak” bulunduğundan bahsedilemeyecektir.²²

P7-1’in kapsamına ilişkin açıklanması gereken bir başka kavram da “sınır dışı” kavramıdır. Mahkeme “sınır dışı” kavramının ulusal mevzuatlarda öngörülen tanımlardan bağımsız “özerk bir kavram olduğunu” belirtmektedir. Bu kapsamda Mahkeme’ye göre suçluların iadesi kurumu dışında kanuni olarak ikamet eden bir yabancıya ülkeden ayrılmasını zorunlu kılan her tedbir “sınır dışı” olarak nitelendirilecektir.²³ Ayrıca Mahkeme Ljatifi v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti kararında henüz sınır dışı edilmemiş ancak hakkında ulusal makamlar tarafından verilmiş bir sınır dışı edilme kararı olan başvurucunun yapmış olduğu başvuruyu da P7-1 bağlamında kabul edilebilir bulmuştur.²⁴

¹⁹ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 9
(<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

²⁰ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 9
(<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

²¹ Pieter Van Dijk/ Godefridus J. H. Van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998, s. 682.

²² Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 9
(<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

²³ Bolat v. Russia, App. No. 14139/03, Judgment of 05.10.2006, parag. 79.; Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009, parag. 112.

²⁴ Ljatifi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 19017/16, Judgment of 17.05.2018, parag. 21-23.

II. P7-1'DE KORUNAN MADDİ HAK: SINIR DIŞI EDİLMENİN KANUNA UYGUN OLMASI GEREKLİLİĞİ

P1-1'in bir devlet ülkesinde kanuni olarak ikamet eden yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin tanımlı olduğu ilk güvence bu sınır dışı kararının mutlaka "kanuna uygun bir karar" olması gerekliliğidir. Bu kapsamda "kanuna uygunluk" kavramının nasıl anlaşılması gerektiği Mahkeme tarafından açıklığa kavuşturulmuştur. Mahkeme ilk olarak P7-1'deki bu ifadenin Sözleşme ve Protokollerin tamamında aynı anlamı taşımakta olduğunu belirtmiştir.²⁵ Buradaki kanun kavramı öncelikle söz konusu devletin iç hukukuna atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla karar, yetkili makam tarafından maddi hukuk hükümlerine ve ilgili usul kurallarına uygun olarak alınmalıdır.²⁶ Ancak Mahkeme'nin içtihatlarında yaygın olarak altını çizdiği gibi Mahkeme'nin kanun terimine yüklediği anlam, dar ve şekli anlamdaki kanun teriminin sahip olduğu anlamdan daha geniştir. Örneğin The Sunday Times v. Birleşik Krallık davasında²⁷ belirtildiği üzere "kanun" yalnızca şekli anlamdaki kanunu ya da yazılı hukuku değil bunlarla birlikte yazılı olmayan hukuku da kapsamaktadır.²⁸ Bununla birlikte iç hukukta bir dayanağın bulunması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu kanunun niteliği de önemlidir. Buna göre ilgili kanun *erişilebilir* ve *öngörülebilir* olmalıdır. Ayrıca bu kanun kamu makamlarının Sözleşme'de güvence altına alınan haklara yönelik keyfi müdahalelerine karşı bir koruma sağlamalıdır.²⁹ Sözleşme'nin önsözünde açıkça yer verilen hukuk devleti ilkesi, Sözleşme'nin ayrılmaz bir parçası olduğundan bu şartlar P7-1'de koruma altına alınan usuli güvenceler bakımından da aynı şekilde geçerlidir.³⁰ Dolayısıyla bu nitelikleri taşımayan bir kanuna dayanılarak gerçekleştirilen sınır dışı işlemi P7-1'in ihlaline neden olacaktır.

Burada öngörülebilirlik şartının yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde daha zorlu bir alan, ulusal güvenlik gerekçesiyle verilmiş sınır dışı etme kararlarına ilişkin inceleme olacaktır. Zira doğası gereği ulusal güvenliği tehdit edecek olgular önceden tahmin edilmesi ve tanımlanması zor olup oldukça çeşitli bir yelpazede bulunmaktadır. Mahkeme bu bağlamda ulusal güvenlik tehdidinde ilişkin bir yasa bakımından "öngörülebilirlik" şartının, devletlerin bir bireyin ulusal güvenlik gerekçesiyle sınır dışı edilmesine karar verilmesine neden olabilecek tüm davranışları ayrıntılı olarak listeleyen yasal hükümleri yürürlüğe koymaya zorlanması anlamına gelmediğini belirtmektedir. Bununla birlikte,

²⁵ C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008, parag. 72.

²⁶ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 11
(<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

²⁷ The Sunday Times v. the United Kingdom, App. No. 6538/74, Judgment of 26.04.1979, parag. 47.

²⁸ Salihpaşaoğlu, s. 159.

²⁹ Lupsa v. Romania, App. No. 10337/04, Judgment of 08.06.2006, parag. 55.

³⁰ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 118.

Mahkeme'ye göre ulusal güvenliğin söz konusu olduğu durumlarda dahi, demokratik bir toplumda hukuka uygunluk ve hukukun üstünlüğü kavramları, insan haklarını etkileyen sınır dışı etme tedbirlerinin bağımsız bir makam veya gerekçelerini etkili bir şekilde inceleme ve ilgili delilleri gözden geçirme yetkisine sahip bir mahkeme önünde, gerekirse gizli bilgilerin kullanımına ilişkin uygun usuli sınırlamalarla birlikte, bir tür çekişmeli yargılamaya tabi tutulmasını gerektirir. Birey, yürütmenin ulusal güvenliğin tehlikede olduğu iddiasına karşı çıkabilmelidir. Yetkililerin ulusal güvenliğe neyin tehdit oluşturduğuna dair değerlendirmesi doğal olarak önemli bir ağırlığa sahip olsa da bağımsız bir makam veya mahkeme tarafından, yetkililerin bu kavrama başvurmalarının gerçekte makul bir temelini olup olmadığının veya "ulusal güvenliğin" hukuka aykırı veya sağduyuya aykırı ve keyfi şekilde yorumlanıp yorumlanmadığının denetimi gerçekleştirilebilmelidir.³¹

III. MUHAMMAD ve MUHAMMAD v. ROMANYA KARARI İLE BELİRLENEN USULİ GÜVENCELERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ: İKİ AŞAMALI TEST

P7-1 sınır dışı işlemleri bakımından üç usuli güvence öngörmüştür: "(a) Sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler sunma", "(b) Durumunu yeniden incelettirme", "(c) Bu amaçlarla, yetkili bir makam veya bu makam tarafından atanan kişi veya kişiler nezdinde temsil edilme". Ancak maddede koruma altına alınmış bu haklar mutlak nitelikte değildir. Mahkeme bu hakların özüne dokunulmamak kaydıyla sınırlandırılabilirliğini ifade etmiştir.³² Bu kapsamda "özüne dokunmama" ölçütü³³ P7-1'in sınırlandırılmasının temelini teşkil etmektedir. Dokunulması halinde söz konusu özgürlüğün anlamını yitireceği asli çekirdeğini ifade eden "hakkın özü"³⁴ kavramı Mahkeme tarafından genellikle bir sınırlandırma klotuna sahip olmayan hakların sınırlandırılmasında kullanılmaktadır.³⁵

Mahkeme bu özüne dokunmama ölçütünün P7-1'in sınırlandırılması bağlamında nasıl işletileceğini Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararında sistematik bir şekilde açıklamıştır. Dava, Romanya'da öğrenci statüsünde bulunan Pakistan vatandaşı başvuruçuların, "ulusal güvenlik" gerekçesiyle "istenmeyen kişi" ilan edilerek sınır dışı edilmeleri süreci ile

³¹ C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008, parag. 40.; Al-Nashif v. Bulgaria, App. No. 50963/99, Judgment of 20.06.2002, parag. 119-124.

³² Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 130-133.

³³ Uygulanan sınırlandırmalar sonrasında bireye sunulmuş hakkın, netice itibari ile özüne zarar gelecek şekilde kısıtlanmamış olması gerekmektedir. Bkz: Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, App. No. 42527/98, Judgment of 12.07.2001, parag. 44.

³⁴ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 105.

³⁵ Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 448.

ilgilidir.³⁶ Mahkeme'nin, P7-1'de düzenlenen usuli hakların sınırlandırılması hakkında detaylı bir incelemede bulunduğu ilk karar olan bu dava ile ilk kez bu hakların sınırlandırılması rejimine ilişkin belirli bir çerçeve ortaya konulmuştur.

Bu bağlamda, Mahkeme'nin P7-1'de güvence altına alınan usuli haklara getirilecek sınırlandırmalara yönelik benimsemiş olduğu temel yaklaşım, bu sınırlandırmaların “usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş” (*duly justified*) ve sınırlandırmalardan kaynaklı zorlukların “dengeleyici faktörler tarafından yeterince telafi edilmiş” (*sufficiently compensated for by counterbalancing factors*) olması yönündedir.³⁷ Mahkeme daha sonra ortaya koyduğu bu iki kriterin yerine getirilip getirilmediğini tespit etmek için iki aşamalı bir test oluşturmuştur.

Mahkeme hem P7-1'de tanından “(a) Sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler sunma”, “(b) Durumunu yeniden incelettirme”, “(c) Bu amaçlarla, yetkili bir makam

³⁶ Başvurucular Adeel Muhammad ve Ramzan Muhammad, sırasıyla Pakistan ve Birleşik Arap Emirlikleri'nde yaşayan Pakistan vatandaşlarıdır. Adeel Muhammad, 2012 yılının Eylül ayında Erasmus bursuyla Romanya'ya öğrenci vizesiyle gelmiş ve Sibiu Üniversitesi Ekonomi Bilimleri Fakültesi'nde eğitimine başlamıştır. Ramzan Muhammad ise 17 Şubat 2009'da uzun süreli öğrenci vizesiyle Romanya'ya giriş yapmış, aynı üniversitede burslu olarak eğitim görmüştür. Bu süreçte eşi de 2012 yılının Nisan ayında ona katılmıştır. 4 Aralık 2012'de Bükreş İstinaf Mahkemesi, savcılığın başvuranların Romanya'da istenmeyen kişi ilan edilmeleri talebini almıştır. Bu talep, Romanya İstihbarat Servisi'nin (SRI) sağladığı gizli belgelere dayanmakta olup, başvuranların ulusal güvenliği tehlikeye atacak faaliyetlere girişme niyetinde olduklarına dair ciddi belirtiler bulunduğunu öne sürmüştür. Bunun üzerine Mahkeme, başvuruçuların 15 yıl süreyle Romanya'da istenmeyen kişi ilan edilmesine ve sınır dışı edilene kadar idari gözetim altında tutulmalarına karar vermiştir. 5 Aralık 2012'deki duruşmada hazır bulunan başvuruçular, neden çağrıldıklarını anlamadıklarını, çünkü başvurunun yalnızca kanuni hükümlere atıfta bulunmakla yetindiğini belirtmişlerdir. Ancak mahkeme, dosyadaki belgelerin gizli olduğunu ve sadece hâkimin bunları inceleyebileceğini açıklamıştır. Başvuruçular, bu sırada suçlamaların doğru olmadığını iddia etmiş ve resmi bir savunma avukatı talebinde bulunmuşlarsa da bu talep, süreç başlamadan önce yapılması gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Ertesi gün, 6 Aralık 2012'de, SRI, başvuruçuların El-Kaide örgütüne ideolojik bağlılığı bulunan radikal bir grubu desteklediklerine dair suçlamalarla ilgili olarak bir basın açıklaması yapmıştır. Başvuruçular, İstinaf Mahkemesi kararına itiraz etmiş ancak Yüksek Mahkeme, itirazları reddetmiştir. Yüksek Mahkeme, gizli belgelere dayanarak, İstinaf Mahkemesi'nin başvuranların ulusal güvenliği tehlikeye atacak faaliyetlere girişme niyetinde oldukları yönündeki değerlendirmesinin doğru olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca, *ulusal güvenlik* gerekçesiyle istenmeyen kişi ilan edilen yabancılarla ilgili kararların dayandığı bilgilerin kararda yer almasının zorunlu olmadığını da belirtmiştir. Mahkeme, başvuruçuların tercüman yardımıyla mahkemeye çağırılma nedenlerini öğrendiklerini ve dava sürecinde haklarının korunduğunu ifade etmiştir. Başvuranlar, her iki mahkemede de kendi seçtikleri avukatlarla temsil edilmiş ve sınır dışı edilmelerine karşı savunmalarını sunabilmişlerdir. Nihai olarak başvuruçular, 27 Aralık 2012 tarihinde Romanya'dan ayrılmışlardır. Bkz: Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 8-46.

³⁷ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 133.

veya bu makam tarafından atanan kişi veya kişiler nezdinde temsil edilme” güvencelerinin yerine getirilip getirilmediği konusunda hem de bunların sınırlandırılmasına ilişkin yapmış olduğu iki aşamalı testte bu hakları birbirinden tamamen bağımsız, özerk haklar olarak ele almamaktadır. Onun yerine sınır dışı işlemlerini “bir bütün olarak” inceleme yolunu tercih etmektedir.³⁸ Bu kapsamda Mahkeme, 1. fıkranın (a) bendinde düzenlenen “sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler sunma” hakkını çatı hak olarak odağa aldığı, (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen güvenceleri ise yargılamanın bütünlüğü çerçevesinde sınırlamaları telafi edebilecek dengeleyici faktörler olarak gözettiği bir değerlendirme metodunu izlemektedir.³⁹ Dolayısıyla Mahkeme’nin iki aşamalı testi daha ziyade P7-1(a) bakımından bir incelemeye tekabül etmektedir.

Mahkeme, P7-1’e ilişkin oluşturduğu bu sınırlandırma rejiminin sınırlarını çizerken Sözleşme’nin 5 ve 6. maddelerine de bir atıf yapmaktadır. P7-1’e benzer şekilde usuli güvenceler içeren bu maddelerin kapsamı her ne kadar aynı değilse de Mahkeme bu hakların sınırlandırılmasında izlenen metodolojinin P7-1 bakımından da yol gösterici olduğunu belirtmiştir.⁴⁰ Gerçekten de P7-1’de yer alan: yabancının kendisine savunma imkanının, durumunun yeniden gözden geçirilmesini isteyebilmesinin ve bu amaçlarla yetkili makamlar önünde temsil edilme hakkının bir kanunla tanınması güvenceleri, Didem Yılmaz’ın ifadesiyle “AIHS’in 5. maddesindeki genel düzenlemenin, bir ülke topraklarında kanuni olarak oturan yabancılara uygulanması halidir⁴¹”. Yine 6. madde ile P7-1 arasında bir tamamlayıcılık ilişkisi mevcuttur. P7-1’in amacı genel itibari ile sınır dışı işlemlerinde adil yargılanma ilkelerinin gözetilmesini sağlamak ve bir yabancının sınır dışı edilmesine ilişkin keyfi kararların önüne geçmektir.⁴² Zira Sözleşme’de adil yargılanma ilkelerini koruma altına alan 6. madde “sınır dışı” edilmeye ilişkin davaları kapsamamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, Maaouia v. Fransa davasında bu eksikliğin farkında olduğunu ve bu alanda tesis edilmesi gerekli olan özel tedbirlerin belirli ölçüde P7-1’de düzenlendiğini ifade etmiştir. Böylelikle Sözleşme’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin yabancının ülkeye girişlerine, ikametlerine ve sınır dışı edilmelerine ilişkin kararlara uygulanmamasından doğan mağduriyetin de giderilmesi hedeflenmiştir.⁴³

Özetle Mahkeme’nin bu iki hakka ilişkin sınırlandırma rejimine ilişkin içtihatlar P7-1’in sınırlandırılmasının denetiminde de uygun düştüğü ölçüde kullanılabilir. Mahkeme bu bağlamda P7-1’e ilişkin -ulusal güvenliğin

³⁸ Ibid. parag. 150, 161, 206.

³⁹ Bu yönetime ilişkin getirilen bir eleştiri için bkz: Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Joint Concurring Opinion of Judges Nussberger, Lemmens and Koskelo, parag. 6.

⁴⁰ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 134-135.

⁴¹ Yılmaz, s. 846-847.

⁴² Rainey/ McCormick/ Ovey, s. 644.

⁴³ Maaouia v. France, App. No. 39652/98, Judgment of 05.10.2000, parag. 35-38.

korunması gibi nedenler söz konusu olduğunda dahi- öze dokunmama yasağını daha önce 6. maddenin sınırlandırılmasına ilişkin vermiş olduğu kararlarına⁴⁴ atıfla ortaya koymuştur.

Mahkeme'nin bu kapsamda oluşturduğu iki aşamalı testin ilk aşaması, sınırlandırmaların bağımsız bir makam tarafından usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin değerlendirilmesidir. İkinci aşaması ise yabancı'nın sınırlandırmadan kaynaklı olarak yaşadığı zorlukların birtakım dengeleyici faktörlerle yeterince telafi edilip edilmediğinin belirlenmesidir.⁴⁵

İki aşamalı testte, Mahkeme'nin Sözleşme'deki 8, 9, 10, ve 11. maddelere ilişkin ihlal iddialarını değerlendirirken kullandığı "üç aşamalı test"⁴⁶ten farklı olarak ilk aşamadaki yani gerekçelendirme aşamasındaki bir eksiklik tek başına hakkın ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Mahkeme her halükârda herhangi dengeleyici bir önlemin alınıp alınmadığının incelemesini yapmaktadır. Ancak elbette gerekçelendirilmemiş bir sınırlandırma ya da sınırlandırma ihtiyacının olup olmadığına dair bir incelemenin yapılmadığı durumda Mahkeme'nin telafi edici önlemlerin alınıp alınmadığına dair yapacağı inceleme daha sıkı olacaktır. Bu yöntem, Mahkeme'nin daha öncesinde İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık davasında⁴⁷ 6. maddenin sınırlandırılmasına ilişkin değerlendirmelerinde kullanmış olduğu yöntemin bir benzeridir. Bu halde "usuli güvencelerin sınırlandırılmasının gerekliliğine ilişkin yapılan aşırı yüzeysel bir inceleme" P7-1'deki hakların özünü korumak anlamında daha gelişkin ve güçlendirilmiş dengeleyici önlemlerin alınmış olmasını gerektirecektir. Mahkeme bu değerlendirmeleri yaparken iki temel ilkeyi dikkate almaktadır. İlk olarak, yabancıya sağlanan bilgi ne kadar sınırlıysa yabancı'nın usuli haklarının sınırlandırılmasını dengelemek için sağlanması gereken güvenceler o kadar önemli olacaktır (1). İkinci olarak, sınır dışı kararının yabancı'nın durumunda ortaya çıkardığı yan etkilerle dengeleyici önlemlerin ölçüsünde paralellik bulunmalıdır (2). Başka bir deyişle bunların aynı oranda kuvvetli olmaları gerekir.⁴⁸

⁴⁴ Regner v. Czech Republic, App. No. 35289/11, Judgment of 19.09.2017, parag. 148.; Fayed v. the United Kingdom, App. No. 17101/90, Judgment of 21.09.1994, parag. 54.

⁴⁵ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 133-138.

⁴⁶ Salihpaşaoğlu, s. 156-157.; Mehmet Alp Didinmez, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi", C. 1, S. 1, 2021, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, s. 150-151.

⁴⁷ Ibrahim and Others v. the United Kingdom, App. No. 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13.09.2016, parag. 263-265.

⁴⁸ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 144-146.

A. İLK AŞAMA: YABANCILARIN “USULİ HAKLARINA” GETİRİLEN SINIRLAMALARIN USULÜNE UYGUN OLARAK GEREKÇELENİRİLMİŞ OLMASI GEREKLİLİĞİ

Yukarıda da değinildiği üzere iki aşamalı testin ilk aşaması sınırlandırmaların bağımsız bir makam tarafından usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin değerlendirilmesidir. Mahkeme P7-1’de tanınmış olan usuli güvencelerin “ulusal güvenliğin korunması ihtiyacı” gibi usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş sebeplerin varlığı halinde sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Burada Mahkeme’nin usuli güvencelerin hangi durumlarda sınırlandırılabilirliği sorusuna açık bir yanıt vermediği dikkat çekmektedir. Mahkeme bu konuda ikincillik ilkesine atf yaparak mevcut bir davada yabancıların usuli güvencelerine getirilecek sınırlandırmaların gerekli olup olmadığının ve usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin belirlenmesinde önceliğin ulusal makamlarda olduğunu kabul etmektedir.⁴⁹ Başka bir ifadeyle bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir marjı bırakılmıştır.

I. Sınırlandırma Nedenlerinin Belirsizliği Sorunu

Usuli güvencelerin hangi sebeplerle sınırlandırılabilirliğinin taraf devletlerin takdirine bırakılmış olması Mahkeme’nin P7-1’in yorumlanması konusundaki görüşlerini de yansıtmaktadır. Zira buradan varabileceğimiz bir sonuç, Mahkeme’nin P7-1’in 2. fıkrasını, 1. fıkrada düzenlenen hakların hangi durumlarda sınırlandırılabilirliğini düzenleyen tipik bir 2. fıkra gibi yorumlamadığı şeklindedir. Onun yerine 1. fıkrayı -Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasında olduğu gibi- zımnı sınırlandırma nedenlerini kendi içinde barındıran bir fıkra olarak yorumlamaktadır. Nitekim Mahkeme, Ljatifi v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti davasında⁵⁰ 2. fıkranın “bir yabancıların zaten sınır dışı edilmiş olduğu durumlarla ilgili olduğunu” belirtmiştir.

Mahkeme’nin maddeye ilişkin bu şekildeki yorumu ve dolayısıyla P7-1 için ortaya koymuş olduğu sınırlandırma rejimi, Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararında ayrık görüş bildiren yargıçlar tarafından da eleştirilmiştir. Eleştirilerden biri Yargıç Nussberger, Lemmens ve Koskelo’nun ortak sunmuş oldukları şerhtir. Şerh, öncelikle, 2. fıkranın Sözleşme’nin diğer birçok maddesinde olduğu gibi 1. fıkrada tanınan usuli güvenceler için meşru sınırlandırma nedenlerini düzenleyen tipik bir 2. fıkra olarak yorumlanması gerektiğini ve bu doğrultuda sınırlandırma nedenlerinin de Sözleşme’nin yine diğer hükümlerinde olduğu gibi dar yorumlanması ve yorum yolu ile genişletilmemesi gerektiği görüşündedir. Oysa Mahkeme (karardaki çoğunluk oyuna hitaben), sınırlandırmanın “ulusal güvenliği koruma ihtiyacı gibi” usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş sebepler ile yapılabildiği ve bu sınırlamaların özellikle usuli güvencelerle yeterince telafi edilip edilmediğinin incelenmesi

⁴⁹ Ibid. Parag. 139.

⁵⁰ Ljatifi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 19017/16, Judgment of 17.05.2018, parag. 41.

şeklinde, büyük ölçüde Sözleşme'nin 6. maddesi için kullanılan metodolojiden esinlenilerek oluşturulmuş bir yöntemi izlemektedir.⁵¹ Bu iki hak arasında gerçekten de bir benzerlik ve tamamlayıcılık ilişkisi mevcuttur (bkz. Önceki açıklamalar). Ancak bunlar düzenlenişleri itibariyle farklı sınırlandırma rejimlerine sahiptirler. Zira Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası⁵² usuli hakların zımni olarak sınırlandırılmasına imkân tanımaktadır.⁵³ Oysa P7-1'in lafzı, güvence altına aldığı hakların sınırlandırılması için gerekli koşulları kendisi belirlemekte olup zımni bir sınırlandırma nedeni barındırmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme'nin istisnaların dar yorumlanması⁵⁴ ve yorum yoluyla genişletilmemesi⁵⁵ şeklindeki önceki içtihatları da göz önünde bulundurulduğunda, P7-1 kapsamındaki sınırlandırmalar ancak 2. fıkrada öngörülen istisnalara (kamu düzeni açısından gerekli ve/veya ulusal güvenlik gerekçelerine dayanan durumlar) uygun olması halinde haklı görülebilecektir.⁵⁶

2. fıkranın yorumlanmasına ilişkin farklı yöndeki bir görüş de Yargıç Serghides tarafından sunulmuştur. Serghides, Mahkeme'ye benzer şekilde 2. fıkranın, 1. fıkrada düzenlenen haklar bakımından meşru sınırlandırma nedenlerini düzenleyen tipik bir 2. fıkra olmadığını savunmaktadır. Ancak ona göre P7-1'in ilk fıkrasında güvence altına alınan haklar bir bütündür ve bunların sınırlandırılması için ya da kullandırılmamaları için meşru bir neden bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle bu haklar mutlak haklardır. Bu bağlamda 2. fıkranın tanıdığı istisna, sınır dışı edilmenin belirli durumlarda hakkın kullanılmasından önce gerçekleşmesi ihtimaline binaen öngörülmüş olup yalnızca hakkın kullanılacağı zamana ilişkin bir sınırlama veya istisnadır. Dolayısıyla sınır dışı işlemi gerçekleşmiş olsa dahi nihayetinde bu usuli güvencelerin kullandırılması gerekmektedir. Nitekim bu durum Açıklayıcı Rapor'un "*ilgili kişi sınır dışı edildikten sonra 1. paragrafta*

⁵¹ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Joint Concurring Opinion of Judges Nussberger, Lemmens and Koskelo, parag. 1-4.

⁵² "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir...*"

⁵³ Deweer v. Belgium, App. No. 6903/75, Judgment of 27.02.1980, parag. 49.; Kart v. Turkey, App. No. 8917/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 03.12.2009, parag. 67.

⁵⁴ Perinçek v. Switzerland, App. No. 27510/08, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2015, parag. 122.

⁵⁵ Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece, App. No. 42202/07, Judgment of 15.03.2012, parag. 64.

⁵⁶ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Joint Concurring Opinion of Judges Nussberger, parag. 8-10.

belirtilen hakları kullanabilmelidir” şeklindeki 15. paragrafı tarafından da desteklenmektedir.⁵⁷

Mahkeme'nin P7-1'in sınırlandırılmasına ve yorumlanmasına ilişkin izlenmiş olduğu yöntem birçok açıdan eleştiriye açıktır. Ancak göz ardı etmemek gerekir ki bu konuda Mahkeme'nin önüne gelen dava sayısı oldukça azdır. Bu durum Mahkeme'nin oturmuş bir sınırlandırma rejimi tesis etmesinin önündeki engellerden birisidir. Diğer bir taraftan Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararına muhalefet şerhi düşen yargıçlar Yudkivska, Motoc ve Paczolay'ın da dikkat çektiği üzere Protokol, Sözleşme'nin “kurucu devletleri”nden olan Birleşik Krallık, Hollanda ve Almanya tarafından hiçbir zaman onaylanmamıştır. İsviçre ise Protokol'ü açık bir çekince ile onaylamıştır.⁵⁸ Bu da P7-1'e tanıdığı olduğu usuli güvencelerin özgül anlamı üzerinde bir Avrupa konsensüsünden bahsedebilmeyi güçleştirmektedir.⁵⁹

2. Sınırlandırma Nedenlerinin Belirlenmesindeki Takdir Marjının Olağan Sonucu: Süreç Denetimi

Yukarıda da değinildiği üzere sınırlandırmaların gerekliliği ve usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği konusunda taraf devletlere geniş bir takdir marjı bırakılmıştır. Bu nedenle Mahkeme bu konuda kendisinin yalnızca karar alma mekanizmasını inceleyeceğini belirtmektedir.⁶⁰ Bu durum aynı zamanda AİHM'in genel bir yaklaşımını temsil eder. Zira Mahkeme, genel bir yaklaşım olarak ulusal makamlara geniş yetkiler tanıdığı durumlarda süreç denetimine başvurmaktadır. Bu süreç denetimi kapsamında Mahkeme'nin genel görüşü, menfaatler arasında dikkatli bir dengelemenin yapıldığına dair kanıt bulunmaması halinde temel hakkın sınırlandırılmasının *orantısız* olacağı yönündedir. Örneğin Hatton davalarında⁶¹ Mahkeme, çevresel sorunları etkileyen kararlarda Mahkeme'nin “bireyin çıkarlarına gereken ağırlığın verildiğinden emin olmak için karar alma sürecini inceleyebileceğini” değerlendirmiştir. Bu amaçla, Mahkeme'nin “usule ilişkin tüm hususları dikkate alması gerekmektedir”. Mahkeme, kanun koyucunun gerekli özeni göstermesi,

⁵⁷ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Concurring Opinion of Judge Serghides, parag. 1-8.

⁵⁸ Council of Europe, “Chart of signatures and ratifications of Treaty 117 - Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.” (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=117> s.e.t. 14.07.2024)

⁵⁹ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, Joint Dissenting Opinion of Judges Yudkivska, Motoc and Paczolay.

⁶⁰ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 139.

⁶¹ Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, Judgment of 02.10.2001; Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 08.07.2003.

uygun araştırma ve incelemeye dayanması, şeffaflık ve katılımcı usuller yoluyla bütüncül bir menfaat dengesine dayanan, sürekli değerlendirme ve izleme yoluyla orantılı bir kararı garanti altına alması gerektiğini vurgulamıştır.⁶²

Benzer bir denetimi P7-1'in sınırlandırılması için de yürütmektedir. Mahkeme'nin bu bağlamda öngördüğü ilk gereklilik yabancı'nın usuli haklarına getirilen sınırlamaların gerekli olup olmadığını inceleyen bağımsız bir ulusal makamın varlığıdır. Bu makamın bir yargı organı olması zorunlu değildir ancak -sınırlamayı getiren- yürütme organından bağımsız bir makam olması gerekir. Daha sonra Mahkeme, -sınırlandırmanın gerekliliği ve usulüne uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespitini yapabilmek adına- bu bağımsız makamın yetkilerini incelemeye geçecektir. Bu aşamada bağımsız makamın özellikle de gizli bilgilerin gizliliğinin korunması ihtiyacını inceleme yetkisine sahip olup olmadığını değerlendirecektir.

B. İKİNCİ AŞAMA: SINIRLANDIRMADAN KAYNAKLANAN ZORLUKLARIN DENGELENMESİ

Mahkeme sınırlandırmaların gerekliliğinin bağımsız bir makam tarafından hiç incelenmediği ya da yeterli düzeyde incelenmediği veya gerekçelendirilmediği durumda doğrudan bir ihlal kararına hükmetmemektedir. Her halükârda bu eksikliğin ilgili kişinin somut davasında dengeleyici unsurlar tarafından telafi edilip edilmediğine dair bir incelemede bulunacaktır.⁶³

Mahkeme bu dengeleyici unsurların ne olacağı konusunda bir Avrupa konsensüsü olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla devletlerin bu unsurların seçimi konusunda belirli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır.⁶⁴ Mahkeme bu dengeleyici unsurların ne olabileceğine dair P7-1-1'in (b) ve (c) bentlerinden esinlenerek bir liste ortaya koymuştur ancak bu örnekler sınırlı sayıda değildir:

Sınır dışı etme kararına dayanak yapılan maddi unsurlar ve ilgili yabancıya bunlar hakkında yapılan bilgilendirmenin birbiriyle alaka düzeyi;

İlgili yabancı'nın yargılamalar sırasında kendisine yöneltilen suçlamaların özü hakkında bilgilendirilmiş olması ki bu anlamda kişiye yalnızca ilgili yasal hükümlerin madde numarasının sıralanması şeklindeki bilgilendirme yeterli değildir⁶⁵;

Sınır dışı edilme kararının dayanakları ile ilgili olarak hangi bilgilerin yabancıya ifşa edilebileceği kararını bağımsız bir makamın almış olması;

⁶² Patricia Popelier/ Catherine Van De Heyning, "Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis", *European Constitutional Law Review*, C. 9, S. 2, 2013, s. 252.

⁶³ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 144.

⁶⁴ Ibid. Parag. 148.

⁶⁵ Ibid. Parag. 168.

Yabancıya ilgili yargılamanın yürütülmesi ve hakları sınırlanan yabancıların başvurabilecekleri mevcut ulusal telafi mekanizmaları hakkında usuli imkanların anlatılmış olması, bu husus özellikle yabancıların bir avukat tarafından temsil edilmediği ve bu konu hakkındaki bilgi eksikliği sebebiyle kişinin ulusal hukuktaki mevcut haklarını kullanmaktan çekindiği durumlar açısından önemlidir. Ayrıca ilgili devletteki usul kanunlarının davanın hızlı bir şekilde incelenmesini gerektirdiği durumlarda da yabancı için önemli bir güvence oluşturmaktadır. Bununla birlikte elbette yabancıların yargılama sırasında bir avukatla temsil edilmesi hatta kendisinin erişiminin olmadığı gizli belgelere erişim yetkisine sahip olan uzman bir avukat tarafından temsil edilmesi imkânı da önemli bir dengeleyici unsur olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda müdafinin gizli belgelere erişim sağladıktan sonra müvekkili ile olan iletişiminin kısıtlanıp kısıtlanmadığı gibi hususlar da dikkate alınmaktadır.⁶⁶

Mahkeme somut davada yabancıya tanınabilecek bu imkanların kümülatif olarak yerine getirilmesinin gerekli olmadığını belirtmiştir. Bunlar daha ziyade usuli güvenceye getirilen sınırlandırmalara ilişkin örnek teşkil edebilecek uygun telafi edici unsurlardır.⁶⁷

Mahkeme, Muhammad ve Muhammad v. Romanya davasında P7-1'in sınırlandırılmasının denetimine ilişkin belirlemiş olduğu bu metodolojiyi daha sonra Hassine v. Romanya davasında da kullanarak teyit etmiştir.⁶⁸

IV. İSTİSNAI HÜKÜM: P7-1-2

P7-1'de güvence altına alınan haklar kural olarak yabancı sınır dışı edilmeden kullanılmalıdır. Ancak maddenin 2. fıkrası, *kamu düzeni çıkarları açısından gerekliyse veya ulusal güvenlik nedenlerinden kaynaklanıyorsa*, sınır dışının ilgili usuli güvenceler kullanılmadan gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir istisnayı düzenlemektedir. Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere P7-1-2, kişinin kamu düzeni çıkarları nedeniyle usuli güvencelerini kullanmadan sınır dışı edilebilmesi için ulusal güvenlik nedenlerine başvuru durumlarından farklı olarak bir "gereklilik" şartı ortaya koymaktadır.

Iain Cameron, usuli güvencelerin istisnasını oluşturan bu iki meşru sebebin 7 No'lu Protokol'ün hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) bakımından bir tutarsızlık içerdiğini ifade etmektedir.⁶⁹ Zira Protokol'ün Açıklayıcı Raporu'nda *"bir devletin, kamu düzenini gerekçe göstererek P7-1'de düzenlenen hakların kullanılmasından önce yapacağı bir sınır dışı işlemi, bu istisnai tedbirin belirli bir vaka ya da vaka kategorisi için gerekli olduğunun gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan eğer sınır dışı etme işlemi, "ulusal güvenlik" gerekçesine dayanılarak yapılıyorsa, bu kendi başına yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmelidir"* denilmektedir. Yine Açıklayıcı Rapor'da belirtildiği

⁶⁶ Ibid. Parag. 151-156.

⁶⁷ Ibid. Parag. 157.

⁶⁸ Hassine v. Romania, App. No. 36328/13, Judgment of 09.03.2021, parag. 50-68.

⁶⁹ Iain Cameron, National Security and the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, 2000, s. 430.

üzere bu istisnalar (yani kamu düzeni ve ulusal güvenlik), Mahkeme içtihatlarında tanımlanan *orantılılık ilkesi* dikkate alınarak uygulanacaktır.⁷⁰ Bu halde Açıklayıcı Rapor'un lafzı, ulusal güvenlik gerekçesine dayanılarak yapılan sınır dışı işlemlerinin denetimi bakımından *orantılılık ilkesinin* uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin bir muğlaklık yaratmaktadır.

Çünkü madde, “ulusal güvenlik” gerekçesiyle gerçekleştirilen sınırlandırmayı (örneğin Sözleşme'nin 8, 10 ve 11. maddelerindeki düzenlemeden farklı olarak) “demokratik bir toplumda gerekli” ya da benzer bir anlama gelecek şekilde “gerekli” sözcükleriyle nitelendirmemektedir. Dolayısıyla Açıklayıcı Rapor'da yer alan bu ifadeler, Mahkeme'nin “gereklilik”in değerlendirilmesi bağlamında kullandığı⁷¹ “orantılılık testi”nin P7-1-2'in ulusal güvenlik gerekçesiyle sınırlandırılmasında uygulanıp uygulanamayacağı konusunda bir muğlaklık yaratmaktadır.

Cameron, farazi olarak, lafzi bir yorumda bulunulursa Mahkeme'nin gereklilik bağlamında kullandığı “orantılılık testi”nin bu tür sınır dışı etme kararlarına uygulanamayacağı ifade etmektedir. Ayrıca Mahkeme'nin bu soruna yaklaşımını görebilmek adına, ulusal güvenlik tedbirlerinin denetlenmesinde lafzi olarak “gereklilik” kriterini içermeyen 11. maddedeki devlet görevlilerini kapsayan istisnanın yorumlanmasının yol gösterici olacağı önerisinde bulunmuştur. Bu bağlamda Sözleşme'nin “toplantı ve dernek kurma özgürlüğü”nü düzenleyen 11. maddesinin 2. fıkrası, silahlı kuvvetlerin, kolluk kuvvetlerinin ve devlet idaresi mensuplarının örgütlenme özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların yalnızca “meşru”/“hukuka uygun”⁷² (*lawful*) olmasını gerektirmektedir.⁷³ Başka bir ifadeyle bu kişilerin 11. madde kapsamındaki örgütlenme özgürlüklerini kullanmalarına getirilen sınırlandırmaların demokratik toplumda gereklilik kriterini sağlaması gerekmemektedir.⁷⁴ Maddenin bu şekildeki lafzi yorumu önceki yıllarda Mahkeme tarafından da sahiplenilmiştir. Gerçekten de 1987 tarihli Council of Civil Service Unions v. Birleşik Krallık Komisyon kararı⁷⁵, 11. maddenin 2. fıkrasında geçen “hukuka uygun” ifadesinin herhangi bir orantılılık kısıtını kendi içerisinde barındırmadığı yönündedir. Ancak Mahkeme güncel

⁷⁰ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 15, (<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

⁷¹ Gemalmaz, s. 519.

⁷² “Mahkeme, 11/2'nin ikinci cümlesindeki “meşru” teriminin, Sözleşme'nin başka yerlerindeki aynı veya benzer ifadelerin, “kanunla öngörülmuş” ifadesini kullanırken atıfta bulunduğu hukuka uygunluk kavramıyla aynı anlama geldiğini yineler. Sözleşme'de kullanılan hukuka uygunluk kavramı, iç hukuka uygunluğu ifade etmenin yanı sıra, bu kuralın *öngörülebilirlik* ve genel olarak *keyfiliğin bulunmaması* gibi niteliksel gereklilikleri içermesi gerektiğini de ima etmektedir.” Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy, App. No. 35972/97, Judgment of 02.08.2001, parag. 30.

⁷³ “...*Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.*”

⁷⁴ Cameron, s. 430.

⁷⁵ Council of Civil Service Unions et al v. the United Kingdom, App. No. 11603/85, Commission Decision of 20.01.1987.

içtihatlarında bu görüşü terk etmiştir. Tüm Haber Sen ve Çınar v. Türkiye kararında⁷⁶ bu türden bir sınırlandırmayı “demokratik toplumda gereklilik” bağlamında inceleyen Mahkeme, bu kapsamda 11. maddede öngörülen istisnaların dar yorumlanması gerektiğini; bu kişilerin örgütlenme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların mutlaka *ikna edici ve zorlayıcı* nedenlerden ötürü getirilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Yine Mahkeme Slovakya Cumhuriyeti Ulusal Polis Derneği ve Diğerleri v. Slovakya kararında⁷⁷ polis memurlarının grev yapma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemeyi hem “zorunlu toplumsal ihtiyaç” hem de “orantılılık” bakımından bir incelemeye tabi tutmuştur. Dolayısıyla Mahkeme’nin lafzi olarak gereklilik kriterini içermeyen maddeler için de demokratik toplumda gereklilik bakımından bir incelemede bulunduğu -ve bunun doğrudan bir sonucu olarak- bu maddeler için de orantılılık şartını sınırlandırma rejiminin bir parçası olarak gördüğü söylenilebilir. Ayrıca Mahkeme’nin “orantılılık testi” kapsamında kullandığı “adil denge” kriterine ilişkin genel içtihatları da orantılılık incelemesinin P7-1-2’deki her iki istisnayı da kapsayacağını destekler niteliktedir. Belçika Dil Davası’nda Mahkeme, Sözleşme’ye taraf devletlerin Sözleşme aracılığıyla belirledikleri genel amacın insan haklarının *etkili* bir şekilde korunmasını sağlamak olduğunu ve bu doğrultuda Sözleşme’nin, toplumun genel menfaati ile bireylerin temel hakları arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini içerdiğini ifade etmiştir.⁷⁸ Ayrıca bu dengenin gözetilmesi gerekliliği Sözleşme’nin bütününe içkindir.⁷⁹

Nitekim literatürde de orantılılık testinin P7-1-2 bağlamında ulusal güvenlik için işletilemeyeceği görüşünü eleştiren yazarlar bulunmaktadır. Van Dijk ve Van Hoof, bir yabancıнын aciliyetle yani usuli güvenceleri kullanılmaksızın sınır dışı edilmesi için ulusal güvenliğin yeterli bir mazeret olarak ileri sürülmesinin, Sözleşme tarafından kurulan uluslararası denetim sisteminin arkasındaki tüm amaçla çeliştiğini savunmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda aciliyet ihtiyacının ulusal güvenlik açısından objektif olarak gerekçelendirilmesi gerekmektedir.⁸⁰

P7-1-2’ye ilişkin Mahkeme’nin önüne gelen az sayıda dava bulunmaktadır ancak C.G. ve Diğerleri v. Bulgaristan kararında Mahkeme, istisnaların değerlendirilmesinde “orantılılık ilkesi”nin dikkate alınacağını teyit etmiştir ve bu konuda iki istisna arasında bir ayırım gözetmemiştir.⁸¹

⁷⁶ Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey, App. No. 28602/95, Judgment of 21.02.2006, parag. 35.

⁷⁷ Slovak Trade Union of Civil Servants and Others v. Slovakia, App. No. 54120/10, Judgment of 29.10.2013, parag. 62. Benzer yöndeki diğer bir karar için bkz: Adefdromil v. France, App. No. 32191/09, Judgement of 02.10.2014, parag. 42-45.

⁷⁸ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages In Education in Belgium" v. Belgium (Merits), App. No. 474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23.07.1968, s.32, parag. 5.

⁷⁹ Sporrang and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23.09.1982, parag. 69.

⁸⁰ Van Dijk v. Van Hoof, s. 684-685.

⁸¹ C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008, parag. 77-78.

Ayrıca Mahkeme, birinci başvurusunun sınır dışı edilmesinin *gerçek ulusal güvenlik* nedenlerine dayanmadığını tespit ettiği için ilgili istisnaya başvurulmasının gerekli ve orantılı olup olmadığını ayrıca belirlenmesine gerek olmadığını söylemiştir.⁸² Dolayısıyla Mahkeme her ne kadar henüz P7-1-2 kapsamında ulusal güvenlik gerekçesine dayanan bir müdahaleyi “orantılılık” bakımından incelememişse de bu incelemeyi gerçekleştireceğini açıkça ima etmiştir.

Mahkeme bu konuda önüne gelen diğer davalarda da genellikle devletlerin istisnaya başvurulması için geçerli sebeplerin var olduğunu ortaya koymamış olmalarından dolayı ihlal kararına hükmetmiştir. Örneğin Nolan ve K. v. Rusya kararında⁸³ ulusal makamların, ulusal güvenlik veya kamu düzenine ilişkin menfaatlerinin tehlikede olduğuna dair Mahkeme’yi ikna edecek hiçbir somut delili ortaya koymadıklarını; Takush v. Yunanistan kararında⁸⁴ başvurusunun kamu düzeni ve güvenliği için tehlikeli olduğunu gösteren hiçbir delilin sunulmadığını; yine Ljatifi v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti davasında⁸⁵ ulusal güvenlik bakımından bir riskin mevcut olduğuna ilişkin herhangi bir gösterge sunulmadığı halde yetkili inceleme makamı tarafından bu iddianın kabul edilmiş olduğunu tespit ederek ihlal kararları vermiştir.

Son olarak 1. fıkradaki hakların sınır dışı işlemi gerçekleştikten sonra dahi olsa her halükârda kullanılması gerekmektedir.⁸⁶ Nitekim Açıklayıcı Rapor da söz konusu yabancı sınır dışı edilmesinden sonra maddenin ilk paragrafında yer alan hakları kullanmasına her zaman izin verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁷

SONUÇ

7 No’lu Protokol 22 Kasım 1984 tarihinde devletlerin imzasına açılması, yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin haklar anlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metnindeki eksikliğin biraz olsun giderilmesini sağlamıştır. Buna karşın Protokol’ün Hollanda, Almanya Birleşik Krallık gibi “kurucu üyeler” bakımından hala yürürlüğe girmemiş olması İsviçre tarafından ise çekince konularak onaylanmış olması Sözleşme sisteminin tesis etmeyi hedeflediği Avrupa kamu düzeni bakımından bir eksikliklerdir. Zira P7-1’de yabancılara tanınmış olan güvenceler sınır dışı işlemlerinde adil yargılamayı güvence altına alması ve bir yabancı sınır dışı edilmesine ilişkin keyfi kararların önüne geçmesi bakımından önem arz etmektedir.

⁸² C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008, parag. 77.

⁸³ Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009, parag. 115.

⁸⁴ Takush v. Greece, App. No. 2853/09, Judgment of 17.01.2012, parag. 63.

⁸⁵ Ljatifi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 19017/16, Judgment of 17.05.2018, parag. 36-38.

⁸⁶ Lupsa v. Romania, App. No. 10337/04, Judgment of 08.06.2006, parag. 53; Kaya v. Romania, App. No. 33970/05, Judgment of 12.10.2006, parag. 53.

⁸⁷ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, parag. 15, (<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

Keyfilğin önlenmesi, Mahkeme'nin de teyit ettiği üzere hukuk devleti ile yönetilen demokratik bir toplumun gerekliliğidir.⁸⁸

Bu kapsamda çalışma ile yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin önemli güvenceler sağlayan P7-1'in sınırlandırılma koşullarına açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Mahkeme P7-1'in sınırlandırılmasının denetiminde kullanmak üzere Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerinden esinlenerek iki aşamalı bir test oluşturmuştur. Bu test nihai olarak P7-1 kapsamındaki sınırlandırmanın hakkın "özüne dokunmama" ölçütünü yerine getirip getirmediğini belirlemektedir. Mahkeme bu metodolojiyi izlerken P7-1'de yer alan üç usuli güvenceyi birbirinden tamamen özerk haklar olarak ele almamakta onun yerine sınır dışı işlemlerini "bir bütün olarak" incelemektedir. Bu inceleme, 1. fıkranın (a) bendinde düzenlenen "sınır dışı edilmeye karşı gerekçeler sunma" hakkının çatı hak olarak odağa alındığı, (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen güvencelerin ise yargılamanın bütünlüğü çerçevesinde sınırlamaları telafi edebilecek dengeleyici faktörler olarak gözetildiği bir incelemeye karşılık gelmektedir.

Mahkeme'nin bu kapsamda oluşturduğu iki aşamalı testin ilk aşaması, sınırlandırmaların bağımsız bir makam tarafından usulüne uygun olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğinin değerlendirilmesidir. İkinci aşaması ise yabancıların sınırlandırmadan kaynaklı olarak yaşadığı zorlukların birtakım dengeleyici faktörlerle yeterince telafi edilip edilmediğinin belirlenmesidir. Ancak bu incelemede, Mahkeme'nin Sözleşme'deki 8, 9, 10, ve 11. maddelere ilişkin ihlal iddialarını değerlendirirken kullandığı alışlageldik "üç aşamalı test"inden farklı olarak ilk aşamadaki yani gerekçelendirme aşamasındaki bir eksiklik tek başına hakkın ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Mahkeme her halükârda dengeleyici unsurlar bakımından da bir inceleme yapacaktır. Bu dengeleyici unsurların ağırlığı nihai olarak hakkın özünün zarar görüp görmediğini belirlemiş olacaktır.

Mahkeme içtihatları bakımından da nispeten yeni olan bu metodoloji henüz yöntemin belirlendiği Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararında eleştirilmeye başlanmıştır. Kararın ayırık görüşler bölümünde Mahkeme'nin benimsediği metodolojiye ve P7-1'in yorumlanmasına yönelik eleştiriler bunu göstermektedir. Yine de Mahkeme'nin bu konuda çok az inceleme yapma fırsatı bulduğu da gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. Mahkeme 2020 yılında belirlemiş olduğu ilkeleri henüz ancak Hassine v. Romanya⁸⁹, Poklikayew v. Polonya⁹⁰, F.S. v. Hırvatistan kararlarında⁹¹ uygulama imkânı bulabilmiştir. Bu davaların tamamında Mahkeme, Muhammad ve Muhammad v. Romanya kararındaki ilkelere atıfta bulunmuş ve tamamı bakımından ihlal kararı vermiştir. Dolayısıyla erken bir gözlemlerle bu metodolojinin P7-1'de düzenlenen hakların korunması bakımından -en azından- işlevsel sayılabileceğini söylemek mümkün görünmektedir.

⁸⁸ Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020, parag. 139.

⁸⁹ Hassine v. Romania, App. No. 36328/13, Judgment of 09.03.2021.

⁹⁰ Poklikayew v. Poland, App. No. 16490/19, Judgment of 05.01.2023.

⁹¹ F.S. v. Croatia, App. No. 8857/16, Judgment of 05.12.2023.

KAYNAKÇA

Aybay R, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, C. 2, S. 2, Aralık 2003, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 141-172.

Aybay R/ Dardağan Kibar E, Yabancılar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

Aydın O D, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, C. 15, S. 4, 2011, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 121-170.

Cameron I, National Security and the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

Didinmez M A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi”, C. 1, S. 1, 2021, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, ss. 149-174.

Ergül E, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.

Gemalmaz B, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.

Gomien D/ Harris D/ Zwaak L, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1996.

Göztepe E, “Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, Legal Hukuk Dergisi, Rona Aybay'a Armağan, 2014, ss. 1121-1150.

Gözübüyük A Ş/ Gölcüklü F/ Saygılı A, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Mcadam J, Complementary Protection in International Refugee Law, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Popelier, P, Van De Heyning C, “Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis”. European Constitutional Law Review, C. 9, S. 2, 2013, ss. 230-262.

Rainey B/ McCormick P/ Ovey C, Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights. 8th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2021.

Salihpaşaoğlu Y, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller. 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Yılmaz D, “6216 Sayılı Kanundaki ‘Taraf Olma’ Koşulu ve AİHS’e Ek 4. Ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”. C. 64, S. 3, Eylül 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 815-854.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Van Dijk P/ Van Hoof G J H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3rd Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Kararları

Sebahat Tuncel Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/1051, K.T. 20.02.2014, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1051> s.e.t. 14.07.2024)

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi Kararları

Adefdromil v. France, App. No. 32191/09, Judgement of 02.10.2014.

Al-Nashif v. Bulgaria, App. No. 50963/99, Judgement of 20.06.2002.

Bolat v. Russia, App. No. 14139/03, Judgment of 05.10.2006.

C.G. and Others v. Bulgaria, App. No. 1365/07, Judgment of 24.04.2008.

Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages In Education in Belgium" v. Belgium (Merits), App. No. 474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, Judgement of 23.07.1968.

Council of Civil Service Unions et al v. the United Kingdom, App. No. 11603/85, Commission Decision of 20.01.1987.

De Souza Ribeiro v. France, App. No. 22689/07, Judgment of 13.12.2012.

Deweere v. Belgium, App. No. 6903/75, Judgment of 27.02.1980.

F.S. v. Croatia, App. No. 8857/16, Judgment of 05.12.2023.

Fayed v. the United Kingdom, App. No. 17101/90, Judgment of 21.09.1994.

Hassine v. Romania, App. No. 36328/13, Judgment of 09.03.2021.

Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, Judgment of 02.10.2001.

Hatton and Others v. the United Kingdom, App. No. 36022/97, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 08.07.2003.

Ibrahim and Others v. the United Kingdom, App. No. 50541/08; 50571/08; 50573/08; 40351/09, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 13.09.2016.

Ilias and Ahmed v. Hungary, App. No. 47287/15, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21.11.2019.

Kart v. Turkey, App. No. 8917/05, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 03.12.2009.

Kaya v. Romania, App. No. 33970/05, Judgment of 12.10.2006.

Ljatif v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, App. No. 19017/16, Judgment of 17.05.2018.

Lupsa v. Romania, App. No. 10337/04, Judgment of 08.06.2006.

Maaouia v. France, App. No. 39652/98, Judgment of 05.10.2000.

Muhammad and Muhammad v. Romania, App. No. 80982/12, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2020.

Nolan and K. v. Russia, App. No. 2512/04, Judgment of 12.02.2009.

Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani v. Italy, App. No. 35972/97, Judgment of 02.08.2001.

Perinçek v. Switzerland, App. No. 27510/08, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15.10.2015.

Poklikayew v. Poland, App. No. 16490/19, Judgment of 05.01.2023.

Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, App. No. 42527/98, Judgment of 12.07.2001.

Regner v. Czech Republic, App. No. 35289/11, Judgment of 19.09.2017.

Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece, App. No. 42202/07, Judgment of 15.03.2012.

Slovak Trade Union of Civil Servants and Others v. Slovakia, App. No. 54120/10, Judgment of 29.10.2013.

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23.09.1982.

Takush v. Greece, App. No. 2853/09, Judgment of 17.01.2012.

The Sunday Times v. the United Kingdom, App. No. 6538/74, Judgment of 26.04.1979.

Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey, App. No. 28602/95, Judgment of 21.02.2006.

AVRUPA KONSEYİ BELGELERİ

Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (<https://rm.coe.int/16800c96fd> s.e.t. 14.07.2024).

Council of Europe, "Chart of signatures and ratifications of Treaty 117 - Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=117> s.e.t. 14.07.2024)

**5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNUNDA
DÜZENLENEN SUÇLARDA ZARARIN GİDERİMİ KOŞULUNA BAĞLI
TUTULAN ETKİN PİŞMANLIK HALİNE İLİŞKİN DÜZENLEME VE
UYGULAMAYA YÖNELİK ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME**

*A Critical Evaluation of the Regulation and Practice Regarding the Effective
Remorse Conditioned on the Condition of Compensation of the Damage in the Crimes
Regulated in the Anti-Smuggling Act Numbered 5607*

Doç. Dr. Hakan A. YAVUZ*

Öz: Bu çalışmada, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda düzenlenen zararın giderimi koşuluna bağlı tutulan etkin pişmanlık haline ilişkin düzenleme ve uygulamaya yönelik üç husus bakımından eleştirel bir değerlendirme yapılmaktadır. İlk husus olarak, Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında etkin pişmanlık koşulu olarak, kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değer değil bunun iki katı tutarındaki paranın ödenmesi gerekliliğinin orantılılık ilkesine uygun bir düzenleme olmadığı savunulmaktadır. İkinci husus olarak, söz konusu düzenlemeye ilişkin mevcut Yargıtay uygulamasında, suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda zararın giderimi yapılırken her bir sanığın ayrı ayrı, kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değer iki katındaki tutarın tamamını ödemesi gerektiğine ilişkin yorumun isabetli olmadığı savunulmaktadır. Son husus olarak, etkin pişmanlıktan yararlanmanın negatif koşulu olan mükerrerlik halinin Kanunda düzenlenen suçlarla sınırlı olarak yorumlanmasına ilişkin Yargıtay uygulamasının Kanunun lafzına ve ruhuna uygun olmadığı savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kaçakçılık, Gümrük Kaçakçılığı, Tekerrür, Etkin Pişmanlık, Orantılılık

Abstract: In this study, a critical evaluation is made in terms of three issues regarding the regulation and practice regarding the effective remorse conditioned on the compensation of the damage regulated in the Anti-Smuggling Act. As a first point, it is argued that the requirement of payment of twice the amount of money, not the customs value of the contraband, as a condition of effective remorse in the second paragraph of Article 5 of the Act, is not a regulation in accordance with the principle of proportionality. Secondly, it is argued that in the current practice of Yargıtay regarding the regulation in question, the interpretation that each defendant must pay the entire customs value of the smuggled goods separately while compensating the damage in case the crime is committed in participation is not accurate. As a last point, it is argued that the practice of Yargıtay regarding the interpretation of the negative condition of benefiting from effective remorse, recidivism, as limited to the crimes regulated in the Act, is not in accordance with the letter and spirit of the law.

Keywords: Smuggling, Customs Smuggling, Repetition, Effective Remorse, Proportionality

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hayavuz@gmail.com
ORCID: 0000-0002-6613-0073 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573499
Makale Geliş Tarihi: 15.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 09.10.2024

GİRİŞ

Suç, tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra, failin iradi olarak suçun etkilerini telafi etmeye yönelik bilinçli ve aktif davranışları “*etkin pişmanlık*” kapsamında ele alınmaktadır. Etkin pişmanlık, Türk Ceza Kanununda (TCK) genel hükümler arasında, ceza sorumluluğunu etkileyen genel bir hal olarak düzenlenmemiş olup, ilgili suç tipi bakımından düzenleniş şekline göre, ya ceza sorumluluğunu tamamen kaldırmakta ya da ceza sorumluluğunu azaltan bir etki göstermektedir. Bu yönüyle, etkin pişmanlık cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden niteliği taşımaktadır.¹

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda (KMK) etkin pişmanlık hususunda müstakil bir başlık halinde özel hükümler öngörülmüştür.² Etkin pişmanlık hükümleri yoluyla, *kaçakçılık suçlarından kaynaklı vergi kaybına karşılık gelen paranın iki katının faile ödettirilmesi*, ya da *diğer faillerin yakalanması, kaçak eşyanın ele geçirilmesi veya failin bütünüyle ortaya çıkartılmasının temini* suretiyle faile cezasızlık veya cezada indirim olarak bir avantaj sağlanırken, devlete ve dolayısıyla kamuya da suç nedeniyle gerçekleşen vergi kaybının telafi edilmesi şeklinde bir avantaj sağlanmaktadır.³

¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 588 vd; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 446; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 662; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 613; Doğan Gedik, “5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık”, S. 14 (159), Y. 2019, Terazi Hukuk Dergisi, s. 2132; Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, S. (7) 29, Y. 2017Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 281.

² KMK'nın “Etkin pişmanlık” başlıklı 5. maddesi şöyledir: “(1) 3 üncü maddede tanımlanan suçlardan (...) birine iştirak etmiş olan kişi; resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, fiili, diğer faileri ve kaçak eşyanın saklandığı yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin, failerin yakalanmasını veya kaçak eşyanın ele geçirilmesini sağlaması halinde cezalandırılmaz. Haber alındıktan sonra failin bütünüyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım eden kişiye verilecek ceza üçte iki oranında indirilir. (2) Yedinci fıkrası hariç, 3 üncü maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olan kişi, etkin pişmanlık göstererek suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine; a) Soruşturma evresi sona erinceye kadar ödediği takdirde, hakkında bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza yarı oranında, b) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, hakkında bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza üçte bir oranında, indirilir. Bu husus, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye ihtar edilir. Soruşturma evresinde ihtar yapılmaması hâlinde kovuşturma evresinde hâkim tarafından sanığa ihtar yapılır. (3) İkinci fıkra hükmü, mükerrerler hakkında veya suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde uygulanmaz.”

³ Hakan A. Yavuz/Orbay Bahri Ulgar, Uygulamada Kaçakçılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 278; Hakan A. Yavuz, “Tütün ve Alkol Ürünlerinin Kaçakçılığına İlişkin Suçlar (Teori ve Güncel Yargı Kararları Işığında)”, Y. 2021, S. 16 (174), Terazi Hukuk Dergisi, s. 316.

Kanunun yürürlükte bulunduğu süre içerisinde, ilgili 5. madde metninde üç kez değişiklik yapılmak suretiyle etkin pişmanlığın kapsamı genişletilmiştir. Maddede etkin pişmanlığa ilişkin davranışın türüne göre iki farklı düzenleme öngörülmüştür. Bu çalışma kapsamında, *zararın giderimi* koşuluna bağlı tutulan etkin pişmanlık halinin düzenlemesi ve uygulamaya ilişkin bazı sorunlar ele alınacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde etkin pişmanlık kurumunun suç teorisindeki yerine kısaca değinildikten sonra, ikinci bölümde ise KMK'daki (m. 5/2) zararın giderimi koşuluna bağlı tutulan etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemede sorun olarak gördüğümüz, ödenmesi gereken tutarın kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değerini iki katı olarak belirlenmiş olması hususu ile suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda zararın giderimi yapılırken hangi miktarın esas alınması gerektiği ve tekerrür haline ilişkin istisnanın nasıl yorumlanması gerektiği hususlarına yönelik değerlendirme yapılarak öneriler sunulacaktır.

I. GENEL OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

Etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra failin pişmanlık duyarak suçun neden olduğu hukuka aykırılığı veya zararlı sonuçları gidermesine yönelik iradi ve bilinçli davranışlardır.

Etkin pişmanlığın ön koşulu kanunda bir suç tipiyle ilgili olarak bu hususta özel bir düzenleme bulunmasıdır. İkinci koşul, söz konusu suçun tamamlanmış olmasıdır. Son koşul ise kanunda öngörülen davranışın gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Etkin pişmanlık, duruma göre, failin suç tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra suçtan doğan sonuçları ve zararlı etkileri ortadan kaldırmaya, azaltmaya, telafi etmeye yönelik olarak gerçekleştirdiği gönüllülük esaslı davranışları içerir.⁴ Etkin pişmanlık, Türk Ceza Kanununda esas alınan suç teorisi kapsamında “cezayı etkileyen şahsi neden” olarak düzenlenmiş olup duruma göre cezayı kaldıran şahsi neden⁵ veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden⁶ olarak karışımıza çıkmaktadır.

Etkin pişmanlık halinde failin suç olma vasfı devam ettiğinden, bundan faydalanan kişi hakkında güvenlik tedbiri veya idari yaptırım kararı uygulanması, ayrıca koşulları olduğu takdirde eşya ya da kazanç müsadereyi yapılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.⁷

Etkin pişmanlığın hukuki niteliğinin cezayı kaldıran ya da hafifleten neden olarak kabulü, cezalandırmanın suç işleyen kişinin “topluma yeniden

⁴ Ceyda Ümit, “Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme”, S. 12 (1), Y. 2021, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 135.

⁵ Bkz: TCK'nın 93/1; 184/5; 192/1, 2, 4; 201/1, 2; 221/1, 2, 3, 4; 254/1, 2, 3; 274/1; 282/6; 316/2. maddeleri.

⁶ Bkz: TCK 93/2; 110; 168/1, 2, 3; 192/3; 221/4-son cümle; 248/1, 2; 269/1, 2, 3, 4, 5; 274/2, 3; 281/3; 289/2; 293, 297/4. maddeleri.

⁷ Ümit, s. 136.

uyumunun sağlanması”⁸ ve “rehabilitasyon edilmesi” amacına uygun görünmektedir.⁹ Bununla birlikte bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de “orantılılık” ilkesine riayet edilmelidir.¹⁰ Suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlığına hukuki değer atfedilmesi, birey ve toplum açısından faili cezalandırmaktan daha faydalı olabilir, zira bu yolla bireyin, toplumun ve devletin menfaatleri arasında denge kurulmaktadır.¹¹

Etkin pişmanlık, failin suçun tamamlanmasından sonra iç dünyasında oluşan pişmanlık iradesine bağlı ve doğrudan failden kaynaklanan bir durum olduğundan iştirak halinde işlenen suçlarda sadece etkin pişmanlıkta bulunan fail, etkin pişmanlıktan yararlanabilecektir.¹² Zira bağlılık kuralı gereğince, suçun işlenişine katılan yani iştirak eden her fail, diğer suç ortaklarının cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır (TCK m. 40/1).

Etkin pişmanlığın, cezayı kaldıran şahsi neden olarak düzenlenmiş olması halinde, ceza verilmesine yer olmadığına dair karar (CMK m. 223/4) verilecek; cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmiş olması halinde ise verilecek ceza ilgili maddede düzenlenen indirim oranına göre belirlenecektir.

II. KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA ZARARIN GİDERİMİ KOŞULUNA BAĞLANAN ETKİN PİŞMANLIK HALİ

KMK'nın 5/2. maddesi uyarınca kanun koyucu, failin suç tamamlandıktan sonra gösterdiği etkin pişmanlığa ceza muhakemesinin evrelerine göre farklı sonuçlar bağlamıştır. Maddeye göre, buradaki etkin pişmanlık hali, failin suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarındaki parayı devlet hazinesine ödemesi koşuluyla gerçekleşmektedir. Belirlenecek ceza miktarında, kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katının soruşturma evresinde ödenmesi halinde *yarı oranında*, kovuşturma evresinde ödenmesi halinde ise *üçte bir oranında* indirim yapılması öngörülmüştür.

Burada söz konusu düzenleme bütün unsurlarıyla incelenmeyecek, yalnızca belirli hususlar bakımından ele alınacaktır. Bu bağlamda, sorun olarak tespit ettiğimiz *ilk husus*, ödenmesi gereken tutarın kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı olarak belirlenmiş olmasıdır. *İkinci husus*, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde zararın giderimi yapılırken hangi miktarın esas alınması gerektiğine ilişkin Yargıtay

⁸ Hakan A. Yavuz, Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 13.

⁹ Ümit, s. 136.

¹⁰ İlke için bkz: Murat Aydın, “Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi”, S. 57, Y. 15, Ocak 2024, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 141-168.

¹¹ Yasemin Baba, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 34; Ümit, s. 136.

¹² Ümit, s. 136.

uygulaması; *son husus* ise tekrür haline ilişkin istisnanın nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin Yargıtay uygulamasıdır.

A. GÜMRÜKLENMİŞ DEĞERİN İKİ KATININ ÖDENMESİ KOŞULUNA İLİŞKİN SORUN

Failin, suçtan ötürü kazandığı ya da kazanmaya teşebbüs ettiği haksız menfaat niteliğindeki ekonomik avantajın fazlasıyla devlete ödenmesi yoluyla ortadan kaldırılmasının temin edildiği bu etkin pişmanlık düzenlemesi suçla mücadele bakımından isabetli görünmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede etkin pişmanlık koşulu olarak, kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değer¹³ değil bunun iki katı tutarındaki paranın ödenmesi gerekliliği ölçülülük ilkesine uygun görünmemektedir. Zira uygulamada kaçak eşyaya el konulmakta, eşya üzerinde yapılan inceleme sonucunda gümrüklenmiş değer tespiti yapılmakta ve eşya hükümle birlikte müsadere edilmektedir. Esasen genellikle suçta konu kaçak eşya ele geçirildiği ve müsadere edilip, tasfiye ya da imha edildiği için devletin bu suçtan ötürü uğradığı somut bir maddi zarar bulunmamakta ancak müstakbel bir “vergi kaybı”ndan söz edilebilmektedir. Buna karşın etkin pişmanlık için ödenmesi gereken bedel, hem vergi kaybı miktarı üzerinden değil gümrüklenmiş değer üzerinden hesaplanmakta hem de bunun iki katındaki tutarın ödenmesi beklenmektedir. Oysa TCK’da düzenlenen hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet, rüşvet gibi suçlar bakımından öngörülen benzer etkin pişmanlık hükümlerine (TCK m. 168, 248, 254) bakıldığında suç nedeniyle uğranılan zarar miktarınca ödeme yapılması etkin pişmanlık için yeterli görülmektedir.

Kanaatimizce, her ne kadar kanun koyucunun takdirinde ise de söz konusu miktara ilişkin bu düzenleme, cezayı ağırlaştırıcı bir etki yaratmakta, ödenecek tutarın çok yüksek olduğu durumlar bakımından uygulamayı zorlaştırmakta olup etkin pişmanlığın temel teorisine ve ölçülülük ilkesine uygun görünmemektedir. Bu nedenle söz konusu hükmün, uygulamadaki yansımaları da dikkate alınarak gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

B. SUÇUN İŞTİRAK HALİNDE İŞLENMESİ DURUMUNDA ÖDENMESİ GEREKEN MİKTARA İLİŞKİN SORUN

Kaçakçılık suçunun iştirak halinde işlenmesi durumunda, belirlenen tutarın tamamının her bir suç ortağı tarafından ayrı ayrı mı yoksa kendi payına düşeni kadarıyla mı ödenmelidir?

Kanunda öngörülen tutarın bir kısmının ödenmesi halinde hiçbir surette etkin pişmanlık indirimi yapılamayacaktır. *Ancak suça iştirak eden kişilerden her birinin kendi payına düştüğünü düşündüğü miktarı ödediği ve toplam*

¹³ Gümrüklenmiş değer ne anlama geldiği KMK’nın 2/1-b maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Uluslararası kıymet sözleşmesine göre belirlenecek; ithal eşyası için eşyanın CIF (cost, insurance, freight/maliyet, sigorta bedeli, nakliye) kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ihraç eşyası için FOB (free on board/gemiye yükleninceye kadar masrafsız) kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ifade eder.”

miktarın gümrüklenmiş değerini iki katını eksiksiz olarak karşıladığı takdirde etkin pişmanlık indirim yapılmalı mıdır? Aşağıda bu sorulara ilişkin uygulamaya yönelik değerlendirmeler yapılacaktır.

Yargıtay'ın mevcut uygulamasında¹⁴ ve uygulamaya yönelik kimi çalışmalarda¹⁵, kanun metninin katı bir lafzi yorumundan hareketle, iştirak halinde suçu işleyen kişilerin etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için, pişmanlığa ilişkin beyanları yeterli olmamakta, söz konusu tutarın **tamamının her bir suç ortağı tarafından ayrı ayrı** ödenmesi gerekmektedir. Yani suç ortaklarının bir araya gelerek toplam tutarı ödemeleri etkin

¹⁴ "1. 24.12.2011 tarihinde sanığın sürücüsü olduğu park hâlindeki araçta hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık Ş.ye cep telefonu sattığının görülmesi üzerine, araçta yapılan aramada faturası bulunmayan toplam 8 adet kaçak cep telefonu ele geçirilmiştir. 2. Sanık bozma öncesinde savunmasında, suça konu cep telefonlarını yurt içinden aldığını, beş adedini diğer sanık S.ye vereceğini beyan etmiş, bozma sonrası alınan savunmasında ise önceki beyanlarını tekrarlar, suça konu cep telefonlarının yurt dışından geldiğini, pasaporta kayıtlı bulunduğunu, kaçak olmadığını, üzerine atılı suçlamayı bu hâliyle kabul ettiğini, lehine hükümlerin uygulanmasını istediğini, suça konu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarını ödeyip, makbuzunu ibraz edeceğini belirtmiştir. Sanık tarafından sunulan 09.03.2022 hâkim havale tarihli dilekçede suça konu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarını diğer sanıkla ortak ödediklerini belirterek, dilekçe ekinde sanık tarafından ödenen 4.350,00 TL tutarlı, diğer sanık S. tarafından ödenen 4.350,00 TL tutarlı iki adet banka dekontu sunulmuştur. ...Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 18.12.2019 tarihli ve 2017/10255 Esas, 2019/39651 Karar sayılı ilâmı ile 17.05.2021 tarihli ve 2019/9990 Esas, 2021/5818 Karar sayılı ilâmında da açıklandığı üzere; "Etkin Pişmanlık" başlığını taşıyan 5607 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için, duyulan pişmanlığın sadece sözle ifade edilmesinin yeterli olmadığı, davranış ile bir başka anlatımla etkinlikle gösterilmesi gerekir. Kanun koyucu; gümrüklenmiş değerinin iki katı paranın Devlet Hazinesine ödenmesi şartını getirmiş olup sanık, 09.03.2022 havale tarihli dilekçesi ile suça konu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarını hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen diğer sanık S. ile le ortak ödediklerini belirterek, dilekçe ekinde sanık ve diğer sanık tarafından ayrı ayrı ödenen 4.350,00 TL tutarlı iki adet banka dekontu sunduğu, söz konusu maddedeki etkin pişmanlık düzenlemesinin bireysel olduğu, ceza indiriminin ödeme yapan sanık hakkında uygulanması gerektiği, S. tarafından yapılan ödemenin sanık S.M.ye sirayet etmeyeceğinin gözetilmemesi suretiyle, sanık hakkında eksik ceza tayini hukuka aykırı bulunmuştur." Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 21/03/2023 tarih ve 2022/14195 Esas, 2023/2916 Karar sayılı karar. Ayrıca bkz: Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17.05.2020 tarih ve 2019/8397 Esas, 2020/2543 Karar sayılı karar; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 18.12.2019 tarih ve 2017/10255 Esas, 2019/39651 Karar sayılı karar.

¹⁵ Bkz: Birsen Karakaş, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (Uygulamalı ve İctihath), Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 460; Kaptan Kılıç, Kaçakçılık Suçları ve Gümrük Kabahatleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 123. "...sanıklardan her birinin ayrı ayrı suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı parayı Devlet Hazinesine ödemesi gerekir. Bir sanığın ödemesi halinde, ödemeyen sanıkların indirimden yararlanması mümkün değildir. Çünkü fıkra da ödeyen sanığın etkin pişmanlıktan yararlanması mümkün değildir." Alper Yükselen Bikirli/Seyfettin Çilesiz, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 827.

pişmanlıktan yararlanmaları için yeterli görülmemektedir. Bu durum, iştirak halinde işlenen kaçakçılık suçlarına ilişkin uygulamada hakkaniyete ve etkin pişmanlığın varlık nedenine uygun olmayan sonuçlara neden olmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere etkin pişmanlık, yalnızca KMK'daki suçlar düzenlenmiş bir ceza hukuku kurumu değildir. TCK'da ve kimi özel ceza kanunlarında çok sayıda suç tipi için etkin pişmanlık düzenlemesi bulunmaktadır. Zararın giderimi veya bir bedelin ödenmesi koşuluna bağlı olarak yapılan etkin pişmanlık düzenlemelerinin başında TCK'nın 168. maddesindeki düzenleme gelmektedir. Dolayısıyla burada işaret ettiğimiz uygulama sorununun neden kaynaklandığını anlayabilmek için TCK'nın 168. maddesine ilişkin uygulamaya bakmakta yarar bulunmaktadır.

TCK'nın 168. maddesinin iştirak halinde işlenen suçlar bakımından uygulamasında önemli bir sorun görünmemektedir. Zira söz konusu düzenlemede “zararın giderimi” ya da “bir bedel ödenmesi” koşulu “mağdurun uğradığı zarar” bir başka ifadeyle “suçtan kaynaklanan maddi zarar” ile sınırlı tutulmuştur. KMK'nın 5/2. maddesinde ise etkin pişmanlık için ödenecek tutar/bedel, kaçak eşyanın “gümrüklenmiş değerinin iki katı” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla burada, TCK'nın 168. maddesinden farklı olarak suçtan zarar gören konumunda olan devletin uğradığı maddi zarar/kamu zararı yani suça konu kaçak eşyaya ilişkin olarak düzenlenen KEMT varakasındaki “gümrük vergileri ile diğer eş etkili vergiler ve mali yüklerin toplamı” değil buna, ithal eşyası için CIF (*cost, insurance, freight/maliyet, sigorta bedeli, nakliye*) değerinin, ihraç eşyası için ise FOB (*free on board/gemiye yükleninceye kadar masrafsız*) değerinin eklenmesi ile bulunacak gümrüklenmiş değer tutarının iki katı alınıp hesaplanarak bulunacak tutar etkin pişmanlık bedeli olarak öngörülmüştür.

TCK'nın 168. maddesine ilişkin doktrindeki¹⁶ görüşler ve Yargıtay uygulamasına¹⁷ bakıldığında, suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, suç

¹⁶ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 684; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 663.

¹⁷ “Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, sanıklardan birisi veya bir kaçı iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirirse, diğer suç ortakları bu yerine getirmeye karşı çıkmadıkları takdirde o sanıklarda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanırlar. Kısmi iade durumunda ise mağdurun kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rıza göstermesi halinde kısmi iade veya tazmini hangi sanık yapmış ise o sanık hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Somut olayda... ilamı ile bozulan temyiz kapsamında bulunmayan sanık ...'ın yargılama evresinde alınan beyanında mağdura suça konu motosikletin nerede olduğunu bildirdiğinin ve suça konu motosikletin bu şekilde bulunduğunu savunduğunun anlaşılması karşısında, mağdurun tekrar dinlenilerek suça konu motosikletin tam iadesinin sağlanıp sağlanmadığının sorulup, tam iadesinin sağlanması ve sanığında yapılan iadeye karşı çıkmaması durumunda sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 168/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin, kısmi iade yapıldığının anlaşılması durumunda ise, mağdurun kalan zararı tespit edilip yargılama sonuna kadar kalan zararının sanık tarafından giderilebilmesi için süre verilip kalan zararın tazmin etmesi halinde de sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 168/1. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...” Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 06.05.2015 tarih ve 2014/25216 Esas, 2015/9848 Karar sayılı karar.

ortaklarından birisi veya bir kaçının iade veya tazmin yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, diğerleri buna karşı çıkmadıkları takdirde onların da etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmektedir. Kısmi iade durumunda ise mağdurun kısmi iade nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına rıza göstermesi halinde kısmi iade veya tazmini hangi sanık yapmış ise o sanık hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilmektedir.

Kanaatimizce, KMK'nın 3. maddesinde düzenlenen suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda, etkin pişmanlık için ödenecek tutar her bir suç ortağı için ayrı ayrı ödenmesi gereken bir tutar değildir. Zira söz konusu tutar faile bağlı bir tutar olmayıp fiile ve suçun konusuna bağlı bir tutardır. Bu tutar, sanıkların iştirak halinde işledikleri suç nedeniyle elde ettikleri ya da elde etmeyi umdukları haksız menfaatle irtibatlı bir tutardır. Dolayısıyla iştirak halinde işlenen suçlarda, ödenmesi gereken gümrüklenmiş değer iki katı şeklinde belirlenen tutar, suç ortaklarının birlikte tamamını ödemeleri gereken etkin pişmanlığa ilişkin tek bir bedeldir mahiyetindedir.

Aynı şekilde, kaçakçılığa konu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı olarak belirlenen tutarın tamamının suç ortaklarından birisi tarafından, diğerlerinin bilgisi veya iradesi olmaksızın ödenmesi halinde diğer suç ortakları da her ne kadar ödeme şeklinde bir aktif bir davranışla¹⁸ pişmanlıklarını göstermeseler de, hüküm verilene kadarki aşamalarda etkin pişmanlıktan yararlanmak istediklerini ve pişman olduklarını beyan ettikleri ve söz konusu tutarın tamamını ödeyen suç ortağının ödemesini kabul edip muvafakat ettikleri takdirde, bizzat ödeme yapmayan suç ortağının da etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması mümkün olmalıdır.

C. SANIĞIN MÜKERRİR OLMAMASI KOŞULUNA İLİŞKİN SORUN

Kanuna göre (KMK m. 5/3) failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için mükerrir (TCK m. 58) olmaması ve suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde (TCK m. 220 vd) işlenmemiş olması gerekmektedir.

Yargıtay uygulamasına göre, tekerrür bakımından sanığın etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel olan mükerrirlik halinin ancak KMK'da düzenlenen gümrük kaçakçılığı suçları bakımından söz konusu olması gerekmektedir.¹⁹ Buna göre; sanığın KMK'da düzenlenen suçlar dışında

¹⁸ "TCK'nın 168. maddesinin düzenlenmesi sırasında maddeye; 'failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararını aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi' ifadesi eklenmek suretiyle, muhtemel tereddütlerin önüne geçilmek istenmiştir. Zira madde metninde geçen 'bizzat pişmanlık göstergesi' ibaresi, düzenlemenin 'tek başına iade ve tazmine' değil, 'pişmanlık sonucu olan iade ve tazmine' önem atfettiğinin açık göstergesidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24/11/2015 tarih ve 2014/13-430 Esas, 2015/414 Karar sayılı karar.

¹⁹ "Mahkemece sanığın adli sicil kaydında bulunan Sivas 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/472 Esas, 2014/193 Karar sayılı ilamı ile 4733 sayılı Yasaya muhalefet suçundan verilen erteli 1 yıl 8 ay hapis cezasının tekerrüre esas teşkil ettiği gerekçesiyle 7242 sayılı Yasa ile değişik 5607 sayılı Yasanın 5/2. maddesinin

herhangi bir suç bakımından mükerrir olması etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel oluşturmamaktadır. Örneğin, sanığın hali hazırda KMK kapsamında bulunan ancak daha önce 4733 sayılı Kanun veya 5015 sayılı Kanun kapsamında olan bir suç nedeniyle aldığı bir mahkûmiyet olsa dahi, bu suçlar kaçakçılık suçu olarak kabul edilmediğinden etkin pişmanlığa engel olmamaktadır.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın sanık lehine olan ancak normu, kanunun amacına aykırı bir şekilde genişletmek suretiyle yaptığı uygulama isabetli görünmemektedir. Kanun koyucu, söz konusu tekerrür haline ilişkin istisnayı, sadece KMK'da düzenlenen suçlarla sınırlı bir hal olarak düzenlemek isteseydi bunun açıkça madde lafzında belirtilmesi gerekirdi. Zira Kanunun gerekçesinde de bu hususta bir açıklama yapılmadığı görülmektedir.

Kanaatimizce, madde metninde herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, genel olarak "mükerrirler hakkında" ifadesinin kullanılması tercih edilmesine rağmen sanık lehine genişletici bir yorumla, söz konusu tekerrür halinin KMK'da düzenlenen suçlarla sınırlı bir şekilde yorumlanarak uygulama yapılması kanunilik ilkesine, kanunun lafzına ve ruhuna uygun görünmemektedir.

SONUÇ

Gümrük kaçakçılığı suçları, diğer benzer suç tiplerine nazaran failer bakımından nispeten kolay işlenebilen ve başarılı olduğu takdirde ekonomik olarak çok avantajlı suçlardır. Ülkemizde belirli bazı eşyaya yönelik olarak uygulanan vergi politikaları nedeniyle söz konusu avantaj günden güne daha cezbedici hale gelmektedir. Dolayısıyla bu suçlarla mücadelede uygulanacak mevzuat hükümlerinin ve buna ilişkin uygulamanın belirli, orantılı, ölçülü ve tutarlı olması suçla mücadelenin başarısı için önem arz etmektedir.

KMK'da, kaçakçılığın gerçekleştirilme biçimlerindeki farklılıklar esas alınarak çok sayıda suç tipi düzenlenmiştir. Söz konusu suç tiplerinin tamamında failerin kullandıkları yöntemlerle devlet hazinesi aleyhine haksız menfaat temin etmeleri söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, söz konusu haksız menfaat karşılığında belirli bir bedelin ödenmesi kaydıyla failerin etkin pişmanlıktan yararlanabilmelerini öngörmüştür.

Etkin pişmanlık, Türk Ceza Hukuku sistemimizde cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmiş bir kurum olup farklı suç tiplerine göre ilgili mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlemeye tabi tutulmuştur.

uygulanmamasına karar verilmiş ise de... Etkin pişmanlık hükümlerinden istifade şartı olarak failin kaçakçılık suçundan mükerrir olmaması gerektiği, sanığın tekerrüre esas ilamının 4733 sayılı Yasaya muhalefet suçu olduğu, kaçakçılık suçu olmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17.03.2021 tarih ve 2020/6904 Esas, 2021/4300 Karar sayılı karar. Ayrıca bkz: Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17.03.2021 tarih ve 2020/6904 Esas, 2021/4300 Karar sayılı karar; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 17.03.2021 tarih ve 2020/6904 Esas, 2021/4300 Karar sayılı karar.

Çalışmada, KMK'da düzenlenen etkin pişmanlık hallerinin tamamı değil, zararın giderimi koşuluna bağlı tutulan etkin pişmanlık düzenlemesinde sorun olarak gördüğümüz, ödenmesi gereken tutarın kaçak eşyaya ilişkin gümrüklenmiş değerini iki katı olarak belirlenmiş olması hususu ile suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda zararın giderimi yapılırken hangi miktarın esas alınması gerektiği ve tekerrür haline ilişkin istisnanın nasıl yorumlanması gerektiği hususlarına ilişkin değerlendirmelerle sınırlı tutulmuştur.

Düzenlemeye göre, kaçakçılık suçunu işleyen failerin, zararın giderimi yoluyla etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için kamu zararı yani suça konu kaçak eşyaya ilişkin olarak düzenlenen KEMT varakasındaki “gümrük vergileri ile diğer eş etkili vergiler ve mali yüklerin toplamı” ya da suça konu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerine karşılık gelen tutarı değil, bunun iki katı olan tutarı ödemeleri gerekmektedir. Söz konusu düzenleme, diğer kanunlardaki benzer düzenlemelerden farklı olarak, cezayı ağırlaştırıcı bir etki yaratmakta ve özellikle ödenecek tutarın çok yüksek olduğu durumlar bakımından uygulamayı zorlaştırmakta olup etkin pişmanlığın temel teorisine ve orantılılık ilkesine uygun görünmemektedir. Bu nedenle söz konusu hükmün, uygulamadaki yansımaları da dikkate alınarak gözden geçirilmesinde yarar bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Yargıtay'ın mevcut uygulamasına göre, kaçakçılık suçlarının iştirak halinde işlenmesi halinde sanıkların etkin pişmanlıktan yararlanabilmeleri için, söz konusu tutarın tamamının her bir suç ortağı tarafından ayrı ayrı ödenmesi gerekmekte, suç ortaklarının bir araya gelerek toplam tutarı ödemeleri etkin pişmanlıktan yararlanmaları için yeterli görülmemektedir. Söz konusu tutar sanıkların iştirak halinde işledikleri suç nedeniyle elde ettikleri ya da elde etmeyi umdukları haksız menfaatle irtibatlı bir tutardır. Dolayısıyla söz konusu Yargıtay uygulaması hakkaniyete uygun olmayan, kanunun lafzını zorlayan ve düzenlemenin amacına uygun olmayan bir yorum olarak isabetsiz görünmektedir. Bu itibarla, ödenmesi gereken gümrüklenmiş değerini iki katı şeklinde belirlenen tutarın, suç ortaklarının ayrı ayrı ödemesi gereken bir tutar olmadığı, birlikte tamamını ödemeleri gereken tek bir etkin pişmanlık bedeli olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Yargıtay'ın bir diğer güncel uygulamasına göre, KMK'nın 5. maddesi kapsamında sanığın etkin pişmanlıktan yararlanmasına engel olan mükerrerlik hali TCK'nın 58. maddesindeki genel düzenlemeden farklı olarak ancak KMK'da düzenlenen gümrük kaçakçılığı suçları bakımından söz konusu olmalıdır. Kanun koyucunun, maddede bir ayırım gözetilmeksizin, genel olarak “mükerrerler hakkında” ifadesini tercih ederek kullanılmasına rağmen sanık lehine genişletici bir yorumla, söz konusu tekerrür halinin KMK'da düzenlenen suçlarla sınırlı bir şekilde yorumlanarak uygulama yapılmasının kanunilik ilkesine, kanunun lafzına ve ruhuna uygun bir yorum olmadığı düşünülmüştür.

KAYNAKÇA

- Artuk M E/Gökçen A/Yenidünya A. C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Aydın M, “Ceza Hukukunda Orantılılık İlkesi”, S. 57, Y. 15, Ocak 2024, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 141-168.
- Baba Y, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.
- Bikirli A Y/Çilesiz, Seyfettin Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Gedik D, “5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık”, S. 14(159), Y. 2019, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 2132-2142.
- Gödeklı M, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, S. (7) 29, Y. 2017, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 280-282.
- Karakaş B, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (Uygulamalı ve İçtihatlı), Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Kılıç K, Kaçakçılık Suçları ve Gümrük Kabahatleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Koca M/Üzülmez, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R. M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Ümit C, “Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme”, S. 12 (1), Y. 2021, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 133-147.
- Yavuz H A, “Tütün ve Alkol Ürünlerinin Kaçakçılığına İlişkin Suçlar (Teori ve Güncel Yargı Kararları Işığında)”, Y. 2021, S. 16 (174), Terazi Hukuk Dergisi, ss. 297-324.
- Yavuz H A, Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Yavuz H A/Ulgar O B, Uygulamada Kaçakçılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ VE AİHM YAKLAŞIMI

*The Interception of Communications in Criminal Procedure Law and the ECHR's
Case Law*

Doç. Dr. Recep DOĞAN*

Öz: Bu makalede, suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135-138. maddelerinde bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbiri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınıp tartışılacaktır. Bu bağlamda, öncelikle iletişim kavramının içeriği, tedbirin kapsam ve amacı, tedbirin uygulanabilme şartları, tedbirin türleri, tedbir kapsamındaki kişiler, yetkili merci ve tedbirin süresi açıklanacaktır. İletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen içeriğin delil değeri, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler ve müdafiyeye yapılan iletişimin denetlenmesi, tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti tartışılacaktır. Konuya ilişkin tartışılmalı hususlar ve uygulamada yaşanan tereddütler, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrinde yer alan görüşler doğrultusunda tartışılarak önerilerde bulunulacaktır. Ardından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iletişimin denetlenmesi konusundaki temel içtihatları ve verdiği kararların kapsamlı bir analizi yapılacak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için aranan asgari şartlar açıklanacaktır. Nihayetinde, AİHM kararlarında ortaya konan içtihatlar ve ilkeler ışığında, Türkiye'de mevcut mevzuatın AİHM içtihatları ile uyumlu olup olmadığı ve ihlal kararına konu olabilecek hususlar açıklanacaktır. **Anahtar Kelimeler:** İletişimin denetlenmesi tedbiri, telefon dinleme, AİHM kararları.

Abstract: In the light of Article 8 of the European Convention on Human Rights which protects right to respect for private and family life, this article discusses the interception of communications set out and defined in sections 135-138 of the Turkish Criminal Procedure Act. The scope of the interception, people liable to intercept warrants, the nature of the offences which might give rise to such a warrant and the authorization procedure will be explained. The conditions and types of interception defined by the Act, the provisions on duration, renewal and cancellation of intercept warrants; the procedure for examining, using and storing the data will be outlined. The processing of intercept material, the destruction of intercept material, and the problems arising from the different interpretations of the relevant provisions will be addressed in accordance with rulings of the Appeal Court, Constitutional Court and comments of the other commentators. Then, the article will review well-established case law of the European Court of Human Rights (ECHR) concerning interception of communications. After explaining case law and the approach of the ECHR, the article will explain whether the Turkish provisions concerning interception of communications and their implementations are compatible with the ECHR's case law. **Keywords:** Interception of communications, phone tapping, ECHR's case law.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, recep.dogan@deu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7739-3071

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573502

Makale Geliş Tarihi: 21.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 01.09.2024

GİRİŞ

Önceleri devlet tekelinde olan posta, telgraf ve telefon hizmetlerinden ibaret telekomünikasyon ya da iletişim hizmetlerinin özelleştirilmesi, ardından çeşitlenmesi, şifreli cep telefonlarının ve iletişim ağlarının giderek yaygınlaşması, tüm ticari ilişkilerin küresel ölçekte ve elektronik ortamda baş döndürücü bir hızda gerçekleşmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen iletişimin denetlenmesi faaliyetlerinde de çeşitlenmeye ve ayrıntılı düzenlemelerin yürürlüğe konmasına neden olmuştur.

Nitekim, başlangıçta, telefon hatlarına paralel hat çekip dinleme yapmaktan ibaret olan iletişim denetlenmesi faaliyetlerinin¹ de teknolojiye ayak uydurması gerekmiştir. Aksi bir durumun, başta terör suçları ve uyuşturucu madde ticareti olmak üzere uluslararası nitelikli suçların, iletişim dünyasının yarattığı özgürlük ortamında işlenmesine uygun bir ortam hazırlayacağı ve dolayısıyla kamu düzeninin ve mili güvenliğin bozulmasına sebebiyet vereceği açıktır.²

Bununla beraber, devletin kamu güvenliğini sağlama, bireylerin de özel hayatlarına ve kişisel hak ve özgürlüklerine orantısız biçimde müdahale edilmediğini bilerek, izlendikleri ya da takip edildikleri korkusu olmaksızın günlük hayatın alışlagelmiş faaliyetlerini yerine getirmesi noktasında bir dengenin de gözetilmesi gerekmektedir.³

Dolayısıyla bu makalede, suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 135 ve devamı maddelerinde bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbiri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴ (AİHS)

1 Yunus Heper, "Telefon Dinleme Mevzuatımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Uygun mu?", 8 (1), 2011, Cankaya University Journal of Law, ss. 51-76.

2 Peter Shields, "The Escalation of Telecommunications Surveillance, 14 (3), 2002, Peace Review, ss.325-330, s.325-326; Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Nisan kitabevi, Eskişehir, 2023, s.279-280.

3 Dan Ritchie, "Is it possible to define 'privacies' within the law? Reflections on the 'securitisation' debate and the interception of communications", 23:1-2, 2009, International Review of Law, Computers & Technology, ss. 25-34, s.26; Feyzan Özbay, "Terörle Mücadelede Devletin Gözetlemesi Karşısında Bireyin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunması Hakkının Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi (Birleşik Krallık Ve Türkiye)", C. LXXV, S.1, 2017, İÜHFİM, ss. 115-158; Hakan A. Yavuz, "Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", S. 60, 2005, TBB Dergisi, ss.235-262, s.242.

4 İnsan haklarının evrensel bir niteliğe sahip olduğu, sadece Avrupa'ya özgü bir kavram olmadığı gerçeği karşısında, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme'nin Türkçe'ye "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)" şeklinde, Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere kurulan mahkemenin ise Türkçe'ye "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)" şeklinde aktarılması gerektiği, yaygın kullanımın yanlış olduğu düşüncesi paylaşılacakla beraber, söz konusu terimlerin literatürdeki yaygın kullanım şekli bu makalede de tercih edilmiştir.

8.maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilip ele alınacaktır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu gibi suç ve ceza içeren özel kanunlarda yer alan iletişimin denetlenmesi tedbiri ile istihbarat ve önleme⁵ amaçlı iletişim denetlenmesi tedbirleri makalenin kapsamının dışındadır. Bu bağlamda, iletişimin denetlenmesi tedbiri Ceza Muhakemesi Kanunu'na ve ilgili Yönetmelik hükümlerine göre tartışılacak olup konuya ilişkin tartışmalı hususlar ve uygulamada yaşanan tereddütler Yargıtay kararlarından ve Anayasa Mahkemesi kararlarından örnekler vermek suretiyle açıklanacaktır. Nihayetinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) iletişimin denetlenmesi konusundaki temel içtihatları ve verdiği kararların kapsamlı bir analizi yapılacak, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanabilmesi için aranan asgari şartlar açıklanarak, Türkiye'de mevcut mevzuatın AİHM içtihatları ile uyumlu olup olmadığı ve ihlal kararına konu olabilecek hususlar tartışılacaktır.

I.TEDBİRİN KAPSAM VE AMACI

CMK'nın 135. maddesinde iletişimin denetlenmesi kapsamında birden fazla tedbirin aynı madde içerisinde düzenlediği görülmektedir. Bu tedbirlerden birincisi şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklindedir (CMK m.135/1). İkinci tedbir, şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespit edilmesidir (CMK m. 135/5). Üçüncü tedbir ise şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilmesidir (CMK m.135/6). Bu tedbirler kapsamında, iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi delil elde etme amacıyla yapılabilir. İkinci tedbir olan şüpheli veya sanığın kullanmakta olduğu mobil telefonun yerinin tespit edilmesinin (CMK m. 135/5) tek amacı şüpheli veya sanığın yerinin belirlenerek, yakalanabilmesidir. Nihayetinde, üçüncü tedbir olan şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilmesinde (CMK m.135/6) amaç, iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin arama, aranma gibi bilgilerin elde edilmesidir.⁶

İletişimin denetlenmesi, haberleşme özgürlüğüne ve özel hayatın dokunulmazlığına karşı bir sınırlama içerdiğinden, konunun AİHS'in 8.maddesi kapsamında yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkı ile Anayasa'nın özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. maddesi ve haberleşme hürriyetine ilişkin 22. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, AİHS'in 8. maddesi kapsamında haberleşme hakkına yapılacak bir müdahale, milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla

⁵ Mesut Pınarbaşı, "Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi", 3 (2), Kasım 2014, Güvenlik Bilimleri Dergisi, s.41-65.

⁶ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 380.

demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olması koşuluyla söz konusu olabilmektedir.⁷

Bu hükme paralel olarak Anayasa'nın 20. maddesinde "özel hayatın gizliliği" başlığı altında herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir. "Haberleşme hürriyeti" başlıklı 22. maddesinde ise herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu 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 hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşmenin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir.

AİHS'in 8., Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri doğrultusunda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, istihbarat, suç işlenmesinin önlenmesi veya işlenmiş olan suçların soruşturma ve kovuşturmasında delil elde edilmesi amacıyla denetlenir.⁸ Bunlardan suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla iletişimin denetlenmesi CMK'nın 135 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş iken önleme ve istihbarat amacıyla iletişimin denetlenmesi 2559 sayılı Polis ve Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun EK. 7. maddesinde, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'nun EK. 5. maddesinde ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6.maddesinde düzenlenmiştir. Bu farklılık sebebiyle, doktrinde CMK'da düzenlenen adli nitelikteki iletişimin denetlenmesinin bir "*koruma tedbiri*" olduğu, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesinin ise "*delile götürün vasıta*" olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁹

Özeline ve özel alanın tanımlanması öteden beri akademik tartışmaların konusu olmakla beraber, CMK iletişimin denetlenmesine imkân vererek Anayasaya ile korunan özel alana müdahaleyi mümkün kılmıştır.¹⁰ Bu bağlamda, bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması kapsamında CMK'nın 135. maddesinde belirtilen usul dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz (CMK m. 135/9). Nitekim Yargıtay'a göre, istihbarat amaçlı yapılan

⁷ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (s.e.t. 21.08.2024).

⁸ Cumhur Şahin / Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 11. Bası, Seçkin, Ankara, 2020, s. 377; Veysel Candan Canoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Koruma Tedbirleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 56-57.

⁹ Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin vd., Ceza Muhakemesi Hukuku II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.165; Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.450. Bununla beraber, Centel ve Zafere göre, iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamına giren tüm tedbirler, daha ziyade koruma tedbiri niteliğinde olmayıp delile ulaşmak için başvurulan bir araştırma vasıtasıdır. Nur Centel / Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası. Beta, İstanbul, 2022, s. 495.

¹⁰ Yener Ünver / Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 440.

iletişimin tespiti ve dinlenilmesi sonucunda ulaşılan bulgular ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaz. Ancak ceza soruşturmasının başlatılmasına dayanak oluşturabilir.¹¹

II. İLETİŞİM KAVRAMI

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Koruma Tedbirleri" başlıklı Dördüncü Kısımının Beşinci Bölümü, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" başlığını taşımakta olup konuya ilişkin 135. madde "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlığını içermektedir. Dolayısıyla CMK'nın "telekomünikasyon" ve "iletişim" kavramlarını birbirinin yerine kullandığı görülmektedir. Oysa aynı konunun farklı deyimlerle ifade edilmesi yerinde olmadığı gibi iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında yukarıda açıklandığı üzere, 135. maddenin içeriğinde yer alan tedbirler iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması dışında, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, mobil telefonun yerinin belirlenmesi tedbirlerini de kapsamaktadır.¹² Dolayısıyla tedbire ilişkin madde başlığı ile içeriği birbiriyle örtüşmemektedir.¹³

Telekomünikasyon, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle [Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının]¹⁴ Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin" (Yönetmelik)¹⁵ 3.maddesinde "*Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*" şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, telekomünikasyon tanımından hareketle, iletişimin denetlenmesi, kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla kişiler arasında işaret, sembol, ses, görüntü ya da elektrik sinyaline

¹¹ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 380; Özen, s. 454; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2011/ 9-93 ve K:2011/95 T:17.05. 2011, (www.corpus.com.tr), Ünver / Hakeri, s. 476.

¹² Centel / Zafer, s. 493; Özbek / Doğan / Bacaksız s. 379-380; Özen, s.451.

¹³ Tedbirlerin içeriğini açıklamak üzere 14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete' de "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" yayımlanmıştır. Ancak söz konusu Yönetmelik, Danıştay 10. Dava Dairesi'nin 09.03.2017 tarih ve E: 2012/1001, K:2017/1361 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

¹⁴ 17.08.2016 tarih ve 671 sayılı KHK'nin 22. maddesi uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmış olup bu kuruma yapılan atıfların Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'na yapılmış sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'nın iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında görev ve sorumluluklarına ilişkin olarak bkz. Mehmet Fatih Gürkan, "Düzenleyici Ve Denetleyici Kurum Olarak Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu (Btk)", C. 4, S.2, 2013, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.333-356.

¹⁵ RG, 10.11.2005, S. 25989.

dönüştürülebilir veri yoluyla gerçekleşen iletişimin, iletişim sistemlerine ya da veri nakil/iletim araçlarına girilerek bilgi edinilmesini ve bu bilgilerin değerlendirilmesini kapsamaktadır. Bu itibarla, klasik posta ve telgraf¹⁶ dışındaki, şüpheli veya sanığın sabit telefon görüşmeleri, uluslararası görüşmeleri, GSM görüşmeleri, uydu görüşmeleri, WhatsApp görüşmeleri, internet aracılığıyla yaptığı her türlü görüşmeler, elektronik posta iletişimiyle, faks ve benzeri araçlarla yapılan iletişim madde kapsamındadır.¹⁷ Bununla beraber iletişim ve ileti kavramları arasında ayırım yapan, haberleşmeye ilişkin herhangi bir verinin dosyalanıp kaydedilmeden önceki aşamasını CMK'nın 135 ve 138. maddeleri kapsamında değerlendiren, dosyalandıktan sonra ise artık bu verinin CMK'nın 134. maddesi kapsamında "bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" hükümlerine tabi olacağını belirten görüşler bulunmaktadır.¹⁸ Yine SMS mesajlarının CMK'da düzenlenmediği, dolayısıyla CMK 135 ve devamı maddeleri kapsamında olamayacağı¹⁹ ve elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin de 135. madde kapsamında yer almadığı iddia edilmektedir.²⁰

III. TEDBİRİN UYGULANABİLME ŞARTLARI VE TEDBİR KAPSAMINDAKİ KİŞİLER

A. TEDBİRİN ŞARTLARI

1. Soruşturma veya Kovuşturmanın Bulunması

CMK'nın 135. maddesi gereğince tedbire müracaat edilebilmesi için öncelikle bir suç dolayısıyla yürütülen soruşturma veya kovuşturmanın bulunması gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun en son kararlarına göre, Cumhuriyet Savcılığına veya Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları ile görev yapan adli kolluğa ihbar veya şikâyette bulunulması hâlinde soruşturma başlamış olacaktır.²¹ Dolayısıyla bundan önceki süreçte adli

¹⁶ Feridun Yenisey /Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 480.

¹⁷ Gökçen / Balcı /Alşahin vd, s. 167; Ünver / Hakeri, s. 441; Bahri Öztürk / Behiye Eker Kazancı / Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s.276.

¹⁸ Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 5 Bası, Ankara, 2011, s.85.

¹⁹ Şen, s.85

²⁰ Asuman AYTEKİN İnceoğlu, "Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Uğur Alacakaptan'a Armağan", Cl. 2008, Legal kitabevi, ss. 103-126, s.106 vd.

²¹ "CMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde soruşturmanın "Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre" olarak tanımlanması, aynı Kanun'un 158. maddesinde suçla ilişkin ihbarın Cumhuriyet Savcılığı veya kolluk makamlarına yapılabileceğinin belirtilmesi, suç üstü hâli gibi durumlarda kolluğa gerekli tedbirleri almaya olanak veren düzenlemelerin mevcut olması, anılan Kanun'un 160. maddesindeki suç

kolluk görevi bulunmayan idari makamlar tarafından yapılan idari incelemelerde örneğin, Gelir idaresi Başkanlığı tarafından yapılan vergi incelemeleri kapsamında,²² Adalet Müfettişi tarafından yapılan disiplin incelemelerinde²³ iletişimin denetlenmesi yoluna gidilemez. Tedbire işlenmiş veya işlenmekte olan bir suçun delillerine ulaşmak için başvurulur. Teşebbüs hali de suçun özel bir görünüş biçimi olduğundan bu hal için de tedbire başvurulabilir. Ancak katalog suçların hazırlık hareketlerine başlanmış olması tedbire başvurmayı haklı kılmaz. Çünkü kanunda açıkça düzenlenmeyen hallerde hazırlık hareketleri cezalandırılmaz.²⁴

2. Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı

Tedbirin uygulanabilmesi için “suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” gerekmektedir. CMK’nın 135. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “somut delillere dayanan” ibaresi madde metnine 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 12.maddesiyle eklenmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde ise tatmin edici bir ifade yer almamaktadır.²⁵ Bu değişiklik öncesinde Yargıtay, CMK’nın 135. maddesinde aranan şüphe derecesini kuvvetli şüpheye varmayan, ancak somut olgu ve olaylarla desteklenen müşahhas bir olgu haline gelmiş basit şüphe olarak kabul etmekteydi.²⁶ Değişiklikten sonra maddenin yorumuna

haberini alan Cumhuriyet savcısının işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı şeklindeki hükmün soruşturmanın başlangıç anını gösteren bir hüküm değil Cumhuriyet savcısının soruşturma yapma veya yaptırma yükümlülüğü ve konumunu ifade eden bir düzenleme olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, Cumhuriyet Savcılığına veya Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları ile görev yapan adli kolluğa ihbar veya şikâyette bulunulması hâlinde de soruşturma başlamış olacaktır.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2019/8-388, K: 2020/332, T: 30.6.2020, (www.corpus.com.tr).

²² Yenisey / Nuhoglu, s. 475.

²³ Hasan Erdoğan Kararı, AYM, Yüce Divan, E: 2011/1, K: 2012/1, K.T. 19.12. 2012, s.156-157; <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar/yuce-divan/>, (s.e.t.21.08.2024), Yenisey / Nuhoglu s.491.

²⁴ Nur Centel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt I, 2010, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.161-192, s.168; Centel / Zafer, s.494; Yavuz, s.244.

²⁵ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y4/T2/WebOnergeMetni/58f075d6-885c-43bf-9655-2cf2143d3558.pdf>

²⁶ “... Doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere, kuvvetli şüpheden kasıt, Alman doktrininde benimsendiği üzere, iletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesi için çok basit bir suç şüphesinin varlığı yeterli ise de, suç işlendiğine ilişkin belirtilerin kuvvetli delillerin varlığına gerek. Buradaki amaç keyfilik önlemek, somut olgulara dayanan kuvvetli belirtilerin varlığını öngörmek, fakat kişi hakkında şüphenin henüz yoğunlaşmamış olması durumunda da, iletişimin denetlenmesi kararının verilebilmesini sağlamaktır. Telefon dinleme en son çare olduğu için bu kadar kuvvetli bir şüphenin varlığı aransa idi, zaten bütün deliller elde olunacağı için telefon dinleme yolu gereksiz kalacaktı. Bu nedenle iletişimin dinlenmesi kararı basit şüphe ile verilir. Bu şekilde basit şüphe kuvvetli belirtilere bağlı

ilişkin değişik görüşler ileri sürülmüş ise de²⁷ “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe” deyimi, sanığın mahkûm edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu biçiminde anlaşılmalıdır. Bu durumda tedbire başvurmak, aşağıda açıklanacağı üzere oranlılık ilkesi bakımından uygun olmayacaktır.²⁸

Yine madde metninden geçen “somut delillere dayanan” ibaresi malumun ilanı²⁹ veya kendi içerisinde çelişen bir ifade olarak gözükmektedir. Çünkü, sanık hakkında büyük bir ihtimalle mahkumiyetine yetecek yoğunlukta delile ulaşılmışsa artık bu tedbire başvurulmasına gerek kalmamış demektir.³⁰ Bizim de katıldığımız görüşe göre, söz konusu değişiklik ile kanun koyucu tedbirin kötüye kullanılmasını ve basit bir şüphe ile yetinilmesini önlemeyi amaçlamış, tedbirin sadece katalog suçlar bakımından kabul edilmesi ve tedbirin özel hayatın gizliliğine ve haberleşme hürriyetine ağır bir müdahalede bulunması sebebiyle, tedbirin uygulanabilmesi için şüphenin basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu olmayan bir şüphe derecesinde olması şartını aramıştır.³¹

Bu nedenle madde metninde geçen “somut delillere dayanan” deyimi de “suçun işlendiğine dair somut olgulara dayanma” şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin uyuşturucu naklinde kullandığı tespit edilen kamyonun önünde durduğu evin telefonu diğer somut emarelerle destekleniyorsa dinlenmelidir.³²

3. Başka Suretle Delil Elde Edilmesi İmkânının Bulunmaması

Temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale oluşturduğundan, iletişimin denetlenmesi tedbirine orantılılık ilkesi gereği son çare olarak başvurulmalı, başka türlü delil elde etme olanağı var ise önce bu yöntemler denenmelidir. Bu bağlamda, başka suretle delil elde etme olanağının bulunmaması koşulu tedbirler arasında bir öncelik ve sonralık ilişkisini ifade etmekte olup temel hak ve özgürlüklere en az müdahale içeren tedbirin tercih edilmesi gerekmektedir.³³ Nitekim tedbirin uygulanabilmesi için klasik tedbirler denilen arama, ifade alma, elkoyma ve benzeri tedbirlerin “*olayın araştırılması veya şüphelinin bulunduğu yerin tespit edilmesi bakımından başarı umudu ortaya koymaması veya böyle bir umut gözükse bile, gösterilecek*

müşahhas bir olgu haline getirilmiştir. Dedikodular test edilmemiş söylentiler veya tahminler dinleme kararı verilmesi için yeterli değildir.” Yargıtay 5. CD, E: 2009/1, K:2009/5, T: 05.06.2009, (www.corpus.com.tr).

²⁷ Bkz, Özen, s. 457-458.

²⁸ Öztürk / Kazancı / Güleç, s.284.

²⁹ Özen, s.458.

³⁰ Öztürk / Kazancı / Güleç, s.284.

³¹ Centel / Zafer, s.498-499, Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 384.

³² Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 384.

³³ Centel / Zafer s.499; Özen, s. 458; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 384; Öztürk / Kazancı / Güleç, s.286-287; Yavuz, s. 247.

gayretin, elde edilecek sonuca oranla çok ağır bedel ödemeyi gerektirmesi”³⁴ şarttır. Buna rağmen, iletişimin denetlenmesi tedbirine son çare olarak başvurulması ilkesi uygulamada genellikle göz ardı edilmektedir. İletişimin denetlenmesi arama ve elkoyma tedbirlerine göre kronolojik olarak önce uygulanmakta, önce iletişim denetlenerek örneğin uyuşturucunun muhtemel yeri (konut-taşıt) tespit edilmekte, sonra arama ve elkoyma tedbirine başvurulmaktadır. Böylece iletişimin denetlenmesi soruşturmanın kronolojik olarak ilk ve kimi zaman neredeyse tek delil elde etme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁵

4. Katalog Suç Kapsamında Yer Alma

CMK'nın 135/8. maddesi gereğince, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine sadece Kanunda sayılan katalog suçlar bakımından başvurulabilir.³⁶ Kanunda sayılan katalog suçlar dışında

³⁴ Yenisey / Nuhoglu, s.477.

³⁵ Cumhur Şahin, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi-Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, C. XI, S.1-2, 2007, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1095-1112.

³⁶ CMK madde 135/8:

Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. İşkence (madde 94, 95),
4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
6. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158),
7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
8. Parada sahtecilik (madde 197),
9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),
10. Fuhuş (madde 227),
11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
12. Tefecilik (madde 241),
13. Rüşvet (madde 252),
14. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
15. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),
16. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
17. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları,

dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine suç ve ceza içeren özel kanunlarda yer alan belli suç tipleri için başvurulabilmektedir.³⁷ Mobil telefonun yerinin tespiti ile iletişimin tespiti ise bütün suçlarla ilgili olarak alınabilecek bir karardır.³⁸

Bu bağlamda, soruşturmanın başlangıcında katalog suçlar kapsamında yer alan bir eylemin, sonradan bu kapsamda olmadığı anlaşılması halinde iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Suç vasfının değişmesi halinde iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin akıbeti konusunda birçok düşünce ileri sürülmüştür.³⁹ Bu konuda, Kanunun lafzına ve ruhuna, bilahare aktarılacak AİHM içtihatlarına, gerekse Anayasa'ya uygun olan yaklaşım, suç vasfının değişmesi ve yeni suçun katalog suçlar arasında yer almaması halinde tedbire derhal son verilmesi gerektiğidir. Dönüşen yeni suç katalog kapsamında olsa bile, tedbire devam edilebilmesi için gerekli tüm koşulların bulunup bulunmadığı tekrar araştırılmalı ve bu konuda yeni bir karar verilmelidir.⁴⁰ Ancak, tedbir kararının alınması sırasında suçun katalog suç kapsamında yer aldığı düşüncesine neden olacak haklı sebeplerin bulunması ve kanundaki tüm koşulların karşılanması durumunda, alınan bir tedbir kararı sonucunda elde edilen delillerin, sonradan suç vasfının değişmesi ve eylemin katalog suç kapsamında bulunmayan başka bir suçta dönüşmesi halinde, hukuka aykırı sayılmaması

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.

³⁷ CMK'nın 135/8. maddesinde sayılan katalog suçlar dışında kalan suçlar için iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması, suç ve ceza içeren özel kanunlarda belli suç tipleri için mümkün olabilmektedir. Ancak bu özel kanunlar da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesindeki usulün takip edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim, 31.03. 2011 tarihli ve 6222 sayılı "Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun" un 11. maddesinde tanımlanan "şike ve teşvik primi" fiili kapsamında, kanunun 23. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan "zimmet" suçlarında kanunun 166/b maddesi gereğince, CMK'nın 135. maddesinin uygulanması mümkündür. Yine 2313 sayılı "Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun" un 23. maddesi gereğince "esrar elde etmek için kenevir ekmek" suçu ile 7258 sayılı "Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun" un 5/1-a, b, c ve ç bentlerinde belirtilen suçlar (bahis suçları) ile TCK'nın 228/3 ve 4. fıkralarında belirtilen suçlar için tedbirin uygulanması mümkündür.

³⁸ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 382.

³⁹ Ünver / Hakeri, s.446-451.

⁴⁰ Aynı yönde, Özen, s. 456.

gerekir.⁴¹ Nitekim Yargıtay, rüşvet suçunun her zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşebilmesi ihtimalinde olduğu gibi, her zaman birbirine dönüşme ihtimali olan yakın suçlar bakımından, katalog suç olan rüşvet suçundan hareketle verilen bir denetleme kararı sonucunda elde edilen delilin, suçun sonradan görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi halinde, hukuka uygun olduğunu ve görevi kötüye kullanma suçunun ispatında kullanılabileceğini kabul etmektedir.⁴²

B. TEDBİR KAPSAMINDAKİ KİŞİLER

İletişimin denetlenmesi tedbirine esas itibarıyla bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada delil elde etme amacıyla başvurulacağından, tedbirin de muhatabı esas itibarıyla şüpheli veya sanıktır. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinde olduğu gibi, belli bir zaman diliminde belli bir istasyonda iletişim kuran herkesin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi mümkün olduğundan, tedbirden üçüncü kişilerin etkilenmesi olasıdır.⁴³ Yine CMK dışındaki kanunlardan kaynaklanan önleme ve istihbarat amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirinde, üçüncü kişiler tedbirden etkilenebilmektedir. Örneğin, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'na eklenen "Kayıp çocukların araştırılması" başlıklı 13/A maddesi gereğince, kaybolan çocukların bulunması amacıyla, polis, sulh ceza hâkiminin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki idare amirinin yazılı veya sonradan yazılı hale getirilmek üzere sözlü emri ile kayıp çocuğa ait veya başkasına ait olmakla birlikte kayıp çocuk tarafından kullanılan araçlarla yapılan iletişimi denetleyebilir ve sinyal bilgilerini değerlendirebilir.

Denetlenecek iletişimin belirli hale getirilmesini sağlamak ve muhatabı dışında başka kişiler ile yapılacak iletişimin denetlenmesini önlemek üzere, CMK'nın 135.maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, talepte bulunulurken hakkında tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor talebe eklenmelidir. Yine verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilmelidir.

⁴¹ Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s. 454-455.

⁴² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2006/154, K: 2007/145, T: 12.06. 2007; Yargıtay 5. CD, E: 2010/1192, K:2012/11385, T:14.11.2012, (www.corpus.com.tr). Ayrıca bkz. Seçkin Koçer "İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller", S.65, 2020, Adalet Dergisi, ss.441-462, s.454.

⁴³ Şahin / Göktürk, s. 381; Şahin, s.1099.

Dolayısıyla iletişimin denetlenmesine ilişkin kararda kimlik bilgileri yerine birtakım kod isimlere yer verilmesi kanuna aykırıdır ve haberleşme özgürlüğünün ihlali niteliğindedir.⁴⁴

IV. TEDBİRİN TÜRLERİ VE YETKİLİ MERCİ

A. TEDBİRİN TÜRLERİ

1. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması

İletişimin dinlenmesi, telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan görüşmeler açısından geçerlidir. İletişimin kayda alınması ise telli veya telsiz telefonla ya da internet üzerinden yapılan görüşmelerdeki ses veya görüntüler açısından söz konusu olduğu gibi, elektronik posta yoluyla yapılan iletişimin içeriği hakkında da uygulanabilir.⁴⁵ Ancak kayda alma olmaksızın iletişimin dinlenmesi tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Çıplak kulakla yapılan ses dinlemesi iletişimin dinlenmesi kapsamında olmadığı⁴⁶ gibi dinleme sonucu elde edilen bilgilerin delil değeri taşıyabilmesi için kayda alınması zorunludur.⁴⁷ Kaydın da teknik araçlar ile gerçekleşmesi gerekir. İlgilinin duyduğunu yazması veya şekil çizmesi teknik araçlarla olmadığı için iletişimin kayda alınması kapsamına girmez.⁴⁸

İletişimin bizzat mağdur tarafından kayıt altına alınması durumunda, bu kayıtların akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Bu hususta, değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, başka türlü delil elde etme ve yetkili makamlara başvurma olanağının bulunmadığı ani gelişen olaylarda ya da hakaret veya tehdit gibi suçlarda, karşı tarafın rızası olmaksızın iletişimin kaydedilmesi halinde, bu tür iletişim kayıtlarının yapılmasının meşru savunma ya da meşru savunma benzeri hukuka uygunluk nedeni olduğu ve ceza soruşturma ve kovuşturmasında kullanılabilceği Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir.⁴⁹ Ancak bu durumun meşru savunmadan çok hakkin kullanılması hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten yazarlar olduğu gibi⁵⁰ bu durumun hakarete veya tehdide uğrayan mağdurun kendi iletişimini kaydetmesi sebebiyle TCK'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen mağdurun rızası⁵¹ hukuka uygun

⁴⁴ Yasemin Çongar ve diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/7054, K.T. 06.01.2015, para. 63-65, RG, 09.05.2015, S.29350 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7054>), (s.e.t.21.08.2024).

⁴⁵ Şahin / Göktürk, s.380.

⁴⁶ Yenisey / Nuhoglu, s. 480.

⁴⁷ Karakehya, s.281.

⁴⁸ Yenisey / Nuhoglu, s. 481.

⁴⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2010/5-187, K: 2011/131, T: 21.06.2011, (Özen, s. 452; Ünver / Hakeri, s.443).

⁵⁰ Özen, s. 452-453.

⁵¹ Ünver / Hakeri, s. 444.

nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır.⁵²

Kanaatimizce, “meşru savunma benzeri” şeklinde nitelendirmeler ya da ifadeler kullanılarak yeni hukuka uygunluk sebepleri yaratılması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Yine ani gelişen olaylarda ya da hakaret veya tehdit gibi suçlarda, karşı tarafın rızası olmaksızın iletişimin bizzat mağdur tarafından kaydedilmesi halinde, mağdur kendisine yönelik bir saldırıyı önlemek amacıyla hareket etmemekte, yaptığı kayıt işlemi de saldırıyı önleyecek nitelikte bulunmamaktadır. Dolayısıyla mağdur tarafından yapılan bu kayıta meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin uygulanması söz konusu olamaz. Yine, haberleşme özgürlüğü tek başına mağdur tarafından kullanılabilen bir özgürlük değildir. Haberleşen tarafların ortak özgürlüğüdür.⁵³ Dolayısıyla mağdurun üzerinde tek başına tasarrufta bulunabileceği bir hak ve özgürlük söz konusu olmadığı için, bu tür kayıtların yapılmasının hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında da değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Mağdur tarafından yapılan bu kaydın delil toplama amacına yönelik olması ve hakarete veya tehdide uğrayan mağdurun kendisinin de taraf olduğu iletişimi bizzat kaydetmesi sebebiyle, bu durumun TCK'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen mağdurun rızası hukuka uygun nedeni kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

Aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere hâkim tarafından alınan veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hâkim tarafından sonradan onaylanan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararları, tedbirin uygulanmasında görevli idari makam olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'nın (BTK) belirlediği şekilde, Cumhuriyet savcısı tarafından işlemleri yerine getirmek üzere görevlendirilen kolluk görevlilerinin aidiyet numarası ile birlikte, elektronik ortamda BTK'ya gönderilir. Dolayısıyla, kararlar işletmecilere gönderilmez veya kolluk mensubu ilgili servis sağlayıcısına gidip orada dinleme yapımaz. Söz konusu karar hakkında BTK tarafından telekomünikasyon hizmeti veren operatöre veya servis sağlayıcısına bildirimde bulunulur. Karar, telekomünikasyon hizmeti veren ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık tarafından istihdam edilen iletişim ve teknik uzmanların gözetim ve nezaretinde kolluk görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (CMK m.137/1, Yönetmelik m.14). İletişimin denetlenmesi kararlarının icra edilmesini koordine etmek ve Yönetmelikte belirtilen diğer işlemleri yapmak üzere, ilgili kolluk biriminin (Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı) BTK'da bir temsilcisi bulundurulur (Yönetmelik, m.16).

⁵² Daha ayrıntılı bir tartışma için bkz. İsa Başbüyük, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, C.19, S.1, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.161-204.

⁵³ Centel / Zafer, s. 499.

2. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

Yönetmeliğin 3/p maddesinde sinyal bilgisinin “*Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi*”, ifade ettiği belirtilmektedir. Bu bağlamda, telefon detay kayıtları, fatura bilgileri esas olmak üzere, arayan, aranan, kullanılan cihaz ve yer bilgileri, sinyal bilgilerin değerlendirilmesi tedbiri kapsamında değerlendirilecek bilgiler arasında yer almaktadır. Bu tedbirde, kişiler arasındaki iletişim, iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin izlenmektedir.⁵⁴ Tedbirde görüşmelerin içeriği dışında kalan sinyal bilgileri ile şüpheli veya sanık takip edilerek, aynı güzergâhtan aynı zaman dilimi içerisinde geçmiş olan kişilerin geriye dönük olarak incelenmesi suretiyle bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır.⁵⁵

Ancak CMK'nın 135/1 maddesi gereğince tedbirin hukuka uygun bir tedbir sayılabilmesi için ortada bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmanın bulunması, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması, nihayetinde kararın, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla alınması gerekmektedir.

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri şüpheli veya sanık iletişim halinde iken uygulanabilmektedir. Dolayısıyla tedbir ile yapılacak işlem geleceğe yöneliktir.⁵⁶ Yine CMK'nın 135/8 maddesine göre, tedbire ancak kanunda sayılan katalog suçlar bakımından başvurulabilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir. Bu süre, bir ay daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere sürenin uzatılmasına karar verebilir (CMK m.135/4).

3. Mobil Telefonun Yerinin Tespiti

CMK'nın 135/5 maddesi gereğince, “*Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir*”. Dolayısıyla mobil telefonun yerinin tespiti işlemi katalog suç olup olmadığına bakılmaksızın bütün suçlarla ilgili alınabilecek bir karardır. Tedbir en fazla 3 aylığına uygulanabilir ve süre mahkeme, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar ile başlamaktadır.⁵⁷

⁵⁴ Handan Yokuş Sevük, “Postada El Koyma Ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, S. 69, 2007, TBB Dergisi, ss.97-124, s.109.

⁵⁵ Şahin / Göktürk s. 382.

⁵⁶ Canoğlu, s.68.

⁵⁷ Canoğlu, s. 103.

Tedbire başvurulması için mobil telefonun güncel ve aktif bir iletişim faaliyetinde bulunması şart olmadığı⁵⁸ gibi telefonun şüpheliye ait olması, şüpheli tarafından kullanılıyor ve kullanılmış olması da gerekli değildir. Önemli olan yeri tespit edilmeye çalışılan mobil telefon aracılığıyla şüpheli veya sanığa ulaşılmasının mümkün olmasıdır.⁵⁹ Hüküm şüpheli veya sanığın etrafında bulunan herkesin telefonunun yerinin tespitine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla orantılılık ilkesi gereğince herhangi bir kimsenin değil, şüpheli veya sanıkla irtibatı ortaya konabilen kişilerin mobil telefonunun yerinin tespitine imkân kılacak, alakasız üçüncü kişilerin ise tedbire mazur kalması ihtimalini önleyecek bir ifadenin Kanunda yer alması gerekir.⁶⁰

4. İletişimin tespiti

Yönetmeliğin 3/i maddesine göre, iletişimin tespiti, “*iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri*” ifade eder. Bu nedenle, iletişimin tespitinde sadece hakkında karar verilen telefon vb. iletişim vasıtasıyla yapılan veya bu vasıtanın aranması suretiyle yapılan görüşmeler dinlenip kayda alınabilir. Ortam dinlemesi yapılamaz. Ortam dinlemesi için CMK’nın 140. maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanması gerekir.

Dolayısıyla yalnızca şüpheli veya sanık sıfatı bulunan kişilere ait iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgileri, iletişimin tespiti tedbir kararının kapsamında yer alır.⁶¹ 135. madde kapsamında, iletişimin tespiti tedbirinin uygulanabilmesi için iletişimin güncel ve aktüel olması gerektiği, iletişim bitmiş veya sona ermiş ise bu tür iletişimler ise CMK’nın 160. ve devam eden maddeleri kapsamında yer alması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı düşünceden hareketle SMS veya kısa mesaj yoluyla yapılan iletişimde de iletişim sona ermiş ve sonradan delil toplanıyorsa, konunun CMK 160 vd. maddeleri gereğince ele alınması gerektiği belirtilmektedir.⁶²

İletişimin tespiti tedbirine ilişkin olarak CMK’da herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bununla beraber tedbirin uygulanabileceği kişiler bakımından Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 15.11.2011 tarihli kararında, belli bir baz istasyonundan belirli gün ve saatler arasında görüşme yapan kişilerin aranan ve arayan olarak dökümlerine ait bilgiler ile görüşme yapan kimselerin açık adres ve kimlik bilgilerinin çıkarılması durumunda, bahse konu kişilerin baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişi olmaları ve bu

⁵⁸ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 380.

⁵⁹ Centel / Zafer, s.507. 25.05.2005 tarihli ve 5353 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 17. maddesiyle; CMK’nın 135/5 maddesinde geçen şüphelinin “*kullanmakta olduğu*” ve “*kullanılan*” ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.

⁶⁰ Ünver / Hakeri, s. 461.

⁶¹ Ünver/ Hakeri, s. 458.

⁶² Ünver / Hakeri, s.459, aynı yönde bkz. Öztürk / Kazancı / Güleç, s.297.

kişilerin şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmamaları sebebiyle üçüncü kişiler hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağı ifade edilmiştir.⁶³

Müşteki ve mağdurlar hakkında ise, Cumhuriyet savcısı'nın CMK'nın 160 ve 161. maddesinde düzenlenen genel soruşturma yetkisi kapsamında, şüphelinin kimliğinin tespiti için müşteki ya da mağdur hakkında iletişimin tespiti tedbirine başvuruabileceğini Yargıtay, kabul etmekte idi.⁶⁴ Ancak, tedbirin uygulanmasında görevli idari makam olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve ardından kurulan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı nezdinde yaşanan tereddütler sebebiyle HSK Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın görüşü doğrultusunda, şüphelinin kimliğinin tespiti için Cumhuriyet savcısı'nın CMK'nın 160 ve 161. maddesinde düzenlenen genel soruşturma yetkisi kapsamında müşteki ya da mağdur hakkında iletişimin tespiti tedbirine karar verilebilmesi için müştekinin açık rızasının bulunması gerektiği uygulamada artık kabul edilmektedir.⁶⁵ Ünver ve Hakeri tarafından ifade edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbirinin özel şartları bir yana bırakılarak, ilgili kimsenin rızasının fiili hukuka uygun hale getireceği düşüncesinden hareketle CMK'nın 160 ve 161. maddesi uyarınca yapılacak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi müdahalesinin hukuka uygun sayılması söz konusu olamaz. Bu bağlamda, ancak geriye doğru gidilerek bir tespit yapılması durumunda, mağdur veya şikâyetçinin rızasıyla CMK'nın 160 ve 161. maddesi uyarınca sinyal bilgilerinin tespiti ve değerlendirilmesi söz konusu olabilir.⁶⁶

B. YETKİLİ MERCİ

İletişimin denetlenmesi kapsamında tüm tedbirler için hâkim güvencesi getirilmiştir. (CMK, m. 135/1, 5, 6). Buna göre iletişimin denetlenmesi kapsamında tedbirler hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla alınacaktır. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunacak ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verecektir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacak ve elde edilen deliller kullanılmayacaktır.

⁶³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2011/6-140, K: 2011 /222, T: 15.11. 2011(Gökçen / Balcı /Alşahin vd., s.176).

⁶⁴ Yargıtay 4. CD, E: 2006/2879, K: 2006/6168, T: 28.03.2006 (Gökçen / Balcı / Alşahin vd., s.177); Canoğlu, s.80.Yine Yargıtay 13. Ceza Dairesi'ne göre, kimlerin şüpheli olduğunu belirlemek amacıyla bir baz istasyonunun kapsama alanındaki bütün görüşmelerin ayrıntılarını içeren "baz sorgusu" niteliğindeki talepler mevzuat hükümlerine aykırılık oluşturacaktır (Yargıtay 13. CD, E: 2011/19838, K:2012/22352, T: 31. 10. 2012, Şahin / Göktürk, s.386).

⁶⁵ Yargıtay 13. CD, E: 2011/19838, K:2012/22352, T: 31. 10. 2012 (Şahin / Göktürk, s.386). Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın 26.02. 2015 tarih ve 48626063/59 sayılı görüş yazısı. (Gökçen / Balcı / Alşahin vd., s.177-178). Ayrıca bkz. Yenisey / Nuhoğlu, s. 484.

⁶⁶ Ünver / Hakeri, s.443-444.

İletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması tedbirine hâkim tarafından karar verilmesi veya Cumhuriyet savcısının bu konudaki kararının hâkim tarafından onaylanması halinde, kayıtların incelenmesi için ayrıca hâkim kararına gerek bulunmamaktadır.⁶⁷ Yetkili hâkim, talepte bulunan savcının bulunduğu yer bakımından yetkili sulh ceza hâkimidir. Kovuşturma aşamasında ise yetkili mahkeme davaya bakan mahkemedir. Dolayısıyla tüm Türkiye genelinde icra edilmek üzere verilen iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması kararları hukuka aykırıdır.⁶⁸

Burada tartışılması gereken bir başka husus şüpheli veya sanığın rızasının bulunması halinde halen hâkim kararı alınmasının zorunlu olup olmadığıdır. Yukarıda tartıştığımız ve CMK'nın 160 ve 161. maddesi kapsamında hukuka uygun bulunan müşteki veya mağdurun rızasıyla yapılan iletişimin denetlenmesinden farklı olarak, burada rızanın sanığın veya şüphelinin özgür iradesine dayalı olup olmadığına belirsiz olmasının yanında, gizli nitelikte olması gereken denetlemenin şüphelinin veya sanığın rızası ile nasıl gizli kalacağı ve uygulanacağı da belirsizdir.⁶⁹ Bu nedenle, şüpheli veya sanığın rızasının varlığı, şüpheli veya sanığa kanun yoluyla tanınan güvencenin kaldırılmasını gerektirmez.⁷⁰ Haberleşme özgürlüğü tek başına kullanılabilen bir özgürlük değildir. Haberleşen tarafların ortak özgürlüğüdür. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın rızasının varlığı karar alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.⁷¹

İletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında alınan karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir, yabancı dildeki kayıtlar ise tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir (CMK m.137/2).

Kayıtların çözümlenmesi sırasında kolluğun kayıtları yorumlama yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, kolluğun suçla ilgili olduğunu düşündüğü kısımları büyük harflerle veya koyu yazı karakteriyle tutanağa geçirmesi ya da konuşma içeriğine ilişkin olarak kullanılan jargon hakkında açıklama ve yorum yapması halinde bu durum Cumhuriyet savcısının ve hâkimin delil değerlendirme yetkisine müdahale teşkil edecektir.⁷²

⁶⁷ Ünver / Hakeri s. 462.

⁶⁸ Yargıtay 9. CD, E: 2008/874, K: 2008/22381, T: 04.06. 2008, (Ünver / Hakeri s. 462). Ayrıca bkz. *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey*, (no. 27473/06), 18 July 2017.

⁶⁹ Öztürk / Kazancı / Güleç, s.290.

⁷⁰ Canoğlu, s.78-79; Özbek / Doğan / Bacaksız, s.389; Özen, s.461-462; Öztürk / Kazancı / Güleç, s.290.

⁷¹ Centel / Zafer, s. 499.

⁷² Öztürk / Kazancı / Güleç, s.305.

V. DENETLEME YASAKLARI VE TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

A. TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI OLAN KİŞİLER VE MÜDAFİYLE YAPILAN İLETİŞİM

CMK'nın 135/3 maddesine göre, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir. Görüldüğü üzere yasaklanan husus sadece kayda alma olup şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin dinlenmesi mümkündür. Dinleme yapılmaksızın şüpheli veya sanığın iletişimde bulunduğu kişinin tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasında olup olmadığının tespit edilemeyeceği gerekçe gösterilerek kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye gittiği düşünülebilir. Ancak bu durumun anlaşılması halinde, dinlemeye hemen son verilmesi gerekirken, kanun koyucu dinlemeye devam edilebileceğini ancak kaydın yapılamayacağını belirtmektedir. Bu yönüyle, kayıt yapılmadan dinlemeye devam edilmesi madde hükmünü işlevsiz bırakmaktadır.⁷³ Neticede tanıklıktan çekinme hakkı bulunan ve yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlanamayacak bir kimsenin, bu haklarını dinlemeye devam ederek işlevsiz kılan bir düzenlemenin kanunda yer almasının bir izahatı bulunmamaktadır. Yine sanık hakları bakımından kıyas mümkün olduğundan, tanıklıktan çekinebilecek kimseler için getirilen kayıt yasağının, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve sinyal bilgilerin değerlendirilmesi hakkında da geçerli olduğu düşünülmelidir.⁷⁴ Dolayısıyla, hakkında tedbir kararı bulunan kişiyle aynı suç işlemeye şüphesi altında bulunmaması şartıyla, şüpheli ve tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki WhatsApp yazışmalarının tespit edilememesi, incelenememesi gerekir. Akrabalık ilişkisinin sonradan anlaşılması halinde de CMK'nın 135/3 maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle yazışmalara ilişkin örnekler ve belgeler derhal yok edilmelidir.

Bununla beraber, bu hükmün uygulanabilmesi için tanıklıktan çekinebilecek kişinin hakkında dinleme kararı bulunan kişiyle aynı suç işlemeye şüphesi altında bulunmaması gerekir.⁷⁵ Yargıtay'a göre, tanıklıktan çekinebilecek kimselerin suça karıştıkları önceden başka deliller ile belirlenebilmiş ise ve bu kişiler hakkında da iletişimin tespiti ve kayda alınması kararı verilmiş ise bu kayıtların delil olarak kullanılması mümkündür.⁷⁶ Çünkü bu durumda, tanıklıktan çekinebilecek söz konusu üçüncü kişiler öncelikli olarak sanık veya şüpheli konumunda bulduklarından, durumları CMK'nın 135/3 maddesi kapsamında değerlendirilemez. Aksi yorumda, tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselerin aynı suçta birlikte işlemeleri halinde, bu durumun kanun koyucu tarafından

⁷³ Şahin / Göktürk, s.389; Ünver / Hakeri, s. 465-466.

⁷⁴ Yenisey / Nuhoğlu, s.485-486.

⁷⁵ Centel/Zafer, s.502; Özen, s.466.

⁷⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2011/5- 137, K:2013/58, T:19.02. 2013 (Gökçen / Balcı / Alşahin vd. s.182; Şahin / Göktürk, s.389).

himaye edildiği sonucu ortaya çıkar ki, bu durum kabul edilemez.⁷⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi dosyada sanık konumunda bulunan yakın akrabalar arasında geçen görüşmenin, mahkeme kararıyla dinlenmesi ve kayda alınmasını ve ardından delil olarak değerlendirilmesini, dinleme yapılan her bir akrabanın suçlu olması gerçeği karşısında hukuka uygun bulmuştur.⁷⁸

Yine CMK'nın 136. maddesine göre “*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz.*” Şüpheliye isnat edilen suç nedeniyle avukatın/müdafinin telefonlarının dinlenilmesi, bilahare ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere AIHM tarafından Sözleşmenin 8. maddesine aykırı bulunmuştur.⁷⁹ Burada CMK bakımından üzerinde durulması gereken husus, müdafinin kendisinin aynı soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanık olmaması gerektiğidir. Yani müdafinin kendisinin de suçlandığı bir soruşturma ya da suç sebebiyle hakkında CMK'nın 135. maddesinin uygulanması mümkündür.⁸⁰ Aksi takdirde, müdafinin kendisine bir suç isnadı yapılmamışsa, kendisi ile müdafisi olduğu şüpheli veya sanık arasında müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçlarıyla gerçekleşen iletişim denetlenemez.

Görüldüğü üzere 136. madde gereğince müdafii ile şüpheli veya sanık arasında mobil telefon üzerinden gerçekleşen iletişim hakkında 135. madde hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmaktadır. Ancak bazı yazarlar tarafından da belirtildiği üzere, 136. madde bakımından önemli olan husus telekomünikasyon aracının türü değil, bu araçların kullanıldığı yerdir.⁸¹ Bu nedenle, müdafinin bürosu, konutu veya yerleşim yerinde gerçekleştirilmek koşuluyla, müdafii ile sanık veya şüpheli arasında mobil telefon üzerinden gerçekleşen görüşmelerin denetlenememesi gerekir. Bununla beraber, telekomünikasyon aracının kullanıldığı yere bakılmaksızın şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin mobil telefonuyla şüpheli ve sanıkla yaptığı görüşmenin denetlenememesi hükmün konuluş amacı ve silahların eşitliği ilkesine daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Yine müdafinin bürosu, konutu veya yerleşim yerinde bulunmayan, örneğin karavanında, yazlığında, bağ evinde ya da arabasında bulunan telekomünikasyon araçlarıyla gerçekleşen iletişimin denetlenmesini de madde mümkün kılmaktadır.⁸² Oysa yukarıda belirtildiği üzere, silahların eşitliği ilkesi

⁷⁷ Koçer, s. 447; Şahin/Göktürk, s.389.

⁷⁸ Abdul Cemal Kırçuvanoğlu Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/13205, K. T. 15.04. 2015, para. 30, RG, 20.06.2015, S. 29392, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13205>, (s.e.t. 21.08. 2024), Şahin / Göktürk s. 389.

⁷⁹ *Kopp v. Switzerland* (no.23224/94), (13/1997/797/1000), 25 March 1998; *R.E. v. The United Kingdom* (no. 62498/11), 27 October 2015; Canoğlu s. 118; Ünver / Hakeri, s.466.

⁸⁰ Canoğlu, s.117; Centel / Zafer, s.503; Özen, s.472.

⁸¹ Gökçen / Balcı / Alşahin vd., s.184

⁸² Aynı yönde bkz. Cem Şenol, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi”, C.19, S.2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.1667-1692, s.1682.

gereğince savunma görevini yürüten müdafinin müvekkili olan şüpheli veya sanıkla olan iletişiminin, müdafinin kendisinin de aynı veya bağlantılı başka bir soruşturma ya da kovuşturmada sanık veya şüpheli olmadığı sürece dinlenememesi gerekir. Bu nedenle, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin hakkında 135. madde hükmünün uygulanamayacağına dair bir ibarenin CMK'nın 136. maddesine eklenmesinde fayda bulunmaktadır.⁸³

B. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan delillerin ele geçirilmesi halinde bu delillerin akıbeti CMK'nın 138. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan ve ancak, 135. maddenin sekizinci fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.”*

Maddenin lafzına göre usulüne uygun alınmış iletişimin denetlenmesi kararının icrası sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan, ancak bir başka suçun işlendiği şüphesini uyandıran delillere tesadüf edilmesi halinde, tesadüfen elde edilen delile ilişkin suçun katalog suçlardan biri olması ve durumun derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi halinde, bu delilin başka bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada kullanılması mümkün olacak, aksi takdirde mümkün olmayacaktır.

Bu bağlamda doktrinde ileri sürülen görüşlere bakıldığında,⁸⁴ bir görüşe göre, iletişimin denetlenmesi kararı hangi suç için verildiyse tedbirin icrası o suç için söz konusu olur. İşlendiği düşünülen yeni suça ilişkin tesadüfen elde deliller, yeni bir karar alınmadığı sürece hukuka aykırı olması sebebiyle delil olarak değerlendirilemez.⁸⁵

Bir başka görüş ise durumun derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilip bildirilmediğinden yola çıkmakta, durumun tespit edildikten çok daha sonra ya da denetim süresinin bitiminde Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi halinde elde edilen delilin hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir.⁸⁶

Nihayet bir başka görüş ise iletişimin denetlenmesi kararının icrası sırasında, şüpheli veya sanığın bir başka katalog suçu daha işlediğine dair bilgilere tesadüf edilirse, bu yeni katalog suç bakımından iletişimin denetlenmesine devam edilemeyeceğini, koşulların bulunması halinde, tesadüfen elde edilen delil kapsamında işlendiğinden şüphe edilen yeni

⁸³ Aynı yönde, bkz. Canoğlu, s. 118.

⁸⁴ Başbüyük, s.166-173; M. Süheyl Karakaya, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Esnasında Elde Edilen Tesadüfi Deliller”, C.21, Özel S., 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, ss. 1491-1525.

⁸⁵ Necati Meran, İletişim Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, Seçkin, Ankara 2013, s. 269.

⁸⁶ Kaymaz, s.492.

katalog suç için ayrı ve yeni bir denetim kararının alınması gerektiğini ileri sürmektedir.⁸⁷

Kanaatimizce tesadüfen elde edilen delillere ilişkin CMK'nın 138. maddesinin ikinci fıkrası, bazı yazarların belirttiğinin aksine "iletişimin denetlenmesinde hâkim kararı şartının aranmasının bir defaya mahsus istisnasını"⁸⁸ oluşturmamaktadır. Çünkü ortada usulüne göre alınmış bir hâkim kararı vardır. Yine kanaatimizce de bir delilin ispat aracı olarak kullanılamamasından kaynaklanan "*sınırlama yasağı*" ile hukuka aykırı olarak elde edilmesinden kaynaklanan "*delil yasağı*" aynı şey değildir.⁸⁹ Dolayısıyla, usulüne uygun alınmış bir iletişimin denetlenmesi kararının icrası sırasında, başka bir katalog suçun işlendiğini gösteren ve tesadüfen elde edilen delilin, tesadüf edildiği dinlemeden hemen sonra Cumhuriyet Savcılığına bildirilmemesi halinde o delil hukuka aykırı elde edilmiş sayılamaz. Ancak başka bir soruşturma ya da kovuşturmada da ispat aracı olarak kullanılamaz.⁹⁰ TCK'nın 279. maddesi gereğince kamu görevlisi olan kolluk görevlilerinin durumu Cumhuriyet Savcılığına intikali zorunlu olup Cumhuriyet Savcılığının da bu bulguyu yeni bir soruşturma başlatılmasına dayanak olarak kabul etmesi gerekir. Görüldüğü üzere iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delilin, katalogda suçlardan birine ilişkin olup olmadığına ilişkin değerlendirme Cumhuriyet savcısı yerine kolluk görevlisi tarafından yapılmaktadır. Oysa elde edilen delilin katalog kapsamında yer alan bir suçla ilgili olup olmadığına değerlendirilmesi mutlak suretle Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmalıdır. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesine uygun olduğu söylenemez.⁹¹

Yargıtay, delilin ilk elde edildiği dinlemenin hemen ardından Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi gerektiğini, aksi takdirde delilin yasa dışı elde edilmiş sayılacağını belirtmektedir.⁹² Bununla beraber, yine Yargıtay'a göre, süresinde bildirilmek ve katalog suçlara ilişkin olmak kaydıyla, tesadüfen elde edilen yeni delilin başka soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilmesi mümkündür.⁹³ Bu durumda, işlendiği şüphesi oluşan yeni katalog suçun mutlaka aynı şüpheli veya sanık tarafından işlenmesi gerekmemektedir.⁹⁴

⁸⁷ Mustafa Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, 3 Baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s.187.

⁸⁸ Koçer, s.446; Şahin, s.1111; Şahin / Göktürk, s.391.

⁸⁹ Ünver / Hakeri, s. 470-471.

⁹⁰ Centel ve Zafer'e göre, tesadüfen elde edilen delil, katalog suçlardan birine ilişkin değil ise bu delilin soruşturma başlatmaya yeterli sayılması mümkündür. Ancak bu hususun kovuşturma aşamasında delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, Centel / Zafer s. 505.

⁹¹ Koçer, s.460.

⁹² Yargıtay 16.CD, E: 2016/2223, K: 2016/2948, T: 31. 03. 2016 (Şahin / Göktürk, s. 392).

⁹³ Yargıtay 5. CD, E: 2021/5889, K: 2022/10165, T: 08.09.2022 (Canoğlu, s.131).

⁹⁴ "Sanıklardan N'nin suç işlemek için örgüt kurmak ve resmi belgede sahtecilik suçlarından iletişiminin tespitine karar verildiği, diğer sanık hakkında iletişimin tespitine ilişkin karar bulunmamakla birlikte Dairemizce de benimsenen Yargıtay

Tesadüfen elde edilen delilin katalog suça ilişkin bulunmaması halinde örneğin suç işlemek için örgüt kurma suçundan (TCK m.220) yapılan soruşturmada hırsızlık ve iş yeri dokunulmazlığı suçunun da işlendiği yönünde delile tesadüf edilmesi halinde, bu delilin muhafazasının mümkün olmadığı ve yok edilmesi gerektiği Doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.⁹⁵ Bu durumda, kanun koyucunun katalog suçlar yönünden bilinçli bir tercihte bulunduğu, katalog olmayan suçlar yönünden tesadüfen elde edilen delillerin yok edilmesini öngördüğü ileri sürülmektedir. Ancak, katalog suça ilişkin olmayan ve tesadüfen elde edilen delilin hükme esas teşkil etmemesi ve ispat aracı olarak kullanılamaması durumu, bu hususun başlangıç şüphesine esas teşkil edemeyeceği şeklinde geniş yorumlanmamalıdır.⁹⁶ Çünkü yukarıda izah ettiğimiz üzere, tesadüfen elde edilen delile esas teşkil eden bir yargı kararı aslında vardır. Burada katalog suçlar dışında bir suçun işlendiği konusunun Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesinden amaç, Cumhuriyet Savcılığının dikkatini çekmek, araştırmaya sevk etmek, şüpheden haberdar etmektir.⁹⁷ Dolayısıyla tesadüfen elde edilen katalog suç dışında bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran delillerin de Cumhuriyet Savcılığı'na iletilmesi Cumhuriyet Savcılığının bu delili başlangıç şüphesine esas alması ve soruşturma açarak, delil durumuna göre, soruşturma sürecini sonuçlandırması mümkün olmalıdır. Bununla beraber, bu yaklaşımımızın, işlendiği şüphesi oluşan ve katalog suça ilişkin olmayan yeni suçun, aynı şüpheli veya sanık tarafından işlendiğinin iddia edilmesi halinde geçerli olacağı bilinmelidir. Dolayısıyla, bu tür tesadüfen elde edilen delillerin, asıl denetleme kararına konu olmayan üçüncü kişiler için başlangıç şüphesine esas teşkil etmesi, hak ihlallerine sebebiyet vereceğinden, üçüncü kişiler hakkında elde edilen bu tür delillerin savcı denetiminde yok edilmesi, insan haklarına ve hukuk devleti ilkesine daha uygun bir yaklaşım olacaktır.⁹⁸

Ceza Genel Kurulunun 12.06.2007 gün ve 2006/5.MD-154/145 sayılı kararında belirtildiği üzere 5271 sayılı CMK'nın 135/8. fıkrasında yer alan suçlar yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen delillerin CMK'nın 138/2. maddesi uyarınca hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan görüşmelerin diğer tarafı olan kişiler için de yasal delil olarak kabul edileceğinden, diğer sanık hakkında CMK'nın 138/2. maddesine göre elde edilen delillerin yasal delil niteliğinde bulunduğu..." Yargıtay 5. CD, E: 2014/1488, K: 2014/2295, T: 04.03. 2014 (Ünver / Hakeri, s.471-472).

⁹⁵ Canoğlu, s. 131; Yargıtay 2. CD, E: 2022/11707, K: 2022/20662, T: 08.12. 2022 (Özbek / Doğan / Bacaksız, s.395).

⁹⁶ Tesadüfen elde edilen delillerin katalog suçlar dışındaki suçlar için başlangıç şüphesine dahi esas teşkil edemeyeceğine dair görüş için bkz. Öztürk / Kazancı / Güleç s.311-312.

⁹⁷ Karakaya, s.1502.

⁹⁸ Aynı yönde bkz. Karakaya, s.1507, 1521.

VI. ELDE EDİLEN İÇERİĞİN DELİL DEĞERİ VE BİLGİLERİN YOK EDİLMESİ

A. İLETİŞİMİN DENETLENMESİ YOLUYLA ELDE EDİLEN İÇERİĞİN DELİL DEĞERİ

İletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla edilen bulguların belirti delili sayılması gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁹ Yargıtay uygulamasına göre, şüpheli telefonda açıkça suçunu itiraf etse bile bunu destekler nitelikte başkaca delil elde edilmez ise söz konusu kanıtlar vicdani kanaatin oluşumu bakımından yeterli sayılamaz.¹⁰⁰ Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla elde edilen bulguların hüküm verirken doğrudan kullanılacak delil niteliğine nadiren sahip olduğu, ancak dinlemeyi yapan memurun duyduğu konuşmanın aynı zamanda tanığı olması sebebiyle, bu memurun dinlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerin tanık delili olarak doğrudan delil ve ispat aracı olarak kullanılabilmesi belirtilmektedir.¹⁰¹ Buna rağmen, konuşmayı doğrudan herhangi bir vasıta olmaksızın dinleyen ya da duyanın tanıklığı ile iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması suretiyle dinleyen memurun tanıklığı arasında fark olduğu, bu tür bir vasıtanın tanıklığın delil değerini olumsuz etkilediği ve delil değerinin düşük olduğu belirtilmektedir.¹⁰²

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluyla elde edilen veriler ise açık veya kapalı elektrik devreleri biçiminde ortaya çıkan ve gözle görülemeyen ve elle tutulamayan veriler olduğundan, bunların da bilirkişi incelemesi yoluyla anlamlandırılması gerekir. Ortaya çıkan veri bir kimsenin hangi saatlerde nerede olduğuna dair dolaylı olarak fikir veren verilerdir. Bunlar doğrudan ispat aracı olarak kullanılamasa da şüphe sebebi olarak kullanılabilir. Mobil telefonun yerinin tespitinde ise amaç sadece şüpheli veya sanığı yakalamak olduğundan, bu amaç dışında başka bir hususun ispatında delil olarak kullanılabilme olanağı bulunmamaktadır.¹⁰³ İletişimin denetlenmesi yolu ile elde edilen bilgilerin delil değeri ve bunların yargılamada sunulmasına ilişkin olarak Federal Alman Yargıtay'ının bant delilinin duruşmada ya seslendirilerek "*keşif usulü ile*", veya muhtevası hakkındaki tutanağın duruşmada "*belge okunması suretiyle*" ikame edilmesine karar verdiği bilinmektedir.¹⁰⁴

Ünver ve Hakeri'ye göre, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen içeriğin delil sayılmayıp belirti ya da emare sayılmasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Bu yazarlara göre,

⁹⁹ Canoğlu, s.120; Centel, s.187; Centel / Zafer, s.495-496; Karakehya, s.283-284; Özbek / Doğan / Bacaksız, s.398; Özen; s. 480; Öztürk / Kazancı / Güleç, s.312-313; Yenisey / Nuhoglu, 498-499.

¹⁰⁰ Yargıtay 9. CD, E: 2011/6292, K: 2011/12593, T: 19.07. 2011 (Ünver / Hakeri, s.472; Karakehya, s. 284). Yargıtay 10.CD, E: 2007/11806, K:12471, T: 02.11. 2007 (Karakehya, s. 284).

¹⁰¹ Canoğlu, s.127; Yenisey / Nuhoglu, s.498-499.

¹⁰² Canoğlu, s. 127.

¹⁰³ Yenisey / Nuhoglu, s.499.

¹⁰⁴ Yenisey / Nuhoglu, s.500.

öğretide aslında tartışılan husus denetim sonucunda elde edilen içeriğin ispat gücüdür ve “*delil olma*” ile “*ispat gücünü*” birbirine karıştırmamak gerekir.¹⁰⁵ Bu yazarlara göre, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen içeriğin olayın öncesi ve sonrasına dair tüm yönleri yansıtmaması, sadece belli bir kesitle ilgili olarak iletişimde bulunan kimselerin kuşkulu açıklamalarını yansıtmayı sebebiyle, bir vakıayı tek başına ispat edebilme gücünün bu içeriğe atfedilmesi mümkün değildir. Ancak temsil ettikleri olay bakımından bu içerikler ispat gücünü haizdir ve bunun için ayrıca bir başka delil veya emare ile desteklenmelerine ihtiyaç yoktur.¹⁰⁶ Yine bu yazarlara göre, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen içeriğin delil sayılması halinde, susma hakkının ihlal edilmiş sayılacağı yönündeki görüş tutarlı olmayıp bu kapsamda yapılan işlem bir suç nedeniyle ilgili kişilerin beyanlarından yola çıkılarak doğrudan veya dolaylı delil elde edilmesidir.¹⁰⁷ Kanaatimizce, iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen içeriğin delil sayılmayıp belirti ya da emare sayılması yönündeki yaklaşım, başka türlü delil elde etme olanağının bulunmadığı ve vakıanın başka türlü ispat edilemediği hallerde maddi gerçeğe ulaşmayı engelleyecek ve hak ihlallerine sebebiyet verecek bir niteliğe sahip olup somut olayın özelliklerine göre bu yaklaşımın esnetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, kanaatimizce iletişimin denetlenmesi yoluyla ele edilen bulguların ispat gücüne ilişkin kesin kurallar koymak ve mahkûmiyet için somut diğer delillerin varlığının gerekli olduğuna dair kategorik değerlendirmelerde bulunmak yerine, her suçun özelliğine ve unsurlarına göre kayıtların tek başına ispata yeterli olup olmadığını değerlendirmek daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.¹⁰⁸ Örneğin cinsel saldırı suçunda iletişim denetlenmesi yoluyla elde edilen bulgular cinsel ilişkinin var olup olmadığı konusunda ispat aracı olarak kullanılamasa da ilişkinin rızai mi yoksa zorla olup olmadığı konusunda ispat aracı olarak kullanılabilir.¹⁰⁹

B. BİLGİLERİN İMHA EDİLMESİ

CMK'nın 137/3 maddesine göre, 135. madde gereğince iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilecektir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilecektir. Beraat kararı verilmesi durumunda ise tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar, hâkim denetimi altında aynı usulle yok edilecektir.

¹⁰⁵ Ünver / Hakeri, s. 474.

¹⁰⁶ Ünver / Hakeri, s. 474.

¹⁰⁷ Ünver / Hakeri, s.473- 474.

¹⁰⁸ Bkz aynı yönde Karakehya, s.284.

¹⁰⁹ Yargıtay 5. CD, K: 2008/4651, T: 20.05.2008 (Yenisey / Nuhoğlu, s.498).

Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma veya kovuşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkeme, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verecektir (CMK m. 137/4).

Kayıtların ya da iletişim içeriklerinin yok edilmesine ilişkin CMK'nın 137. maddesinin, iletişimin tespiti ve dinlenmesi açısından düzenleme getirdiği, sinyal bilgisinin değerlendirilmesine ilişkin açık bir hükmün maddede yer almadığı görülmektedir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin tedbirin sonradan kanuna eklenmesi sebebiyle böyle bir ayırım olduğu belirtilmektedir. Ancak CMK'nın 137. maddesinin üçüncü fıkrasının başında "135. maddeye göre verilen karar" dan söz edildiği için sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluyla elde edilen bilgilerin de 137. madde kapsamına girmesi mümkün gözükmektedir.¹¹⁰

Bununla beraber, 137. madde gereğince kayıtların yok edilmesi için beraat kararının kesinleşmesini beklemeye de gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda, başka deliller ile iddialar desteklenmediği sürece, karara karşı istinaf yoluna gidilmesi halinde yok edilen delillere istinaf mahkemesinin ulaşma olanağı bulunmadığından, istinaf mahkemesinin beraat kararı vermekten başka seçeneği olamayacaktır. Yine kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi üzerine kayıt tutanaklarının yok edilmesi, bu tutanakların ve kayıtların itiraz davasında değerlendirilebilmesini ortadan kaldırmakta, başka bir deyişle, itiraz davası konusuz kalabilmektedir.¹¹¹ Bu nedenle, içeriklerin yok edilebilmesi için kanuna gerek beraat gerekse kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının kesinleşmesi gerektiği yönünde hüküm konmalıdır.¹¹²

AİHM'in özellikle şüpheli hakkında soruşturma veya kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi ya da sanığın beraat etmesi halinde tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi gerektiğine dair açık kanuni düzenleme yapılması, kolluğun ve yargı makamlarının bu konudaki yetkisinin sınırlarının açık bir şekilde düzenlenmesi, aksi durumun AİHS'in 8. maddesinin ihlali anlamına geleceğine dair *Kruslin*¹¹³ kararı göz önüne alındığında mevcut 137. maddenin daha açık düzenlenmesi gerekmektedir.

VII. İLETİŞİMİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN AİHM KARARLARI

AİHS'in "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesine göre herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine (*correspondence*) saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, haberleşme hakkına idarenin müdahalesi, demokratik bir toplumda milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın veya başkalarının hak ve

¹¹⁰ Şahin / Göktürk, s. 391.

¹¹¹ Centel / Zafer, s.504.

¹¹² Canoğlu, s.137; Centel / Zafer, s.504; Yenisey / Nuhoglu, s. 503.

¹¹³ *Kruslin v. France* (no.11801/85), §§ 35-36, 24 April 1990.

özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması ve müdahalenin ancak kanunla öngörölmüş durumunda söz konusu olabilir.

Bu bağlamda, AIHM, AIHS'in 8. maddesi kapsamına giren iletişimin denetlenmesi tedbiri ve iletişim kavramının kapsamı konusundaki ilk değerlendirmelerini Almanya'ya karşı verilen *Klass ve diğeri*¹¹⁴ kararında yapmıştır.¹¹⁵ Mahkeme, öncelikle, AIHS'in 8. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa bile telefon görüşmelerinin, özel hayat (*private life*) ve haberleşme (*correspondence*) kavramlarının kapsamına girdiğini¹¹⁶ belirtmiştir. Ancak, demokratik toplumların son derece gelişmiş casusluk faaliyetleri ve terörizm tarafından tehdit edildiğine dikkat çeken Mahkeme, bunun sonucunda devletlerin bu gibi tehditlerle mücadele edebilmek için kendi yetki sınırları içerisinde faaliyet gösteren bölücü unsurları gizli bir şekilde izleme görevini üstlenebileceğini belirtmiştir. Ardından, Mahkeme, polis devletinin bir göstergesi olarak algılanabilecek posta veya telekomünikasyon yoluyla yapılacak iletişimin denetlenmesine izin veren düzenlemelerin, milli güvenliğin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi istisnai durumlarda ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde mümkün olabileceğini ifade etmiştir.¹¹⁷

Mahkemeye göre, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına ilişkin olarak hangi sistem benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmalara karşı yeterli ve etkili güvencelerin sağlanması,¹¹⁸ tedbir sona erdiğinde tedbirin amacını tehlikeye düşürmeyecek şekilde tedbire maruz kalanların durumdan haberdar edilmesi¹¹⁹ gerekmektedir. Yine Mahkemeye göre, bir kimsenin özel hayatına ve haberleşme hakkına müdahale edildiğini iddia edebilmesi için, tedbirin kendisi hakkında doğrudan doğruya uygulanması gerekli değildir. Belli koşullarda, davacıya fiilen uygulanmamış olsa da, özel hayata ve haberleşme hakkına müdahale ettiği düşünülen normun bizatihi varlığı, başka bir deyişle, davacıya bu normun uygulanma ihtimali ya da riski 8. maddenin ihlali için yeterlidir.¹²⁰

Bu kararın ardından Mahkeme, İngiltere hakkında verdiği *Malone*¹²¹ kararında sınırlamanın kanunla öngörölmüş olması koşulundan ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirmiştir. *Malone* kararına ilişkin olayda, antika satıcısı olan *James Malone* hakkında hırsızlık suçundan elde edilen malı

¹¹⁴ *Klass and Others v. Germany* (no.5029/71), 6 September 1978.

¹¹⁵ Bu makale kapsamında aktarılan AIHM kararları, AIHM veri bankası (<https://hudoc.echr.coe.int>) üzerinden İngilizce olarak temin edilmiştir. İngilizce orijinaline uygun olarak kararların künyesi için "*Applicant v.*" formatı kullanılmıştır. Bu makalede tartışılmayan ve AIHM veri bankasında yer alan diğer kesinleşmemiş kararlar için bkz. Factsheet, Personal data protection, November 2023, https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Data_ENG (s.e.t.21.08.2024).

¹¹⁶ *Klass and Others v. Germany*, § 41. Ayrıca bakınız *Halford v. the United Kingdom*, (no.20605/92) *Reports* 1997-III, p. 1016, § 44, 25 June 1997.

¹¹⁷ *Klass and Others v. Germany*, §§ 42, 48.

¹¹⁸ *Klass and Others v. Germany*, § 50.

¹¹⁹ *Klass and Others v. Germany*, § 58.

¹²⁰ *Klass and Others v. Germany*, § 34.

¹²¹ *Malone v. The United Kingdom* (no. 8691/79), 2 August 1984.

elinde bulundurmak ve satılmasına aracılık etmek suçundan dava açılmıştır. Yargılamada sunulan delillerden, *Malon*'un yaptığı telefon görüşmelerinin içeriğinin kaydedildiğine dair notların soruşturmayı yürüten polislerden birinin not defterinde yer aldığı anlaşılmış, bununla beraber *James Malon*'u arayan ve *Malone* tarafından aranan numaralar ile görüşme sürelerinin de uzun bir süreden beri kaydedildiği (*metering*/iletişimin tespiti) iddia edilmiştir.¹²² Gerek iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, gerekse iletişimin tespiti tedbirinin İngiltere'de hukuksal zemine kavuşmasını sağlayan, *the British Telecommunications Act*'ın yürürlüğe girdiği 1981 yılından önce, 1977 yılında meydana gelen bu olayda, İngiltere'de posta ve telgraf yoluyla yapılan iletişimin içeriğinin denetlenmesine izin veren Kanun (*the Post Office Act 1953, the Post Office Act 1969, the Telegraph Act 1863*) mevcut iken, telefon görüşmelerinin denetlenmesine açık bir şekilde izin veren bir kanun hükmü bulunmamaktaydı. Telefon içeriklerinin de telgraf içerikleri gibi kablo ve tel üzerinden aktarılan sinyaller üzerinden sağlandığı gerekçe gösterilerek, telefon üzerinden yapılan iletişimin denetlenmesi ve kayda alınması kıyas yolu ile gerçekleşmekte idi.¹²³

İngiltere'de uygulamanın kıyas yoluyla gerçekleşmesinden hareketle, Mahkeme, öncelikle sınırlamanın kanunla öngörülmüş olması kuralının şekil olarak sadece milli hukukta bir kanuni düzenleme yapılması ile karşılanamayacağını, kanunun içeriğinin ve niteliğinin de önemli olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, Mahkeme, kanunla öngörülen kuralın aynı zamanda AİHS'in önsözünde de yer alan hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesine de uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Ardından, dinlemenin gizli yapılması sebebiyle bu tedbirin kötüye kullanılma riskini her zaman barındırdığını, buna karşı önlemlerin de milli hukukta alınması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁴ Bu bağlamda, Mahkeme, idari makamların gizli yürüttüğü, kötüye kullanılması mümkün olan, özel hayata ve haberleşme hakkına müdahale etme riskini barındıran telefon dinlemeye ilişkin kuralların, tedbirin, hangi şart ve koşullarda uygulanabileceğinin vatandaşlar tarafından önceden öngörülmesine imkân verecek açıklıkta olması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁵ Ancak söz konusu öngörme, tedbirin muhtemel uygulanma zamanını önceden öngörme ve böylece hukuk kuralını ihlal etmekten kaçınma şeklinde anlaşılmamalıdır.¹²⁶

Bu veriler ışığında AİHM, olayın yaşandığı 1977 yılında telefonların dinlenilmesi ve kayda alınmasına ilişkin kanuni bir düzenlemenin

¹²² *Malone v. The United Kingdom*, §§ 12-18

¹²³ *Malone v. The United Kingdom*, §§ 19-30

¹²⁴ *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

¹²⁵ *Malone v. The United Kingdom*, § 67. Ayrıca bkz. *Halford v. the United Kingdom*, § 49. AİHM daha sonraki kararlarında makul sayılabilecek açıklık ve öngörülebilirlik kavramına ilişkin olarak, tedbir kararının uygulanabileceği suçların tam ve ayrıntılı bir listesinin kanunda yer almasının gerekli olmadığını, ancak tedbir kapsamına giren suçlar hakkında yeterli bir bilginin kanunda yer alması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. *Kennedy v. The United Kingdom* (no.26839/05), § 159, 18 May 2010; *R.E. v. The United Kingdom* (no. 62498/11), § 132, 27 October 2015.

¹²⁶ *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

İngiltere’de bulunmadığını, mevcut düzenlemelerin muğlak ve farklı yorumlara açık olduğunu,¹²⁷ iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması konusunda kanunda yer alan düzenleme ile kanunda yer almayıp idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda makul sayılabilecek bir açıklığın (*reasonable certainty*) bulunmadığını ifade etmiştir. Bu belirsizlik ve muğlaklık karşısında, Mahkeme, İngiltere ve Galler’de telefonların dinlenilmesine ve kayda alınmasına ilişkin olay tarihinde uygulanan mevzuatın kanunla öngörülmüş olma kuralını karşılamadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, uygulanan kuralın idari makamlara verilen takdir hakkının kapsamı ve bunun usulü konusunda makul sayılabilecek bir açıklık içermemesi sebebiyle, demokratik bir toplumda vatandaşların haklarının korunması için sağlanması gereken asgari korumayı da sağlaması mümkün değildir.¹²⁸

*Malone*¹²⁹ kararını takip eden ve Fransa’ya karşı verilen *Kruslin*,¹³⁰ ve *Huvig*¹³¹ kararlarında da, AİHM iletişimin denetlenmesi tedbirinin kanunla öngörülmüş olması hususunu tartışmış ve *Malone* kararındaki gerekçelerini benimsemiştir. Mahkemenin *Kruslin* kararında yaptığı değerlendirmeye göre, 1982 yılında Fransız mevzuatı, iletişimin denetlenmesi tedbirinin çeşitli şekillerde kötüye kullanılmasını önleyecek yeterli koruma mekanizmasına sahip değildir. Örneğin, tedbire maruz kalabilecek kişiler ile tedbirin uygulanabileceği suçlar hiçbir yerde tanımlanmamıştır. Tedbirin azami süresi konusunda tedbir kararını veren hâkimi sınırlayıcı bir hüküm de bulunmamaktadır.¹³² Aynı şekilde, dinlenen telefon kaydının sürekli olmasını sağlayacak bir usul olmadığı gibi, kaydın nasıl tutanak altına alınıp yazılı hale getirileceği de belli değildir. Mahkemeye sunulan kayıtların orijinal kayıtlar olup olmadığı hususunda alınacak önlemler ile orijinal kayıtların süre ve sayısını doğrulama imkânından yoksun hâkime ve savunma makamına kayıtların denetim ve inceleme için nasıl sunulacağı ve bu konuda alınabilecek önlemler de belirlenmemiştir.¹³³ Nihayetinde, hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilen şüpheli ya da yargılama sonrası mahkemece hakkında beraat kararı verilen sanığa ilişkin dinleme kayıtlarının nasıl yok edileceğine veya silineceğine ilişkin bir usulün de dava tarihinde Fransız mevzuatında olmadığı gözlenmiştir. Bu verilere göre, Fransa’daki uygulamanın düzenleyici kontrol mekanizmasına sahip olmadığını belirten Mahkeme,¹³⁴ olay tarihinde yazılı ya da yazılı olmayan Fransız hukukunun tedbirin kapsamı, tedbiri uygulayacak idari makamların takdir yetkisinin sınırları konusunda, makul bir açıklık (*reasonable clarity*) içermediğini, davacı *Jean Kruslin*’in haklarının korunması için demokratik bir toplumda hukuk devleti kurallarına göre sağlanması gereken asgari

¹²⁷ *Malone v. The United Kingdom*, § 79.

¹²⁸ *Malone v. The United Kingdom*, §§ 79-80, 87.

¹²⁹ *Malone v. The United Kingdom*, § 79

¹³⁰ *Kruslin v. France* (no.11801/85), §§ 35-36, 24 April 1990.

¹³¹ *Huvig v. France* (no.11105/84), §§ 34-35, 24 April 1990.

¹³² *Kruslin v. France*, § 35.

¹³³ *Kruslin v. France*, § 35.

¹³⁴ *Kruslin v. France*, § 35.

korumanın sağlanmadığını, bu nedenle, Fransız mevzuatının *Malone* kararında da açıklandığı üzere kanunla düzenlenme koşulunu yerine getirmedeğini ve AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir.¹³⁵

A. AVUKATIN/MÜDAFİNİN TELEFONLARININ DİNLENİLMESİ

*Kopp*¹³⁶ kararında, Mahkeme avukatların vekil/müdafî sıfatıyla iletişimin denetlenmesi tedbirinden muaf tutulmasıyla ilgili görüşünü dile getirmiştir. Söz konu karara konu olayda, *Hans W. Kopp* avukat olup İsviçre Federal Polis ve Adalet Teşkilatı'nın Başkanı¹³⁷ olan *Elisabeth Kopp* ile evlidir. Kara para aklama ve devlet sırlarını açığa vurma faaliyetine giriştiğinden şüphelenilen *Elisabeth Kopp*'un telefonları iletişimin denetlenmesi tedbirine tabi tutulmuştur. Ancak söz konusu tedbir kararında *Elisabeth Kopp*'a devlet görevi sebebiyle tahsis edilen gizli hattın yanında, eşi *Hans W. Kopp*'a ait kişisel telefon hattı ve avukatlık ofisine ait telefon hattı da dâhil olmak üzere toplam 13 hattın dinlenmesine izin verilmiştir. Tedbir kararında *Hans W. Kopp*'un telefonlarının, şüpheli değil, üçüncü şahıs sıfatıyla (*third party*) dinleneceği belirtilmiştir.¹³⁸ *Elisabeth Kopp*'un soruşturmada aklanması üzerine, *Hans W. Kopp*'a yürütülen soruşturmada kendisinin ve avukatlık ofisinin telefonunun dinlendiği, ancak avukat sıfatıyla yürüttüğü faaliyetlerin tedbir kapsamında dinlenmediği ve kayda alınmadığı, ayrıca tüm dinleme kayıtlarının yok edildiği hususunda bir mektup gönderilmiştir.¹³⁹ Bunun üzerine durum AİHM'e intikal etmiştir.

AİHM konuya ilişkin olarak öncelikle, avukatlık bürosu veya hukuk ofisi gibi ticari niteliğe sahip kuruluşların yaptığı telefon görüşmelerinin de Sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrası anlamında özel hayat (*private life*) ve haberleşme (*correspondence*) kavramlarının kapsamına girdiğini belirtmiştir.¹⁴⁰ Ardından *Hans W. Kopp*'un taraf olduğu telefon görüşmelerine ilişkin kayıtların soruşturma makamlarına sunulmamasının ve sonradan yok edilmesinin önemli olmadığını, telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kayda alınmasının bizatihi kendisinin 8. madde tarafından korunan haklara müdahale sayılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁴¹ *Halford*¹⁴² kararındaki gerekçelerine dikkat çeken Mahkeme, bu kararda da belirtildiği üzere, gizli telefon dinleme tedbirine ilişkin kuralların, tedbirin, hangi şart ve koşullarda

¹³⁵ *Kruslin v. France*, § 36.

¹³⁶ *Kopp v. Switzerland* (no.23224/94), (13/1997/797/1000), 25 March 1998.

¹³⁷ The head of the Federal Department of Justice and Police.

¹³⁸ *Kopp v. Switzerland*, §§ 6-18.

¹³⁹ *Kopp v. Switzerland*, § 25.

¹⁴⁰ *Kopp v. Switzerland*, § 50. Ayrıca bkz. *Halford v. the United Kingdom*, § 44.

¹⁴¹ *Kopp v. Switzerland*, §§ 51-53; *Halford v. The United Kingdom*, § 48; *Malone v. The United Kingdom*, § 64;

¹⁴² *Halford v. The United Kingdom*, § 49. Aynı yönde bkz. *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

uygulanabileceğinin vatandaşlar tarafından önceden öngörülmesine imkân verecek açıklıkta olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴³

Son olarak İsviçre devletinin avukatların iletişimin denetlenmesi tedbirinden muaf tutulmasına ilişkin kuralın, vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan avukat/müdafî/vekil sıfatıyla yürütülen işlerde geçerli olabileceği iddiasına karşılık olarak, AİHM, İsviçre hukukunun avukat-müvekkil arasında yürütülen bir işlemin hangi hal ve koşullarda vekalet ilişkisinin kapsamında kalacağına, hangi hal ve koşullarda ise vekalet ilişkisinin dışında tutulacağına ilişkin sınırları açık bir biçimde belirlemediğini ifade etmiştir.¹⁴⁴

Bu belirsizlik karşısında Mahkeme, olay tarihinde yazılı ya da yazılı olmayan İsviçre hukukunun tedbirin kapsamı konusunda yeterli bir açıklık (*sufficient clarity*) içermediğine, davacı *Hans W. Kopp*'a avukat sıfatıyla haklarının korunması için demokratik hukuk devleti kurallarına göre sağlanması gereken asgari korumanın sağlanmadığına, telefon dinlemeye ilişkin düzenlemenin nitelik (*quality*) olarak hukuk devleti kurallarıyla bağdaşmadığına ve AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁴⁵

Avukatın vekil veya müdafî sıfatıyla müvekkili ya da şüpheli ile yaptığı görüşmelerin kaydedilip kaydedilemeyeceğine ilişkin benzer bir diğer karar AİHM tarafından İngiltere'ye karşı *R.E* ¹⁴⁶ kararında verilmiştir. AİHM bu kararında öncelikle müdafî ile şüpheli arasında kollukta geçen görüşmelerin gizli bir şekilde kaydının avukat ile müvekkili arasında geçen iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması durumu ile benzerlik gösterdiğini belirtmiştir.¹⁴⁷ Davaya konu olayda, Kuzey İrlanda'da avukatların müvekkilleriyle kollukta yaptığı görüşmelerin gizlice kaydedildiğinin ortaya çıkması üzerine, 15 Mart 2009 tarihinde psikolojik sorunları bulunan ve bir polis memurunun öldürülmesine karıştığı için gözaltına alınan 20 yaşındaki bir gencin avukatı, müvekkili ile yapacağı görüşmenin kayıt altına alınmayacağına garantisinin verilmesini polisten istemiş, polis görüşmenin kayıt edilip edilmeyeceği konusunda bir garanti veremeyeceğini belirtmiş, bunun üzerine olay AİHM'e intikal etmiştir.¹⁴⁸

AİHM bu davaya ilişkin olarak müdafî ile şüpheli arasında kollukta geçen görüşmelerin gizli bir şekilde kaydının avukat ile müvekkili arasında geçen iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ile benzerlik gösterdiğini ve Sözleşmenin 8. maddesinin kişiler arasındaki tüm haberleşmenin gizliliğini ve mahremiyetini koruma altına aldığını belirtmiştir. Ancak Mahkemeye göre, avukat-müvekkil ilişkisi söz konusu olduğunda, bu mahremiyete daha fazla bir koruma sağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde, avukat ve müvekkili arasındaki görüş alışverişinin gizli kalacağının garanti edilmemesi halinde, avukatların, avukat veya müdafî sıfatıyla müvekkillerini gereği gibi

¹⁴³ *Kopp v. Switzerland*, § 64.

¹⁴⁴ *Kopp v. Switzerland*, § 73.

¹⁴⁵ *Kopp v. Switzerland*, § 75.

¹⁴⁶ *R.E. v. The United Kingdom* (no. 62498/11), 27 October 2015.

¹⁴⁷ *R.E. v. The United Kingdom*, § 131.

¹⁴⁸ *R.E. v. The United Kingdom*, §§ 5-23.

koruması mümkün olamayacaktır. Bu nedenle, Mahkeme avukatların hukuki danışmanlık yapmak veya tavsiye vermek amacıyla müvekkilleriyle yaptıkları görüşmenin kaydedilmesinin, bir kimsenin özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına yapılmış oldukça ileri boyutta bir müdahale olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁹ Mahkeme, Kuzey İrlanda'da İngiltere'nin milli güvenlik gerekçesiyle uyguladığı bu tür uygulamalara ilişkin mevzuatın, davacının şüpheli sıfatıyla müdafisiyle kollukta yaptığı ve mahrem kalması gereken görüşmelere gerekli korumayı sağlamadığını ve Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹⁵⁰

B. İSTİHBARAT VE ÖNLEME AMAÇLI DİNLEMELER

İstihbarat ve önleme amaçlı dinlemeler ve bunlara dayanılarak tutulan arşiv kayıtları ve fişler (*card index*) kapsamında AİHM tutumunu İsviçre'ye karşı verilen *Amann*¹⁵¹ kararında açıklamıştır. Bu karara konu olayda, İsviçre vatandaşı olan *Hermann Amann* İsviçre'ye tüy dökücü epilasyon cihazları ithal etmekte ve dergilere verdiği ilan yoluyla bu ürünleri satmaktadır. *Hermann Amann* 12 Ekim 1981 tarihinde eski Sovyetler Birliğinin Bern Büyükelçiliğinde görevli bir kadın tarafından aranır ve kadın "*Perma Tweez*" adlı epilasyon cihazını sipariş eder. Görüşme İsviçre Federal Cumhuriyet Savcılığı Bürosu (*Bundesanwaltshaft*) tarafından dinlenir ve Zürih Kantonu'nda bulunan istihbarat birimlerinden *Hermann Amann* ve sattığı ürünler hakkında araştırma yapması istenir. İstihbarat birimleri *Herman Amann*'in 1973 yılından beri ticaret siciline kayıtlı olduğunu sprey (*aerosols*) işiyle uğraştığını, sipariş edilen "*Perma Tweez*" adlı cihazın da pille çalışan bir epilasyon cihazı olduğunu belirten bir rapor düzenler. Bu ve rapordaki diğer bilgiler, İsviçre Federal Cumhuriyet Savcılığı Bürosu tarafından milli güvenlik gerekçesiyle tutulan arşiv kart ve fişlerine (*national security card index*) kaydedilir. 1990 yılına gelindiğinde birçok kimse İsviçre devletinin istihbarat amaçlı arşiv ve fişleme kayıtları tuttuğunu öğrenir ve Ombudsmanlar aracılığıyla haklarında arşiv kaydı ve fişi tutulup tutulmadığını, tutulmuşsa örneğinin gönderilmesini ister. *Hermann Amann* da hakkında varsa düzenlenen fişin gönderilmesini ister. Ombudsman tarafından gönderilen (1153:0) 614 numaralı fişte, bazı bilgilerin çıkarıldığını gören *Hermann Amann*, çıkarılan bilgilerin de kendisiyle paylaşılmasını ister. Bunun reddedilmesi üzerine dosya AİHM'e intikal eder.¹⁵² Dosyanın AİHM'e intikalinden önce, yürütülen idari soruşturma sonucunda Federal Polisin on yıllar boyunca herhangi bir mahkeme kararına dayanmaksızın bir polis uygulaması olarak (*police politique*), dinlediği telefon görüşmelerine dayalı birçok kişi hakkında arşiv fiş ve kartı (*card index*) tuttuğu ve bunun yasal bir zemininin olmadığı ortaya çıkar.¹⁵³

¹⁴⁹ *R.E. v. The United Kingdom*, § 131.

¹⁵⁰ *R.E. v. The United Kingdom*, §§ 140-143.

¹⁵¹ *Amann v. Switzerland* (no. 27798/95), 16 February 2000.

¹⁵² *Amann v. Switzerland*, §§ 7-15.

¹⁵³ *Amann v. Switzerland*, § 47.

AIHM'de yapılan yargılamada, İsviçre makamları kaydın Federal Ceza Usul Kanunu'nun (*the Federal Criminal Procedure Act –FCPA*) 66-72. maddelerine göre tutulduğunu iddia eder. AIHM, bu davada öncelikle yukarıda aktarılan *Kopp* kararına atıf yaparak, *Hermann Amann*'nın telefon görüşmesinin dinlenmesi ve kayda alınmasının bizzat kendisinin 8. madde tarafından korunan haklara bir müdahale olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtir.¹⁵⁴ AIHM, ardından, İsviçre Federal Ceza Usul Kanunu'nun 66. maddesinin, bu maddede sayılan suçları işlediğinden şüphe edilen ya da bu suçları işlediği gerekçesiyle hakkında kovuşturma başlatılan kişiler ile bu kişilerden bilgi veya talimat aldığı ya da bu kişilere bilgi veya talimat ulaştırdığı varsayılan üçüncü kişilerin (*third parties*) iletişiminin denetlenmesine izin verdiğini, Ceza Usul Kanunu'nun şüpheli veya sanık tarafından tesadüf eseri (*fortuitously*) aranan kişilere ait konuşmaların akıbetini detaylı olarak düzenlemediğini, tesadüfi olarak dinlemeye takılan ya da sanık veya şüpheli ile görüşmesi gereken kişilerin (*necessary participants*) görüşmelerinin kaydedilmemesi için bir önlem öngörmediğini ifade eder.¹⁵⁵

Yine AIHM, İsviçre Konfederasyonu'nun iç ve dış güvenliğini ilgilendiren konularda Cumhuriyet Savcılıklarının polisten ilgili kişileri takip etmesini (*surveillance*) ve bilgi vermesini isteyen düzenlemenin,¹⁵⁶ takip tedbirine maruz kalabilecek kişilerin kapsamı, tedbirin hangi şart ve koşullarda verileceği, takibin hangi yöntem ile yapılacağı ve takip tedbirine ilişkin usul kuralları hakkında açık bir düzenleme içermediğini, bu nedenle söz konusu kuralın yeterli derecede açık (*sufficiently clear*) olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtir.¹⁵⁷ Bu bilgiler ışığında, AIHM, *Hermann Amann*'nın yaptığı telefon görüşmesinin dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin olarak, İsviçre hukukunun tedbirin kapsamı, tedbiri uygulayacak idari makamların takdir yetkisinin sınırları konusunda yeterli bir açıklık (*sufficient clarity*) içermediğine ve AIHS'in 8. maddesini ihlal ettiğine karar verir.¹⁵⁸

İstihbarat amaçlı arşiv fiş ve kaydının tutulması konusunda ise AIHM, bu tür kayıtların özel hayata müdahale niteliği taşıdığını,¹⁵⁹ takip konusunda savcılıklara verilen yetkiye dayanılarak polis tarafından bu kayıtların tutulduğunu, yukarıda belirtilen gerekçelerle bu düzenlemenin yeterli açıklığa sahip olmadığını, dolayısıyla takibe veya telefon dinlemesine dayalı bu tür bir arşiv fiş ve kaydının da Sözleşmenin 8. maddesi bağlamında hukuka uygun yapılmış bir uygulama olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁶⁰ Tutulan arşiv kayıt ve fişlerinin muhafazasına ve saklanmasına ilişkin olarak da Mahkeme, kaydın tutulmasına izin veren milli bir düzenlemenin olmadığının İsviçre Makamları tarafından da kabul

¹⁵⁴ *Kopp v. Switzerland*, § 53; *Amann v. Switzerland*, § 45.

¹⁵⁵ *Amann v. Switzerland*, § 61.

¹⁵⁶ *Article 1 of the Federal Council's Decree of 29 April 1958 on the Police Service of the Federal Public Prosecutor's Office.*

¹⁵⁷ *Amann v. Switzerland*, § 58.

¹⁵⁸ *Amann v. Switzerland*, § 62.

¹⁵⁹ *Amann v. Switzerland*, §§ 66-67.

¹⁶⁰ *Amann v. Switzerland*, §§ 76-77.

edildiğini, dolayısıyla gerek arşiv fiş ve kaydı tutulmasının ve bunun muhafazasının mevcut şartlarda Sözleşmeye uygun bulunamayacağını, İsviçre hukukunun istihbarat amaçlı arşiv fişi ve kaydı tutma bağlamında tedbirin kapsamı, tedbiri uygulayacak idari makamların takdir yetkisinin sınırları konusunda makul bir açıklık (*reasonable clarity*) içermediğini belirterek, düzenlemenin AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁶¹

C. ÖZEL ÇAĞRI MERKEZLERİ ARACILIĞIYLA YAPILAN İLETİŞİM

AİHM tarafından İngiltere'ye karşı verilen *Taylor-Sabori*¹⁶² kararında Mahkeme özel çağrı merkezleri tarafından sağlanan çağrı cihazlarıyla yapılan iletişimde, çağrı cihazlarına gönderilen mesajların iletişim kavramının kapsamına girip girmediği ve bu mesajların suçların soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla denetlenip denetlenemeyeceği hususunu tartışmıştır.

1995 yılında meydana gelen olayda İngiltere'ye Amsterdam üzerinden uyuşturucu madde ithal etmek suçundan hakkında soruşturma yürütülen *Sean Marc Taylor-Sabori*'nin uyuşturucu madde ticaretinde kullandığı ve özel çağrı merkezi tarafından sağlanan çağrı cihazı polis tarafından kopyalanmıştır. Kopyalanan çağrı cihazına gelen mesajlar takip edilmiş ve *Taylor-Sabori* tutuklanmıştır. *Taylor-Sabori*'nin avukatları elde edilen delillerin çoğunun çağrı cihazına gelen mesajlardan polis tarafından üretildiğini, 1985 tarihli İletişimin Dinlenmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Kanun'un 2. maddesi¹⁶³ gereğince çağrı cihazına gelen mesajların kaydı için mahkeme kararı alınması gerektiğini, bu yönde alınmış bir karar bulunmadığını ve delillerin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.¹⁶⁴ Mahkeme 1985 tarihli Kanunun kamuya ait *British Telecom* üzerinden sağlanan iletişim için mahkeme kararı öngördüğünü, özel çağrı merkezleri aracılığıyla yapılan iletişimin denetlenmesi için mahkeme kararına ihtiyaç olmadığını gerekçe göstererek *Taylor-Sabori*'yi suçlu bulmuş, İngiliz Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*) de aynı gerekçelerle davada kullanılan delillerin hukuka uygun olduğunu belirterek temyiz talebini reddetmiştir.¹⁶⁵

Konunun AİHM'e intikali üzerine yukarıda aktarılan *Malone*¹⁶⁶ kararı ile aynı yönde verilen *Halford*¹⁶⁷ ve *Khan*¹⁶⁸ kararlarına atıf yapan Mahkeme, iletişimin denetlenmesi konusunda, milli hukukta denetlemeye izin veren kanuni bir düzenlemenin olmasının yeterli olmadığını, bu kanunun içerik

¹⁶¹ *Amann v. Switzerland*, §§ 78-80.

¹⁶² *Taylor-Sabori v. The United Kingdom* (no. 47114/99), 22 October 2002.

¹⁶³ *The section 2 of the Interception of Communications Act 1985*.

¹⁶⁴ *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, §§ 8-11

¹⁶⁵ *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, §§ 11-13.

¹⁶⁶ *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

¹⁶⁷ *Halford v. The United Kingdom*, § 49.

¹⁶⁸ *Khan v. The United Kingdom*, (no. 35394/97), § 26, 12 May 2000.

olarak hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesiyle de uyumlu olmasının zorunlu olduğunu, tedbirin kötüye kullanılmasını önleyecek önlemlerin milli hukukta alınması gerektiğini, ayrıca kanunun, tedbirin, hangi şart ve koşullarda uygulanabileceğinin vatandaşlar tarafından önceden öngörülmesine imkân verecek açıklıkta olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁹ İngiltere’de özel çağrı merkezlerince sağlanan çağrı cihazları aracılığıyla yapılan iletişimin denetlenmesine imkân veren kanuni bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle tedbirin kanunla öngörülmüş olması koşulunun sağlanmadığını belirten AİHM, çağrı cihazına gelen mesajların kopyalanmasının Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁷⁰

D. CEZAEVİNDE BULUNAN TUTUKLU VEYA HÜKÜMLÜLERİN İLETİŞİMİNİN DENETLENMESİ

Cezaevinde bulunan tutuklu veya hükümlülerin ziyaret saatlerinde yakınlarıyla ziyaretçi salonlarında bulunan telefon aracılığıyla gerçekleştirdiği iletişimin denetlenip denetlenemeyeceği konusunda AİHM değerlendirmesini Fransa’ya karşı verdiği *Wisse* kararında yapmıştır.¹⁷¹ Bu karara konu olayda silahlı soygun suçundan tutuklu bulunan iki tutuklunun cezaevinde ziyaretçi salonlarında bulunan telefon aracılığıyla ziyaretçileriyle yaptıkları görüşmeler mahkeme kararıyla dinlenmiş ve kaydedilmiştir. AİHM, Fransız hukukunun tutuklu veya hükümlülerin özel hayatına müdahale edilip edilemeyeceği ve cezaevinde yaptıkları görüşmelerin kaydına ilişkin olarak tedbirin kapsamı, tedbiri uygulayacak idari makamların takdir yetkisinin sınırları konusunda yeterli bir açıklık (*sufficient clarity*) içermediğini belirtmiştir. Yapılan müdahalenin, Sözleşme ile belirlenen meşru amaçlarla yapılan bir müdahale olmadığını belirten AİHM, demokratik bir toplumda hukuk devleti kurallarına göre sağlanması gereken asgari korumadan hükümlü ve tutukluların mahrum bırakıldığını ve dolayısıyla Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹⁷² Mahkemeye göre, tutuklu ve hükümlülerin ziyaretçi salonlarında gerçekleştirdiği görüşmelerin cezaevinin güvenliğini sağlama dışında başka bir amaçla sürekli ve sistematik olarak dinlenmesi ve kaydedilmesi, ziyaret hakkının varlık ve meşruiyet sebebi (*raison d'être*) olan hükümlü ve tutukluların aileleriyle mahremiyet kurallarına uygun olarak görüşme ve özel hayatlarını belli bir dereceye kadar devam ettirme amacına, başlı başına aykırılık teşkil etmektedir.¹⁷³

E. TEDBİRİN ÖLÇÜLÜ OLMASI

AİHM, iletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi tedbirinin ölçülü olup olmadığı ve son çare olarak uygulanıp uygulanmadığı hususunun nasıl

¹⁶⁹ *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, § 18.

¹⁷⁰ *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, § 19.

¹⁷¹ *Wisse v. France* (no. 71611/01), 20 December 2005.

¹⁷² *Wisse v. France*, § 34.

¹⁷³ *Wisse v. France*, § 29.

denetleneceğini ise Hırvatistan'a karşı verdiği *Dragojević*¹⁷⁴ kararında açıklamıştır. Söz konusu karara konu olayda, Latin Amerika Ülkelerinden Avrupa'ya uyuşturucu getirmek suçunu işlediğinden şüphelenilen *Ante Dragojević* hakkında Zagreb Mahkemesi'nce 4 kez çeşitli aralıklarla tedbir kararı verilmiştir. AIHM, bu davada öncelikle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin gizli gerçekleşmesi sebebiyle, bu tedbirin hukuka uygunluğunun ilgililer tarafından denetlenmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle idari makamlara veya yargı organlarına dinleme konusunda tanınan takdir yetkisinin, bu makamlarca üstün körü terimlerle veya pervasız bir biçimde ifade edilerek kullanılmasını (*in terms of an unfettered power*), hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaştıramadığını belirtmiştir.¹⁷⁵

Mahkeme, tedbirin gerekli olup olmadığına ve süresine karar vermek konusunda taraf devletlerin takdir hakkı olduğunu, ancak bu takdir hakkının AIHM'in denetimine tabi olduğunu belirtmiştir. AIHM, tedbir talebinin yapılmasında, kararın verilmesinde, uygulanmasında, itiraz ve kanun yollarında ve diğer tüm süreçte müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kuralının uygulanıp uygulanmadığını ve demokratik bir toplumun değerlerinin tüm süreçte samimi bir biçimde gözetilip gözetilmediğini denetleyeceğini belirtmiştir.¹⁷⁶ Bu bağlamda AIHM, Zagreb Mahkemesi'nin çeşitli aralıklarla 4 kez tedbir kararı verirken, kararını esas itibarıyla Hırvatistan Cumhuriyet Savcılığının soruşturmanın dinleme tedbiri olmaksızın başka koruma tedbirleriyle yürütülemeyeceği ya da yürütülmesinin çok güç olacağı değerlendirmesine dayandığını tespit ettiğini belirtmiştir. Ardından AIHM, Zagreb Mahkemesi'nin bu değerlendirmesini gerekçelendirmediğini, herhangi bir detay vermediğini, somut olayda hangi koşul veya şartların suç işlendiği konusunda makul bir şüphenin oluşmasına sebebiyet verdiğini açıklamadığını, ya da soruşturmanın temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale içeren diğer bir yöntem veya tedbirle neden yürütülemeyeceğine dair açıklama getirmediğini belirtmiştir.¹⁷⁷

Dolayısıyla tedbir talebinin yapılmasında, kararın verilmesinde, uygulanmasında, itiraz ve kanun yollarında ve diğer tüm süreçte davacının iletişiminin dinlenmesi ve kayda alınmasının hukuka uygunluk şartını taşıdığını gösteren delillerin sunulmadığını, sunulan delillerin de davacının özel hayatına ve haberleşmesine müdahale edilmeye devam edilmesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ispata yeterli olmadığını belirterek Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁷⁸

AIHM kararlarına bakıldığında, iletişimin denetlenmesi tedbirinin sistematik bir biçimde devlet politikası olarak uygulandığı ve tedbirin kötüye kullanılmasını önleyecek önlemlerin milli hukukta yeterince alınmadığı ülkenin Rusya Federasyonu olduğu görülmektedir. Nitekim ayrıntıları

¹⁷⁴ *Dragojević v. Croatia* (no.68955/11), 15 January 2015

¹⁷⁵ *Dragojević v. Croatia*, § 82.

¹⁷⁶ *Dragojević v. Croatia*, § 84.

¹⁷⁷ *Dragojević v. Croatia* § 95.

¹⁷⁸ *Dragojević v. Croatia* §§ 101-102.

AİHM'in, *Roman Zakharov*¹⁷⁹ kararında belirtildiği üzere Rusya Federasyonu mevzuatında karar tarihinde tüm mobil telefon operatörlerinin hat sahibinin rızası ve herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, istihbarat ve milli güvenlik birimlerinin (*the Federal Security Service*) dilediği zaman telefon yoluyla yapılan iletişimi dinlemesine ve kaydetmesine imkân veren uygulamaları cep telefonlarına zorunlu olarak yüklemesini gerektiren bir düzenleme bulunmaktadır.¹⁸⁰

Yine söz konusu mevzuata göre, zorunlu olarak yüklenen uygulama kullanılarak telefonunun dinlendiğini iddia eden ve bu uygulamaya son verilmesini isteyen kimse, bunu ispatlayacak bilgi ve belgeleri sunmalıdır. Dolayısıyla mevzuat, ispat yükünü hattın sahibine yüklemektedir. Rus mevzuatı iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kalan ilgiliye bildirimde bulunulmasını gerekli görmediğinden, bu konuda herhangi bir bilgiye ulaşma olanağından yoksun bir kimsenin telefonunun fiili olarak dinlendiğini ispatlaması neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle, itiraz mekanizması etkili bir başvuru yolu sunmamaktadır.¹⁸¹

Bu bilgiler ışığında AİHM, Rus makamlarının, uygulamanın yüklenmesinin dinlemenin yapıldığı anlamına gelmeyeceği ve dinlemelerin yargının gözetim ve denetimi altında yapıldığı savunmasını inandırıcı bulmamıştır.¹⁸² Polis ve istihbarat birimlerinin tüm cep telefonları için doğrudan dinleme yapmaya imkân veren teknolojik olanaklara sahip olduğunu belirten Mahkeme, Rus mevzuatının keyfilğe ve kötüye kullanmaya karşı yeterli korumayı sağlamadığını ifade etmiştir. Mahkeme, özellikle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine, idarenin hangi şart ve koşullarda başvuracağına ilişkin yeterli bir açıklığın mevzuatta olmadığını, tedbire son verilmesine ilişkin düzenlemelerin keyfi dinlemeleri engelleyecek nitelikte olmadığını, mevcut mevzuatın soruşturma konusuyla ilgili olsun ya da olmasın tüm kayıtların saklanmasına izin verdiğini belirtmiştir. Özellikle kayıtların yargılama sonrası hangi hallerde saklanacağına veya yok edileceğine dair bir açıklığın mevzuatta bulunmadığını belirten Mahkeme, usul kurallarının tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece uygulanacağını garanti eden bir yapıya sahip olmadığını, ilgililerin dinlemeye ilişkin bilgilere ulaşma olanağından yoksun bulunması sebebiyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine itiraz konusunda etkili bir başvuru yöntemi bulunmadığını ifade etmiştir.¹⁸³ Bu nedenle, Mahkeme, mevcut Rus mevzuatının hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun olma niteliği taşımadığına, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece uygulanacağı kriterinin karşılanmadığına, bu nedenle AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁴

¹⁷⁹ *Roman Zakharov v. Russia* (no.47143/06), 4 December 2015.

¹⁸⁰ *Roman Zakharov v. Russia*, §§ 8-11

¹⁸¹ *Roman Zakharov v. Russia*, § 296.

¹⁸² *Roman Zakharov v. Russia*, § 303.

¹⁸³ *Roman Zakharov v. Russia*, § 302.

¹⁸⁴ *Roman Zakharov v. Russia*, §§ 304-305.

AIHM iletişimin dinlenmesi tedbirinin ölçülü olup olmadığı konusunda Türkiye'ye ilişkin değerlendirmesini ise *Mustafa Sezgin Tanrıkulu*¹⁸⁵ kararında yapmıştır. Karara konu olayda, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi 6 Mayıs 2005 tarihli kararıyla, dava tarihindeki 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 2, 4, 11 ve 16. maddelerine dayanarak uluslararası bağlantıları bulunan terör şüphelilerini tespit etmek, tutuklamak, delil toplamak ve önceden istihbarat toplayarak suçu engellemek amacıyla SMS, MMS, GPRS ve faks yoluyla gerçekleşen iletişim de dahil olmak üzere yurtiçi yurt dışı tüm elektronik iletişimi izlemek ve incelemek için MİT'e yetki vermiştir. Durumun 2 Haziran 2005 tarihli Hürriyet Gazetesi'nde ortaya çıkması üzerine olay tarihinde Diyarbakır Barosu Başkanı olan Mustafa Sezgin Tanrıkulu, izini talep eden ve uygulayan MİT görevlileri, izni talep eden Cumhuriyet Savcısı ve kararı veren hâkim hakkında suç işledikleri gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuş, suç duyurusunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş, karara karşı yapılan itiraz Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiş, MİT görevlileri hakkında yargılama izni verilmemiştir. Bunun üzerine olay AIHM'e taşınmıştır.¹⁸⁶

Mustafa Sezgin Tanrıkulu kararında AIHM öncelikle yukarıda aktardığımız *Klass ve diğerleri*¹⁸⁷ kararına atıfta bulunarak tedbir kararının muhatabının, isim, adres, telefon numarası veya diğer bilgiler ile belirli hale getirilmesi gerektiğini, Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesinin Türkiye Cumhuriyeti'ndeki herkesin iletişiminin dinlenmesine izin verdiğini, kararda belirli bir isim, adres, telefon numarası veya diğer bir bilginin yer almadığını, bu haliyle kararın 4422 sayılı Kanunun kapsamına giren suçları işlediğinden şüphe edilen kişiler ile sınırlı olmadığını belirtmiştir.¹⁸⁸ Yine Mahkeme, 4422 sayılı Kanunun, suç işlendiğine dair kuvvetli belirtilerin veya şüphe sebeplerinin bulunması halinde iletişimin denetlenmesine izin verdiğini, ancak tedbir kararının, suç işlendiği şüphesine dair bulgulara yer vermediğini belirtmiştir.¹⁸⁹ Son olarak yukarıda aktardığımız *Dragojević*¹⁹⁰ kararına atıfta bulunan AIHM, 4422 sayılı Kanunun, faillerin tespitinin, gözaltına alınmasının ve delillerin toplanmasının başka koruma tedbirleriyle yürütülememesi halinde, dinleme tedbirine karar verilebileceğini öngördüğünü, somut olayda tedbir kararını veren mahkemenin soruşturmanın amacının temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale içeren diğer bir yöntem veya tedbirle neden gerçekleştirilemeyeceğine dair bir açıklama getirmediğini belirtmiştir.¹⁹¹ Bu nedenle verilen tedbir kararının hukuka uygunluk kısıtasını karşılamadığına ve AIHS'in 8.maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁹²

¹⁸⁵ *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey* (no. 27473/06), 18 July 2017.

¹⁸⁶ *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey*, §§ 5-13.

¹⁸⁷ *Klass and Others v. Germany*, § 51, *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey*, § 56.

¹⁸⁸ *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey*, § 57.

¹⁸⁹ *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey*, § 58.

¹⁹⁰ *Dragojević v. Croatia*, § 95.

¹⁹¹ *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey*, § 59.

¹⁹² *Mustafa Sezgin Tanrıkulu v. Turkey*, §§ 64-65.

Buraya kadar aktardığımız AİHM kararlarının genel bir değerlendirmesini yapmak gerekirse, AİHM'in iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında AİHS'e taraf devletlere yönelik tavsiyelerinin özetini yukarıda aktardığımız *R.E*¹⁹³ kararında ve istihbarat amaçlı iletişimin tespiti ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin olarak İsveç'e karşı verilen ve bu makale kapsamında incelemeyeğimiz *Centrum för Rättvisa*¹⁹⁴ kararında bulmak mümkündür. Buna göre, tedbire ilişkin kanuni düzenlemenin, tedbirin, hangi şart ve koşullarda uygulanabileceğinin vatandaşlar tarafından önceden öngörülmesine imkân verecek açıklıkta olmasının yanında, tedbire maruz kalabilecek kişiler ve tedbir kapsamında kalan suçlar, tedbirin azami süresi, tedbirin hangi şart ve koşullarda yenileneceği bunun azami süresi ve sayısı, tedbire hangi hallerde son verileceği, tedbir sonucu elde edilen verilerin nasıl kayıt altına alınıp inceleneceği, tedbire son verilmesinin ardından tedbir kapsamında elde edilen kayıt ve verilerin nasıl saklanacağı, tedbirin yerine getirilmesi sırasında elde edilen bilgilerin kötüye kullanılmasının önlenmesi için hangi önlemlerin alınabileceği, tedbire son verilmesinin ardından elde edilen veri ve kayıtların hangi hallerde yok edileceği, tedbir kararının nasıl ve ne şekilde kayıt ve muhafaza altında tutulacağı, kanunla açık bir şekilde düzenlenmelidir.¹⁹⁵ Kanunda yer almayıp idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda makul sayılabilecek bir açıklık olmalıdır.

Bunun yanında tedbir kararını uygulayan görevliler ile tedbir kararının verilmesini isteyen kişi ve kurumların yaptığı iş ve işlemlerin hukuka uygunluğu Parlamento tarafından atanan Ombudsmanlar gibi bağımsız bir denetim mekanizmasıyla denetlenmelidir. Tedbire ilişkin tüm mevzuat nitelik olarak hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kurallarına uygun olmalı, tedbir demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece uygulanmalı, tedbirin içeriği ve uygulanması tedbirle elde edilmek istenen amaçla orantılı olmalıdır.¹⁹⁶

SONUÇ

Gerek CMK'nın gerekse ilgili diğer Yönetmelik hükümlerinin AİHM kararlarıyla tutarlılığı incelenirken, öncelikle AİHM'in tedbire ilişkin kanuni düzenlemenin vatandaşların tedbirin hangi şart ve koşullarda uygulanabileceğini önceden öngörmesini sağlayacak bir açıklık derecesine sahip olması, kanunda yer almayıp idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda ise makul sayılabilecek bir açıklık olması gerektiği değerlendirilmesi akılda tutulmalıdır.

¹⁹³ *R.E. v. The United Kingdom*.

¹⁹⁴ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, (no. 35252/08), 25 May 2021.

¹⁹⁵ *R.E. v. The United Kingdom*, § 125.

¹⁹⁶ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, §§ 180-181.

Ancak tedbirlerin içeriğini açıklamak üzere çıkarılan ve 14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yönetmelik¹⁹⁷ Danıştay 10. Dava Dairesi'nin kararıyla iptal edilmiştir. Halihazırda yürürlükte bulunan, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle [Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının]¹⁹⁸ Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik” hükümleri ise AİHM kararlarında belirtilen şekliyle, idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda makul sayılabilecek bir açıklık içermemektedir. Örneğin Yönetmeliğin 5. maddesi Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yapılacak iş ve işlemler ile yetkilendirilen mahkemelerin görev ve yetkilerine dair düzenleme içeren ve artık mülga sayılması gereken ve şu an “Seri Muhakeme Usulü” başlığını taşıyan 250. maddeye atıf yapmaktadır. Yine Yönetmeliğin “İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınması” tedbirinin sınırlarını belirleyen 13. maddesinde sayılan suçlar ile CMK'nın 135/8 maddesinde sayılan katalog suçlar birbiriyle örtüşmemektedir. Söz konusu Yönetmelik maddesinin en son 2009 yılında güncellendiği ve bu nedenle örneğin, CMK'nın 135/8 maddesinde katalog suç olarak sayılan nitelikli hırsızlık (madde 142), yağma (madde, 148, 149) ve nitelikli dolandırıcılık (madde 158) suçunun Yönetmeliğin 13. maddesinde yer almadığı görülmektedir.

Bununla beraber, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak verilen tedbir kararının süresi ve bunun uzatılması ile ilgili olarak Yönetmeliğin 12. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan hükmün, CMK'nın 135/4 maddesinde yer alan süre uzatımına ilişkin maddeyle tamamıyla zıt olduğu, farklı terimler içerdiği, süre uzatımının sayısı ve süresi konusunda azami bir sınır öngörmediği görülmektedir. Mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri yine CMK'nın 135/5 maddesi gereğince en çok 2 ay için yapılabilecek iken bu süre Yönetmeliğin 12. maddesinin beşinci fıkrasında 3 ay olarak belirtilmektedir. Tedbirin azami süresi konusunda tedbir kararını veren hâkimi sınırlayıcı bir hükmün mevzuatta bulunmamasını AİHM yukarıda aktarılan *Kruslin*¹⁹⁹ kararında sözleşmeye aykırı bulmuştur. Gerek CMK'nın 135/3 maddesine gerekse Yönetmeliğin 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz ama dinlenebilir. Yukarıda açıklandığı üzere, bu hükümler, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan ve yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlanamayacak bir kimsenin, bu haklarını dinlemeye devam ederek işlevsiz kılmaktadır. Böyle bir düzenlemenin kanunda yer almasının mantıklı bir açıklaması bulunmamaktadır.

Gerek Yönetmeliğin 12. maddesinin son fıkrası gerekse CMK'nın 135. maddesinin yedinci fıkrası, iletişimin denetlenmesi kapsamına giren tüm

¹⁹⁷ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik.

¹⁹⁸ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı.

¹⁹⁹ *Kruslin v. France*, § 35

tedbirlerin ve bu tedbirlere ilişkin yapılacak işlemlerin gizli tutulacağını belirtmekte ise de idarenin takdirine bırakılan bu hususun kötüye kullanmalara karşı nasıl bir koruma sistemi öngördüğü Yönetmeliğin 12. ve 14. maddelerinden anlaşılammaktadır. Uygulamanın düzenleyici kontrol mekanizmasına sahip olmaması, AİHM'e göre Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği²⁰⁰ anlamına gelmekte olup kanunda yer almayı idari makamların takdirine bırakılan düzenlemelerin sınırları konusunda makul sayılabilecek bir açıklık olmadığından, bu tür başvuruların da *Malone*²⁰¹ kararı gereği ihlal kararıyla sonuçlanması olasıdır.

Mobil telefonun yerinin tespiti tedbirinde, yeri tespit edilmeye çalışılan mobil telefon aracılığıyla şüpheli veya sanığa ulaşılmaya çalışıldığından, orantılılık ilkesi gereğince herhangi bir kimsenin değil, şüpheli veya sanıkla irtibatı ortaya konabilen kişilerin mobil telefonunun yerinin tespitine imkân kılacak, alakasız üçüncü kişilerin ise tedbire mazur kalması ihtimalini önleyecek bir ifadenin Kanunda yer alması gerekir. Aynı sebeplerle şüpheli veya sanık tarafından tesadüf eseri aranan ve bu nedenle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine tesadüfen takılan kişilere ait konuşmaların akıbeti de Kanunda detaylı olarak düzenlenmelidir. Aksi bir durumda *Amann*²⁰² kararında belirtilen gerekçelerle ihlal kararı verilmesi mümkündür.

Özellikle, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması sırasında tesadüfen elde edilen delilin, katalog olarak sayılan suçlardan birine ilişkin olup olmadığı değerlendirilmesinin Cumhuriyet savcısı yerine kolluk görevlisi tarafından yapılmasına ilişkin düzenleme, idari makamlara dinlemeye devam etme yönünde imkan verdiğinden, *Malone*²⁰³ *Halford*²⁰⁴ ve *Khan*²⁰⁵ kararlarında açıklandığı üzere, dinlemenin bir mahkeme kararına dayanmadığı, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmesine neden olabilecektir.

Yine CMK'nın 136. maddesine göre “ Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz.” Bu hüküm avukat/müvekkil ile müdafî/şüpheli-sanık arasında gerçekleşebilecek görüşmeleri iletişimin yapıldığı yere bakarak sınırlı olarak avukat-müvekkil ilişkisi mahremiyeti kapsamında değerlendirmekte, mobil telefon üzerinden gerçekleşen iletişimin denetlenmesi ise her zaman mümkün bulunmaktadır. Oysa avukatların hukuki danışmanlık yapmak veya tavsiye vermek amacıyla müvekkilleriyle yaptıkları görüşmenin, görüşmenin yapıldığı aracın türünden ve görüşme mekânından bağımsız olarak herhangi bir şekilde kaydedilmesi, AİHM tarafından *R.E* kararında da belirtildiği üzere, bir

²⁰⁰ *Kruslin v. France*, § 35.

²⁰¹ *Malone v. The United Kingdom*, §§ 79-80, 87. Ayrıca bkz. *R.E. v. The United Kingdom*, § 125; *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, §§ 180-181.

²⁰² *Amann v. Switzerland*, §§ 61-62.

²⁰³ *Malone v. The United Kingdom*, § 67.

²⁰⁴ *Halford v. The United Kingdom*, § 49.

²⁰⁵ *Khan v. The United Kingdom*, (no. 35394/97), § 26.

kimsenin özel hayatına ve haberleşme hakkına yapılmış oldukça ileri boyutta bir müdahale olacak ve ihlale sebebiyet verecektir.²⁰⁶ Yine avukat-müvekkil ilişkisini bu tür bir mekânsal sınırlamaya tabi tutup diğer durumları muğlak veya kapsam dışı bırakmak, *Kopp* kararında açıklandığı üzere, avukat-müvekkil ilişkisinin kapsamını daraltıp belirsiz hale getirecektir. Bu durumda, avukat/müvekkil, müdafî/şüpheli-sanık ilişkisi kapsamında daha fazla koruma sağlanması ve mahrem kalması gereken görüşmelere gerekli koruma sağlanmadığından, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali ile sonuçlanabilecektir.²⁰⁷ Bu nedenle, müdafinin kendisinin de aynı veya bağlantılı başka bir soruşturma ya da kovuşturmada sanık veya şüpheli olmadığı sürece hiçbir şekilde dinlenemeyeceğine ilişkin bir hükmün CMK'nın 136. maddesine eklenmesi gerekir.

Nihayetinde *Centrum för Rättvisa* kararında da tartışıldığı üzere, tedbir kararını uygulayan görevliler ile tedbir kararının verilmesini isteyen kişi ve kurumların yaptığı iş ve işlemlerin hukuka uygunluğu Parlamento tarafından atanan Ombudsmanlar gibi bağımsız bir denetim mekanizması tarafından denetlenebilmelidir.²⁰⁸ Ancak Yönetmeliğin denetlemeye ilişkin 24. maddesi, Emniyet Genel Müdürlüğünün, Jandarma Genel Komutanlığının, Milli İstihbarat Teşkilatının Yönetmelikte yer alan faaliyetleriyle alakalı kendi birimlerindeki işlemlerine ilişkin denetimin, her birimin kendi personeli ve denetim elemanlarınca yapılacağını belirtmektedir. Bununla beraber, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek için kurulan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı'nda çalışan, iletişim başuzmanı, iletişim uzmanı, teknik uzman, idarî uzman, iletişim, teknik ve idarî uzman yardımcılarında oluşan meslek personelinin ve diğer personelin denetimine ilişkin bir hüküm ise Yönetmelikte yer almamaktadır. Dolayısıyla, tedbire ilişkin şikayet ve başvuruları değerlendirmek üzere Kanunla kurulmuş bağımsız bir denetim mekanizmasının bulunmaması, sistemin tarafsız ve bağımsızlığına ister istemez gölge düşürecektir. *Centrum för Rättvisa* kararında da ayrıntılı olarak tartışıldığı üzere, her birimin kendi elemanını denetlemesi ihmal, kötüye kullanma iddialarının gereği gibi araştırılmasına engel olacak, eleştiriden ve hatalı işlemin sonuçlarından kaçınmak isteyen her birim objektif davranamayacaktır. Bu durumda ise iletişimin denetlenmesi tedbiri konusunda etkili ve bağımsız bir denetim mekanizmasının bulunmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği kararı verilebilecektir.²⁰⁹

²⁰⁶ *R.E. v. The United Kingdom*, § 131.

²⁰⁷ *Kopp v. Switzerland*, §§ 73, 75.

²⁰⁸ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, §§ 180-181.

²⁰⁹ *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, § 359.

KAYNAKÇA

Başbüyük İ, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, C.19, S.1, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.161-204.

Canoğlu V C, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Koruma Tedbirleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Centel N, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. I, 2010, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.161-192.

Centel N / Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası. Beta, İstanbul, 2022.

Gökçen A / Balcı M / Alşahin M E vd., Ceza Muhakemesi Hukuku -II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Gürkan M F, “Düzenleyici Ve Denetleyici Kurum Olarak Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu (Btk)”, C. 4, S.2, 2013, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.333-356.

Heper Y, “Telefon Dinleme Mevzuatımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Uygun mu?”, 8 (1), 2011, Cankaya University Journal of Law, ss. 51-76.

İnceoğlu A A, “Türk Hukukunda Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Uğur Alacakaptan’a Armağan”, Cl. 2008, Legal kitabevi, ss. 103-126.

Karakaya M S, “İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Esnasında Elde Edilen Tesadüfi Deliller”, C.21, Özel S., 2019, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, ss. 1491-1525.

Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Nisan kitabevi, Eskişehir, 2023.

Kaymaz S, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.

Koçer S, “İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller”, S.65, 2020, Adalet Dergisi, ss.441-462.

Meran N, İletişim Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu, Seçkin, Ankara, 2013.

Özbay F, “Terörle Mücadelede Devletin Gözetlemesi Karşısında Bireyin Özel Hayatının Gizliliğinin Korunması Hakkının Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi (Birleşik Krallık Ve Türkiye)”, C. LXXV, S.1, 2017, İÜHFİM, ss. 115-158;

Özbek V Ö / Doğan K/ Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Öztürk B / Kazancı B E /Güleç S S, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.

Pınarbaşı M, “Türk Hukukunda Önleyici Maksatlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Değerlendirilmesi”, 3 (2), Kasım 2014, Güvenlik Bilimleri Dergisi, s.41-65.

Ritchie D, “Is it possible to define ‘privacies’ within the law? Reflections on the ‘securitisation’ debate and the interception of communications”, 23:1-2, 2009, International Review of Law, Computers & Technology, ss. 25-34.

Shields P, “The Escalation of Telecommunications Surveillance”, 14 (3), 2002, Peace Review, ss.325-330.

Şahin C, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi-Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, C. XI, S.1-2, 2007, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1095-1112.

Şahin C / Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 11. Bası, Seçkin, Ankara, 2020.

Şen E, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 5 Bası, Ankara 2011.

Şenol C, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafinin İletişiminin Denetlenmesi”, C.19, S.2, 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss.1667-1692.

Taşkın M, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, 3 Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.

Ünver Y / Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Yavuz H A, “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, S. 60, 2005, TBB Dergisi, ss.235-262.

Yenisey F / Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Yokuş Sevük H, “Postada El Koyma Ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, S. 69, 2007, TBB Dergisi, ss.97-124.

İncelenen AİHM Kararları

Amann v. Switzerland (no. 27798/95), 16 February 2000.

Centrum för Rättvisa v. Sweden (no. 35252/08), 25 May 2021.

Dragojević v. Croatia (no.68955/11), 15 January 2015.

Halford v. the United Kingdom (no.20605/92), 25 June 1997.

Huwig v. France (no.11105/84), 24 April 1990.

Kennedy v. The United Kingdom (no.26839/05), 18 May 2010.

Khan v. The United Kingdom (no. 35394/97), 12 May 2000.

Klass and Others v. Germany (no.5029/71), 6 September 1978.

Kopp v. Switzerland (no.23224/94), (13/1997/797/1000), 25 March 1998.

Kruslin v. France (no.11801/85), 24 April 1990.

Malone v. The United Kingdom (no. 8691/79), 2 August 1984.

Mustafa Sezgin Tanriku v. Turkey (no. 27473/06), 18 July 2017.

R.E. v. The United Kingdom (no. 62498/11), 27 October 2015.

Roman Zakharov v. Russia (no.47143/06), 4 December 2015.

Taylor-Sabori v. The United Kingdom (no. 47114/99), 22 October 2002.

Wisse v. France (no. 71611/01), 20 December 2005.

KİŞİ HÜRRIYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI PERSPEKTİFİNDEN ADLİ KONTROL BAĞLAMINDA KONUTU TERK ETMEME TEDBİRİ

The Measure of not Leaving the House in the Context of Judicial Control from the Perspective of the Right to Personal Liberty and Security

Doç. Dr. Hüseyin TURAN*

Öz: Anayasanın 19. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı düzenlenmiştir. Bir tedbirin, kararın veya uygulamanın bu hak kapsamında görülebilmesi için öncelikle bunların özgürlükten yoksun bırakmayı oluşturması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bir adli kontrol tedbiri olarak düzenlenmiş olan konutu terk etmeme tedbiri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından özgürlükten yoksun bırakma olarak görülmüştür. Konutu terk etmeme tedbiri klasik özgürlükten yoksun bırakma nedeni olarak görülen tutuklamaya nazaran daha hafif bir tedbir olarak kabul edilmekle birlikte yine de tutuklama gibi değerlendirilmektedir. Bunun sonucu olarak tedbire karar verilebilmek için tutuklamanın koşullarının varlığı aranacaktır. Ayrıca hakkında konutu terk etmeme tedbirine karar verilen kişilerin tutuklanan kişilerin haklarından yararlandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla Anayasanın 19. maddesinde özgürlükten yoksun bırakılana sağlanan haklardan konutu terk etmeme tedbirine karar verilen kişiler de yararlandırılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Konutu terk etmeme tedbiri, özgürlükten yoksun bırakma, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Abstract: Article 19 of the Constitution and Article 5 of the European Convention on Human Rights regulate the right to liberty and security of person. In order for a measure, decision or practice to be considered within the scope of this right, these must first be constituted a deprivation of liberty. The house arrest, which is regulated as a judicial control measure in the Law No. 5271, Criminal Procedure Code, has been considered as deprivation of liberty by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court. Although the measure of house arrest is accepted as a milder measure compared to detention, it is still considered as detention. Therefore, in order to decide on this measure, the conditions for detention must exist. In addition, the rights granted to detainees should also be enjoyed by persons under house arrest. Therefore, the rights provided to persons deprived of liberty pursuant to Article 19 of the Constitution should also be enjoyed by persons subjected to house arrest measures.

Keywords: House arrest, deprivation of liberty, right to liberty and security, Constitutional Court, European Court of Human Rights,

* Hâkim/Anayasa Mahkemesi Raportörü, huseyin.turan@anayasa.gov.tr

ORCID: 0000-0003-2922-9354

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573508

Makale Geliş Tarihi: 30.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 06.10.2024

GİRİŞ

Anayasanın 19. maddesinde düzenlenmiş olan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, keyfi olarak kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılamayacağını güvence altına almıştır. Bununla birlikte aynı maddede şekil ve şartları kanunda belirtilmiş olmak koşuluyla bu hakkın sınırlanabileceği belirtilmiş ve hangi nedenlerle sınırlanabileceği de tek tek gösterilmiştir. Sınırlama nedenlerinden biri olarak 19. maddenin 3. fıkrasında suç isnadına bağlı olarak kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılacağı yer almıştır. Bu fıkra kapsamında suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin kaçmalarının ve delillerin karartılmasının önlenmesi amacıyla hâkim kararıyla tutuklanabileceği belirtilmiş; suçüstü halinin bulunması veya gecikmede sakınca bulunduğu durumlarda ise hâkim kararı olmadan da yakalama ve gözaltı işleminin yapılabileceği ifade edilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) da ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesi ve hükmün infazının sağlanması için muhakeme sürecinde kesin hükümden önce uygulanabilen temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan koruma tedbirleri düzenlenmiştir. Bu tedbirlerden ilk akla gelenler Anayasanın 19. maddesinde de belirtilen yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbidir. Zira bu tedbirlerin uygulanmasıyla doğrudan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale edilmektedir. CMK'da ayrıca şüpheli veya sanıkların tutuklanması yerine bir veya birden çok yükümlülüğe tabi tutulmak suretiyle toplum içinde denetimi öngören koruma tedbirleri yanında adli kontrol tedbirleri de öngörülmüştür. Adli kontrol tedbirleri de çeşitlerine göre farklı temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturmaktadır.¹ Bunların içinde ayrı bir önem sahip olan konutu terk etmeme tedbiri uygulanış şekli, süresi ve niteliği dikkate alınarak Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvuruda verdiği kararlarla özgürlükten yoksun bırakılma olarak görülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de benzer şekilde bu tedbiri Sözleşmenin 5. maddesi kapsamında incelemiştir.

Bir müdahalenin özgürlükten yoksun bırakılma olarak kabul edilmesi halinde, Anayasanın 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının güvenceleri uygulanma imkânı bulacaktır.

Bu çalışmada konutu terk etme tedbiri, CMK'da düzenlenişi ve uygulanış şekli dikkate alınarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla bağlantılı olarak AYM ve AİHM kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Çalışmada ilk önce, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması üzerinde durulacaktır. İkinci olarak konutu terk etmeme tedbirinin tanımına, uygulama koşullarına ve diğer adli kontrol tedbirlerinden farkına değinilecektir. Bu aşamada bireysel başvuruda konun inceleme şekli de ele alınacaktır. Üçüncü olarak, adli kontrolde geçen sürenin mahsuba ve tazminata konu edilmesi anlatılacak, bunlar yapılırken yasal düzenlemelere de değinilecektir. Son olarak konutu terk etmeme adli kontrol tedbirine karar verilen şüpheli veya sanığın hangi tür haklara sahip olduğuna yer verilecektir.

¹ Özen Kaya Göçmen, "Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi", 65 (4) 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1755.

I. KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI

A. GENEL OLARAK

Anayasada düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklerden birisi de Anayasanın 19. maddesinde yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıdır. Sözleşmede ise bu hak 5. maddede ele alınmıştır. Her iki maddenin karşılaştırılması yapıldığında aralarında bazı ibare farklılıkları bulunmakla birlikte temelde Anayasa ve Sözleşmede aynı hakkın düzenlendiği görülmektedir.²

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, kişinin fiziksel özgürlüğünü konu alır. Bir başka ifadeyle bu hak bedensel bütünlüğü koruma altına almaktadır. Bedensel bütünlük, kişinin vücut ve hareket serbestisine sahip olması anlamına gelir. Kişinin fiziksel özgürlüğü korunmadığı durumda diğer temel hak ve özgürlükleri gereği gibi kullanması mümkün değildir.³ Örneğin özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin gözaltında veya tutukevinde eğitim hakkını, aile hayatını, haberleşme ve ifade hürriyetini tam anlamıyla kullanması beklenemez. Bu yüzden kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, insan haklarını koruma altına alan neredeyse tüm insan hakları metinlerinde kötü muameleye tabi tutulmama ve yaşam hakkıyla birlikte ele alınmıştır.⁴

Anayasa Mahkemesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir hak olarak belirtmiştir.⁵ AİHM de kişinin fiziksel özgürlüğünü koruma altına alan bu hakkı, demokratik toplum düzeninde en önemli haklardan biri olarak kabul etmiştir.⁶ Şüphesiz kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı demokratik toplumun en yüksek değerlerini oluşturan unsurlardan birisidir.⁷ Doktrinde ise kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı Anayasada, kanunlarda ve Sözleşmede belirtilen koşullara aykırı bir şekilde kişilerin yakalanmaması, gözaltına alınmaması ve tutuklanmaması olarak ifade edilmektedir.⁸

² Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -1, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 6.

³ İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", S.55, 2004, TBB Dergisi, s. 204.

⁴ A. Şeref Gözübüyük/A. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 221.

⁵ AYM, *Erdem Gül ve Can Dündar [GK]*, B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62. Bu karar ve diğer Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.

⁶ *Medvedev ve Diğerleri/Fransa*, B. No:3394/03, 29/03/2010, §§ 76-79.

⁷ Juan Antonio Hernandez Corchete, "The Role of Constitutional Courts in the Balance between Liberty and Security", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017 (34), 2018, s. 45.

⁸ Bahri Öztürk/Durmuş Tercan/Mustafa Ruhan Erdem, (Ed. Bahri Öztürk), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayın, 12. Bası, Ankara, 2018, s. 111.

Anayasanın 19. maddesinin 1. fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu bir ilke olarak belirlendikten sonra devam eden maddelerde kamu düzeni ve genel sağlığın korunması, suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak, ceza muhakemesinin amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla anılan hakka müdahaleye izin verilmiştir. Anayasa, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına hangi hallerde müdahale edilebileceğini sınırlı bir şekilde saymıştır. Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasında müdahale sebepleri olarak; mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması, bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi, toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi ve usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması gösterilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında da suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabileceği, hâkim kararı olmadan yakalamanın ise suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasanın izin vermediği ve Anayasada sayılmayan bir sınırlama sebebine dayanılarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale edilemeyecektir.⁹

Anayasanın 19. maddesinde sadece kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının bulunduğu ve hangi hallerde bu hakka müdahale edileceği belirtilmemiş, ayrıca kişilerin ne tür güvencelere sahip olduğu da sonraki maddelerde açıklanmıştır. 19. maddenin 4., 5., 6., 7., 8. ve 9. fıkralarında 2. ve 3. maddede sayılan sebeplerden birisi nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere bazı güvenceler verilmiştir. Bir tedbir veya uygulamanın özgürlükten mahrum bırakılma olarak kabul edildiğinde hakkın sağladığı teminatlardan kişilerin yararlandırılması gerekmektedir. Bu teminatlardan ilki, özgürlüğünden bir şekilde yoksun bırakılan kişinin tekrar özgürlüğüne kavuşabilmesi için bu hak yoksunluğunun bir mahkeme huzurunda denetlenmesini isteme hakkıdır. Sözleşmede ve Anayasada tanınan bu güvence habeas corpus güvencesi olarak da ifade edilmektedir.¹⁰ Anayasanın 19. maddesinin 8. fıkrasında yer alan ve mahkemeye başvuru hakkı olarak da bilinen bu hakkın alt unsurları da özgürlükten yoksun bırakılanlara

⁹ Ulaş Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, (Ed. Sibel İncoğlu), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi Yayınları, 2013, s. 184.

¹⁰ Abdülkadir Kaya, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İçtihatlarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, C.9, S.123-124, Y.2014, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Tutuklama, s. 78, Ali Tanju Sarıgül, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiyi Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 108.

sağlanmalıdır.¹¹ Bu alt haklar; serbest bırakmayı içeren başvurunun, talebin bir hâkim veya mahkeme tarafından incelenmesi, bir diğer ifadeyle bu makamın serbest bırakma yetkisi olmalıdır; incelemenin makul aralıklarla duruşmalı yapılması, soruşturma dosyasında kısıtlılık kararının bulunması durumunda temel öneme sahip bilgilerin şüpheli veya sanığa verilmesi, Cumhuriyet savcılığından görüş alındığında bu görüşün özgürlükten yoksun bırakılan kişiye tebliğ edilmesi, serbest bırakmayı içeren talebin kısa süre içinde incelenmesi ve müdafiden yararlanma hakkıdır. Anayasanın 19. maddesinin 9. fıkrasında ayrı bir hak, tazminat talep etme hakkı, tanınmıştır. Özgürlüğünden yoksun bırakılana sağlanan bir diğer hak, ceza muhakemesi sürecinde özgürlüğünden yoksun bırakılan şüpheli veya sanığın yargılamanın makul sürede bitirilmesini isteme ve soruşturma veya kovuşturma evresinde serbest bırakılmayı talep etme hakkıdır. Bu hak ise Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasında tanınmıştır. Yine, Anayasanın 19. maddesinin 4. 5. ve 6. maddelerinde yer alan suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı, derhal hâkim önüne çıkarılma hakkı ve yakınlarına haber verilmesini isteme hakları da özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere tanınan haklardır.

Bir müdahalenin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında görülebilmesi için öncelikle özgürlükten yoksun bırakma hali söz konusu olmalıdır. Kısa süreli durdurmalar, yurt dışı çıkış yasağı, belirli bir mahalleyi ya da ilçeyi terk etmeme, belli günlerde imza atma yükümlülüğü, göz hapsi gibi tedbirler ilk bakışta özgürlüğü kısıtlayan durumlara örnek olarak gösterilebilir ise de özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilmemektedir.¹² Ayrıca, kanunun bir uygulamayı özgürlükten yoksun bırakılma olarak görmemesinin de konutu terk etmeme tedbirinde olduğu gibi tek başına bir önemi bulunmamaktadır. Bu yüzden hakkın güvencesinden faydalanılabilmesi için öncelikle uygulanan tedbirin özgürlükten yoksun bırakma kavramının içinde yer alıp almadığının belirlenmesi gerekmektedir.¹³

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale oluşturan unsurlar Anayasada ve buna uygun olarak kabul edilmiş olan kanunlarda çoğu durumda örneğin gözaltına alma ve tutuklamada olduğu gibi açık bir şekilde belirtilmiştir. Fakat kanunun müdahale olarak görmediği bazı durumlar da pekâlâ mümkündür. Zira kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale oluşturan tüm hallerin tek tek önceden belirlenmesi ve bunların kanunlarda zikredilmesi mümkün değildir. Zamanla bu tür haller değişiklik de gösterebilmektedir.¹⁴ Bu tür durumlarda AYM ve AİHM içtihatlarıyla bir sonuca varılmaktadır. AİHM ve AYM, yakalama kavramını özerk bir kavram olarak kabul ettiğinden, bir tutma meydana geldiğinde bu tutmada özgürlük hakkına bir müdahalenin var olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre

¹¹ Muzaffer Korkmaz, Tutuklunun Serbest Kalma Hakkı ve Güvenceleri, onikilevha, İstanbul, Nisan 2021, s. 33.

¹² Şirin, s. 38.

¹³ Şirin, s. 22.

¹⁴ David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates vd., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013, s. 92.

belirlenmektedir. Buradaki yakalama, ceza muhakemesi anlamındaki yakalamayı değil, kamu makamları tarafından kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakılmasını ifade etmektedir.¹⁵ Nitekim inceleme konumuz olan konutu terk etmeme tedbiri de başlangıçta kanunen bir özgürlükten yoksun bırakma olarak görülmemesine karşılık AİHM ve AYM içtihatlarıyla bu kapsam içine alınmıştır.

B. ÖZGÜRLÜKTEN YOKSUN BIRAKMA

Anayasa Mahkemesi *Cüneyt Kartal* başvurusunda özgürlükten yoksun bırakma kavramını açıklamıştır. Buna göre, *Anayasanın 19. maddesi kapsamında özgürlükten yoksun bırakma kavramı, bir kimsenin kısıtlı bir alanda, ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması şeklinde ifade edilebilecek iki unsuru içermektedir.*¹⁶ AİHM de özgürlükten yoksun bırakma kavramını benzer şekilde belli bir süreyle kişinin iradesi hilafına kısıtlı bir alanda tutulması olarak açıklamıştır.¹⁷ Doğal olarak serbest bırakılma veya tahliye edilme ile de özgürlükten mahrumiyet son bulmaktadır.

AYM ve AİHM kararlarına göre özgürlükten yoksun bırakmanın nesnel ve öznel olmak üzere iki unsurunun bulunduğu görülmektedir: Kişinin göz ardı edilemeyecek uzunlukta bir süre boyunca sınırları belli bir yere kapatılması nesnel unsur; tutulmanın geçerli bir rızaya dayanmaması ise öznel unsurdur. Tutmaya kişinin baştan beri rızası bulunmakta ise özgürlükten mahrumiyet de kural olarak söz konusu olmamaktadır.¹⁸ Belirtmek gerekir ki tutmaya rıza gösterilmiş olması, örneğin tutuklama kararına veya gözaltına karşı çıkılmamış olunması durumlarında hakkın sağladığı güvencelerden kişinin yararlandırılmayacağı sonucuna varılamaz.¹⁹

AİHM, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale oluşturan, özgürlükten yoksun bırakmanın kapsamına giren klasik hâlleri *Engel ve diğerleri* kararında belirtmiştir. Sözleşmenin 5. maddesinde geçen özgürlük kavramının kişinin fiziksel özgürlüğünü kapsadığından hareketle AİHM, gözaltına alınıp nezarethanede veya tutukevinde tutulan, tutuklanan ve hapis cezasına mahkûm edilip ceza infaz kurumuna konulan kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarına karar vermiştir.²⁰

CMK'da bir koruma tedbiri olarak öngörülen yakalama, gözaltı ve tutuklama; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında

¹⁵ AYM norm denetimi, E: 2020/59, K: 2023/53, T: 22/3/223, § 116; AYM, E:2020/30, K: 2023/12, T: 25/1/2023, § 127. AYM'nin norm denetimi kararları için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

¹⁶ *Cüneyt Kartal*, B. No: 2013/6572, 20/3/2014, § 17.

¹⁷ *Storck/Almanya*, B. No: 61603/00, 16/6/2005, § 74.

¹⁸ Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar I, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2012, s. 367.

¹⁹ Karen Reid, (Çev. Bahar Öcal Düzgören), Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, İkinci Kitap, Avesta, 2000, s. 15.

²⁰ *Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976, § 58.

Kanun'da (İnfaz Kanunu) bir infaz şekli olarak uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezaların yerine getirilmesi amacıyla hapsedilme, özgürlükten yoksun bırakmayı oluşturan ilk akla gelen tedbirlerdir. Özgürlüğe bu şekilde müdahalede bulunulduğunda kişiler hem kilitli hem de kapalı bir alanda tutulmaktadır. Şüphelinin gözaltında nezarethanede tutulduğu yer, şüpheli veya sanığın tutukluluk süresince kaldığı yer, hükümlünün ise tutulduğu ceza infaz kurumları kilitli ve kapalı yerleri oluşturmaktadır. Ancak özgürlükten yoksun bırakma için her zaman kişinin mutlaka bir nezarethanede veya hapishanede tutulması şart olmadığı gibi; yerin, her zaman kilitli ve kapalı bir yer olması da aranmamaktadır. Hatta, bazen bir tutma kararına gerek olmadan da kişiler, fiilen özgürlüğünden yoksun bırakılmış olabilmektedir. Nitekim AİHM *Guzzardi/İtalya* kararında, hapishane, tutukevi ya da nezarethane gibi kapalı ve kilitli olmayan bir yerde, açık alanda tutulma hâlinde dahi özgürlükten mahrumiyetin söz konusu olabileceğini belirtmiştir.²¹

CMK'nın 109. maddesinin 6. fıkrasında bazı adli kontrol tedbirlerinin dolaylı olarak özgürlükten yoksun bırakmayı oluşturduğu ifade edilmiştir. Mezkûr hükme göre kural olarak soruşturma veya kovuşturma sürecinde adli kontrol tedbirinin uygulanmasında geçen sürelerin hürriyeti sınırlama sebebi olarak görülemeyeceğinden dolayı yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verildiği durumlarda cezadan mahsup işlemi uygulanamayacaktır. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasının (e) bendi bundan hariç tutulmuştur. Anılan hükümde; uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığında arınmak amacıyla hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olan ve bunları kabul eden şüpheli veya sanıkların hastanede geçirilecekleri süreler, mahsuba konu olabileceğinden özgürlükten yoksun bırakma kapsamında görülmüştür. Böylelikle, kanunda doğrudan kilitli olmayan bir alanda, tutukevi, gözaltı veya ceza infaz kurumu gibi olmayan yerlerdeki tedavi amaçlı tutulmalar da özgürlükten yoksun bırakma olarak kabul edilmiştir.

Özgürlükten yoksun bırakma dışında bir de özgürlüğün kısıtlanması halinden bahsetmek gerekir. Her özgürlüğün kısıtlanması, özgürlükten mahrum bırakma olarak görülmemekte ise de özgürlükten yoksun bırakmanın olduğu bütün hallerde, özgürlüğün kısıtlanması da bulunmaktadır. Öyleyse, özgürlükten mahrum bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması arasında ne tür bir fark bulunmaktadır?

Öncelikle bir müdahalenin özgürlükten mahrumiyet olarak kabulü için müdahalenin gerçekleştiği an belirlenmelidir. Zira bu ana göre kişinin hareket serbestisinin kısıtlanmaya başlayıp başlamadığı belirlenecektir. Bu hakka müdahale, ilgilinin fiziksel bütünlüğüne müdahale anında gerçekleşmektedir. Bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığının tespitinde başlangıç noktası, kişinin o an içinde bulunduğu somut durumdur. Bu çerçevede ihmal edilemeyecek bir sürede, örneğin 36 dakika bir süreyle rızası hilafına kişinin karakolda suç isnadı dışında tutulması özgürlükten yoksun bırakılma olarak değerlendirilecektir.²² Yine,

²¹ *Guzzardi/İtalya*, B. No: 7367/76, 6/11/1980.

²² *Mehmet Baydan*, B. No: 2014/16308, 12/4/2018.

CMK'nın 90. maddesi gereğince suçüstü halinde yakalamada, kişinin hareket serbestisi kısıtlandığında, bu yakalama işlemi anında özgürlükten mahrumiyet de gerçekleşmiş olur. Kişi, kolluk mensuplarının izni ve rızası olmadan bulunduğu yeri terk edemeyecektir. Gözaltına alınan şüpheli, Cumhuriyet savcısının talimatı dışında gözaltı süresince serbest bırakılmamaktadır. Buna karşılık CMK'nın 94. ve 98. maddelerine göre ifade almaya yönelik adresi tespit edilemeyen yahut açıkça tebligat yapılmış olmasına karşılık bu tebligata cevap vermeyen şüpheli veya sanık hakkında yakalama emri düzenlendiğinde, bazı hallerde bu yakalama kararları yolda yapılan bir kontrolde veya havaalanında pasaport işlemleri esnasında yapılan denetimde infaz edilebilir, bazen de bu kararlar hiç infaz edilemez; kişi yurt dışında bulunduğu ve ülkeye gelmediği müddetçe yakalama kararının infaz edilmesi olanaksızdır. *Galip Öğüt* başvurusunda AYM, henüz infaz edilmeyen, bir başka ifadeyle yakalama kararının bulunmasına karşılık, kişinin henüz yakalanmadığı durumlarda, bu yakalamanın kişi üzerinde temel hak ve hürriyetlere yönelik bazı sübjektif etkileri bulunmakla birlikte fiziksel özgürlüğe bir müdahalenin söz konusu olmadığına karar vermiştir.²³

Sokağa çıkma yasakları, karantina uygulamaları, adli kontrol tedbirlerinden olan şüpheli ve sanıklar hakkında uygulanan yurt dışına çıkış yasağı, hâkim tarafından belirlenen yerlere belirlenen süreler içinde düzenli olarak başvurma, belirli bir yerleşim yerini terk etmeme, belirlenen yer ve bölgelere gitmeme hallerinde özgürlükten yoksun bırakma mı yoksa özgürlüğün kısıtlanması mı söz konusudur? Kural olarak eğer bu tür uygulama ve kararlar ile günlük işlerin yapılması önemli ölçüde engellenmiş ve kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre tutmaya zorlama bulunmakta ise özgürlüğün kısıtlanması yerine özgürlükten yoksun bırakılmanın bulunduğu düşünülmesi gerekmektedir.²⁴ AİHM, *Terheş/Romanya* kararında, Covid-19 salgın hastalığıyla mücadele kapsamında uygulanan sokağa çıkma yasağının Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına girmediğini belirtmiştir. Dolayısıyla sokağa çıkma yasağı AİHM uygulamasında özgürlüğün kısıtlanması (seyahat hürriyeti) olarak kabul edilmektedir.²⁵

AİHM, bu sonuca varırken ülkede uygulanan sokağa çıkma yasağının kabul ediliş amacını ve uygulanış şeklini dikkate almıştır. AİHM, yasağın sağlık nedeniyle kabul edildiğini, Covid-19 salgının sadece sağlığı değil, aynı zamanda hayatın tüm yönlerini de etkilediğini, bu yüzden öngörülemez istisnai bir durumla karşılaşıldığını belirledikten sonra uygulanan tedbirin yalnızca başvurucuya özgü olmayıp herkese uygulandığını, genele uygulanan bu tedbir ile başvurucunun hukukten öngörülen sebepler dışında evde kalmaya zorlandığını, bununla birlikte istisnai olarak dışarı çıkma imkânının da bulunduğunu, polis tarafından kişisel olarak takip edilmediğini, sosyal ilişkilerde bulunmasının engellenmediğini belirtmiştir.

Gözaltı, tutuklama ve hapsedilme gibi klasik özgürlükten mahrumiyet hâlleri dışında da pekâlâ özgürlükten yoksun bırakılma olabilmektedir.

²³ *Galip Öğüt [GK]*, B. No: 2014/5863, 1/3/2017, § 41.

²⁴ Şirin, s. 34.

²⁵ *Terheş/Romanya*, B. No: 49933/2020, 13/4/2021.

Dolayısıyla kanunda belirtilen durumlarla sınırlı olmaması ve bunun çok değişik türlerinin bulunduğu dikkate alındığında AYM ve AİHM, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından mahrumiyeti *özerk* bir kavram olarak yorumlamaktadır. Bu konuda dikkate alınan temel ölçüt ise; tedbirin türü, tedbirin süresi, ne şekilde, kim tarafından uygulandığı gibi bazen hep birlikte, bazen ise bir veya birden fazla kriter toplu bir şekilde göz önünde bulundurulmaktadır. Ayrıca ihmal edilemeyecek bir süre boyunca bir tutmanın söz konusu olup olmadığı ve şüphesiz bu tutmaya karşı kişinin rızasının bulunup bulunmadığı da müdahalenin varlığının tespitinde dikkate alınmaktadır.²⁶

II. KONUTU TERK ETMEME TEDBİRİ²⁷

A. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesinde öngörülen koruma tedbirlerinden birisi olan ve uygulamada sıklıkla başvuru tutuklama, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını sınırlandıran ağır bir tedbirdir.²⁸ Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya delillerin değiştirilmesini önlemek amacıyla hâkim kararıyla tutuklanabileceği ifade edilmiş, böylelikle tutuklamanın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahaleye izin verilen bir durum olduğu kabul edilmiştir. Tutuklama kararı verilebilmesi için aranan şüphenin derecesi diğer bazı koruma tedbirlerine nazaran yüksek tutulmuş ve CMK'da bu şüphe türünün kuvvetli suç şüphesi olduğu ifade edilmiştir.

Tutuklamanın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını sınırlandıran ağır bir tedbir oluşu, tutuklama yerine uygulanabilecek başka tedbirlere, bu çerçevede adli kontrol tedbirlerine başvurulması arayışını gündeme getirmiştir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) da hapis cezası yerine uygulanabilecek seçenek yaptırımlar kabul edilmiştir. Adli para cezası, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma, uğranılan zararı giderme gibi seçenek yaptırımlar, şüphesiz hapis cezasına göre hükümlünün daha lehine olan yaptırım türleridir. TCK'nın 50. maddesinin 1. fıkrasında, belli bir sürenin altında kalan kısa süreli hapis cezalarının yerine karar verilebilecek seçenek yaptırımlar gösterilmiştir.²⁹ Yine, İnfaz Kanunu'nun 110. maddesinde bazı hallerde hapis

²⁶ *Guzzardi/İtalya*, B. No: 7367/76, 6/11/1980.

²⁷ Konutu terk etmeme tedbiri, ev hapsi veya konutta hapis olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Berna Aşşen Yılmaz, "Adli Kontrol Tedbiri Kapsamında Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü: Ev Hapsi", S.80, No.2, Nisan 2022, Ankara Barosu Dergisi, s. 101, Ziya Koç, "Elektronik İzleme İle Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi", 2013/2, Ankara Barosu Dergisi, s. 200.

²⁸ Yusuf Enes Kaya, Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi, onikilevha, İstanbul, 2019, s. 28.

²⁹ Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesine göre süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

cezasının konutta çektirilebileceği düzenlenmiştir. Konutta infaza karar verilmesi durumunda hükümlü oturduğu yeri terk edememekte, fakat ev ortamında dilediğini yapabilmektedir.³⁰ Kanun'un 110. maddesinin 2. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerine göre, mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukukî sorumlulukları saklı kalmak üzere; kadın, çocuk veya altmış beş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam bir yıl, yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam iki yıl, yetmiş beş yaşını bitirmiş kişilerin ise mahkûm oldukları toplam dört yıl veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan veya adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlülerden 16. maddenin 3. fıkrasında belirlenen usule göre maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyeceği tespit edilenlerin cezaları ile ve 4. fıkraya göre doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçen ve toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlü kadınların cezasının konutunda çektirilmesi mümkündür. Bu son madde uyarınca talepte bulunulabilmesi için kadının doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ayın geçmemiş olması gerekir. Konutta infaza karar verdikten sonra çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa infaz hâkimi konutta infaz uygulamasına ilişkin kararını kaldırabilecektir.

Şüpheli veya sanığı cezalandırma amacı taşımadığı ve kişi özgürlüğünü geri dönüşü olmayan bir şekilde ortadan kaldırdığı hususları gözetildiğinde tutuklama tedbirinin titizlikle uygulanması gerektiği söylenmelidir. Teknolojik imkanlar ile tutuklamanın zorunlu olduğu hâllerde, şüpheli veya sanığın ceza infaz kurumu yerine kendi konutunda elektronik olarak izlenmesi ve takibi de mümkün hale gelmiştir. Konutta izleme, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını kısıtlamakta ise de doğal olarak bunun tutuklamaya nazaran daha hafif bir ceza muhakemesi tedbiri olduğu da açıktır.³¹ Özellikle delilleri karartma şüphesi veya tanıklar üzerinde baskı kurma ihtimalinin bulunmadığı hâllerde, kaçma şüphesini gidermek için tutuklama yerine konutu terk etmeme tedbirine başvurulabilecektir. Böylelikle ceza muhakemesinde tutuklamadan beklenen amaca konutu terk etmeme tedbirıyla de pekâlâ ulaşılabilecektir.

B. TANIM

Adli kontrol başlıklı CMK'nın 109. maddesinin (j) bendinde *konutunu terk etmemek* tabiri kullanılmış, ancak aynı fıkrada tedbirin tanımına ya da nasıl ve ne şekilde uygulanacağına dair bir açıklama yapılmamıştır. Keza CMK'nın 2. maddesinde kanunda geçen bazı kavramların tanımları yapılmış

³⁰ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 611.

³¹ Koç, s. 200.

olmasına karşılık bu kısımda da konutu terk etmemenin bir tanımına yer verilmemiştir.

Bu yüzden öncelikle adli kontrol kavramı üzerinde kısaca durmak gerekir. Maddenin ilk fıkrasında adli kontrolün bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada 100. maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol kararının verilebileceği olarak ifade edilmiştir. 2. fıkrada kanunlarda tutuklama yasağı bulunan hallerde de adli kontrole ilişkin hükümlerin uygulanabileceği belirtilmiş; maddenin 3. fıkrasında ise adli kontrolün nelerden ibaret olacağı sınırlı bir şekilde sayılmış ve şüphelinin veya sanığın bu fıkranın alt bentlerinde sayılan hallerden birisi veya birkaçı kapsamında yükümlülüğe tabi tutulması olarak uygulanacağı açıklanmıştır.

Doktrinde adli kontrol, şüpheli veya sanığın tutuklanması yerine CMK'da öngörülen bir veya birden çok yükümlülüğe tabi tutularak toplum içinde denetimini öngören bir koruma tedbiri olarak tanımlanmaktadır.³² Ceza muhakemesinde bir koruma tedbiri olarak uygulanan tutuklama, kişi hürriyeti ve güvenliğini doğrudan kısıtlayan bir durumdur. Adli kontrolün ise CMK'ya göre tutuklamaya alternatif bir tedbir olarak düzenlendiği dikkate alındığında daha hafif tedbirleri oluşturduğu görülmektedir.³³ Dolayısıyla tutuklamadan daha hafif bir tedbirle ceza muhakemesinin amaçlarına ulaşmak mümkün ise ölçülülük ilkesi gereği öncelikle adli kontrol tedbirlerinden biri ve birkaçının uygulanması gerekmektedir.³⁴ Ceza muhakemesinde ve diğer mevzuatta, örneğin 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇKK) tutuklama yasağı öngörülen hallerde de 109. maddenin 2. fıkrasına göre adli kontrol kararı verilebilecektir. Bu düzenlemeler, bir yandan adli kontrolün kapsamını genişletmiş olup diğer taraftan ise tutuklama kararından önce mutlaka adli kontrolün uygulamasının düşünülmesi sonucunu doğurmuştur.³⁵

Konutu terk etmeme tedbirinin ne olduğuna ve ne şekilde uygulanacağına dair bilgiye Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin (Yönetmelik)³⁶ 55. maddesinde yer verildiği görülmektedir. Yönetmelik'te öncelikle adli kontrolün tanıma yer verilmiş; 56. maddenin (ç) fıkrasında ise bu tedbir açıklanmıştır. Yönetmelik'te konutu terk etmemek tedbiri, şüpheli veya sanığın yargı mercii tarafından belirlenen konutunu mazereti olmaksızın veya izin almaksızın terk etmeme olarak ifade edilmiştir. Yönetmelik'in 57. maddesinde genel olarak adli kontrol kararlarının yerine getirilmesi ve 103. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde de konutu terk

³² Cumhuriyet Şahin/Neslihan Gökçürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 328, Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 394.

³³ Bahri Öztürk/Behiye Eker Kazancı /Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2103, s. 78.

³⁴ Hüsnü Aldemir, Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama Adli Kontrol, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 250.

³⁵ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 20202, s. 354.

³⁶ RG, 10/11/2021, S: 31655.

etmeme kararının infazının nasıl yerine getirileceği açıklanmıştır. Fıkraya göre konutu terk etmeme tedbiri, kişinin yaşadığı konutun çevresi sistem haritası üzerinde kısıtlı alan haline getirilerek, kararda belirtilen zaman dilimi içerisinde yükümlünün konutunda bulunup bulunmadığının elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle izlenerek yerine getirilmektedir. Buna göre şüpheli veya sanığın toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetimi elektronik cihazlar vasıtasıyla icra edilmiş olmaktadır. Söz konusu tedbirin amacının şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi sürecinde elde bulundurulmasını ve kaçmasını önlemek olduğu görülmektedir.³⁷

Yönetmelikte yer verilen maddeler dikkate alındığında konutu terk etmeme tedbiri, ceza muhakemesinin gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturma evresinde şüpheli veya sanık hakkında uygulandığında bu kişilerin kararda bir süre verilmesi halinde bu süre boyunca, süre tayin edilmemesi halinde ise tedbirin sonlandırılmasına karar verilmeye kadar kesintisiz bir şekilde Cumhuriyet savcılığına ve mahkemeye verilen ikamet adreslerindeki konutlarının dışına izin almadan veya bir mazereti olmadan çıkmalarının yasaklanması şeklinde tanımlanabilir.³⁸ Bu durumda şüpheli veya sanık, haklarında verilen tedbir sona erdirilinceye kadar yaşamlarını konutlarında sürdürmek zorundadır.

C. KONUTU TERK ETMEMENİN KOŞULLARI

I. Bir Suçun Bulunması

Konutu terk etmeme tedbirine karar verilebilmesi için evleviyetle suç ve ceza öngören kanunlarda belirtilen bir suçun işlediği iddiasının bulunması gerekmektedir. Kişinin bu anlamda ya şüpheli ya da sanık konumunda olması aranmaktadır. Adli kontrol tedbirine bir suç sebebiyle karar verilebilecek olması nedeniyle Kabahatler Kanunu kapsamında yer alan bir kabahatin işlenmesinden ötürü yahut disiplin tedbiri olarak adli kontrol tedbiri olan konutu terk etmeme tedbirine de başvurulamaz.

CMK'nın 100. maddesinin 4. fıkrasında sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama yasağı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca ÇKK'nın 21. maddesinde de on beş yaşını doldurmayan çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı tutuklamaya karar verilemeyeceği düzenlenmiştir. 109. maddenin 2. fıkrasında tutuklama yasağı bulunan hallerde de adli kontrole karar verilebilir denilmekte ise de konutu terk etmeme tedbirinin bir hürriyetten yoksun bırakma olarak görüldüğünden, tedbire karar verebilmek için kural olarak tutuklama nedenlerinin bulunması da aranacaktır.³⁹ 109. maddenin ilk fıkrasında tutuklama sebeplerinin varlığı halinde de adli kontrol kararı verilebilecek olması bu

³⁷ Aldemir, s. 265.

³⁸ Aldemir, s. 265.

³⁹ Yılmaz, s. 118.

görüşü destekler niteliktedir. Diğer adli kontrol tedbirleri için geçerli olmakla birlikte konutu terk etmeme tedbirinin özgürlükten yoksun bırakma olarak kabulü sonrasında tutuklama yasağının olduğu hallerde de bu tedbire karar verilebileceğini savunmak kendi içinde çelişki oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle açıkça tutuklama yasağının söz konusu olduğu hallerde konutu terk etmemeye karar verilmemelidir. Yine CMK'nın 109. maddesinin 7. fıkrasında kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabileceği belirtilmiş olmakla birlikte bu kuralın konutu terk etmeme tedbiri dışındaki diğer adli kontrol hükümleri bakımından uygulanabileceğini söylemek daha doğru bir yaklaşım olur.

Tutuklama yasağının söz konusu olduğu haller dışında konutu terk etmeme tedbirinin uygulanmasını sınırlayan veya uygulanmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmakta mıdır? Bir başka ifadeyle konutu terk etmeme tedbiri için şüpheli veya sanıkların kişilik özelliklerinin ayrıca bir etkisi var mıdır? 14/4/2020 tarihinde kabul edilen 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle CMK'nın 109. maddesinin 4. fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Buna göre maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği İnfaz Kanunu'nun 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheliler ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Düzenleme ile CMK dolaylı olarak bu tür kişiler hakkında tutuklama koruma tedbiri yerine bu tedbire göre daha hafif nitelikte olan adli kontrol yükümlülüğüne ve tabi ki konutu terk etmeme tedbirine karar verilmesinin öncelikli olarak düşünülmesi gerektiğini vurgulamış olmaktadır.⁴⁰

7242 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesine baktığımızda tutuklama koşullarının varlığına rağmen, maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği İnfaz Kanunu'nun 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheliler ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren 6 ayı geçmemiş bulunan kadın şüphelilerin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilmesine imkân sağlanmıştır. Gerekçede, esasında İnfaz Kanunu'nun 4. ve 6. fıkralarında hükümlüler bakımından bu hususların düzenlendiği ve aynı Kanun'un 116. maddesinde tutukluluk haliyle uzlaşır nitelikte olması durumlarında 16. madde hükümlerinin uygulanabileceği, ancak uygulamada bu hükme rağmen tutuklu şüpheliler hakkında farklı uygulamaların gerçekleştirildiği ve mağduriyetlerin ortaya çıkmasına sebep olduğu belirtilmiştir. Getirilen düzenlemeyle, uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi ve yaşanabilecek mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi amaçlandığı ifade edilmiştir.⁴¹

⁴⁰ Hüseyin Turan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Müdahale Oluşturan Tutuklamanın Ölçülü Olması ve 7242 Sayılı Kanun'un 15. Maddesinin Bu Kapsamda Değerlendirilmesi", Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, 29-30 Mayıs 2020, İbni Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020, s. 688 vd.

⁴¹ <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c039/tbmm27039078ss0207.pdf> (S.e.t.: 8/7/2024).

İnfaz Kanunu'nun 16. maddesinde; yaşlılık, engellilik, ağır hastalık, gebelik, doğum gibi durumlarda kesinleşmiş hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının ertelenebileceği öngörülmüştür. Sözü edilen haller, geçici olduğundan, bu durumların sona ermesi halinde hapis cezası kaldığı yerden infaz edilebilecektir. Gebeliğin doğumla sona ermesi, bebeğin belirli bir yaşa gelmesi, hastalığın iyileşmesi sonrasında kesinleşmiş hükümlerin infazı gerçekleştirilecektir.

İnfaz Kanun'unda gerek cezanın infazının ertelenebileceği kişilerin gerekse hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının konutta yerine getirilmesine karar verilebilecek kişilerin kişilik özelliklerinin benzer olduğu görülmektedir. Kanun koyucunun, yaşlılığı, engelli olma halini, gebeliği ve küçük çocuk sahibi olan annenin kişilik özelliklerini dikkate alarak cezanın belli bir süreyle ertelenmesinde diğer hükümlülere göre farklı değerlendirmiştir. Yine, cezanın konutta çektirilmesinde de aynı kişiler için farklı bir düzenleme benimsenmiştir. Bu iki düzenlemenin CMK'ya yansması 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle gerçekleştirilmiştir. Ceza muhakemesinin soruşturma veya kovuşturma evresinde belirtilen kişilerin bir suça karışması ve tutuklama koşullarının varlığının söz konusu olduğu hallerde öncelikle tutuklama yerine uygulanış şekli de dikkate alındığında daha hafif nitelikte olan konutu terk etmeme tedbirinin uygulanması insan hakları açısından daha uygun olacaktır.

2. Tutuklama Nedenlerinin Bulunması

Konutu terk etmeme tedbirine karar verilecek olayda tutuklama kararı verilebilmesi için aranan ve bir ön koşul olan kuvvetli suç şüphesinin bulunması zorunluluktur.⁴² Ceza soruşturmasının başlatılabilmesi için aranan basit şüphenin, iddianamenin kabulü için gerekli olan yeterli şüphenin ve şüphelinin veya sanığın yakalanması yahut suça ilişkin delillerin ele geçirilmesi amacıyla verilen arama kararları için bulunması zorunlu olan makul şüphenin varlığı, konutu terk etmeme tedbirine karar verilebilmesi için yeterli olmayabilecektir. Zira CMK'nın 109. maddesinin ilk fıkrası, adli kontrol kararı verilebilmesi için tutuklama sebeplerinin varlığını ayrıca gerekli görmüştür.

Tutuklamanın meşru sebepleri, kaçma ve delilleri gizleme veya yok etme olarak iki başlık altında toplanabilir. O halde, konutu terk etmeme tedbirine karar verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin bulunması tek başına yeterli görülmemekte, bununla birlikte bir tutuklama nedeninin de bulunması aranmaktadır. AYM, bireysel başvuruda konutu terk etmeme tedbirinin hukukiliğini incelerken, tutuklamanın hukukiliği incelemesindeki kriterleri aynen uygulamaktadır.⁴³

Kuvvetli suç şüphesinin ve bir tutuklama nedeninin bulunup bulunmadığı yönünden konutu terk etmeme tedbirinin bireysel başvuruda incelenme şekline değinmek gerekir. AYM birden çok başvuruda konutu

⁴² *Esra Özkan Özakça* [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 86.

⁴³ *Esra Özkan Özakça* [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 85-95; F.H., B. No: 2020/34559, 18/10/2023, § 20.

terk etmeme tedbirini incelemiş ve sonuçlandırmıştır. Her bir başvuruda öncelikle incelenen husus TCK'nun veya ceza içeren özel kanunlar kapsamında yürütülen bir ceza soruşturması sürecinde konutu terk etmeme tedbirinin uygulanıp uygulanmadığıdır.⁴⁴ Bugüne değin verilen kararlarda konutu terk etmeme tedbirinin bir suç kapsamında uygulanmadığına dair bir tespit bulunulmadığı gözlemlenmiştir. İkinci aşamada incelenen husus tutuklama tedbirinde olduğu gibi kuvvetli suç belirtisinin bulunup bulunmadığıdır. Bu ise somut olayın koşullarına göre değerlendirilmektedir. Bazı başvurularda kuvvetli belirtinin bulunmadığı tespit edilerek Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir. *Esra Özkan Özakça, Al Bal ve İslam Çapraz* başvurularında konutu terk etmeme tedbirine başvurulmasının ön koşulu olan kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.⁴⁵ Eğer böyle bir sonuca varılmış ise kural olarak üçüncü aşamaya yani tedbire başvurulması için gerekli olma meşru nedenlerin var olup olmadığına veya bu tedbirin ölçülü olarak uygulanıp uygulanmadığına bakılmamaktadır. Bir kısım başvurularda kuvvetli suç şüphesinin bulunmasına karşılık tutuklama nedenlerinden birisinin bulunmadığı nedeniyle yine Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kuvvetli belirtinin varlığı tespit edildikten sonra Anayasada ve CMK'da belirtilen tutuklamanın meşru amaçlarından birisinin konutu terk etmeme tedbiri bakımından olup olmadığına bakılmaktadır.

Tutuklama kararı, kaçma ya da delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla verilebilmektedir. Konutu terk etmeme adli kontrol tedbirinin tutuklamaya alternatif bir tedbir oluşu dikkate alındığında sadece Anayasada öngörülen bu amaçlarla verilebilecektir. Ayrıca CMK'da bir diğer tutuklama nedeni olarak suçun katalog suç listesi içinde olması kabul edilmiştir. Tedbirin niteliği ve özellikleri dikkate alındığında bu tedbire karar verilirken bunun bilhassa şüpheli veya sanıkların kaçmasını engellemeye yönelik adli bir önlem olarak değerlendirilmesi göz önünde tutulmalıdır. Sulh ceza hakimliği veya bir mahkeme, konutu terk etmeme tedbirine karar verdiğinde, kararında; kişinin sabit ikametgâh sahibi olduğunu, bu nedenle kaçma şüphesinin bulunmadığını, ayrıca delillerin büyük oranda toplandığını, dolayısıyla şüpheli veya sanığın delilleri karartabileceğine dair bir bilginin de olmadığını açıkça belirtmesi durumunda, konutu terk etmemeye ilişkin adli kontrol tedbirinin meşru bir amacının bulunmadığının açıkça kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Bu halde AYM, kendisinin aksi bir sonuca varmasını mümkün görmemektedir.⁴⁶ *Muhammed Bedran Çoğaltay* başvurusunda da AYM benzer şekilde meşru amacın bulunmadığını tespit ederek ihlal kararı vermiştir.⁴⁷ Buna karşılık AYM, *M.S.* başvurusunda konutu terk etmeme tedbirine karar verilmesinde hem meşru amacın bulunduğunu hem de uygulanan tedbirin ölçülü olduğunu belirterek bir ihlalin olmadığını tespit

⁴⁴ Diğerleri arasında bkz. *Ali Bal*, B. No: 2021/16165, 13/2/2024, § 17; *İslam Çapraz*, B. No: 2021/16746, 28/2/2024, § 17.

⁴⁵ *Ali Bal*, § 20, *İslam Çapraz*, § 21, *Esra Özkan Özakça*, § 92.

⁴⁶ *Helin Soylu*, B. No: 2021/21495, 13/2/2024, § 24.

⁴⁷ *Muhammed Bedran Çoğaltay*, B. No: 2021/25973, 13/2/2024, § 24

etmiştir.⁴⁸ Zira son aşamada konutu terk etme tedbirine başvurulmasının hukukiliğinin incelenmesinde tedbire başvurulmasının ölçülü olup olmadığı incelenmektedir.

Konutu terk etmeme tedbirinin elektronik kelepçe takılarak icra edilmesi de bireysel başvuruya konu edilmiştir. Çocuk olan başvuru M.S., hakkında elektronik kelepçe takılarak konutu terk etmeme tedbirine karar verilmiş olmasının hukuka aykırı olduğunu ve bu uygulamanın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM, elektronik kelepçenin kişinin konutundan ayrılıp ayrılmadığının takip edilmesini ve dolayısıyla adli kontrol tedbirinin icrasını sağladığı, başvuru kişinin kaçmasının önlenmesi meşru amacı yönünden işlevsel bir niteliği bulunduğu gerekçesiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁹

Görüldüğü üzere AYM, konutu terk etmeme tedbirinin tutuklamaya seçenек bir koruma tedbiri olduğunu kabul ederek bu tedbire ancak suçluluğu konusunda kuvvetli belirti bulunan şüpheli veya sanıklar hakkında karar verilebileceğini, tedbir uygulanacak kişinin kaçmasını ya da delilleri yok etmesini veya değiştirmesini önlemek amacıyla ve ulaşılmak istenen bu amaç yönünden başvurulabileceğini ve bir ölçüsüzlük yoksa tedbire ancak başvurulabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla, adli kontrol kapsamındaki başka yükümlülüklerin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olması durumunda şüpheli veya sanığın konutu terk etmeme yükümlülüğüne tabi tutulmaması gerekmektedir.

3. Hâkim veya Mahkeme Kararı

CMK'nın 110. maddesine göre konutu terk etmeme tedbirine ceza muhakemesinin soruşturma evresinde karar verilebileceği gibi kovuşturma evresinde de karar verilebilir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılığı sulh ceza hakimliğinden şüpheli hakkında sadece konutu terk etmeme tedbirinin uygulanmasını talep edebilir. Savcılık, tutuklama talep ettiğinde de sulh ceza hakimliği tutuklamaya nazaran daha hafif bir tedbir olan adli kontrol tedbirine ve bu arada konutu terk etmeme tedbirine de karar verebilir.⁵⁰ Kovuşturma evresinde ise gerekli görüldüğünde asliye ceza mahkemesi ve ağır ceza mahkemeleri, daha önce hakkında tutuklama kararı verilen sanığın, müdafinin veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine konutu terk etmemeye karar verebilir. Herhangi bir adli kontrol yükümlülük yüklenilmemiş olan ve tutuksuz olarak yargılanan sanık hakkında da mahkeme resen veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine konutu terk etmeme tedbiri kararı verebilir.

CMK'da adli kontrol kararlarına itiraz sistemi de kabul edilmiştir. Adli kontrol kararının kaldırılması başlıklı CMK'nın 111. maddesine göre şüpheli veya sanığın yahut bunların müdafisi, soruşturma evresinde sulh ceza hakimliğinden, kovuşturma evresinde ise mahkemeden konutu terk etmeme

⁴⁸ M.S., B. No: 2018/25505, 25/2/2021, § 77.

⁴⁹ M.S., B. No: 2018/25505, 25/2/2021, § 77, 83.

⁵⁰ Koç, s. 202.

tedbirinin kaldırılmasını isteyebilecektir. Mahkeme veya sulh ceza hâkimliğinin karar vermeden önce Cumhuriyet savcılığının görüşünü alması gerekmektedir. Mahkeme ve sulh ceza hakimliği, talebi beş gün içinde inceleyip sonuçlandıracaktır. Sulh ceza hakimliği ve mahkeme, somut olayın koşullarına göre 110. maddenin 2. fıkrası gereğince şüpheli veya sanık hakkında bir veya birden çok yeni adli kontrol yükümlülüğü koyabilir; uygulanan yükümlülüğü bütünüyle veya kısmen kaldırabilir, değiştirebilir. Dolayısıyla konutu terk etmeme tedbirine daha önce karar verildiği durumlarda, bu tedbirden daha hafif olan diğer adli kontrol tedbirlerinden herhangi birisine de karar verilebilir.

Tutuklama kararları için CMK'nın 108. maddesinde öngörülen tutukluluğun resen gözden geçirilmesini konu alan inceleme süresine ilişkin benzer bir düzenleme, adli kontrol yükümlülükleri için 110. maddenin son fıkrasında yapılmıştır. Söz konusu düzenleme 8/7/2021 tarihli 7331 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle CMK'ya dahil edilmiştir. Bu tarihten önce CMK'da böyle bir süre öngörülmediğinden ancak bir talep olduğunda incelenme imkânı bulunmaktaydı. Maddeye göre en geç dört aylık süreler içinde, yani bu süre dolmadan şüpheli veya sanığın adli kontrol yükümlülüğünün, bu arada konutu terk etmeme tedbirinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından; kovuşturma evresinde ise resen mahkeme tarafından 109. madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilmesi gerekmektedir.

CMK'da ayrıca adli kontrol tedbirlerine uymamanın sonuçları da düzenlenmiş ve buna ilişkin 112. maddede, adli kontrol hükümlerini ve bu kapsamda konutu terk etmeme tedbirini isteyerek yerine getirmeyen veya ihlal eden, örneğin elektronik kelepçeyi kırarak kaçan, konut dışına elektronik kelepçeyle çıkan veya elektronik kelepçeyi üzerinden çıkaran şüpheli veya sanık hakkında yargılama sonunda hükmedilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi ne olursa olsun hemen yetkili yargı mercilerince tutuklanacağı öngörülmüştür. Bu tür durumlarda tutuklama yoluyla özgürlüğün yoksun bırakılması Anayasanın 19. maddesinin 2. fıkrasında mahkeme kararında belirtilen yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla verilmiş olmaktadır. Adli kontrol yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla verilecek tutuklamanın koşulları için bu aşamada CMK'nın 100. maddesine başvurulmaya gerek kalmamaktadır.⁵¹

D. KONUTU TERK ETMEME TEDBİRİNİN SÜRESİ

CMK'nın 102. maddesinde tutuklulukta geçirilebilecek çekirdek ve uzatma süreleri, bir başka ifadeyle toplam tutukluluk süreleri benimsenmiştir. Ayrıca soruşturma sürecinde geçirilebilecek tutukluluk süresine de bir sınır getirilmiştir. Buna karşılık tutuklama yerine uygulanabilecek adli kontrol hükümleri için başlangıçta herhangi bir süre belirlenmemiştir. Adli kontrol tedbirleri için başlangıçta öngörülmeyen süre sınırlaması, 8/7/2021 tarihinde kabul edilen 7331 sayılı Kanun'un 17.

⁵¹ Bkz. *Mustafa Gökaş*, B. No: 2021/44260, 14/12/2023, § 49 vd.

maddesiyle CMK'ya 110/A maddesi eklenerek getirilmiştir. Maddede böylece üç tip süre belirlenmiş, bunlardan ilki ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde, bir başka ifadeyle asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı verilen adli kontrol yükümlülüğünün süresidir ve bu süre en çok iki yıldır. Zorunlu hâllerde gerekçesi gösterilerek bu sürenin bir yıl daha uzatılmasına karar verilebilecek olup toplam süre 3 yıldır. Diğer süre ise ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde kabul edilmiştir. Bu mahkemenin görev alanına giren işlerde adli kontrol süresi en çok üç yıl olarak kabul edilmiş, ancak bu süre zorunlu hâllerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilecektir; fakat bu uzatma süresi ise toplam üç yılı geçememektedir, dolayısıyla toplam süre uzatma kararıyla birlikte 6 yıldır. Üçüncü belirlenen süre şekli ise yine ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ancak Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda kabul edilmiş olan süredir. Bu tür suçlarda adli kontrol süresi yine üç yıldır, ancak uzatma süresi dört yılı geçemeyecektir. Toplam süre ise uzatmayla birlikte 7 yıldır. Doğaldır ki, adli kontrol türü olarak konutu terk etmeme tedbiri için de bu süreler aynen geçerlidir. Kanun, çocuklar için adli kontrol sürelerinin yarı oranında uygulanacağını belirtmiş, buna göre suça sürüklenen çocuk şüpheli ve sanık olduğunda hakkında konutu terk etmeme tedbiri uygulandığında maddede öngörülen bu süreler işlenen suça göre yarı oranında uygulanacaktır.

Soruşturma ve kovuşturma sürecinde şüpheli veya sanığın ne kadar bir süre ile özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği, tutuklamada olduğu gibi adli kontrol tedbirlerinde de kabul edilmesi, insan hakları açısından olumlu bir gelişmedir. Sürenin getirilmiş olması konusunda bir tartışma bulunmamakla birlikte, bu sürelerin ilk derece mahkemesince bir hüküm verildikten sonra istinaf veya temyiz aşamasında de devam ettirildiği durumlarda, istinaf ve temyizde geçen bu sürelerin toplam adli kontrol süresine dahil edilip edilemeyeceği tartışmalıdır.⁵² Uygulamada mahkemeler, istinaf ve temyiz kanun yolu aşamasında geçen adli kontrol süresini, CMK'da öngörülen toplam adli kontrol tedbirinin süresine dahil etmeme eğilimindedir. Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararıyla birlikte tedbir süresinin de kesildiği kabul görmektedir. Buna gerekçe olarak ise mahkemeler, AİHM ve AYM'nin tutukluluğun makul süreyi aştığı şikayetleri incelediği aşamada ilk derece mahkemelerince bir hüküm verildiği durumda suç isnadına bağlı tutukluluğun sona erdiği ve hükme bağlı tutmanın başladığı nedeniyle hükümden sonraki sürede, istinaf ve temyizde geçen sürenin, tutuklukta geçen süreye dahil edilmediğine dair içtihatlarını göstermektedir.

Kural olarak adli kontrol tedbirlerinin, özellikle de özgürlükten mahrumiyet oluşturan konutu terk etmeme tedbirinin tutuklama ile aynı şartlara tabi olması, tutuklama tedbirinin ölçülü olmadığına kanaat getirildiği

⁵² Ersan Şen/Erkan Duymaz, "Adli Kontrol ve Tutukluluk Sürelerinin Hesaplanmasında Kanun Yolunda Geçen Sürenin Dikkate Alınmaması Sorunu", <https://sen.av.tr/tr/makale/adli-kontrol-ve-tutukluluk-s%C3%BCrelerinin-hesaplanmasında-kanun-yolunda-gecen-s%C3%BCrenin-dikkate-alınmaması-sorunu> (s.e.t.: 13/5/2024).

durumlarda sulh ceza hakimliği veya mahkemelerin somut olayın koşullarına göre adli kontrol tedbirine başvurmaları, tutukluluk süresinin hesaplanmasında kullanılan ölçütlerin adli kontrol altında geçen sürenin hesaplanmasında da kullanılması anlaşılabilir bir durumdur. Bu açıdan bakıldığında, istinaf veya temyiz aşamasında azami sürelerin dolmasına rağmen adli kontrol tedbirlerinin kaldırılmaması, AİHM ve AYM içtihatları ile uyumlu gözükmemektedir. Fakat bu yaklaşım tarzı CMK'nın sözüne ve amacına aykırı bir durum oluşturmaktadır.⁵³ AYM tarafından bu konuda karara bağlanmış bir başvuru, çalışmanın hazırlandığı tarih itibariyle bulunmamaktadır.

III. ÖZGÜRLÜKTEN MAHRUMİYET NEDENİ OLARAK KONUTU TERK ETMEME

Konutu terk etmeme tedbirinin düzenlendiği CMK'nın adli kontrol başlıklı 109. maddesinde veya kanunun diğer maddelerinde, yine adli kontrol hükümlerinin uygulanmasını gösteren Yönetmelikte tedbir bir özgürlükten yoksun bırakma olarak kabul edilmemiştir. Aşağıda değinilecek AİHM ve AYM kararları sonrasında konutu terk etmeme tedbirinde geçirilen iki günlük süre, hapis cezasına mahkûmiyet halinde cezadan mahsup işleminde bir gün olarak kabul edilmiştir. Yine, soruşturma sonunda kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar veya kovuşturma sonunda beraat kararı verilmesi durumunda kişilerin CMK'nın 141. maddesi gereğince tazminat davası açabilecekleri öngörülmüştür. Yapılan bu düzenlemelerle doğrudan olmasa dahi dolaylı olarak yasa koyucu tarafından konutu terk etmeme tedbirinin bir özgürlükten yoksun bırakma nedeni olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz.

AİHM, *Buzadji/Moldova* kararında konutu terk etmeme tedbirinin Sözleşmenin 5. maddesi kapsamında olduğunu, bir başka ifadeyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına bir müdahale niteliğinde bulunduğunu belirtmiştir.⁵⁴ Söz konusu başvuruda, başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbiri konutu terk etmeme önleyici tedbiriyle değiştirilmiş, bu kapsamda hakkında yürütülen ceza dosyasıyla bağlantılı herhangi bir kimseyle iletişim kurması ve evden ayrılması yasaklanmış, her gün savcılığı telefonla aramakla yükümlü tutulmuştur. Kararda, konut terk etmeme tedbirinin derece ve yoğunluğu dikkate alındığında seyahat özgürlüğünün ötesine geçen bir müdahale olduğu ve bu müdahalenin ise özgürlükten yoksun bırakmayı oluşturduğu kabul edilmiştir.⁵⁵

Konutu terk etmeme tedbiri, kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir tedbir ise de doğal olarak tutuklamaya nazaran daha hafif bir tedbir olduğu açıktır. Şüpheli veya sanığın hakkında verilen tutuklama kararına yaptığı itirazda

⁵³ Şen/Durmaz; “Adli Kontrol ve Tutukluluk Sürelerinin Hesaplanmasında Kanun Yolunda Geçen Sürenin Dikkate Alınmaması Sorunu”

⁵⁴ *Buzadji/Moldova*, [BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016.

⁵⁵ *Mancini/İtalya*, B. No: 44955/98, 2/8/2001, § 17; *Lavents/Letonya*, B. No: 58442/00, 28/11/2002, §§ 64-66; *Ninescu/Moldova*, B. No: 47306/07, 15/07/2014, § 53; *Delijorgji/Arnavutluk*, B. No: 6858/11, 28/4/2015, § 75.

tutuklama yerine konutu terk etmeme tedbirinin uygulanmasını talep ettiği hâlde hâkim veya mahkemenin bu talebi gerekçesiz olarak reddetmesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline sebep olabilecektir. Keza, ilk önce konutu terk etmeme tedbirine karar verildiği hâlde hiçbir gerekçe gösterilmeksizin daha sonra bu tedbirin kaldırılarak, yerine tutuklama kararı verilmesi de hakkın ihlalini oluşturabilecektir. AİHM, hukuken uygulanma ihtimali bulunduğu hâlde tutuklama tedbiri yerine, gerekçesiz bir şekilde şüphelinin konutu terk etmeme tedbiri altına alınmamasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline sebebiyet verdiğini belirtmiştir.⁵⁶

AYM, konutu terk etmeme tedbirinin; kişilerin fiziksel özgürlük alanını yalnızca ikamet ettiği konutun içi ile sınırlandıran, elektronik kelepçe takılmak suretiyle infazı söz konusu olabilen ve kaldırılıncaya kadar da gün boyunca kesintisiz olarak devam ettirilen, uyulmadığında ise şüpheli veya sanık hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasına neden olabilen adli kontrol tedbiri niteliğinde olduğunu, bu hâliyle hareket serbestisi üzerindeki sınırlayıcı etkisinin derece ve yoğunluk olarak seyahat özgürlüğüne göre oldukça ileri seviyede bulunduğunu dikkate alarak, gözaltı ve tutuklama gibi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır.⁵⁷

Konutu terk etmeme tedbiri dışında kalan sadece geceleri evden çıkmama, ikamet yerinden uzaklaşmama, barlara ve eğlence yerlerine gitmeme, kamuya açık toplantılara katılmama, belli yerlere gitmeme, belli günlerde imza atma gibi önleyici tedbirlerde özgürlükten yoksun bırakma bulunmamaktadır.⁵⁸ Yine CMK'nın 109. maddesinde adli kontrol türleri olarak sayılan yurt dışına çıkamamak, hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak ve hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrularına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak, belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek ve belirlenen yer veya bölgelere gitmemek tedbirleri şüpheli veya sanığın hareket serbestisini kısıtlamakta ise de özgürlükten tamamen yoksun bırakmamaktadır. Özellikle bu tür tedbirlerde gün boyunca evden çıkma konusunda bir kısıtlama söz konusu değildir. Sayılan bu tedbir çeşitlerinde hareket serbestisi belli ölçüde kısıtlanmaktadır, fakat sosyal bir hayata sahip olunması ve dış dünya ile ilişkilerin sürdürülmesi pekâlâ mümkündür.⁵⁹ Bu tür tedbirler, görüleceği üzere daha ziyade seyahat hürriyeti alanına girmekte ve bu özgürlüğe müdahale oluşturmaktadır.

A. KONUTU TERK ETMEMEMEDE GEÇEN SÜRENİN MAHSUBU

Konutu terk etmeme adli kontrol tedbirinde geçen süre, bu tedbirin gözaltı ve tutuklama tedbirleri gibi özgürlükten mahrumiyet olarak

⁵⁶ *Darvas/Macaristan*, B. No: 19547/07, 11/06/2011, bkz. Koç, s. 201.

⁵⁷ *Esra Özkan Özakça* [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020.

⁵⁸ Şirin, s. 36 vd.

⁵⁹ *De Tomaso/İtalya* [BD], B. No: 43395/09, 23/2/2017, *Raimondo/İtalya*, B. No: 12954/87, 22/2/1994.

görülmeyişi dönemde, sanık hakkında verilen hapis cezasının kesinleşmesinden sonra hükmün infazı aşamasında TCK'nın 63. maddesi gereğince cezadan mahsup edilmemekteydi. Çünkü 63. maddeye göre, hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve sadece kişi hürriyetini sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilebilmektedir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda ise bir gün yüz Türk Lirası sayılmak üzere bu cezadan indirim yapılabilmektedir.

TCK'ya göre mahsup işlemi yapılabilmesi için hükmün kesinleşmesinden önce özgürlüğü sınırlayıcı gözaltı veya tutuklama gibi tedbirlerin uygulanmış olması gerekmektedir. AİHM ve AYM'nin konutu terk etmeme tedbirini özgürlüğü kısıtlayıcı bir tedbir olarak görmesi sonrasında, yasa koyucu bu konuda yeni bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. 7331 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesi ile CMK'nın 109. maddesinin 6. fıkrasına eklenen cümleyle konutu terk etmeme tedbiri altında geçen iki günlük sürenin cezanın infazının mahsubunda bir gün olarak dikkate alınacağı kabul edilmiştir.⁶⁰

Yeni düzenlemeye göre, konutu terk etmeme adli kontrol tedbirine muhatap olan sanık veya şüpheli, hakkında hapis cezası kesinleştiğinde, cezanın infazı aşamasında bu tedbirin TCK'nın 63. maddesi gereğince cezanın süresinden düşülmesini talep edebilecektir. Talep edilmediği durumda dahi infazda bu hususun resen dikkate alınması gerekecektir. Bu yüzden iddianamede, mahkemelerin ise gerekçeli kararlarında; şüpheli veya sanık hakkında soruşturma ve kovuşturma evresinde konutu terk etmeme adli kontrol tedbiri uygulanmış ise, bunun başlangıcını ve sona erme tarihlerini, gözaltı ve tutuklama tedbirlerinde olduğu gibi göstermesi gerekir. 7331 sayılı Kanun'un 15. maddesi, konutu terk etmeme tedbirinin kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı bir müdahale olduğunu dolaylı olarak kabul etmiştir.⁶¹

Mahsup işlemi de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının düzenlendiği Anayasanın 19. maddesinin kapsamında yer alan bir güvencedir. Mahsup kararıyla şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinin soruşturma veya kovuşturma everesinde henüz daha bir hüküm verilmeden önce hürriyetinden yoksun bırakıldığı sürelerinin, yargılama sonunda verilen mahkûmiyet hükmünün süresinden düşülmesini konu edinir.⁶² Doğrudan veya dolaylı olarak kişilerin ceza infaz kurumunda kalacakları süreyi etkileyen durumlar, kısaltan işlemler kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı

⁶⁰ R.G. T:14/7/2021, S: 31541.

⁶¹ Maddenin kabul edilme gerekçesinde de bu hususa vurgu yapıldığı görülmektedir. "Maddeyle, 5271 sayılı Kanununun adli kontrol yükümlülüklerinin düzenlendiği 109 uncu maddesinin altıncı fıkrasında değişiklik yapmak suretiyle, kişi özgürlüğünü sınırlama sonucunu doğuran konutu terk etmeme yükümlülüğünün cezadan mahsup edilebilmesine imkân tanınmaktadır. Buna göre, konutu terk etmeme yükümlülüğü şahsi hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak, bu yükümlülük altında geçen her iki günün, cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınacağı hükme bağlanmaktadır" bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss274.pdf> (S.e.t.: 8/7/2024).

⁶² *Burhan Yaz* [GK], B. No:2021/7919, 29/5/2024, § 47.

kapsamında değerlendirilmektedir.⁶³ Bu haliyle mahsup kurumu, cezaevinde kalınması gereken süreyle doğrudan ilgilidir. AİHM, mahsup kararının açıkça tazmin sağlamak amacına yönelik olduğunda ve bunun ilgili kişinin çektiği ceza üzerinde ölçülebilir bir etkisi bulunduğu, mahsubun Sözleşmenin 5. maddesi anlamında bir tazmin (giderim) teşkil edebileceğine karar vermiştir.⁶⁴

Konutu terk etmeme tedbirinde geçen iki günlük sürenin bir gün olarak mahsubu, ayrıca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline neden olabilir mi? İlk olarak özgürlükten yoksun bırakma olarak kabul edilmekle birlikte konutu terk etmeme tedbiri gözaltı veya tutuklama gibi değildir. Konutu terk etmeme, kişinin bizzat kendi evinde icra edilmekte iken, tutuklama vb. gibi tedbirler, kapalı ve kilitli bir alanda ve kamu makamlarının kontrolünde yerine getirilmektedir. Konutu terk etmeme tedbirinde kural olarak kesintisiz konutu terk etmemek gerekmekte ise de bu süreçte kişinin bir sınırlama bulunmadan her türlü bireysel ve kitlesel iletişim araçlarını kullanabilmektedir, dahası evde yaşayan ve eve gelen kişilerle sosyal hayatını devam ettirebilmektedir. Buna karşılık, diğer özgürlükten yoksun bırakmalarda bu tür sosyal ilişkilere ve iletişim araçlarının kullanılmasına sınırsız bir izin verilmemektedir. Görüldüğü gibi, konutu terk etmeme tedbiri tutuklamaya nazaran temel hak ve özgürlükler üzerinde daha hafif bir etkiye sahiptir. Bir başka ifadeyle konutu terk etmeme, tutuklama ve gözaltındaki gibi aynı yoğunlukta uygulanan bir tedbir mahiyetini taşımamaktadır. Bu yüzden hükümden önce uygulanan konutu terk etmeme tedbirinin süresinin tamamen infaz kurumunda, tutuklevinde veya nezarethanede geçirilmiş gibi görülemeyeceğinden CMK'da kabul edilmiş olan iki günlük sürenin bir gün olarak sayılması, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bakımından ölçülü kabul edilebilir. AYM, *Burhan Yaz* kararında konutu terk etmemek tedbiri altında geçen sürelerin mahkumiyet halinde mahsup edilmesinin gerekli olduğunu, ancak bu mahsup edilme zorunluluğunun söz konusu tedbir altında geçen sürelerin tamamının mahsup edilmesi olarak anlaşılamayacağını, zira tedbirin niteliği dikkate alındığında kanun koyucu tarafından farklı mahsup oranının belirlenebileceğini, bu sebeple konut terk etmeme tedbirinde geçen iki günün bir gün olarak mahsupa değerlendirilmesinin ölçülü olduğu sonuca varmıştır.⁶⁵

B. KONUTU TERK ETMEMENİN TAZMİNAT KAPSAMINA ALINMASI

Özgürlükten mahrum bırakılan kişilere Sözleşmenin 5. maddesinin 5. fıkrasında ve Anayasanın 19. maddesinin 9. fıkrasında tazminat talep etme hakkı sağlanmıştır.⁶⁶ Ancak kişilerin tazminat haklarının doğabilmesi için

⁶³ *İbrahim Uysal*, B. No: 2014/1711, 23/7/2014, § 26.

⁶⁴ *Porchet/İsviçre*, B. No: 36391/16, 8/10/2019, §§ 18-25.

⁶⁵ *Burhan Yaz [GK]*, B. No:2021/7919, 29/5/2024, § 48.

⁶⁶ Muzaffer Korkmaz, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 73.

kişi özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşmenin 5. ve Anayasanın 19. maddesinde belirtilen kurallara aykırı olarak yapılmış olması gerekmektedir.⁶⁷ Özgürlüğe müdahale hukuka uygun ise doğal olarak kişilerin tazminat hakkı da doğmamaktadır. Özgürlüğe müdahaleye izin verilen hâllerin sonradan hukuka aykırı olduğunun tespiti sonucu kişilerin uğradıkları bir zarar var ise bu zararların giderilmesi aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.⁶⁸

Anayasanın 19. maddesinin 9. fıkrasının gerekçesinde, “... *bu madde ile kanuna aykırı hürriyet kısıtlamalarında kişinin uğradığı zararın Devletçe tazmini öngörülmüştür. Bu tazmin otomatik değildir; tazmin şartlarını kanun gösterecektir. Meselâ yargılama sonunda verilen bir beraat kararı yargılama sırasında tutuklu kalmış bir sanığa muhakkak tazminat ödemeyi gerektirmez*”⁶⁹ denilmektedir. Maddede bahsedilen tazmin şartlarını gösterecek kanun şüphesiz bugün itibarıyla 5271 sayılı CMK’dır. CMK’nın konuya ilişkin maddeleri ise aynı Kanun’un 141. ve devamı maddeleridir. Şüphesiz, CMK’nın 141. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan “*koruma tedbirleri nedeniyle tazminat*” davalarının kaynağını Sözleşmenin 5. maddesinin 5. fıkrası ve Anayasanın 19. maddesinin 9. fıkrası oluşturmaktadır.⁷⁰ CMK’daki belirtilen düzenlemeler ile özgürlüğü hukuka aykırı olarak elinden alınan herkesin, oluşan her türlü maddi ve manevi zararını devletten isteyebileceği hüküm altına alınmıştır.

AYM bireysel başvuru incelemesinde, Anayasanın 19. maddesinin 9. fıkrası gereğince özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye tazminat verilebilmesi için kişinin 19. maddenin diğer fıkralarında belirtilen kurallardan en az birine aykırı bir işleme tabi kılınmış olmasını aramaktadır. Tazminat için ya 19. maddenin 2. veya 3. fıkralarında belirtilen durumlara aykırı bir şekilde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahalede bulunulması ya da özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale edilen kimsenin, aynı maddenin 4, 5, 6, 7 ve 8. fıkralarındaki güvencelerden yararlandırılmasının engellenmiş olması gerekmektedir.⁷¹ Bu hallerden birinin varlığı hâlinde uğranılan zararların devlet tarafından ödenebilmesi mümkün olabilmektedir.⁷²

Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri olan yakalama, gözaltına alma veya tutuklama gibi nedenlerle özgürlükten mahrum bırakılan kişilere CMK’nın 141. vd. maddelerinde tazminat hakkı sağlanmıştır. Buna karşılık yine bir koruma tedbiri olan adli kontrol tedbirleri için ise CMK’da bir tazminat yolu kabul edilmemiştir. Zira adli kontrol tedbirlerinin kişi

⁶⁷ *N.C./İtalya* [BD], B. No: 24952/94, 18/12/2002, § 49. *Safkan Aydoğdu*, B. No: 2014/7498, 5/4/2017.

⁶⁸ Öztürk/Tercan/Erdem vd., s. 577, Nur Centel/Hamide Zafer; Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, s. 541.

⁶⁹ <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf>

⁷⁰ Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi: İnsan Hakları Raporu (2018-2019), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Aralık 2019, Ankara, s. 185.

⁷¹ Korkmaz, (2019), s. 19.

⁷² *Safkan Aydoğdu*, B. No: 2014/7498, 5/4/2017, § 44-45.

hürriyeti ve güvenliği hakkına bir müdahale oluşturduğu düşünülmemiştir. Haklarında konutu terk etmeme tedbiri uygulanan şüpheli veya sanıkların, soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi üzerine veya kovuşturma sonunda beraat kararı verildiği durumda CMK'nın 141. maddesi gereğince açtıkları tazminat davaları, Kanun'da bir tazminat nedeni olarak görülmemiş olması nedeniyle reddedilmek durumundaydı. Yargıtay da aynı görüşü benimsiyordu.⁷³

Anayasa Mahkemesi ilk defa *Esra Özkan Özakça* başvurusunda konutu terk etmeme tedbirinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal edip etmediğini, bir başka ifadeyle anılan tedbirin hakkın kapsamına girip girmediğini incelemiştir. Bu başvuruda AYM, tedbirin yukarıda belirtilen özelliklerini ve uygulanma biçimini dikkate alarak özgürlükten yoksun bırakma olarak kabul etmiştir. *Y. E.* başvurusunda ise başvuru, hakkında örgüt üyeliği suçundan soruşturma yürütüldüğünü ve yargılama sonunda bu suçtan beraat ettiğini, CMK'nın 141. maddesi gereğince açtığı tazminat davasında mahkemenin konutu terk etmeme adli kontrol tedbiri konusunda herhangi bir değerlendirme yapmadığını, bu tedbir dolayısıyla kendisine bir tazminat ödenmediğini iddia etmiştir. AYM, ağır ceza mahkemesi tarafından tazminat konusunda bir değerlendirme yapılmadığı için öncelikle uygulanan tedbirin Anayasanın 19. maddesi bağlamında hukuki olup olmadığını incelemiştir. Bu çerçevede bir suç dolayısıyla konutu terk etmeme tedbirine başvurulduğundan kanuni bir temelini olduğu, tutuklama için aranan kuvvetli suç şüphesinin bu tedbir yönünden de bulunduğu sonucuna varılmıştır. Meşru nedenlerin varlığı yönünden yapılan incelemede ise ağır ceza mahkemesince tedbire başvurulurken kaçma şüphesinin bulunmadığına açıkça değinildiği, delillerin yok edilmesi veya değiştirilmesi, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılmasını önleme amaçları yönünden ise bir değerlendirmede bulunulmadığı, delillerin soruşturmanın tamamlanmasıyla birlikte toplanmış olduğu tespit edilerek Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁷⁴

AYM, konutu terk etmeme tedbirinin hukuka aykırı olarak uygulandığını belirledikten sonra 19. maddenin 9. fıkrası gereğince tazminat hakkının uygulanabilirliğini tartışmış ve başvuru Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen esaslara aykırı bir işleme tabi tutulduğu sonucuna varıldığından Anayasanın 19. maddesinin 9. fıkrasının somut olayda uygulanabilir nitelikte olduğunu, ancak CMK'da herhangi bir tazmin mekanizması bulunmaması nedeniyle de Anayasanın 19. maddesinin 9. fıkrasının da ihlal sonucunu doğurduğuna hükmetmiştir. Çünkü, CMK'nın 141. ve devamı maddelerinde sadece hukuka aykırı olarak yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan kişilerin uğradıkları zararlar için ağır ceza mahkemelerinde dava açabilecekleri, uğradıkları her türlü maddi ve manevi zararın tazminini isteyebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık adli kontrol, dolayısıyla konutu terk etmeme tedbiri, tazminat talep edilebilecek koruma tedbirleri arasında açıkça sayılmamıştır. Bu yüzden konutu terk

⁷³ Yargıtay 12. CD, E: 2019/1929, K: 2020/7258, T: 21/12/2020 (<https://portal.uyap.gov.tr/>).

⁷⁴ *E.Y.* [GK], B. No: 2018/10482, 14/12/2022, § 45-46.

etmeme adli kontrol tedbiri bakımından etkili bir tazminat imkânının bulunmadığı sonucuna varılmıştır. AYM, tazminat imkanının bulunmadığı nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlaline sebebiyet veren yapısal sorunun çözümü için durumun Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesine de karar vermiştir.⁷⁵

Karar sonrasında 8. Yargı Paketi olarak da ifade edilen 2/3/32024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi ile CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasına (ı) bendi eklenmiş, kabul edilen düzenlemeyle konutu terk etmeme tedbirleriyle birlikte uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkole bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen şüpheli ve sanıklara tazminat hakkı getirilmiştir. Kanun, 1/6/2024 tarihinden sonra kesinleşen karar veya hükümler bakımından öncelikle 6384 sayılı Kanun ile kurulan İnsan Hakları Tazminata Komisyonuna başvuruyu zorunlu kılmıştır. Hakkında konutu terk etmeme tedbirine başvuru şüpheli veya sanık, beraat ettiğinde veya kovuşturmaya yer olmadığına dair bir karar verildiğinde, CMK'nın 141. maddesi gereğince ağır ceza mahkemelerinde tazminat davası açamayacaktır, fakat tazminat komisyonuna başvurarak uğradığı maddi ve manevi zararın karşılanmasını isteyebilecektir. Komisyon kararlarına karşı ise itiraz kanun yolu öngörülmüştür. İtiraz kanun yolu tüketildikten sonra hiç tazminat verilmemiş olması ya da düşük oranda bir tazminat hükmedildiği nedenleriyle Ankara Bölge İdare Mahkemesinin nihai kararından itibaren süresinde bireysel başvuru yapılabilecektir.

IV. KONUTU TERK ETMEME TEDBİRİNE HÜKMEDİLENİN HAKLARI

A. MAKUL SÜRE İÇİNDE SALIVERİLME HAKKI

Özgürlüğünden bir suç isnadı nedeniyle yoksun bırakılanın Anayasanın 19. maddesi kapsamında hakları bulunmaktadır. Suç isnadı dışında, idari gözetim altında tutmalarda olduğu gibi, özgürlüğünden yoksun bırakılanlara da yine 19. maddede birtakım haklar tanınmıştır. Bu haklardan ilki, yakalama nedenlerinden ve bir suçlama bulunmakta ise, bu suçlamadan kısa süre içinde haberdar olma hakkıdır. Diğer bir hak, durumunun yakınlarına bildirilmesini, haber verilmesini isteme hakkıdır. Başka bir hak ise, özgürlüğünden yoksun bırakılanın derhal bir hâkim önüne çıkarılma hakkıdır. Soruşturma veya kovuşturma sürecinde bu hak

⁷⁵ AYM'nin TBMM'ye çağrı kararları hakkında bkz. Özcan Altay, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Yeni Dönem: İhlallerin Kaldırılmasına Yönelik Olarak TBMM'ye Çağrı Kararları" (s. 29-53), <https://tihek.gov.tr/public/editor/uploads/insan%20haklar%C4%B1n%C4%B1n%20ko-runmas%C4%B1nda%20yasama%20organ%C4%B1n%C4%B1n%20rolu%CC%88%20bildiriler%20kitab%C4%B1%20v04.pdf> (S.e.t.: 8/7/2024).

yoksunluğu devam ediyorsa, kişiler makul sürede salıverilme hakkına da sahiptir. Habeas corpus güvencesi kapsamında özgürlüğünden yoksun bırakılanın sahip olduğu haklardan birisi de tekrar özgürlüğünü sağlayacak bir mahkemeye başvuru hakkıdır.⁷⁶ Bu hak altında da birtakım haklar bulunmaktadır. Son olarak hukuka aykırı bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin devletten tazminat talep etme hakkıdır. Hakların her birisi hakkında ayrıntılı bilgi vermek bu çalışmanın kapsamında mümkün değil ise de bu kısımda sadece konutu terk etmeme tedbiri yönünden bireysel başvuruya konu edilmiş başvurular üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır.

Konutu terk etmeme tedbirinin kişi hürriyeti ve güvenlik hakkını sınırlandıran bir uygulama olarak kabul edilmesi üzerine tutuklama gibi bu tedbirin de öncelikle makul süreyi aşmaması gerekmektedir. Aynı zamanda özgürlükten yoksun bırakılana sağlanan haklardan, konutu terk etmeme tedbirine muhatap olan şüpheli veya sanıklar da yararlanabilecektir. Konutu terk etmeme tedbiri sürecinde kişi, müdafî ile görüşme, soruşturma dosyasına erişim, savcılık görüşünden haberdar olma, belli aralıklarla duruşmalı inceleme, tedbirin sona ermesi için mahkemeye başvurma gibi haklara da sahiptir.⁷⁷ Tedbir sürecinde kişinin, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sağladığı imkanlardan yararlandırılmaması nedeniyle hakkın ihlali sonucuyla da karşılaşılabilecektir.

AYM, konutu terk etmeme tedbirinin süresini tıpkı tutukluluğun makul süreyi aştığı⁷⁸ gibi değerlendirmiş ve Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrası kapsamında sürenin makul olup olmadığını *Muhammet Enes Sezgin* başvurusunda ele almıştır. Zira bu başvuruda konutu terk etmeme şeklindeki adli kontrol tedbirinin makul süreyi aştığı nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür.⁷⁹

Terör örgütü üyeliği suçundan soruşturma yürütülen başvuruçunun Cumhuriyet savcılığınca tutuklanması talebiyle sulh ceza hakimliğine sevki yapılmış; Sulh ceza hakimliği ise, başvuruçunun çocuk olmasını, sabit ikametgah sahibi oluşunu, kaçacağı şüphesini uyandıran olguların bulunmamasını, delillerin büyük ölçüde toplanmış olmasını, delillerin saklanması, gizlenmesi şüphesinin bulunmamasını, tutuklamanın tedbir niteliğinde oluşunu ve tutuklamadan beklenen amaca adli kontrol tedbiriyle ulaşılabilecek olduğu gerekçesiyle tutuklama kararı yerine konutu terk etmeme adli kontrol tedbirine karar vermiştir. Karar tarihinde (24/6/2019) CMK'da adli kontrolün süresine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından hakimlik, "*CMK'nun 109/3-j maddesi gereğince hakkında takipsizlik kararı verilmesi durumunda bu kararın kesinleşmesine, dava açılması halinde ise mahkemesince tensip zaptında yeni bir karar verilinceye kadar konutunu terk etmemek suretiyle adli kontrol altına alınmasına*" şeklinde karar vermiştir. Yargılama sürecinde başvuruçunun müdafinin değişik tarihlerde konutu terk

⁷⁶ Korkmaz, (2021), s. 33

⁷⁷ Doğru/Nalbant, s. 409.

⁷⁸ AYM'nin tutukluluğun makul süreyi aştığı iddialarını inceleme şekli için bkz. *Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017.

⁷⁹ *Muhammet Enes Sezgin*, B. No: 2020/14085, 19/1/2022.

etmeme tedbirinin kaldırılmasına ilişkin talebi konusunda mahkemece belli bir süre hiçbir değerlendirme yapılmadığı, sonrasında ise başvuru savunun alınmamış olması ve özellikle delillerin toplanmamış olması gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir. Mahkeme 27/10/2020 tarihinde konutu terk etmeme tedbirinin kaldırılmasına hükmetmiştir. Böylelikle başvuru soruşturma ve kovuşturma sürecinde 16 ay 3 gün süreyle suç isnadına bağlı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmıştır.

AYM, öncelikle özgürlükten yoksun kalınan bu süreyi tespit ettikten sonra tutuklamanın ön koşulu olan kuvvetli belirtinin (suç şüphesinin) bulunup bulunmadığını bu kez konutu terk etmeme adli kontrolü yönünden incelemiştir. Soruşturma dosyasındaki delillerin kuvvetli belirti açısından yeterli olduğunu belirten Mahkeme, adli kontrolün devamına ilişkin kararlarda tutuklamada olduğu gibi ilgili ve yeterli gerekçenin, bir başka ifadeyle tutuklama nedenlerinin devam edip etmediğini araştırmıştır. Nasıl ki tutukluluğun devamı için kuvvetli suç şüphesinin yanında tutuklama nedenlerinden en azından birisinin bulunması gerekmekte ise, konutu terk etmeme yönünden de aynı şekilde bulunması gerekmektedir. AYM, sulh ceza hakimliği kararıyla tensip zaptında adli kontrolün devamına ilişkin verilen karardaki gerekçeleri karşılaştırarak bir değerlendirme yapmıştır. Mahkemeye göre yargılamayı yapan çocuk ağır ceza mahkemesi, tedbirin devamına karar verdiğinde sulh ceza hâkimliğinin delillerin büyük ölçüde toplanmış olduğu, delillerin saklanması, gizlenmesi şüphesinin bulunmadığı şeklindeki tespitlerini geçersiz kılacak bir değerlendirme yapmadığını gözlemlemiştir. Ağır ceza mahkemesinin gerekçe olarak sunduğu ikinci durum ise başvuru savunun alınmamış olmasıdır. AYM, başvuru savunun çocuk olduğu için baştan dosyasının tefrik edildiğini, fakat sonradan birleştirme talebinin uzun süre karara bağlanmadığı, başvuru savunun da bu yüzden savunun alınmadığından adli kontrolün devamına karar verildiği, oysa bu konuda başvurucuya yüklenebilecek bir kusurun bulunmadığını belirlemiştir. Son olarak Mahkeme, adli kontrolün kaldırılması talebinin ağır ceza mahkemesince bazı celselerde hiç incelenmediğini dikkate alarak Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasının ihlal edildiği sonuca varmıştır.⁸⁰

B. DERHAL BİR HAKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI

Anayasanın 19. maddesinde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere sağlanan haklardan birisi de derhal bir hâkim önüne çıkarılma hakkıdır. Konutu terk etmeme tedbiri, AİHM ve AYM tarafından özgürlükten yoksun bırakılma olarak kabul edilince bunun sonucu olarak özgürlükten yoksun bırakılan kişilere sağlanan tüm haklar, konutu terk etmeme tedbirine karar verilen şüpheli ve sanıklara da sağlanması bir zorunluluk olmaktadır. Konutu terk etmeme tedbiri, diğer adli kontrol tedbirleri olan yurt dışı çıkış yasağı, hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurma, hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde

⁸⁰ *Baran Akgöl ve Berivan Helen Işık*, B. No: 2021/18352, 6/6/2024. Bu başvuruda 1 yıl 8 ay süreyle uygulanmış olan konutu terk etmemenin makul süreyi aşmış olması nedeniyle Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uyma gibi görülmemelidir. Zira bu tür tedbirler kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmamaktadır. Bu yüzden soruşturma sonunda Cumhuriyet savcılığının talebi üzerine sulh ceza hakimliğince dosya üzerinden, bir başka ifadeyle şüphelinin hazır bulunmadığı bir durumda, yokluğunda, konutu terk etmeme tedbiri verilmemelidir. Eğer dosya üzerinden karar verilmiş ise itiraz mercii tarafından şüphelinin mutlaka dinlenmesi gerekir.

AYM *İslam Çapraz* başvurusunda konutu terk etmeme tedbirinin hâkim önüne çıkarılmadan ve dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu verildiği meselesini incelemiştir. Başvurucu, yokluğunda anılan tedbire karar verilmesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini başvuruya konu etmiştir. Gözaltında bulunan başvuru Cumhuriyet savcılığınca hakkında adli kontrol tedbirine karar verilmesi talebiyle mevcutlu olarak sulh ceza hâkimliğine sevk edilmiş, fakat hakimlik dosya üzerinden bir değerlendirme yaparak yurt dışına çıkış yasağıyla birlikte konutu terk etmeme adli kontrol tedbirine karar vermiştir. AYM, Anayasanın 19. maddesinin 5. fıkrasında düzenlemeye dikkat çekmiştir. Maddeye göre yakalanıp gözaltına buluna kişilerin serbest bırakılmadıkları durumda kanunda öngörülen gözaltı süreleri içinde hâkim önüne çıkarılma hakkı bulunmaktadır. Bu hak, görevliler için ise bir zorunluluktur. Maddede geçen *hâkim önüne çıkarılır* ifadesi, hâkimliğin tutuklanması veya adli kontrol tedbiri kapsamında konutunu terk etmeme yükümlülüğüne tabi tutulması istenen kişinin sorgusunu yapmasını ve hazırsa söz konusu kişinin müdafinin dinlenmesini gerektirmektedir. Böylelikle, özgürlüğünden yoksun bırakmanın devam edip etmeyeceğine dair kararın yargısal denetimi gerçekleştirilmiş olur. Dolayısıyla konutu terk etmeme tedbirine dosya üzerinden karar verilmesi, Anayasanın 19. maddesinin 5. fıkrasına aykırılık teşkil etmekte ve bir hak ihlaline neden olmaktadır.⁸¹ Başvuruya konu soruşturmada sulh ceza hakimliğinin kararına yönelik yapılan itirazın incelendiği süreç de dosya üzerinden yapılmış olması nedeniyle özgürlükten mahrumiyetin hukukilik incelemesinin hâkim önünde yapılması imkânı olmamıştır.

SONUÇ

Ceza muhakemesinde konutu terk etmeme tedbirinde geçen sürenin başlangıçta özgürlükten yoksun bırakma olarak görülmediğinden mahkûmiyet kararından mahsup edilme talepleri infaz hakimlikleri ve mahkemeler tarafından reddedilmekteydi. Keza soruşturma sonunda kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiğinde yahut yargılama sonunda beraat kararına hükmedildiğinde konutu terk etmeme tedbirinde geçen sürenin CMK'nın 141. maddesinde tazminat nedenlerinden birisi olarak kabul edilmemişti. Bu yüzden ağır ceza mahkemeleri, açılan davaları reddetmek durumunda kalmaktaydı. Hem mahsup işleminin reddi hem de tazminat davalarının reddi kararları başvuru yolları (itiraz, istinaf veya

⁸¹ *İslam Çapraz*, § 27.

temyiz kanun yolu) tüketildikten sonra bireysel başvuruya konu edilmiştir. Ayrıca konutu terk etmeme tedbirinin hukuka aykırı olarak uygulandığı, dosya üzerinden karara bağlandığı ve makul sürenin aşılması haksız yere uzun sürdürüldüğü şikayetleri de bireysel başvuru yoluyla AYM'ye taşınmıştır.

AYM, konutu terk etmeme tedbirinin uygulanışını ve yerine getirilişindeki özelliklerini dikkate alarak ilk defa *Esra Özkan Özakça* kararında Anayasanın 19. maddesinde ifadesini bulan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kapsamında görmüştür. M.S. (B. No: 2018/25505) başvurusunda ise tedbirin elektronik kelepçe takılmak suretiyle yerine getiriliş şeklinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bakımından hukuka uygunluğu değerlendirilmiş ve bir ihlalin olmadığına karar verilmiştir.

Bir tedbir, işlem, uygulama veya bir karar kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında görüldüğünde hakka müdahale oluşturan tedbirin, kararın, işlemin ve uygulamanın 19. maddede belirtilen koşullara göre yapılması ve ayrıca maddede belirtilen güvencelerden yararlandırılması gerekmektedir.

İnfaz hukukunda hürriyeti bağlayıcı cezaların infazının kapalı ceza infaz kurumunda çektirilmesi, kısa süreli cezalar için uygulanabilen ve özel bir infaz usulü olan cezanın evde infazına nazaran daha katı ve ağır bir infaz uygulaması ise, ceza muhakemesinde koruma tedbirleri arasında da tutuklama tedbiri, diğer koruma tedbirlerinden olan adli kontrol tedbirlerine göre daha ağır bir tedbirdir. Adli kontrol tedbirlerinden biri olan konutu terk etmeme tedbiri de diğer adli kontrol tedbirlerine göre daha ağır, fakat tutuklama tedbirine göre ise daha hafif bir tedbirdir. Konutu terk etmeme tedbirinin düzenlendiği Adli Kontrol başlıklı CMK'nın 109. maddesindeki düzenlemeler bunu göstermektedir. AYM de konutu terk etmeme tedbirini konu alan bireysel başvuru kararlarında, anılan tedbirin ve 109. maddede sayılan diğer adli kontrol tedbirlerinin tutuklamaya alternatif olarak düzenlendiğini, bu haliyle tüm adli kontrol tedbirlerinin tutuklamaya göre temel hak ve özgürlükler üzerinde daha hafif bir müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir. Ayrıca konutu terk etmeme tedbirine karar verilebilmesi için tutuklama kararında olduğu gibi kuvvetli suç şüphesinin ve bir tutuklama nedeninin bulunması gerektiğini de ifade etmiştir.

AYM, *Esra Özkan Özakça* kararında konutu terk etmeme tedbirine karar verilebilmesi için aranan kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığı nedeniyle ihlal kararı verirken, M.S., (B. No: 2018/25505) kararında kuvvetli suç şüphesinin ve bir tutuklama nedeninin bulunduğunu, ayrıca tedbirin somut olayda ölçülü olduğunu tespit ederek müdahaleyi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına uygun bulmuştur. Dolayısıyla AYM, konutu terk etmeme tedbirini incelerken CMK'nın 100. maddesindeki koşullara göre karar verilip verilmediğine bakmaktadır. Bir başka ifadeyle AYM'nin ilk tutuklamanın hukuki olup olmadığındaki inceleme yöntemini, konutu terk etmem tedbirine uygulayarak karar verdiği görülmektedir. Yine, tedbirin makul süreyi aşarak uygulandığı iddialarını AYM, Anayasanın 19. maddesinin 7. fıkrası içinde ele almaktadır. Nasıl ki tutuklamanın makul süreyi aştığı iddiaları bu maddeye göre incelemekte ise aynı şekilde konutu terk etmeme tedbirinin de makul süreyi aşıp aşmadığı somut olayın koşullarına göre aynı şekilde incelenmektedir. Bu çerçevede ilk defa *Muhammet Enes Sezgin*

başvurusunda konutu terk etmeme tedbiri süre yönünden incelenmiş; 16 ay 3 gün süren tedbirin makul süreyi aştığı nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Keza bir başka başvuruda da 1 yıl 8 ay süreyle uygulanan tedbirin süresinin makul olmadığı değerlendirilmiştir.

Konutu terk etmeme tedbirinde geçen sürenin mahkûmiyet kararından mahsup edilmesi ve beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiğinde konutu terk etmeme tedbirinde geçen sürenin tazminata konu edilmesi de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kapsamında görülmektedir. AYM, *Burhan Yaz* kararında konutu terk etmeme tedbirinde geçen iki günün ceza infaz kurumunda bir gün olarak geçirilmiş sayılmasına ilişkin infaz hakimliği kararını kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına aykırı bulmamıştır. *Y.E* kararında AYM, CMK'nın 141. maddesinde konutu terk etmeme tedbirinde geçen sürenin tazminat nedenleri arasında sayılmadığından Anayasanın 19. maddesinin 9. fıkrasının ihlal edildiğini belirtmiş; bununla birlikte tazminat yolunun bulunmadığı için TBMM'ye çağrıda bulunulmasına karar vermiş, sonrasında yasa koyu tarafından CMK'da düzenleme yapılma yoluna gidilmiştir.

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında olan diğer güvenceler, aleyhine konutu terk etmeme tedbirine karar verilenler için de geçerli bulunmaktadır. CMK'da 4 ay süreyle tedbirin gözden geçirileceği düzenlenmiş, ancak bu incelemenin dosya üzerinden mi yoksa duruşmalı olarak mı yapılacağı belirsiz gözükmektedir. Dosya üzerinden yapıldığında özgürlükten yoksun bırakılanın makul aralıklarla duruşmalı inceleme hakkı bulunduğu bu şekilde bir uygulama sorun oluşturabileceği gibi 4 aylık süre dolmadan yapılacak inceleme taleplerinin reddi de sorun oluşturabilecektir. Zira AYM ve AİHM kararlarında, 2 ay 10 günün üzerinde tutukluluk incelemelerinin duruşmasız yapılması kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlalini oluşturduğu belirtilmiştir.

Bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddialarından anlaşıldığı üzere uygulamada konutu terk etmeme tedbiri, tutuklama tedbiri gibi görülmemektedir. Buna karşılık diğer adli kontrol tedbirleriyle bir ve eşit olarak değerlendirilmektedir. Bu yüzden tutuklama koşullarının bulunmadığı halde konutu terk etmeme adli kontrol tedbirine karar verilmektedir. Hatta bazı durumlarda tedbire aykırı davranılmadığı halde konutu terk etmeme tedbiri kaldırılıp, yerine tutuklama kararı verilebilmektedir. Oysa AİHM ve AYM, konutu terk etmeme tedbirini tutuklama gibi aynen olmasa da diğer adli kontrol tedbirlerine kıyasla derece ve yoğunluk bakımından tutuklama tedbirine daha yakın görmektedir. Konutu terk etmeme tedbiriyle ilgili verilen ihlal kararları üzerine birtakım yasal değişiklikler yapılması, insan haklarının korunması açısından olumlu bir gelişmedir, fakat bunların uygulamada görünümü daha da önemlidir.

KAYNAKÇA

Aldemir H, Yakalama Gözaltına Alma Tutuklama Adli Kontrol, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Altay Ö, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Yeni Dönem: İhlallerin Kaldırılmasına Yönelik Olarak TBMM’ye Çağrı Kararları” (s. 29-53), <https://tihek.gov.tr/public/editor/uploads/insan%20haklar%C4%B1n%C4%B1n%20korunmas%C4%B1nda%20yasama%20organ%C4%B1n%C4%B1n%20rolu%CC%88%20bildiriler%20kitab%C4%B1%20v04.pdf> (Erişim Tarihi: 8/7/2024)

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Doğru O/Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2012.

Göçmen Ö K, “Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi”, 65 (4) 2016: 1749-1814, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Dergisi, ss.1749-1814.

Gözübüyük A Ş/Gölcüklü A F, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

Harris D/O’Boyle M/Bates E vd., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013.

Hernandez Corchete, J A, “The Role of Constitutional Courts in the Balance between Liberty and Security”, 2017 (34), 2018, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss.41-47.

Karan U, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, (Ed. Sibel İnceoğlu), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi Yayınları, 2013.

Kaya A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve İçtihatlarında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.9, S.123-124, Y.2014, Tutuklama, ss.55-84.

Kaya Y E, Bireysel Başvuru Yolunda Tutuklamanın Hukukiliğinin İncelenmesi, onikilevha, İstanbul, 2019.

Koç Z, “Elektronik İzleme İle Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi”, 2013/2, Ankara Barosu Dergisi, ss. 171-220.

Korkmaz M, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Korkmaz M, Tutuklunun Serbest Kalma Hakkı ve Güvenceleri, onikilevha, İstanbul, Nisan 2021.

Öztürk B/Eker Kazancı B/Güleç S S, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2103.

Öztürk B/Tercan D/Erdem M.E vd., (Ed. Bahri Öztürk), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, Ankara, 2018.

Reid K, (Çev. Bahar Öcal Düzgören), Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, İkinci Kitap, Avesta, 2000.

Sarıgül A T, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiye Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Şahbaz İ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği”, TBB Dergisi, Sayı: 55, 2004, ss. 201-225.

Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Şen E/Duymaz E, “Adli Kontrol ve Tutukluluk Sürelerinin Hesaplanmasında Kanun Yolunda Geçen Sürenin Sürenin Dikkate Alınmaması Sorunu”, <https://sen.av.tr/tr/makale/adli-kontrol-ve-tutukluluk-s%C3%BCrelerinin-hesaplanmasında-kanun-yolunda-gecen-s%C3%BCrenin-dikkate-alınmaması-sorunu> (Erişim tarihi: 13/5/2024).

Şirin T, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -I, Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.

Turan H, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Müdahale Oluşturan Tutuklamanın Ölçülü Olması ve 7242 Sayılı Kanun’un 15. Maddesinin Bu Kapsamda Değerlendirilmesi”, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, 29-30 Mayıs 2020, İbni Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020, ss. 671-699.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi: İnsan Hakları Raporu (2018-2019), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2019.

Ünver Y/Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Yılmaz B A, “Adli Kontrol Tedbiri Kapsamında Konutunu Terk Etmeme Yükümlülüğü: Ev Hapsi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 80, No. 2, Nisan 2022, ss.101-187.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c039/tbmm27039078ss0207.pdf> (Erişim Tarihi: 8/7/2024)

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss274.pdf> (Erişim Tarihi: 8/7/2024).

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf> (Erişim Tarihi: 8/7/2024)

Mahkeme Kararları

AİHM Kararları

Buzadji/Moldova, [BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016.

Darvas/Macaristan, B. No: 19547/07, 11/06/2011.

De Tomaso/İtalya [BD], B. No: 43395/09, 23/2/2017.

Delijorgji/Arnavutluk, B. No: 6858/11, 28/4/2015, § 75.

Engel ve diğerleri/Hollanda, B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976, § 58.

Guzzardi/İtalya, B. No: 7367/76, 6/11/1980.

Lavents/Letonya, B. No: 58442/00, 28/11/2002, §§ 64-66.

Mancini/İtalya, B. No: 44955/98, 2/8/2001, § 17.

N.C./İtalya [BD], B. No: 24952/94, 18/12/2002, § 49.

Ninescu/Moldova, B. No: 47306/07, 15/07/2014, § 53.

Porchet/İsviçre, B. No: 36391/16, 8/10/2019, §§ 18-25.

Raimondo/İtalya, B. No: 12954/87, 22/2/1994.

Storck/Almanya, B. No: 61603/00, 16/6/2005, § 74.

Terheş/Romanya, B. No: 49933/2020, 13/4/2021.

AYM bireysel başvuru kararları

- Ali Bal*, B. No: 2021/16165, 13/2/2024, § 17, 20.
Baran Akgül ve Berivan Helen Işık, B. No: 2021/18352, 6/6/2024.
Burhan Yaz [GK], B. No:2021/7919, 29/5/2024, § 47.
Cüneyt Kartal, B. No: 2013/6572, 20/3/2014, § 17.
Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 85-95.
E.Y. [GK], B. No: 2018/10482, 14/12/2022, § 45-46.
F.H., B. No: 2020/34559, 18/10/2023, § 20.
Galip Öğüt [GK], B. No: 2014/5863, 1/3/2017, § 41.
Halas Aslan, B. No: 2014/4994, 16/2/2017.
Helin Soylu, B. No: 2021/21495, 13/2/2024, § 24.
İbrahim Uysal, B. No: 2014/1711, 23/7/2014, § 26.
İslam Çapraz, B. No: 2021/16746, 28/2/2024, § 17.
Mehmet Baydan, B. No: 2014/16308, 12/4/2018.
Muhammed Bedran Çoğaltay, B. No: 2021/25973, 13/2/2024, § 24
Muhammet Enes Sezgin, B. No: 2020/14085, 19/1/2022.
Mustafa Gökteş, B. No: 2021/44260, 14/12/2023, § 49 vd.
M.S., B. No: 2018/25505, 25/2/2021, § 77, 83.
Safkan Aydoğdu, B. No: 2014/7498, 5/4/2017, § 44-45.

AYM norm denetimi kararları

- AYM, E: 2020/30, K: 2023/12, T: 25/1/2023, § 127.
AYM, E: 2020/59, K: 2023/53, T: 22/3/223, § 116.

Yargıtay Kararları

- Yargıtay 12. CD, E: 2019/1929, K: 2020/7258, T: 21/12/2020.

YÜKSEK YARGI ORGANLARI ARASINDA İÇTİHAT BİRLİĞİNİN SAĞLANMASI

Ensuring the Unity of Jurisprudence Among the Higher Judicial Bodies

Doç. Dr. Uğur BULUT*

Öz: Hukuk kuralları, ülke çapında tutarlı ve birbirleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanarak uygulanmalıdır. Bunun sağlanabilmesi için sadece belirli yüksek yargı organlarının kendi içerisinde değil, tüm yargı sisteminde hukukun yeknesak uygulanmasını sağlamaya yönelik tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler, içtihat farklılıklarını teşvik ederek birbirine aykırı içtihatlar istikrar kazandıktan sonra devreye girmemelidir, içtihat aykırılıklarının istikrar kazanmasını baştan engellemeyi sağlamaya elverişli olmalıdır. Bu amaç doğrultusunda gereken durumlarda ilgili yüksek yargı organlarının tamamından üyelerin katılımıyla oluşan bir ortak kurul oluşturulmalı ve bu ortak kurul tarafından aynı veya benzer konuya ilişkin verilen karar ilgili tüm yargı kolları bakımından sonuç doğurabilmelidir. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yargılamalarında da duruma göre benzer bir usul benimsenebilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesi de diğer yargı kollarındaki içtihatlarla yönelik temel hak ihlali iddialarını karara bağlarken ilgili içtihatları değerlendirerek sonuca gitmekte ve böylece içtihatları değiştirici veya yönlendirici bir rol üstlenmektedir. Bu nedenle, bu etkiyi haiz kararların ilgili içtihadı geliştirmiş olan yüksek yargı organının da süreç katılımıyla ortaya çıkmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu katılımın sadece görüş sunmak veya belirli sayıda oy yetkisini haiz üye göndermek suretiyle sağlanması mümkündür. Kuşkusuz, böyle bir yeni sistem Anayasa değişikliği gerektirebilecek nitelikte olup bu süreçte konunun farklı boyutlarıyla ele alınarak tartışılması mümkündür. Ancak, yüksek yargı organları arasındaki içtihat farklılıklarının derinleşmesinin engellenmesi için bir yol bulunması gerektiğini; aksi hâlin, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşması güç görünen sonuçlar doğurduğunu düşünüyoruz.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Birliği, İctihatların Birleştirilmesi, Yüksek Yargı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay

Abstract: The rules of law should be interpreted and applied consistently and harmoniously across the whole country. In order to achieve this, measures should be taken to ensure the uniform application of the law throughout the judicial system, not only within particular higher judicial bodies. These measures should not be implemented once conflicting jurisprudence has stabilized, but rather they should aim to prevent the stabilization of conflicting jurisprudence from occurring in the first instance. To achieve this objective, it is recommended to establish a joint committee comprising representatives from all pertinent higher judicial entities as needed. The decisions made by this committee regarding the same or similar matters should carry weight across all pertinent judicial branches. A comparable approach should also be implemented by the constitutional complaint procedures of the Constitutional Court. This is due to the fact that the Constitutional Court assesses pertinent case law when adjudicating fundamental rights claims vis-à-vis the case law of other jurisdictions, thereby assuming a role in shaping or directing the development of case law. Hence, we contend that it would be more suitable for decisions carrying such consequences to be reached through the involvement of the superior judicial entity responsible for shaping the pertinent legal precedents. This involvement could be facilitated either through the submission of an opinion or by the appointment of a specific number of voting members. Certainly, the implementation of such a novel system may necessitate a constitutional amendment, offering an opportunity to dissect the issue from various perspectives throughout this deliberative process. Nonetheless, we posit that measures ought to be devised to forestall the exacerbation of jurisprudential disparities among the superior judicial entities; failing to do so risks yielding repercussions that appear incongruous with the principles of the rule of law.

Keywords: Unity of Law, Unification of Jurisprudence, Higher Judiciary, Constitutional Court, Court of Cassation, Council of State.

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ugur.bulut@bakircay.edu.tr

ORCID: 0000-0002-4347-1799

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573517

Makale Geliş Tarihi: 18.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 30.09.2024

GİRİŞ

Türk hukukunda çeşitli yargı kolları içerisinde ayrı ayrı düzenlenen temyiz incelemesi kapsamında, ilgili yargı kolunda ortaya çıkan içtihat farklılıklarını giderici çeşitli yöntemler öngörülmüştür. Ancak, bu yöntemler genellikle içtihat farklılıkları ortaya çıkıp yerleştikten sonra işletilebilmekte ve içtihat farklılıklarını en baştan engelleyici önlemler alınmamaktadır. Ayrıca, her bir yargı koluna ilişkin temyiz organı sadece kendi alanında içtihat farklılıklarını giderici kararlar alabilmekte; diğer yargı kollarına etki edebilecek konularda, yüksek yargı organları arasında içtihatların farklı yönde gelişmesi olağan karşılanmaktadır. Dahası, tüm yargı kollarında verilen kararlara yönelik temel hak ihlâli başvurularını inceleyen Anayasa Mahkemesi de yüksek yargı organlarının temyiz incelemelerine etki eden diğer bir üst yargı organı olarak etkili olmaktadır. Böylece, özellikle Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'ın birbiriyle çelişen, farklı yönde içtihatları dikkat çekmektedir. Her bir yargı koluna ilişkin temyiz, bu tür içtihat farklılıklarını engelleyici bir görev üstlenmelidir. Önemle vurgulamak gerekir ki, bundan kastımız içtihatların birleştirilmesi yoluyla yerleşik içtihat farklılıklarının belirli bir yönde ve sadece ilgili yargı koluna münhasır olarak giderilmesi değil; aksine, içtihat farklılıklarının ortaya çıkmasını baştan engelleyici ve ilgili kararın bağlantılı olduğu diğer yargı kolları bakımından da etkili bir yöntem benimsenmesi ihtiyacıdır.

Çalışmamızda öncelikle temyiz amacı ve içtihat farklılıklarının önlenmesi konusunda akla ilk gelen düzenleme olan içtihatların birleştirilmesi kurumuna ilişkin açıklamalar yapılacaktır. Böylece, esasen bu kurumun çalışmaya konu amacı gerçekleştirme konusunda yeterli bir düzenleme olmadığı ortaya konularak konuya ilişkin örnek içtihat farklılıklarına değinilecek ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler de dikkate alınarak görüş ve tavsiyelerimiz açıklanacaktır.

I. KANUN YOLLARININ VE BU KAPSAMDA TEMYİZİN AMACI

Kanun yolları, geniş anlamda tüm karar ve işlemlere karşı koyma yollarını kapsayan hukukî çare tanımı¹ kapsamında yer alır. Mahkeme kararlarına karşı başvuru, erteleyici ve aktarıcı etki olarak adlandırılan² etkilere sahip olan başvuru yolları ise, dar anlamda kanun yolu olarak kabul

¹ Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku*, C. II, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 41; Abdurrahim Karşı, *Medenî Muhakeme Hukuku*, 5.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 753; Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usül Medenî Usül Hukuku*, 15.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2156; Muhammet Özkes, *100 Soruda Medenî Usül Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 36; Tolga Akkaya, *Medenî Usül Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009b, s. 54.

² Erteleyici etki, hükmün şekli anlamda kesinleşmesinin engellenmesi; aktarıcı etki ise, incelemenin bir üst mahkeme tarafından yapılması anlamına gelmektedir. Bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. IV, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 4891; Özkes, 2017, s. 2158; Tanrıver, 2022, s. 42; Murat Atal/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usül Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 601; Akkaya, 2009b, s. 57 vd.

edilmektedir.³ Bu tanımlar kapsamında yer alan başvuru yolları ve özel olarak kanun yolları çeşitli amaçlarla düzenlenmiştir. Yargılama kalitesinin artırılması ve kararların denetlenmesi mekanizmasının oluşturulması yoluyla somut olay adaletinin sağlanması haricinde, genel anlamda hukukî güvenliğin, içtihat birliğinin ve hukukun yeknesak uygulanmasının sağlanması da kanun yollarının amaçları arasında sayılabilir.⁴

Kanun yollarına ilişkin sınıflandırmalar içerisinde temyiz, istinaf kanun yoluyla birlikte olağan kanun yolları arasında kabul edilmektedir. Ancak, her iki kanun yolunun tarihi gelişimi, kapsamı ve kuralları dikkate alındığında bu kanun yollarının farklı aslı amaçlara yöneldiği söylenebilir. Bu kapsamda temyiz kanun yolunun aslı amaçlarının hukukun gelişmesi ve ülke çapında yeknesak uygulanması ile hukuk birliğinin sağlanması olduğu görülmektedir. Esasen temyiz incelemesini yapmakla görevlendirilen mercilerin her ülkede tek bir mahkeme olarak kurulması da tek bir merkezden tüm ülkede hukuk birliğinin sağlanması amacıyla örtüşmektedir.⁵ Ancak, temyiz aşamasında birden fazla görevli dairenin mevcut olması, aynı daire içerisinde farklı heyetlerin kurulabilmesi, üyelerin zamanla değişmesi nedeniyle aynı daireden farklı kararlar çıkabilmesi ve önceki içtihatların sistemli bir şekilde tasnif edilmemesi ile araştırılmaması gibi birçok sebep temyiz aşamasında içtihat birliğini sağlamayı olumsuz yönde etkilemektedir.⁶

³ Selçuk Öztek, “Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler”, MÜHF-HAD, S.2, 2015, s. 120; Selçuk Öztek, “HUMK m. 427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı”, S.2, 1987, MÜHF-HAD, s. 62; Yılmaz, 2021b, s. 4891; Tanrıver, 2022, s. 42; Özekes, 2017, s. 2157-2158; Özekes, 2016, s. 36; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 601; Akkaya, 2009b, s. 57.

⁴ Bu konuda bkz. Baki Kuru/Burak Aydın, Medenî Usul Hukuku, C. II, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024b, s. 1323 vd; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz vd, Medenî Usul Hukuku, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 621; Tanrıver, 2022, s. 43-45; Karlı, s. 755; Özekes, 2017, s. 2151-2152; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 599-600; Akkaya, 2009b, s. 69.

⁵ Temyiz kanun yolunun amacı, bu konudaki görüşler ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Selçuk Öztek, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 44 vd; Uğur Bulut, Medenî Usul Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 197-200.

⁶ Gürsel Özkan, “Mukayeseli Hukukta İçtihat Farklılığının Giderilmesi, İdari Uyuşmazlıklarda Hızlandırma Müesseseleri ve Türk İdari Yargısı İçin Öneriler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 155.Yıl, 10-11 Mayıs 2023, Danıştay Yayınları, Ankara, 2023, s. 77; Yunus Emre Yılmazoğlu, “İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi”, S.13, 2019, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 552.

II. İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİ KURUMUNUN AMAÇ VE KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

İçtihatların birleştirilmesi kurumu, ilk defa 1926 tarihli ve 834 sayılı Mahkeme-i Temyiz Teşkilâtının Tevsiine Dair Kanun'un⁷ 3. maddesiyle hukuk sistemimize girmiş;⁸ 1928 tarihli ve 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilâtına Dair Kanun'un 8. maddesinde; devamında 1973 tarihli 1730 sayılı Yargıtay Kanunu'nun⁹ 20. maddesinde ve nihayet yürürlükteki 1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun¹⁰ 45. maddesinde varlığını sürdürmüştür.¹¹ Böylece adli yargıda temyiz merci olan Yargıtay, içtihatları birleştirme yetkisini haiz olarak bu konuda bugüne kadar birçok karar vermiştir.

İdarî yargı bakımından 1925 tarihli ve 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'nun¹² ilk hâlinde içtihatların birleştirilmesi yönünde bir düzenleme olmamasına rağmen, 1931 tarihli ve Şurayı Devlet Kanununun Bazı Maddelerinin Tadiline ve Tayyına ve Kanuna İlâve Edilecek Bazı Maddelere Dair Kanun'un¹³ 15. maddesiyle içtihatları birleştirme yetkisi kabul edilmiştir.¹⁴ Daha sonra 1938 tarihli ve 3546 sayılı Devlet Şûrası Kanunu'nun¹⁵ 29. maddesi; 1964 tarihli ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun¹⁶ 24, 45 ve 46. maddeleri ve nihayet yürürlükteki 1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun¹⁷ 18, 39 ve 40. maddelerinde idarî yargının temyiz merci olan Danıştay'ın içtihatları birleştirme yetkisi varlığını sürdürmüştür.

Ayrı bir yargı koluna¹⁸ dahil olup olmadığı ve niteliği konusundaki tartışmalar¹⁹ bir yana, Sayıştay²⁰ da kendi görev alanına giren konularda

⁷ RG, 27.05.1926, S. 383.

⁸ Baki Kuru, İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 13; Ejder Yılmaz, "İçtihadı Birleştirme" veya "Adaletteki Çelişkiye Son Verme" İhtiyacı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000, s. 6; Hakan Pekcanitez, "Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi", S.144, 2019, TBBD, s. 390.

⁹ RG, 26.05.1973, S. 14546.

¹⁰ RG, 08.02.1983, S. 17953.

¹¹ İçtihatları birleştirme kurumunun tarihi gelişimi için bkz. Kuru, 1977, s. 12 vd; Pekcanitez, 2019, s. 390 vd.

¹² RG, 07.12.1925, S. 238.

¹³ RG, 02.08.1931, S. 1862.

¹⁴ Serkan Kızılyel, "Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine", S.119, 2015, TBBD, s. 117.

¹⁵ RG, 30.12.1938, S. 4098.

¹⁶ RG, 31.12.1964, S. 11896.

¹⁷ RG, 20.01.1982, S. 17580.

¹⁸ Bu konuda bkz. İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, Medenî Usul Hukuku Dersleri, 8.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 36 vd; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6.Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001a, s. 2 vd; Baki

içtihatları birleştirme yetkisini haizdir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk olarak 1934 tarihli ve 2514 sayılı Divanı Muhasebat Kanunu'nun²¹ 58. maddesinde; daha sonra, 1967 tarihli ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun²² 80. maddesinde ve nihayet yürürlükteki 2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun²³ 58. maddesinde içtihatların birleştirilmesine yer verilmiştir.²⁴ Böylece, adli ve idari yargı kolları haricinde doktrinde hesap yargısı olarak yer verilen bu alanda da içtihatların birleştirilmesine karar verilebilmesi mümkün olup Sayıştay'ın da bugüne kadar bu yönde çeşitli kararlar verdiği görülmektedir.

B. İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİNİN AMACI

İlk bölümde değinildiği üzere, hukukun gelişmesinin sağlanması kanun yollarının amaçları arasındadır. Hukukun gelişmesi sürecinde farklı ve hatta birbiriyle çeliştiği söylenebilecek yargı kararlarının ortaya çıkması mümkündür. Bu noktada önemli olan, hukukun yeknesak uygulanması ihtiyacını tamamen bertaraf edici nitelikte, farklı yöndeki kararların derinleşerek yerleşmesini engellemektedir. Bu ise, hukukumuzda içtihatların birleştirilmesi kurumuyla sağlanmak istenmiştir.

Konuyla ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aynı yüksek yargı organının farklı içtihatlarının hukukî güvenlik ilkesini ihlâl ederek toplumun yargısal sisteme olan güvenini azalttığı ve bizzat hukukî güvensizlik kaynağı olabileceği ifade edilmiştir. Mahkeme, içtihat farklılıklarının dinamik ve gelişimci bir hukuk düzeninin doğal bir sonucu olduğunu, önemli olan hususun içtihatlar arasında derin ve süreklilik arz eden çelişkilerin bulunup bulunmadığı ve iç hukukta bu çelişkileri ortadan kaldırmaya elverişli mekanizmaların bulunup bulunmadığı olduğunu da vurgulamış; ancak, somut bir olayda, ilgili tarafın içtihatların birleştirilmesi

Kuru/Burak Aydın, Medenî Usul Hukuku, C. I, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024a, s. 37 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz vd, s. 65 vd; Mine Akkan, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 79 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 29 vd.

¹⁹ Doktrinde yapılan ayrımlarda yargı kolları arasında hesap yargısı olarak Sayıştay'a yer verilebilmektedir. Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz vd, s. 83; Karlı, s. 53; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 34.

²⁰ Sayıştay'ın tarihî gelişimi ve niteliği hakkında ayrıca bkz. A. Şeref Gözübüyük, "Sayıştay", S.3, 1962, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, s. 303 vd; Recai Akyel, "Bir Hesap Yargısı Olarak Sayıştay", S. 23, 2015, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 2 vd.

²¹ RG, 25.06.1934, S. 2735.

²² RG, 27.02.1967, S. 12538.

²³ RG, 19.12.2010, S. 27790.

²⁴ Sayıştay'ın ilam niteliğinde olmayan idarî nitelikteki kararlarının birleştirilmesi usûlü ayrı bir madde olarak Sayıştay Kanunu'nun 59. maddesinde düzenlenmiştir.

talebiyle yaptığı başvurunun reddedilmiş olmasını da dikkate alarak adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.²⁵

Anayasa Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından hareketle içtihat farklılıklarını giderme görevinin ilgili yüksek mahkemelere ait olduğunu vurgulamaktadır. Ancak, ilgili yüksek mahkeme, münferit olaylarda farklı yönlerde içtihatlarında bulunmamalı; gerekirse içtihat farklılıklarını giderecek mekanizmalar işletilmelidir.²⁶ Aksi hâlde, bizatihi içtihat farklılığının kendisi adil yargılanma hakkı ihlali teşkil edecektir.²⁷ Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi, içtihat oluşturma ve değiştirme yetkisinin aslı olarak ilgili yüksek yargı organında olduğunu vurgulamakta; sürekli ve istikrar kazanmış bir içtihat söz konusu değilse, bizatihi önceki kararlardan farklı bir yönde karar verilmiş olmasını bir temel hak ihlali olarak görmemektedir.²⁸ Burada belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin her içtihat değişikliğine dahil olmak istememesi bireysel başvuru yolunun istisnai niteliği ile uyumlu olmakla beraber, bu durum ilgili yüksek yargı organı tarafından öngörülebilir olmayacak bir şekilde içtihatların sürekli değiştirilebilmesinin mümkün olduğu şekilde değerlendirilmemelidir.

İçtihatların farklılaşmaması ve belirli bir yönde gelişmesi için ilgili kararlarda vurgulanan mekanizma, Türk hukuku bakımından içtihatların birleştirilmesi kurumu olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, doktrinde de içtihatların birleştirilmesi, hukukun yeknesak uygulanmasını ve yargı kararlarında istikrarı sağlayarak bireylerin yargı sistemine olan güveninin korunması araçlarından kabul edilmektedir.²⁹

C. İÇTİHATLARIN BİRLEŞTİRİLMESİNİN KAPSAMI

I. Genel Açıklamalar

İçtihatların birleştirilmesi kurumu, Yargıtay Kanunu, Danıştay Kanunu ve Sayıştay Kanunu'nda ayrı ayrı ve her bir üst yargı organının görev alanı bakımından düzenlenmiştir. Buna göre, Yargıtay'da yer alan hukuk ve ceza daireleri dikkate alınarak Yargıtay Kanunu'nda birden fazla farklı içtihatların birleştirilmesi usûlüne yer verilmiştir. Buna göre, Hukuk Genel Kurulu, Ceza Genel Kurulu ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu çeşitli şartlar altında içtihatların birleştirilmesi konusunda görevlendirilmiş ve genel olarak bu kurulların her biri görevli olduğu noktada İçtihadı Birleştirme Kurulu olarak

²⁵ Çelebi ve diğerleri/Türkiye, AIHM, Başvuru No: 582/05, K.T. 09.02.2016, § 52, 55 (<https://hudoc.echr.coe.int/>, s.e.t. 20.06.2024).

²⁶ Aşır Tunç Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2015/17453, K.T. 22.01.2019, § 64-66 (RG, 12.02.2019, S. 30684).

²⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ali Güzel, "İçtihat Uyuşmazlığı Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali", Çalışma ve Toplum, C.3, S.78, s. 2020 vd; Yılmazoğlu, 2019, s. 555 vd.

²⁸ Adem Bektaş Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2018/35591, K.T. 21.09.2023 (RG, 09.01.2024, S. 32424).

²⁹ Kuru/Aydın, 2024b, s. 1469; Pekcanitez, 2019, s. 387.

adlandırılmıştır (Yargıtay Kanunu m. 15-16, 45/7). Danıştay ve Sayıştay bakımından ise, böyle bir ayırım yapılmaksızın İçtihatları Birleştirme Kurulu ve Sayıştay Genel Kurulu'na görev verilmiştir (Danıştay Kanunu m. 18; Sayıştay Kanunu m. 25/2-a, 58). O hâlde, Sayıştay ve Danıştay'ın aksine Yargıtay bünyesine içtihatların birleştirilmesiyle görevli üç farklı organın mevcut olduğu söylenebilir.³⁰ Yargıtay'da iki organın kendi yargı alanı içerisindeki içtihat farklılıklarını gidermekle; üçüncü organ olan Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun ise -daha üst bir organ olarak- her iki yargı alanı arasındaki içtihat farklılıklarını gidermekle görevli olduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da³¹ da bireysel başvurular bakımından farklı içtihatların birleştirilmesine yer verilmiştir. Buna göre, komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise, Genel Kurul tarafından karara bağlanmaktadır (AYMK m. 50/4).³² Bu konudaki karar, hukuken diğer yargı kollarındaki gibi bir içtihatların birleştirilmesi kurumuna yönelik değildir. Zira, bireysel başvuru, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasına dayanmakta olup bu yolda doğrudan belirli bir konuda esasa ilişkin karar verilmesi mümkün değildir. Ancak, ihlal iddiası doğrultusunda yapılan değerlendirmelerde oluşabilecek içtihat farklılıkları dahi giderilmek istenmiştir. Ayrıca, bireysel başvuru incelemesi, tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderildiğinden,³³ gerek doğrudan ihlal kararının dayanaklarıyla gerekse dolaylı olarak belirli yönde içtihatların oluşturulmasına aracılık etmesi sebebiyle ayrı bir önemi haizdir.

2. Konu Bakımından

İçtihatları birleştirme kararına konu edilebilecek içtihat farklılıklarının konusu bakımından kanunî düzenlemede herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Ancak, işin niteliği gereği, bağlayıcı ve kesin bir karara bağlanması mümkün olmayan konularda içtihatların birleştirilmesine karar verilmesi düşünülemez. Örneğin, belirli bir vakıanın hukukî niteliğinin

³⁰ Pekcantez, 2019, s. 387.

³¹ RG, 03.04.2011, S. 27894.

³² Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 22. maddesi uyarınca, bireysel başvuruları karara bağlamak üzere bir başkanvekili başkanlığında altışar üyesi olan iki bölüm bulunur. Bölümler, bir başkanvekilinin başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Bölüm ve komisyonların oluşumu ve iş bölümü ile ilgili hususlar İçtüzükle düzenlenir.

³³ Bu konuda bkz. Mehmet Emin Alpaslan, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usul Hukukuna Etkileri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 581 vd; Süleyman Burak Gündoğdu, Medenî Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 112 vd.

takdir edilmesinde hâkime tanınan yetkiyi tamamen bertaraf edici ve somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesini engelleyici nitelikte bir konuda içtihatların birleştirilmesine karar verilemez.³⁴ Yine Yargıtay, niteliği gereği farklı kurallara tâbi olan yargılamalarda verilen kararların birbirinden farklı olması hâlinde, esasen içtihatların birleştirilmesini gerektirecek nitelikte ve aynı şekilde uygulamaya tâbi tutulabilecek bir yargılama konusu olmadığı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar vermektedir.³⁵

Yargıtay³⁶ ve Danıştay,³⁷ içtihatların birleştirilmesine karar verilebilmesi için içtihat farklılığının devamlılık ve istikrar kazanmış olması gerektiği vurgulanmakta; aksi hâlde içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmektedir.³⁸ Kuşkusuz, hukukun gelişmesi ve içtihatlara konu hukukî meselenin olgunlaşabilmesi için doğrudan içtihatların birleştirilmesi gibi bağlayıcı ve kesin bir çözüme gidilmemesi gerekir. İlgili konuda varılacak sonucun tam ve doğru olarak değerlendirilebilmesi için belirli bir uygulama sürecinde olgunlaşmasının beklenmesi yerindedir.³⁹ Ancak, içtihat farklılığının istikrar kazanarak sürekli hâle gelmesi gerektiği ifadesine de tereddütle yaklaşılması gerekir.⁴⁰ Zira, yukarıda da değinildiği gibi,⁴¹ temyizcinin aslî amacı hukuk ve içtihat birliğini sağlamaktır. Hukukun gelişmesi ve hukuk birliğinin sağlanması amaçları arasında makul bir dengenin sağlanması gerekir. Bu noktada, içtihat farklılıkları hukukî güveni zedeleyecek derecede yerleşip istikrar kazanmadan içtihatların birleştirilmesi yolunun tercih edilmesi daha yerinde olabilir. Zaman içerisinde söz konusu içtihatların birleştirilmesi kararının değiştirilmesi veya en azından konunun yeniden tartışmaya açılması ihtiyacı hissedilirse, bu konuda yeni bir içtihatların birleştirilmesi kararı verilmesi yolunun işletilmesi mümkündür.⁴²

³⁴ Yargıtay İBK, E: 2019/3, K: 2021/2, T: 22.10.2021 (Kazancı); Yargıtay İBK, E: 2018/3, K: 2019/4, T: 28.06.2019 (Kazancı).

³⁵ Yargıtay İBK, E: 2017/7, K: 2019/2, T: 22.03.2019 (RG, 26.09.2019, S. 30900).

³⁶ Yargıtay İBK, E: 2017/3, K: 2018/3, T: 13.04.2018 (Kazancı).

³⁷ Danıştay İBK, E: 2021/2, K: 2022/1, T: 15.03.2022 (Kazancı).

³⁸ Sayıştay'ın münferit olaylar özelinde dahi karşı görüşlere rağmen içtihatların birleştirilmesine karar verdiği görülmektedir. Bkz. Sayıştay İBK, E: 2017/1, K: 5415/1, T: 16.10.2017 (RG, 02.02.2018, S. 30320).

³⁹ Nitekim bu yönde bkz. Pekcanitez, 2019, s. 386-387. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasında yer alan daha önce verilen red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren "*on yıl geçmedikçe*" aynı hükme ilişkin Anayasaya aykırılık iddiasında bulunamayacağı şartına ilişkin yorumunu değiştirmiş ve buna gerekçe olarak da hükmün uygulamada ortaya çıkardığı daha önce öngörülememiş sonuçlara dayanmıştır. Bkz. AYM, E: 2023/177, K: 2024/30, T: 01.02.2024 (RG, 20.05.2024, S. 32551).

⁴⁰ Nitekim, münferit içtihat farklılıkları hâlinde dahi içtihatların birleştirilmesi şartlarının gerçekleşmiş olabileceği hakkında bkz. Kuru, 1977, s. 25.

⁴¹ Bkz. yuk. I, B.

⁴² Kuru, 1977, s. 35; Kuru/Aydın, 2024b, s. 1475; Pekcanitez, 2019, s. 396.

3. Yetkili Mercî Bakımından

Yargıtay'da Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek görevi Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na aittir (Yargıtay Kanunu m. 16/1). Hukuk Genel Kurulu ise, hukuk daireleri arasındaki içtihat uyuşmazlıkları veya bir hukuk dairesinin kendi içtihatları arasındaki uyuşmazlıklar bulunursa ya da bir hukuk dairesi yerleşmiş içtihadından dönmek isterse,⁴³ içtihatların birleştirilmesi konusunda görevlidir. Benzer şekilde Ceza Genel Kurulu da ceza daireleri arasındaki içtihat uyuşmazlıkları veya bir ceza dairesinin kendi içtihatları arasındaki uyuşmazlıklar bulunursa ya da bir ceza dairesi yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, içtihatların birleştirilmesi konusunda görevlidir (Yargıtay Kanunu m. 15/1). Görüldüğü gibi, Yargıtay teşkilâtında yer alan daireler arasındaki veya bir dairenin kendi içerisindeki içtihat farklılıklarını giderme görevi ilgili Genel Kurul'a; herhangi bir genel kurulun dahil olduğu veya farklı yargı alanları arasındaki daireler arasındaki içtihat farklılıklarını giderme görevi ise, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na verilmiştir.⁴⁴ Bu tercih, bir üst yargı organı olarak Yargıtay teşkilâtı içerisinde yer alan farklı alanlara ilişkin dairelerin görevlerine uygun görülebilir. Ancak, tamamen uzmanlık alanı olan yargı alanlarına göre bir belirleme yapılmadığını da vurgulamak gerekir. Nitekim, ceza genel kurulu ile ceza dairesi veya hukuk genel kurulu ile hukuk dairesi arasındaki bir içtihat farklılığını giderme görevi de ilgili uzmanlık alanından olmayan üyelerin de katılımıyla oluşan Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na verilmiştir. Bu nedenle, uzmanlık alanına göre bir belirleme yanında esasen Yargıtay'ın tek bir üst organ olarak dikkate alındığı sonucuna varılabilir.

Danıştay Kanunu'nda, tek bir kurul olarak İçtihatları Birleştirme Kurulu düzenlenmiş (Danıştay Kanunu m. 18); Danıştay'da yer alan idarî ve

⁴³ Türk hukukunda bir dairenin kendi içtihadından dönmek için içtihatların birleştirilmesi usûlünü uygulamaksızın doğrudan kendisinin içtihat değiştirme yoluna gitmesi bilinen ve yerleşen bir uygulama hâline gelmiştir: "Dairelerin kararları arasındaki farklılık, birbirine benzer davalarda sağlık raporu delilinin değerlendirilmesinden ve bununla ilintili biçimde ispat yükünün yöneltilmesinden kaynaklanmıştır. Dolayısıyla, 2797 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ikinci fıkrasının (b) veya (c) bendi uyarınca Yargıtayın ilgili dairesinin konuyu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulundan ziyade, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne getirmesi ve yeknesak bir uygulamanın sağlanması mümkün olabilirdi. Bununla birlikte, Yargıtay daireleri bu gibi durumlarda kendiliğinden içtihatlarını değiştirme yoluna gittiğinden, yasada belirtilen yolun teoride kaldığı ve etkili bir çözüm sunmadığı anlaşılmaktadır." Türkan Bal Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/6932, K.T. 06.01.2015, § 71 (RG, 09.05.2015, S. 29350).

⁴⁴ İçtihatları birleştirme kararları bakımından tüm kurullar İçtihadı Birleştirme unvanıyla toplanmaktadır. Buna göre, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Genel Kurulu ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu sıfatıyla kararlar verilmektedir (Güzel, s. 2002).

vergi dava dairelerinin kendi içerisinde içtihatları birleştirme kurulu olarak karar vermesi şeklinde ayrı bir usûle yer verilmemiştir. Sayıştay Kanunu'nda ise, özel bir içtihatları birleştirme kurulundan söz edilmeksizin, daireler veya temyiz kurulu tarafından verilen birbirine aykırı içtihatların birleştirilmesi görevinin Sayıştay Genel Kurulu'na ait olduğu düzenlenmiştir (Sayıştay Kanunu m. 25/2-a, 58). Diğer yandan, Sayıştay bakımından ilâm niteliğinde olmayan idarî kararlar bakımından da bir tür birleştirme usûlü düzenlenmiş ve bu konudaki görev Sayıştay Başsavcısının da katılma yetkisiyle Sayıştay Genel Kurulu'na verilmiştir (Sayıştay Kanunu m. 59).

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da bireysel başvurulara ilişkin istisnâî düzenlemede ise, komisyonlar arasındaki içtihat farklılıklarının bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıklarının ise, Genel Kurul tarafından karara bağlanacağı düzenlenmiştir (AYMK m. 50/4). Ancak, genel açıklamalar bölümünde de değinildiği üzere, Anayasa Mahkemesi bakımından düzenlenen bu usûl hukukî olarak içtihatların birleştirilmesi prosedürü niteliğinde değildir.

4. Bağlayıcılık Etkisi Bakımından

Bir önceki başlıkta değinilen mercilerden her biri, sadece kendi görev alanlarında bağlayıcı etkiyi haiz⁴⁵ içtihatların birleştirilmesi kararı verebilmektedir. Nitekim, Yargıtay Kanunu'na göre, *ıçtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini* bağlamakta (Yargıtay Kanunu m. 45/5); Danıştay Kanunu'na göre, içtihadı birleştirme kararlarına *Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare* uymak zorunda olmakta (Danıştay Kanunu m. 40/4); Sayıştay Kanunu'na göre ise, içtihatları birleştirme kararlarına *Sayıştay daire ve kurulları ile kamu idareleri ve sorumlular* uymak zorunda olmaktadır (Sayıştay Kanunu m. 58/3). İlgili üst yargı organlarının görev alanları da dikkate alındığında, birinin diğer yargı koluna giren bir mahkeme veya uyuşmazlığı bağlayıcı bir karar vermesi mümkün değildir.⁴⁶ Daha açık bir ifadeyle, Danıştay tarafından verilen bir içtihatları birleştirme kararı adli

⁴⁵ İçtihatları birleştirme kararlarının bağlayıcı olmasının genel ve bağlayıcı kural koyma yetkisinin münhasıran TBMM'ye ait olması ile hiçbir organın yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyecek olmasına aykırılık teşkil etmesi, Anayasa'da Yargıtay'a böyle bir yetki verilmemiş olması karşısında bu yetkinin hukuk devleti ile güçler ayrılığı ilkesiyle de bağdaşmadığı ileri sürülerek ilgili düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle iptali talep edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, iptal talebini reddetmiştir. Bkz. AYM, E: 1968/38, K: 1969/34, T: 12.06.1969 (RG, 29.01.1970, S. 13412).

Bu etki nedeniyle içtihatları birleştirme kararlarının bir yandan yargı içtihadı; diğer yandan ise, hukuk normu niteliği taşıyan çift kimlikli bir karar/işlem türü olduğu hakkında bkz. Ali D. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 88.

⁴⁶ Kuru, 1977, s. 29; Muhammet Özeker, "Yargılama Bütünlüğü İçinde Medenî ve İdarî Yargıya Bakış ve Değerlendirme", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S.23, 2024, s. 34.

yargıya dahil herhangi bir hukuk veya ceza mahkemesini bağlamamakta;⁴⁷ Sayıştay tarafından verilen bir içtihadı birleştirme kararı da adli yargıya dahil bir ceza mahkemesini veya idari yargıya dahil bir vergi mahkemesinin bağlamamaktadır. Kuşkusuz, farklı yargı kollarında yer alan bu mahkemelerin birbirlerinin görev alanına giren uyumsuzluklarında uygulama alanı bulacak aynı veya benzer konularla karşılaşması güçtür; ancak, özellikle adli yargı ve idari yargı bakımından örnekleri de bulunan sık karşılaşılan bir durum olarak kabul edilebilir.

İçtihatların birleştirilmesi kararı niteliğinde olmasa da Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılık etkisine de değinmek gerekmektedir. Zira, bireysel başvuru yolu da doktrinde olağanüstü bir kanun yolu⁴⁸ veya hukukî çare⁴⁹ olarak değerlendirilebilmekte ve diğer Anayasa Mahkemesi kararları gibi⁵⁰ tüm yargı organlarını bağlayıcı etkiler doğurmaktadır (AY m. 153/6). Ancak bu etki, sadece ihlal kararı verilen somut dosya özelinde kabul edilmekte olup benzer yargılamaların tamamında doğrudan bağlayıcı etki ortaya çıkmamaktadır. Kuşkusuz, yargı organları daha önce verilen ihlal kararlarını dikkate alarak hareket etmekte ve hatta bu yönde içtihatların birleştirilmesi kararları verilmektedir. Ancak, buna rağmen, ilgili bireysel başvuru kararının doğrudan genel bir bağlayıcı etkisinden söz edilememektedir.⁵¹ Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin kendi içerisinde farklı içtihatları önlemek için

⁴⁷ Anayasa'nın 160. maddesine göre, vergi, benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararı esas alınır. Böylece, ilgili konularda Danıştay tarafından verilen kararlar Sayıştay'ı da bağlayıcı etkiyi haiz olmaktadır. Bu husus, aşağıda (bkz. aşağı III, B, 3) detaylı olarak değinmeye çalıştığımız içtihat farklılıklarını gidermeye yönelik yapılabilecek çalışmaların özel bir konu ve sadece iki yüksek mahkeme arasındaki görünümü olarak kabul edilebilir. Bu konuda bkz. Akyel, s. 9.

⁴⁸ Kuru/Aydın, 2024b, s. 1326. Karşı görüşte Tanrıver, 2022, s. 194; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 800; Alpaslan, s. 41; Gündoğdu, s. 31. Benzer şekilde Alman hukukunda da anayasa şikâyeti olağanüstü bir hukukî çare olarak nitelendirilebilmektedir. Bkz. Lüke, ZivilProzR, § 35, Rdnr. 1.

⁴⁹ Hakan Pekcanitez, "Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti", C.12, 1995, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 261; Tanrıver, 2022, s. 195; Akkan, s. 2855; Efe Direnisa, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvurularda Uyguladığı ve Yorumladığı Medeni Usûl Hukuku Kuralları", C.17, S.198, 2019, Legal Hukuk Dergisi, s. 2424; Alpaslan, s. 56-57; Gündoğdu, s. 32-33.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar da Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında düzenlenen bağlayıcılık etkisi kapsamındadır. Bu konuda bkz. Ece Göztepe Çelebi, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", S.33, 2016, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 96 vd; Alpaslan, s. 560-566; Yasin Aydoğdu, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Gereğinin Yerine Getirilmesi Üzerine Denetim Mekanizması Önerisi: Anayasa Mahkemesi İcra Kurulu", S. 200, 2023, Terazi Hukuk Dergisi, s. 29.

⁵¹ Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, hak ihlali kararının objektif etkisi kapsamında, aynı olay bakımından daha önce verdiği ihlal kararının gereklerinin devam eden diğer yargılamalarda da dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. İbrahim Er ve diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/33281, K.T. 26.01.2023 (RG, 05.05.2023, S. 32181). Bu konuda ayrıca bkz. Alpaslan, s. 746 vd.

verdiği kararlar bakımından da özel bir bağlayıcılık etkisine yer verilmemiştir (AYMK m. 50/4). Bu nedenle, komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları için bölümlerce verilen kararların veya bölümler arasındaki içtihat farklılıkları için Genel Kurul tarafından verilen kararın doğrudan ve genel bir bağlayıcı etkiye sahip olmadığı söylenebilir. Diğer yandan, olması gereken bakımından ilgili içtihat farklılıklarını giderici nitelikteki kararların bölümler bakımından nitelikli bir şekilde göz önünde tutulması ve yeterli gerekçelendirme yapılmaksızın bu kararlardan sapılmaması gerekir.

5. Kapsam Dışında Bırakılan Alanlardaki Problem

İçtihatların birleştirilmesi kurumunun konu olarak kapsamına dahil olmayan hususlar; daha doğru bir ifadeyle konu olarak içtihatların birleştirilmesi gibi bağlayıcı nitelikte bir karar verilmesi mümkün olmayan hususlar bakımından herhangi bir problem ortaya çıkmayacaktır. Diğer yandan, konusu itibarıyla böyle bağlayıcı bir karar verilmesi mümkün olmamasına rağmen bir şekilde içtihatların birleştirmesine karar verilmiş olması sorunlara sebep olabilir. Bu ise, ilgili içtihadı birleştirme kararı aynı usülle değiştirilinceye kadar diğer mahkemeleri bağlayıcı etki doğurabilir (Yargıtay Kanunu m. 45/3, 5; Danıştay Kanunu m. 39, 40/4; Sayıştay Kanunu m. 58/3). Bu nedenle, içtihatların birleştirilmesi kararına konu edilebilecek hususların öncelikle detaylı olarak değerlendirilmesi ve bu şekilde bağlayıcı bir karar verilmesine nitelik olarak uygun olmayan konularda en başta böyle bir karar verilmemesi gerekir.

İçtihatların birleştirilmesi kararlarının kapsamına girmeyen alanlar bakımından bu tür kararların zamansal kapsamı üzerinde durulmalıdır. Yukarıda değinildiği gibi, içtihatların birleştirilmesi kararının bağlayıcı etkisi böyle bir karar verilmesinden itibaren ortaya çıkmakta⁵² ve uygulamada içtihat farklılığı istikrarlı hâle gelmeden içtihatların birleştirilmesine karar verilmemektedir.⁵³ Bu nedenle, içtihat farklılıklarını baştan engellemeye yönelik herhangi bir usûl düzenlenmediği için⁵⁴ içtihatların birleştirilmesi kararı şeklinde bağlayıcı karar ortaya çıkıncaya kadar verilmiş birbirinden farklı kararlar nedeniyle oluşmuş içtihat farklılıkları engellenememekte⁵⁵ ve bu durumdan zarar gören kişilerin hukuka olan güveni bakımından içtihat farklılığının sonradan giderilmiş olması herhangi bir olumlu etki yaratmamaktadır.

⁵² Bkz. yuk. II, C, 4.

⁵³ Bkz. yuk. II, C, 2

⁵⁴ Pekcanitez, 2019, s. 391.

⁵⁵ Özkan, s. 97. İçtihatların birleştirilmesi gündeme alınmış ise, diğer mahkemelerin verecek kararı bekletilen sorun yapabileceği belirtilmekteyse de (Kuru, 1977, s. 43), bu imkân da sadece derdest davalar için, içtihatların birleştirilmesi talebinin gündeme alınmasından itibaren ve ihtiyarî olmakla tamamen etkin bir yöntem olarak kabul edilemeyecektir.

Kanaatimizce ve bu çalışmanın amacı bakımından kapsam dışında bırakılan alan olarak üzerinde durulması gereken asli mesele,⁵⁶ farklı yargı kollarına ait mahkemeler arasında aynı veya benzer konulardaki içtihat farklılıklarının ortaya çıkarılabileceği problemlerdir. Zira, yukarıda da değinildiği gibi, her yüksek yargı organı kendi görev alanında içtihatları birleştirmekle görevlendirilmiştir⁵⁷ ve her birinin kararı kendi görev alanına ilişkin hususlarda bağlayıcılık etkisiyle donatılmıştır. Ancak, farklı yargı kollarına ilişkin dahi olsa, tamamen aynı kanunî düzenlemenin veya aynı şekilde kaleme alınmış farklı kanunî düzenlemelerin veyahut benzer

⁵⁶ İçtihat birliğiyle bağlantılı olarak Bölge Adliye Mahkemeleri arasındaki karar farklılıklarını da önemli bir sorun olarak ele alınabilir. Ancak, istinaf aşamasında ortaya çıkan bu farklılıkları giderme görevi de aslı olarak temyizde ve bu kapsamda Yargıtay veya Danıştay'da olduğundan istinaf aşamasıyla ilgili sorunlara ayrıca detaylı olarak değinilmemiştir. Diğer yandan, bu konuda özellikle 5235 sayılı Kanun'un (RG, 07.10.2004, S. 25606) 35. maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu'nun benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyumsuzluk bulunması hâlinde bu uyumsuzluğun giderilmesini Yargıtay'dan isteyebilmesi üzerinde durulabilir. Benzer düzenleme, idarî yargıda Bölge İdare Mahkemeleri Başkanlar Kurulu için de öngörülmüştür (2576 sayılı Kanun m. 3/C). Ancak, her iki düzenleme de bölge adliye veya bölge idare mahkemeler arasındaki ilgili karar uyumsuzluklarının Yargıtay veya Danıştay tarafından içtihatların birleştirilmesi usulüne göre karara bağlanması şeklinde iken, Yargıtay bakımından 7079 sayılı Kanun'un (RG, 08.03.2018, S. 30354 Mükerrer) 41. maddesiyle aynen kabul edilen 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (RG, 24.12.2017, S. 30280) 46. maddesiyle ve Danıştay bakımından 7188 sayılı Kanun'un (RG, 24.10.2019, S. 30928) 7. maddesiyle içtihatların birleştirilmesi usulünden vazgeçilmiştir. Bu değişikliğin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talep edilmişse de Anayasa Mahkemesi tarafından bu durumun yasama tasarrufu olduğu ve Yargıtay'ın Anayasa ile çizilen görevleri bakımından daireler arasındaki görev ayrımının kanunla değiştirebileceği gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir (AYM, E: 2018/96, K: 2023/222, T: 27.12.2023-RG, 17.04.2024, S. 32520). Böylece, bu durumlarda ilgili daire veya kurullar tarafından verilen kararların niteliği bakımından da tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu konudaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. Pekcanitez, 2019, s. 397-400; Güzel, s. 2005-2009; Bulut, s. 70-73. İdarî yargıdaki değişiklik süreci ve değerlendirmeler için bkz. Hüseyin Bilgin, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 185 vd; Özkan, s. 91-93; Kızılyel, s. 137-139.

⁵⁷ Ne yazık ki, her bir üst yargı organı kendi içerisinde bunu bir bütün olarak dahi yapamamaktadır. Yukarıda değinildiği gibi üst yargı organlarının da kendi içerisinde içtihatları birleştirme kararı vermeye yetkili farklı organlar düzenlenmiş ve bu organların içtihatları birleştirme kararlarının dahi birbiriyle çelişebileceği görülmüştür. Bu noktada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir içtihatları birleştirme kararının Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun mevcut bir içtihadı birleştirme kararına aykırı olduğuna yönelik iddianın Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından incelenemeyeceği ve her kurulun kendi içinde içtihatları birleştirme kararı verebileceği sonucuna varılmıştır. Bkz. Yargıtay İBK, E: 1954/8, K: 1954/18, T: 26.05.1954 (Lexpera). Böyle bir ihtimâlde, içtihatların birleştirilmesine yönelik kararlardan birinin değiştirilmesi için yeni bir içtihatların birleştirilmesi prosedürü başlatılabilecektir (Kuru/Aydın, 2024b, s. 1471).

konulara ilişkin mevzuat hükümlerinin birbiriyle uyumlu yorumlanarak sonuca gidilmesi gerekmektedir. Bu noktada, ilgili yüksek yargı organlarının temel görevi olarak temyiz kanun yolunun aslı hedeflerinden olan hukukun yeknesak uygulanması amacı da dikkate alınarak ortak hareket edilmesine imkân sağlanmalıdır.

Diğer yandan, daha önce değinilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat farklılıklarına dayanan ihlâl kararında,⁵⁸ aynı yüksek yargı organı ifadesi özel olarak vurgulanmış ve değerlendirilmiştir. Zira mahkeme, aynı veya benzer düzenlemelerin farklı yüksek mahkemeler tarafından farklı şekillerde yorumlanarak birbiriyle çelişen sonuçlara varılmış olmasının tek başına adil yargılanma hakkı ihlâli teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir.⁵⁹ Ancak, her hâlükârda farklı yargı organları arasındaki içtihat uyumsuzluklarını ortadan kaldıracı mekanizmaların öngörülmemiş olmasını da eleştirmiş ve *üzücü*⁶⁰ bulmuştur.

İlgili bölümde detaylı olarak değinileceği üzere,⁶¹ Anayasa Mahkemesi de içtihat farklılıklarını giderme yetkisinin ilgili yüksek mahkemelerde olduğunu ifade etmekle beraber, çeşitli kararlarında yüksek mahkeme içtihatlarını eleştirerek temel hak ihlâli kararları vermektedir. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları ile ilgili yüksek yargı organı kararları arasında çelişkilere sebep olmakta veya ilgili yüksek yargı organını Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda içtihatları birleştirmeye zorlamaktadır. Böylece Anayasa Mahkemesi, ilgili yüksek yargı organının içtihatları birleştirme görevine doğrudan veya dolaylı olarak müdahale ve etki edebilmektedir.

Tüm bu nedenlerle, birden fazla farklı yüksek yargı organı tarafından ortak olarak uygulanabilen, lafzî olarak aynı veya benzer, aynı veya farklı kanunî düzenlemelere ilişkin olan veya genel bir yorum olarak yargısal sistem içerisinde bütün olarak uygulanması gereken konularda birden fazla yüksek yargı organı arasında da içtihatların birleştirilmesi veya daha doğru bir tercihle aynı yönde içtihatların oluşturulması ihtiyacı söz konusudur. Aksi hâlde, aynı veya benzer konularda aynı yargı sistemine dahil olan farklı yargı kollarında farklı çözümler getirilmesi, genel olarak ülkede hukukun yeknesak uygulanması gereğiyle çelişecektir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında yer verdiği farklı yorumların kapsamı genişledikçe bu konularda da Anayasa Mahkemesi ile diğer yargı kollarında görevli yüksek mahkemeler arasında çelişkili kararların artması mümkündür. Kanaatimizce, tüm bu hususlara hukukî ve kalıcı bir çözüm bulabilecek, temyiz kanun yolunun hukukun yeknesak uygulanması

⁵⁸ Çelebi ve diğerleri/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 582/05, K.T. 09.02.2016, § 52, 55 (<https://hudoc.echr.coe.int/>, s.e.t. 20.06.2024). Bkz. yuk. II, B.

⁵⁹ Nejd et ve Perihan Şahin/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 13279/05, K.T. 27.05.2010 (<https://hudoc.echr.coe.int/>, s.e.t. 20.06.2024).

⁶⁰ Kararın Türkçe özet metninde üzücü olarak yer alan bu ifade, İngilizce metinde daha uzun olarak açıklanmış ve kararları arasındaki çelişkilerin giderilmesi görevinin aslı olarak ulusal mahkemelerde olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisinin istisnâ olduğu ifade edilmiştir.

⁶¹ Bkz. a.ş. III, B, 3, b.

amacına hizmet eden, farklı yargı organları arasında ve hepsini bağlayıcı bir kurum üzerine düşünülmalıdır. Bu noktada, içtihatların birleştirilmesi kurumunun bu amacı sağlamakta yetersiz olduğuna ilişkin açıklamalarımız haricinde,⁶² ilgili kurumun içtihat farklılığı istikrar kazanmadan uygulanamayan bir şekilde bürünmüş olması karşısında kendisinden beklenen amaca hizmet etme etkisinin de zayıfladığı söylenebilir. Bu nedenle, içtihatların birleştirilmesi kurumunun mevcut hâlimden tamamen vazgeçilerek içtihatların birleştirilmesi kurumuyla çözüme kavuşturulamayacak yukarıda tespit ettiğimiz problemleri de çözebilecek ve içtihat farklılığının istikrarlı ve sürekli hâle gelmesi şartı aranmaksızın işletilebilen farklı bir kurum arayışına girilmelidir.

III. YÜKSEK YARGI ORGANLARININ BENZER KONULARDAKİ İÇTİHATLARININ DURUMU

A. YÜKSEK YARGI ORGANLARI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın yargı bölümünde genel hükümlerden sonra iki numaralı başlık altında yüksek mahkemeler düzenlenmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi (AY m. 146-153), Yargıtay (AY m. 154), Danıştay (AY m. 155) ve Uyuşmazlık Mahkemesi (AY m. 158) yüksek mahkemeler arasında sayılmış;⁶³ Sayıştay ise, ayrı bir başlık altında Hâkimler ve Savcılar Kurulu'ndan sonra düzenlenmiştir (AY m. 160).

Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında düzenlenen Uyuşmazlık Mahkemesi, adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını kesin olarak çözümlemeye yetkili bir mahkeme olarak görev yapmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun⁶⁴ uyarınca, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Danıştay Genel Kurulu tarafından seçilen üyelerden oluşan⁶⁵ ve iş durumuna göre toplanan bir mahkeme statüsünde olup diğer yüksek mahkemeler gibi daimî ve fiziki olarak sürekli üyelerden oluşan bir durumda değildir.

Bu şekilde, sınırlı bir yetkiye sahip olan Uyuşmazlık Mahkemesi kararları kesin olup adli ve idari yargı organlarını bağlayıcı etkiye sahiptir (UMK m. 28/2, 29). Ancak, diğer mahkemelerle, Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyumsuzluklarında, Anayasa Mahkemesi'nin kararı esas

⁶² Bkz. yuk. II, C.

⁶³ Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne ilişkin düzenlemeler, askeri yargı kolunun kaldırılmasıyla birlikte 6771 sayılı Kanun'un (RG, 11.02.2017, S. 29976) 16. maddesi ile ilga edilmiştir.

⁶⁴ RG, 22.06.1979, S. 16674.

⁶⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi başkanının, Anayasa Mahkemesince kendi üyeleri arasından seçileceğine dair düzenleme, 7142 sayılı 6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Konusunda Yetki Kanunu kapsamında yer alan bir düzenleme olmadığı için Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. AYM, E: 2018/117, K: 2023/212, T: 07.12.2023 (RG, 04.06.2024, S. 32566).

alınır (AY m. 158/3). Bu nedenle, diğer mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasında bir görev uyuşmazlığının ortaya çıkması ve konunun Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal etmesi mümkün değildir.

Çalışmamız kapsamında sınırlı bir alanda bağlayıcı etki doğuran Uyuşmazlık Mahkemesi kararları bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmaya ihtiyaç duyulmamıştır. Zira, ilgili mahkeme, esasen diğer yüksek mahkemelerden ayrı daimî üyelerden oluşan bir mahkeme değildir. Uyuşmazlık mahkemesi, burada genel kapsamlı olarak tartışmaya açmak istediğimiz ve genel kapsamlı olarak uygulanabilecek bir konunun sınırlı bir alandaki görünümü olan görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözmekle görevlendirilmiş bir mahkemedir. Bu kapsamda temyiz incelemesi yapan mahkemelerin yargı yolu hakkında karar vermeden önce konuyu Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal ettirerek (UMK m. 20) bu mahkemenin kararı doğrultusunda temyiz talebine ilişkin kararını verebilmesi imkânı da dikkate değer bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. O hâlde, esasen, Uyuşmazlık Mahkemesi çalışma konumuz kapsamında içtihat birliğinin sağlanmasını gerektiren yüksek yargı organından ziyade dar ve sınırlı bir alanda içtihat birliğini sağlayıcı bir organ olarak kabul edilebilir.⁶⁶ Bu konuda aşağıda⁶⁷ ilgili bölümde daha detaylı açıklama yapılacağından burada sadece yüksek yargı organları arasında içtihat birliğinin sağlanması ihtiyacına yönelik incelemenin diğer yüksek yargı organları kapsamında yapılacağını, Uyuşmazlık Mahkemesi bakımından ayrı bir inceleme yapılmasına ihtiyaç olmadığını belirtmekle yetiniyoruz.

B. YÜKSEK YARGI ORGANLARININ BENZER YARGILAMA KONULARINDAKİ İÇTİHATLARININ AYNI YÖNDE OLMASI İHTİYACI

1. Genel Açıklamalar

Temyiz kanun yolunun aslî amacı olarak ifade ettiğimiz hukuk birliğinin sağlanması ve hukukun yeknesak uygulanması, sadece belirli bir yargı kolunun veya sadece belirli bir yüksek yargı organının kendi görev alanıyla sınırlandırılmamalıdır. Kuşkusuz, her yüksek yargı organı öncelikle kendi görev alanına ilişkin konularda içtihat ve hukuk birliğini sağlamakla görevlidir. Ancak, aynı veya benzer düzenlemelerin uygulama alanı bulunduğu ya da benzer hukukî meselelerin tartışılarak her alan için ortak sonuçlara varılabildiği konularda farklı yargı kolları arasında da hukukun yeknesak uygulanması sağlanmalıdır.⁶⁸ Bu, temyiz incelemesi yapmakla görevli her yüksek organın doğal bir görevi olarak kabul edilmelidir. Zira, temyiz kanun yolunun amacı, hukukun ülke çapında yeknesak uygulanması sağlamaktır; sadece, bir yargı kolunda yeknesaklık sağlamak yeterli değildir. Hatta, bu, hukukî güvenlik ve belirlilik üst ilkesi kapsamında da gereklidir.⁶⁹ Zira,

⁶⁶ Benzer yönde Güzel, s. 1999-2000; Özkan, s. 90.

⁶⁷ Bkz. aça. IV.

⁶⁸ Bulut, s. 206.

⁶⁹ AYM, E: 2015/15, K: 2015/118, T: 23.12.2015 (RG, 07.01.2016, S. 29586).

güvenlik ve belirlilik yargı kolundan yargı koluna, bir yüksek yargı organından diğerine değişmemeli; aynı mevzuat hükümlerinin veya aynı yöndeki farklı mevzuat hükümlerinin veyahut benzer hukukî kurumların ülke genelinde tamamen farklı uygulanmasına izin verilmemelidir.

2. Alman Hukukundaki Durum ve Örnekler

a. Genel Olarak

Alman hukukunda, Türk hukukundaki içtihatları birleştirme kararına benzer bir kurum mevcut değildir. Ancak, içtihatların farklı yönde gelişerek yerleşmesini engelleyici tedbirler alınmıştır.⁷⁰ Böylece, içtihatların sürekli ve istikrarlı bir şekilde farklılaşmasına izin verilmeden baştan itibaren hukukun yeknesak uygulanmasını sağlayıcı yöntemler geliştirilmiştir. Buna göre, Federal Yüksek Mahkeme'nin bir dairesinin başka bir daire kararından farklı yönde karar vermek istemesi hâlinde, dosya Genel Kurul'a sevk edilmekte (GVG § 132/2) ve Genel Kurul tarafından verilen karar dosyayı sevk eden daire bakımından bağlayıcı olmaktadır (GVG § 138/1).⁷¹ Bu şekilde Federal Yüksek Mahkeme'nin bir dairesinin diğer bir daireden farklı yönde içtihat oluşturması baştan itibaren engellenerek Genel Kurul tarafından daireler arasında içtihat birliğini koruyucu karar verilmektedir. Ancak, konu sadece bununla sınırlı olarak düzenlenmemiş; farklı yüksek yargı organlarının içtihatları arasında birlik sağlamak için de ayrı bir düzenleme yapılmıştır.

b. Yüksek Yargı Organları Arasında İçtihat Birliği

Alman hukukunda üst yargı teşkilâtı, beş farklı yüksek yargı organı olarak karşımıza çıkmaktadır: Federal Yüksek Mahkeme (*Bundesgerichtshof*), Federal İdare Mahkemesi (*Bundesverwaltungsgericht*), Federal Maliye Mahkemesi (*Bundesfinanzhof*), Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht*) ve Federal Sosyal Güvenlik Mahkemesi (*Bundessozialgericht*) (GG Art 95/1). Türk hukuku bakımından bir karşılaştırma yapmak gerekirse, Yargıtay'ın farklı daireleriyle Federal Yüksek Mahkeme, Federal İş Mahkemesi ve Federal Sosyal Güvenlik Mahkemesi'ni; Danıştay'ın Federal İdare Mahkemesi'nin; Sayıştay'ın ise, Federal Maliye Mahkemesi'ni karşıladığı söylenebilir.

Alman yüksek mahkemelerinin hangi konularda görevli olduğu belirli olmasına rağmen, iki veya daha fazla yüksek mahkemenin görev alanını ilgilendiren konularda ortak bir Kurul kurulmaktadır. Bu noktada, ilgili

⁷⁰ Fransa'da da benzer bir sistem kabul edilmekte olup alt derece mahkemeleri üst derece mahkemelerinden teşvik ve yol gösterici görüş isteyebilmekte, farklı bir şekilde karar vermek isteyen daire konuyu üst kurula sevk edebilmekte ve daireler arasında devamlı bir diyalog oluşturulabilmektedir. Bu konuda bkz. Pekcanitez, 2019, s. 393; Güzel, s. 2036-2037; Özkan, s. 105 vd.

⁷¹ Bkz. Peter Arens/Wolfgang Lücke, Zivilprozessrecht I, 11.Auflage, C.H. Beck, München, 2020, § 37, Rdnr. 17; BeckOK-GVG/*Graf*, § 132, Rdnr. 7 vd; Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, Grundkurs ZPO, 16.Auflage, C.H. Beck, München, 2022, § 7, Rdnr. 1000.

somut uyuşmazlığın birden fazla yüksek mahkemenin görev alanına ilişkin olması gibi bir şart aranmamaktadır. Önemli olan ilgili somut uyuşmazlıkta görevli olan yüksek yargı organı tarafından karar verilme sürecinde yorumlanacak hukukî düzenleme ve kurumların aynı veya benzer bir şekilde diğer bir yüksek yargı organının görev alanına giren konularda da mevcut olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, somut uyuşmazlıkta karar verilmesi bakımından hiçbir görev tereddüdü mevcut değildir;⁷² temyiz talebi hakkında karar vermekte görevli yargı organının hangi yüksek mahkeme olduğu bellidir. Ancak, ilgili yüksek yargı organı tarafından temyiz talebi hakkında karar verilmesi sürecinde uygulanacak hüküm veya hukukî kurumların yorumlanarak belirli bir sonuca varılması gerekmekte ve bu şekilde varılacak sonuç diğer yüksek yargı organlarını da ilgilendirmektedir. Bu ilgi, ilgili düzenleme veya kurumların aynı veya benzer şekilde diğer yargı kollarında da mevcut olmasından kaynaklanmaktadır. Bu şekilde, farklı yargı kollarına ilişkin olsa dahi benzer konularda birbirinden farklı yorum ve sonuçların ortaya çıkması engellenmektedir.

Buna göre, bir yüksek mahkemenin diğer bir yüksek mahkeme içtihadından veya mevcut bir Ortak Kurul kararından farklı yönde⁷³ karar vermek istemesi durumunda mahkemelerin Ortak Kurul oluşturarak birlikte karar vermesi esası benimsenmiştir. Bu doğrultuda Alman Anayasası'nın 95. maddesinin üçüncü fıkrasında farklı yüksek yargı organları arasında içtihat birliğinin sağlanması için bir Ortak Kurul⁷⁴ kurulacağı ve detayların kanun ile düzenleneceğine yer verilmiştir (GG Art 95). Anayasa'da yer alan bu hükme dayanılarak 19.06.1968 tarihli Yüksek Federal Mahkemeler Arasında İchtihat Birliğinin Sağlanması Hakkında Kanun (*Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes*) çıkarılmıştır.⁷⁵ İlgili kanun uyarınca Ortak Kurul (*Gemeinsamer Senat*), yüksek

⁷² Bir sonraki başlık altında verilecek örneklerde görüleceği üzere, somut uyuşmazlıkta hangi yargı kolunun görevli olduğu konusu da benzer prosedür ile karara bağlanmaktadır. Ancak bu durumda dahi, temyiz talebini incelemekle görevli merci bakımından değil uyuşmazlığın esasını incelemekle görevli yargı kolunun hangisi olduğunu tespit bakımından o yargı kolunun da dahil olduğu bir süreç ile içtihat birliği sağlanmak istenmiştir. Bkz. a.ş. III,B,2,c.

⁷³ Bu farklılık, temyiz denetiminin amacına uygun olarak (Bkz. yuk. I, B) hukukî denetim yetkisi kapsamında incelenebilecek hususlar bakımından kabul edilmelidir (Klaus Miebach, *Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes*, Duncker&Humblot, Berlin, 1971, s. 129-130). Her yüksek yargı organının kendi iş yükü de dikkate alındığında, içtihat farklılığı olarak değerlendirilerek Ortak Kurul sürecinin işletilmesini gerektiren durumların içtihat birliğine yönelik ciddi bir tehdit olarak kabul edilebilecek hüküm veya hükümlerle sıkı bir bağlantı içerisindeki gerekçelerle sınırlı tutulması uygun olacaktır (Miebach, s. 199).

⁷⁴ Bu Kurul, ayrı bir mahkeme niteliğinde olmayıp tüm yüksek mahkemelerin bir organı niteliğindedir (Miebach, s. 87).

⁷⁵ BGBl I, s. 661.

Alman hukukunda 1968 yılından çok daha önce, 1858 tarihinden itibaren bu konuda çeşitli görüş ve öneriler ileri sürülerek içtihat birliğini sağlamakla görevli bu üst yapılanmanın gelişimi sağlanmıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Miebach, s. 22-85.

mahkeme başkanları, ilgili daire başkanları ve ilgili dairelerin her birinden birer üye hâkimden oluşmakta olup Kurul'a katılacak ilgili daire başkanları ve üyeleri, yüksek mahkeme başkanlıkları tarafından iki yıl için seçilmektedir (RsprEinhG § 3). İlgili daireler, dosyayı Ortak Kurul'a havale eden daire ve bu dairenin kararından sapmak istediği diğer dairedir. Duruma göre, ilgili yüksek yargı organının genel kurulu veya büyük kurulu da ilgili daire olarak dosyayı havale eden veyahut karardan sapılmak istenen daire olabilir (RsprEinhG § 4). Ortak Kurul, üyelerinin salt çoğunluğu ile karar verir (RsprEinhG § 6).

İlgili daire veya kurul, sapmak istediği kararı ve gerekçelerini de belirterek dosyayı Ortak Kurul'a sevk eder⁷⁶ ve karardan sapılmak istenen dairenin kendi hukukî görüşünde bağlı olduğu yönünde cevap vermesi üzerine başvuru süreci tamamlanır. İlgili daire, dosyayı Ortak Kurul'a sevk eden dairenin görüşünü, kural olarak bir aylık süre içerisinde kabul eder ise, süreç tamamen sona erer. Aksi hâlde, başvurunun alındığı ilgili yüksek mahkemelere bildirilir ve mahkemeler tarafından söz konusu hukukî sorunun bugüne kadar nasıl ve hangi gerekçelerle sonuca bağlandığı konusunda bilgi talep edilir. Ayrıca Ortak Kurul, başka bir yüksek mahkemeden de görüş talep edebilir ve hukukî sorunun niteliğine göre Federal Mahkeme Başsavcısı'ndan da görüş alınabilir. Dosyayı havale eden dairedeki yargılamanın tarafları, Ortak Kurul'daki sürecin de tarafı olur ve kendilerine söz konusu görüş ve gerekçeler bildirilir. Ortak Kurul, duruşma yapmaksızın karar verebilir; ancak, bu durumda yargılamanın taraflarının yazılı olarak görüşlerini bildirmeleri için kendilerine imkân tanınması gerekir. Ortak Kurul, temyiz incelemesinde olduğu gibi sadece hukukî bir değerlendirme yapabilir ve kararını gerekçeleri olarak vererek taraflara tebliğ eder. Ortak Kurul'un kararı, ilgili dosyada bağlayıcı etki doğurur. Bu süreç, herhangi bir harca tâbi değildir (RsprEinhG § 11-17).⁷⁷

Diğer kanunlarda, kendi veya üst mahkeme karardan ayrılmak isteyen bir mahkemenin dosyayı üst mahkemeye sevk etmesinin düzenlendiği durumlarda, Ortak Kurul karardan ayrılmak isteyen mahkeme de dosyayı kendisine göre bir üst mahkemeye sevk etmelidir. Benzer şekilde bir mahkemenin Ortak Kurul karardan farklı yönde karar vermesi hâlinde de bu karara karşı temyiz yoluna başvurabileceği kabul edilmiştir (RsprEinhG § 18). Böylece, Ortak Kurul kararlarının değiştirilebilmesi için konunun yine Ortak Kurul tarafından incelenmesi ve bu Kurul'un iş yükünü ağırlaştırmamak için de dosyanın Ortak Kurul'a sevk edilmesi için öncelikle ilgili yargı kolunda görevli yüksek mahkemenin konuyu incelemesi sağlanmıştır.

⁷⁶ İlgili yapının gelişim sürecinde, bir yüksek mahkemenin dairesinin başka bir yüksek mahkemenin kararından sapmak istemesi hâlinde öncelikle dosyayı kendi üst kuruluna göndermesi ve ilgili üst kurulun diğer yüksek mahkeme kararını benimsemesi durumunda konunun Ortak Kurul'a sevkine gerek kalmaksızın çözüme kavuşturulması veya ilgili dairenin bu konuda bir tercih hakkına sahip olması yönünde teklifler de gündeme gelmiştir. Bkz. Miebach, s. 73.

⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. Miebach, s. 110 vd.

Görüldüğü gibi Alman kanun koyucu, farklı yargı kolları arasında da içtihat birliğinin sağlanması amacıyla hizmet eden ortak bir üst organ düzenlemiş ve kesişen konularda ilgili tüm yargı kollarında aynı yönde hareket edilmesi esasını benimsemiştir. Böylece, sadece bir yüksek yargı organının kendi içerisinde değil yargı sistemi olarak bütün bir sürecin kendi içerisinde birlik ve öngörülebilirlik sağlanması amaçlanmıştır.

c. Örnek Kararlar

Alman hukukunda düzenlenen Ortak Kurul, çeşitli konularda çeşitli kararlar vermiştir. Örneğin, lafzen benzer düzenlenmekle kalmayıp aynı esaslara yer vermesi sebebiyle de aynı şekilde yorumlanması gerektiği sonucuna varılan, gerekçeli kararın yazılması süresinin tespitini gerektiren bir uyuşmazlık Ortak Kurul'a sevk edilmiş ve bu kurulca ilgili yargı kollarının tamamı için geçerli bir sonuca varılmıştır. Buna göre, İdarî Mahkemeler Kanunu'nun 108. paragrafında yer alan kararın gerekçeli olması zorunluluğu (VwGO § 108/1), iki hafta içerisinde gerekçeli kararın açıklanması gerektiği ve istisnai durumlarda mümkün olan en kısa sürede gerekçeli kararın yazılması gerektiği (VwGO § 117/4) yönündeki düzenlemeler aynen Medeni Usûl Kanunu'nda da yer almakta olup (ZPO § 315/2) iş mahkemeleri ve sosyal güvenlik mahkemelerine ilişkin yargılama kanunlarında bu düzenlemelere atıf yapılmıştır (ArbGG § 46/2, 64/6; SGG § 128, 134). O hâlde, istisnai durumlarda gerekçeli kararın en kısa sürede yazılması yönündeki düzenleme, idari yargılama ve medenî usûl hukukunda farklı farklı ancak aynı lafızla yer almış; iş yargılamasında ise, medenî usûl hukukuna atıf yapılarak doğrudan aynı düzenleme uygulanabilir kabul edilmiştir. Bu nedenle, iki yargı kolunda fiilen farklı düzenleme olsa dahi aynı yönde düzenleme olması, diğer iki yargı kolunda ise zaten bunlardan birine atıf yapılması nedeniyle dört farklı yargı koluna ilişkin üst mahkeme de esasen aynı hükme ilişkin yorum yapmak durumunda kalabilecektir. Bu nedenle bu düzenlemelerde yer alan "*en kısa süre*" ifadesi Ortak Kurul tarafından değerlendirilmiştir. Ortak Kurul, istinaf ve temyize başvuru ve gerekçeli bir dilekçe verme süresinin en fazla beş ay olmasını da dikkate alarak (ZPO § 517, 520/2, 548, 551/2), kapsayıcı bir yorum yoluyla sonuca gitmiş ve gerekçeli kararın yazılması için kabul edilen "*en kısa süre*"nin de en fazla beş ay olabileceği; bu süreden sonra yazılan gerekçenin kısa kararı doğrulama işlevini haiz olamayacağı sonucuna varmıştır.⁷⁸

Ortak Kurul, Avrupa Birliği'ne üye devletlerden Almanya'daki bir son tüketiciye tedarik edilen tıbbî ürünlerde Alman eczane fiyatlarına ilişkin düzenlemelerin uygulanabilir olup olmadığı konusunda da benzer bir karar verilmiştir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, somut bir uyuşmazlıkta davalı tarafından uygulanan prim sisteminin bu şekilde ihraç edilen ürünler için de geçerli olan fiyat düzenlemelerini ihlâl ettiğine yönelik istinaf kararı yönünde hareket etmek istemiş; ancak, Federal Sosyal Güvenlik Mahkemesi'nin daha önce verilen aksi yöndeki kararı nedeniyle konu Ortak Kurul'a havale edilmiştir. Ortak Kurul tarafından Alman Federal Yüksek

⁷⁸ GmS-OGB, 27.04.1993, 1/92 (NJW 1993, s. 2603-2605).

Mahkemesi kanaati doğrultusunda, daha önceki tarihli Federal Sosyal Güvenlik Mahkemesi'nden aksi yönde karar verilmiştir.⁷⁹

İflâs masasına iade edilmesi talep edilebilecek ödemelerle ilgili olan başka bir uyuşmazlık da Ortak Kurul'a sevk edilmiştir. Bu kararda, müflis tarafından işçisine yapılan ödemelerin iflâs idaresi tarafından iadesinin talep edildiği (InsO § 143/1) somut bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinin mi yoksa genel mahkemelerin mi görevine girdiği ve buna göre başvurulabilecek kanun yolu tartışılmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki kanaati ile Federal İş Mahkemesi'nin daha önceki kararları çeliştiğinden dosya Ortak Kurul'a sevk edilmiştir. Ortak Kurul, müflisin ödemedi kaçınabilmesinin sebebinin iş sözleşmesinin feshi gibi bir sebep olmadığını ve ortada iflâs hukukuna özgü bir sebep olduğu kabul etmekle beraber talebin dayanağı olan kanunî düzenlemeden ziyade ilişkinin niteliğinin belirleyici olması gerektiği sonucuna varmış ve Federal İş Mahkemesi içtihatları doğrultusunda somut uyuşmazlığın iş ilişkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlık olduğuna karar vermiştir.⁸⁰

3. Türk Hukukundaki Durum ve Olumsuz Örnekler

a. Genel Olarak

Türk hukukunda sadece belirli yüksek yargı organlarının kendi içinde bağlayıcı etkiyi haiz içtihatların birleştirilmesi usulü düzenlenmiş; farklı yargı kollarını doğrudan ilgilendirse dahi ortak bir kurul kurulması yönünde herhangi bir kanunî düzenlemeye yer verilmemiştir.⁸¹ Kaldı ki, içtihatların birleştirilmesi kurumu da yukarıda detaylı olarak açıklandığı gibi,⁸² içtihat birliğinin sağlanması amacı bakımından çok etkin bir kurum olarak kabul edilemeyecektir.

Bu noktada, sınırlı bir alanda ve sınırlı bir uygulama şekliyle Uyuşmazlık Mahkemesi de dikkate değerdir. Uyuşmazlık Mahkemesi, bir görev veya hüküm uyuşmazlığı ortaya çıktıktan sonra (UMK m. 17, 24), bu uyuşmazlıkları kesin olarak gidermek üzere görevlendirilmiş, adli ve idarî yargı kollarından üyeler ile Anayasa Mahkemesi üyesinin başkanlığında toplanan bir mahkeme durumundadır (UMK m. 2). Bu nedenle, Uyuşmazlık Mahkemesi sadece görev ve hüküm uyuşmazlığı bakımından ve genellikle uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra devreye girmektedir. Diğer yandan, temyiz incelemesi yapan yargı organının görev konusunda karar vermeden önce konuyu Uyuşmazlık Mahkemesi'ne aktararak onun kararını beklemesi de mümkündür (UMK m. 20). Ancak, bu bekleme süresi de sınırlandırılmakta ve mahkeme gerekirse Uyuşmazlık Mahkemesi kararı gelmeden nihaî kararını verebilmektedir (UMK m. 18).

⁷⁹ GmS-OGB, 22.08.2012, 1/10 (NJW 2013, s. 1426-1429).

⁸⁰ GmS-OGB, 27.09.2010, 1/09 (<https://www.bundesgerichtshof.de/>, s.e.t. 20.06.2024).

⁸¹ Kuru, 1977, s. 30.

⁸² Bkz. yuk. II, C.

Türk hukuku bakımından Alman hukukunda mevcut olan düzenlemelere benzer tek uygulama Uyuşmazlık Mahkemesi olarak kabul edilebilir. Nitekim, Alman hukukunda, yargı yolu uyuşmazlıklarına ilişkin olarak da Yüksek Federal Mahkemeler Arasında İçtihat Birliğinin Sağlanması Hakkında Kanun kapsamında Ortak Kurul kararıyla sonuca gidildiği görülmektedir. Bu nedenle, Türk hukukundaki Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Alman hukukundaki yüksek mahkemeler Ortak Kurulu'na ilişkin düzenlemelerin sadece kısmî ve sınırlı bir uygulama şekli olduğu söylenebilir. Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuru şartları, şekli ve usûlü bakımından her iki sistem arasında da ciddi farklar olduğu unutulmamalıdır.

b. Yüksek Yargı Organlarının Birbirinden Farklı İçtihatlarına Örnekler

Türk hukukunda özellikle idarî yargı ve adli yargı kolları arasında uygulama alanı bulan hükümler ciddi seviyede benzerlik taşımakta veya temelde aynı esaslardan hareket etmektedir. Örneğin, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da⁸³ yer verilen birçok hüküm, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu⁸⁴ benzer ifadelerle yer vermekte veya 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun⁸⁵ 31. maddesinde birçok konuda doğrudan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁸⁶ düzenlemelerine atıf yapılmaktadır. 6183 ve 2577 sayılı Kanun idarî yargı kolunun görev alanında kalarak bu konudaki içtihatlar Danıştay tarafından geliştirilmekteyken, 2004 ve 6100 sayılı Kanunlar adli yargı kolunda uygulama alanı bulmakta ve Yargıtay tarafından içtihatlarla konu edilmektedir. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurular üzerine verdiği kararlarda diğer tüm yargı kollarına ait düzenlemeleri ve hatta içtihatları yorumlayarak âdeta bir süper temyiz mahkemesi olarak hareket ettiği izlenimi uyandıran kararlar vermektedir.⁸⁷

Örneğin⁸⁸ Danıştay, medenî usûl hukuku doktrininde uzun süredir dile getirilen;⁸⁹ ancak, Yargıtay tarafından uygulamada istikrarla kabul

⁸³ RG, 28.07.1953, S. 8469.

⁸⁴ RG, 19.06.1932, S. 2128.

⁸⁵ RG, 20.01.1982, S. 17580.

⁸⁶ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru taleplerinde nasıl ve ne derece inceleme yapabileceği konumuz kapsamında olduğundan bu konuda bir değerlendirme yapılmaksızın sadece ortaya çıkan somut sonuçlar özelinde hareket edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yetkisine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Alpaslan, s. 105 vd; Gündoğdu, s. 33 vd.

⁸⁸ Diğer örnek ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Özkes, 2024, s. 28-33, 38 vd.

⁸⁹ Hakan Pekcanitez/Nedim Meriç, Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, 2.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 320-329; Özkes, 2017, s. 2216. Karşı görüşte Postacıoğlu/Altay, s. 328; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, 6.Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001b, s. 3477; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, 6.Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001c, s. 4570; Kuru/Aydın, 2024a, s. 986; Kuru/Aydın, 2024b, s. 1327;

edilmeyen⁹⁰ bir konu olan fer'i müdahilin tek başına kanun yoluna başvurma yetkisi konusunda içtihatların birleştirilmesine karar vermiştir.⁹¹ İdarî Yargılama Usulü Kanunu fer'i müdahale konusunda hiçbir özel düzenlemeye yer vermemesine ve bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağını ifade etmekle yetinmesine rağmen (İYUK m. 31), Danıştay, hukuk yargılamasındaki hükümleri ve kararları değerlendirerek farklı bir sonuca varmıştır.⁹² Kuşkusuz, her iki yargılama hukuku, kendi içerisinde farklı esaslara dayanan hukuk kurallarından hareket etmekte ve özellikle verilen kararın taraflar haricinde üçüncü kişiler bakımından doğurabileceği farklı etkileri de dikkate alarak sonuca gitmektedir.⁹³ Ancak bu farklar, hareket edilen, yorumlanan ve uygulanan düzenlemenin tamamen aynı düzenleme olduğu sonucunu değiştirmemektedir.

Benzer şekilde Danıştay, hukuk yargılamasında kanunî bir düzenlemeye kavuşmasından önce kabul görmeyen belirsiz alacak davası (HMK m. 107) benzeri bir davanın idarî yargıda açılmasına da imkân tanımıştır. Danıştay, tazminat miktarının dava dilekçesinde gösterilmesi yolundaki kurala mutlak bir anlam verilmemesi gerektiği ve kuralın ancak tam yargı davasının açıldığı tarihte zarar miktarının saptanabildiği durumlar için bağlayıcı nitelikte olduğu yönünde içtihatların birleştirilmesi kararı vererek idarî yargıda belirsiz alacak davası niteliğindeki bir davayı hukuk yargılamasından çok daha uzun bir süre önce ve herhangi bir açık kanunî düzenleme olmadan önce kabul etmiştir.⁹⁴ Benzer bir durum, mülga Türk

Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz vd, s. 534; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1986; Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, C. I, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 609; Tanrıver, 2022, s. 60; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 263. Bu konuda detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. Pekcantez/Meriç, s. 308-333.

⁹⁰ Yargıtay 4. HD, E: 2020/2582, K: 2020/3708, T: 04.11.2020 (Lexpera); Yargıtay 13. HD, E: 2017/7891, K: 2020/3037, T: 09.03.2020 (Lexpera); Yargıtay 10. HD, E: 2017/6435, K: 2018/1250, T: 20.02.2018 (Kazancı).

⁹¹ Kanaatimizde de doktrinde ifade edilen ve Danıştay'ın içtihatları birleştirme kararında da yer verilen gerekçelerle fer'i müdahilin tek başına kanun yoluna başvurabilmesi gerekmektedir. Ancak, bu husus çalışma konumuz kapsamını aştığından bu konuda detaylı bir açıklama yapmaktan kaçınılmıştır.

⁹² Danıştay İBK, E: 2021/4, K: 2023/1, T: 03.02.2023 (RG, 25.05.2023, S. 32201).

Esasen idarî yargıda da fer'i müdahilin tek başına kanun yoluna başvuramayacağı kabul edilmekteydi. Hatta tek başına temyiz başvurusu Danıştay tarafından bu sebeple incelenmeksizin reddedilen tarafın mahkemeye erişim hakkı ihlali iddiası da Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmemişti (Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2015/2909, K.T. 19.07.2018-RG, 27.09.2018, S. 30548).

⁹³ Anayasa Mahkemesi, idarî yargıda açılan bir iptal davası ilgili üçüncü kişilere ihbar edilmeksizin karar verilmiş olmasını iptal hükmünden etkilenen kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bkz. Aysel Durucan Saygı ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/17478, K.T. 29.11.2023 (RG, 22.02.2024, S. 32468).

⁹⁴ Danıştay İBK, E: 1983/1, K: 1983/10, T: 29.12.1983 (RG, 20.06.1984, S. 18437).

Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine üçüncü fıkra eklenmeden önce⁹⁵ yabancı para alacaklarının yargılamada aynen talep edilerek yabancı para olarak hükme bağlanması konusunda yaşanmıştır. Doktrindeki aksi yöndeki görüşlere rağmen Yargıtay yabancı para alacağının yabancı para olarak davada talep edilmesini kabul etmemiştir.⁹⁶ Oysa idarî yargıda böyle açık bir kanunî düzenleme olmaksızın yabancı para üzerinden dava açılabilceği ve karar verilebileceği kabul edilmiştir.⁹⁷

Yine adli yargı uygulamasında davaların sonradan birleştirilmesi hâlinde her bir dava için ayrı ayrı yargılama giderine hükmedileceği yönünde istikrar kazanmış bir uygulama mevcut olmasına rağmen,⁹⁸ Danıştay bu konuya ilişkin bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın giderilmesinde daha farklı bir içtihatla bulunmuştur. Danıştay, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun davaların birleştirilmesine ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ni değerlendirmiş ve tamamen aynı hükümleri uygulayan adli yargıdan daha farklı bir sonuca varmıştır. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'na göre, vekille takip edilen ve ilk derece mahkemelerince tek dosyada birleştirilerek karara bağlanan davalarda kanun gereğince ilgili taraf lehine takdir olunacak vekâlet ücreti bakımından tek vekâlet ücretine hükmedilmelidir.⁹⁹

Danıştay ve Yargıtay arasındaki bu içtihat farklılıkları haricinde, özellikle Yargıtay'ın ceza ve hukuk daireleri ile Danıştay'ın Vergi ve İdari Dava Daireleri Kurulu'nu ayrı ayrı ilgilendiren konular da azımsanmayacak ölçüdedir. Yargıtay bakımından her iki hukuk alanının maddî düzenlemeleri haricinde yargılama hukuku bakımından ve bu kapsamda özellikle re'sen araştırma ve taraflarca getirilme ilkesi gibi yargılama alanına özgü ilkesel farklılıklar haricinde birçok husus benzer şekilde kaleme alınmıştır. Örneğin,

⁹⁵ 3678 sayılı Kanun'un (RG, 23.11.1990, S. 20704) 29. maddesi ile "Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fîli ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir." hükmü eklenmiş; benzer bir düzenlemeye yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu'nun 99. maddesinde de yer verilmiştir.

⁹⁶ Bu konudaki süreç için bkz. Hakan Pekcanitez, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 76 vd.

⁹⁷ Örneğin, Danıştay 13. Daire, E: 2016/4304, K: 2021/5438, T: 29.12.2021 (Lexpera); Danıştay 10. Daire, E: 2021/777, K: 2021/1019, T: 09.03.2021 (Kazancı); Danıştay 8. Daire, E: 2016/11088, K: 2021/1187, T: 25.02.2021 (Lexpera); Danıştay 14. Daire, E: 2017/3917, K: 2017/6641, T: 30.11.2017 (Lexpera).

⁹⁸ Yargıtay 3. HD, E: 2023/1312, K: 2024/636, T: 15.02.2024 (Lexpera); Yargıtay 2. HD, E: 2022/6583, K: 2023/2956, T: 06.06.2023 (Lexpera); Yargıtay 11. HD, E: 2021/6253, K: 2023/625, T: 06.02.2023 (Lexpera); Yargıtay 11. HD, E: 2016/11763, K: 2018/3840, T: 23.05.2018 (Lexpera); Yargıtay 9. HD, E: 2012/11037, K: 2012/9278, T: 20.03.2012 (Lexpera). Kuşkusuz seri davalarda vekâlet ücretinin hesaplanmasına ilişkin özel hükümler saklıdır. Bkz. Yargıtay HGK, E: 2022/929, K: 2023/644, T: 21.06.2023 (Lexpera). Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. İbrahim Ermenek, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 269 vd.

⁹⁹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E: 2023/8, K: 2024/4, T: 06.03.2024 (RG, 28.06.2024, S. 32586).

hukuka aykırı deliller, tanıkların dinlenmesi, sürelerin hesabı gibi konularda bir ceza dairesi tamamen ceza yargılamasına özgü olarak sonuca gidiyor gibi görünmesine rağmen, bu daire tarafından yapılacak tespit ve yorumlar aynen hukuk daireleri tarafından da yapılıyor olabilir. İki daire içtihatları arasındaki farklılığın içtihatların birleştirilmesine konu edilerek giderilebileceği savunulabilirse de gerek bu kurumun içtihat birliğini baştan sağlamaya elverişli olmaması¹⁰⁰ gerekse farklı mevzuat hükümlerinin söz konusu olması nedeniyle doğrudan içtihatların birleştirilmesi sürecinin işletilemeyecek olması nedeniyle Yargıtay'ın kendi içerisindeki içtihat birliği bakımından da daha etkin bir yol bulunabileceği kanaatindeyiz. Benzer bir durum Danıştay'ın kendi içerisinde de geçerlidir. Nitekim, yukarıda değinilen vekâlet ücretine ilişkin kararda¹⁰¹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından yapılan değerlendirmeler esasen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bakımından da uygulama alanı bulan ortak hükümlere ilişkindir.

Diğer yandan, özellikle son zamanlarda Anayasa Mahkemesi de Yargıtay ve Danıştay gibi bir içtihat mahkemesi veya içtihat yönlendirecek nitelikte kararlar verebilen mahkeme hâline gelmiştir. Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek mahkemeler arasındaki içtihat farklılıkları sayıca daha az olabilirse de nitelik ve ileri sürülen hukukî görüşler bakımından çok daha önemli olarak kabul edilebilir.¹⁰² Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda diğer yüksek yargı organlarının farklı yöndeki içtihatları değerlendirerek bir sonuca gittiği görülmektedir. Kuşkusuz, bu konudaki kararlar bağlayıcı birer içtihatları birleştirme kararı niteliğinde olmadığı gibi bireysel başvuru yolunun istisnâî niteliği bakımından da tartışmaya açıktır. Ancak, ortaya çıkan sonuç bakımından Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu tür kararların da diğer yargı kollarına doğrudan etki ettiği aşîkârdır.¹⁰³ Bu durumda, diğer yargı kollarının

¹⁰⁰ Bkz. yuk. II, C.

¹⁰¹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E: 2023/8, K: 2024/4, T: 06.03.2024 (RG, 28.06.2024, S. 32586).

¹⁰² Miebach, s. 199.

¹⁰³ Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (RG, 17.12.2004, S. 25673) 102. maddesinde düzenlenen azamî tutukluluk süresinin her bir suç için ayrı ayrı hesaplanması yönündeki ceza yargısı uygulaması, Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl kararlarının da etkisiyle terk edilmiştir (Bkz. Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 327; Murat Volkan Dülger/Şaban Cankat Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 410-411): "Tutuklama tedbiri, bir yaptırım olmadığından aynı dosya kapsamındaki her bir suç için azami tutukluluk süresinin ayrı ayrı hesaplanması kabul edilemez." Murat Narman Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/1137, K.T. 02.07.2013, § 49

(<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, s.e.t. 01.07.2024). Aynı yönde Çetin Acar Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/7792, K.T. 14.10.2015 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, s.e.t. 01.07.2024); Ramazan Aras Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/239, K.T. 02.07.2013 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, s.e.t. 01.07.2024); Burak Döner Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2012/521, K.T. 02.07.2013 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, s.e.t. 01.07.2024).

o güne kadar geliştirdiği içtihatların değerlendirilmesinde ilgili yargı kolunda görevli en üst yargı organının da dinlenmesi ve karara etki imkânına sahip olması, ilgili yargı kolları arası muhtemel çekişmeleri engelleyeceği gibi daha doğru sonuçlara varılmasına da olanak sağlayabilir. Bu noktada önemle vurgulamak isteriz ki, Anayasa Mahkemesi kararları tüm diğer yargı organlarını bağlayıcı sonuçlar doğuracak olmakla beraber, doğrudan diğer yargı kollarının içtihatlarının değerlendirilmesi gereken konularda ilgili mahkemelerin de katılımıyla ortak bir süreç yönetilmesi daha yerinde olabilir. Kuşkusuz, böyle bir sürecin yürütülebilmesi için bu yönde bir kanunî değişiklik yapılmalıdır. Ancak, bu hususun bir ihtiyaç olarak ortaya çıkabileceği öncelikli olarak tespit etmek yerinde olabileceğinden, diğer yüksek yargı organları haricinde istisnâ olarak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları da örnek olarak değerlendirmelerimize dahil edilmiştir.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular neticesinde temel hak ihlali olarak değerlendirdiği ve adli yargı uygulamasında uzun süredir kabul edilen usûlî kazanılmış hak kurumu içtihat farklılığına diğer bir örnek olarak ele alınabilir. Buna göre, doktrinde çokça tartışılmalı ve eleştirilse de,¹⁰⁴ taraflardan birinin itirazı üzerine alınan yeni bilirkişi raporunun itiraz edenin daha aleyhine olması hâlinde ilk raporun itiraz eden lehine usûlî kazanılmış hak teşkil ettiği yönündeki Yargıtay uygulamasının¹⁰⁵ aksi yönünde bir değerlendirme yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bilirkişi raporuna itiraz edilmemesi hâlinde, rapora itiraz etmeyen tarafın maddi hukuka yönelik bir hakkını sona erdirecek ya da diğer taraf lehine bu nitelikte bir hakkın doğmasına yol açacak biçimde sonuç çıkarılamayacağını, aksi bir yorumun mahkeme gerekli görürse yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla tekrar inceleme yaptırabileceği biçimindeki hükmü anlamsız ve işlevsiz kılacağı gerekçesiyle ilgili kuralın öngörülemez biçimde

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmeler, ilgili olduğu alana farklı bir bakış açısı getirebilecek ve temel hak odaklı bir anlayış ve yaklaşımın yerleşmesini sağlayabilecek nitelikte olabilir. Bu noktada Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru yargılamalarında, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da (RG, 03.04.2011, S. 27894) yer almayan birçok usûlî konuda veya bu Kanun'da atıf bulunan konularda usûl hukukuna ilişkin kanunları uygulayabilmektedir. Böylece, bireysel başvurunun esasına ilişkin yapılan değerlendirmeler haricinde dolaylı olarak bireysel başvurularda uygulanan usûl kuralları bakımından da aynı veya benzer kuralları uygulayan ilgili yargı kollarıyla etkileşimin söz konusu olduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. Direnisa, s. 2426, 2429 vd; Alpaslan, s. 721 vd; Gündoğdu, s. 139-190.

¹⁰⁴ Detaylı bilgi için bkz. Murat Atalı, "Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı", C.44, S.3, 2018, Yargıtay Dergisi, s. 459 vd; Mine Ercevahir, Medenî Usûl Hukukunda Usûlî Müktesep Hak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 166 vd.

¹⁰⁵ Yargıtay 3. HD, E: 2022/222, K: 2022/2331, T: 16.03.2022 (Lexpera); Yargıtay 10. HD, E: 2022/1571, K: 2022/9955, T: 28.06.2022 (Lexpera); Yargıtay HGK, E: 2018/94, K: 2021/111, T: 18.02.2021 (Lexpera); Yargıtay 21. HD, E: 2016/1325, K: 2016/5489, T: 29.03.2016 (Lexpera); Yargıtay HGK, E: 2014/70, K: 2015/1680, T: 17.06.2015 (Lexpera). Karş. Yargıtay HGK, E: 2022/508, K: 2023/226, T: 15.03.2023 (Lexpera).

yorumlanması olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, yargılama sırasında alınan ilk bilirkişi raporuna itiraz edilmediği için talep miktarının bu raporda hesaplanandan fazla olan kısmının davalı lehine usûlî kazanılmış hak olduğu gerekçesiyle reddedilmesi suretiyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin kanunî bir dayanağının bulunmadığı ve ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.¹⁰⁶ Böylece Anayasa Mahkemesi, adli yargının en yüksek organı tarafından Yargıtay tarafından geliştirilen bir içtihadı mevcut kanunî düzenlemelerin ölçüsüz bir yorumu olarak kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, belirsiz alacak niteliğinde olmayan alacak hakları için açılan belirsiz alacak davalarının hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedilmesi konusunda¹⁰⁷ da adli yargıdan farklı yönde değerlendirmeler içeren kararlar vermiştir. Mahkemece verilen bu kararlar, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi olarak temel haklara dayandırılmakta ise de mevcut içtihatların değerlendirilmesi yapılarak sonuca gidilmiştir.¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun aksi yöndeki bir kararını¹⁰⁹ da değerlendirerek somut olaydaki hukuk dairesinin davanın süre verilmeksizin doğrudan usûlden ret kararı verilmesi yönündeki kararının temel hak ihlali teşkil edeceği sonucuna varmıştır.¹¹⁰ Bu karardan sonra Yargıtay 9. Hukuk Dairesi,¹¹¹ ilgili Anayasa Mahkemesi kararını eleştirerek ve bağlayıcılık etkisini tartışarak yine kendi içtihadı yönünde karar vermiş ve belirsiz alacak davası şartları taşımadan açılan davaların hukukî yarar yokluğundan süre verilmeksizin reddi gerektiği sonucunu tekrar etmiştir.¹¹² Ancak Anayasa Mahkemesi, daha önceki *İsmail Avcı* kararı gerekçelerine atf

¹⁰⁶ Ahmet Özgan ve Şule Özgan Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/21347, K.T. 21.12.2023 (RG, 20.05.2024, S. 32551).

¹⁰⁷ Bu konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ejder Yılmaz, "Uygulamada Amacına Ulaşamayan Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Hüküm Yürürlükten Kaldırılmalıdır", C.18, S.2, 2021, YÜHFD, s. 719 vd.

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerine usûl hükümlerini yorumlayarak böyle bir sonuca gidip gidemeyeceği konusu çalışma konumuz kapsamında olmadığından konu bu açıdan değerlendirilmemiştir.

¹⁰⁹ Yargıtay HGK, E: 2019/17-853, K: 2020/907, T: 17.11.2020 (Kazancı).

¹¹⁰ İsmail Avcı Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/12190, K.T. 22.02.2022 (RG, 20.04.2022, S. 31815).

¹¹¹ Esasen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihadını daha önce kamuoyuna açıklamış ve özellikle 22. Hukuk Dairesi'nin kapatılmasından sonra ortaya çıkan hukukî durumla ilgili oldukça kapsamlı ve gerekçeli bir karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2016/26476, K: 2020/7547, T: 14.09.2020 (Kazancı). Kararın değerlendirilmesi için bkz. Muhammet Özekes, "Gerçek Bir İctihat: 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı", <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/#fn6>, s.e.t. 20.06.2024, s. 1 vd. Nitekim bu konuda verilen ve dairelerin birleşmesinden önce açılan davada tarafların güveninin korunması yönünde bir karar için ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD, E: 2022/17925, K: 2023/2356, T: 15.02.2023 (Kazancı).

¹¹² Yargıtay 9. HD, E: 2022/6872, K: 2022/17896, T: 27.12.2022 (Lexpera); Yargıtay 9. HD, E: 2022/7270, K: 2023/4106, T: 20.03.2023 (Kazancı).

yaparak yeniden ve aynı sebeplerle ihlal kararı vermiştir.¹¹³ Böylece, mevcut bir usûl hükmünün nasıl yorumlanarak uygulanacağı konusunda Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay uygulaması arasında çelişki ortaya çıkmıştır. Dahası Anayasa Mahkemesi'nin belirsiz alacak davasına ilişkin önceki ihlal kararlarını eleştiren Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararlarının özel bağlayıcı etkisinin Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin meselelerle sınırlı olduğunu, kanun yolunda gözetilmesi gereken konulara ilişkin olan ve bu nedenle bireysel başvuru yolunun sınırlarını aşan bu konularda verilen ihlal kararlarında yapılan değerlendirmelerin bağlayıcı olamayacağını ifade etmektedir.¹¹⁴ Böylece Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasındaki içtihat birliğinin sağlanması Anayasa Mahkemesi kararına üstünlük¹¹⁵ sağlanması yoluyla da mümkün olmamakta ve iki yüksek mahkeme arasındaki bu *anlaşmazlık* neticede hukuk birliğini zedelemektedir.¹¹⁶ Hatta her iki yüksek mahkeme arasındaki bu tür *anlaşmazlıklar* çoğalmakta ve Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce verilen bir ihlal kararının gereklerinin yapılmamış olması¹¹⁷ da ayrı bir temel hak ihlali olarak değerlendirilmektedir.¹¹⁸ Bu mevcut çelişkili durum karşısında, belirsiz alacak davasının çözmeyi amaçladığı sorundan daha önemli bir sorun olarak hukuk güvenliği ilkesini zedeler sonuçlar doğurması nedeniyle tamamen kaldırılması dahi önerilmiştir.¹¹⁹

¹¹³ Faysal Çıfci ve diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/17969, K.T. 08.06.2023 (RG, 06.10.2023, S. 32331).

¹¹⁴ Yargıtay 9. HD, E. 2022/6872, K: 2022/17896, T: 27.12.2022 (Lexpera). Karş. Alpaslan, s. 721 vd.

¹¹⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasındaki ilişki hiyerarşik bir ilişki değil, işbirliği ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Thomas Gawron/Ralf Rogowski, "Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts", Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2.Auflage, Springer, 2015, s. 156.

¹¹⁶ Belirsiz alacak davasına ilişkin uygulama ve buna ilişkin Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay'ın yorumundan hangisinin hukuken daha yerinde olduğu konumuz kapsamında yer almadığından buna ilişkin herhangi bir açıklama yapmamayı tercih ediyoruz. Burada vurgulamak istediğimiz tek husus, bir yargı sisteminde iki yüksek yargı organı arasında bu kadar net, derin ve bir diğerinin kararını hukuka aykırı görür nitelikteki içtihat farklılığının bizatihi kendisinin hukuka aykırı olduğudur.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının icrası için bir kontrol mekanizması kurulması yönündeki değerlendirmeler için bkz. Alpaslan, s. 564-565; Aydoğdu, s. 32 vd.

¹¹⁸ İyi Haber Yayın Organizasyon Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2018/10782, K.T. 11.01.2024 (RG, 17.04.2024, S. 32520); Şerafettin Can Atalay Başvurusu (3), AYM, Başvuru No: 2023/99744, K.T. 21.12.2023 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, s.e.t. 01.07.2024). Ancak Anayasa Mahkemesi, yerinde olarak, bu konudaki değerlendirmelerini sadece daha önceki ihlal kararında yer vermiş olduğu gerekçeler ve bu gerekçelerin gereğinin yapılmış olması kapsamında yapmakta, ilgili mahkeme tarafından mutlaka farklı bir karar verilmiş olmasını beklememektedir. Örneğin, M.A. Başvurusu (2), Başvuru No: 2020/879, K.T. 04.10.2023 (RG, 09.01.2024, S. 32424).

¹¹⁹ Yılmaz, 2021c, s. 724.

Esasen, Anayasa Mahkemesi ile diğer yargı organları arasındaki bu tür yorum ve içtihat farklılıklarını çoğaltmak mümkün olmakla beraber,¹²⁰ buraya kadar değindiğimiz örneklerin konuya ilişkin durumu yansıtmaya yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Benzer şekilde ve yukarıda da kısaca değinildiği üzere,¹²¹ Anayasa Mahkemesi, Yargıtay dairelerinin içtihatlarını öngörülebilir ve tatmin edici bir gerekçeye yer vermeksizin değiştirmesini de eleştirmekte ve böyle bir durumda içtihatların birleştirilmesi yolunun işletilmemesi veyahut bu yolun yeterli bir yapısal mekanizma olmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir.¹²² Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi'nin içtihat birliğinin sağlanmasına etkisi mevcut bir yüksek yargı içtihadının temel hak ihlali olduğu yönündeki tespit ve değerlendirmelerle sınırlı kalmamakta, bizatihi içtihat farklılıklarının da giderilmesi gerekliliğine dikkat çekilerek uygun mekanizmaların kurulması ve işletilmesi gerektiği belirtilmektedir. Böylece mahkeme, yüksek yargı organlarıncı oluşturulan içtihatları değerlendirdiği gibi belirli bir yönde içtihat birliğinin sağlanması gerektiğine de dikkat çekerek sürece doğrudan etki etmektedir.¹²³ Bu nedenle, yüksek yargı organları arasında içtihat birliğinin sağlanması sürecinin Anayasa Mahkemesi'nden ayrı ve bağımsız bir şekilde yürütülmesi uygun olmayan sonuçlar doğurarak bu kez Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasında içtihat farklılıklarına sebep olabilir. Bu ise, hukuk sisteminde ciddi bir kriz ile sonuçlanabilir.¹²⁴

Görüldüğü gibi, Türk hukukunda gerek adli yargı ve idari yargı arasındaki gerekse istisnai olarak anayasa yargısında bireysel başvuru incelemelerine konu içtihatların farklılığından kaynaklanan çelişkili sonuçlar mevcuttur. Bu durum, aynı veya benzer hukuk kurallarının veya hukuki sorunların farklı yargı kollarında farklı çözüme kavuşmasına sebebiyet vererek hukuk birliğini zedelemektedir. Bu nedenle, hukuk ve içtihat birliğinin sadece belirli bir yargı kolunda değil, tüm hukuk alanında

¹²⁰ Örneğin, daha önce Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl kararı adli yargı organlarıncı hukuki değer ve geçerlilik atfedilmeyerek yok sayılmıştır. Bkz. Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No: 2023/53898, K.T. 25.10.2023 (RG, 27.10.2023, S. 32352) ve Şerafettin Can Atalay Başvurusu (3), AYM, Başvuru No: 2023/99744, K.T. 21.12.2023 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, s.e.t. 01.07.2024). Diğer örnekler için bkz. Göztepe Çelebi, s. 99 vd. Anayasa Mahkemesi'nin medenî usûl hukukuna ilişkin kararlarına yönelik değerlendirmeler ve bu kararların medenî usûl hukukuna etkileri için ayrıca bkz. Alpaslan, s. 556 vd; Gündoğdu, s. 193 vd.

¹²¹ Bkz. yuk. II, B.

¹²² Türkan Bal Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/6932, K.T. 06.01.2015, § 64-68 (RG, 09.05.2015, S. 29350).

¹²³ Alpaslan, s. 749 vd.

¹²⁴ *Göztepe Çelebi*, 2016 yılında kaleme aldığı çalışmasında derece mahkemelerinin kendi içtihatlarında ısrar etmesi ve aynı yöndeki şikâyetlerin sürekli Anayasa Mahkemesi önüne taşınmasının Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve icrası sorunu olarak orta vadede bir krize dönüşmesine yol açabileceğini ifade etmiştir (Göztepe Çelebi, s. 104). Bugün, ne yazık ki, bu krizin eşliğinde ve hatta içerisinde olduğumuzu söylemek mümkündür.

sağlanmasına yönelik düzenlemelere ihtiyaç vardır. Kuşkusuz, bu yöndeki muhtemel düzenlemeler, ilgili farklı yargı kollarının kendine has kurallarının bertaraf edilmesine sebebiyet vermeyecek şekilde uygulanmalı; yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi sadece tamamen aynı veya ciddi bir şekilde benzer hukukî sorunlarda böyle bir yol izlenmelidir.

IV. YÜKSEK YARGI ORGANLARI ARASINDA İÇTİHAT BİRLİĞİNİN SAĞLANMASINA YÖNELİK TESPİT VE ÖNERİLER

A. GENEL OLARAK YAPILMASI GEREKENLER VE MUHTEMEL SONUÇLAR

Türk hukuku bakımından farklı yargı kolları arasındaki içtihat birliğini sağlamaya yönelik herhangi bir pozitif düzenleme veya pratik bir çaba olmadığı yukarıdaki örneklerden anlaşılabilir. Ancak, içtihatların birleştirilmesi kurumu da sınırlı olarak düzenlendiği konularda ve mevcut şekliyle içtihat aykırılıklarını giderici nitelikte değildir. Bu nedenle, içtihat birliğinin sağlanması için yeni bir hukukî mekanizmaya ihtiyaç vardır.¹²⁵ Nitekim bugün, yüksek yargı organlarının başkanları dahi içtihat farklılıklarından mustarip konuşmalar yapar hâle gelmiştir.¹²⁶ Bu noktada, doktrinde de dile getirildiği üzere, içtihat farklılıklarının ortaya çıkmasını ve oturmasını en baştan önleyici bir mekanizma kurulmaya çalışılmalıdır.¹²⁷ Burada tekrar vurgulamak isteriz ki, bu mekanizma sadece belirli bir yargı kolunun kendi içindeki uyum ile sınırlı kalmamalı; gereken konularda yargı kolları arasındaki içtihat uyumunu sağlamaya elverişli bir yapı oluşturulmalıdır. Hemen belirtmek isteriz ki, böyle bir yapı, yargı ayrılığı ilkesini¹²⁸ zedeleyici nitelikte de olmayacaktır. Zira, her bir yargı kolunun kendi içerisinde görevli olduğu sorunları kendi uzmanlık alanı doğrultusunda çözüme kavuşturması engellenmeyecek; aksine, yargı kollarının birbiriyle uyum içerisinde çalışmasıyla tek bir üst kavram olarak

¹²⁵ Güzel, s. 2035; Yılmazoğlu, 2019, s. 558; Yunus Emre Yılmazoğlu, “Temyiz İncelemesinin ‘İçtihat Eksenli’ Yaklaşım ve Danıştay İçin Çözüm Önerileri”, S.156, 2023, Danıştay Dergisi, s. 91.

¹²⁶ 23.03.2020 ilâ 14.05.2024 tarihleri arasında Yargıtay Birinci Başkanı olarak görev yapan Mehmet AKARCA, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Günleri-1 Sempozyumu'nda yaptığı konuşmada şu ifadelerle yer vermiştir: “*Yargıtay seviyesinde ele alınması gereken yapısal sorunların yanı sıra istinaf mahkemeleri arasında içtihat birliğini sağlamak amacıyla öngörülen bazı kanuni mekanizmalar da gözden geçirilmelidir. Bölge Adliye Mahkemeleri Kanunu'nun 35'inci maddesinde istinaf mahkemeleri arasında içtihat birliğini sağlamak amacıyla öngörülen yöntemlerin yetersiz olduğu tüm bölgesel ve ulusal içtihat forumlarında uzlaşılan bir konu olmuştur.*” (<https://www.yargitay.gov.tr/icerik/1643/yargitay-baskani-akarca-medeni-usul-ve-icra-iflas-hukuku-gunleri-1-sempozyumuna-katildi>, s.e.t. 01.07.2024).

¹²⁷ Güzel, s. 2035. İdarî yargı bakımından benzer yönde Yılmazoğlu, 2023, s. 76.

¹²⁸ Tanrıver, 2021, s. 101.

yargının uygulama süreci olan *yargılamanın*¹²⁹ daha nitelikli, öngörülebilir ve güvenilir olması sağlanabilecektir. Bu doğrultuda, kuşkusuz, farklı yargı kollarında yürütülen yargılamaların birbirine kısmî etkisi söz konusu olabilecek; hatta bu etki istenen bir sonuç olarak dahi nitelendirilebilecektir. Ancak, böyle bir etki, mutlak ve kesin bir yargı ayrılığında ziyade daha üst bir menfaat olarak görülebilecek hukukun yeknesak uygulanması ve hukuka güven karşısında kabul edilebilir görünmektedir. Kaldı ki, bugün dahi böyle bir etki ve etkileşimin sistematik bir yapı olmaksızın daha kaotik bir görünümde mevcut olduğu söylenebilir.

İçtihat birliğinin sağlanabilmesi için öncelikle içtihat merkezli bir yüksek yargı incelemesinin yapılması gerekmektedir. Bundan kastımız, yüksek yargı organlarına intikal eden dosyaların salt geliş tarihine göre değil, ilgili somut dosyada karar verilebilmesi için çözülmesi gereken esas hukukî probleme göre bir tasnif yöntemi benimsenmesidir.¹³⁰ Bu yönde bir ayırım yapıldıktan sonra, ilgili konuda mevcut bir içtihadın olup olmadığına göre hareket edilmeli¹³¹ ve belirli bir yönde içtihadın bulunduğu konularda, kural olarak, bu içtihat doğrultusunda karar verilmesi gerekmektedir. Bu yönde bir sınıflandırma yapılarak temyiz incelemesine konu dosyadaki esas hukukî problemin tespiti, temyiz incelemesinin ön inceleme¹³² aşamasında yapılması gereken bir değerlendirme olarak kabul edilebilir.¹³³ Bu yönde bir kanunî değişiklik yapılarak temyiz talebi hakkında karar verilmesinden önce konuya ilişkin içtihatların tespiti ve buna göre bir ayırım yapılması sağlanabilir.

İçtihat birliğinin sağlanabilmesi için ayrıca her bir yüksek yargı organının kendi içerisinde ve devamında yargı sisteminin bütünü içerisinde yaklaşım ve anlayış değişikliği sağlanmalıdır. Bunun için salt bir kanunî değişiklikten ziyade yargının bir bütün olarak uyum ve içtihat birliği

¹²⁹ Nitekim, farklı yargı kollarına ilişkin olsa dahi yargılama hukukunun bir üst başlık olarak değerlendirilmesi gerektiğine yönelik açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Özkes, 2024, s. 21 vd.

¹³⁰ Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru dosyalarında ihlâl iddiası ileri sürülen temel hak merkezinde sınıflandırma yaptığı ve gerekirse birden fazla başvuruyu birleştirerek karar verdiği; diğer dosyalarda ise, aynı konuya ilişkin daha önceki değerlendirmelere atıfta bulunduğu görülmekteyse de bunun daha sistematik bir şekilde ve diğer yüksek yargı organlarını da kapsayacak şekilde uygulanması gerekir. 03.12.2023 tarihli Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 8. maddesiyle Danıştay Kanunu'na 20/A maddesi olarak grup dava usûlünün eklenmesi öngörülmüşse de ilgili tasarı kanunlaşmamıştır (Bkz. <https://tbmm.gov.tr>, s.e.t. 01.07.2024).

¹³¹ Yılmazoğlu, 2023, s. 79.

¹³² Mevcut temyiz incelemesine ilişkin düzenlemeler arasında doğrudan böyle bir hüküm yoktur (YarK m. 40/3-4). Ancak, ilk derece hukuk yargılamasında öngörülen ön inceleme aşamasında taraflar arasındaki uyuşmazlık konularının tespitine benzer şekilde (HMK m. 140/1-2) temyiz yargılamasında bir değerlendirme yapılarak dosyaların sınıflandırılması mümkün olabilir.

¹³³ Yılmazoğlu, 2023, s. 80. Danıştay bakımından bu doğrultuda bir öneri için bkz. s. 115-116.

içerisinde çalışmasını sağlayıcı diyalog imkânlarına zemin hazırlanmalıdır.¹³⁴ Bu amaçla yapılacak kanunî değişikliklerin özümsemesi için yüksek yargı organları rekabetçi değil aynı mekanizmanın bir aktörleri olarak hareket edebilmelidir. Kuşkusuz bu da nihayetinde bir insan faktörü olarak belirli bir bilinç ve zaman gerektirmektedir. Ancak, böyle bir sistemin kabul edilmesi ve uygulanması ilk süreçte sancılı olabilirse de uzun vadede içtihatların belirli bir yönde oturmasıyla yargının iş yükünü azaltacak ve kişilerin hukuka güvenini sağlayacaktır.

Bu noktada, yaşayan bir sistem olarak hukukun ve hukuk kurallarının yorumunun zaman içerisinde değişebileceğinden bahisle böyle bir içtihat istikrarı merkezli sistem eleştirilebilir. Ancak, unutulmamalıdır ki, hukuk kurallarının yorumu bugünden yarına değişmemeli; değişmesi gereken durumlarda da bunun gerekliliği ciddi ve derin bir değerlendirme ürünü olarak ortaya konulmalıdır.¹³⁵ İşte, burada önerdiğimiz veya bu doğrultuda benzer bir sistem ile içtihat birliğinin sağlanması yanında içtihatların değişmesi de bu şekilde kapsamlı bir değerlendirmeye mümkün olmaktadır. Böylece, içtihatlara körü körüne bağlı, donuk bir sistem de dayatılmamaktadır. Kuşkusuz böyle bir sistemin tam olarak ve etkin bir şekilde işletilebilmesi için içtihatların net, belirli ve ulaşılabilir olması, yargı mercileri ve kişiler tarafından erişilebilir olması gerekir.¹³⁶

B. SOMUT ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Yüksek Yargı Organları Arasında İchtihat Birliğinin Sağlanması Bakımından

Yargıda içtihat birliğinin sağlanabilmesi için bir önceki başlıkta değindiğimiz genel hususlar haricinde bunları sağlayıcı somut değişikliklere de ihtiyaç vardır. Bu bakımdan, doktrinde idarî yargı içinde de ayrı bir çözüm ileri sürülmüştür. Buna göre, her bir Danıştay dairesi veya kurulu kendi içinde Filtraj Birimi ve esas inceleyen Bölüm olarak ikiye ayrılmalı; filtreleme yapacak Filtraj Birimi, ilk inceleme ve derdest dosyalarda uyuşmazlık konusunun tespiti, o konuda Daire veya Kurulun içtihadının bulunup bulunmadığının araştırılması, konunun içtihada uygun olup olmadığının belirlenmesi ve¹³⁷ içtihat kapsamında değerlendirmelerle dosyanın esas incelemesi için Bölüme havale edilmesiyle görevli olmalıdır. O konuda herhangi bir içtihat yoksa Daire veya Kurul tam sayıyla toplanmalı, verilecek karar içtihada ilişkin genel ilkeleri ortaya koyacak

¹³⁴ Özekes, 2024, s. 5.

¹³⁵ Özkan, s. 128.

¹³⁶ Yılmazoğlu, 2023, s. 84.

¹³⁷ İzne bağlı temyiz kabulü hâlinde Filtraj Birimi'nin temyiz başarıya ulaşma ihtimâli bulunmadığından bahisle temyiz izni verilmemesi de bu birim tarafından yapılacak tespitler kapsamında ifade edilmiştir. İzne bağlı temyiz sistemi hakkında değerlendirmeler için bkz. Tolga Akkaya, "Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009a, s. 70 vd.

nitelikte ve belirgin olmalı ve Filtraj Birimi bu yeni içtihadattan haberdar edilmelidir. Konuyla ilgili içtihadın varlığı hâlinde ise, üç üyeyle karar verilebilmelidir. Bu görüşe göre, temyiz talebinin kabul edilebilirlik şartları arasında zamanla ve kademeli olarak konuya ilişkin içtihadın bulunup bulunmadığı esas bir kriter olarak eklenmelidir.¹³⁸

Konuya ilişkin ileri sürülen diğer bir görüş Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev alanının genişletilmesi yönündedir. Buna göre, yukarıda açıklanan Alman hukukundaki mekanizmaya benzer şekilde ancak yeni bir yapı kurulmaksızın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne yetki verilmesi yoluyla çözüme gidilebilecektir. Bu durumda mahkeme, Yargıtay ve Danıştay'dan katılacak üyeler ile toplanarak iki yargı kolundaki aynı veya benzer konulardaki içtihat farklılıklarının giderilmesini sağlayabilir.¹³⁹

Kanaatimizce Uyuşmazlık Mahkemesi yerine bu mahkemenin yetkililerini de haiz olacak şekilde yeni bir yapılanmaya gidilmeli ve sadece Danıştay ve Yargıtay değil, mevcut bir içtihadı ortaya koyan daire veya kurul ile o içtihadattan farklı yönde karar vermek isteyen daire veya kurul ile varsa diğer ilgili yüksek yargı organları arasında ortak bir genel kurul oluşturularak karar verilmelidir. Kuşkusuz böyle bir sistemin sağlıklı işleyebilmesi için içtihatların ve gerekçelerinin net bir şekilde ortaya konularak takip ve tasnifinin sağlanması öncelikli şarttır. Kurulun oluşumu bakımından yukarıda kısaca değinilen Alman hukukundaki düzenlemeler esas alınabileceği gibi Anayasa değişikliğini de gerektirecek şekilde farklı uzmanların da üye veya danışman olarak dahil edilebileceği bir yapılanma oluşturulabilir. Bu noktada önemli olan böyle bir ortak kurula ihtiyaç olduğunun ortaya konulması olup kurulun oluşumu, yetkileri ve işleyişi bakımından farklı görüşlerin değerlendirilmesiyle sonuca gidilebilir.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Özel Durumu Bakımından

Yukarıda değinildiği gibi her bir yargı kolundaki yüksek mahkemeler haricinde Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar ile içtihat birliğinin sağlanması bakımından dikkat çekici bir yerde bulunmaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce, içtihat birliğinin sağlanması amacıyla Anayasa Mahkemesi gözardı edilerek ulaşılmaması mümkün değildir.

Doktrinde, özellikle, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerine verdiği ihlal kararlarıyla ortaya çıkan sorunlara dikkat çekilerek bireysel başvuru kararlarında yapılan hak ihlali değerlendirmeleri özelinde öneriler yapılmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kapsamında bu tür kararların diğer mahkemeler için de emsal karar olarak kabulü ve bu kapsamda bağlayıcılık etkisine kavuşturulması yönünde¹⁴⁰ kanunî değişiklik yapılabileceği ileri sürülmüştür.¹⁴¹ Anayasa

¹³⁸ Yılmazoğlu, 2023, s. 116.

¹³⁹ Özkes, 2024, s. 36.

¹⁴⁰ Esasen Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular üzerine verdiği kararlar da Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında düzenlenen bağlayıcılık etkisi kapsamında kabul edilmekle beraber (Göztepe Çelebi, s. 96 vd; Alpaslan, s. 560-

Mahkemesi kararlarının daha sonraki somut olaylarda ne derece dikkate alındığının kurumsal bir şekilde takip ve tespit edilerek gerekli tedbirlerin alınabileceği de ifade edilmiştir.¹⁴² Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi kendine has bir icra organına sahip olmadığı için,¹⁴³ ancak kararlarda yer verilen görüşlerin kararı uygulamakla yükümlü olan muhataplarla¹⁴⁴ örtüşmesi sonucunda sistemden beklenen genel amaca erişmek mümkün olabilir.¹⁴⁵ Bu örtüşmenin tamamen sağlanabilmesi mümkün olmayabilirse de, özellikle diğer yargı organlarının muhatap alındığı ihlâl iddialarında karar verme sürecinde hiyerarşik bir yapılanmadan ziyade katılımcı bir yol izlenerek sonuca gidilebileceği kanaatindeyiz.

Bu konu Alman hukukunda da özel olarak incelenmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi ile yüksek mahkemeler arası Ortak Kurul¹⁴⁶ arasında bir altlık üstlük ilişkisinin olmadığı;¹⁴⁷ Ortak Kurul'un yüksek mahkemelerin en yüksek yargı organı olduğu ve her bir yüksek mahkemenin de kendi yargı yetkisinin en yüksek derecesini oluşturduğu; ancak, Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir yargı yetkisi derecesine dahil olmadığı ifade edilmektedir.¹⁴⁸ Ancak, Ortak Kurul'un yetki alanının Anayasa Mahkemesi ile çakışmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanının Ortak Kurul ile çakıştığı durumlara da dikkat çekilmektedir. Bu çakışan durumlarda Anayasa Mahkemesi ile Ortak Kurul arasındaki ilişki, bir yüksek mahkemenin başka bir yargı kolundaki bir alt mahkeme ilişkisine benzetilebilmektedir. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bir Ortak Kurul kararını Anayasa'da güvence altına alınan haklara aykırı bularak ihlalin giderilmesine karar verebildiği Anayasa şikâyeti hâlinde, Ortak Kurul ile Anayasa Mahkemesi arasındaki ilişkinin diğer yargı kolları içerisinde alt/üst mahkeme ilişkisine yaklaştığı söylenebilir. Ancak, böyle bir durumda dahi, Anayasa Mahkemesi, diğer yüksek mahkemeler gibi uyumsuzluğun esası hakkında bir karar

566; Aydoğdu, s. 29), yaşanan sorunlar kapsamında böyle bir açık düzenleme önerildiği söylenebilir.

¹⁴¹ Özkan, s. 136; Yılmazoğlu, 2023, s. 133-136.

¹⁴² Göztepe Çelebi, s. 110.

¹⁴³ Gawron/Rogowski, s. 154. Bu konudaki öneriler için bkz. Aydoğdu, s. 32 vd.

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin yargılamalarında çoğunlukla dava niteliğindeki yargılamalardaki gibi bir karşı taraftan söz edilemez. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kararlarının aslı olarak mahkemeleri ve devletin diğer organlarını; ikincil olarak ise, idarî organları, ilgili tarafları, diğer kurumlar ile tüm özel hukuk kişilerini muhatap aldığı söylenebilir. Bu konuda bkz. Gawron/Rogowski, s. 156 vd.

¹⁴⁵ Göztepe Çelebi, s. 106; Gawron/Rogowski, s. 166. Anayasa Mahkemesi kararlarının devlet organları tarafından benimsenmesi ve uygulanmasında sivil toplum kuruluşlarının faaliyetleri de önemli bir yerde kabul edilebilir (Gawron/Rogowski, s. 166).

¹⁴⁶ Bkz. yuk. III, B, 2, b.

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi ile diğer mahkemeler arasındaki ilişki hiyerarşik değil, işbirliği ilişkisi niteliğindedir (Gawron/Rogowski, s. 156).

¹⁴⁸ Miebach, s. 180.

verememekte,¹⁴⁹ sadece aleyhine başvuru yapılan kararı inceleyerek duruma göre ihlalin ortadan kaldırılabilmesi için dosyayı ilgili mahkemeye gönderebilmektedir. Bu nedenle, Alman hukukunda Anayasa Mahkemesi her hâlükârda farklı bir konumda değerlendirilmekte¹⁵⁰ ve Ortak Kurul ile arasındaki ilişki bir altlık üstlük ilişkisi değil, kendine has farklı bir ilişki olarak ifade edilmektedir.¹⁵¹ Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetimi olan aslı görevi kapsamında verdiği kararlarda yer alan hukukî değerlendirmelerle Ortak Kurul'un bağlı olmadığı; zira, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili düzenlemelerin uygulanması noktasında diğer üst mahkemelerin sahip olduğu tecrübeye de sahip olamayacağı ifade edilmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, bir mahkeme kararına karşı yapılan anayasa şikâyeti kapsamında ilgili mahkemece belirli bir hükmün uygulanma şeklini Anayasa'ya aykırı bulmuş ise, bu kararın Ortak Kurul için de bağlayıcı olması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁵² O hâlde, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir iptal kararı tüm mahkemeleri bağlayıcı nitelikte olmakla beraber, bu kararın verilmesi sürecinde yapılan yorum ve değerlendirmelerin genel bir bağlayıcılık etkisinden söz edilemeyecektir.¹⁵³ Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi, bir mahkeme kararında belirli bir düzenlemenin yorum ve uygulanma şeklini temel hak ihlali olarak kabul etmiş ise, bu değerlendirme diğer mahkemeler ve bu kapsamda Ortak Kurul için de bağlayıcı etkiyi haiz olacaktır. Böylece Alman hukukunda, anayasa şikâyeti üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmelerin diğer mahkemeler ve Ortak Kurul için bağlayıcı olduğu; bu nedenle, Ortak Kurul ile Anayasa Mahkemesi arasındaki içtihat farklılığının ortaya çıkmasının mümkün olmadığı söylenebilir.

Esasen Alman hukukundaki değerlendirmelere temel teşkil eden esasların tamamı Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi'nin görevi ve diğer yüksek mahkemeler karşısındaki konumu bakımından da aynen geçerli kabul edilebilir. Ancak, yukarıda¹⁵⁴ detaylı olarak değinildiği gibi, somut uygulama bu yönde olmayıp Anayasa Mahkemesi kararları diğer yüksek mahkemeler tarafından reddedilerek bağlayıcılık etkisinden yoksun şeklinde değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi mevcut bir yüksek yargı organı içtihadının değerlendirilmesi suretiyle bireysel başvuru hakkında karar verecek ise, yine Ortak Kurul sürecinin

¹⁴⁹ Gawron/Rogowski, s. 165. Alman hukukunda, istisnâ bazı durumlarda temyiz aşamasında uyuşmazlığın esası hakkında yeni bir karar verilebilmektedir (ZPO § 563/3)

¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin en yüksek mahkeme statüsünde mi yoksa yüksek mahkemelerden biri konumunda mı olması gerektiği ve bu kapsamda içtihat aykırılıkları hâlinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusunda çeşitli tartışma ve görüşler için bkz. Miebach, s. 174-179.

¹⁵¹ Miebach, s. 184-188.

¹⁵² Miebach, s. 190-195.

¹⁵³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Jan Ziekow, "Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", Heft 10, 1995, JURA, s. 522 vd; Yaşar Tunç, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bir Bakış", S.47, 2010, Terazi Hukuk Dergisi, s. 31 vd.

¹⁵⁴ Bkz. yuk. III, B, 3, b.

işletilmesi veyahut Adalet Bakanlığı haricinde ilgili yüksek yargı organının da Anayasa Mahkemesi'ne görüş sunabilmesi mümkün kılınmalıdır (Karş. 6216 sK m. 49/2). Belirtmek gerekir ki, bireysel başvuru yolunun Türk hukukundaki¹⁵⁵ kısa tarihi¹⁵⁶ göz önüne alındığında henüz bu istisnai başvuru yolunu farklı bir sistemsel sürece dahil etmek ve bu yönde tavsiyelerde bulunmak için erken olduğu da düşünülebilir. Burada yapmaya çalıştığımız tespit, bu başvuru yolunu uygulayan Anayasa Mahkemesi'nin de diğer yüksek yargı organları gibi içtihat birliğini sağlamak için görev üstlenmesi ve içtihat birliğini zedeleyici uygulamaların bir şekilde terk edilmesi gerektiğidir. Nitekim, Alman hukukunda dahi olması gereken hukuk bakımından bu yönde bir görüş ileri sürülmüştür. Buna göre, yüksek mahkemelerden birinin içtihadından farklı yönde karar verilmek istenmesi hâlinde, Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemelerden oluşan, Anayasa Mahkemesi ve Ortak Kurul'un üzerinde bir *Yüksek Ortak Kurul* oluşturulabilir. Bu Yüksek Ortak Kurul, sadece içtihat birliğini sağlamaya yönelik ve sadece mevcut bir içtihattan farklı yönde karar verilmek istenmesi hâlinde toplanacağından Anayasa Mahkemesi'nin özel aslı görevine müdahale edildiği de söylenemeyecektir.¹⁵⁷ Böylece, ilgili yüksek yargı organı, resmî bir şekilde görüş ve değerlendirmelerinin gerekçelerini sunarak sürece kısmen veya Yüksek Ortak Kurul üyesi olarak dahil olabilecek ve bu şekilde ortaya çıkan kararı ve gerekçelerini de psikolojik ve hukukî olarak daha rahat bir şekilde benimseyebilecektir. Zira, içtihat birliğinin sağlanması görevi her bir yüksek yargı organının da görevidir ve bu nedenle bu sürece katkı sağlanması her bir yüksek yargı organının bu görevinin doğal bir sonucudur. Kuşkusuz, bu görüşümüz, Anayasa Mahkemesi'nin konumu bakımından eleştirilebilir ve daha farklı çözümler sunulabilir; ancak, Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcıdır şeklinde bir değerlendirme -her ne kadar mevcut düzenlemeler kapsamında kanaatimizce de yerinde olsa da- içtihat farklılıklarını ortadan kaldıramamıştır. O hâlde, farklı çözüm önerileri değerlendirilerek hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkelerine uygun bir içtihat birliği sağlanmalıdır.

SONUÇ

Bir hukuk kuralının yorumlanması ve somut olaya uygulanması sürecinde birden fazla farklı görüş ve bu farklı yargı kararı ortaya çıkabilir. Bu, hukukun gelişim sürecinin doğal bir aşamasıdır. Ancak, bu farklılığın bir aşama olarak kalması ve nihayetinde belirli bir sonuca ulaşılması gerekir. Bu noktada, kanun yolları ve bu kapsamda özellikle temyiz, hukuk kurallarının

¹⁵⁵ Esasen Alman hukukunda da içtihat birliğinin sağlanması ve bu amaçla kurulan Ortak Kurul karşısında Anayasa Mahkemesinin konumu da tartışılmıştır. Bu noktada, Ortak Kurul'un Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanması gereken hukukî meseleler hariç olmak üzere, diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarının yeknesaklığı açısından temel önem taşıyan hukukî meseleler hakkında karar verebileceği yönünde değişiklik önerileri de getirilmiştir Bkz. Miebach, s. 174 vd.

¹⁵⁶ Türk hukukunda bireysel başvuru yolunun gelişimi için bkz. Alpaslan, s. 94-105.

¹⁵⁷ Miebach, s. 201-202.

farklı alt derece mahkemelerince farklı uygulanmasını engellemek için etkili bir araçtır. Temyiz incelemesiyle görevli yargı mercinin tek bir mahkeme olarak yapılanması da bu etkiyi artırmaya elverişlidir. Diğer yandan, temyiz incelemesiyle görevli yargı organlarının da kendi içerisinde ve benzer konulara ilişkin olduğu ölçüde diğer yargı kollarındaki temyiz incelemesiyle ilgili görevli organlar ile uyum içerisinde çalışması gerekir. Daha açık bir ifadeyle temyiz, sadece belirli bir yargı kolunda değil tüm hukuk sisteminde hukukun yeknesak uygulanmasını sağlamaya hizmet etmelidir.

Temyiz kanun yolu haricinde Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolu kapsamında yargı içtihatlarına yön verdiği ve hatta çeşitli yargı kollarına mevcut içtihatlarda yer alan gerekçelerin temel hak ihlâli sonucunu doğurduğuna karar verdiği görülmektedir. Bu nedenle, özellikle bireysel başvuru işlevi kapsamında Anayasa Mahkemesi de hukukun ülke çapında yeknesak uygulanması sürecine doğrudan etki eder hâle gelmiştir. Bu etki, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kapsamında değerlendirilebilir de özellikle belirli seviyede istikrar kazanmış uygulamalara yönelik verilen ihlâl kararlarının diğer yargı kollarındaki yüksek mahkemeler tarafından eleştirildiği, kabul edilemediği ve uygulanmadığı da görülmektedir. Bu durum, neticede hukuk birliğini zedelemekle de kalmamakta bir hukuk devletindeki en yüksek yargı organları arasında alenî bir anlaşmazlığa dönüşmektedir.

İşte gerek farklı yargı kollarındaki yüksek mahkeme kararları gerekse bu mahkemelerin içtihatlarına yönelik bireysel başvuru kararları arasındaki birliğin ve düzenin sağlanması gerekir. Bu noktada akla gelen ilk kurum olan içtihatların birleştirilmesi, gerek sadece belirli bir yargı kolu içinde sonuç doğurması gerekse içtihat farklılığı süreklilik kazandıktan sonra uygulanması nedeniyle içtihat farklılıklarını engelleyici nitelikte değildir. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukukta yer alan çözümler de dikkate alınarak yeni bir yapı kurulmalı, yargılamada birlik sağlanmalıdır. Bu noktada, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevlerini de haiz olan yeni bir mekanizma ile yargı koluna ve farklı yargı kollarındaki benzer konuların uygulanmasına yönelik içtihat farklılıkları istikrar kazanmadan giderilmelidir. Mevcut bir içtihattan farklı yönde karar vermek isteyen yargı koluna ait ilgili yüksek mahkeme dairesinin talebiyle süreç başlatılabilir ve içtihat farklılığı olan yargı koluna ait yüksek mahkeme üyelerinden oluşan ortak bir kurul oluşturulmak suretiyle ortak bir karar alınabilir. Böylece sürece dahil olan her bir yüksek yargı organı da ortaya çıkan kararı daha rahat bir şekilde benimseyebilir. Belirli bir yüksek yargı içtihadının değerlendirilmesini gerektiren konularda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru dosyaları bakımından da benzer bir süreç işletilerek konunun ortak bir kurul ile çözüme kavuşturulması düşünülebilir. Böylece, aslî olarak içtihat geliştirmekle görevli olan ilgili yüksek yargı organı sürece dahil olarak ilgili uygulamanın gerekçelerini sunabilir. Bu ihtimâlde, takdire göre ve Anayasa Mahkemesi'nin konumunu korumak amacıyla ilgili yüksek yargı organının sadece görüş sunması şeklinde bir tercihte bulunabileceği gibi oy hakkını haiz belirli bir sayıda üye gönderilerek ortak kurul oluşturulması da düşünülebilir. Ancak, her hâlükârda, ilgili yüksek yargı organı da bu sürece dahil edilerek neticede ortaya çıkan kararı benimsemesi ve ilgili yargı kolunda uygulaması sağlanabilir. Aksi hâlde, hem yüksek yargı organlarının kendi içerisindeki hem farklı yargı kollarında yer alan yüksek yargı organları arasındaki hem

de Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek yargı organları arasındaki mevcut içtihat farklılıkları, uyumsuzluk, çekişmenin devamı hukuk devleti ilkesiyle açıklanamaz boyutlara ulaşma tehlikesi altındadır.

KAYNAKÇA

- Akkan M, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Akkaya T, “Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi”, C. I, 2009a, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, ss. 65-101.
- Akkaya T, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009b.
- Akyel R, “Bir Hesap Yargısı Olarak Sayıştay”, S. 23, 2015, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 1-22.
- Alpaslan M E, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru ve Kararların Medenî Usûl Hukukuna Etkileri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Arens P/Lüke W, Zivilprozessrecht I, 11. Auflage, C.H. Beck, München, 2020.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Atalı M, “Usûli Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı”, C. 44, S. 3, 2018, Yargıtay Dergisi, ss. 457-502.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Aydoğdu Y, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Gereğinin Yerine Getirilmesi Üzerine Denetim Mekanizması Önerisi: Anayasa Mahkemesi İcra Kurulu”, S. 200, 2023, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 25-37.
- Beck’scher Online Kommentar-GVG, 20. Edition, München, 2023 (BeckOK-GVG/Yazar).
- Bilgin H, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Bulut U, Medenî Usûl Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Direnisa E, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvurularda Uyguladığı ve Yorumladığı Medenî Usûl Hukuku Kuralları”, Legal Hukuk Dergisi, C. 17, S. 198, 2019, s. 2421-2496.
- Dülger M V/Taşkın Ş C, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Ermenek İ, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Ercevahir M, Medenî Usûl Hukukunda Usûli Müktesep Hak, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Gawron T/Rogowski R, “Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts”, 2. Auflage, Springer, 2015, Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, ss. 153-168.
- Göztepe Çelebi E, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, S.33, 2016, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 93-118.
- Gözübüyük A Ş, “Sayıştay”, S.3, 1962, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss. 303-318.
- Gündoğdu S B, Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- Güzel A, “İçtihat Uyuşmazlığı Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlali”, C. 3, S. 78, Çalışma ve Toplum, s. 1993-2042.
- Karşlı A, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Kızılyel S, “Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine”, S. 119, 2015, TBBD, s. 115-142.
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001a.
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001b.
- Kuru B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001c.
- Kuru B, İçtihatların Birleştirilmesi Yolu ile İlgili Bazı Sorunlar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977 (Sorunlar).
- Kuru B/Aydın B, Medenî Usul Hukuku, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024a.
- Kuru B/Aydın B, Medenî Usul Hukuku, C. II, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024b.
- Miebach K, Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Duncker&Humblot, Berlin, 1971.
- Musiak H J/Voit W, Grundkurs ZPO, 16. Auflage, C.H. Beck, München, 2022.
- Özkan G, “Mukayeseli Hukukta İçtihat Farklılığının Giderilmesi, İdari Uyuşmazlıklarda Hızlandırma Müesseseleri ve Türk İdari Yargısı İçin Öneriler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu 155.Yıl, 10-11 Mayıs 2023, Danıştay Yayınları, Ankara, 2023, s. 75-149.
- Özkes M, “Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Dairesi’nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı”, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-iligli-emsal-karari/#fn6>, s.e.t. 20.06.2024.
- Özkes M, Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku, 15. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Özkes M, 100 Soruda Medenî Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Özkes M, “Yargılama Bütünlüğü İçinde Medenî ve İdarî Yargıya Bakış ve Değerlendirme”, S. 23, 2024, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, ss. 1-50.
- Öztek S, “HUMK m. 427’deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı”, S.2, 1987, MÜHF-HAD, ss. 62-74.
- Öztek S, “Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler”, S. 2, 2015, MÜHF-HAD, ss. 119-127.
- Öztek S, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Pekcanitez H, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Pekcanitez H, “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, C. 12, 1995, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 257-287.
- Pekcanitez H, “Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, S. 144, 2019, TBBD, ss. 383-419.
- Pekcanitez H/Meriç H, Medenî Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- Postacıoğlu İ E/Altay S, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Tanrıver S, Medenî Usul Hukuku, C. I, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Tanrıver S, Medenî Usul Hukuku, C. II, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Tunç Y, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Konusuna Farklı Bir Bakış”, S. 47, 2010, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 29-39.
- Ulusoy A D, Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. II, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021a.
- Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. IV, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021b.
- Yılmaz E, “Uygulamada Amacına Ulaşamayan Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Hüküm Yürürlükten Kaldırılmalıdır”, C. 18, S. 2, 2021c, YÜHFD, ss. 695-726.
- Yılmaz E, “İçtihadı Birleştirme” veya “Adaletteki Çelişkiye Son Verme” İhtiyacı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000, ss. 3-21.
- Yılmazoğlu Y E, “İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi”, S. 13, 2019, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 551-622.
- Yılmazoğlu Y E, “Temyiz İncelemesinin ‘İçtihat Eksenli’ Yaklaşım ve Danıştay İçin Çözüm Önerileri”, S. 156, 2023, Danıştay Dergisi, ss. 65-135.
- Ziekow J, “Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, Heft 10, 1995, JURA, ss. 522-529.

DÜŞÜK TUTARLI VERGİ DAVALARINDA YÜKSEK TUTARLI VEKÂLET ÜCRETİ SORUNU: ANAYASAL EKSENDE BİR İNCELEME

The Problem of High Amount Attorneys' Fees in Low Amount Tax Cases: A Review on the Constitutional Axis

Doç. Dr. Osman SARIASLAN*

*Ezmanın tagayyürü ile
ahkâmın tagayyürü
inkâr olunamaz.***

Öz: Bireysel başvurunun önemli sonuçlarından biri de hukukun anayasallaşmasıdır. Böylece tüm hukuk pratikleri, sadece kendi mecrasında değil, anayasal ekseninde de ele alınıp uygulanmakta ve/veya yorumlanmaktadır. Bu da karşılaşılan bir meselenin hangi hukuk dalının münhasır alanına ilişkin olursa olsun anayasal düzeyde ne anlam ifade ettiği, anayasanın en temel varlık sebebi olan temel hak ve hürriyetlere etkisinin nasıl olacağına düşünülmesi ve ona göre bir uygulama ya da yorumlama faaliyetine girilmesi lüzumunu ortaya koymaktadır. Yaşanan bu süreç hak merkezli hukuk paradigmasının bireysel başvuruyla birlikte hukukumuzda zemin kazanması olarak nitelendirilebilir. Bu süreç, daha önceki hâkim hukuk anlayışı içinde sorun olmayan ya da sorun olarak kabul edilmeyen bazı uygulamaları gün yüzüne çıkarmıştır. Bu türden sorunlar, kendine has bazı özellikleri ile diğer yargısal pratiklerden ayrılan vergi yargılamasında da karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunlardan biri de bazı vergi davalarında taraflara hükmedilecek avukatlık vekâlet ücretinin tutarının tespitine ilişkindir. Özellikle de avukatlık asgari ücret tarifelerinin artışı ile belirginleşen maktu vekâlet ücretinin (çok) altında kalan vergi davaları için hükmedilecek avukatlık vekâlet ücreti, son birkaç yıldır ciddi bir adalet sorununa dönüşmüş durumdadır. Bu kapsamda çalışmada; söz konusu sorunun vergi yargısına özelinde oluşum süreci incelenmekte ve sorunun çözümü için ele alınması gereken anayasal eksen ve sorunun çözümüne ilişkin somut öneriler tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Yargılaması, Avukatlık Vekâlet Ücreti, Mahkemeye Erişim Hakkı, Anayasa, Yargılamanın Ekonomikliği İlkesi, Orantılılık

Abstract: One of the important consequences of the individual application is the constitutionalization of law. Thus, all legal practices are considered, applied, and/or interpreted not only in their own sphere but also on the constitutional axis. This reveals the necessity to consider the meaning of an issue at the constitutional level, regardless of which branch of law it pertains to, and how it will affect fundamental rights and freedoms, which are the most fundamental reason for the existence of the constitution, and to engage in an implementation or interpretation activity accordingly. This process can be characterized as the rights-centered legal paradigm gaining ground in our law with the individual application. This process has brought to light some practices that were not a problem or were not recognized as a problem in the previous dominant understanding of law. Such problems are also encountered in tax proceedings, which differ from other judicial practices with some unique features. One of these problems is the determination of the amount of attorney's fees to be awarded to the parties in some tax cases. In particular, the attorney's fee to be awarded for tax cases that are (very) below the fixed attorney's fee, which has become evident with the increase in the minimum attorney's fee tariffs, has turned into a serious problem of justice in the last few years. In this context, this study examines the formation process of this problem in the tax jurisdiction and analyzes the constitutional axis that should be addressed for the solution of the problem and the solution of the problem.

Keywords: Tax Trial, Attorney Fees, Right of Access to Court, Constitution, Principle of Economy of Trial, Proportionality

* İstanbul 6. Vergi Mahkemesi Başkanı, sariaslanosman@yahoo.com

ORCID: 0000-0002-5485-6280

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573528

** Mecelle, Genel Hükümler 39. madde: *Zamanın değişmesi ile hükümlerin de değişeceği inkâr edilemez*

Makale Geliş Tarihi: 21.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 04.10.2024

GİRİŞ

Bireysel başvuru yoluyla birlikte hukukumuzda bir “anayasallaşma” süreci başlamıştır. Bu süreçten her hukuk dalı gibi vergi yargılama hukuku da etkilenmiştir. Bu etki çözümlenmesi gereken bazı yeni sorunlar ortaya çıkarmıştır. Vergi yargılamasında karşılaşılan ve çalışmanın konusunu teşkil eden vekâlet ücreti sorunu da bu kapsamdadır. Bununla birlikte bu sorun vergi davalarının tür ve tutar itibarıyla tümü için geçerli değildir. Sorun, maktu vekâlet ücretinden düşük olan vergi davalarında karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun ortaya çıkmasında, vergi yargılamasına ilişkin mevcut bazı yapısal sorunların yanı sıra Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin (AAÜT) bazı özellik arz eden durumlarda ihtiyaca cevap verememesi, esas noktayı oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere AAÜT, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 168. maddesine göre barolardan gelen teklifler dikkate alınarak Türkiye Barolar Birliği (TBB) tarafından hazırlanıp Adalet Bakanlığı’nın onayıyla yürürlüğe girmektedir. Kanunun anılan maddesine 2009 yılında 5904 sayılı Kanunun 35. maddesi ile yapılan eklemeye “...genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir.” hükmü getirilmiştir. Bu hükümle Danıştay 8. Dairesi’nin 2008 yılında AAÜT’ün bir kısmını iptal etmesi¹ nedeniyle vergi mahkemeleri nezdinde bir dönem hükmedilmeye başlanan nispi vekâlet ücretlerinin taraflar için oluşturduğu orantısız külfet hafifletilmeye çalışılmıştır. Böylece anılan kanun düzenlemesinden sonra hazırlanan tüm AAÜT’ler, vergi davalarına hükmedilecek vekâlet ücretini tarifelerin maktu ücretlerinin yer aldığı kısımda düzenlemiştir. Ancak bu düzenleme bir sakıncayı giderirken başka bir sakıncaya neden olmuştur.

Kısaca ifade etmek gerekirse düşük tutarlı vergi davalarında uygulanan maktu ücret politikası, vergi yargısında şu sorunlara neden olmaktadır:

1. Değeri çok düşük ve güncel ekonomik koşullara göre önemsiz (kuruş ve/veya bir iki liralık) sayılabilecek tutarlara karşı Tarifenin maktu ücret politikasından ötürü salt vekâlet ücreti motivasyonlu yüzlerce davaların açılmasına ve bir vergi davası enflasyonuna neden olması;²

2. Dava konusu edilen tutarlarla orantılı olmayan ve kaybeden taraf için davanın konusundan çok daha fazla bir maliyete neden olarak yargılamanın ekonomikliği ve adilliğine gölge düşürmektedir. Bu da davalı idare için bir hazine zararı sonucunu doğururken, davacı taraf için bir erişim hakkı problemine dönüşmektedir.

¹ Danıştay Sekizinci Dairesi E:2007/1110 K:2008/332 T: 23.08.2008 (www.uyap.gov.tr).

² Burada ifade edilen idarenin terkin ederek kayıtlarından çıkardığı vergi ve/veya türevi kamu gelirleri değil; bilakis daha önceki emsal yargı kararları da dikkate alınarak beyan veya tevkifat suretiyle bizzat mükellef ve/veya vekilleri tarafından yaratılan davalardır. Bu da düşük tutarlı yüzlerce vergi davası demektir ve uygulamada oldukça yaygındır.

Ancak bu sorun, bireysel başvurunun ivmelendirdiği anayasal eksenli yeni hak merkezli hukuk paradigması ekseninde çözümlenebilecek durumdadır. Bu çalışma da anılan sorunun kaynağına ve boyutlarına işaret edip yasal ve anayasal ekseninde çözüm yollarını göstermeyi amaçlamaktadır.

Bu itibarla dört ana başlık olarak kurgulanan çalışmanın ilk ana başlığı, sorunun tam olarak ortaya konulması amacıyla vergi davaları kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymak adına bu davaların mahiyetlerinin anlatılmasına ayrılmıştır. Zira vergi davalarında bir tam yargı özelliği tespit edilirse AAÜT'ün uygulanma biçimi değişebilir. İkinci ana başlıkta avukatlık vekâlet ücreti ve AAÜT'ten söz edilerek özellikle de vergi davalarında AAÜT'ün neler va'z ettiği ifade edilmeye çalışılacak; üçüncü ana başlıkta yargılamanın anayasal eksenine değinilerek son ana başlıkta ortaya konulacak çözümün ilkesel zemini oluşturulmaya çalışılacaktır. Dördüncü ve son ana başlıkta ise düşük tutarlı vergi davaları için vekâlet ücretinin sorunun kökeni ve neden olduğu mahsurlar ifade edilerek, anayasal ekseninde ve yeni hukuk paradigmasına çözüm önerilerinden söz edilecektir.

I. VERGİ DAVALARI

Vergi davalarının türü ve mahiyeti konusunda uygulama ve teoride henüz bir ittifak sağlanmış değildir. Vergi davalarının türüne ilişkin tartışmaları ise genel olarak şu şekilde tasniflemek mümkündür.³

- Vergi davalarının birer tam yargı davası olduğu görüşü
- Vergi davalarının iptal davası olduğu görüşü
- Vergi davalarının kendine özgü ayrı bir idari dava olduğu görüşü

Vergi davalarının tam yargı davası olduğunu kabul eden görüşe göre, vergi davalarının konusu paradır. Diğer bir ifadeyle bu davalarda, bir miktar paranın alınması veya alınmaması veyahut geri verilmesi istemleri karara bağlandığından bu davaları 2577 sayılı Kanunun 2. maddesinde yer alan tam yargı davası olarak kabul etmek gerekir.⁴ Dolayısıyla vergi davaları içinde belirli bir miktar paranın alınmasına (veya alınmamasına), iadesine (veya iadenin reddine) hüküm kurulduğu hallerde, bu vergi davası esasen bir tam yargı davası özelliği arz etmekte; Mahkemede burada bir tam yargı yetkisi kullanılmaktadır.

³ Vergi davalarının türüne ilişkin tartışmalar için bkz. Serkan Açar, “Vergi Davalarının Hukuki Niteliği”, S.62, 2006, TBB Dergisi, s. 283-294; Serkan Acinöroğlu, “Vergi Davasının Hukuki Niteliği”, C.23, S.3, 2009, Ankara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, ss. 197-203; Hasan Dursun, “Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davaların Kuramsal Niteliğini Saptayabilmek”, TBB Dergisi, S.78, 2008, s. 249-280.

⁴ Ayrıca 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin 6. fıkrasının da bu görüşü destekler nitelikte olduğunu ifade etmek gerekir: Zira Anılan hüküm tam olarak şöyledir: *“Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez.”*

Vergi davalarının iptal davası olduğunu kabul eden görüş ise, vergi davalarının sonucunda verilen hükmün icrasının parasal bir edimin yapılıp yapılmayacağına ilişkin olması, dava konusu edilen işlemin idarenin bir “işlemi” olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği, idari işlemlere karşı açılan davanın da idari yargı dava türlerinden iptal davasına tekabül ettiği kabul edilmektedir.⁵ Bu bağlamda, sonucunda belirli bir miktar paranın alınmasına ve/veya iadesine hüküm kurulmayan ve vergilendirmenin ilk aşamasında tahsilatın son aşamasına kadar tesis edilen tüm işlemlerin iptaline hüküm kurulduğu davalar, iptal davalarıdır.

Vergi davalarının tam yargı ve iptal davasının dışında ayrı bir dava türü olduğu da yine doktrinde ifade edilmektedir. Bu görüşe göre vergi davalarının idari yargılamasının ön gördüğü iki ana dava türlerinden ne tam olarak tam yargı ne de tam olarak iptal davası içinde değerlendirilecek bazı özellikleri bulunmaktadır.⁶ Nitekim 2577 sayılı Kanunun bazı maddelerinde bu farkın vurgulandığı ifade edilmektedir. Buna göre 2577 sayılı Kanunun bazı maddelerinde açık bir tanımla yapılmasa da “vergi davaları” diye ayrı bir kavramsallaştırmaya gidilerek, vergi davalarının 2. maddede ifade edilen iptal ve tam yargı davalarından başka ayrı bir dava türü olarak ifade edildiği kabul edilmektedir.⁷

Söz konusu üç görüş de kabul edilebilir niteliktedir. Ancak bu görüşlerden her biri kendi açısından baskın olan kabulü, tüm vergi uyuşmazlıklarına yaymak, form ve içerik olarak kendi kabullerine uymayan bir takım vergi uyuşmazlıklarını da bir dava türüne indirgemek suretiyle eleştiriye açıktır. Esasen vergi davaları yukarıda ifade edilen davaların tümünün özelliklerini gösterebilmektedir. Tabii bu durum ayrı ayrı davalar için geçerli olabileceği gibi bir davada birden fazla dava tipinin görülmesi şeklinde de olabilir. Örneğin tarh edilen bir vergiye ya da başka bir anlatımla tarhiyat işlemine karşı açılan davalar iptal davası formunda olmakla birlikte; tahakkuk tahsile bağlı olan bir damga vergisi uygulamasına karşı açılacak iade istemli bir dava, tam yargı davası hüviyetinde olabilmektedir. Bu dava tahakkukun iptali ve iade istemli açılması halinde ise iptal ve tam yargı dava özellikleri tek bir davada birleşmiş olur. Defter belge ibraz etmeme

⁵ Civan Turmangil, “Vergi Davasının Hukuki Niteliği”, C. 39, S.1-4, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 146.

⁶ Bu görüşün temelinde yatan kabuller için bkz. Turmangil, s. 147-148. Ayrıca Acinoroğlu, s. 198.

⁷ Bu doğrultuda 2577 sayılı Kanunun 17. maddesinde yer alan: “*Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve yirmibeşbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır.*” hükmünde “vergi davaları” iptal ve tam yargı davalarının haricinde ayrı bir dava türü olarak ifade edildiği kabul edilmektedir. Yine aynı Kanunun 45/1. maddesinde yer alan: “*İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa da, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.*” ifadesi de yine vergi davalarının müstakil dava olduğunu çağrıştırmaktadır.

nedeniyle oraya çıkan uyuşmazlıklarda vergi mahkemelerinin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararından⁸ sonra izlediği yargılama usulü hukuka uygunluk denetiminin sınırlarını zorlaması ve sadece vergi uyuşmazlıklarına özgü bir durum arz etmesi nedeniyle yukarıda ifade edilen üçüncü görüş kapsamında ayrı bir dava türü olarak kabul edilebilir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun uygulamasına yönelik olarak tesis edilen işlemlere karşı açılan davalar da yine iptal davası formundadır. Bunların konusunun para olması, hukuk âleminde varoluşlarının birer idari işlemle mümkün olması gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla vergi mahkemelerinin yargısal yetkisinin sadece işlemin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olup sonuçta herhangi bir para iadesine hüküm kurmadıkları durumlarda bu davalar tam anlamıyla iptal davasıdır.

Öte yandan ihbarname esasına dayalı vergilendirme sürecinde ya da ihtirazi kayıtlarla verilen beyanname üzerine tahakkuk eden vergileri ödeyip açmış oldukları davada, davacılar tarhiyatın ya da tahakkukun iptalinin yanı sıra ödedikleri vergilerin iadesine hüküm kurulmasını isteyebilmektedirler. İşte bu gibi durumlarda, ödemedi kaynaklı mal varlıklarındaki azalmaların tamirini; faiz talebiyle de tazminini istemleri üzerine açılan davalar iptal ve tam yargı davalarının birleşmesi anlamına gelmektedir.⁹

Bazı vergi davaları ise doğrudan iade istemiyle ya da vergi idaresinin bir işlemi ya da eylemi yahut eylemsizliği nedeniyle uğradıkları zararın tazmini istemiyle açılabilir. Bu davalar ise 2577 sayılı Kanununun yukarıda ifade edilen dava tiplerinden tam yargı davası özelliklerini göstermektedir.

II. AVUKATLIK ÜCRETİ VE AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ

A. AVUKATLIK ÜCRETİ

Avukatlık ücreti, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade edeceği

⁸ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu E:2013/3 K:2019/1 T: 02.08.2019 (UYAP). Bu karar uyarınca defter belgelerini inceleme elemanına ibraz etmeyen ya da edemeyen kişilerin haklarında bu sebebe dayalı olarak tüm KDV indirimlerinin reddi suretiyle yapılan üç kat vergi ziyai cezalı KDV tarhiyatlarına karşı açtıkları davada; defter ve belgelerini mahkemeye sunabileceklerini ifade etmeleri halinde, mahkemece bunların temin edilip idareye gönderilmesi ve gelen rapora göre karar vermesi yoluna gidilmeye başlanmıştır. Böylece normalde idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olan vergi mahkemelerinin yetkisi, verginin matrahının ve tutarının belirlenmesi noktasında ve 2577 sayılı Kanunun 2. maddesi hilafına genişletilmiştir. Bundan sonra bu tür davalarda icra edilen yargılamalar daha çok hukuk yargılamasını andırmaktadır.

⁹ Bu durum Sıddık Sami Onar tarafından "idari davaların tedahülü" yani iç içe geçmesi olarak ifade edilmiştir. Sıddık Sami Onar; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt:3, İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, 1966, İstanbul, s. 1805-1806

düzenlemiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabileceği; 3. fıkrada ikinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun hükmünün 4. fıkrasında ise avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılmayacağı; ücretsiz dava alınması halinde, durumun baro yönetim kuruluna bildirileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan hükümde 5043 sayılı Kanunun 5. maddesi ile yapılan değişiklikle Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirleneceği ifade edilmiştir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanacağı belirlenmiştir. Söz konusu maddenin son fıkrasında da dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenerek vekâlet ücretinin avukata ait olduğu; bu ücretin, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceği gibi haczedilemeyeceği ifade edilmiştir.

B. AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ

AAÜT, avukatın yapacağı hukuki yardımlarda yardımın konusuna göre alacağı asgari ücreti, kanuni ölçütler gözetilerek Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanarak Adalet Bakanlığı'nın zımnî veya açık onayından geçerek belirleyen çizerge'dir.

Hem hakkaniyet hem de mer'i mevzuatımız, dava veya takiplerde taraflardan birisi dava ya da takibinde haklı çıktığında, yargılama giderlerinin karşı tarafa yükletilmesini gerekli kılar. Avukatlık ücreti de bir yargılama gideri olduğundan, kendisini avukat ile temsil ettiren kişi yararına avukatlık ücretine de hükmedilmektedir. İşte karşı tarafa yargılama gideri olarak yüklenerek avukatlık ücretinin miktarı, asgari ücret tarifesindeki hükümlere göre belirlenir.¹⁰ Öyle ki yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz.¹¹

AAÜT tarifesi, her adli yıl gözetilerek hazırlanmaktadır. Dolayısıyla tarifeler yıllıktır. Her yıl yapılagelen tarife belirleme, çoğunlukla önceki tarifenin ekonomik koşullara göre güncellenmesinden ibaret olmaktadır.

AAÜT tarifesi temelde ikili bir görüntü arz etmektedir. İlk görüntü yirmi küsur maddeden (2024 yılı tarifesine göre yirmi dört maddeden)

¹⁰ Murat Aydın, "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin Eleştirisi", S.63, Y.2006, TBB Dergisi, s. 72

¹¹ AAÜT 3. md.

oluşan ve tarifinin nasıl ve ne şekilde uygulanması gerektiğini anlatan metin kısmı. İkinci görüntü ise bu metnin mütemmim cüzü olup sunulan hukuki yardımın konusuna, türüne ve miktarına göre avukatlık ücretinin belirlendiği tablolar kısmıdır. Bu kısım da kendi içinde üç alt kısım şeklinde tanzim edilmiştir. Bu kapsamda tarifinin tablolar kısmı şu alt kısım ve bölümlerden oluşmaktadır:

Birinci Kısım

Birinci Bölüm: Dava ve Takiplerin Dışındaki Hukuki Yardımlarda Ödenecek Ücret

İkinci Bölüm: İş Takibi Konusundaki Hukuki Yardımlarda Ödenecek Ücret

Üçüncü Bölüm: 1136 Sayılı Kanun 35'nci Maddesi Gereğince Bulundurulması Zorunlu Sözleşmeli Avukatlara Aylık Ödenecek Ücret

Dördüncü Bölüm: (Bölüm başlığı bulunmamakla birlikte; bir önceki bölümle aynı içerik.)¹²

İkinci Kısım

Birinci Bölüm: Yargı Yerlerinde, İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olsa ve Para ile Değerlendirilebilse Bile Maktu Ücrete Bağlı Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret

İkinci Bölüm: Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilmeyen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret

Üçüncü Kısım

Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Yardımlara Ödenecek Ücret

Tarifenin mevzuat kısmı, tarifinin konu ve nitelik gözeterek hazırlanmış ve sayısal verilerini içeren ikinci kısmının bir nevi “kullanım kılavuzu” veya “rehberi” şeklindedir. Diğer taraftan Tarifinin çizelgeden (tablolardan) oluşan ikinci kısmının birinci alt kısmının dava dışı hukuki yardım ve takiplere özgülendiği görülmektedir. Dolayısıyla yargı mercileri, AAÜT'ün tablolardan oluşan ikinci kısmının ikinci alt kısmı (iki alt bölüm şeklinde) ve üçüncü alt kısmına göre avukatlık vekâlet ücreti belirlemektedir.

C. VERGİ DAVALARINDA VEKÂLET ÜCRETİ

Yukarıda ifade edildiği üzere doktrin ve uygulamada vergi davalarının tür ve mahiyeti anlamında bir konsensüs söz konusu değildir. AAÜT, vergi mahkemelerince çözüme kavuşturulan davaları için Tarifinin tablolar kısmının ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde *konusu para olan* veya

¹² 2023-2024 adli yılı AAÜT göre.

olmayan ayırımına göre vekâlet ücreti belirleneceğini düzenlemiştir.¹³ Ancak bu düzenlemeler genel yargılama pratikleri içerisinde bazı durumlarda adaletin tecellisi ve adil yargılanma hakkı bağlamında olumlu ayrışırken bazı durumlarda ise olumsuz neticeler üretebilmektedir.

III. YARGILAMAYA İLİŞKİN ANAYASAL ÇERÇEVE

A. ADİL YARGILANMA HAKKI

Anayasanın 36. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı, yargısal süreçlerin adil olmasını güvence altına alan bir haktır.¹⁴ Kişilerin adil yargılanmasını garanti altına alırken aynı zamanda diğer temel hak ve hürriyetlerin yargılama usulüne ilişkin bir güvence sunmaktadır. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı, kendisi başlı başına bir temel hak olmasının yanı sıra diğer temel hak ve hürriyetlerin güvencesi konumundadır.

Adil yargılanma hakkı tek boyutlu değildir. Yargılamaya ilişkin tüm süreçleri ele alan birbirinden bağımsız olduğu kadar birbiriyle ilintili birçok güvenceden oluşmaktadır. Bu güvencelerin bazıları Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS veya Sözleşme) lafzen yer alırken bazıları da bu iki maddenin ve Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) anayasayı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM), AİHS'i yorumlamak suretiyle belirlediği ilke ve kabullerden oluşmaktadır.

Adil yargılanma hakkı ifade edildiği üzere devingen bir haktır. Anayasa ve Sözleşme'nin konuyla ilgili madde metinlerinin yanı sıra AYM ve çoğunlukla da AİHM içtihatlarıyla şekillenmektedir. Şimdiye kadar AİHM tarafından belirlenip uygulanan ve AYM tarafından da kabul edilen adil yargılanma hakkı güvencelerini şu şekilde ifade etmek mümkündür:

- Kanunla kurulmuş tarafsız ve bağımsız bir mahkemede hukuk uygun yargılanma hakkı. Bu kapsamda:

- Savunma hakkı
- Silahların eşitliği
- Çelişmeli yargılanma hakkı
- Yargılamaya etkin katılım hakkı
- Mahkemeye erişim hakkı
- Makul sürede yargılanma hakkı
- Aleni yargılanma hakkı
- Gerekçeli karar hakkı.

¹³ Dolayısıyla mevcut düzenlemeye uygun şekillenen yaygın görüşe göre vergi mahkemelerince Tarifenin yalnızca ikinci kısmının kullanması gerekir. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki nispi vekâlet ücretinin düzenlendiği Tarifenin üçüncü kısmının ise vergi mahkemelerince kullanılmayacağı veya herhangi bir biçimde dikkate alınmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹⁴ Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere adil yargılanma hakkı oldukça kapsamlıdır. Bu hakkın tüm güvencelerini ele almak yerine yalnızca çalışmamızın konusu bakımından önem arz eden mahkemeye erişim hakkı üzerinde durulacaktır.

Erişim hakkı, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemenin varlığını teminat altına alan güvenceden sonra, yargılamada ikinci önemli aşamayı teminat altına alan ve mahkemeye erişmeyi, ulaşmayı, başvurmayı hülasa davacı olabilmeyi güvence altına alan bir adil yargılanma hakkı unsurudur. Erişim hakkı, sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer hukuk sistemi kanun yollarına (istinaf/temyiz) başvurma imkânı tanımış ise bu başvuruları da kapsamaktadır.¹⁵

Mahkemeye erişim hakkının en temel güvencesi mahkemelerin diğer bir ifadeyle yargı mercilerinin erişilebilir olmasıdır. Erişilebilirlik, mahkemelerin fiziki olarak var olmasının yanı sıra kolay ulaşılabilir olmasını da gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda erişim hakkı, mevzuat anlamında mahkemeleri, kapılarının zor ve maliyetli açılan merciler haline getirmemeyi gerektirmektedir. Bu kapsamda dava ehliyetine ilişkin kuralların dar bir çerçevede ele alınmaması, gerekli ve sorunlu haller dışında yaygın bir yargılama bağımsızlığına yer verilmemesi, ölçülülük çerçevesinin dışında çok kısa dava açma sürelerinin öngörülmemesi erişim hakkı kapsamındadır. Ayrıca mahkemeye başvurmanın ekonomik olarak davanın konusuyla orantılı olmaktan uzak aşırı maliyetli olmaması da yine erişim hakkı kapsamındadır.¹⁶ Yine bu doğrultuda şayet dava kaçınılmaz olarak maliyetli ve davacı da bu maliyeti karşılayacak ekonomik güçten yoksunsa, yargılama usul kurallarının dava açmayı kolaylaştıracak gerekli adli yardım müessesini ihtiva etmesi de yine erişim hakkı kapsamındadır.¹⁷

Görüldüğü üzere erişim hakkının sunduğu hukuksal güvenceler, devlete birtakım sorumluluklar yüklemekte; bu yönüyle devletin pozitif sorumlulukları arasında kalmaktadır.¹⁸ Dolayısıyla bu hakkın tam olarak gerçekleşmesinde eksiklikler varsa giderilmesi; engeller var ise kaldırılması devletin yükümlülüğüdür.

¹⁵ Osman Doğru / Atila Nalbant; İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt. 1, s. 620-630.

¹⁶ Bu konuda detaylı açıklama ve AİHM ve AYM karar künye bilgileri için bkz. Gökhan Çayan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, S.28, Y.7, Ekim 2016Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, , s.247-254.

¹⁷ Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/22192, K.T. 17.05.2023);

Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/26339, K.T. 17.05.2023 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>).

¹⁸ Atalay Yıldız Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2021/14356, K.T. 7.6.2023;

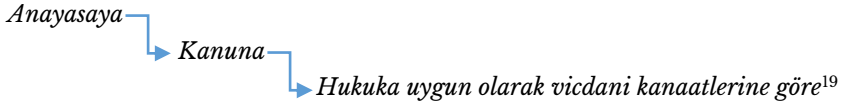
Fatih Kökçinar Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2021/52647, K.T. 13.04.2023

Murat Daş Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/3063, K.T. 26.06.2014 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>).

B. YARGILAMAYA İLİŞKİN ANAYASAL ÇERÇEVE

Yargılamaya ilişkin anayasada yer alan ilk ve en temel kural, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin Anayasanın Genel Esaslar kısmında yer alan 9. maddesidir. Mahkemelerin kanunla kurulacağına ilişkin kural ise anayasanın 142. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı 138 maddesinin 1. fıkrasında ise hâkimlerin karar verirken bağımsız oldukları vurgulanarak, karar sürecinde dikkate alacakları düşünsel zemin belirlenmiş ve böylece bağımsızlığın herhangi bir keyfiyete dönüşmesine engel olunmuştur. Hedeflenen bu durumun somut ve denetlenebilir olması için de Anayasanın 141/3. maddesinde *bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılacağı* amir hükmü getirilmiştir. Böylece bir nevi Anayasanın 138. maddesinde ifade edilen karar süreci başka bir anayasal hükümle teminat altına alınmıştır. Bu itibarla Anayasanın 138. maddesini, yargılama sürecinin özü ve hâkimlerin (ve/veya mahkemelerin) rehberi ve/veya izleği olarak kabul etmek gerekir. Bu itibarla anılan maddede yer alan: “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” düzenlemesi yargısal süreçlerin tümünde gözetilmesi gereken bir düsturdur.

Şu hâlde Anayasanın 138. maddesine göre görevlerinde bağımsız olan hâkimlerin karar verirken bağlı oldukları hukuki çerçeve ve bu çerçevede izleyecekleri usul, anayasal düzeyde belirlenmiştir. Buna göre hâkimler bir istemi karara bağlarken ve/veya bir uyuşmazlığı çözerken Anayasanın 138. maddesinde belirlenen kademe ve sırlamaya göre karar verecekleridir. Bu sıralamayı şu şekilde de ifade etmek mümkün:



Görüldüğü üzere verilen bir yargısal kararın ilk önce anayasaya uygun olması gerekir. Dolayısıyla anayasaya uyumlu sonuçlar içermeyen bir karar ya da anayasa-kanun kademelenmesinde yaşanan bir aksaklık ve/veya aykırılık söz konusu kararı kanuna uygun bile olsa hukuka aykırı kılacaktır.

¹⁹ Malum olduğu üzere hukuk kavramı anlam ve kapsam olarak kanuna göre daha geniştir. Fakat Anayasanın 138. madde metninde kanun kavramında sonra zikredilmiştir. Ancak dikkatli bakıldığında burada “hukuk” kavramıyla bir tamlama oluşturulmuş ve oluşturulan “hukuka uygun olarak” tamlamayı ile “vicdani kanaatler” ifadesi nitelenmiştir. Böylece hâkimlerin vicdani kanaatlerinin de “hukuka uygun” olması temin edilmek istenmiştir. Dolayısıyla *hukuka uygun vicdani kanaatlerin*, hukukun genel ilkelerini, anayasayı, kanunu, kanun altı düzenlemeleri ve yazılı olmayan örf adet dâhil diğer hukuk kaynaklarının mecz edilerek inşa edilmesi istenmiştir.

Öte yandan Anayasanın “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı 11. maddesi de;

“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” hükmüne amirdir. Böylece Anayasa kamu kudreti kullanan tüm kişi ve mercilerin anayasanın üstünlüğüne göre hareket etmelerini, tüm iş ve işlemlerini bu düstura göre yerine getirmelerini emretmektedir.

Dolayısıyla hiçbir yargı kararı, Anayasa aykırı olamaz. Anayasaya aykırı hüküm ihtiva edemez. Kanuna ve/veya kanun altı düzenlemelere uygun olması onun Anayasaya aykırılığına mazeret de olamaz.

C. BİREYSEL BAŞVURUNUN HUKUKU DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİSİ

2010 referandumuyla Türk hukuk düzenine giren ve 2012 yılında fiilen uygulanmaya başlanan bireysel başvuru yolu, Anayasa hükümlerini devletin işlem alanına ve toplumun harareti gündemine dâhil etmiştir. Böylece Anayasa’da birer çerçeve kural olarak var olan anayasa hükümlerinin tümü farklı bir ruhla canlılık kazanmış; hukukun her uygulayıcısı için doğrudan ve ilk önce dikkate alınması gereken normlar haline gelmiştir.

İnsanlık ve hukuk tarihinin mevcuttaki en etkili temel hak ve hürriyet güvencesi olan bireysel başvuru yolu, şimdiye kadarki kuvvet ve kanun eksenli hukuk paradigmasını kırmış, *hak ve anayasa eksenli* yeni bir hukuk paradigması inşa etmeye başlamıştır. Bireysel başvuruya gelişen yeni hukuk paradigması, tüm hukuku *anayasallaştırarak* temel hak ve hürriyetleri daha fazla dikkate alan bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Bu anlayışla yapılan tüm hukuk tasarrufları insanlığın geldiği noktada daha demokratik daha özgür daha müreffeh olacağı kabul ve beklentisine dayanmaktadır.

Kitle iletişim alanında yaşanan gelişmeler, daha önce zor ve zaman alan kamuoyu ve toplumsal bilincin daha hızlı ve daha örgütlü bir şekilde oluşmaya başlaması, bireysel başvurunun hak merkezli hukuk pratiklerinin toplum nezdinde daha fazla sahiplenilmesini sağlamıştır. Zira kamu kudreti kullanan tüm mercilerin iş, işlem ve/veya ihmallerinden kaynaklı hak kayıpları oluşmuş ise ya da oluşan hak kayıpları kamu kudreti kullanan devlet kurumları tarafından giderilememiş ise; bu durum Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla taşınabilmektedir. Yüksek mahkeme tarafından temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalenin kanunsuz, demokratik toplum düzeninde gerekli ve zorunlu olmayan belirsiz ve ölçsüz olması hallerinden en az birinin varlığının takdirinde hak ihlali tespit edilmektedir. Bu tespit, -bir hakkın ihlaline ilişkin AYM kararı- hukuk devleti olmak gibi bir iddia ve sorumluluğu olan devletin, söz konusu taahhüdünün uzağına düşmesi itibariyle bir itibar kaybıdır. Bu yönüyle manevi bir yaptırım içermektedir.²⁰ Bu bakımdan bireysel başvurunun Türk

²⁰ Tabi ki bu tespitin AYM tarafından yani aynı devletin bir başka organı tarafından yapılmış olması, devletin hukuka olan bağlılığını başka bir cihetle altını

hukuk düzeninde yer alması, ihlal vs. kararlarla da kendinden bekleneni yerine getirmesi elbette çok önemli bir kazanımdır. Ancak asıl önemli kazanım, bu başvuru yolunun sunduğu tüm olanak ve erişimindeki kolaylığa rağmen bu yolun en az şekilde işletildiği bir hukuk düzeni ve devlet işleyişini inşa etme motivasyonunu ortaya koymasındır. Bunun için de ilk ve acil yapılması gereken anayasa norm alanının çizdiği hukuksal güvencenin diğer tüm hukuk dallarınca benimsenmesidir. Hangi hukuk dalı olursa olsun tüm hukuk kuralları artık bu anayasallık bakış açısıyla ve hak eksenli değerlendirilmesi şarttır.

Şu hâlde artık yeni dönem hukuk yorumlarında, anayasal hükümlerin neler va'z ettiği, çizdiği çerçeve, görmek istediği ilkesel zemin kaçınılmaz olarak dikkate alınmalıdır. Şüphesiz yorumlanacak hukukun içerisinde maddi hukuka ilişkin kurallar olabileceği gibi usule ilişkin düzenlemeler de olacaktır. Vekâlete ilişkin AAÜT'ün vergi davaları özelindeki *anayasal yorumu* da bu kapsamdadır.

D. YARGILAMANIN EKONOMİKLİĞİ İLKESİ: ANAYASANIN 141. MADDESİ

Yargılamanın adil olması, sonuçta adil bir hüküm verilmesinin yanı sıra yargılama faaliyetinin mümkün olan en erken zamanda ve mümkün olan en az giderle sonlandırılmasını da gerektirir. Diğer bir ifadeyle yargılamanın etkinliğinin ve sunduğu hukuksal, toplumsal ve ekonomik faydanın artırılması; yargılamanın makul sürede sonlandırılması ve yargılama faaliyetinin maliyetinin azaltılmasının birer amaç olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır.

Yargılamanın mümkün olan en erken sürede sonlandırılması adil yargılanma hakkı güvenceleri arasında makul sürede yargılanma hakkı olarak yer almaktadır. Bu güvence kişiler için bir hak olarak düzenlenmişken Anayasanın 141. maddesinin son fıkrası ile de yargı mercilerine verilmiş bir görev ve sorumluluktur. Dolayısıyla yargılama faaliyetinin mümkün olan en erken sürede sonlandırılması kişiler için hak olduğu kadar yargı mercileri için de anayasal bir sorumluluktur²¹. Bu hak ve sorumluluk ikiliğini şu şekilde ifade etmek konunun temas ettiği adalet ve hakkaniyet boyutlarını vurgulamak bakımından yararlı olacaktır. Zira bazı uyuşmazlıklarda davaların uzaması davaya taraf olan kişi ve/veya kişilerin menfaatine olabilirken diğer bazı kişi ve/veya kişilerin aleyhine olabilir. Bu takdirde davanın sürüncemede kalmasından, uzamasından menfaat elde edilebilecek durumlarda, özellikle de taraf etkinliğinin ilk planda olduğu adli yargıda görülen davalarda, uzamadan yarar uman taraf çeşitli yargısal tutum ve davranışlarıyla davada karar verilmesinin gecikmesini isteyebilir. İşte bu gibi durumlarda yargı merci sonuca ve hükme ulaşmada bu tarz

çizmektedir. Tabii, ihlal kararlarının azlığı ya da AYM'ye yapılan bireysel başvuruların düşük sayıda olması, bu konuda asıl marifeti gösterecektir.

²¹ Anayasanın “Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması” başlıklı 141. maddesinin son fıkrası şu şekildedir: “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*”

engellemelere takılmadan ve tabi adil yargılanma güvencelerine riayet ederek, Anayasanın 141/son fıkrası ekseninde, yargılama faaliyetini mümkün olan en kısa sürede nihai bir kararla sonlandırmalıdır. Diğer bir ifadeyle Anayasanın anılan maddesinin gereğini yerine getirmelidir.²²

Anayasayla yargı mercilerine uyuşmazlıkları süratle karara bağlama sorumluluğunun yanı sıra verilmiş bir diğer sorumluluk ise, yargılamanın ekonomikliği ilkesi şeklinde de ifade edebileceğimiz yargılama faaliyetinin mümkün olan en az giderle icra edilip, sonlandırılmasıdır.²³ Bilindiği üzere yargılamayla bireysel anlamda hak ve menfaatlerin korunması ve genel anlamda da adaletin tesis edilmesi ve kamu düzeninin sağlanması hedeflenmektedir.

Şu hâlde kural gereği ya da diğer bir ifadeyle ideal durumda; her yönüyle adil olması gereken devletin tüm iş ve işlemlerinde ve/veya her yönüyle adil olması gereken kişiler arası ilişkilerde adaletten, bilerek veya bilmeyerek, isteyerek ya da istemeyerek icrai veya ihmali davranışlar sebebiyle sapmalar olabilmektedir. İşte bu durumların tamiri ve tazmini en kat'i ve etkili bir biçimde yargılama faaliyeti ile mümkün olmaktadır. İşleyen devlet düzeninde hukuk ve adaletten sapmanın kural gereği istisnai olduğu kabul edildiğinden yargılama faaliyetinin devlete olan "ekstra" maliyeti harç konusu yapılarak finanse edilmeye çalışılmaktadır. Böylece daha sonra haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere yargıya ilk müracaat edenden (davacıdan) bazı harçlar tahsil edilmektedir. Harçların yanı sıra yargılama için dosyasına göre gerekli bazı harcamalar (posta, keşif bilirkişi ücreti vs. gibi) için de gider avansı tahsil edilmektedir.²⁴

Yargılamanın sonunda, avans ve/veya harç ödeyen kişi haklı çıkmış ise ödediği tutarları karşı taraftan tahsil etmektedir. Ancak bu durum davacının ilk anda katlanması gereken bir maliyetin varlığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bu nedenle yargılama neticesinde hakkın teslimi ve adaletin tesisinin Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında ifade edildiği şekliyle en az giderle yapılması ve dava açılırken katlanılan maliyetin en azda tutulması önem arz etmektedir. Böylece mahkemeye erişimin kolaylaştırılmasının yanı sıra davanın sonunda haksız çıkan kişinin de

²² Bu yönüyle Anayasanın söz konusu kuralı emredici bir hükümdür. Bu bakımdan Anayasa normu ile yargı uygulaması için 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 30. maddesinde ifade edildiği şekliyle anayasa ile yargısal uygulama arasında köprü norma ihtiyaç yoktur. Zira Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında anayasal düzeyde ifade edilen usul ekonomisi ve yargılamanın ekonomik olması gerektiğine ilişkin ilkenin Kanun düzeyinde ifade edilmesini 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 30. maddesinde görmek mümkündür: Buna göre anılan Kanunun "Usul ekonomisi ilkesi" başlıklı 30. maddesi şu şekildedir: "*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*"

²³ Literatürde "usul ekonomisi" içinde ele alınan bu durumu, gereksiz yargısal işlemlere tekabül eden hususları dışarda tutmak ve konunun ekonomik boyutuyla sınırlı kalmasını temin etmek maksadıyla "yargının ekonomikliği ilkesi" ifadesi tercih edilmiştir.

²⁴ Bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Yargılama Giderlerinin Kapsamı" başlıklı 323. maddesi.

davayla korumak istenen hukuki yararın üstünde bir maliyetle karşılaşmaması amaçlanmaktadır.

Yargılamanın en az giderle yapılması diğer bir ifadeyle ekonomik yargılama ilkesi yargı mercilerine anayasal düzeyde verilmiş bir görev olduğu daha önce ifade edilmişti. Şu hâlde yargılama faaliyetine ilişkin tüm iş ve işlemler söz konusu ilkenin süzgecinden geçirilmek zorundadır. Yani adaletin tesisi için icra edilen tüm yargısal süreçler, hızlı ve etkin olmalı ancak korunması istenen hak ve/veya menfaatten daha fazla maliyet içermemelidir.

IV. VERGİ DAVALARINDA AVUKATLIK VEKÂLET ÜCRETİNİN ANAYASAL EKSENDE BİR ADALET SORUNUNA DÖNÜŞMESİ

Vekâlet ücreti, yukarıda ifade edildiği üzere özü itibariyle bir hukuk profesyoneli olan avukattan alınan hukuki yardımın bedelini ifade etmektedir. Bu bedel kişiler için mutad bir gider değildir. Bu giderin oluşması hukuki bir ihtilafa ve dolayısıyla da bir davaya bağlıdır ve davada haksız çıkan tarafa yükletilmektedir.²⁵

A. VERGİ DAVALARINDA VEKÂLET ÜCRETİNİN BELİRLENİŞİ VE SORUNUN KAYNAĞI

Daha önce ifade edildiği üzere vekâlet ücreti, yargılama gider kalemlerinden biridir.²⁶ Peki, vergi davalarında bu gider kaleminin ortaya çıkışı ve ücretin takdiri nasıl olmaktadır? Bu sorunun cevabı ancak AAÜT'ün ve vergi davalarının mahiyetlerinin birlikte analiziyle verilebilecektir. Vergi davalarının, idari dava türleri arasından hangi kategoride olduğu noktasında doktrinde bir uzlaşının olmadığı çalışmanın ilk kısmında ifade edilmişti. Bununla birlikte AAÜT, ne vergiye ilişkin davaları ne diğer idari davaları ne de adli yargı kolunda geçerli ceza ve hukuk davalarını, dava türlerine göre bir ayrım ele almıştır. Tarife, çok daha genel bir yaklaşımla belirlenecek vekâlet ücretinde ölçüyü, hangi mahkeme olursa olsun, davanın konusunu para olan ve olmayan şeklinde belirlemiştir. Buna göre AAÜT, mahkemelerde görülen davaları,

1. Konusu para olan davalar ile
2. Konusu para olmayan davalar şeklinde ele almıştır.

Malum olduğu üzere vergi davalarının çoğunun konusu paradır. Lakin konusu para olmayan vergi davaları da bulunmaktadır. Örneğin: özel esaslara göre takip edilecek mükellefler listesine alınma işlemine karşı açılan davaların konusu para değildir. Şu halde salt iptal davası dışında kalanlar hariç olmak üzere vergilendirmeye yönelik tarh, tahakkuk gibi işlemler ile tahsilata yönelik işlemlerin tümünün konusu para ile ifade edilebilmektedir.

²⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca maddede tarafların kısmen haklı çıkmaları da düzenlenmiş bu takdirde yargılama giderlerinin haklılık oranına göre paylaşılacağı ifade edilmiştir.

²⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "yargılama giderlerinin kapsamı" başlıklı 323. maddesinin (1) "ğ" bendi.

Yine bu kapsamda iade istemleri davaların tümünün konusu paradır. Zaten AAÜT perspektifinde konusu para olmayan vergi davaları için bir sorun gözükmemektedir. Zira bunlarda AAÜT'ün ikinci kısmının ikinci bölümüne göre vekâlet ücreti belirlenmektedir.

Bu kapsamda vergi mahkemelerinde görülen davalar, AAÜT'ün kriterlerine göre *konusu para olan veya olmayan* şeklinde ayrılmış ve ücretlerin maktu olarak düzenlendiği Tarifenin tablolar kısmının ikinci kısmında ele alınmıştır. Tarifenin tablolar kısmının birinci kısmı, yargılama faaliyetine ilişkin olmadığından zaten konumuzun dışında kalmaktadır. Tarifenin ikinci kısmında nispi vekâlet ücretine ilişkin cetveli belirleyen üçüncü alt kısım ile vergi davaları arasında ise doğrudan (lafzi anlamda) bir ilgi kurulmamıştır.²⁷

Bu durumda, konusu para olan vergi davaları için neden maktu vekâlet ücreti belirlenmesi yapılmaktadır? Bunun nedeni geçmişte verilmiş bir yargı kararıdır: Afyonkarahisar Baro Başkanlığının 13.02.2006 gün ve 26375 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2007 yılı AAÜT tarifesinin "İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 No'lu bendinin, vergi uyuşmazlıklarındaki hukuki yardımlar karşılığında ödenecek avukatlık ücretine üst sınır getirilmesine ilişkin kısmının iptali istemiyle açtığı davada, Danıştay Sekizinci Dairesi 23.01.2008 gün ve E:2007/1110 K:2008/332 sayılı kararıyla söz konusu kısmın iptaline karar vermiştir.²⁸ Ayrıca vergi

²⁷ Tarifenin üçüncü kısmıyla vergi davalarının arasındaki bu "ilgisizliğin" bilinçli bir uygulama olduğunu da ifade etmek gerekir. Nitekim 1136 sayılı Kanunun 168/2. maddesinde vvergi davaları için vekâlet ücretinin maktu olarak belirleneceği düzenlenmiştir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık ücret tarifesinin hazırlanması" başlıklı 168. maddesinin ilgili 2. fıkrası şu şekildedir:

"Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle uygulanacak tarife o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderilir. (Ek cümle: 16/6/2009-5904/35 md.) Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir. Bu tarife Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir. 8 inci maddenin altıncı fıkrası hükümleri kıyasen uygulanır."

²⁸ Kararın ilgili kısmı şöyledir:

(...) Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan dava konusu düzenleme ile vergi mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklar için ödenecek avukatlık ücreti belirlenmiş ancak, Tarifenin başka bir kısmında yer almayan bir şekilde azami bir sınır getirilmiştir. Ayrıca yukarıda ifade edildiği gibi Tarifenin ikinci Kısmının, İkinci Bölümünde konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar için vergi mahkemelerinde ödenecek avukatlık ücreti ayrıca sabit olarak belirlenmiş ve 12. maddede yapılan düzenleme ile konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklar için vergi mahkemelerinde ödenecek ücretin üçüncü kısımdaki nisbi oranlar

davalarının yukarıda ifade edildiği üzere dava türlerine ilişkin ortak bir kabulün bulunmaması nedeniyle hem para hem de para olmayan belirlemesi yapılabilecek türde davalar olmasının da uygulamada karışıklığa mahal vermemesi de diğer bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır.

Böylece Danıştay'ın anılan kararından sonra oluşan hukuki boşluk, 2007, 2008 ve kısmen de 2009 yıllarında vergi mahkemelerince Tarifenin tablolar kısmının üçüncü kısmında yer alan nispi vekâlet ücret hadlerine göre "nisbi" vekâlet ücreti hükmedilerek doldurulmuştur. Dolayısıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin 2. fıkrasına 16.6.2009 gün ve 5904 sayılı Kanunun 35. maddesiyle eklenen ifadeye²⁹ ve bu ifadeden sonra hazırlanacak olan yeni AAÜT yürürlüğe girene kadar, vergi mahkemeleri nispi vekâlet ücretine hükmetmişlerdir. Tabii, bu da vergi davalarını oldukça maliyetli hale getirmiştir. Oluşan bu fiili durumda kanun koyucunun anılan kanun değişikliği bir nevi kaçınılmaz olmuştur. Böylece vergi davalarının vekâlet ücretinin nispi değil, maktu olarak belirlenmesi ilk akla gelen çözüm olmuştur. Böylece yüksek tutarlı vergi davalarının taraflara maliyeti azaltılmaya ve vergi mahkemelerinin erişilebilir olma özelliği korunmaya çalışılmıştır. Ancak (belki de aceleye gelen) bu çözüm vergi davalarında yeni bir sorunun kapısını aralamıştır.

Nitekim her yıl yapılan güncellemeler ile AAÜT'teki maktu ücrete ilişkin artışlar, bir kısım vergilendirme işlemlerine karşı açılan davalarda hükmedilen maktu vekâlet ücretlerinin karara bağlanan davanın değerinden fazla olmaya başlamasına neden olmuş, buna ekonomik koşullardaki değişim eklenince bir kısım vergi davalarında vekâlet ücreti sorunu belirlemeye başlamıştır. Dolayısıyla vergi davaları için benimsenen maktu vekâlet ücreti politikası, yüksek tutarlı vergi davaları için bir çözüm olarak ortaya çıkarken; maktu ücretten düşük tutarlı vergi davaları için bir soruna dönüşmüştür.³⁰ Bu sorun ise sadece taraflar için adil olmayan orantısız bir

üzerinden hesaplanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla dava konusu düzenleme göz önüne alındığında vergi mahkemelerinde görülen uyumsuzluklarda alınacak avukatlık ücretleri için Tarifenin bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde düzenlemeler yapıldığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan dava konusu düzenleme, konusu para olsa ve parayla değerlendirilse bile maktu ücrete bağlı hukuki yardımlar başlığı altında düzenlendiği halde anılan hüküm ile konusu para olan ve parayla değerlendirilebilen uyumsuzluklarda olduğu gibi nisbi oranlar üzerinden yapılacak hesaplama için üst sınır getirilmiştir.

Bu durumda, Tarifenin kendi bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde vergi uyumsuzluklarında nisbi olarak hesaplanacak avukatlık ücretine dava konusu miktar baz alınarak üst sınır getirilmesine ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık görülmemiştir. (...)"

²⁹ Anılan ifade için bkz.29. dip not.

³⁰ İstikrar kazanmış bazı yargı kararlarından hareketle sırf vekâlet ücreti motivasyonu ile idareye işlem tesis ettirerek ve böylece normalde ihtilaf konusu edilmeyecek tutarlar için bile (0,03 Kuruş; 0, 95 Kuruş gibi) davalar açılmaktadır. Nitekim İstanbul Vergi Mahkemelerinde bu motivasyonla 2022 ila 2023 yılının ilk yarısında tek bir avukat tarafından her biri aşağı yukarı 0,5 Kuruş ile 3,00 TL arasında değişen tutarlarda aynı konuda 1.405 dava açılmıştır. (Kaynak: UYAP kayıtları.)

ücret sorunu değildir, ayrıca uygulamada çok düşük tutarlı ihtilaflara karşı³¹ sırf vekâlet ücreti motivasyonu ile davaların açılmasına sebep olmakla bir iş yükü sorundur. Böylece bu sorun, hem gereksiz yere mahkemelerin meşgul edilmelerine hem de önemli tutarlarda kamu kaynağının dava açılarak korunmak istenen hak (veya menfaate) göre orantısız ve yersiz heba olmasına neden olmaktadır.³²

Ayrıca burada AYM'nin yakın zamanda konuyla ilgili verdiği bir kararı da değerlendirmek gerekir. Zira vergi mahkemelerinde düşük tutarlı davalar için hükmedilen ve oransal olarak yüksek olan vekâlet ücreti sorununa çözüm arayışı olarak görülmesi gereken bu karar, Kayseri Vergi Mahkemesi ile İstanbul 3. Vergi Mahkemesi tarafından farklı zamanlarda AYM'ye yapılan itiraz başvuruları üzerine verilmiştir. Ancak AYM 23.01.2024 gün ve E:2021/58 K:2024/14 sayılı kararıyla, anılan Mahkemelerce iptali istenen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 31.10.1980 tarihli ve 2329 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 169. maddesinin "...avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz." hükmünü Anayasanın 2, 36 ve 141. maddelerine aykırı görmemiş ve başvuruyu ret etmiştir.

AYM anılan kararının anayasa ve hukuka uygun bir karar olduğunu ifade etmek gerekir. Zira Kanun hükmü "...tarifede yazılı miktardan az..." vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğini düzenlemekle çok genel bir çerçeve ortaya koymuştur. Üstelik bu çerçeve tüm yargılamaları içine alan soyut bir eksendir. Böylece vekâlet ücretinde adaletin kanun altı düzenlemelerle ve daha özel durumlar dikkate alınmak suretiyle tesis edilmesine imkân tanınmıştır. Bu da Kanunun, AAÜT'ün adil olması ve adil bir biçimde uygulanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu haliyle herhangi bir anayasa hükmü ile çatışmamaktadır. Nitekim karar da oy birliğiyle alınmıştır.

Ancak bununla birlikte AYM kararının bir paragrafı tam da çalışmanın özgülendiği noktaya ilişkin önemli bir gönderme yapmaktadır. Buna göre anılan kararın 79. paragrafı, düşük tutarlı idari ve vergi davaları için belirlenecek vekâlet ücretinin Tarifinin oluşturulma ve/veya uygulama biçiminin adaleti tesis edecek şekilde kavranmasını salık vermektedir. Buna göre:

"79. (...) Ayrıca kural kapsamında dava değerinin düşük olduğu yargılamalarda idare veya devlet aleyhine Tarifeye göre belirlenen sınırlar içinde

³¹ Bazen bu ihtilaflar idarelerin sevk iradeleri dışında bilinçli olarak yaratılmaktadır. Örneğin bir kambiyo işleminde BSMV tahakkuku yapılmaktadır. Bu tahakkuklar ise çok yüksek tutarlı alış ve satışlar istisna olmak kaydıyla çoğunlukla düşük tutarlı olmaktadır. Kişi istediği kadar kambiyo işlemi yapıp istediği kadar vergilendirme işlemine taraf olabilir. Taraf olduğu bu işlemi de idari davaya konu edebilir. Tabii, bu durum diğer tüm muamele ve işlem vergileri için de geçerlidir.

³² Tabii, bu sorun çift taraflıdır. Nitekim açılan davaların reddedilmesi halinde davacılar aleyhine hükmedilen vekâlet ücretinin korunmak istenen hakka göre yüksek olması, dava konusu tutara oranla davacı açısından hak arama hürriyetini daraltmakta; dava açmayı maliyetli bir hale getirerek bir erişim hakkı sorununa dönüşmektedir. AAÜT'ün vergi davaları için sorun teşkil eden boyutu işte bu şekildedir.

karar verilmesine imkân tanınması hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

Dolayısıyla AYM de hem yukarıda ifade edilen cümlesinde hem de söz konusu kararın satır aralarında düşük tutarlı idari ve vergi davaları için ödenen yüksek vekâlet ücretini, bir sorun olarak kabul etmiş ve çözüm olarak da Tarifenin oluşturulma ve/veya uygulanma biçimine işaret etmiştir. Hülâsa AYM’ye göre sorun vardır veya çıkabilir; ancak bu sorun, itiraz başvurusuna konu edilen Kanun hükmünden kaynaklanmamaktadır. Var olan ve/veya ortaya çıkacak olan sorunun çözümü Tarife yapımcılara ve bu Tarifeyi uygulayanların yaklaşımlarına bırakılmıştır. Zaten uygulamada dava konusu miktar kadar vekâlet ücretine hükmeden vergi mahkemeleri de bulunmaktadır.³³ Ancak mahkemelerin çoğu AAÜT’ü, hâlâ lafız ekseninde ve dar bir perspektifle ela almakta hak merkezli hukukun sunduğu bütüncüllüğü göz ardı etmektedir. Oysaki bireysel başvuru süreciyle birlikte hak merkezli hukuk anlayışı artık kaçınılmaz olarak dikkate alınması gereken yeni hukuk paradigmasıdır.

B. HAK MERKEZLİ DEĞİŞEN HUKUK PARADİGMASI EKSENİNDE İLGİLİ MEVZUATIN YENİDEN YORUMLANMA İHTİYACI

Bireysel başvuruyla birlikte sadece temel hak ve hürriyetlerin korunması değil, devletin tüm işlemlerinin hukuk içinde olup temel hak ve hürriyetlere saygılı olmasını gerekli kılan hukuk devleti, sosyal devlet ilkeleri gibi birçok ilkenin doğrudan uygulanması söz konusudur.³⁴ Anayasal düzeyde kabul ve ifade edilen bu ilkeler artık sadece anayasa hukukçularını ya da kanun yapımcıları değil, tüm devlet organları diğer bir ifadeyle kamu kudreti kullanan tüm mercilerin doğrudan gözetmesi ve hayata geçirmesi gereken ilkeler haline gelmiştir.

Bu kapsamda anayasal düzeyde kabul edilen ilkelere biri de yukarıda kısaca değinilen Anayasanın 36. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkıdır. Adil yargılanma hakkı veya yargılamanın adil olması ilkesi, esasen yargılama faaliyetinin bütününe adil olmasını

³³ Nitekim gerekçelerde farklılıklar olsa da şu kararlarda, Tarife anayasal düzeyde hak merkezli yorumlanarak dava konusu tutarla sınırlı vekâlet ücreti verilmiştir:

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi E:2023/1589 K:2023/2637 T: 14.11.2023;

İstanbul 4. Vergi Mahkemesi E:2022/2149 K:2023/1378 T: 31.05.2023;

İstanbul 6. Vergi Mahkemesi E:2023/1598 K:2023/2527 T: 29.11.2023.

Ancak maalesef mahkemelerin çoğu AAÜT’ü, hâlâ lafız ekseninde ve dar bir perspektifle ela almakta hak merkezli hukukun sunduğu bütüncüllüğü göz ardı etmektedir.

İstanbul 15. Vergi Mahkemesi E:2023/1719 K:2024/59 T: 29.01.2024 (www.uyap.gov.tr).

³⁴ Anayasanın “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2. maddesi: “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*”

gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle yargılamaya ilişkin tüm aşama ve durakların hem kendi içinde hem de yargılama faaliyetinin bütünü içinde adil olmasını gerektirmektedir. Bu itibarla yargılamanın adil bir sonuçla neticelenmesi kadar neticenin sonunda ortaya çıkan dava maliyetinin de dava konusu tutarla orantılı ve adil olması da önemlidir. Dolayısıyla dava konusu uyumsuzluğun parasal değeri düşük olduğu halde, bu davadan kaynaklı yargılama giderlerinin ya da davanın maliyetinin dava konusu tutardan fazla olması hiçbir şekilde adil olmayacaktır. Adil olmayan bu süreç hem adil yargılanma hakkının ihlali hem de bu hak ile güvence altına alınan diğer hakların ihlaline neden olmaktadır.³⁵ Vergi davalarında bu çoğunlukla mülkiyet hakkıdır. Esasen bu durumu şöyle de izah etmek mümkündür: Açılan her bir dava aynı zamanda, sonunda bir tarafın katlanması gereken bir maliyet yaratmaktadır. Çıkan bu maliyet, adli yardım müessesesinin oluşturduğu takdire dayalı istisna halleri³⁶ dışında, taraflardan en az biri üzerinde kalmaktadır. Şu hâlde parasal değeri olup da düşük tutarlı olan davaların taraflara maliyeti dava açılarak korunmak istenen hak (ve/veya menfaatten) daha fazla olması; mantıki tutarlılıktan uzak olduğu gibi hakkaniyetten de uzak bir sonuca işaret etmektedir. Zira böylesi bir

³⁵ Ahmet Baş [GK] Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/4274, K.T. 17.05.2023 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>). Kararın ilgili kısımları şöyledir:

“59. İkinci olarak 2019 yılı için yürürlükte bulunan AAÜT'nin 13. maddesinde dava konusu para veya para ile değerlendirilebilen hâllerde dava değeri üzerinden maktu vekâlet ücretinin altında kalmamak kaydıyla tarifinin üçüncü kısmına göre nispi vekâlet ücretinin belirleneceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise anılan konuya ilişkin bir istisna getirilmiştir. Buna göre belirlenen nispi vekâlet ücreti, dava konusu kabul edilen veya reddedilen miktarı geçemez. Nitekim konuya ilişkin Yargıtay kararlarında da belirlenen nispi vekâlet ücretinin dava konusu kabul edilen veya reddedilen miktarı geçemeyeceği belirtilmiştir (bkz. §§ 28,29). Ancak Mahkeme dava değerinin reddedilen kısmının üzerinde olacak biçimde başvuru aleyhine vekâlet ücretine hükmetmiştir.

60. Bu bağlamda Mahkemece -1136 sayılı Kanun'un 169. maddesi uyarınca bağlayıcı olan AAÜT ile konu hakkındaki Yargıtay içtihadı da gözetildiğinde- ortak bir sebebe dayanılarak reddedildiği anlaşılan davada davalılar lehine ayrı ayrı ve davanın reddedilen kısmını aşar şekilde vekâlet ücretine hükmedilmesinin kanuni dayanağı gösterilememiştir.

61. Son olarak 6100 sayılı Kanun'un 326. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa yargılama giderlerinin tarafların haklılık oranına göre paylaşılacağı yönündeki hükme rağmen Mahkemenin vekâlet ücreti dışındaki yargılama giderlerini taraflar arasında nasıl paylaştığı da anlaşılamamıştır. Bu çerçevede Mahkemece hüküm verilirken davanın hem tazminat hem de el atmanın önlenmesi yönünden açıldığının dikkate alınıp alınmadığı belli olmadığı gibi hüküm yerinde gösterilen oranların neye göre belirlendiği de açıklanmamış, netice olarak söz konusu yargılama giderlerinin tarafların haklılık durumuna göre paylaşılıp paylaşılmadığı belirsiz kalmıştır.

62. Başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yapılan bu müdahalenin kanuni dayanağı Mahkemece ortaya konulamamıştır. Dolayısıyla kanunilik ölçütü yönünden mahkemeye erişim hakkının ihlali edildiği sonucuna varılmıştır.”

³⁶ Adli yardım müessesesinde HMK'da yapılan 11.4.2013 tarihli 6459 sayılı Kanunun 24.maddesi ile eklenen ikinci fıkra ile adli yardım talebinin kabul edildiği davalarda, şayet kişi davayı kaybedip yargılama giderlerine mahkûm edilmesi gerekse bile söz konusu giderleri hazine üzerinde bırakılabilir.

durumda, davaya ilişkin yargılama giderinin davayla korunmak istenen hak ve/veya menfaatten yüksek olması hak arama sürecinin kendisini bir mülkiyet hakkı sorununa dönüştürmektedir.³⁷ Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin 9.5.2019 gün ve 2016/9364 başvuru numaralı *Sadettin Ekiz* kararında, dava konusu tutara ve varılan sonuca göre yüksek oranda belirlenen vekalet ücretinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁸

Öyleyse bireysel başvuru süreciyle birlikte mahkemeler artık bu türden sorunları anayasal zeminde ele almak zorundadır. Tüm yorum ve pratiklerinde olduğu gibi AAÜT'ün hazırlanmasından yorumlanıp uygulanmasına kadar artık değişen hukuk paradigmasına, daha açık bir ifadeyle hak merkezli yeni hukukun değerlerine göre hareket edilmelidir.³⁹ Esasen bu tutum, sadece iş bu çalışmaya konu edilen AAÜT ekseninde ve vergi davaları özelinde karşılaşılan sorun için değil, bu ve benzeri karşılaşılan tüm hukuki sorunlar için benimsenmelidir.

³⁷ Nitekim AYM, kamulaştırmaz el atmalara ilişkin davalarda, davanın sonucuna göre haklılık oranına göre yargılama gideri ve vekâlet ücreti hükmedilmesine ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinin 2. fıkrasının "*kamulaştırmaz el atma sebebine dayalı tazminat davaları*" yönünden iptaline ilişkin 30.11.2023 gün ve E:2023/101 K:2023/207 sayılı norm denetimine ilişkin verdiği kararda bu konu şu şekilde ifade edilmiştir:

"58. *Kamulaştırmaz el atma sebebine dayalı tazminat davalarında malike yüklenecek külfet nedeniyle taşınmazın gerçek karşılığı ödenmeden idare adına tescil edilmesi sonucunu doğurabilecek herhangi bir hüküm Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen gerçek karşılığın ödenmesi güvencesi ile bağdaşmayacaktır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Kübra Yıldız ve diğerleri, [GK], B. No: 2018/32734, 28/7/2022, § 61). Bu bağlamda söz konusu davaların kısmen kabulüne karar verildiği hâllerde kural uyarınca davacının yargılama giderlerinin bir bölümünden sorumlu tutulması taşınmazın gerçek karşılığını elde edememesine yol açabilecek niteliktedir.*

(...)

60. *Açıklanan nedenle kural, kamulaştırmaz el atma sebebine dayalı tazminat davaları yönünden Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."*

³⁸ Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"70. *Sonuç olarak taşınmazı kamulaştırılan başvuruçunun satın alma usulündeki bedeli kabul etmediği olayda derece mahkemelerince daha yüksek bir bedelin tespit edilmesi başvuruçunun söz konusu davayı açmasında haksız olmadığını göstermektedir. Öte yandan kamulaştırmayı yapan idareye başvuruçunun vekâlet ücreti ödemek zorunda bırakılması kamulaştırma bedelinin önemli ölçüde azalmasına sebebiyet vermiş olup bu sonuca başvuruçunun davranışının yol açtığı gösterilemediğinden müdahale başvuruçuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemektedir. Bu sebeple müdahalenin dayandığı kamu yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil denge başvuruçuyu aleyhine bozulmuş olduğundan başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçüsüzdür.*

³⁹ Hak merkezli hukuk anlayışının noktasında: Süleyman Akdemir, "Hak Merkezli Yenilikçi Hukuk Düşüncesi" Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, C.5, S.3, Temmuz 2017, s. 208-216.

C. ANAYASAL EKSENDE HAK MERKEZLİ ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yargılama maliyetlerinin yüksek olması, davanın açılıp açılmayacağına karar verilirken dikkate alınan hususlardan biridir. Bu durum pek tabii vergi mahkemeleri nezdinde açılan davalar için de geçerlidir. Davanın yüksek maliyetli olması ise kişinin mahkemeye erişim hakkını zorlaştırıcı bir etki doğurmaktadır. Zira her ne kadar davanın lehe sonuçlanması halinde katlanılan maliyet (yargılama giderleri) karşı taraftan tahsil olunmaktaysa da davanın görüm ve çözümü için gerekli tüm masraf ve harçlar ilk anda davacılarından talep edilmektedir. Avukatlık vekâlet ücreti ise açılacak bir davada önemli ve sonsal bir maliyet unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰ Dolayısıyla bir kişinin açacağı idari bir dava için ilk aşamada daha önce ifade edilen birçok kalemden oluşan giderlere katlanması gerekmektedir. Katlanılan bu giderlerin ise, bu giderleri ihdas eden makam olan Meclis tarafından düşük belirlenmesi, bu giderlere karar veren mahkemelerin de bu gider kalemlerini artırmadan karar verme bilinci içinde hareket etmesi; hatta tarafların bile hükme ulaşma yolunda gereksiz zaman, emek ve para kayıplarının önlenmesi noktasında mahkemeye yardımcı olacak bir tutum sergilemeleri gerekmektedir. Böylece yargıdan talep edilen hukuksal korunma daha ekonomik, daha erişilebilir ve davanın sonucu itibariyle kaybeden taraf için de daha adil olacaktır.

Nihai olarak Anayasanın 141/4. maddesinde yer alan usul ekonomisi ile yine Anayasanın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma ilkelerinin hayata geçirilmesi için de yargılama faaliyetinin herhangi bir taraf için hedeflenen hukuki yararın üstünde bir külfete dönüşmemesi gerekir. Bunun için yapılması gerekenler, mevcut duruma ve yapılacak mevzuat değişikliğine göre iki başlık altında incelemek mümkündür.

1. Mevcut AAÜT'ün Değişen Hak Merkezli Yeni Hukuk Paradigmasına Göre Yorumlanması

Yukarıda da ifade edildiği üzere bireysel başvuru süreciyle hukukumuzda yaşanan değişimin bir gereği olarak mevcut mevzuatın yeniden ve yeni bir bakış açısıyla yorumlanarak Anayasa'da ön görülen adil ve ekonomik yargılama ilkeleri hayata geçirilmek suretiyle birçok sorun aşılabılır. Nitekim Anayasanın 138. maddesinin hâkimlerin *anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre* karar verecekleri hükmü, bireysel başvuru sisteminin bir sonucu olarak Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir bir hal almıştır. Dolayısıyla bireysel başvuru; mahkemeler açısından anayasal ilke ve kurallar doğrudan uygulanması gereken bir hukuk anlayışı sunmasının yanı sıra kanunların ve kanun altı düzenlemelerin de bu yeni bakış açısının dönüştürücü etkisiyle ele alınmasını gerektiren bir

⁴⁰ Uygulamada avukatlık vekâlet ücretleri ise iki yönteme göre belirlendiği görülmektedir. Bunlardan biri akdi vekâlet olup, bu tutar kişilerin avukattan talep ettiği hukuki yardımın davanın sonucundan bağımsız olarak avukatla karşılıklı belirlenmektedir. Diğer ise karşı vekâlet olup, teknik olarak kişilerin dava açmadan önce kendilerini avukatla temsil ettirmeleri nedeniyle katlandıkları avukatlık ücretinin karşılığı olarak mahkemelerce hükmedilmektedir. Ancak karşı vekâlet, bazı durumlarda akdi vekâlet olarak da belirlenebilmektedir.

dönem başlatmıştır. Denilebilir ki bu yeni dönemde, tüm hukuki tasarrufların temel hak ve hürriyetleri ihlal etmemek ve korumak gibi içsel bir sorumluluğu bulunmaktadır. Artık her hukuki tasarrufta görünen amacın altında sürekli olarak dikkate alınması gereken temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik ihmal edilemez saklı bir amaç bulunmalıdır. Esasında bu şu demektir: İdari ve/veya yargısal bir tasarruf, öngördüğü amaç ne olursa olsun asla anayasa ve taraf olunan sözleşmeler kapsamında kalan hiçbir temel hak ve hürriyet hilafına bir uygulamaya ve/veya sonuca sebebiyet veremez, vermemelidir.⁴¹ Anayasal ilke ve kurallar artık tüm hukuki iş ve işlemleri denetimi altına almıştır.

Mevcut duruma göre vergi mahkemelerinde vekâlet ücretinin soruna dönüşmesi, konusu itibariyle parasal açıdan yüksek tutarlı davalar için değil; maktu vekâlet ücretinin altında kalan düşük tutarlı davalar için söz konusudur. Zaten konusu para olmayan ya da parasal değeri yüksek olan davalar için AAÜT'ün tablolar kısmının ikinci kısım birinci bölümdeki düzenleme, vergi mahkemelerinin daha erişilebilir, hukuka uygunluk denetiminin daha yaygın ve ekonomik olmasını sağlamaktadır. Bu yönüyle 1136 sayılı Kanununun 168. maddesinde çizilen eksenle de uyumludur. Ancak sorun yukarıda da değinildiği üzere parasal değeri AAÜT tarifesinin anılan

⁴¹ Bu konuda AYM'nin Deniz Yavuncu ve diğerleri [GK] kararı oldukça önemlidir. Kararda bir hukuki uyuşmazlık çözüme kavuşturulurken temel hak ve hürriyetlerin korunması noktasında nasıl bir tutum sergilenmesi gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir:

“35. Buna karşın somut başvurularda ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay, bireysel başvuru öncesi yapılan yargılama sırasında Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında bu davada uygulanan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönünde bir itiraz başvurusunda bulunmamıştır. Bununla birlikte yeniden yapılacak yargılamada anılan Anayasa hükmü çerçevesinde davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönünde itirazda bulunulabilmesi mümkün görülmüştür (Hulusi Yılmaz, § 53).

36. Diğer taraftan yeniden yapılacak yargılamada uygulanacak kanun hükmünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşma hükümlerine aykırı olması durumunda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınarak uyuşmazlığın çözülebileceğine yönelik Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü de uygulama alanı bulabilir (Hulusi Yılmaz, § 54). Ancak yukarıda da izah edildiği üzere Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırı olan normun iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması, olayın koşulları dikkate alındığında daha doğru bir yol olarak ortaya çıkmaktadır.

37. Bu durumda eldeki başvurularda tespit edilen hak ihlalinin ve sonuçlarının yukarıda belirtilen şekilde ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Bu kapsamda kararın gönderildiği yargı mercilerince yapılması gereken, yeniden yargılama işlemlerini başlatmak ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar vermektir. Temel haklara yönelik Anayasa'ya aykırı müdahalelere engel olamadığı Anayasa Mahkemesince tespit edilmiş bir kanun hükmüne göre karar verilemeyeceği açık olduğundan mahkemeler;

- Yeniden yapacakları yargılama sırasında Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında bu davada uygulanan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yönünde Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunmalı yahut Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmünü gözönünde bulundurarak milletlerarası anlaşma hükümlerini esas almak suretiyle uyuşmazlığı çözmelidir.”

Deniz Yavuncu ve diğerleri [GK] Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2018/5126, K.T. 23.02.2023 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>).

kısımında belirtilen maktu ücretin altında kalan düşük tutarlı vergi davalarında yaşanmaktadır.

Çözüm ise AAÜT'ün anayasanın yukarıda ifade edilen hüküm ve ilkeleri ekseninde hak merkezli ele alınması ve AAÜT'ün 13. maddesinde de ifade edilen ana eksenin bir destek norm olarak kabul edilmesidir. Diğer bir anlatımla çözüm, hak merkezli yeni hukuk paradigmasının dönüştürücü etkisiyle vergi mahkemelerinin vekâlet ücret politikasında, vergi mahkemelerinde bir davada verilen hükme göre tam yargı özelliği gösteren iade ve/veya belirli bir tutarın ödenmesine ya da ödenmemesine karar verilen davalarda Tarifenin 13. maddesinin uygulanması ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan konusu para olan davalar için benimsediği istisna anlayışının hayata geçirilmesidir. Daha açık bir ifadeyle söz konusu maddenin 2. fıkrasında ifade edilen hükmedilecek avukatlık vekâlet ücretinin hiçbir şekilde dava konusu tutarı geçmeyeceği kuralı, vergi davalarının tam yargı özelliği gösteren tiplerinde genel uygulama haline getirilmelidir.⁴²

Tarifeye ve mevcut yaygın uygulamaya bakıldığında sanki tarifenin 13/2 madde hükmünün vergi mahkemelerinde uygulanma kabiliyetinin bulunmadığı düşünülebilir. Ancak bu düşünce, Tarifenin lafzına uygun görünmekle birlikte erişim hakkı ekseninde adil yargılanma hakkı ile yargılamanın ekonomikliği ilkesine aykırıdır. Sonuçları itibariyle de orantısız ve gayri adildir. Zira bu düşüncenin kabulüyle değeri milyonları bulan bir vergi uyumsuzluğunu maktu vekâlet ücreti belirlenmesini şart koşup adil bir yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı için ekonomik ve rasyonel bir vekâlet ücreti politikası ortaya koyan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin gözettiği adalet ve hakkaniyet anlayışı, değeri kuruşlarla ifade edilen davalar için maktu vekâlet ücretinin hükmedilmesiyle terk edilmiş bulunmaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki uygulamada söz konusu mahsuru dikkate alarak, verilen mahkeme kararları da bulunmaktadır.⁴³ Bu konuda İstanbul 6. Vergi Mahkemesinin 30.11.2023 gün ve E:2023/1555 K:2023/2664 sayılı kararının vekâlet ücreti için esas aldığı gerekçesinin ilgili kısımları kayda değerdir:

"Hak arama özgürlüğü Anayasanın 36. maddesinde düzenlendiği gibi Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkının (mahkemeye erişim hakkının) da bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 17/11/2022 tarihli Fatih Emekli Başvurusu (Başvuru Numarası: 2019/26269) kararında; "20. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkında sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer

⁴² Burada AAÜT maktu tutarın altındaki tüm vergi davalarında miktarı geçmeyen vekâlet ücretine hükmeden mahkeme kararlarının da bulunduğunu ifade etmek gerekir: İstanbul 15. Vergi Mahkemesi uygulaması.

⁴³ İstanbul 6. Vergi Mahkemesi E:2023/1555 K:2023/2664 T: 30.11.2023, İstanbul 6. Vergi Mahkemesi E:2023/1656 K:2023/2631 T: 30.11.2023 (www.uyp.gov.tr)

yandan Anayasa'nın 36. maddesine adil yargılanma ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (Sözleşme) yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1 numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (Özakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No:2014/13156, 20/04/2017,34)." ifadelerine yer verilmiştir.

(...)

Dolayısıyla uyuşmazlık konusu tutar dikkate alınmaksızın 1136 sayılı Kanun'un 169. maddesinde yer alan; yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamayacağı hükmü doğrultusunda tarifede belirlenen maktu vekâlet ücretine hükmedilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AIHS) düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkında ölçülü olmayan şekilde kısıtlama getireceği gibi Anayasanın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğüne de uygun düşmeyecektir.

Netice itibarıyla; ilke olarak Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkra hükmü uyarınca, 1136 sayılı Kanun'un 169. maddesinin uygulanmasının, adil yargılanma hakkının alt ilkesi olan mahkemeye erişim hakkına aykırı sonuçlar doğuracağı sonucuna ulaşıldığından; Anayasa koyucunun iradesine uygun olarak, 1136 sayılı Kanun'un 169. maddesi hükmünün uygulanmasının, TBMM tarafından temel hak ve özgürlüklere ilişkin kabul edilen milletlerarası andlaşma niteliğinde olan ve uygulanma önceliği bulunan AIHS'nin 6. maddesine aykırılık taşıyacağı, başka bir ifadeyle Tarifede yer alan maktu vekâlet ücretinin altında kalan tutarlardaki uyuşmazlıklarda, mahkemece hükmedilecek vekâlet ücretinin uyuşmazlık konusu tutarı geçemeyeceği ve hükmedilecek vekâlet ücretinin uyuşmazlık konusu tutarla sınırlı olması gerektiği sonucuna ulaşılmış olup, bu yönde yapılacak değerlendirme hem hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının tesisi hem de idari yargının varlık sebebi olan hukuk devleti ilkesinin tesisi yönünden de uyumlu olacaktır. Nitekim Tarifenin 11, 12, 13 ve 14. maddelerinde de bu yönde düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca Tarifede yer alan maktu vekâlet ücretinin altında kalan tutarlardaki uyuşmazlıklarda uyuşmazlık konusu tutarla sınırlı olarak vekâlet ücreti takdir edilmesinin, uyuşmazlık konusu tutarın davanın değerini belirlemesi nedeniyle davanın tarafları açısından adil ve hakkaniyete uygun bir hukuki sonuç doğuracağı da açıktır."

Anlaşılabacağı üzere Mahkeme kararında konuyla ilgili mevzuatı ve mevzuatın muğlak yanlarını da dikkate alarak hak merkezli bir değerlendirme yapmış ve dava konusu edilen parasal tutar (uyuşmazlık konusu tutar) kadar vekâlet ücretine hükmetmiştir. Böylece dava konusu tutarla orantılı, adil bir vekâlet ücreti belirlemesi yapmıştır.

Hak ve adalet merkezli anlayışın uygulamadaki yansımalarından biri bu karar olmakla birlikte konuya teorik açıdan da bakıldığından aynı sonuca varılması yeni hukuk paradigmamız açısından kaçınılmazdır. Bu kapsamda AAÜT'ün 13/1. maddesi ele alınması durumunda şu görülecektir:

“Bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise”
(Sonuçta kurulan hükme bakılmaksızın vergi davaları teknik olarak bu kapsamda kalmaktadır.)



“Avukatlık ücreti, davanın görüldüğü mahkeme için bu Tarifenin ikinci kısmında belirtilen maktu ücretlerin altında kalmamak kaydıyla bu Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir.”
(Vekâlet ücretin belirlenmesinde ana kural ve onun alt sınır olarak maktu ücretin esas alınacağını ön gören **kural içi istisna**)



“Ancak, **hükmedilen ücret kabul veya reddedilen miktarı geçemez.**”
(Maktu ücretten az olamayacağına ilişkin yukarıda ifade edilen kural içi istisnanın dikkate alınmayacağına ilişkin kural içi ikinci istisna; yani **istisnanın istisnası**)

Görüldüğü üzere AAÜT'ün 13. maddesinin ikinci fıkrası, kural koyan birinci fıkranın sınırlarını belirleyen ve esasında adil olanı da işaret eden bir düzenleme içermektedir. Söz konusu 13. maddedeki kurala getirilen istisnalarla adil ve hakkaniyetli bir vekâlet ücreti politikası ortaya konmuştur.

Bu çerçevede anılan hükmün ilk kısmında ifade edilen durumlarda yani davanın “konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise” ifadesi, çoğu vergi davası için de geçerlidir. Dolayısıyla her yıl yayımlanan tarifelerde varlığını koruyan AAÜT 13/2. maddesinin çizdiği ana eksenin konusu para

ile değerlendirilebilen vergi davalarının adil bir biçimde neticelendirmesi için uygulanabilir olduğunun kabulü gerekir.⁴⁴

Yukarıda ifade edilen duruma ek olarak AAÜT'ün 13. maddesinin vergi yargılaması noktasında uygulanma sınırlarını belirlemek adına bir hususu daha ifade etmek gerekir. Zira AAÜT 13. maddesini ve dolayısıyla Tarifenin nispi vekâlete ilişkin tablolar kısmının üçüncü alt kısmını, konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise vergi davalarının tümüne uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Diğer bir anlatımla konusu para olan -belirli bir parasal edimi taraflara mahkûm eden ya da bu yönde bir istemi karara bağlayan- tüm vergi davalarında maktu değil nispi vekâlet ücretine hükmedilmelidir, denilebilir. Ancak bu yorum, hem AAÜT'ün tablolar kısmının ikinci alt kısmında yer alan açık düzenleme gereği hem de yukarıda anayasal ilkeleri verilen, hak merkezli hukuk anlayışının unsurları olan adil ve hakkaniyetli bir yargı pratiğinin gerekleri mucibince kabul edilebilir değildir. Zira burada bazı vergi davaları özelinde mevzuat eksensli yapılan yorumun ürettiği adil ve orantılı olmayan sonucun yine mevcut mevzuata ancak yeni hukuk paradigması ekseninde çözümlenmesi söz konusu olduğundan konu eksensli ve hak merkezli bu yorumun dar bir alanda tutulması gerekir. Nitekim AAÜT'ün ilgili genel uyumu gözetildiğinde, istenen adil ve hakkaniyetli bir vekâlet politikasına erişmek mümkündür.

Bu kapsamda Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin vergi davalarına olan genel yaklaşımı, yüksek tutarlı vergi davalarının maliyetini azaltmak olduğu düşünüldüğünde adalet ve hakkaniyet ekseninde ve anayasal çerçevede yapılacak ve hatta yapılması zorunlu olan "inşai yorum" sadece düşük tutarlı vergi davaları için gerekli olduğu sonucuna varılacaktır. Zira burada anahtar konumda olan düzenleme AAÜT'ün 13/2.maddesinde ifade edilen nihai kararlarda hükmedilecek olan vekâlet ücretinin dava konusu tutarı geçemeyeceğidir. Bu düzenleme hakkaniyetli, adil olmasının yanı sıra anayasanın ekonomik yargılama ilkesinden adil yargılanma hakkına kadar birçok hususta hukukun tecellisine vasıtaadır. Şu hâlde AAÜT 13. maddesinin ve dolayısıyla göndermede bulunduğu Tarifenin üçüncü kısmının tüm vergi

⁴⁴ Bakıldığında karşımızda, karışık gibi görünen ve istisna-kural karşılaştırmasını gerekli kılan bir yapı durmaktadır. Bu kapsamda vergi davaları için getirilen ilk istisna konusu para olsa bile maktu ücretlendirilmesine ilişkindir. İkinci istisna nispi vekâlet ücreti hükmedilirken bunun maktu vekâlet ücretinden az olmayacağına ilişkindir. Buna göre Tarifenin açıkça ikinci kısmının ikinci bölümü kapsamında kalmakla birlikte yine Tarifenin üçüncü kısmının teori ve uygulama ekseninde kalan uyumsuzluklarda vekâlet ücretinin nispi belirlenmesi gerekmele birlikte; belirlenen bu vekâlet ücreti tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde belirlenen maktu ücretten az olmayacaktır. Ancak 13. maddenin devam eden 2. fıkrası da burada ifade edilen duruma bir istisna getirmiş ve burada hükmedilecek vekâlet ücretinin hiçbir şekilde dava konusu miktarı geçemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre ilk bakışta Tarifenin ikinci kısmının birinci bölümünde kaldığı düşünülen bir davada, uyumsuzluk şayet Tarifenin üçüncü kısmında ifade edilen şekilde bir hüküm ile çözüme kavuşturulacaksa, vekâlet ücreti maktu tutardan az olmamak kaydıyla nispi vekâlet ücreti belirlenmesi yapılacak ancak hükme bağlanacak tutar maktu vekâlet ücretinden de az ise bu kez sadece miktar kadar vekâlet ücretine hükmedilecektir.

davaları için uygulanmaması gerekir. Yüksek tutarlı vergi davaları için ki bu davalar iptal davası da olsa tam yargı davası da olsa veya her iki dava özelliğini de taşısa, mevcut haliyle vekâlet ücretinin tutarına ilişkin bir sorun oluşmamaktadır.

Vergi davaları için vekâlet ücreti için *üst sınır maktu olarak belirlendiğinden* Tarifenin tablolar kısmının üçüncü alt kısmında ifade edilen kademeli vekâlet ücret belirlenmesi bu davalar için yapılamayacaktır. Bu hem hak merkezli hukuk yorumunun hem de Tarifenin lafzının bir sonucudur. Bu bağlamda ifade ettiğimiz söz konusu yaklaşım ya da inşai yorum, sadece düşük tutarlı ve tam yargı davası özelliği gösteren vergi davaları için dar bir eksen de değerlendirilmelidir.⁴⁵

2. Mevzuat Değişikliğiyle

Şayet yukarıda ifade edilen yorum endeksli çözüm önerisi karışık ve biraz da zahmetli bulunursa; AAÜT'ün 13/2. maddesinde yer alan *“Ancak, hükmedilen ücret kabul veya reddedilen miktarı geçemez.”* düsturu, tarifenin tümüne geçerli olacak şekilde tarifelerin düzenlenmesi, bu konuda yaşanan duraksamaları ortadan kaldıracak ve diğer davalarda olduğu gibi vergi davalarında da daha adil orantılı bir yargılama gideri oluşmasını sağlayacaktır. Öyle ki avukatlık tarifelerinin üst normu olan 1136 sayılı Kanunun vergi uyuşmazlıklarında üst sınırı belirleyen 168. maddesinin hiçbir yerinde bu yönde yapılacak bir düzenlemeye engel bir hüküm bulunmamaktadır.

Öte yandan soruna kanun değişikliğiyle de çözüm getirilebilir. Böylece tüm muğlak alanlar kanun düzeyinde bertaraf edilmiş olur Bu takdirde 1136 sayılı Kanunun 168. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *“Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak*

⁴⁵ Tartışmayı şu şekilde ifade etmek de mümkündür: Vergi davalarının tümü için mi Tarifenin 13. maddesine müracaat edilmelidir? Esasen cevap yukarıda verilmiş olmakla birlikte şu şekilde de cevaplandırılabilir: Hayır, tüm vergi uyuşmazlıkları için Tarifenin üçüncü kısmı uygulanamayacaktır. Yukarıda yapılan analiz maktu vekâlet ücretinin altında kalan vergi uyuşmazlıkları için olup bunlarında -talebe bağlı olarak- bir miktarın iadesine (veya reddine) karar verilmesi gerekenlerle sınırlıdır. Zira vergi mahkemeleri için zaten özel düzenlemeler söz konusu olup bunlar da tarifenin ikinci kısmının bir ve ikinci bölümlerinde ifade edilmiştir. Burada tartışılan ise Tarifenin ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümünde maktu vekâlet ücretine bağlanan uyuşmazlıklar içinde özellik arz eden yani söz konusu kısımlara göre ücretlendirildiğinde dava konusu talebe nispetle adil, orantılı, ölçülü bir vekâlet ücreti politikası öngörmeyip, erişim hakkını zorlaştırıp gereksiz dava yığınının sebebiyet veren, sonuçlarıyla itibarıyla de taraflara orantısız bir maliyete dönüşen maktu vekâlet ücretinin altında kalan vergi uyuşmazlıklardır. Sorunun sınırları bellidir. Çözüm de bu sınırlar içinde kalmalıdır. Zira dar kapsamlı bir soruna geniş açılı perspektiflerle çözüme kavuşturmaya çalışmak yeni sorunların doğmasından başka bir işe yaramayacaktır.

belirlenir.” ifadesinden sonra gelmek üzere “Belirlenecek tarifede dava değerinden daha fazla vekâlet ücreti belirlemesi yapılamaz” gibi bir hüküm getirilebilir. Böylece bazı vergi yargı mercilerinin vergi yargısında maktu ücretten aşağıda vekâlet ücreti hükmedilemeyeceğine ilişkin tereddütleri ortadan kaldırılır. Hatta Kanunda yapılacak böylesi bir düzenlemeden sonra AAÜT’te ayrıca bir düzenlemeye de gerek olmayacaktır.

SONUÇ

Bireysel başvuru süreciyle birlikte temel hak ve hürriyetlerin ve anayasal ilkelerin her hukuki tasarrufun içinde gözetilmesi gereken bir öz oluşturması ile artık hukukumuzda ciddi bir dönüşüm yaşanmaktadır. Artık hukukumuz hak merkezli bir anlayışla hızla dönüşmektedir. Bu da beraberinde tüm hukuki sorun ve meseleleri bu yeni bakış açısına göre ele alıp değerlendirmeyi gerektirmektedir. Aksi takdirde anayasal çizginin uzağına düşülüp temel hak ve hürriyetlerin ihlaline neden olunmaktadır. Bu durum çerçevesinde vergi mahkemelerinde önemli bir dosya yekünü oluşturan ve AAÜT asgari ücret tarifesindeki maktu vekâlet ücretinin altında kalan bazı vergi davaları için hükmedilen vekâlet ücreti, anayasal bir soruna dönüşmüş durumdadır. Zira bireysel başvuru öncesindeki hukuki zemine göre oluşan yaygın vekâlet ücreti politikası hem AAÜT düzeyinde hem de mahkeme düzeyindeki uygulamaları ile haksız ve orantısız sonuçlara neden olmaktadır. Dolayısıyla artık bu yeni dönemde vergi mahkemelerinde dava konusu tutarı geçmeyecek şekilde vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir. Bu, temel hak ve hürriyetleri merkeze alan yeni hak merkezli hukuk paradigmasının bir gereğidir. Bunun için ise iki yol takip edilebilir. Birincisi mevcut mevzuatın bireysel başvuru ile değişen hak merkezli hukuk ekseninde yeniden ele alınıp yorumlanmasıdır. Böylece mevcut düzenlemeler, anayasal ekseninde yeniden ve tabi ki hak merkezli bir bakış açısıyla yeniden ele alınmakta ve hak kayıplarına neden olacak yorum ve uygulamalardan sakınılmaktadır. İkinci ise ve daha az yorum ve dolayısıyla daha az risk barındıran AAÜT ve/veya 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda yapılacak değişikliklerdir.

Bu itibarla yukarıda ifade edilen anayasal yorum ekseninde oluşan yeni uygulamanın yaygınlaştırılması suretiyle veya yapılacak muhtemel bir yasal düzenlemeyle hukuk adına şu kazanımlar söz konusu olacaktır:

- Tam yargı özelliği gösteren düşük tutarlı vergi uyuşmazlıklarının salt vekâlet ücreti nedeniyle davalara dönüştürülüp mahkemelerin önüne taşınmasına engel olunacaktır. Böylece normal şartlarda kuruşla ifade edilip dava konusu edilmeyecek tutarların, davanın sonunda kazanılacak vekâlet ücreti motivasyonu ile dava konusu edilmesinin ve böylece mahkemelerin iş yükünün gereksiz artırılmasının ve mali hazinenin yersiz vekâlet ücretine mahkûm edilmesinin önüne geçilecektir. Emek ve para dâhil birçok kamu kaynağının heba olmasına engel olunacaktır.

- Özellikle de bu tür davaların uygulamada ciddi dosya yığını oluşturup yüksek sayılara ulaştığı da dikkate alındığında, bu dosyalarda yaşanacak bir azalma mahkemelerin zaman ve emeğini daha önemli dosyaların daha adil yargılamalarla çözüme kavuşturmasına destek olacaktır.

- Ekonomik olarak, dava değer ile orantılı olmayan ve taraflar için orantısız maliyete dönüşen vekâlet ücretlerinin taraflar için haksız kazanç ve/veya kayıp vasıtası olmasının önüne geçilecektir.

- Ayrıca vergi mahkemelerinde mali idarelerin iş ve işlemlerinin hukuka uygunluğu denetlendiğinden olası bir ret kararında düşük tutarlı dosyalarda maktu ücret üzerinden vekâlet ücretine hükmedilmesi, davacılar açısından erişim hakkı bağlamında da sorunlara neden olduğundan bu tür ihlallerin de önüne geçilecektir.

KAYNAKÇA

Acinöroğlu S, “Vergi Davasının Hukuki Niteliği”, C.23, S.3, 2009, Ankara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, ss. 191-207

Ağar S, “Vergi Davalarının Hukuki Niteliği”, S.62, 2006, TBB Dergisi, ss. 262-297.

Akdemir S, “Hak Merkezli Yenilikçi Hukuk Düşüncesi”, C.5, S.3, Temmuz 2017, Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, ss. 207-224

Aydın M, “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin Eleştirisi”, S.63, Y.2006, TBB Dergisi, ss. 72-95

Çayan G, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, S.28, Y.7, Ekim 2016, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 235-271

Dursun H, “Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davaların Kuramsal Niteliğini Saptayabilmek”, S.78, 2008, TBB Dergisi, , s. 227-286

Doğru O/Nalbant A; İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt. 1, s. 620-630.

Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt:3, İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, 1966, İstanbul

Turmançil C, “Vergi Davasının Hukuki Niteliği, Ankara Üniversitesi”, C. 39, S.1-4, Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 125-156

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, 30.11.2023 gün ve E:2023/101 K:2023/207 sayılı kararı

Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2020/22192, K.T. 17.05.2023.

Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/26339 K.T. 17.05.2023.

Fatih Kökçinar Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2021/52647, K.T. 13.04 2023.

Atalay Yıldız Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2021/14356, K.T. 7.6.2023.

Deniz Yavuncu ve diğerleri [GK] Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2018/5126, K.T. 23.02.2023.

Ahmet Baş [GK] Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2019/42746 K.T. 17.05.2023.

Sadettin Ekiz Başvurusu, AYM, Başvuru No:2016/9364, K.T. 9.5.2019.

Danıştay Kararları

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu E:2013/3 K:2019/1 T: 02.08.2019.

Danıştay Sekizinci Dairesi E:2007/1110 K:2008/332 T: 23.08.2008.

Mahkeme Kararları

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi E:2023/1589 K:2023/2637 T: 14.11.2023.

İstanbul 4. Vergi Mahkemesi E:2022/2149 K:2023/1378 T: 31.05.2023.

İstanbul 6. Vergi Mahkemesi E:2023/1555 K:2023/2664 T: 30.11.2023.

İstanbul 6. Vergi Mahkemesi E:2023/1656 K:2023/2631 T: 30.11.2023.

İstanbul 6. Vergi Mahkemesi E:2023/1598 K:2023/2527 T: 29.11.2023.

İstanbul 15. Vergi Mahkemesi E:2023/1719 K:2024/59 T: 29.01.2024.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA TEKERRÜRÜN SONUÇLARI

Consequences of Recidivism in Turkish Criminal Law

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Onursal CİN*

Öz: Tekerrür 5237 Türk Ceza Kanunu'nun "Genel Hükümler" başlıklı ilk kitabının "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının "Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular" başlıklı 58. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre tekerrür, önceden işlenmiş olan bir suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra failin yeni bir suç işlemesi halini ifade etmektedir. Failin tekerrüre düşmüş olması onun hukuki statüsü açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçlardan bir kısmı Türk Ceza Kanununda hüküm altına alınırken, bir kısmı ise Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Tekerrür ilk olarak hükmün kurulması aşamasında göz önünde bulundurulmakta ve seçimlik yaptırımlı suçlarda adli para cezası yerine hapis cezası verilmesi yoluna gidilmektedir. Bu, Türk Ceza Kanunu m. 58/3 gereğince kanuni bir zorunluluktur. Tekerrür ikinci olarak hükmün, mükerrirlere özgü infaz rejimine özgü olarak infaz edilmesi ve üçüncü olarak infaz tamamlandıktan sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle tekerrürün tarihi gelişim süreci ve şartları ele alınmış daha sonra tekerrürün sonuçları, hükmün kurulması, hükmün infazı ve hükmün infazından sonraki aşamalarda ayrı ayrı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tekerrür, tekerrürün sonuçları, mükerrirlere özgü infaz rejimi, koşullu salıverilme, denetimli serbestlik.

Abstract: Recidivism is regulated in the third part of the first book titled "General Provisions" in Turkish Penal Code as "Sanctions" titled "Repetition in crime and special dangerous offenders". According to the relevant article, recidivism refers to the situation where the perpetrator commits a new crime after the sentence for a previously committed crime becomes final. The fact that the perpetrator has fallen into repetition has important consequences for his legal status. While some of these consequences are stipulated in the Turkish Penal Code, some of them are regulated in the Law on the Execution of Penal and Security Measures. Recidivism is first taken into account at the stage of establishment of the statement and imprisonment is imposed instead of judicial fines in elective sanctioned crimes. This is a legal obligation in accordance with Article 58/3 of the Turkish Penal Code. Secondly, recidivism results in the execution of the sentence specific to the execution regime specific to repeat offenders, and thirdly, the application of the probation measure after the execution is completed.

In this study, first of all, the historical development process and conditions of recidivism are discussed, and then the results of repetition are discussed separately in the stages of the establishment of the judgment, the execution of the judgment and the execution of the judgment. In addition, the decisions made by the Court of Cassation are also included in order to reveal what the practical equivalent of the issue is.

Keywords: Recidivism, consequences of repetition, execution regime specific to repeat offenders, conditional release, probation.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mehmetcin@selcuk.edu.tr

ORCID 0000-0003-2451-7779

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573535

Makale Geliş Tarihi: 19.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 29.08.2024

GİRİŞ

Tekerrür 5237 Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) “Genel Hükümler” başlıklı ilk kitabının “Yaptırımlar” başlıklı üçüncü kısmının “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular” başlıklı 58. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre tekerrür, önceden işlenmiş olan bir suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra failin yeni bir suç işlemesi halini ifade etmektedir.

Tekerrüre ilişkin düzenlemeye bakıldığında, 765 sayılı TCK'dekinden farklı olarak ceza artırımı nedeni öngörülmediği, bir infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması nedeni olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. 5237 sayılı TCK, tekerrüre ilişkin hükümlere yer vererek, tekerrüre düşen ve düşmeyen kişiler açısından ayrı bir infaz rejimi yaratmıştır. Bu durumun temel sebebi, bu kişilerin haklarında kesinleşmiş bir hüküm olmasına rağmen tekrar suç işleyerek toplum açısından tehlikelilik arz ettiklerini ortaya koymalarıdır.

Tekerrür, hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunan kişinin tekrar suç işlemesini ifade etmektedir. Ancak tekerrür her hal ve şartta uygulanma niteliğine sahip olan bir müessese değildir. Kanun koyucu tekerrürün uygulanmasını belirli şartlara bağlamıştır. Bu şartlar gerçekleşmedikçe tekerrüre ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Bu çalışmada öncelikli tekerrürün tarihi gelişim süreci ve şartları genel hatlarıyla ele alınmıştır. Daha sonra tekerrürün hükmün kurulması, hükmün infazı ve hükmün infazından sonraki aşamalarındaki sonuçlarının neler olduğu her bir aşama için ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Ayrıca konunun uygulamadaki karşılığının ne olduğu ortaya koymak bakımından Yargıtay tarafından verilen kararlara da yer verilmiştir.

I. TARİHİ GELİŞİM

Tekerrür uygulamasının suç ve ceza gibi bir geçmişte bulunmamaktadır. Tarihi gelişime baktığımızda eski hukuk kaynaklarında berrak olmasa da izlerine rastlamak mümkündür. Ancak geçmişte bugünkü anlamda bir tekerrür müessesinin varlığından söz etmek mümkün değildir¹. Sistematik olarak incelenmese de tekerrür müessesesinin belirmeye başladığını, ilk defa kavram olarak kullanıldığını (recidere olarak) kanonik hukukta görmekteyiz². O dönemlerde failin aynı suçta tekrar işlemesi veya

¹ Ayhan Önder, Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. II-III), Yenilenmiş II. Bası, İstanbul, 1992, s. 644.

² Roma hukukunda düzenleme olmamakla beraber hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde tekerrür nedeniyle cezaların artırılmasının söz konusu olduğu belirtilmektedir: Celal Hakan Kan, “Türk Ceza Hukuku’nda Tekerrür”, C. 123, S. 243, 2019, Türk Dünyası Araştırmaları TDA, s. 434; Erdal Yerdelen, Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 291. Doktrinde bazı yazarlar ikinci suçta işleyene daha ağır ceza verilmekle beraber genel bir ağırlatıcı neden olarak uygulanmadığını, tekerrür kelimesinin Roma Ceza Hukukunda bilinmediğini ifade etmektedirler: Önder, s. 644.

aynı neviden bir suç işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılmak suretiyle verilmesi benimsenmiştir³.

Orta Çağ hukukunda da tekerrür uygulanmış ve ilk suça oranla ikinci suçun daha ağır cezalandırılması kabul edilmiştir. Hırsızlık suçunda tekerrür problemi özel incelemeye konu olmuş, Carolina'da üçüncü defa hırsızlık suçunu işleyen kişinin ölüm cezasına mahkûm edileceği kabul edilmiştir⁴. Müşterek hukuk döneminde tekerrürün benzer müesseselerden farkları yavaş yavaş belirmeye ve şartları ortaya çıkmaya başlamıştır. Tekerrür, cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir. Tekerrür genel nitelikte cezanın ağırlaştırılması nedeni olarak 1810 Fransız Ceza Kanununda yer almış ve oradan çağdaş ceza mevzuatına geçmiştir⁵.

Hukukumuz açısından tarihi gelişime baktığımızda Kanuni Kanunnamesinde ve IV. Mehmet Kanunnamesinde hırsızlık suçunu birkaç kez işleyenler hakkında ölüm cezasının verileceğinin kabul edildiği görülmektedir⁶. 1840 ve 1851 tarihli Kanunlarda tekerrürle ilgili genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, 1851 tarihli Kanunda (Kanun-ı Cedit) tekerrür iki suçla bağlantılı olarak düzenlemeye kavuşturulmuştur. Kanunun Fasl-ı Saninin 5. maddesinde, sarhoşlar hakkında had cezasının uygulanacağı, sarhoş olup nara atanların ve kumarbazların taziren sopa ile cezalandırılacağı, bu suçlar bir iki defa işlenirse yine aynı ceza ile cezalandırılacakları, ancak tekrarlanırsa ısrar anlamına geleceği için uslanıncaya kadar kürek ve pranga cezası ile cezalandırılacakları düzenlenmiştir. Kanunun Fasl-ı Saninin 19. maddesinde ise bakkal, kasap, fırıncı ve benzeri esnafın dirhemini eksik tutması veya belirlenen fiyattan fazla ücretle satış yapması halinde suçun derecesine göre taziren sopa cezasıyla cezalandırılacakları, bu suçu işlemekte ısrar ederlerse hapsedilecekleri düzenlenmektedir. Bir kişinin bu suçu dördüncü defa işlemesi halinde ise dükkânın tasfiye edileceği ve kişinin esnafıktan çıkarılacağı öngörülmüştür⁷. 1810 Fransız Ceza Kanununun tercümesi olan 1858 tarihli Ceza Kanununda Birinci Faslı (Zeyildir kısmının) 8. maddesinde, genel nitelikte tekerrür düzenlemesi yapılmıştır. Kanunun öngördüğü haller dışında mükerrirler hakkında cezanın iki kat uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁸.

Mülga 765 sayılı Kanunun 81 vd. maddelerinde cürümde tekerrür başlığıyla, cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir neden olarak düzenlenmiştir. Kanunun 81. maddesine göre bir kimse hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması için; bir kişinin suç işlemesi ve bu suçtan mahkûm olması, aynı kişinin ikinci bir suç işlemesi, ikinci suçun belirli süre

³ Önder, s. 644.

⁴ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. III), Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1997, s. 128.

⁵ Dönmezer/Erman, s. 128.

⁶ Kayıhan İçel/ Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. Bası, İstanbul 1999, s. 52.

⁷ Ahmet Gökçen, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. 24, 25.

⁸ Gökçen, s. 118.

içinde işlenmiş bulunması (5 yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olan kişinin cezasını çektiği veya cezasının düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlemesi) gerekmekte ve bu halde ikinci suçun cezasının artırılması (“yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır. Yeni suç evvelki mahkumiyete sebep olan suç cinsinden ise hükmedilecek ceza altıda birden üçte bire kadar artırılır. İkinci suç için tayin edilecek cezaya tekerrürden dolayı zammı lazım gelen miktar, hiçbir suretle evvelki suç için hükmedilmiş olan cezaların en ağırından ziyade olarak tayin olunamaz”) söz konusu olmaktaydı. Kanunda cezanın artırılmasına ilişkin bazı özel haller de belirtilmişti. Mülga 765 sayılı Kanunun 82. maddesine göre, “Müebbed ağır hapis cezasına mahkûm olan kimse diğer bir veya bir kaç cürüm işlediği takdirde mahkumun geceli gündüzlü bir hücrede yalnız bırakılması müddeti eğer sonraki cürmü veya cürümleri muvakkat ağır hapis cezasını müstelzim ise bu cezanın veya bu cezalar mecmuunun sekizde birine, hapis cezasını müstelzim ise onda birine müsavi bir müddet uzatılır.

Ancak ilave edilecek hücre müddeti ağır hapislerde üç seneden, hapiste iki seneden fazla olamaz.

Sonraki cürümden dolayı da mahkûma müebbet ağır hapis cezası tayin olunmuşsa ilave edilecek hücre müddeti altı aydan az, üç yıldan fazla olamaz. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûmiyet durumunda iki kat olarak uygulanır”. Tekerrür halinde hükmedilecek ağır para cezasının 19. maddeye göre hapse çevrilmesi halinde hapis müddeti beş seneyi geçmemekteydi (m. 84). Kanunda tekrarlanmış özel tekerrür de düzenlenmekteydi. Bu maddeye göre, “İşlediği suçlardan dolayı her defasında üç aydan fazla olmak üzere iki defa veya daha fazla şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalarla mahkûm olan kimse 81 inci maddede yazılı müddetler içinde, yine şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezanın verilmesini icab ettiren aynı cinsten bir suç işler ve göreceği cezanın müddeti otuz aydan aşağı olursa mezkûr ceza müddeti yarı ve sair hallerde ağır hapis ve hapiste otuz seneyi geçmemek üzere üçte biri nisbetinde artırılır”. Aynı cinsten ne anlaşılması gerektiği ise, 86. maddede açıklanmıştı⁹. Tekerrürün uygulanmayacağı suçlar ise 87. maddede

⁹ 765 sayılı Kanun m. 86: “Aynı madde kanuniyeye tetabuk eden veya kanunun bir faslında münderiç bulunan cürümlerden başka:

- 1- Devletin emniyeti aleyhine işlenen cürümler,
- 2- Resmi memurlar tarafından memuriyetlerine ait vazifelerin ihlali veya memuriyetin suistimali suretiyle işlenen cürümler,
- 3- Siyasi veya dini hürriyetlere müteallik cürümlerle dini memurların vazifeleri esnasında yaptıkları suistimalat,
- 4 - İcra ettikleri vazifeden dolayı hükkam ile memurlar ve devlet idaresi ve ammenin nizamı aleyhine irtikap olunan cürümler,
- 5- Cürüm tasnii ve iftira ve yalan şahadet ve yalan yere yemin ve avukatlarla dava vekillerinin vazifelerini suistimal cürümleri,
- 6 - Ammenin selameti aleyhinde işlenen cürümler,
- 7 - Sekizinci bapta münderiç cürümler,
- 8- Şahıslar aleyhindeki cürümlere mahsus babın birinci ve ikinci fasullarında münderiç cürümler,

düzenlenmişti. Buna göre kabahatler ile cürümler arasında; taksirli cürümler ile kasıtlı cürümler arasında; sırf askeri cürümler ile genel suçlar arasında; yabancı mahkemeden verilen hükümlerle milli mahkemeden verilen hükümler arasında (*Bu kanunun 6 ncı babının birinci faslındaki 316,317,318,319,320,324 ve 331 inci maddeleriyle ikinci faslındaki 332 ve 333 üncü ve 7 nci babın 3 üncü faslındaki 403 ve 404 üncü maddelerde yazılı hususlardan dolayı verilen hükümler müstesna olmak üzere*) tekerrür hükümleri uygulanmamaktadır.

II. TEKERRÜRE İLİŞKİN TCK SİSTEMİ

5237 sayılı Kanun tekerrürü TCK'nın 58. maddesinde düzenlemiş ve suç işleyen kişileri diğer kişilere göre daha tehlikeli görmüş ve tekerrür hükümlerini güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği bölümde hükme bağlanmıştır. 58. maddede tekerrürün uygulanması için aranan şartlar, uygulanmayacak suçlar, uygulanmayacağı kişiler belirtilmiştir. Tekerrür için aranan ilk şart, önceden işlenen suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmiş olmasıdır. Ancak hükmün infaz edilmiş olması zorunlu değildir. Buna göre önceki suçtan dolayı fail hakkında hapis cezasına veya adli para cezasına hükmedilmesi ve bu cezanın kesinleşmiş olması gerekli ve yeterlidir¹⁰. Tekerrürün ikinci şartı ise bu hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir suçun işlenmiş olmasıdır. İşlenen yeni suçun önceki suçla aynı olması veya benzer hukuki değerleri koruyor olması gerekli değildir. Ancak kanun koyucu bazı suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmasını kabul etmemiştir. TCK m. 58'e göre kasıtlı suçlar ile taksirli suçlar; sırf askeri suçlar ile de diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Keza kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere, yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler Türkiye'de işlenen suçlardan dolayı tekerrür hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmaz. Tekerrür için aranan üçüncü şart, yeni suçun belirli bir süre içerisinde işlenmiş olmasıdır. TCK m. 58/2'de önceki suçtan dolayı verilen mahkûmiyet kararının infaz edilmesi halinde sonraki suçun belirli süreler içerisinde işlenmesi aranmıştır. Buna göre *"Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı; beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl; beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten*

9- Hırsızlık, yağma ve garet ve ifşayı sır tehdidiyle temini menfaat ve dolandırıcılık ve emniyeti suiüstimal ve eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak ve hileli iflas maddelerinde ve üçüncü babın dokuzuncu faslının son maddesiyle onuncu faslının 276 ncı maddesinde ve on birinci faslında ve altıncı babın birinci faslının ilk beş maddesinde ve beşinci faslında ve yedinci babın üçüncü faslının ilk beş maddesiyle son maddesinde muharrer bilmümler, cürümler,

Bir cinsten addolunur"

¹⁰ Verilen kararın seçenek tedbirlere çevrildiği durumlarda TCK m. 50/5'e göre asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen tedbir olduğundan bu hükmün tekerrüre esas teşkil edebilmesi mümkün değildir.

sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz". Mahkeme tüm bu şartların gerçekleştiği kanaatine vardıkdan sonra tekerrür hükümlerini uygulamaktadır. Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan çocukların işlediği suçlarda ise tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı 58. maddenin 5. fıkrasında hükme bağlanmıştır¹¹.

TCK'nın 58. maddesinde ayrıca tekerrür halinde hükümlenen cezanın, nasıl çektirileceği de düzenlenmiştir. Zira 5237 sayılı Kanunda tekerrür, 765 sayılı Kanundaki gibi ceza artırımı nedeni olarak kabul edilmemiştir. 5237 sayılı Kanunda tekerrür, infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması nedeni olarak hükme bağlanmıştır. Kanunun 58. maddesinde hükmün mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirileceği, mükerrirler hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilerek bu husus açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca 58. maddede mahkûmiyet kararında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını gösterilmesi zorunlu kabul edilmiştir (f. 6, 7). Dolayısıyla ceza hukukunda tekerrür, hükmün kurulması aşamasından itibaren, infaz sırasında ve infazdan sonraki aşamada da kişi hakkında önemli sonuçlar doğurmaktadır. İnfazın ve denetimli serbestlik tedbirinin nasıl uygulanacağı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CvGTİHK) m. 108'de gösterilmiştir.

III. TEKERRÜRÜN SONUÇLARI

A. HÜKÜM KURULMASI AŞAMASI

Tekerrür ilk olarak hükmün kurulması aşamasında sonuç doğurmaktadır. Mahkeme, sanığın suçu işlediği konusunda maddi gerçeğe ulaştıktan sonra sanık hakkında kural olarak mahkûmiyet kararı vermektedir. Bu mahkûmiyet hükmü, adli para cezası olabileceği gibi hapis cezası ve hatta hapis cezası ile birlikte veya seçimlik olarak adli para cezası da olabilmektedir¹². Tekerrürün hükmün kurulması aşamasındaki ilk sonucu da tam bu noktada devreye girmektedir.

¹¹ "2. Hükümlünün adli sicil kaydında yer alan ve tekerrüre esas alınan, 4 yıl 2 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Trabzon 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 25.01.2018 tarihli ve 2017/626 Esas, 2018/18 Karar sayılı mahkûmiyet kararına konu suçun işlendiği tarihte 18 yaşından küçük olduğu anlaşılmıştır. Anılan düzenleme dikkate alınmadan, hükümlünün cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmesi Kanun'a aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerinde görülmele, 5271 sayılı Kanun'un 309 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendi uyarınca bahse konu hukuka aykırılık Yargıtay tarafından giderilmiştir." Yargıtay 8. CD., E: 2022/2231 K: 2024/3487 T: 25.4.2024 (www.lexpera.com.tr).

¹² "Sanık hakkında verilen hapis cezasının TCK'nın 50/1-f ve 50/1-e, maddeleri gereği seçenek tedbirlerle çevrilmiş olması karşısında, TCK'nın 58. maddesinin sadece hapis cezalarına hükümlenmesi durumunda uygulanabileceği gözetilmeden, TCK'nın 58. maddesi uyarınca tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmesi," Yargıtay 12. CD., E: 2014/2859 K: 2014/24249 T: 1.12.2014 (www.lexpera.com.tr).

Hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü hallerde hâkime bu cezalardan birisine hükmetme konusunda takdir hakkı tanınmıştır. Örneğin, TCK 86/2’de “*Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*” ifadesine yer verilerek adli para cezası ile hapis cezası seçimlik yaptırım olarak düzenlemiştir. Basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek bir kasten yaralama olayında mahkeme kural olarak fail hakkında adli para cezasına veya hapis cezasına hükmedebilme yetkisine sahiptir. Failin tekerrüre düşmüş olması bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Zira TCK m. 58/3’te yer alan “*tekerrür halinde, sonraki suçla ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur.*” düzenlemesiyle mahkemenin takdir yetkisi kısıtlanmış, mükerrir kişilerin hapis cezası ile cezalandırılmaları kanuni bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir¹³. Dolayısıyla örneğin daha önce rıza dışı çocuk düşürme suçundan (TCK m. 99/1) dolayı hakkında 6 yıl süreli hapis cezasına hükmedilen bir kişinin, cezanın infaz tarihinden itibaren 5 yıllık süre içerisinde kasten yaralamanın basit tıbbî müdahale giderilebilecek şeklini (TCK m. 86/2) işlemesi halinde, mahkemenin takdir yetkisini kullanarak TCK m. 86/2 karşılığında adli para cezasına hükmedebilmesi mümkün değildir. Mahkeme, TCK m. 58/3 gereğince fail hakkında hapis cezasına hükmetmek zorundadır.

Tekerrürün hüküm kurulması aşamasındaki ikinci önemli sonucu, mahkûmiyet hükmünün adli para cezasına veya 50. maddede belirtilen diğer seçenek tedbirlere çevrilip çevrilemeyeceğidir. Burada doktrin ve uygulamadaki tartışmalar dikkate alınarak hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olup olmamasına göre ikili bir değerlendirme yapılması daha yerinde olacaktır. İlk olarak hapis cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü hallerde TCK m. 58/3 ve TCK m. 50/2 hükümleri gereğince bu cezanın adli para cezasına çevrilemeyeceği açıktır. Zaten aksi bir yaklaşım TCK m. 58/3 hükmünü anlamsız hale getirecektir¹⁴. Burada tartışılması gereken husus, bu hapis cezasının TCK m. 50’de öngörülen seçenek tedbirlerden birisine çevrilip çevrilemeyeceğidir. Zira TCK m. 50/2’de yer alan “*Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez*” hükmüne benzer bir düzenlemeye seçimlik tedbirler açısından yer verilmemiştir. Bu durum tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bir örnekle ifade etmek gerekirse tekerrüre düşmüş bir kişi hakkında mahkeme TCK m. 86/2’den 10 ay süreli hapis cezasına hükmederse bu ceza TCK m. 50/2 gereği adli para cezasına çevrilemeyecektir. Ancak 10 ay süreli bu hapis cezasının TCK m. 50’de yer alan seçenek tedbirlere çevrilip çevrilemeyeceği tartışmaya açıktır. Zira tekerrürün kanunda ayrıca düzenlenmesinin temel sebebi zaten kişinin tekrar suç işleyerek tehlikelilik halini ortaya koymuş olmasıdır. Bu durumda TCK m. 50’de kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi için

¹³ Hakan Karakehya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 322.

¹⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 1000.

göz önünde bulundurulması gereken “suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler” gibi şartlardan “suçlunun kişiliği” şartına dayanarak tekerrüre düşmüş bir kişi hakkında verilen hapis cezasının seçenек tedbirlerle çevrilebilmesi bir soru işaretidir¹⁵. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.10.2022 tarihli ve 2020/4-160 esas ve 2022/654 karar sayılı ilamında, TCK’nın 50. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen diğer seçenек yaptırımlar yönünden herhangi bir yasak getirilmediğini, kıyas veya genişletici yorum yoluyla hakkında düzenleme olmayan bir ceza hukuku konusunda kişi hürriyeti ve güvenliği başta olmak üzere, kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemeyeceğini ifade ederek tekerrüre esas sabıkası bulunan sanık hakkında TCK m. 58/3 gereğince hapis cezası verildikten sonra bu cezanın TCK m. 50/1-b, c, d, e, f’de yer alan seçenек tedbirlerden birisine çevrilebileceğini kabul etmiştir¹⁶.

İkinci olarak sonraki suç karşılığında verilen cezanın adli para cezası ile birlikte veya tek başına hapis cezası öngördüğü ihtimal değerlendirilmelidir. Yargıtay, daha önce vermiş olduğu bir kararda 6136 sayılı Kanun m. 13/1’de yer alan suç karşılığı hükmedilen 10 ay süreli hapis cezasının yerel mahkeme tarafından TCK m. 50/1-a hükmü gereğince adli para cezasına çevrilmesini, tekerrür hükümlerinin uygulanma imkânını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle oyçokluğu ile bozma sebebi yapmıştır¹⁷.

¹⁵ Bu cezanın seçenек tedbirlerine çevrilemeyeceğine ilişkin olarak bkz.: Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 1189; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 592.

¹⁶ “Sanığın mükerrir olması nedeniyle TCK’nın 58/3. maddesindeki emredici hüküm uyarınca seçenек olarak düzenlenen cezalardan hapis cezasının tercih edilmesi kanuni zorunluluktan kaynaklanmış olsa bile aynı Kanun’un 50/2. maddesindeki yasaklayıcı hüküm nedeniyle, zorunlu olarak seçilen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olmadığı, ancak adli para cezasına ilişkin açıkça yasaklama hükmü getiren Kanun koyucunun TCK’nın 50. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen diğer seçenек yaptırımlar yönünden herhangi bir yasak getirmemiş oluşu, kıyas veya genişletici yorum yoluyla hakkında düzenleme olmayan bir ceza hukuku konusunda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı başta olmak üzere, kişi hak ve hürriyetlerinin aleyhine uygulama geliştirilemeyeceği hususları birlikte değerlendirildiğinde, tekerrüre esas sabıkası bulunan sanık hakkında seçenек yaptırım öngörülen TCK’nın 86/2. maddesi kapsamında kalan kasten yaralama suçundan dolayı TCK’nın 58. maddesinin 3. fıkrası gereğince zorunlu olarak hapis cezasının temel ceza olarak seçilmesinden sonra bu cezanın aynı Kanun’un 50 maddesinin 1. fıkrasının b, c, d, e, f fıkralarında düzenlenen seçenек yaptırımlara çevrilmesinin mümkün olmasına karşın TCK’nın 50/2 maddesindeki emredici hükümden dolayı TCK’nın 50/1-a maddesindeki adli para cezasına çevrilmesinin mümkün olamayacağı kabul edilmelidir.” Yargıtay CGK., E: 2020/160, K: 2022/654, T: 20.10.2022 (www.lexpera.com.tr).

¹⁷ “Sanık ... hakkında 6136 sayılı Kanun’a aykırılık suçundan verilen mahkumiyet hükmüne yönelik katılan ve katılan vekilinin aleyhe temyiz taleplerinin incelenmesinde; Adli sicil kaydında tekerrüre esas ilamı bulunan sanık hakkında hüküm kurulurken, 6136 sayılı Kanun’un 13/1 ve TCK’nın 62. maddeleri gereğince hükmolunan “10 ay hapis” cezasının TCK’nın 50/1-a, 52/2. maddeleri gereğince adli para cezasına çevrilmesi suretiyle TCK’nın 58. maddesinde belirtilen tekerrür hükümlerinin uygulanma imkânının ortadan kaldırılması, bozmayı gerektirmiş,” 3. CD., E: 2019/12763, K: 2019/22652, T: 10.12.2019 (www.lexpera.com.tr).

Söz konusu karara muhalefet eden bir üye, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için hükmolunan hapis cezasının adli para cezasına veya seçenek tedbire çevrilmesinin yasaklanmasının kanunun sistematığına aykırı olduğunu, kanun koyucunun TCK m. 58/3 düzenlemesi ile seçimlik yaptırımli suçlar açısından sınırlama getirdiğini, seçimlik ceza öngörülme hallerde tekerrür hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir şartın kabul edilmediğini, TCK'de hapis cezası öngören düzenlemelerde tekerrür şartlarının bulunması halinde cezanın adli para cezasına veya seçenek tedbire çevrilmesinin yasaklanmadığını, m. 58 düzenlemesinin kıyasa yol açacak surette sanığın aleyhine yorumlanmasının mümkün olmadığını, bu sebeple tekerrüre düşmüş kişi hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının da adli para cezasına çevrilebileceğini ifade etmiştir¹⁸. Kanaatimizce seçimlik yaptırımli bir suç açısından tanınmayan bir imkânın yalnızca hapis cezasının öngörüldüğü bir suç açısından uygulanması ceza hukukunun temel mantığına aykırı düştüğünden, tekerrüre düşmüş kişi hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının da adli para cezasına çevrilememesi gerekir. Kısa süreli hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilmesi açısından ise yine yukarıda yaptığımız tartışmalar geçerli olacaktır. Yargıtay bu durumda kısa süreli hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilebileceğini kabul etmektedir¹⁹.

¹⁸ Söz konusu muhalefet şerhi şu şekildedir: “Sanık ... hakkında ruhsatsız tabanca bulundurma suçundan 6136 sayılı Kanun'un 13/1. 5237 sayılı Kanun'un 62/1, 50/1-a, 52/2-4 maddeleri uyarınca sonuç olarak 6000 TL ve 500 TL para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin karar, Dairemizin çoğunluğunca sanığa verilen 10 ay hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi suretiyle TCK'nin 58. maddesinde belirtilen tekerrür hükümlerinin uygulanma imkanının ortadan kaldırıldığı gerekçesi ile bozulmuş ise de; Dairemizin çoğunluğunun görüşünün TCK'de seçimlik ceza öngören düzenlemelerinde uygulanabileceği kanaatindeyim. Çünkü TCK'nin 58/3. maddesine göre tekerrür halinde sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüş ise hapis cezasına hükmolunacağı aynı Kanun'un 50/2. maddesinde ise seçimlik ceza öngören düzenlemelerde hapis cezasının tercih edilmesi, halinde bu cezanın artık para cezasına çevrilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. TCK'nin sistematığında sadece hapis cezasını öngören suçlardan hüküm kurulduğunda hükmolunan kısa süreli hapis cezasının TCK'nin 50/1. maddesine göre adli para cezasına veya seçenek tedbire çevrilmesine engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut yasal düzenlemeye göre hakim tekerrüre esas olan mahkumiyeti bulunan sanık hakkında tayin ettiği kısa süreli hapis cezasını şahsileştirirken taktiren TCK'nin 50/1. maddesini uygulayabilecektir. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için hükmolunan hapis cezasının adli para cezasına veya seçenek tedbire çevrilmesinin yasaklanması kanunun sistematığına aykırıdır. Yasa koyucu TCK'nin 58/1. maddesinde tekerrürü kural olarak benimsedikten sonra şartlarını açıklarken aynı maddenin 3. fıkrasında seçimlik ceza olarak öngörülen suçlar yönünden bir sınırlama getirmiş, ancak seçimlik ceza öngörmeyen hallerde tekerrür hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir şart kabul etmemiştir. TCK'de hapis cezası öngören düzenlemelerde tekerrür şartlarının bulunması halinde cezanın adli para cezasına veya seçenek tedbire çevrilmesi yasaklanmadığından, kanun koyucunun öngörmediği bir şekilde TCK'nin 58. maddesindeki metnin kıyasa yol açacak surette sanığın aleyhine yorumlanması da mümkün olmadığından hükmün onanması düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma düşüncesine katılmıyorum.”

¹⁹ “Sanık hakkında verilen hapis cezasının TCK'nin 50/1-f ve 50/1-e, maddeleri gereği seçenek tedbirlere çevrilmiş olması karşısında, TCK'nin 58. maddesinin sadece hapis cezalarına hükmolunması durumunda uygulanabileceği gözetilmeden, TCK'nin 58. maddesi uyarınca

Hükmün kurulması aşamasında dikkate alınması gereken hususlardan birisi de, iddianamede tekerrür hükümlerinin uygulanmasının talep edilmediği ve muhakeme süreci içerisinde sanığın bu konuda bilgilendirilmediği olaylarda mahkemenin tekerrür hükümlerini uygulamadan önce sanığa ek savunma hakkı vermesi gerekmesidir. Yargıtay da bu gibi hallerde sanığa ek savunma hakkı verilmemesini hukuka aykırı bulmaktadır²⁰.

B. HÜKMÜN İNFAZI AŞAMASI

Tekerrür ikinci olarak yeni suçtan dolayı kurulan hükmün infazı aşamasında sonuç doğurmaktadır. Failin tekrar suç işlemesi hem onun önceki mahkûmiyetten etkilenmediğini hem de suç işlemek konusunda ısrarcı olduğunu göstermektedir. Bu sebeple mükerrir suçlular hakkında verilen cezaların infazı, özel olarak düzenlenmiştir²¹. TCK m. 58/6'ya göre tekerrür halinde sonraki suçtan dolayı hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesi gerekmektedir. TCK m. 58/8'de "*Mükerrirlerin mahkûm olduğu cezanın infazı ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması, kanunda gösterilen şekilde yapılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu kanun CvGTİHK'dir.

Mükerrirlere özgü infaz rejimi, CvGTİHK m. 108'de hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, yeni suçtan dolayı hükümlü hakkında verilen sonuç cezanın adli para cezası olduğu hallerde CvGTİHK m. 108'de yer alan mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanabilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır²². Yargıtay da bu yönde karar vermektedir²³.

Tekerrürün hükmün infazı aşamasındaki ilk sonucu, diğer suçlulardan farklı olarak hakkında hapis cezasına hükmedilen mükerrirler için daha uzun süreli koşullu salıverilme sürelerinin kabul edilmiş olmasıdır²⁴.

tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilmesi," Yargıtay 12. CD., E: 2014/2859, K: 2014/24249, T: 1.12.2014 (www.lexpera.com.tr).

²⁰ "14.05.2014 tarihli iddianame ile 5237 sayılı Kanun'un 58 inci maddesinin uygulanması talep edilmeyen ve adli sicil kaydı yüzüne karşı okunmayan sanık hakkında, 5271 sayılı Kanun'un 226 nci maddesi uyarınca ek savunma hakkı tanınmadan 5237 sayılı Kanun'un 58 inci maddesinin uygulanması suretiyle sanığın savunma hakkının kısıtlanması," 11. CD., E: 2021/33318, K: 2024/5321, T: 24.4.2024 (www.lexpera.com.tr).

²¹ Öztürk/Erdem, s. 584.

²² Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/M. Emin Aşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 1004; Öztürk/Erdem, s. 585.

²³ "Bu kapsamda inceleme konusu dava dosyası değerlendirildiğinde; hükümlü hakkında verilen sonuç cezanın adli para cezası olması karşısında, 5275 sayılı Kanun'un 108 inci maddesinde düzenlenen mükerrirlere özgü infaz rejiminin, yalnızca hapis cezalarına ilişkin olduğu ve Kanun'un adli para cezalarının infaz yöntemini gösteren 106 ncı maddesinde de mükerrirlikle ilgili bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır." Yargıtay 8. CD., E: 2022/1021, K: 2024/3018, T: 3.4.2024 (www.lexpera.com.tr).

²⁴ Karakehya, s. 371.

Tekerrürün şartları oluşmamışsa ya da kişi tek bir suç işlemişse bundan mahkûm olan kişinin koşullu salıverilme hükmünden yararlanabilmesi için ceza infaz kurumunda geçirmesi gereken süre kural olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında 30 yıl, müebbet hapis cezasında 24 yıl, süreli hapislerde ise hakkında verilmiş olan cezanın yarısıdır. Mükerrerler açısından ise CvGTİHK m. 108/1'e göre "Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının,

b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının,

c) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz iki yılının,

d) Süreli hapis cezasının üçte ikisinin²⁵,

İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir."

Görüldüğü üzere koşullu salıverilme müessesesi mükerrerler açısından da uygulama alanı bulmakla birlikte, süre açısından daha sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, belirli suçlar için öngörülen koşullu salıverilme sürelerinin üçte ikiden fazla olabilmesidir. Örneğin Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlardan mahkûmiyet halinde koşullu salıverme süresi, süreli hapis cezasının söz konusu olduğu suçlarda dörtte üç olarak belirlenmiştir²⁶. CvGTİHK m. 108'de Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mükerrir olanlara ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumun ortaya çıkartabileceği sakıncaları önlemek amacıyla 7242 sayılı Kanun ile CvGTİHK m. 108/1'e "ancak, koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır." cümlesi eklenmiştir. Böylece koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından tabi oldukları koşullu salıverilme oranının uygulanması kabul edilmiştir. Dolayısıyla örneğin TMK kapsamındaki bir suçtan mükerrir olunması halinde koşullu salıverilme süresinin TMK m. 17'de yer alan orana göre, dörtte üç olarak hesaplanması gerekmektedir.

Kural, tekerrür halinde ceza infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi gereken sürenin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında 39 yıl, müebbet hapis cezasında 33 yıl, birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla 32 yıl, süreli hapis cezasında ise somut cezanın 2/3'ü olmasıdır. Ancak kanun koyucu CvGTİHK m. 108/2'de özel bir düzenlemeye yer vermiştir. İlgili düzenlemeye göre "Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz." Bir örnekle ifade etmek gerekirse tekerrüre esas

²⁵ 7242 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce bu oran dörtte üç olarak belirlenmişti.

²⁶ TMK m. 7/1 "Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 107 nci maddesinin dördüncü fıkrası ile 108 inci maddesi hükümleri uygulanır. (Ek cümle:14/4/2020-7242/65 md.) Ancak, süreli hapis cezaları bakımından düzenlenen koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır."

alınacak herhangi bir suç işlememiş olan ve hakkında 18 yıl süreli hapis cezasına hükmedilen kişinin iyi halli olarak infaz kurumunda geçirmesi gereken süre kural olarak 9 yıldır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere tekerrüre düşmemiş kişiler açısından süreli hapis cezalarında iyi halli olarak geçirilmesi gereken süre somut cezanın 1/2'si kadardır. Buna karşılık kişinin tekerrüre esas teşkil eden 1 yıl ve 2 yıl süreli iki ayrı suçu bulunuyor ve süresi içerisinde yeni bir suç işleyerek bu suç karşılığında hakkında 18 yıl süreli hapis cezasına hükmedilmişse koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi için CvGTİHK m. 108/1-d hükmü gereğince kural olarak 12 yıl boyunca ceza infaz kurumunda kalması gerekmektedir. Ancak CvGTİHK m. 108/2'de "tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün anlamı, tekerrüre düşmeyen kişiler için öngörülen normal koşullu salıverilme süresine, daha önce kişi hakkında verilmiş somut cezalardan en ağırının eklenmesi, daha sonra elde edilen bu sürenin CvGTİHK m. 108/1-d'ye göre hesaplanan süre ile karşılaştırılarak daha az olanın mükerrer koşullu salıverilme süresi olarak belirlenmesidir. Dolayısıyla yukarıdaki örnek olay açısından mükerrer koşullu salıverilme süresi, CvGTİHK m. 108/2 göz önünde bulundurulduğunda 9 yıl + 2 yıl = 11 yıl olarak hesaplanacaktır. Mükerrer kişi, ceza infaz kurumunda 11 yıl boyunca iyi halli olarak kalırsa koşullu salıverilme hükümlerinden istifade edecektir²⁷. Bu sayede hükümlü CvGTİHK m. 108/1-d'ye göre öngörülen süreden 1 yıl daha az süre ceza boyunca infaz kurumunda kalarak koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanma imkânına sahip olmaktadır. Yargıtay, cezalardan en ağır olanının değil de daha az ceza içerenin tekerrüre esas alındığı olaylarda yerel mahkeme tarafından verilen kararı düzelterek onamakta ve bu durumun infaz aşamasında gözetilmesine karar vermektedir²⁸.

²⁷ Benzer örnekler için bkz.: Akbulut, s. 1190, 1191. Özgenç, s. 999.

²⁸ "Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 18.06.2013 tarihli ve 2013/8 Esas, 151/304 Karar sayılı kararında açıklandığı üzere birden fazla tekerrüre esas alınabilecek hükümlülüğü bulunan sanık hakkında tekerrür hükümleri uygulanırken en ağır cezayı içeren ilâmin tekerrüre esas alınması gerekirken sanığın adli sicil kaydında yer alan ve daha ağır cezayı içeren Antalya 1.Ağır Ceza Mahkemesinin 22/08/1996 gün, 1996/296 esas ve 1997/182 karar sayılı 05/11/1998 tarihinde kesinleşen ve 06/02/2006 günlü ek karar ile uyarlanan ve 15/01/2010 tarihinde infaz edilen 8 yıl 4 ay hapis cezasına ilişkin ilâmi yerine daha az cezayı içeren ve Gebze Ağır Ceza Mahkemesinin 2005/399 Esas, 2006/212 1 yıl 3 ay hapis cezasına ilişkin ilâminin tekerrüre esas alınması, hukuka aykırı bulunmuş ise de söz konusu hukuka aykırılık Yargıtay tarafından giderilmiştir.

V. KARAR

Gereğe bölümünde (2) numaralı paragrafta açıklanan nedenle yukarıda tarih ve sayısı belirtilen karara yönelik sanığın temyiz isteği yerinde görüldüğünden hükmün, 1412 sayılı Kanun'un 321 inci maddesi gereği BOZULMASINA, bozma nedeni yeniden yargılamayı gerektirmediğinden aynı Kanun'un 322 nci maddesi gereği hüküm fıkrasında 5237 sayılı Kanun'un 58 inci maddesinin uygulanmasına ilişkin bölümden yukarıda belirtilen hatalı ilama ilişkin kısmın çıkarılması ve yerine; " Antalya 1.Ağır Ceza Mahkemesinin 22/08/1996 gün, 1996/296 esas ve 1997/182 karar sayılı 05/11/1998 tarihinde kesinleşen ve 06/02/2006 günlü ek karar ile uyarlanan ve 15/01/2010 tarihinde infaz edilen 8 yıl 4 ay hapis cezasına ilişkin ilamının" ibaresinin eklenmesi suretiyle hükmün Tebliğnama'ye kısmen uygun olarak, oy birliğiyle DÜZELTİLEREK ONANMASINA, aleyhe temyiz bulunmadığı gözetilerek, 1412 sayılı CMUK'nin 326/son ve

CvGTİHK m. 108/2 hükmünün önceki suçun adli para cezası olduğu hallerde ne şekilde uygulanacağı belirsizdir. Bir örnekle ifade etmek gerekirse daha önce işlemiş olduğu basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama suçu nedeniyle kişi hakkında adli para cezasına hükmedilmiş olsun. Eğer bu kişi 3 yıllık süre içerisinde bir suç işler ve bu suç karşılığında hakkında 18 yıl süreli hapis cezasına hükmedilirse koşullu salıverme süresi ne şekilde tespit edilecektir? CvGTİHK m. 108/2'de önceki mahkûmiyetin hapis cezası olması halinde koşullu salıverme süresine eklenecek miktarın önceki mahkûmiyetten daha ağır olamayacağı kabul edilmiştir. Ancak önceki mahkûmiyetin adli para cezası olması halinde nasıl bir belirleme yapılacaktır? Bizim de katıldığımız bir görüşe göre burada adli para cezasının 1 gün karşılığı 500 TL kabul edilmek suretiyle gün sayısının belirlenmesi ve bunun 108. maddenin 2. fıkrası gereğince göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁹.

CvGTİHK m. 108/3'e göre, "ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmeden yararlanamaz". Dolayısıyla hakkında tekerrür hükümleri uygulanan bir kişinin koşullu salıvermeden yararlanabilmesi için ikinci bir kere mükerrer duruma düşmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla kişi bir kere mükerrer durumuna düşüp bu karar kesinleştikten sonra, tekerrür hükümlerinin uygulanmasına elverişli yeni bir suç süresi içerisinde işlerse bu durumda koşullu salıvermeden yararlanabilmesi mümkün değildir³⁰. Bu durumda mükerrer olan kişinin en son işlemiş olduğu suçun cezasını alarak ceza infaz kurumuna girmesi gerekmektedir. İkinci kere mükerrer olan bu kişi, koşullu salıvermeden yararlanamayacağı için hakkında verilen somut ceza ne kadarsa ceza infaz kurumunda kalması gereken süre de o kadar olacaktır. Mahkeme bu durumu "sanığın ikinci kez mükerrer olduğu anlaşıldığından, sanık hakkında bu suçtan dolayı almış olduğu bu cezanın infazında koşullu salıverme hükümlerinin TCK 58 ve 5275 sayılı Kanun'un 108/3. maddesi gereğince uygulanmasına yer olmadığına" demek suretiyle kararına yansıtacaktır³¹. Yargıtay mahkemenin hükümde ikinci kez tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiğini

5275 sayılı Kanun'un 108/2. maddeleri gereğince koşullu salıverilmeye eklenecek sürenin, hatalı uygulama sonucu hükümde gösterilen ilam nedeniyle koşullu salıverilmeye eklenecek süreden fazla olamayacağı hususunun infaz aşamasında gözetilmesine," Yargıtay 11. CD., E: 2021/33651, K: 2024/6398, T: 9.5.2024 (www.lexpera.com.tr). "Mahkemeye, sanığın tekerrüre esas olabilecek birden fazla mahkûmiyeti hükümde gösterilmiş, ancak, hangi ilâmın tekerrüre esas alındığı karar yerinde belirtilmemiş ise de; 5275 sayılı Kanun'un 108 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınacak cezanın en ağırından fazla olamaz" hükmü uyarınca önceki hükümlülüklerinden en ağırının tekerrüre esas alınması gerektiği hususu infaz aşamasında gözetilebileceğinden bozma nedeni yapılmamıştır." Yargıtay 11. CD., E: 2021/36493 K: 2024/5969 T: 6.5.2024 (www.lexpera.com.tr).

²⁹ Özgenç, s. 1000; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1006.

³⁰ Bu durum doktrinde tekerrürün tekerrürü olarak da ifade edilmektedir: Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 7242 sayılı Kanuna Göre Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 533.

³¹ Özcan Özbey, "Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri", S. 88, 2010, TBB Dergisi, s. 87.

göstermediği ve hükümlünün aleyhine kanun yollarına da başvurulmadığı olaylarda ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağını, bu durumun hükümlü lehine kazanılmış bir hak teşkil ettiğini kabul etmektedir³². Keza Yargıtay daha önce hakkında tekerrüre esas teşkil eden bir hüküm bulunmasına rağmen bunun mahkemece dikkate alınmadığı, kanunda öngörülen süreler içerisinde kişinin tekrar suç işlediği, ancak ikinci kez mükerrirliğin adli sicil kaydından anlaşıldığı durumlarda mahkeme tarafından verilmiş bir tekerrür hükmü bulunmadığından dolayı CvGTİHK m. 108/3 hükmünün uygulanmasını kabul etmemekte ve kişi ilk defa tekerrüre düşmüş gibi hüküm kurmaktadır³³.

Ayrıca Yargıtay CvGTİHK m. 108/3 hükmünün uygulanması için hem birinci tekerrürün hem de ikinci tekerrürün 5237 sayılı TCK döneminde gerçekleşmesini aramaktadır. Tekerrürlerden birinin 765 sayılı TCK döneminde gerçekleştiği hallerde ikinci kez tekerrürü kabul etmemekte ve dolayısıyla CvGTİHK m. 108/3 hükmünü uygulamamaktadır. Böylelikle kişinin koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi sağlanmaktadır³⁴.

³² “Yargılama aşamasında verilen ilk kararda ikinci kez mükerrir olduğunun belirtilmediği, 7242 sayılı Kanunla eklenen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun’un 108/3. maddesi son cümlesi gereğince ikinci kez mükerrirliğe hükümde karar verilmesi gerektiği, aksi halde, kazanılmış hak gereği infaz aşamasında ikinci kez mükerrirliğe karar verilmesinin mümkün olmadığı cihetle, hükümlü hakkında 2. kez tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi Kanun’a aykırı olup kanun yararına bozma talebi yerinde görülmüştür” Yargıtay 12. CD., E: 2023/6128 K: 2024/2412 T: 16.5.2024 (www.lexpera.com.tr).

³³ “Sanığın mahkumiyetine karar verilmekle birlikte sanık hakkında ikinci kez mükerrir olduğundan bahisle tekerrür uygulandığı görülmüş ise de, birinci kez tekerrür hükümleri uygulandığı belirtilen Giresun Ağır Ceza Mahkemesinin 29/09/2005 tarihli ve 2004/101 esas, 2005/344 sayılı kararında sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmadığı anlaşılmakla, her ne kadar adli sicil kaydına göre hükümlünün mükerrir olduğu sabit ise de, hakkında birinci kez tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiği, dolayısıyla ikinci kez tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur.” Yargıtay 2. CD, E: 2020/12007, K: 2020/4820 T: 1.6.2020, (www.lexpera.com.tr).

³⁴ “Sanık ... hakkında hırsızlık suçundan kurulan mahkumiyet hükmünde,...Asliye Ceza Mahkemesinin 13.07.2006 tarihli ve 2006/57 E., 2006/756 K. sayılı sayılı ilamıyla 765 sayılı TCK’nin 491/ilk ve 81/2. maddeleri uyarınca hükmolunan 1 yıl 2 ay hapis cezasından dolayı ikinci kez tekerrür hükümleri uygulandığından infazda 5275 sayılı Yasa’nın 108/3. maddesinde yer alan koşullu salıverilme yasağının uygulanmasına karar verilmiş ise de, 765 sayılı TCK’nin 81. maddesinde düzenlenen tekerrür hükmü ile 5237 sayılı TCK’nin 58. maddesinde düzenlenen tekerrür hükmü kapsamları ve sonuçları itibarıyla farklılıklar içermektedir. 765 sayılı TCK’de yer alan tekerrür hükmü, cezanın artırılmasına neden olurken, 5237 sayılı TCK’de tekerrür hükmü, cezanın artırılması ile ilgili bir hüküm olmayıp, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 108/2. maddesi uyarınca cezanın infazı aşamasında koşulu salıverme süresinin belirlenmesi hususunu düzenlemektedir. Diğer bir anlatımla 5237 sayılı TCK’de tekerrür infaz aşamasına ilişkin sonuçları olan bir müessese olarak benimsenmiştir. Bu nedenle, tekerrüre esas alınan mahkumiyet ilamında 765 sayılı TCK’nin 81. maddesinin uygulanmış olması durumu, 5237 sayılı TCK’nin 58. maddesi anlamında sanığın ikinci kez mükerrir olduğu anlamına gelmeyecektir. İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için, iki kez mükerrirlere özgü infaz rejiminin 5237 sayılı TCK’nin 58. maddesi kapsamında

C. HÜKMÜN İNFAZINDAN SONRAKİ AŞAMA

Tekerrür üçüncü olarak yeni suçtan dolayı kurulan hükmün infazından sonraki aşamada sonuç doğurmaktadır. TCK m. 58/6'da "mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla mükerrir kişi hakkında ceza infaz edildikten sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Madde metninde "uygulanır" ifadesine yer verildiği için mükerrir kişi hakkında bu tedbirin uygulanması zorunludur. Keza CvGTİHK m. 108'de de mükerrir kişi hakkında infazın tamamlanmasından sonra başlamak üzere belirli bir denetim süresinin belirlenmesi, bu denetim süresi içerisinde de koşullu salıverilmeye ilişkin hükümlerin, yani denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması öngörülmüştür. Bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde mükerrir kişi hakkında denetimli serbestlik tedbirini uygulayıp uygulamamak konusunda hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Mükerrir kişi hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanması zorunlu olmakla birlikte hükmü veren mahkeme, bu tedbirin uygulanacağına ilişkin kararı hükme yazmayı sehven unutmuş olabilir. Yargıtay'a göre denetimli serbestlik tedbirinin uygulanabilmesi için cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirileceğinin hükümde belirtilmiş olması yeterlidir. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı hükümde ayrıca belirtilmemiş olsa da mükerrirlere özgü infaz rejimine tabi hükümlü hakkında cezanın infazı tamamlandıktan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır³⁵. Ancak tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekirken mahkeme tarafından uygulanmadığı ve aleyhe temyiz de bulunmadığı hallerde tekerrür hükümlerinin ve buna bağlı olarak denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması kabul edilmemektedir³⁶.

Denetimli serbestlik tedbiri cezanın infazının tamamlanmasından sonra uygulanmaktadır. Örneğin mükerrir olan bir kişi, hakkında verilen 18 yıl süreli hapis cezasının infazına 23.05.2022 itibariyle başlar ve 12 yılını ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra koşullu salıverilebilir. Ancak bu kişinin cezasının infazı 12 yıllık sürenin tamamlanmasıyla son bulmaz.

uygulanması gerekmektedir. Belirtilen gerekçelerle sanık ... hakkında 5237 sayılı TCK'nin 58. maddesinin 6. ve 7. fıkraları uyarınca ilk kez mükerrir olanlara yönelik infaz rejiminin uygulanmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, anılan maddenin değerlendirilmesinde hataya düşülerek yazılı şekilde ikinci kez tekerrür hükümlerinin ve 5275 sayılı Kanun'un 108/3. maddesinde yar alan koşullu salıverilme yasağının uygulanmasına karar verilmesi", Yargıtay 2. CD, E: 2014/32520, K: 2014/27018, T: 17.11.2014 (www.lexpera.com.tr).

³⁵ "Sabıka kaydında tekerrüre esas olan geçmiş hükümlülüğü bulunan sanık hakkında Yerel Mahkemece cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirine hükmolunmadan, sanığa verilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine karar verilmesi yeterli olup cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesinin zorunlu bir sonucu olan "cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına" açıkça hükmolunmaması aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemez." Yargıtay CGK., E: 2013/451 K: 2015/6 T: 17.2.2015 (www.lexpera.com.tr).

³⁶ Akbulut, s. 1192.

Denetimli serbestlik tedbiri, bihakkın tahliye tarihi olan 23.05.2040 itibariyle uygulanmaya başlar³⁷. Kanun koyucu, diğer suçlulara nazaran toplum açısından daha fazla tehlikelilik arz eden bu kişileri denetimli serbestlik tedbirine tabi tutarak onların başıboş ve kontrolsüz olarak topluma karışmasını önlemeyi amaçlamıştır³⁸. Hükümlünün ceza infaz kurumundan çıktıktan sonraki yaşamını, belirli bir süre daha kontrol altında tutmayı istemiştir³⁹. Nitekim bu husus Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 94/1'de, "*Mükerrirler hakkında verilen denetimli serbestlik tedbiri; salıverilme sonrası hükümlünün, toplum içinde denetim ve takibinin yapılarak, iyileştirilmesi ve topluma yeniden kazandırılması ile yeniden suç işleme riskinin azaltılmasına yönelik rehberlik çalışmalarına katılma yükümlülüğüdür*" denilmek suretiyle açıkça ortaya konulmuştur. Bu yönüyle denetimli serbestlik tedbirinin mükerrirler açısından başlı başına bir yaptırım niteliği taşıdığı ifade edilmektedir⁴⁰.

CvGTİHK m. 108/4'e göre infaz hâkimi, mükerrir kişi hakkında bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirleyecektir. Ancak infaz hâkiminin takdirine bağlı olarak bu sürenin en fazla beş yıla kadar uzatılabilmesi mümkündür. Hem sürenin belirlenmesinde hem de sürenin uzatılmasında yetkili kişi infaz hâkimidir. Bu konuda hükmü veren mahkemenin herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Hükmü veren mahkeme, yalnızca hükümde mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağına karar vermekle yetkilidir⁴¹. Hatta TCK m. 58/7 hükmü gereğince mahkûmiyet kararında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtmesi zorunludur. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere Yargıtay, kararda mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanacağını belirtildiği hallerde denetimli serbestlik tedbirinin de uygulanacağını kabul etmektedir.

CvGTİHK m. 108/5'e göre tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır. Dolayısıyla koşullu salıverilmenin düzenlendiği CvGTİHK m. 107 hükmü mükerrirler hakkında uygulanacak denetimli serbestlik tedbirleri açısından önem arz etmektedir. Bu anlamda infaz hâkiminin denetim süresi içerisinde mükerrire bazı yükümlülükler yükleyebilmesi mümkündür. CvGTİHK m. 107/7'ye göre

³⁷ Yerdelen, s. 307.

³⁸ Özgenç, s. 1002.

³⁹ Demirbaş, s. 600.

⁴⁰ Özgenç, s. 1002.

⁴¹ "5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108 inci maddesi uyarınca mükerrirler hakkında denetim süresini belirleme ve gerektiğinde uzatma görevinin hükmü veren Mahkemeye değil, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek olan Mahkemeye ait olduğu dikkate alınarak kurulan mahkûmiyet hükmünde mükerrir olan sanık hakkında, 5237 sayılı Kanun'un 58 inci maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca; "Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına" karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, hükmü kuran Mahkemeye sanığın, "cezanın infazından sonra 1 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına" karar verilmek suretiyle infaz yetkisinin kısıtlanması, hukuka aykırı bulunmuştur." Yargıtay 11. CD., E. 2021/29471 K. 2024/2190 T. 26.2.2024 (www.lexpera.com.tr).

“hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılabilir”. Benzer şekilde hâkim, denetim süresi içerisinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi de görevlendirebilir. Bu uzman kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda mükerrire öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir (CvGTİHK m. 107/9).

Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanmakla birlikte, mükerrir hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine aykırı hareket etmesi halinde nasıl bir yol izleneceği CvGTİHK m. 108/7’de ayrıca düzenlenmiştir. Zira CvGTİHK m. 107’de koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararının geri alınacağı ve hükümlünün kalan cezasını tamamen veya kısmen ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verileceği ifade edilmiştir. Ancak bu hükmün mükerrir hükümlülüler açısından denetimli serbestlik tedbirlerine uymamaları halinde uygulanma niteliği bulunmamaktadır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, mükerrirler için öngörülen denetimli serbestlik tedbiri, cezanın infazının tamamlanmasıyla birlikte uygulanmaktadır. Dolayısıyla hükümlünün kalan bir cezasının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir⁴². Bu sebeple kanun koyucu CvGTİHK m. 109/7’de mükerrir hükümlülerin denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine aykırı hareket etmelerini ayrıca hüküm altına almıştır. Söz konusu düzenlemeye göre cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulacaklardır. Ancak disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamayacaktır.

SONUÇ

Tekerrür 5237 Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) “Genel Hükümler” başlıklı ilk kitabının “Yaptırımlar” başlıklı üçüncü kısmının “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular” başlıklı 58. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre tekerrür, önceden işlenmiş olan bir suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra failin belirli süreler içerisinde yeni bir suç işlemesi halini ifade etmektedir. Tekerrürün hangi şartlarda uygulanma niteliğine sahip olduğu TCK m. 58’de hüküm altına alınmıştır. Mahkeme bu düzenlemeyi dikkate alarak tekerrürün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir edecek ve gerekiyorsa sanık hakkında tekerrüre ilişkin hükümlerin uygulanmasına karar verecektir.

⁴² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır s. 1008.

Kişinin tekerrüre düşmüş olması onun hukuki statüsü açısından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçlardan bir kısmı TCK'da hüküm altına alınırken, bir kısmı ise CvGTİHK'da düzenlenmiştir. Tekerrür ilk olarak hükmün kurulması aşamasında göz önünde bulundurulmaktadır. TCK m. 58/3 düzenlemesiyle, suç karşılığı seçimlik yaptırımın öngörüldüğü hallerde mahkemenin adli para cezasına hükmetme konusundaki takdiri hakkına bir istisna getirilmiştir. Böyle bir durumda mahkemenin hapis cezasına hükmetmesi zorunludur. Dolayısıyla tekerrürün varlığı, mahkemenin hükmedeceği cezayı arttıran bir neden olarak değil, ancak cezanın niteliği üzerinde etki doğuran bir neden olarak kabul etmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus, tekerrüre esas bir hüküm bulunan sanık hakkında, işlemiş olduğu yeni suçtan dolayı verilecek hapis cezasının kısa süreli olması halinde adli para cezasına veya seçenek tedbirlere çevrilip çevrilemeyeceğidir. Tekerrürün kanunda ayrıca düzenlenmesinin temel sebebi, zaten kişinin tekrar suç işleyerek tehlikelilik halini ortaya koymuş olması olduğu için böyle bir durumda TCK m. 50'de öngörülen "suçlunun kişiliği" şartının nasıl ve ne şekilde sağlanabileceği bir soru işaretidir. Ancak Yargıtay söz konusu hapis cezasının adli para cezasına çevrilemeyeceğini kabul etmekle birlikte, TCK m. 50'de belirtilen seçimlik tedbirlere çevrilebileceği kanaatindedir.

Tekerrür ikinci olarak hükmün infazı aşamasında sonuç doğurmaktadır. TCK m. 58/6'ya göre tekerrür halinde sonraki suçtan dolayı hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektilmesi gerekmektedir. Mükerrirlere özgü infaz rejimi yalnızca hükümlü hakkında hapis cezasına hükmedilen durumlarda uygulanma niteliğinde sahiptir. Somut cezanın adli para cezası olduğu hallerde, mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanabilmesi mümkündür değildir. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir. Cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimi şeklinde infaz edilmesi, özellikle koşullu salıverilme açısından önem taşımaktadır. CvGTİHK m. 108 hükmü ile diğer suçlulardan farklı olarak hakkında hapis cezasına hükmedilen mükerrirler için daha uzun süreli koşullu salıverilme süreleri kabul edilmiştir. Bu durumun temel sebebi, mükerrirlerin diğer suçlulara kıyasla toplum açısından daha tehlikeli görülmeleridir.

Tekerrür üçüncü olarak hükmün infazı aşamasında sonuç doğurmaktadır. TCK m. 58/6'da "mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır" hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucu, toplum açısından daha fazla tehlikelilik arz eden mükerrirleri denetimli serbestlik tedbirine tabi tutarak kontrol altında tutmak istemiştir. Nitekim CvGTİHK m. 109/7'de mükerrir hükümlülerin denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine aykırı hareket etmelerini ayrıca hüküm altına almıştır. Söz konusu düzenlemeyle cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirlerin infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulmaları öngörülmüştür. Anca disiplin hapsinin süresinin on beş günden az ve üç aydan fazla olamayacağı kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Artuk M E/ Gökçen A/ Alşahin M E/ Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Demirbaş T, İnfaz Hukuku, 7242 sayılı Kanuna Göre Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Dönmezer S/ Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. III), Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1997.
- Gökçen A, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.
- İçel K/ Donay S, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, Yenileştirilmiş 3. Bası, İstanbul 1999.
- Kan C H, “Türk Ceza Hukuku’nda Tekerrür”, C. 123, S. 243, 2019, Türk Dünyası Araştırmaları TDA, ss. 431-446.
- Karakehya H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Önder A, Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. II-III), Yenilenmiş II. Bası, İstanbul, 1992.
- Özbey Ö, “Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri”, S. 88, 2010, TBB Dergisi, ss. 55-105.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Öztürk B/ Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK Değişikliklerine Göre Yenilenmiş 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Yerdelen E, Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

OSMANLI ERBÂB-I HUKUKU! İTTİHAD EDİN: OSMANLI HUKUKÇULARININ İLK CEMİYETLEŞME TEŞEBBÜSLERİ (1908-1910)*

*Ottoman Jurists! Unite:
Ottoman Jurists' Initial Attempts to Establish Legal Associations*

Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem YÖRÜK**

Öz: Türkiye’de siyasi hayatın dönüm noktalarından biri olan II. Meşrutiyet’in ilanından sonra en fazla dile getirilen özgürlüklerden biri, toplanma ve cemiyet kurma özgürlüğüdür. Kanun-ı Esasi’nin tekrar ilan edilmesi ve Meclis-i Mebusan’ın açılacak olmasından dolayı yeni cemiyetlerin kurulması için uygun bir ortam oluşmuş; özellikle Temmuz 1908’den 31 Mart hadisesine (Nisan 1909) kadar çok sayıda cemiyet kurulmuştur. Cemiyet kurma konusunda hukukçular öncü gruplardan biri olmuştur. Bu yazıda II. Meşrutiyet döneminin ilk yıllarında faaliyet göstermiş altı hukuk cemiyeti tanıtılacaktır. Avukatların meslek örgütü olan Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti, II. Meşrutiyet’in ilanından hemen sonra ihya edilmiştir. Osmanlı Hukuk Cemiyeti, daha çok bilimsel hedeflerle yola çıkmış, ancak hukuk öğrencilerinin etkisinin artması üzerine bu amaçlardan uzaklaşmıştır. Dersaadet Mukayese-i Hukuk Müessesesi, hukuk alanında revaçta bir yaklaşıma dayanmaktadır. Talebe-i Hukuk Cemiyeti, öğrenci sorunlarının gündeme getirilmesi ve üniversite öğrencilerinin siyasileşmesinin tarihi bakımından önem taşımaktadır. Osmanlı Hukuk Encümeni, bir hukuk akademisi olarak tasarlanmıştır. Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti, daha dar kapsamlı bir teşebbüs olacak, bütün hukukçuları değil, sadece Mekteb-i Hukuk mezunlarını biraraya getirmeye çalışacaktır. Bu cemiyetler tanıtıldıktan sonra dördünün nizamnamesi ekte sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı hukukçuları, cemiyet, hukuk cemiyetleri, İstanbul Barosu, meşrutiyet.

Abstract: Following the proclamation of the Second Constitutional Monarchy, which constituted a pivotal juncture in Turkey’s political history, the two freedoms most frequently referenced were those of assembly and association. The re-proclamation of the Kanun-ı Esasi (Ottoman Constitution) and the opening of the Meclis-i Mebusan (Ottoman Parliament) created a favourable environment for founding new associations; especially between July 1908 and the 31st of March (April 1909), many associations were founded. The jurists have been one of the pioneering groups in the establishment of associations. This article introduces six legal associations that were active in the early years of the Second Constitutional Era. The professional organisation of lawyers, İstanbul Bar Association (Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti), was revived immediately after the declaration of the Second Constitutional Monarchy. The Ottoman Law Association (Osmanlı Hukuk Cemiyeti) started out with more scientific objectives, but moved away from these objectives as the influence of law students increased. İstanbul Comparative Law Institute (Dersaadet Mukayese-i Hukuk Müessesesi) was founded on the basis of a popular legal approach. İstanbul Faculty of Law Student Association (Talebe-i Hukuk Cemiyeti) is important in terms of putting students’ issues on the agenda and the history of the politicisation of university students. Ottoman Law Institute (Osmanlı Hukuk Encümeni) was established with the objective of functioning as a law academy. Mekteb-i Hukuk/ İstanbul Faculty of Law Alumni Association (Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti) would be a narrower initiative and would seek to unite only Mekteb-i Hukuk graduates, not all jurists. After introducing these associations, the statutes of four of them are presented in the annex. **Keywords:** Ottoman jurists, association, law associations, İstanbul Bar, constitutional monarchy.

* Bu yazı, “II. Meşrutiyet Döneminde Hukukçuların Meşrutiyet Algısı” adlı doktora tezimin (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016) “Hukukçuların İlk Cemiyetleşme Teşebbüsleri” başlıklı kısmından (1.2.) türetilmiştir. Metin elden geçirilerek yeniden düzenlenmiş, az sayıda yeni bilgi ve kaynağa işaret edilmiş, cemiyet nizamnameleriyle ilgili açıklamalar artırılmış, ayrıca belge niteliğinden ötürü dört nizamname ve iki konuşma metni yazıya eklenmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aayoruk@istanbul.edu.tr

ORCID: 0000-0002-2036-056X

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573543

Makale Geliş Tarihi: 23.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 19.09.2024

GİRİŞ

Matbuatın, fikir hayatının, siyasi ve sosyal hareketlerin önceki dönemden çok farklı bir manzaraya bürünmeye başladığı II. Meşrutiyet ortamında, cemiyetleşme açısından da dikkat çekici bir canlılık hemen göze çarpar.¹ Matbuatın canlanması ile cemiyet kurma teşebbüsleri, yeni siyasi hayatın iki kanadı gibidir.² Kanun-ı Esasi'nin iadeten ilanı ile Meclis-i Mebusan'ın yakında açılacak olması, toplumun siyasi katılıma teşne kesimlerini harekete geçirmiş; özellikle II. Meşrutiyet'in ilanından 31 Mart hadisesine kadar geçen sekiz ay boyunca -abartılı bir dille söylenirse- eli kalem tutan her bir Osmanlı sesini duyurmaya, gazete veya dergi çıkarmaya, konumuna göre siyasette söz sahibi olmaya, seçim sürecinde bir yer tutmaya, kendini ait hissettiği grupla birlikte hareket etmeye, nihayet mümkünse örgütlenmeye çalışmıştır. Yeni cemiyetler, matbuatın bütün kesimlerine takip edilmiş ve desteklenmiş; cemiyetlerin birçoğunun nizamnamesinde (başarılamayacak olsa bile) bir yayın organı çıkarma düşüncesi dile getirilmiştir. Sonraki yıllarda savaşlar, işgaller, iç gâileler ve siyasi istikrarsızlığın getirdiği tecrübelerle her ne kadar anarşi ve kötü idare (*sû'-i idare*) şikayetleri artacak; güvenlik (*asayiş*), düzen (*nizam*) ve iyi işleyen idare beklentileri yükseliş gösterecekse de özellikle ilk aylarda sansür ve jurnal karşısında konumlandırılan ifade özgürlüğü (*hakk-ı kelâm*) ve toplanma/cemiyet kurma özgürlüğünün (*hakk-ı içtima*) hiçbir kısıtlama söz konusu edilmeden, mutlak olarak yorumlanabileceği kanaati hakim görünmektedir. Sürdürülebilirlik, cemiyetleşme teşebbüslerinin öncelikli gündem maddesi değildir; buna mukabil yeni cemiyetlerin kurulması için fevkalâde uygun bir ortam vardır. Yeni dönemin iki ana aktörü olarak İttihat ve Terakki Cemiyeti ile Meclis-i Mebusan'ın model alınması, yeni dönemin muteber kavramlarının hararetle benimsemesi ve İttihatçıların muhalefet ihtimallerini bertaraf etmek amacıyla kuruluş aşamasındaki cemiyetlerde kontrolü elde tutmaya çalışması, cemiyetlerin ortak özellikleri olarak sayılabilir.

Hukukçular, cemiyet kurma modasına uyum sağlamakta gecikmemiş; daha doğru bir ifadeyle bu harekete öncülük eden zümrelerden biri olmuştur. Hukukçuların taşrada da cemiyetleşmeye ön ayak oldukları;³ Girit

¹ II. Meşrutiyet yıllarındaki "cemiyet hayatı"nın eleştirel bir tasviri için bkz. Refik Halid Karay, Tanıdıklarım, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 104-110.

² Matbuat-cemiyet ilişkisinin bu yazı bakımından başkaca önemli bir yönüne işaret etmekte fayda vardır. Anderson'un tespitiyle, mesleki dernekler ile bunlara ait dergilerin çıkışı, bilimsel disiplinlerin oluşumuna etki eden kritik gelişmelerdir (Benedict Anderson, Sınırları Aşarak Yaşamak - Bir Sosyal Bilimcinin Yaşamından Anılar, çeviren: Ayet Aram Tekin, Metis, İstanbul, 2017, s. 122-123). 1870'lerden itibaren, Cemiyet-i Fikhiye (bkz. dipnot 179); Adliye Nezareti'nin yayın organı *Ceride-i Mehâkim* (1873) ve (Yıldız'la iyi ilişkiler kurmaya çalışan) İlyas Matar ve İlyas Resam tarafından çıkarılan *Hukuk/el-Hukuk* (1890) gibi projeler hukukun müstakil bir alan olarak vaz edilmesi/algılanması bakımından önemle not edilebilir; ancak nihai tahlilde bunlar II. Meşrutiyet dönemindeki faaliyetlere kıyasla oldukça sınırlıdır.

³ Örnek olarak Üsküp İttihad Kulübü Heyet-i İdaresi reisi ve dava vekili Pinecyan Hamparsum Efendi'nin Mekteb-i Hukuk'tan sınıf arkadaşı Ahmed Cevdet'e

mitingleri gibi kamuoyu oluşturma çabalarında da Mekteb-i Hukuk'un önemli bir yeri olduğu bilinmektedir.⁴ Hukuk mektepleşmesinin yaklaşık 40 yıllık birikimi sayesinde sayı ve toplumsal konum itibarıyla etkin bir zümre haline gelmiş olan hukukçuların merkezde ve taşrada yürüttükleri bu gibi faaliyetlerin örnekleri artırılabilir. Dolaylı bağlantı kurulabilecek bu gibi faaliyetlerde hukukçuların oynadığı rolün araştırılması da önemli olmakla beraber bu yazıda, hukuk muhitinin temel yönelimleri çerçevesinde kurulan cemiyetlere odaklanacak; kronolojik bir sıra takip ederek hukukçuların cemiyet kurma teşebbüslerini ayrıntılı bir şekilde ele almaya çalışacağım.

Hukuk mezunlarının cemiyet kurma teşebbüsleri (Mekteb-i Mülkiye,⁵ Darüşşafaka,⁶ Mekteb-i Sultani⁷ mensup ve/ya mezunları veya öğretmenler⁸ gibi) "*hürriyet*"in ilanından hemen sonraki günlere tesadüf etmektedir. Dönem kaynaklarında "cemiyet" kelimesi, derneklerin yanı sıra meslek örgütleri ve bilimsel/kültürel topluluklar (encümen, meclis, şûrâ, müessesese, akademi/akademya, enstitü) için de kullanılmaktaydı. Bu yazıda da "cemiyet" şemsiye kavram olarak kullanılmış; hukukçuların II. Meşrutiyet'in ilk yıllarında hangi örgütlerde biraraya geldiklerini tasvir etme imkanı sunduğu için altı cemiyet birlikte ele alınmıştır. Tanıtılacak cemiyetlerin ilki meslek örgütü (Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti); ikincisi amaçları bakımından enstitü, faaliyetleri bakımından dernek/öğrenci derneği (Osmanlı Hukuk Cemiyeti); üçüncü (Dersaadet Mukayese-i Hukuk Müessesesi) ve beşincisi (Osmanlı Hukuk Encümeni) enstitü/akademi; dördüncüsü öğrenci derneği (Talebe-i Hukuk Cemiyeti); altıncısı mezun derneğidir (Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti). Birkaç istisna dışında

(İkdamcı, Oran, 1862-1935) mektubuna bkz. ["Pinecyan Hamparsum'dan Ahmed Cevdet'e"], nr. 5115, 21 Ağustos 1908, İkdam, s. 3. "Kanun-ı Esasî'nin mevki-i tatbiki vaz'ıyla idare-i meşrutanın ilanı üzerine Üsküp'te maksad-ı tesisi *akvâm ve anâsır-ı muhtelifeyi Osmanlı nam ve ürvanı altında ittihadla* efrâd-ı milletin devam ve temin-i hüsni-münasebât ü muaşeretlerine gayret etmekten ibaret olmak üzere İttihad-ı Osmanî Kulübü" adlı bir kulüp kurulmuştur. Pinecyan'ın -millet gibi- hürriyete kavuşan gazetelere merakın arttığını belirterek *İkdam*'a abone olmak istemesi, siyasi terbiye edinme gerekliliğinin iki yüzü olarak cemiyetleşme ile matbuatı birarada göstermektedir.

⁴ Mesela bkz. Mardinîzade Ebül'ulâ, "Tarihî Bir Gece", sy. 21, 1 Kânunîsâni 324, Sırat-ı Müstakim, s. 327-328; Celal Nuri, "Girit ve Efkâr-ı Umumiye", nr. 179, 30 Ocak 1909, Tanin, s. 2.

⁵ Mülkiye mezunlarının toplantılara örnek olarak bkz. "Mekteb-i Mülkiye Mezunları", nr. 9837, 16 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 4; "Mekteb-i Mülkiye Mezunları", nr. 9839, 18 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 3. Mezunîn-i Mülkiye Cemiyeti'nin nizamnamesi için bkz. Ali Çankaya, Son Asır Türk Tarihinin Önemli Olayları ile Birlikte Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, Mars Matbaası, Ankara, 1968-1969, II, 1323-1328.

⁶ "Darüşşafaka Mezunlarından", nr. 5114, 20 Ağustos 1908, İkdam, s. 4.

⁷ ["Mekteb-i Sultani Cemiyet-i Hayriyesi"], nr. 5114, 20 Ağustos 1908, İkdam, s. 4.

⁸ Dönemin eğitim ve öğrenci dernekleri için bkz. Mustafa Gündüz, "II. Meşrutiyet ve Erken Cumhuriyet Dönemi, Eğitim ve Öğrenci Dernekleri I", 5/2 Spring, 2010, Turkish Studies, s. 1088-1120. Bu yazıda kurucular, amaç, ana hatlarıyla idari yapı ve gelir kaynakları çerçevesinde Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti'ne de temas edilmiştir.

ikincil literatür konuyla ilgili bilgi veya yorum içermemektedir. Bazı cemiyetlerin kısa süre faaliyet göstermiş olması ve konunun gündelik takip gerektirmesi gibi sebeplerle süreli yayınlar (özellikle gazeteler) bu çalışmanın ana kaynağını oluşturmuştur. Cemiyet nizamnameleri de temel bir kaynak olarak kullanılmış, belge niteliğinden ötürü bunların dördü yazının eklerine alınmıştır.

I. MEKTEPLİ / RUHSATNAMELİ YERLİ AVUKATLARIN ÖRGÜTÜ: “DERSAADET DAVA VEKİLLERİ CEMİYETİ”

Osmanlı hukuk modernleşmesinin temel hedeflerinden biri, yeni bir meslek olarak ortaya çıkmaya başlayan avukatlığın nizam altına alınmasını sağlamaktır. II. Meşrutiyet'e kadar ülkemizde avukatlık mesleğinin kurumsallaşması bakımından hukuk mektepleşmesinin paralelinde ve kısmen kontrolünde yürüyen ciddi bir birikim oluşmuştur.⁹ Avukatlıkla ilgili ilk kanuni düzenlemelerden itibaren meslek örgütünün/örgütlerinin faal olduğuna dair işaretler de vardır.¹⁰ 1880'lerden itibaren avukatlar sayıca artacak, İstanbul başta olmak üzere büyük şehirlerde daha etkin bir konuma kavuşacak¹¹ ve mektepli hukukçular avukatlığa daha fazla rağbet etmeye başlayacaktır; ancak bu gelişmelere rağmen meslek örgütü, 1908'e kadar neredeyse hiçbir varlık gösterememiştir. II. Meşrutiyet ilan edildiğinde hukukçuların bir cemiyet çatısı altında faaliyet göstermek üzere ilk teşebbüsleri, Dava Vekilleri Cemiyeti'nin ihya edilmesi olacaktır. Cemiyetin kuruluş sürecinde erken dönem mevzuatına atıf yapılmış ve faaliyetler “ihya” olarak ifade edilmiştir. Öte yandan aradaki ciddi kesintiden ötürü (avukatlık tarihi bakımından taşıdıkları önem bir yana) ilk örgütlerle aşağıda bahsedilecek örgütlenme çabaları arasında organik bir bağ kurmak mümkün görünmemektedir. İddialı ve kapsayıcı bir meslek örgütlenmesinin hayata geçirilebilmesi, başka bir deyişle esaslı ve sürdürülebilir bir örgütün kuruluşu için II. Meşrutiyet'in ilk günlerini beklemek gerekmiştir.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Adem Yörük, “Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)”, basılmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üni. TAE, İstanbul, 2008, s. 174-178. Avukatlık kurumunun gelişimi hakkında bkz. Seda Örsten Esirgen, “Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık”, sy. 63 (4), 2014, AÜHFHD, s. 737-778. Avukatlık hakkında bir mevzuat derlemesi için bkz. Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişimi, 2. baskı, haz. Atilla Sav - Musa Toprak, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015.

¹⁰ “Barreau de Constantinople” (Avukatlar Cemiyet-i Daimesi/İstanbul Barosu) reisi Georges Furlani'nin 2 Şubat 1877 tarihli genel kurul toplantısında yaptığı konuşma, yaptığım kısa bir değerlendirmeye birlikte “Hukuk Reformu Metinleri” dizisinde (nr. 24) yayımlanmıştır: “Barreau de Constantinople Reisi Georges Furlani'nin Kanun-ı Esasi'ye ve Osmanlı Hukukuna Dair Konuşması (*La Constitution Ottomane*, 1877)”, haz. Tugay Aydın, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 33, 2022 Bahar, s. 49-63. Ayrıca bkz. Tugay Aydın, “İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku (5 Nisan 1878)”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 30, 2020 Güz, s. 113-128.

¹¹ Tugay Aydın, “XIX. Yüzyılın Son Çeyreğinde Osmanlı Avukatları (Kitapçı Arakel Efendi'nin *Münşeât-ı Hukuk*'a Eklemediği Vükelâ-yı De'âvî Cetvelleri, 1885-1892)”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 35, 2023 Bahar, s. 153-192.

“Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyet-i Daimesi”, “Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyet-i Umumiyesi”, “Dava Vekilleri Cemiyeti” veya “Avukatlar Cemiyeti” olarak da anılan Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti, kurulduğu andan itibaren meslekle ilgili sorunları “mektepli Osmanlı hukukçusu”nu merkeze alarak çözümleme istikametinde faaliyetlerde bulunmuştur. Dolayısıyla bir yandan “şehadetnamesiz/ruhsatnamesiz” avukatlara, öte yandan yabancı avukatlara karşı mücadele verilmiş; ayrıca II. Meşrutiyet’in ilk aylarında avukatlar, siyasal bir özne olarak öne çıkmaya başlamıştır. Dönemin ruhuna uygun şekilde meslekle ilgili talep ve mücadeleler söz konusu olduğunda “*hürriyet*”, kendi aralarında ise eşitlik (*müsavvat*) ve kardeşlik (*uhuvvet*) havası hakimdir. Burada İstanbul Barosu’nun temelini oluşturan Cemiyetin kuruluş safhası ve ilk faaliyetleri üzerinde durarak “hürriyetin ilanı”yla haklı olarak kendileri için uygun bir zemin¹² bulduklarını düşünen avukatların gündemine biraz daha yakından bakmayı deneyeceğim.

Mehâkim-i Nizamiye Dava Vekilleri hakkında Nizamname’nin kurulmasını öngördüğü “Heyet-i Daime”yi teşkil etmek üzere, II. Meşrutiyet’in ilanından bir hafta sonra, 31 Temmuz 1908, Cuma günü Divanyolu’nda Arif’in Kiraathanesi’nde yüz yirmiden fazla avukat toplandı.¹³ İlk görüşmeleri gerçekleştirmek üzere, geçici olarak ve oy birliğiyle Adliye Nezareti hukuk müşaviri Yanyalı Edib Efendi reis-i evvel, Maliye Nezareti hukuk müşaviri Ohannes Efendi reis-i sani seçildi. Edib Efendi’nin açıklış konuşmasından sonra Heyet-i Daime’nin seçimine geçildi. Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti reis-i evvelliğine neredeyse bütün oyları alarak (“*hemân ittîfak-ı ârâ’ ile*”)¹⁴ ilmiye kökenli avukatlardan¹⁵ Yanyalı Edib Efendi; reis-i sânilige Viram Şabuh Efendi, Heyet-i Daime üyelerine ise Hrisantos Tomayidis, Mahmud Mahir, Yanko Enomotarhi, Sadeddin Ferit efendiler seçildi. Ayrıca Sadeddin Ferit’e kâtiplik, Yanko Efendi’ye muhasebecilik

¹² Mülkiyeli bir yazar, Ahmet İhsan Tokgöz, o dönemde yazdığı bir yazıda “hür memleketler”deki “en şerefli ve istifadeli meslekler (*carrière libérale*)” sırasında doktorluk, avukatlık ve muharrirliği saymaktadır. Aydınlar arasında yaygın olan bu anlayışa göre “*şeref*” açısından memurluk bunların altında, ticaret ise üstündedir. Bkz. Ahmet İhsan [Tokgöz], “Halkın Vazifesi”, nr. 209, 21 Ocak 1909, Servet-i Fünun, s. 1. Bir hukuk öğrencisinin aynı istikametteki yorumları için bkz. Ağâh Sabri (Mekteb-i Hukuk müdavimlerinden), “Varaka-i Mahsusa”, nr. 14-48, 25 Eylül 1908, *Üç Gazete (Metin, Feyz-i Hürriyet, Tasvir-i Hayal)*, s. 3-4. Ayrıca bkz. dipnot 104.

¹³ “Dava Vekilleri”, nr. 5095, 1 Ağustos 1908, İkdâm, s. 3; Ali Haydar Özkent, Avukatın Kitabı, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940 (tıpkıbasım: İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2012), s. 65.

¹⁴ “Edib Efendi”, nr. 42, 1 Mart 1334, Muhamat, s. 15.

¹⁵ Vefatı münasebetiyle yazılan bir yazıya göre Edib Efendi, İstanbul’un meşhur müderrislerinden Şevket Efendi’den medrese dersleri okumuş, ancak hocasının vefatı üzerine icazetname alamamıştı. Muallimhane-i Nüvvâb’tan mezun olduktan sonra bir süre naiblik yapmış, iki yıl ceza reisliğinde bulunduktan sonra istifa edip İstanbul’a dönerek “o zaman sâlikleri pek az olan meslek-i vekalet dahil olmuş ve vefatına kadar bu vazifeyi hakkıyla namuskârâne ifa eylemiş ve el-yevm bu meslekte bulunan birçok muhamilerin terakki ve tekamüllerine de gayret etmiş”; Adliye Nezareti hukuk müşavirliğini fahri olarak yürütmüştü (“Edib Efendi”, nr. 42, 1 Mart 1334, Muhamat, s. 15).

(sandukkârlık) görevi verildi.¹⁶ Görev sürelerinin kısalığından veya sonraki reis Manyasizade Refik Bey'in şöhretinden¹⁷ ötürü avukatlık tarihiyle ilgili çalışmalarda Edib Efendi'nin reisliği de, bu ilk heyetin varlığı da gözden kaçmış görünmektedir.¹⁸

O sırada Hukuk öğrencisi, ileriki yıllarda İstanbul Barosu umumi kâtibi olan Ali Haydar Özkent'e göre toplantıda konuşulanlar iki başlık altında toplanabilir: Meslek hakkındaki kötü fikirleri ortadan kaldırmak için propaganda yapmak; kanuni ve ahlâki şartları sağlamayanların mahkemelere kabul edilmesine mâni olmak ve bunun için Adliye Nezareti nezdinde teşebbüslerde bulunmak.¹⁹ Gerçekten 31 Temmuz'daki toplantıda, Heyet-i Daime'nin seçilmesinden sonra söz alan Yusuf Kemal Bey (Tengirşenk, 1878-1969), “şimdiye kadar dava vekaletinin *halkca müstekreh ve menfur bir sanat*” olarak tanındığını belirterek konuşmasına başlamış, bunun başlıca sebebi olarak istibdat döneminde “*ihkâk-ı hakk*”ın imkansız oluşunu göstermişti. Ona göre avukatlığın “*bundan sonra mübeccel ve şayan-ı ihtiram bir meslek*” olması için çalışmak gerekmektedir. Yusuf Kemal'in konuşmasından sonra toplantıya katılan avukatlar, “hak ve kanun ve adaletin herkese tanıtılacağına ve hukuk-ı devlet ü milletin ve adl ü hakkaniyetin muhafazasına sâ'i olacaklarına” defalarca (*mükerreren*) yemin ettiler.²⁰ Özkent, Hukuk ve Kudât mezunlarıyla ruhsatnameli avukatların isimleri kaydedilerek tanzim edilen ilk levhanın da yine bu toplantıda yapıldığını ve bu levhanın İstanbul Barosu levhalarının esası olduğunu, avukat sicil numaralarının buna dayandığını belirtmektedir.²¹

Heyet-i Daime'nin oluşumundan kısa bir süre sonra Adliye Nezareti, “dava vekillerinin vezâifi” hakkında daha önce kendi bünyesindeki bir komisyon tarafından kaleme alınarak Sadaret'e takdim edilmiş olan kanun layihasının “Kanun-ı Esasi mücebince tanzimi için tekrar tedkik edilmek üzere” iade edilmesini istedi.²² Hukukla ilgili meselelerde ileri seviyede bir kulis faaliyeti yürüten, hatta üç dört ay sonra Adliye nazırınının

¹⁶ “Dava Vekilleri”, nr. 5095, 1 Ağustos 1908, İkdâm, s. 3.

¹⁷ Manyasizâde için bkz. Yörük, 2016, s. 16-18. Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti'nin taziye ilanı (s. 17) avukatlar arasındaki konumunu gösteriyor.

¹⁸ Bu hükmün bir iki istisnası vardır. Meslek dergisi olarak çıkan Muhamat'ta çıkan bir yazıda “Reşid Efendi merhumdan sonra Edib Efendi[nin] *şeyh-i meslek*” olduğu belirtilmiş; Reşid Efendi ile Edib Efendi, eski ve yeni avukatlık hayatını (*âlem-i vekaleti*) görmüş birer “sima-yı müstesna ve mümtaz” olarak vasıflandırılmıştır (“Edib Efendi”, nr. 42, 1 Mart 1334, Muhamat, s. 15). Özkent, kimliği hakkında bilgi vermeden reisliğe “ihtiyar Edib Efendi”nin seçildiğini belirtmiş; reis-i sâni ve Heyet-i Daime üyelerini zikretmemiştir (Özkent, 1940, s. 65). İktisat profesörü Refii Şükrü Suvla'nın ailesi tarafından verilen vefat ilanında, dedesi Edib Bey “İlk Baro reisi” olarak anılmıştır (22 Ekim 1962, Milliyet, s. 2).

¹⁹ Özkent, 1940, s. 65.

²⁰ “Dava Vekilleri”, nr. 5095, 1 Ağustos 1908, İkdâm, s. 3. Bu haberde avukatlar, “payitaht-ı saltanat-ı seniyye hukuk-şinasânının en güzideleri” olarak tavsif edilmiştir.

²¹ Özkent, 1940, s. 65.

²² [Dava Vekillerinin Vezâifi Hakkında Nizamname], nr. 5105, 11 Ağustos 1908, İkdâm, s. 2.

değiştirilmesini sağlayacak olan avukatların bu kararda da bir payları ve etkileri olabilir. Bununla beraber adliye bürokrasisinin temayülü de bu yönde olduğundan ve önceki dönemde hazırlanmış kanun layihalarının yeniden ele alınarak meşruti idareye uygun hale getirilmesinin başka örnekleri²³ de bulunduğundan nizamnamenin geri alınmasında avukatların başlı başına belirleyici olduğu söylenemez. Ancak bundan sonra Dava Vekilleri Cemiyeti, avukatlarla ilgili yapılacak düzenlemeler konusunda söz sahibi yeni bir aktör olarak varlığını her daim hissettirecektir.

Avukatlık mesleğinin kurumsallaşması yönündeki diğer önemli adım, ruhsatnameli dava vekillerinin tespit edilmesi için ilan verilmesidir. Dava Vekilleri Heyet-i Daimesi, 21 Ağustos 1908 tarihli gazetelere verdiği ilanda,²⁴ vaktiyle Adliye Nezareti'nden resmî ruhsatname almış avukatların ruhsatnamelerini ibraz ederek Adliye Nezareti'ne verilecek cetvele isimlerini kaydettirmelerini istemiştir.²⁵ Aslında hukuk eğitiminin gelişimiyle paralel olarak avukatlıkla ilgili ilk kanuni düzenlemelerden itibaren mesleğin standart bir eğitimden geçmiş kişilere hasredilmesi (*inhisar usulü*) yönünde güçlü bir temayül vardı. Bununla beraber 1886 yılında hukuk davalarında inhisar usulünün kaldırılması buna ket vurmuş, mesleğin kurumsallaşmasının önündeki başlıca engel olarak görülmüştür. Ruhsatnameli avukatların tespiti ve mesleğin sadece bunlar tarafından icra edilebilmesi bundan sonra da meslek örgütünün en önemli gündem maddesini ve mücadele sahasını oluşturacaktır. Bir başka ifadeyle dönemin hukukçuları, mesleğin teşekkül edip belirli kurallar altında gelişmesi ve yerleşmesini sağlayacak olanın meslek tekeli olduğunun bilincindedir. Hatta ruhsatnameli avukatın diğer avukatlara tercih edilmesinin gerekliliği avukat reklamlarına kadar yansımıştır.²⁶

Dava Vekilleri Cemiyeti'nin idaresi için seçilen ilk heyet sadece 40 gün kadar görevde kalabilmiştir. İlk Heyetin istifa et(tiril)mesi²⁷ üzerine Heyet-i Umumiye tekrar toplanmış; reis-i evvelliğe Manyasizade Refik Bey, reis-i sânilığe Yusuf Kemal Bey, üyeliklere ise Sadeddin Ferit ve Necati beyler ile

²³ Örnek olarak bkz. "Kanun-ı Ceza", nr. 27, 6 Ağustos 1908, Servet-i Fünun, s. 4.

²⁴ "Dersaadet dava vekillerinden olup da Adliye Nezaret-i celilesinin ruhsatname-i resmîsini haiz olan zevâtin esâmisini hâvi cedvelin Nezaret-i müşârunileyhâya hasbe'n-nizâm takdimi mukarrer idüğünden tarih-i ilanından itibaren bir mâh zarfında Salı ve Perşembe günleri saat beşten altıya kadar zevât-ı mumaileyhimin ruhsatnamelerini hâmilan li-ecli'l-kayd Dava Vekilleri Cemiyet-i Daimesi odasına gelmeleri lüzumu ilan olunur" (nr. 5115, 21 Ağustos 1908, İkdâm, s. 3). Ayrıca bkz. "Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyet-i Daimesi'nden", nr. 21, 8 Ağustos 1324, Tanin, s. 4.

²⁵ Kısa bir süre sonra, ruhsatname harçlarını defaten ödeyemeyen avukatlara taksitle ödeme imkanı tanınmıştır ("Havâdis-i Mütenevvîa", nr. 5150, 25 Eylül 1908, İkdâm, s. 4).

²⁶ Trabzonlu Sokratî'nin reklamı "Ruhsatnameli Dava Vekili" başlığını taşır (nr. 314, 17 Temmuz 1909, Tanin, s. 4). Krş. "Mustafa Mazhar - Dava Vekili", nr. 59, 13 Kasım 1908, Hukuk-ı Umumiye, s. 4.

²⁷ Edib Efendi'nin sihhî sebeplerden dolayı istifa etmiş olmasına ("Edib Efendi", nr. 42, 1 Mart 1334, Muhamat, s. 15) ihtiyatla yaklaşmak gerekiyor.

Kirkor Zöhrab(yan) ve Sinabyan efendiler seçilmiştir (11 Eylül 1908).²⁸ Bu değişikliğin amacı İttihatçıların kontrolü tamamen ele alma isteği ve adliye tensikatu konusunda uygulanması düşünülen projeyi hayata geçirme niyeti olmalıdır.²⁹ Bir hafta önce Dava Vekilleri Heyeti diplomalı avukatları toplantıya çağırmişti. “Bazı memurîn-i adliyeye dair cereyan edecek müzakerenin neticesinde kaleme alınacak rapor Adliye Nezareti’ne takdim edilecek”ti.³⁰ Yusuf Kemal’in hatıralarıyla beraber okunduğunda “bazı memurîn-i adliye”den kastedilenin işten el çektirilmesi düşünülen hakimler olduğu anlaşılır. Yusuf Kemal, Dava Vekilleri Cemiyeti’nin istifa etmiş ilk heyetinden bahsetmeden Meşrutiyet’in ilanından sonra avukat arkadaşlarıyla meslek dahilinde çalışmaya başladıklarını, ilk İstanbul Barosu’nu kurduklarını, Manyasizade Refik Bey’i Baro birinci başkanlığına getirdiklerini söylemekte; faaliyet ve planlarını şöyle açıklamaktadır:

“Abdülhamit idaresindeki eğri hakimlerin çıkartılıp yerlerine doğrularının getirilmesi meselesiyle meşgul olmaya başladık. İçimizden bir heyet seçtik. Her avukat hakimler hakkında bildiklerini bu heyete haber veriyordu. Heyet eğri olduklarına kanaat getirdiği hakimlerin bir listesini yaptı. Bir Perşembe günü bu hakimlerin çıkarıldığı, yerlerine yenilerinin tayin edildiği ilan olunacak, Cumartesi günü yeni hakimler işlerine başlayacaklardı”.³¹

Yusuf Kemal’in anlatımına göre Adliye nazırlığında bulunan ve Mekteb-i Hukuk’un ilk muallimlerinden olan Hasan Fehmi Paşa’nın bu işi yapamayacağı düşünüldüğünden avukatlardan oluşan bir heyet ona istifa etmesi teklifini götürerek olumlu cevap aldı; ardından Yusuf Kemal’in de içinde bulunduğu bir heyet Manyasizade’nin nezarete atanması için ricada bulunmak üzere Sadrazam Kâmil Paşa’yla görüştü.³² Bu anlatıma mutabık olmakla beraber muhalif basında Manyasizade’nin avukatlar tarafından Adliye nazırlığına getirilmesi, Adliye Nezareti’nin meslek tekeliyle ilgili teşebbüsleriyle de ilişkilendirilerek bir suçlama olarak gündeme getirilmiş.³³ Yusuf Kemal, kendisinin reis-i evvel seçildiği genel kurul toplantısında bu söylentiler hakkında açıklama yapmak zorunda kalmıştır.³⁴ Kanaatimce

²⁸ [Dava Vekilleri Cemiyet-i Damesi], nr. 43, 30 Ağustos 1324, Tanin, s. 3.

²⁹ Adliye tensikatu için bkz. Erkan Tural, “II. Meşrutiyet Dönemi’nde Adliye ve Mezâhip Nezareti’nde Bürokratik Reform”, LXII/2, 2008, AÜHFD, s. 223-252.

³⁰ “Havâdis-i Mütenevvia”, nr. 5129, 4 Eylül 1908, İkdâm, s. 4.

³¹ Yusuf Kemal Tengirşenk, Vatan Hizmetinde, Bahar Matbaası, İstanbul, 1967, s. 108.

³² Tengirşenk, 1967, s. 108-109.

³³ “Adliye Nezareti makamına suûdu esbâb ve vesâilini tehiyye ve ihzâr eden ve Ârif’in Kırâathanesi’nde toplandıkları gün ‘Hasan Fehmi Paşa’yı istemeyiz’ terânesiyle başlayarak ‘Refik Bey’i isteriz’ nağmesinde karar kılan şahadetnameli dava vekillerine karşı Adliye nazır-ı lâhıkı beyefendi bir cemile-i şükr-güzârî olmak üzere dava vekaletini taht-ı inhisara vaz ettiğini ve bu suretle rûfekâ-yı kadîmesinin bol bol kazançlarına vâsi bir meydan açtığı cümledenize tevâtüren malumdur” (A. Celaleddin, “Hükkâm-ı Kirâma”, nr. 77, 12 Şubat 1324, Mizan, s. 1).

³⁴ “Manyasizade Refik Beyefendi’nin Adliye nezaretine suret-i tayin ve vürûdu hakkında Avukatlar Cemiyeti’nce bazı teşebbüsât icra edildiğine dair deveran eden

avukatların etkisi açık olmakla beraber Manyasizade'nin kabineye girişini sadece buna bağlamak yeterli bir izah olmadığı gibi hukuk camiasının meslek tekeli konusundaki yaygın anlayışı da Manyasizade'nin şahsi düşünceleri ve nezaret dönemindeki icraatıyla açıklanamaz.

Elli gün kadar bir süre Dava Vekilleri Cemiyeti reisliğinde bulunduktan sonra Adliye nazırlığına getirilen Manyasizade, Nezaret kapısında avukatlar tarafından bayraklarla karşılandı (30 Kasım 1908).³⁵ 2 Aralıkta Heyet-i Daime ikinci reisi Yusuf Kemal ve üyeler Sadeddin Ferit, Necati ve Sinabyan efendiler Adliye Nezareti'ne giderek bütün dava vekilleri adına yeni nazırı tebrik ve Heyet-i Daime fahri reisliğini kabul etmesini rica ettiler.³⁶ Birkaç gün sonra Mekteb-i Hukuk mezunlarını temsilen dört kişilik bir heyet, Manyasizade'yi ziyaret ederek mezunların istihdam problemlerine dikkat çekti ve müktesep haklarının korunmasını, Mekteb-i Hukuk Nizamnamesi'nin tamamen uygulanmasını talep etti. Bu heyette, yabancı hakim istihdamı yoluyla kapitülasyonların ilga edilebileceğini ileri süren yazarların görüşünü aktaran Ali Kemal'i tenkit ederek, Mekteb-i Hukuk mezunlarının haklarını savunan Ebül'ula Mardin de bulunmaktaydı. Ona göre de Manyasizade'nin Adliye nazırı olması hukukçuların sorunlarının çözümü için yeterli bir işaretti.³⁷

Manyasizade'nin ayrılmasından iki ay sonra Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyet-i Umumiyesi, yine Ârif'in Kıraathanesi'nde toplanarak

sözler hakkında Yusuf Kemal Bey bir nebze izahat vermiş ve def-i şübhât edilmiştir" ("Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyet-i Umûmiyesi", nr. 164, 2 Şubat 1909, Yeni Gazete, s. 4).

³⁵ "Umum dava vekilleri nazır-ı müşârunileyhi nezaret kapısında bayraklarla istikbal etmişlerdir. Dava vekillerinden Yusuf Kemal Bey tarafından nezaret salonunda bir nutuk kıraat edilmiş ve nazır beyefendi tarafından dahi makam ve mevkie münasip surette mukabele olunmuştur" (nr. 5215, 1 Aralık 1908, İkdâm, s. 2).

Yusuf Kemal, o günü hatıratında başka bir yolda anlatmaktadır: "Avukatlar eski adliye binasının avlusunda toplandık. Kendisini bekliyorduk. Refik Bey gelmedi. Ben hemen bir arabaya binerek yazıhanesine kadar gittim. Salonun kapısını kapatmıştı. Bağırarak kapıyı açtırdım. Refik Bey yazıhanenin içinde dolaşıp duruyordu.

- Yahu seni bekliyoruz, dememe kalmadan O,

- Kemal, ben korkuyorum, yapamayacağım, dedi. Ben,

- Deli mi oldun, diyerek onu zorla aşağıya indirdim ve arabaya bindirerek adliyeye getirdim. Bekliyen avukatlar alkışlarla yeni nazırı merdivenden çıkardılar, makamına oturtular" (Tengirşenk, 1967, s. 109).

³⁶ ["Adliye Nazırını Ziyaret"], nr. 123, 3 Aralık 1908, Tanin, s. 3. Kirkor Zöhrab'ın da bu heyette yer aldığına dair bkz. "Dava Vekilleri Cemiyet-i Daimesi", nr. 59-140, 3 Teşrinievvel [Kânunievvel olmalı] 1908, Şura-yı Ümmet, s. 3.

³⁷ Mardinîzade Ebül'ula, "Hukuk Mezunları", sy. 16, 27 Teşrinisânî 1324, Sırat-ı Müstakim, s. 246.

Manyasizade'nin Adliye nazırlığı ve icraatlarıyla ilgili tartışmalar için bkz. "Adliye Nazırı Refik Beyefendi'nin İcraat-ı Mühimmesi", nr. 41, 13 Kânunievvel 1324, Serbesti, s. 1; "Adliye Nazırı Ricat Ediyor", nr. 49, 21 Kânunievvel 1324, Serbesti, s. 1; [Bekir Behlül], "İnhisar-ı Vekalet Bahsi ve Serbesti'ye Cevabımız", nr. 12, 31 Kânunievvel 1324, Mizanü'l-Hukuk, s. 133-135.

Manyasizade'nin yerine ikinci reis Yusuf Kemal Bey'i; onun yerine (reis-i sânilîğe) de en çok oy alan Yanko Enomotarhi Efendi'yi seçti (31 Ocak 1909). 1292 tarihli Mehâkim-i Nizamiye Dava Vekilleri hakkında Nizamname'yi inceleyerek yeni bir umûmi nizamname ve yeni bir dahilî nizamname yapmak için 10 kişilik bir komisyon kuruldu.³⁸ Bir ay kadar sonra çıkan bir haberde komisyonun 12 kişiden oluştuğu ve Ohannes Aleksanyan Efendi'nin evinde müzakerelere başladığı belirtilmiştir.³⁹

31 Ocak 1909'daki toplantıda ayrıca Adliye Nezareti'nin, şehadetnamesiz dava vekillerinin mahkemelere kabul edilmemesiyle ilgili eski nizamname hükümlerinin ("*devr-i istibdadda tatil edilen ahkâm*")ın tekrar yürürlüğe konulmasına karar verdiği bildirildi. Bununla beraber 1292/1876 tarihli Nizamname'nin tekrar yürürlüğe konulmasıyla avukatlık yapamayacak olan "*muktedir ve namuslu, fakat şehadetnamesiz*" avukatların ve müvekkillerinin zarar görmemesi ve yürümekte olan davaları sekteye uğratmamak için geçici bir madde kaleme alınmıştı. Bu madde, nizamname komisyonunda incelendikten sonra Adliye Nezareti'ne takdim edilecekti.

Toplantıdaki ilginç bir diyalog, Meclis-i Mebusan seçim sürecindeki tartışma ve hissiyatın Dava Vekilleri Cemiyeti'nin yönetim kadrosunun seçiminde de hükmünü yürüttüğünü göstermektedir. İkinci reislik için kimlerin aday olabileceği konuşulurken (istifa eden ilk Heyette reis-i sâni olarak bulunan) Viram Şabuh Manukyan Efendi'nin adı öne çıkar. Bunun üzerine "Ermeni vatandaşlarımızdan bir zat mahviyet ibraz ederek, *Heyet-i Daimimizde iki Ermeni vatandaşımız vardır. Manukyan Efendi'nin intihabı üç Ermeni olmasını icâb edecektir*" der. Bunun üzerine "bir Türk avukat, *burada Ermeni, Rum, Türk yoktur. Hep müttehid ve yek-dil ü yek-cihet Osmanlılar vardır. Kanun aded itibarıyla müsait olsa Heyet-i Daimimizde üç değil yirmi üç Ermeni de bulunabilir. Elverir ki Osmanlı olsun demiş ve alkışlanmıştır*". Bu ifadeler kanaatimce birlik (eşitlik/kardeşlik) ihtiyakını dile getirdiği kadar üstü örtülmek istenen gerginliğe de işaret etmektedir.

Toplantıda son olarak mesleğin önündeki önemli engellerden biri olan yabancı avukatların durumu ele alındı. 1292 tarihli Nizamname'nin tatbik edilmesi halinde bunların zarara uğrayabileceklerine dair "tevehhüm ve tereddütler uzun uzadıya mücib-i bahs u münakaşa" oldu.⁴⁰ Konunun bu kadar önemle tartışılması yabancı avukatların etki sahasını gösterdiği kadar "imtiyazât-ı ecnebiye"yi gündeme getirebilecek diplomatik bir krizin uç verme ihtimaliyle de alakalı olmalıdır. Nitekim yabancı avukatlar bir süre sonra faaliyetlerinin yasaklanmasına dair kanuni bir düzenleme yapılacağı gerekçesiyle sefarethanelerine başvurarak hükümet nezdinde teşebbüste bulunulmasını istediler.⁴¹ Buna karşın Dava Vekilleri Cemiyeti çatısı altında örgütlenmiş Osmanlı vatandaşı avukatlar konuyu başka türlü değerlendirmekteydi. Onlara göre 1292 tarihli Nizamname'nin tatbiki,

³⁸ "Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyet-i Umûmiyesi", nr. 164, 2 Şubat 1909, Yeni Gazete, s. 4.

³⁹ "Dava Vekilleri", nr. 155, 24 Şubat 1324, Şura-yı Ümmet, s. 5.

⁴⁰ "Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyet-i Umûmiyesi", nr. 164, 2 Şubat 1909, Yeni Gazete, s. 4.

⁴¹ "Ecnebi Dava Vekilleri", nr. 5320, 18 Mart 1909, İkdâm, s. 3.

Nizamiye mahkemeleri (*mehâkim-i umumiye-i Osmaniye*) hakkında vaz edilmiş olmasından ve yine bu şekilde tatbik edileceğinden “*ne hukuk-ı siyasiye-i devlete ve ne de ecânibe mûcib-i zarar bir şey*” olamazdı.⁴²

Kısa bir süre sonra, 31 Ocak 1909'daki toplantıda avukatlara duyurulduğu üzere, İstanbul'da ve taşrada diplomasız olarak avukatlık yapanların Ticaret ve Hukuk mahkemelerine kabul edilmemesi yönündeki Encümen-i Adliye kararı mahkemelere tebliğ edildi ve 9 Şubat 1909'dan itibaren uygulamaya konuldu.⁴³ Adliye Nezareti'nin “inhisar-ı vekalet” hakkındaki bu kararı, Halep mebusu Ali Cenani Bey tarafından gensoru önergesine konu edilerek Meclis-i Mebusan gündemine getirilmiştir. Ali Cenani'nin taktirî dava vekaletinin inhisar altına alınmasına karşı ileri sürülen fikirlerin özeti niteliğindedir: Mecelle ve fıkıh kitaplarına göre herkes hakkını korumak ve işlerini gördürmek üzere dilediğini vekil edebilir. İstibdat döneminde bile kısıtlanamayan “*şu hürriyet ve serbestiyet-i meşrûa*” Meşrutiyet döneminde kısıtlanmaya çalışılmaktadır. Bir kişi hakkını koruyamayacak birini vekil tayin ettiği için kınanamayacağı gibi onu muktedir bir vekil tayin etmeye zorlamak için de bir “selâhiyet-i şer'îye” yoktur. Sonuç olarak Ali Cenani Bey, “kavânin-i fıkhiye ve hukukiye”yi ayaklar altına alan bu kararın sebebini sorar.⁴⁴ Manyasizade Refik vefat ettiği için gensorunun yeni muhatabı Adliye nazırı Nazım Paşa, kararın mesleği bazı kişilere “tahsis” manasında “inhisar” olarak anlamanın yanlış olduğunu belirttiikten sonra konulan “kayıtlar”ın kişilerin haklarının korunması kadar mahkemelerin fonksiyonunu hakkıyla yerine getirmesi için de elzem olduğunu söylemiştir.⁴⁵ Adliye nazırı inhisarın şeriate aykırı olduğu tezine de karşı çıkmış; “mebusân-ı kirâmdan bir zât 'Adliye Nezareti ahkâm-ı şer'îye icrasına memur değildir' diyor. Adliye Nezareti her hususta ahkâm-ı şer'îye riayet ile mükelleftir” dedikten sonra “ahkâm-ı şer'îyenin müsaadesi ve ihtiyacât-ı medeniyenin göstereceği lüzuma göre tanzim olunacak layihaları”n Meclis'e sunulacağını belirtmiştir.⁴⁶

İzahatın yeterli bulunması üzerine gensorunun başarıyla atlatılmasından sonra Adliye Nezareti bu süreçteki temel sorunu oluşturan şehadetnamesiz dava vekilleri ile yabancı avukatların konumlarının nasıl

⁴² “Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyet-i Umûmiyesi”, nr. 164, 2 Şubat 1909, Yeni Gazete, s. 4.

⁴³ Tanin gazetesi, 10 yıldan beri avukatlık yaptığını ispat edenlerin 1 yıl daha mahkemelere kabul edileceğini, 1 yıl içinde Heyet-i Mümeyyize huzurunda liyakatlerini ispat etmeleri halinde mesleğe devam edebileceklerini haber almıştır (“Diplomasız Dava Vekilleri”, nr. 190, 10 Şubat 1909, Tanin, s. 4).

⁴⁴ Meclis-i Mebusân, I. Devre, 1. İctima senesi, 37. İnikâd (bundan sonra MM, I, 1/37), 18 Şubat 1324: Meclis-i Mebusân Zabıt Ceridesi (bundan sonra MMZC), II, 158 (Meclis-i Mebusân Zabıt Cerideleri için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_dergisi_pdfler_mmb.meclis_do nemleri?v_meclisdonem=0, s.e.t.: 21 Nisan 2024).

⁴⁵ MM, I, 1/43, 7 Mart 1325: MMZC, II, 359-360.

⁴⁶ “Şehadetnamesiz Dava Vekilleri”, nr. 5224, 22 Mart 1909, İkdâm, s. 4.

belirleneceği konusu üzerinde durmuştur.⁴⁷ 31 Mart hadiselerinden ötürü bir süre askıda kalan bu mesele, Meclis-i Mebusan'ın ilk yasama yılının⁴⁸ sona ermesinden sonra, Dava Vekilleri Nizamnamesi'ne zeyl olarak kaleme alınan maddelerin muvakkat kanun olarak yürürlüğe girmesiyle çözümlenmiş (16 Eylül 1909)⁴⁹ ve buna göre sınav yapılmasına başlanmıştır. Sınav konuları⁵⁰ aynı olmakla beraber esaslı bir fark, sınavın Mekteb-i Hukuk'ta değil, Dava Vekilleri Cemiyeti'nde oluşturulacak sınav heyeti önünde yapılacak olmasıdır.⁵¹ Avukatların meslek tekeli konusundaki çabaları önce Adliye Nezareti'nin talimatı ve eski nizamnamenin uygulanmasının temin edilmesi, sonra muvakkat bir kanunun yürürlüğe girmesiyle semeresini vermişse de avukatlık mesleğinin esaslarını düzenleyecek yeni bir kanun yapılması, iki

⁴⁷ Bu konularda bkz. “Şehadetnamesiz Dava Vekilleri”, nr. 41, 12 Ağustos 1325, Mizanü'l-Hukuk, s. 478-479; “Ecnebi Dava Vekilleri”, nr. 46, 23 Eylül 1325, Mizanü'l-Hukuk, s. 538-539.

⁴⁸ Son içtimalardaki tartışmalar için bkz. “Mebusan, Cuma 7 Ağustos, 139uncu İçtimâ-ı Umûmi”, nr. 82, 21 Ağustos 1909, Yeni Tasvir-i Efkâr, s. 7.

⁴⁹ Kanun maddeleri şöyledir: “Birinci madde: Mekâtib-i hukukiye-i ecnebiyeden mezun olarak mehâkim-i Osmaniyede la-ekall üç seneden beri iffet ve istikamet dairesinde müstemirren icra-yı vekalet etmekte olduklarını vesâik-i lâzime ve ruhsatnameli vekillerden on zât ve üç mahkeme reisinin şehadet-i tahririyesiyle Türkçe ifade-i merâma ve evrak-ı adliye tanzimine iktidarı Dava Vekilleri Cemiyet-i Daimesi'nce müntehab bir Heyet-i Mümeyyize huzurunda ve bir sene zarfında bi'l-ımtihan isbat eden dava vekilleri Cemiyet-i mezkûrenin tasdiknamesi üzerine ruhsatname istihâl edebilir.

İkinci madde: Mekâtib-i hukukiyeden mezun olmayıp, fakat üç seneden beri iffet ve istikamet dairesinde ve müstemirren Dersaadet'te icra-yı vekalet ettiklerini madde-i sâbika vechile isbat edenler işbu mevâdd-i nizamiyenin tarih-i neşrinden itibaren nihayet bir sene zarfında bi'l-ımtihan ruhsatname alabilirler. Şu kadar ki bunların imtihanı Mekteb-i Hukuk Heyet-i muallimînine Cemiyet-i Daime'den iki zâtın iltihâkiyla ve amelî tarzda icra edilecek ve bundan dolayı bir güne resm-i harc alınmayacaktır. Tâlib-i imtihan oldukları tahakkuk edenler netice-i imtihana kadar dahi nizamname ahkâmına tâbi olmak şartıyla ifa-yı vekalet mezun olacaklardır. 1 Ramazan 1327/3 Eylül 1325” (“Dava Vekilleri hakkında tanzim olunup muvakkaten mevki-i tatbiki vaz'ı hususu Meclis-i Vükela kararıyla bi'l-istizân irade-i seniyye-i hazret-i padişahiye iktirân eden iki madde-i muvakkata-i kanuniye suretidir”, nr. 386, 28 Eylül 1909, Tanin, s. 2).

⁵⁰ Sınav konuları, Dava Vekillerinin İmtihanına Dair Nizamname'nin sekizinci maddesinde sayılmaktadır: “Hukuk imtihanı ulûm-ı hukukiyyenin taksimâtı ve târifâtıyla *hikmet-i hukuktan ve Mecelle ve Arazi Kanunu ve Tapu Nizamnâmeleri ve Usûl-i Muhakeme-i Hukukiye ile Teşkilat-ı Mehâkim Kanunu*’ndan ve *Ticaret-i Berrîye ve Bahriye Kanunnâmeleri* ve *Ceza ve Usûl-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunnâmeleri* ve *hukuk-ı esasiye ile idare-i mülkiye* ve *hukuk-ı düvelde* ve fıkıhın *evkaf ve vesâyâ ile ferâiz* bahislerinden sırasıyla irâd olunacak suallerden ibaret olacaktır. Avrupa hukuk mekteplerinden rüus almış olanlar imtihandan müstesnadırlar. Fakat *Mecelle* ve *fıkıh* ve *ferâiz* ve *Arazi Kanunu* gibi kavânin-i hususiyeyi görmedikleri yedlerinde bulunan şehadetnameden müstebân olduğu halde yalnız o fenlerden imtihanları icra olunur”. Bütün maarif salnamelerinde Mekteb-i Hukuk faslında yer alan bu nizamname için bkz. Yörük, 2008, s. 210-212.

⁵¹ “Dava Vekilleri Cemiyet-i Daimesi'nden”, nr. 189, 8 Aralık 1909, Yeni Tasvir-i Efkâr, s. 8.

mecliste de tartışmalara⁵² sebep olacak ve meşrutiyetin sonraki yıllarında da başarılamayacaktır.

II. İLM-İ HUKUK VE MEKTEB-İ HUKUK ETRAFINDA İLK ÖRGÜTLENME: “OSMANLI HUKUK CEMİYETİ”

Bir meslek örgütü olarak özel bir konuma sahip olan Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti bir yana bırakılırsa hukukçuların II. Meşrutiyet’in ilanından hemen sonra kurdukları ilk cemiyet, Osmanlı Hukuk Cemiyeti’dir. Cemiyetin kuruluşu, dahili nizamnamenin⁵³ muallimlerden Seydişehri Mahmud Esad, Manastırlı İsmail Hakkı, Musa Kâzım efendilerle⁵⁴ Celal, Tevfik, Yusuf Kemal; *İkdam*’ın imtiyaz sahibi Ahmed Cevdet, “üdebâ-yı Osmaniyeden” (*Tanin*’in imtiyaz sahipleri) Tevfik Fikret ve Hüseyin Cahit beyler tarafından uygun bulunduğu belirtilerek duyurulmuştur (5 Ağustos 1908).⁵⁵ Nizamnamenin yazımı da dikkate alınırca avukatlarla eş-zamanlı olarak harekete geçildiği söylenebilir; lakin bu cemiyetin odağında meslek değil, “ilm-i hukuk” ve Mekteb-i Hukuk vardır.

II. Meşrutiyet’in ilk cemiyetlerinden biri olan⁵⁶ Osmanlı Hukuk Cemiyeti, hukuk mektepleşmesinin bütün öznelere; Mekteb-i Hukuk öğrencileri, mezunları ve muallimlerini bir çatı altında toplamayı hedeflemekteydi. Cemiyetin Heyet-i Umumiyesi, Mekteb-i Hukuk mezun ve müdavimlerinden oluşmaktaydı (m. 2); ancak (mesela Musa Kâzım veya Kostaki Vayani gibi) muallimler mektepten mezun olmadıkları halde Cemiyete girebilecekti (m. 24). Nizamnamenin başında, “Maksad-ı Teşekkül” başlığı altında, belirtildiği üzere Cemiyetin amacı, hukuk bilimiyle ilgili her türlü kitap ve risale ile Osmanlı kanunları ve yabancı kanunlar hakkında incelemeler yapmak, bunlarla ilgili önemli hususları müzakere ederek “*fikr-i hakk u adlîn neşr u tamîmi ve bu suretle tenvir-i efkâra hizmet*” etmekte.

Osmanlı Hukuk Cemiyeti Nizamname-i Dahilîsi, “Maksad-ı Teşekkül” paragrafı ve “Suret-i Teşekkül” başlığı altındaki 24 maddeden oluşur. Kuruluş safhası bir yana, nizamname hükümlerinin nasıl uygulandığı hakkında elde neredeyse hiçbir bilgi yoktur; üye defteri başta olmak üzere tutulması düşünülen defterler elde değildir, gazete projesi (m. 13) de hayata geçirilememiştir. Bununla birlikte nasıl bir cemiyet tasavvur edildiğini

⁵² Meclis görüşmelerinden bazı örnekler için bkz. “Ayân ve Mebusan”, nr. 5452, 23 Kasım 1909, *İkdam*, s. 4; “Meclis-i Ayân”, nr. 433, 16 Kasım 1909, *Tanin*, s. 2.

⁵³ Cemiyetin Dahili Nizamnamesi için bkz. Osmanlı Hukuk Cemiyeti Nizamname-i Dahilîsidir, [İstanbul, Ağustos 1908], 6 s. Nizamnamenin çeviriyazısı için bkz. EK 1. Buradan itibaren nizamnamelerle ilgili bilgi verildiğinde, önce dipnotta kaynağa işaret edilmiş, ardından metin içinde madde numarasına (m.) atıf yapılmıştır.

⁵⁴ Seydişehri, Manastırlı İsmail Hakkı ve Musa Kâzım Efendi, kısa bir süre sonra Mekteb-i Hukuk’tan talebeleri Ebül’ulâ Mardin ve Eşref Edip Fergan’ın çıkardığı *Sırat-ı Müstakim*’in yazar kadrosunda da yer aldılar.

⁵⁵ “Osmanlı Hukuk Cemiyeti”, nr. 5099, 5 Ağustos 1908, *İkdam*, s. 2; “Osmanlı Hukuk Cemiyeti”, nr. 5, 23 Temmuz 1324, *Tanin*, s. 4.

⁵⁶ Ziya Şakir, “İttihatçılar Devrinde Muhalefet Nasıl Doğdu, Nasıl Yaşadı, Nasıl Öldü?”, 6 Eylül 1936, *Son Posta*, s. 10.

göstermek için nizamname hükümlerini kısaca aktarmak faydalı olacaktır: Cemiyetin merkezi İstanbul'dadır (m. 20); bir Heyet-i Umumiyesi, bir de Heyet-i İdaresi vardır (m. 1). Üyeler, her ay 10 kuruş aidat ödemek, nizamnameye tamamen riayet etmek ve mezun veya müdavim olduklarını ispat etmekle yükümlüdürler (m. 3). Üyeler, herhangi bir şart konulmaksızın Cemiyete devam edebilmek, Heyet-i Umumiye görüşmelerine katılmak, icraattaki aksaklıkların giderilmesi ve kitap talebi konularının müzakere edilmesi için Heyet-i İdare'ye yazılı olarak görüş bildirmek haklarına sahiptirler (m. 4). Heyet-i Umumiye, gizli oy ve salt çoğunluk ile Heyet-i İdare'yi seçecek; Heyet-i İdare'nin daveti üzerine üç ayda bir kararlar, icraatlar ve mali hususlar teftiş edilecektir (m. 5).

Heyet-i İdare, fahri olarak görev üstlenmiş 25 kişiden oluşacak; bunlardan biri reis-i evvel, biri reis-i sâni, biri muhasebeci (sandukkâr) olacak, dördü kâtiplik yapacaktır (m. 6). Heyet-i İdare, ayda en az bir defa reis tarafından belirlenen günde toplanacaktır (m. 7). Reisin görevleri; iki heyetin müzakerelerine nezaret etmek, Heyet-i İdare'de alınan kararları Heyet-i Umumiye'ye izah etmek, Heyet-i İdare kararı üzerine 10 gün önce ilan etmek kaydıyla Heyet-i Umumiye'yi tatil günlerinden birinde toplantıya çağırarak, iki heyetin kararlarını imza ederek gazetelerde ilan ettirmektir (m. 8). Reis-i sâni, reis hazır bulunmadığında ona vekalet edecektir (m. 9). Sandukkâr, gelir ve giderleri gösteren bir yevmiye defteri tutacak, ayrıca Heyet-i Umumiye'ye arz edilmek üzere bilanço tanzim edecektir (m. 10-11). Kâtipler, üyelerin adları ile Heyet-i İdare kararlarını aynen; Heyet-i Umumiye kararları ile önemli meselelerle ilgili görüşmeleri özetleyerek kaydedecekleri üç defter tutacaktır (m. 12).

Heyet-i İdare'nin görevleri şunlardır: Maksadın ciddiyet ve intizam dairesinde gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirleri almak, defterlerin tutulmasına ihtimam göstermek, harcamalara karar vermek, her yıl başında bir ıslahat raporu hazırlayarak Heyet-i Umumiye'ye tevdi etmek ve *Hukuk Gazetesi* adlı haftalık bir gazete neşretmek (m. 13). Heyet-i İdare üyeleri, tekrar seçilebilmek üzere 2 yıl için tayin edilir, ancak her yıl yarısı değiştirilir (m. 14). Reisler, sandukkâr ve kâtipler de tekrar seçilebilmek kaydıyla birer yıl için Heyet-i İdare üyeleri arasından seçilir (m. 15). Toplantı yeter sayısı, Heyet-i İdare'de yarıdan bir fazla, Heyet-i Umumiye'de üçte birden bir fazladır; kararlar salt çoğunlukla alınır (m. 16). Heyet-i İdare'nin reddettiği bir husus iki ay geçmedikçe gündeme getirilemez (m. 17). Heyet-i İdare üyelerinden biri vefat eder, istifa eder veya özür bildirmeksizin üç toplantıda hazır bulunmazsa yerine en çok oy alan kişi getirilir; bunun görev süresi ilk seçime kadardır (m. 18).

Cemiyetin gelirleri; üye aidatları, nakit ve kitap bağışları, Cemiyet adına basılacak kitaplar ile "istihlakât"tan elde edilecek gelirlerdir (m. 19). Aidatını ödemeyen üyeye ikinci ay bir ihtarname gönderilecek, üçüncü ay başına kadar beklenecek, ödemediği takdirde bir beyanname ile Cemiyetten ihraç edildiği bildirilecektir (m. 21). Cemiyete ait kitap ve eşyaların herhangi bir sebeple dışarı çıkarılması yasaktır (m. 22). Nizamname hükümleri nitelikli çoğunlukla tadil edilebilir (m. 23).

Özetlenen nizamname hükümlerinin yanı sıra, vakit kaybetmeden yapılan açılış merasimi de Cemiyetin kuruluş şartları hakkında fikir vermektedir. Osmanlı Hukuk Cemiyeti'nin açılış merasimi, 8 Ağustos,

Cumartesi günü yapılmıştır.⁵⁷ Mektebin ilk mezunu olmasından ötürü fahri reisliğe seçilen Mahmud Esad Seydişehirî, mevcut hukuk eğitimi ve Cemiyetin hedefleriyle ilgili bir konuşma yapmıştır. Mekteb-i Hukuk'un kapısını "en evvel" çalan ve diploma alan kişi⁵⁸ olduğunu belirten Seydişehirî, Kanun-ı Esasî'nin ilk ilanına (hürriyetin ilk devrine) ve mektebin geçirdiği safahata tanık olduğunu söyler ve sonraki gelişmeleri şöyle anlatır: "Yavaş yavaş o hürriyet elimizden alındı. Yerine öyle bir *istibdâd* kâim oldu ki *avdeti müstahîl olmakla beraber hâtırası ferâmuş edilmeyecek derecede karîb* olduğu için beyândan müstağnidir. *Siz bu istibdâd devrinde mektebe dahil oldunuz. Ağzı bağlı muallimlerden saklı saklı kitaplardan taallüm ve mütalaa ettiniz*".⁵⁹

Seydişehirî'nin, Mekteb-i Hukuk'la ilgili değerlendirmeleri doğru tespitler ve şaşırtıcı gel-gitlerle devam etmektedir: "Bununla beraber zannetmeyiniz ki mektebimiz evvelce daha parlak idi de tedricen revnakımı zâyî eyledi. Bilakis mektebimiz gittikçe terakki etmiş, yoksa tedenni eylememiştir". Ona göre bu terakkinin sebebi "*sâye-i padişahîde*" İstanbul ve taşrada açılan idadilerdir. İlk yıllarda muallimler, dersler, mektep yeniydi ve sadece medreseler ve rüşdiyelerden Mekteb-i Hukuk'a öğrenci geliyordu. "*Mürûr-ı eyyâm ile hukukun ne idüğü anlaşıldı*. Dersler takarrur eyledi. Gerçi muallimler yutkunararak ders takrir ediyorlardı. Lakin içlerinden cesurları işaret ve rumuz ile telkin-i hakikatten geri kalmıyorlardı". Ona göre mektebin temel eksiği ders programıyla ilgilidir: "... *programı memâlik-i mütemeddine hukuk mekteplerinin programlarına tevfiik olunmak lâzımeden iken bunlar yapılmadıktan başka mevcut derslerin ilgası düşünülüyordu*". Artık bu eksikler giderilecek, "muallimlerde başka bir şevk ve inbisât görülecektir. *Siyasiyat dersleri birçok tahavvülâta uğrayacak, yeni yeni bahisler, hatta yeni yeni dersler ilave edilecektir*".

Osmanlı Hukuk Cemiyeti'nin önüne büyük hedefler koyan Seydişehirî'ye göre Cemiyetin kuruluşu, "memleketimizde hukuk için bir tarih-i cedide mebde olacaktır". Cemiyet, genç hukukçuların buluşup görüş alışverişinde bulunacakları bir ortam olacak; yabancı dillerde yayımlanmış hukuk kitapları getirtilerek bazıları tercüme edilecek, Cemiyet bir de gazete neşrederek "*ilm-i hukukun memleketimizde dahi tevessü ve taammümüne hizmet edecektir*". Cemiyet düşünüldüğü gibi gelişebilirse devlete ait hukuki meseleler hakkında mütalaaasını bildirmeye kendini yetkili görecektir. Bir sonraki hedef ise yabancı bilim çevreleriyle ilişki kurmak, uluslararası düzeydeki bilimsel toplantılara katılmak ve gönderilecek delegelerin "Osmanlı kavmi" adına mütalaa beyan etmesidir. Bu medeni ve mukaddes vazifenin hukuka ait kısmını Osmanlı Hukuk Cemiyeti ifa edecektir. "Bir

⁵⁷ "Hukuk Cemiyeti", nr. 5103, 9 Ağustos 1908, İkdâm, s. 2; Faik Reşit Unat (haz.), İkinci Meşrutiyetin İlanı ve Otuzbir Mart Hâdisesi - II. Abdülhamid'in Son Mabeyn Başkâtibi Ali Cevat Bey'in Fezlekesi, TTK Yay., Ankara, 1985, s. 165.

⁵⁸ Burada Seydişehirî'nin beyanı aktarılmıştır; ancak Maarif salnamelerindeki mezun listelerine göre 1 numaralı mezun Sâbit Efendi, 2 numaralı mezun Seydişehirî'dir (Yörük, 2008, s. 150-151, 159).

⁵⁹ "Hukuk Cemiyeti'nin evvelki günkü içtimâında fâzıl-ı muhterem Mahmud Esad Efendi hazretleri tarafından îrâd edilen Makale-i İftitâhiyedir", nr. 5104, 10 Ağustos 1908, İkdâm, s. 2. Mahmud Esad Efendi'nin açılış konuşması için bkz. EK 2.

gün gelecek ki bizim memleketimiz de işte bu türlü nimetlere, öyle umûmi encümenlere içtimagâh olacaktır”.

Seydişehir'nin gayet dikkatli bir dil kullandığı bu konuşmada yukarıda zikredilen “geri gelmesi imkânsız” (*avdeti müstahîl*) istibdat ifadesi dışında siyasi pozisyonunu ele verecek başka bazı unsurları da belirtmek gerekmektedir. Avrupa’da yerleştiğimiz halde uluslararası toplantılardan mahrum kalmamızın sebebi “memleketinde söz söylemeye selâhiyeti olmayan ve *vesâyet tahtında yaşayan bir kavmin* ahrâr mu’temerlerinde isbât-ı vücûd etmeye selâhiyeti olma”masıdır. Başka ülkelerde binlercesi bulunan bu tür cemiyetlerden birinin ülkemizde kuruluşu, “*ahîren bi’t-talep ihsan buyurulan*⁶⁰ *hürriyet-i içtimâ’ sayesinde*”dir. Son cümleleri de hem padişahı, hem İttihat ve Terakki Cemiyeti’ni gözetten aynı ince siyasetin ürünüdür: “... *hürriyetimizi istihsâle gayret eden fedakârân-ı ümmeti ve ümmetin talep ettiği hürriyeti ihsan buyuran sevgili padişahımızı* lisan-ı tebcil ile yâd etmeliyiz. Ve *hürriyetimiz pâyidâr oldukça padişahımıza sadıkâne hizmet edeceğimize ahd ü peymân eylemeliyiz. Yaşasın hürriyetimiz! Var olsun padişahımız!*”.

Tamamen siyasileşmiş bir ortamda kurulmasına rağmen, Seydişehir'nin çizdiği hedeflere ve nizamnameye göre Osmanlı Hukuk Cemiyeti, siyasi olmaktan çok bilimsel bir karakter göstermektedir. Ancak bu uzak hedeflerin Cemiyet üyeleri nezdinde pek bir anlamı olmadığını, Cemiyetin açılış merasiminden sonraki ilk ve tek faaliyetinin bir Selanik gezisi düzenlemek olması gösteriyor. Vakit, “kabe-i hürriyeti tavaf” vaktidir.⁶¹ Üyeler arasında Cemiyeti idame ettirecek bir görüş birliğinden bahsetmenin mümkün olmadığı da açıktır. Örneğin hukukçuları Selanik’e götürecek vapurun kalktığı gün Mahmud Esad Seydişehirî, Mekteb-i Hukuk’ta verdiği konferanslara devam etmeyi tercih etmişti.⁶² Cemiyetin geleceği bakımından en esaslı sorun, siyasi havanın ve siyasi heyecanlara teşne talebelerin tek belirleyici olması ve faaliyetlerin bu sınırı aşamamasıydı.

Tespit edebildiğim kadarıyla Selanik ziyareti fikrini ilk olarak dile getiren kişi, Mehmed Ref’et adlı bir Mekteb-i Hukuk öğrencisiydi:

“Kanun-ı Esasî’nin bahş ettiği hürriyet sevkiyle Üsküp, İşkodra ve Manastırda müştâkin-i hürriyet arasında bir cereyan var. Binlerce erbâb-ı hamiyet cemiyetler teşkil ederek yek-diğerini tebrik ve tes’id ile temin-i ittihada şitâb ediyor. Bu gibi ziyaretlerle husûle gelen meveddet ve samimiyetin ne büyük tesirler hâsil edeceğini herkes takdir eder.

⁶⁰ Hürriyetin ihsan ve istihsal cephelelerine siyasi rüşet meselesi açısından değindiği bir yazı için bkz. Mahmud Esad, “Memleketimizde Kadri Bilinmeyen Bir Nimet”, nr. 9828, 7 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 1.

⁶¹ “Kabe-i hürriyeti tavaf” tabiriyle esasen Selanik ziyaretleri kastedilmekle beraber İstanbul’da İttihat ve Terakki Cemiyeti adına kurulmuş kulüplerin önünde davul çalarak gidip gelinmesi için de bu tabirin kullanıldığına dair bkz. Ahmet Muhtar Nasuhoglu, *Yâd-ı Mâzi ve Hayatının Tarihi - Meşrutiyet’ten Cumhuriyet’e Bir Hukukçunun Hatıraları*, haz. Ömer Hakan Özalp - Ayşe Raziye Özalp, Dergâh Yay., İstanbul, 2009, s. 200.

⁶² “Mahmud Esad Efendi hazretlerinin dünkü gün Mekteb-i Hukuk’ta verdiği konferansın hülâsasıdır: İslahat-ı Medeniye ve Siyasiyenin Esasları”, nr. 9849, 28 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 3.

Binâenaleyh mektebimiz mensubüninden mürekkebe bir heyetin Selanik'e azimet ve oradaki ahrâr-ı milleti ziyaret etmesi pek münasip olur itikadındayım. Bu bâbda görüşmek ve yevm-i hareketimiz tayin edilmek üzere mektep arkadaşlarımı önümüzdeki Cumartesi günü saat ikide mektebimize davet ederim".⁶³

Bu fikir kabul gördü, bir iki gün içinde olgunlaştı ve programa Gelibolu'da Namık Kemal'in mezarını ziyaret etmek de eklendi.⁶⁴ Bu arada Mekteb-i Hukuk mezun ve müdavimleri, 15 Ağustos'ta mektepte toplanarak aralarından 25 kişiyi Osmanlı Hukuk Cemiyeti Heyet-i İdare üyeliğine seçti ve reis, reis-i sani, muhasebeci ve kâtibin seçimi için 17 Ağustos Pazartesi günü, Sultanahmet'teki Belediye Bahçesi'nde toplanılması kararlaştırıldı.⁶⁵ Selanik seyahatine katılmak isteyenler de aynı gün aynı yerde toplanacaktı.⁶⁶ Bir iki gün sonra Osmanlı Hukuk Cemiyeti, Selanik ziyaretinin kendi idaresi altında gerçekleştirileceğini duyurdu. Program aynıdır; "Selanik hamiyet-mendânına" teşekkür etmek için yola çıkılacak, Gelibolu'ya uğranılacak, Namık Kemal'in kabri ziyaret edilecektir.⁶⁷

Seyahat için İdare-i Mahsûsa'nın Marmara Vapuru tahsis edildi; 27 Ağustos Perşembe günü yola çıkıldı,⁶⁸ "kabr-i enver-i Kemal"⁶⁹ ziyaret edildi, Pazar günü saat altıda Selanik Limanı'na varıldı.⁷⁰ Cemiyet, Selanik'te "pek

⁶³ "Mekteb-i Hukuk'tan Mehmed Refet imzasıyla gelen varakadır", nr. 13, 31 Temmuz 1324, Tanin, s. 4.

⁶⁴ "İttihad ve Terakki Cemiyeti'ne ifa-yı vazife-i tebrik ve teşekkür için Mekteb-i Hukuk talebe ve mezunüninden teşekkül edecek bir heyet Selanik'e azimet fikrindedir. Heyet-i mezkûre İstanbul'dan bi'l-azime Gelibolu'ya uğrayarak mezar-ı Kemal önünde merhumun ruhunu takdis edecek ve oradan doğru Selanik'e müteveccihen hareket ile iki gün kaldıktan sonra kahraman-ı hürriyet zevât-ı âliyyeye teşekkür ettikten sonra avdet eyleyecektir" ("Selanik'i Ziyaret", nr. 9837, 16 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 3).

⁶⁵ "Osmanlı Hukuk Cemiyeti", nr. 9837, 16 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 4; "Osmanlı Hukuk Cemiyeti", nr. 23, 4 Ağustos 1324, Servet-i Fünun, s. 4; "Osmanlı Hukuk Cemiyeti'nden", nr. 5114, 20 Ağustos 1908, İkdâm, s. 4; nr. 14, 1 Ağustos 1324, Tanin, s. 4.

⁶⁶ "Selanik'i Ziyaret", nr. 9837, 16 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 3.

⁶⁷ "Osmanlı Hukuk Cemiyeti Heyet-i İdaresi'nin taht-ı nezaretinde olarak Selanik hamiyet-mendânına ifa-yı râsime-i teşekkür ve esna-yı rahda Gelibolu'ya uğrayıp mezar-ı Kemal'i ziyaret maksadıyla icra-yı seyahat edecek olan Mekteb-i Hukuk mezunün ve müdavimîninin vapur-ı mahsusla mah-ı halin on dördüncü Perşembe günü Dersaadet'ten hareketi mukarrer bulunmuş olmağla mezkûr seyahata iştirâk arzu eden zevâtın Cumartesi günü saat ikiden beşe kadar Mekteb-i Hukuk'a gelerek bi'l-cümle mesârif dahil olduğu halde takarrur eden bir lira-yı Osmanî ücreti tesviye ile kaydedilmeleri ilan olunur" ("Osmanlı Hukuk Cemiyeti'nin Selanik Ziyareti", nr. 5115, 21 Ağustos 1908, İkdâm, s. 2).

⁶⁸ Faik Reşit Unat (haz.), 1985, s. 167; nr. 5118, 24 Ağustos 1908, İkdâm, s. 4.

⁶⁹ "Heyet-i Mahsûsa", nr. 9848, 27 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 2. "... Marmara Vapuru bayraklarla donatılmış ve terfik edilen askeri musika gayet muhrik milli havalar çalmakta bulunmuş idi" ("Kabr-i Kemal'i Ziyaret", nr. 9849, 28 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 2).

⁷⁰ "Misafirlerimiz (Muktebesât: Selanik'te münteşir Yeni Asır'dan)", nr. 5127, 2 Eylül 1908, İkdâm, s. 3.

mutantan bir surette istikbal edilmiştir”. Gazeteler bu hadiseyi anlatırken bir bayram günü tasvir ediyor gibidirler. Karşılama heyetinde İttihat ve Terakki Cemiyeti üyeleri, hukukçular, Selanik Dava Vekilleri Cemiyeti üyeleri ve gazeteciler vardı. Vapuru karşılamak üzere Enver Bey ve arkadaşları Alpagot Torpidosu’yla, diğerleri Tokat Torpidosu ve ahali Kesendire Vapuru’yla, yanlarında bando-muzika bulunduğu halde karşılamaya çıkmış, Karaburun’a kadar gidilmişti. Vapurlar karşılaştıkça Hürriyet Marşı çalınmaya başlandı, “her iki vapurdan alkışlarla yaşasın vatan, yaşasın hürriyet, yaşasın adalet zemzemeleri asümâna i’lâ olundu”. Ziyaretçilere hilal içinde adalet yazılı rozetler dağıtıldı, Hürriyet Meydanı’na gidilerek nutuklar söylendi, Selanik Hukuk Mektebi ziyaret edildi, akşam Hürriyet Bahçesi’nde ziyafet verildi.⁷¹

Osmanlı Hukuk Cemiyeti’nin düzenlediği Selanik gezisinin bütün safhaları aynı hava içinde geçmiştir. Bu geziden sonra Cemiyet üyeleri tekrar toplanma kararı⁷² almışsa da Cemiyetin bundan sonra göze çarpan bir faaliyeti tespit edilememiştir. Osmanlı Hukuk Cemiyeti bünyesindeki eğilimler Kasım ayından itibaren ikiye bölünerek, Talebe-i Hukuk Cemiyeti ve Osmanlı Hukuk Encümeni’nde başka başka yollar takip etmiştir. Bu yol ayrımına varmadan önce dönemin hukuk gündeminin ruhu mesabesindeki mukayeseli hukuk fikrini merkeze alan bir kurumlaşma teşebbüsünden kısaca bahsedilecektir.

III. REVAÇTA BİR YAKLAŞIMIN ÖMÜRSÜZ ÖRGÜTÜ: “DERSAADET MUKAYESE-İ HUKUK MÜESSESESİ”

Osmanlı Hukuk Cemiyeti, dahili nizamnamesinin ve fahri reisi Mahmud Esad Seydişehir’in çizdiği programı hayata geçirememiş; hukuk öğrencilerinin inisiyatifi tamamen ele almaları bunu imkânsız hale getirmişti. Buna mukabil Eylül ayının son haftasında hukuk merkezli bilimsel hedeflerle ilgili olarak dava vekili Bahaeddin Bey önemli bir teşebbüste bulundu. Dersaadet Mukayese-i Hukuk Müessesesi’yle doğrudan bağını gösterecek bir bilgi yoksa da adı geçen Bahaeddin Bey’in; II. Meşrutiyet öncesinde İstanbul’daki Jöntürk yapılanmasının önde gelen isimlerinden, Manyasizade Refik’in yakın dostlarından, Rıza Tevfik ve Rıza Nur gibi ilk günlerde İnkılab’a bayraktarlık yapan isimlerin Cemiyete girmesine delâlet eden, mebus adayı ve “dava vekili Mustafa Bahaeddin Bey”, meşhur adıyla “Avukat Baha Bey” olması kuvvetle muhtemeldir. Aynı

⁷¹ Daha fazla ayrıntı için bkz. “Misafirlerimiz (Muktebesât: Selanikte münteşir Yeni Asır’dan)”, nr. 5127, 2 Eylül 1908, İkdâm, s. 3; “Hukuk Cemiyeti”, nr. 33, 20 Ağustos 1324, Tanin, s. 4. Mekteb-i Hukuk mezuniyet sınıfı öğrencisi ve gazeteci (ileride İstanbul Hukuk Fakültesi müderris muavini) Zekeriya Mazlum Bey telgraf ve mektuplarla yolculuğun seyrini kamuoyuna bildirmiştir (“Heyet-i Mahsûsa”, nr. 9848, 27 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 2). Ayrıca bkz. “Heyet-i Mahsûsa”, nr. 9850, 29 Ağustos 1908, Tercüman-ı Hakikat, s. 2.

Mekteb-i Mülkiye Mezunları İttihad ve Teâvün Cemiyeti de bir Selanik gezisi düzenlemiştir (“Mülkiye Mezunları”, nr. 35 [36], 25 Ekim 1908, İttihad ve Terakki, s. 3; nr. 5172, 17 Ekim 1908, İkdâm, s. 4).

⁷² 24 Eylül 1908, Perşembe günü saat ikide Mekteb-i Hukuk’ta toplanılacaktı (nr. 53, 9 Eylül 1324, Tanin, s. 7).

aylarda başka vesilelerle de basında görünen Baha Bey'in kamuoyunda tanınan, İttihat ve Terakki Cemiyeti içinde etkili bir şahsiyet olduğu anlaşılmaktadır.⁷³

Brüksel Mukayese-i Hukuk Müessesesi muhabir üyesi olan Bahaeddin Bey, İstanbul'da Brüksel'dekine benzer bir "Mukayese-i Hukuk Müessesesi" kurma hazırlıkları yapmıştır:

"Dersaadet'te Mukayese-i Hukuk Müessesesi namıyla mühim bir müessese teşkil edilmek üzeredir. Vâreste-i izah olduğu üzere düvel-i mütemeddinede idare-i umumiyenin temin-i intizamı evvel-emirde kavânin-i mevcûdenin ihtiyacât-ı hâzıraya göre tensik ve tanzimi ile kâbil olabilir. Memleketimizde ise kavânin-i mevcûdenin ihtiyacâtımıza kifâyet eyleyecek bir hal-i tekemmüle isâli lüzum-ı kat'î tahtındadır".⁷⁴

Meclis-i Mebusan'ın tekrar açılacak olması, kanunların tadili ve ihtiyaçlara uygun bir hale getirilmesi fikrini hukuk gündeminin merkezine oturtmuştur. Bunun ancak mukayeseli hukuk yaklaşımıyla mümkün olabileceği kanaatinin hukuk muhitinde yaygın olduğu görülmektedir. Esasen hukuk modernleşmesinde mündemic olduğundan öteden beri var olup farklı şekillerde ortaya çıkan,⁷⁵ Mekteb-i Hukuk'un Darülfünun'a

⁷³ Faaliyetleri hakkında önemli bir yazı için bkz. Mustafa Bahaeddin, "Hatırat-ı Zevâl-nâ-pezîr - Manyasizade Refik Bey", nr. 1, 10 Temmuz 1325, İnkılâb, s. 3-5. Ayrıca bkz. Feylosof Rıza Tefvik, Reşadiye Matbaası, İstanbul, 1328, s. 3-4; Mehmed Murad, Tatlı Emeller Acı Hakikatler yahud Batn-ı Müstakbele Âdâb-ı Siyasiye Talimi, Matbaa-ı Amidî, İstanbul, 1330, s. 83; Süleyman Kâni İrtem, Meşrutiyet Doğarken - 1908 Jön-Türk İhtilâli, Temel Yayınları, İstanbul, 1999, s. 377.

Baha Bey'in 1908 seçimlerinde mebus adaylığı için bkz. "İntihabât", nr. 5207, 23 Kasım 1908, İkdâm, s. 3. Mebus adaylığı üzerine Manyasizade'nin yazdığı mektup şöyle: "Azizim... mebus olmaya lazım gelen evsâfi sizde görmekle müftechirim. Hemân namzedliğinizi vaz ediniz. Kâşki intihab olunacak bütün mebusânımız malumat-ı lâzimeyi sizin kadar haiz ve sizin kadar hamiyetli olsa. Baki vatanın hâdim-i umrân u mesûdiyeti olmaya muvaffakiyetinizi bütün ihlâsımla temenni ederim. Muhlisiniz Manyasizade Refik" ("İntihabât - Mebusan", nr. 5223, 9 Aralık 1908, İkdâm, s. 3). Seçim sürecinde yazdığı rapor; Cemiyet içindeki konumu, mebus adaylığından çekilmesi ve İttihatçıların iç ihtilafları hakkında bilgiler sunan önemli bir belge niteliğindedir. Bkz. [A.C.], Bahaeddin Şakir Bey'in Bıraktığı Vesikalara Göre İttihat ve Terakki, haz. Erdal Aydoğan - İsmail Eyyüpoğlu, Alternatif Yay., Ankara, 2004, s. 407, 580-582.

Osmanlı topraklarında fabrikalar kurulması ve sanayinin terakki etmesini sağlamak için Paris'te toplanan sendika ile müzakerede bulunmak için Paris'e gidişi için bkz. "Avukat Baha Bey", nr. 206, 16 Mart 1909, Yeni Gazete, s. 4.

⁷⁴ "Mukayese-i Hukuk Müessesesi", nr. 5148, 23 Eylül 1908, İkdâm, s. 1.

⁷⁵ Mesela Mekteb-i Hukuk-ı Sultani'de fıkıh, Roma hukuku ve Fransız hukukunun mukayesesine önem verilmesine veya Ali Şahbaz Efendi'nin öğrencilerine mukayeseli hukuk fikrini benimsetmesine dair bkz. Yörük, 2008, s. 68-69, 115. Mahmud Refik, Hukuçyan Efendi'nin Mekteb-i Mülkiye'deki medeni hukuk dersleri ile Mekteb-i Hukuk'ta Münif Paşa'nın teşvikiyle Fransızca olarak okutulan Fransız Medeni Kanunu derslerini de bu meyanda sayıyor (Mahmud Refik, "Mukayese-i Kavânin", nr. 20, 10 Şubat 1328, Muhâmât, s. 619-620).

bağlanmasından iki yıl sonra müstakil bir derse de konu olan (1902)⁷⁶ mukayeseli hukuk anlayışı, Meşrutiyet ortamında öncekiyle kıyaslanamayacak bir önem kazanmış, gündemin tayin edici unsuru haline gelmişti. Mukayese-i Hukuk Müessesesi'ni böyle bir ortamda kurma hazırlıkları yapan Bahaeddin Bey, bu teşebbüsünün *İkdam*'la duyurulmasından üç gün sonra *Mukayese-i Hukuk* adlı haftalık bir dergi için ruhsat talebinde bulunmuştur (26 Eylül 1908).⁷⁷

Bahaeddin Bey'e göre milletlerarası ilişkilerin gün-be-gün artması sebebiyle önem kazanmış "mukayese-i hukuk ilmini memleketimizde ilk defa olarak tesis eyleyeceğinden vatanımıza büyük ve pek vâsi bir miyasta hüsn-i hizmete" hazırlanılmaktaydı. Mukayese-i Hukuk Müessesesi'nin iştiğal sahası yabancı ülkelerdeki kanunların incelenmesi ve gerekirse bunların tercümesi, Meclis-i Mebusan'a verilecek kanun layihaları hakkında görüş bildirilmesi, kanunların nazari ve amelî cihetleri hakkında mebusların bilgilendirilmesi, kanunlaştırma çalışmalarında gerekli yardımın sağlanması olacaktı.⁷⁸ Mukayese-i Hukuk Müessesesi hakkındaki bilgiler kuruluş aşamasıyla sınırlıdır. Bununla beraber mukayeseli hukuk fikri, kanunlaştırma çalışmalarından ders programlarına⁷⁹ kadar farklı alanlarda her daim gündemde olacak; bu fikir etrafındaki arayışlar, bir süre sonra kurulacak olan *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası* başta olmak üzere hukuk mecmualarında ciddi bir yer tutarak kendini matbuat sahasında güçlü bir şekilde gösterecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere Osmanlı Hukuk Cemiyeti'nin hedefleri ile üye profili arasındaki uyumsuzluk henüz ilk günlerde kendini göstermişti.

⁷⁶ Yörük, 2008, s. 92. Dersin muallimi Seydişehirî'nin mukayeseli hukuk dersiyile ilgili mütalaaları yukarıda aktarılmıştı (ayrıca bkz. EK 2). Yusuf Kemal Bey'in "Mahmut Esat Efendi bize Mecelle okuturdu. Bir ara *mukayeseli hukuk* adı altında kanunu medenileri mukayese eden bir ders okuttu" ifadeleri için bkz. Tengirşenk, 1969, s. 90.

⁷⁷ BOA, DH.MKT., nr. 2615/72. Dergi projesini hayata geçirememiştir.

⁷⁸ "Teşkilî teşebbüsünde bulunulan bu müessese memâlik-i muhtelifede mer'iyü'l-icra olan kavâninin tedkiki, inde'l-icâb bunların lisanımıza tercümesi, Meclis-i Mebusan'a verilecek kanun layihaları hakkında mütalaât-ı kanuniye dermeyânı, vükela-yı ümmetin bu gibi kavâninin cihet-i nazariye ve amelîyesi hakkında mümkün mertebe haberdar edilmesi, kanun tanzimiyle meşgul olacak makamâta ihtiyacâtımızın daima ihzârı gibi vezâif-i mühimme ile iştiğal edecektir" ("Mukayese-i Hukuk Müessesesi", nr. 5148, 23 Eylül 1908, *İkdam*, s. 1).

⁷⁹ *Tanın*'in verdiği habere göre Mekteb-i Hukuk'ta "sırf mukayese-i kavânine hasır olunacak" ihtiyarî bir sınıf açılması düşünülmüştür. Bu sınıf Siyasiyat (Kamu hukuku) ve Hukuk (Özel hukuk) olarak iki şubeye ayrılacaktı. Siyasiyat Şubesi'nde "mukayese-i hukuk-ı idare", "mukayese-i hukuk-ı ezasiye" ve "mukayese-i hukuk-ı siyasiye"; Hukuk Şubesi'nde ise "mukayese-i mezâhib", "mukayese-i kavânin-i hukukiye ve medeniye", "mukayese-i kavânin-i cezaiye" ve "mukayese-i kavânin-i ticariye" dersleri okutulacaktı. Gazetenin yorumu şöyle: "Biz bütün bu teşkilatı alkışlamakla beraber şimdilik, tedrisata devam ve ihtimam etmediğini istihbâr ettiğimiz muallim efendiler için de bir tedbir düşünülse daha iyi olur zannederiz" ("Mekteb-i Hukuk", nr. 191, 11 Şubat 1909, *Tanın*, s. 3). Muvakkat programda sadece idare hukukunun "ber-vech-i mukayese" anlatılacağı belirtilmekteydi ("Mekteb-i Hukuk'un Muvakkat Programı", nr. 5168, 13 Ekim 1908, *İkdam*, s. 4).

Osmanlı Hukuk Cemiyeti tecrübesi, mezunlar veya hukuk muhitinin ileri gelenleri ile öğrencilerin yollarına ayrı cemiyetlerde devam etmesi gerektiği fikrini geliştirmiş olmalıdır. Hukuk öğretimi veya tatbikatıyla uğraşanların yeni rejimin gösterdiği istikametteki hedefleri ile öğrencilerin gündemi, beklenti ve sorunları -ki ileride ders kitapları, doktora imtihanları gibi konularda karşı karşıya geleceklerdi- ayrı ayrı cemiyetler kurma ihtiyacına yol açmıştı. Daha sonra birbiri ardınca örgütlenen Talebe-i Hukuk Cemiyeti ile Osmanlı Hukuk Encümeni üzerinden bu farklılaşma takip edilebilmektedir. Faaliyet gösterememiş olmakla beraber Dersaadet Mukayese-i Hukuk Müessesesi, hukukçuların akademik nitelikteki cemiyetleşme arayışlarının açık bir ifadesi olarak görülebilir. Nitekim projenin sahibi Baha Bey, iki ay kadar sonra, Osmanlı Hukuk Encümeni nizamnamesini kaleme alacak heyette yer alacaktır.⁸⁰

IV. SİYASETİN GÖLGESİNDE ÖĞRENCİ ÖRGÜTLENMESİ: “TALEBE-İ HUKUK CEMİYETİ”

Talebe-i Hukuk Cemiyeti, hukukçuların kurdukları cemiyetler arasında gelişimi, çok yönlü faaliyetleri, idarecileri, üyeleri, siyasetle ilişkisi gibi farklı açılardan enine boyuna araştırılmaya muhtaç, Cumhuriyet yıllarında da faaliyetlerine devam edebilen bir cemiyettir. Üniversite öğrencilerinin teşkilatlanmasına önderlik etmek iddiasını taşıyan⁸¹ Cemiyet, öğrenci sorunlarıyla ilgili etkin mücadelesi ve ders kitaplarının neşrinde üstlendiği dikkate değer rol gibi faaliyetlerinin yanı sıra öğrencilerin siyasileşmesi tarihi bakımından da önem arz etmektedir. Burada Cemiyetin sadece, II. Meşrutiyet'in ilk aylarındaki kuruluş sürecinden bahsedilecektir.

Uzman hukukçuları biraraya getirecek ve dolayısıyla öğrencileri dışarıda bırakacak olan Osmanlı Hukuk Encümeni'nin kuruluşuna dair ilk haberlerin 1908 yılının Kasım ayı başlarında basına yansımaları,⁸² öğrencilerin başka bir cemiyette toplanmak üzere harekete geçmesini zaruri hale getirdi. Nizamnamelerindeki benzer (bazen neredeyse aynı) hükümler ve aşağıda bahsedilecek sürtüşmeler dikkate alındığında Osmanlı Hukuk Encümeni ile Talebe-i Hukuk Cemiyeti arasındaki irtibat ve etkileşim gözlemlenebilmektedir.

Hukuk öğrencileri, “devrin icabı hemen her yerde bir cemiyet kurmak sevdasına uyarak”⁸³ ve Osmanlı Hukuk Encümeni'nden daha hızlı yol alarak 18 Teşrinisâni 1324 tarihli (1 Aralık 1908) bir nizamname ile Talebe-i Hukuk

⁸⁰ “Osmanlı Encümen-i Hukuku”, nr. 6874, 14 Kasım 1908, Sabah, s. 3.

⁸¹ Müdavimîn-i Mülkiye Cemiyeti de “teşkiline çalışılacak Darülfünun Talebe Cemiyeti'ne bir esas hazırlamak maksadıyla” kurulmuştu (“Müsavimîn-i Mülkiye Cemiyeti”, nr. 439, 22 Kasım 1909, Tanin, s. 3).

⁸² “Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 99, 9 Kasım 1908, Tanin, s. 4.

⁸³ Burhan Felek, “II. Meşrutiyet ve İttihat-Terakki Cemiyeti”, 7 Mart 1982, Milliyet, s. 18.

Cemiyeti'ni kurdu.⁸⁴ Nizamnameye göre Cemiyetin kurulları oluşturuluncaya kadar geçici bir Heyet-i İdare seçilmiş (madde-i muvakkata); bu heyette Burhan Felek “kâtib-i umûmi” olarak etkin bir rol üstlenmiştir.⁸⁵

Talebe-i Hukuk Cemiyeti'nin nizamnamesine göre “Dersaadet Mekteb-i Hukuk talebesi” tarafından kurulan Cemiyetin asli, fahri ve muhabir üye olmak üzere üç tür üyesi vardır. Asli üyeler giriş şartlarını sağlayan Mekteb-i Hukuk öğrencileridir. Fahri üyeler muallim ve mezunlardan arzu edenler ile Cemiyete faydalı olabileceği düşünülen ve iki asli üyenin önerisi üzerine Heyet-i İdare tarafından kabul edilenlerdir. Selânik,⁸⁶ Konya⁸⁷ ve Bağdat hukuk mektebi öğrencileri muhabir üye sıfatını kazanabilirler (m. 1-5). Asli üyeler, üç dereceden (5, 10 veya 20 kuruş) birini seçerek aidat ödemekle yükümlüdür (m. 6). Cemiyetin bir Heyet-i Umumiyesi, bir de Heyet-i İdaresi vardır (m. 7).

Cemiyetin amacı öğrenciler arasında “ittihad ve muhâdenetin tesis ve teyidi”, öğrencilerin “maddeten temin-i istirahat ü saadetleri ve mânen husûl-i terakki ve teâlileri esbâbının istikmâli”, öğrencinin “hukuk-ı sarîhasına karşı vâki olacak tecavüzâtın müttehiden men'i” ve Umûmi Talebe Cemiyeti kurularak “memâlik-i mütemeddinede talebeye bahş edilmiş olan hukuk ve imtiyazâtın memleketimizde dahi istihsâli” için hazırlıklar yapmaktır (m. 8). Maddi şartlar bakımından “pek müz'ic bulunan talebe hayat ve muaşeretine” son verilerek yabancı medeni ülkelerde olduğu gibi muntazam ve ucuz; öğrencilerin sıhhat, vakar ve haysiyetine uygun mekanlarda konaklaması için bir talebe mahallesi kurulmasına teşebbüs edilecektir (m. 9). “Talebenin mânen husûl-i terakki ve teâlilerinden murad” ise ders programlarının ıslah edilmesi, muallimliğe ehliyetli ve muktedir kişilerin getirilmesi, bilimsel çalışmaların kolaylaştırılması için kütüphane

⁸⁴ Servet-i Fünun, nr. 167, 18 Teşrinisâni 1324, s. 3. Cemiyetin nizamnamesi için bkz. “Talebe-i Hukuk Cemiyeti Nizamnamesi”, nr. 112, 10 Aralık 1908, Yeni Gazete, s. 3-4. Nizamnamenin çeviriyazısı için bkz. EK 3.

1912 yılında çıkan bir haberde ([Talebe-i Hukuk Cemiyeti], nr. 8282, 10 Ekim 1912, Sabah, s. 4) atıf yapılan 30'uncu madde hükmüyle eldeki nizamnamenin 30'uncu maddesi uyuşmamaktadır. Dolayısıyla Cemiyetin 1909-1912 arasında yürürlüğe giren başka bir nizamnamesi de olmalıdır.

⁸⁵ Göreviyle ilgili anlatımlarından bir örnek için bkz. Burhan Felek, “Domuz Sokağı'ndaki Dostum”, 28 Nisan 1974, Milliyet, s. 14.

⁸⁶ Selânik Hukuk Mektebi öğrencilerinin kurmayı düşündükleri “hukuk kulübü” için bkz. “Tiyatro”, nr. 32, 18 Ekim 1908, İttihad ve Terakki, s. 4.

⁸⁷ Bir yıl kadar sonra Konya Talebe-i Hukuk Cemiyeti kurulacaktır; “... Bizde Meşrutiyetten evvel cemiyet lafzı ağza bile alınmazdı. İnkılab-ı Meşrutiyetle beraber pâyitahtımızda suver-i muhtelifede cemiyetler teşkil edilmiş ve cemiyetlerin fevâidi de görülmüştür. Ma'mâfih taşralarda ilmî bir cemiyet teşkili, zannediyorum, ilk defa Konya Hukuk talebesine nasib olmuştur. Memleketimizde kâffe-i şu'abât-ı ilmiye ile beraber pek geride kalmış olan ilm-i celil-i hukukun terakki ve tefeyyüzüne hâdim olacağı tabiidir. Cemiyet tevsî ve intişar-ı ilm-i hukuku temin etmek için en mükemmel vasıta olan bir kütüphane teşkilini de unutmamıştır” (“Şuûn-ı Hukukiye: Konya Talebe-i Hukuk Cemiyeti”, sy. 12, 28 Şubat 1325, İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası, s. 431).

kurulması, öğrenciler arasında “mübâhasât ve münakaşât icrası”, uzmanlar tarafından konferanslar verilmesi gibi yollarla öğrencilerin fikrî gelişiminin sağlanmasıdır (m. 10). Kurulacak olan Umûmi Talebe Cemiyeti’yle, Darülfünun şubeleri ile diğer yüksek okullar arasında “bir ittifak ve müvâneset tesisi ve umûmi kongreler, tenezzühler tertibiyle bu muhâdenetin teyid ve tevsii” hedefinin ötesinde “bilhassa kuvve-i müttehede teşkiliyle Meclis-i Mebusan ve Ayân’da Darülfünun namına azâ bulundurmak selâhiyetinin talep ve iddiası” için çalışmak gibi siyasi katılım arzusunu tebarüz ettiren hedefleri de içermektedir (m. 11). Bunlar dışında kitap fiyatları ile ulaşım ve diğer medenî ihtiyaçların ücretlerinin indirilmesi amaçlanmıştı (m. 12). Cemiyetin hedeflerinden biri de “hukuk ve siyasyâtta bâhis ve ulûm-ı hukukiyece terakkiyât ve tekemmülâtı mücib olacak mütalaât ve tenkidâtı hâvi olmak üzere ileride bir gazete neşr” etmektir (m. 37).

Nizamnamede kurullarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler vardır. Asli üyeler tarafından her sınıftan beşer kişi gizli oy ile seçilerek 20 kişilik Heyet-i İdare oluşturulur. Tekrar seçilmeleri mümkün olmakla beraber yılda bir değişecek ve fahri olarak görev yapacak olan Heyet-i İdare üyeleri yalnız sınıflarının değil, bütün öğrencilerin vekili mesabesinde. Heyet-i İdare bir reis, iki reis-i sâni, bir idare memuru,⁸⁸ bir kâtip ve bir muhasebeci seçer (m. 13-16). Reis, görüşmeleri idare edecek, gündemi önceden tespit edecek, Cemiyet evrakını imzalayacaktır (m. 17). İdare memuru, kulüp binasında bulunarak eşyaları muhafaza edecek, kütüphaneyi tanzim edecek, alış-veriş yapacak, müracaatları kabul edecek; bu hususlardan gerekli görülenleri Heyet-i İdare’ye arzedecektir (m. 18). Sandukkâr, gelir-giderlere bakacak, her ayın sonunda eldeki geliri Heyet-i İdare tarafından belirlenen yere tevdi edecektir (m. 20). Reis ve reis-i sânilerin, tekrar seçilebilmekle beraber üç ay gibi kısa bir sürede değişmesi öngörülmüştür. İdare memuru, kâtip ve sandukkâr Heyet-i İdare’nin belirleyeceği maaşla görevlendirilir ve görev süreleri Heyet-i İdare’nin düşmesiyle sona erer (m. 21).

Kâtibin görevi her ne kadar “müzakerât ve mukarrerâtı zabt ve evrak ve defâtir-i Cemiyeti tanzim ve muhafaza eder” (m. 19) şeklinde oldukça dar tanımlanmışsa da ilk kâtip Burhan Felek’in bunun ötesinde bir faaliyet gösterdiği bilinmektedir. Vekalet ilişkisinin tanımlanması nasıl dönemin kamu hukuku gündeminden esinti taşımaktaysa kâtibin üstlendiği rol de İttihat ve Terakki Cemiyeti örneğini hatırlatmaktadır. Üç ayda bir toplanacak Heyet-i Umumiye toplantılarında Heyet-i İdare hakkında nitelikli çoğunlukla güvenoyu verilmesi, aksi halde heyetin istifaya mecbur olması (m. 30); Heyet-i Umumiye’nin üçte birinin yazılı beyanı üzerine Heyet-i İdare hakkında güvenoyu istenilmesi (m. 26); Heyet-i İdare kararlarına Heyet-i Umumiye’nin muhalefet etmesi, bunun üzerine Heyet-i İdare’nin kararında ısrar edip güvenoyu istemesi ve yapılacak oylamada güvensizlik oyu alması halinde istifa etmiş sayılması (m. 27) gibi hükümler

⁸⁸ Burhan Felek, son sınıf talebesinden (Cumhuriyet döneminde valilik yapacak olan) Tevfik Hadi Bey’in (Baysal, 1881-1949) idare müdürü olduğunu, teksir makinesinde basılan ders takrirlerini öğrencilere forma forma satma işini onun üstlendiğini ve kendisine satış bedeli üzerinden aylık verildiği yazıyor (Felek, Mart 1982, s. 18).

ise açıkça Kanun-ı Esasi'den mülhemdir. Bu son madde, 31 Mart'tan önce, öğrenciler arasındaki siyasi kamplaşma sırasında tatbik edilecektir.

Heyet-i İdare'nin görevleri; Cemiyetin amacını gerçekleştirmek için gerekli tedbirleri ciddiyet ve intizam dairesinde almak, defterlerin intizamına dikkat etmek, harcamalara karar vermek ve her yıl sonunda bir ıslahat raporu hazırlamaktır (m. 23). Heyet-i İdare'nin haftada bir toplanması zorunludur. Olağanüstü toplantı gerekirse reis heyeti süratlice haberdar edecektir (m. 22). Toplantı için salt çoğunluk aranır. Nitelikli çoğunluk aranmayan hususlarda kararlar salt çoğunlukla alınır. Oylar eşitse reisin tarafı tercih edilir (m. 24). Üyelerden biri vefat veya istifa eder, asli üye sıfatını kaybeder veya özür bildirmeksizin üç toplantıda bulunmazsa yerine aynı sınıftan, en çok oyu almış kişi -ilk seçime kadar görev yapmak üzere getirilir (m. 25).

Heyet-i Umumiye, asli üyelerden oluşur. Üç ayda bir reisin davetiyle toplanarak kararları, icraatları ve mali hususları denetler (m. 28). Heyet-i Umumiye'yi Heyet-i İdare reisi, o yoksa reis-i sânilerden biri, onlar da yoksa Heyet-i İdare üyelerinin aralarından seçecekleri biri yönetir (m. 29). Nitelikli çoğunluk aranmayan hususlarda hazır üyelerin salt çoğunluğuyla karar alınabilir; üçte birden bir fazla üye hazır değilse karar alınamaz (m. 31). Gerekirse Heyet-i İdare kararı ve reisin en az üç gün önceden davet etmesi üzerine olağanüstü toplantı yapılabilir (m. 32).

Cemiyetin gelirleri, aidat ve bağışlardan oluşur (m. 33). Gelirleri artırmak için iane toplanması veya Cemiyet menfaatine tiyatro ve müsamereler tertip edilmesine İdare Heyeti karar verecektir (m. 34). Üyelerden biri aidatını ödemediği takdirde ikinci ay kendisine bir ihtarname gönderilecek, üçüncü ay başında da ödemezse bir beyanname ile Cemiyetten ihraç edildiği bildirilecektir. Tekrar girmek isterse eski borçlarını ödemesi gerekir (m. 35). Üyeler, yapılacak ıslahatlar, yenilikler ve nizamnamenin tadili hususlarında Heyet-i İdare'ye yazılı olarak görüş bildirebilirler. Reis bunları gündeme alacaktır (m. 36). Heyet-i İdare, nizamname tadiline karar verirse Heyet-i Umumiye'ye arz edilir ve kabul veya reddi istenir (m. 39). Nizamname hükümlerinin tatbikine Heyet-i İdare memurdur (m. 40). Üyelerin isimleri, Heyet-i İdare kararları, Heyet-i Umumiye kararları, demirbaş eşya, kitap ve dergilerin adet ve miktarı, yevmiye gelir-giderler ve bilanço için defter tutulacaktır (m. 38).

Nizamnameyi özetledikten sonra Cemiyetin ilk aylardaki faaliyetlerine bakılabilir. Talebe-i Hukuk Cemiyeti'nin muallimlerin derse devam etmemesi⁸⁹ ve ders kitabı basımı⁹⁰ gibi öğrenci sorunlarıyla ilgili

⁸⁹ Muallimlerin derse devam etmemesi ders yılının başından beri şikayet konusudur. Bkz. "Mekteb-i Hukuk Muallimleri", nr. 107, 17 Kasım 1908, Tanin, s. 3; Mekteb-i Hukuk'tan Bir Talebe, "Maarif Nazır-ı Âlîsine: Mekteb-i Hukuk Hakkında", nr. 5, 7 Teşrinisâni 1324, Serbesti, s. 2.

⁹⁰ Öğrencilerin ilk aylarda ders kitabı bastırma teşebbüsleri, bu münasebetle devletler hukuku muallimi Âli (Aykut) Bey ve ceza hukuku muallimi Kirkor Zöhrab'la yapılan görüşmeler ve İttihatçı öğrencilerin ders kitabı basımı işine müdahalesi gibi konularda ilk elden bilgiler için bkz. Nasuhoğlu, 2009, s. 207-212. Ayrıca bkz. Felek, 1974, s. 14.

tavru, öğrencilerin hissiyatını yansıtması bakımından dikkat çekicidir. Cemiyet, *Servet-i Fünûn*'da çıkan bir haber üzerine, Cemiyet nizamnamesinin *Yeni Gazete*'de yayımlandığı gün (10 Aralık 1908) yaptığı açıklamayla bu konularda tavizsiz bir üslup takip edeceğini göstermiştir. Mekteb-i Hukuk ikinci sınıf öğrencileri ders notu vermeyen muallimlerin dersine girilmemesini, derse devam etmeyen muallimler için de Maarif Nezaretî'ne başvurulmasını kararlaştırır. *Servet-i Fünûn*, öğrencilere "ifrata gitmemelerini ve dünyanın hiçbir tarafında görülmeyen bu hal-i isyanı bırakmalarını" tavsiye eder. Gazeteye göre muallimlerin derse devam etmesi "harekât-ı şedide" ile değil, "muslihâne müracaatlarla" sağlanmalıdır; öğrencilerin her şeyden önce dikkat etmesi gereken şey "intizam-perverlik ve itaat vasıflarıdır".⁹¹ Gazetenin nasihatlerine Cemiyetin tepkisi gayet sert olmuştur: "Şimdiye kadar meşrutiyet-i idarenin en şiddetli taraftarı gibi görünen bir gazetenin böyle gayet tabii bir hareketi isyan addeylemesi ne kadar hayretle telakki edilse şâyandır... Hukuk talebesi hak ve ale'l-husus kendilerine taalluk eden bir hakkı *Servet-i Fünûn* muharrirlerinden daha iyi bilir ve takdir eder".⁹² *Servet-i Fünun*, aynı gün akşam nüshasında Cemiyetin tarizlerine tek tek cevap vererek nasihatlerini tekrarlamışsa⁹³ da hak arayış üsluplarıyla meşrutiyet idaresini özdeşleştiren öğrencilerin nasihatlere kulak asmayacakları ve haklı oldukları konularda ne kadar cüretkâr olabildikleri ilk tepkilerinden anlaşılmaktadır.

Öğrenci sorunlarıyla ilgili tepkilerin siyasi bir bağlamı da olabiliyordu. Hukuk camiasının önde gelen isimlerinden İbrahim Hakkı Bey'in (bir süre sonra paşa ve sadrazam) Mekteb-i Hukuk'taki derslerine devam etmemesinin basına yansımaları bunun tipik örneğidir. Aynı zamanda kabine üyesi olan ve seçim sürecinde İstanbul mebus adayları arasında adı geçen Hakkı Bey'in derslerine devam etmediği sabit olmakla beraber, sürekli aleyhinde yayın yapan gazeteler bunu bir siyasi çekişme malzemesi olarak kullanmıştı.⁹⁴ Birbirini yalanlayan tepkiler, öğrencilerin de siyasi

⁹¹ "Mekteb-i Hukuk Talebesi", nr. 173, 8 Aralık 1908, *Servet-i Fünun*, s. 2.

⁹² "Dersaadet Talebe-i Hukuk Cemiyeti'nden", nr. 112, 10 Aralık 1908, *Yeni Gazete*, s. 4. Şu ifadeler zikre değer: "Talebe, ders hususunda hem umümü fevkalâde işgal eden, hem de istifade-i fikriyeyi tahdid ve tenkis eyleyen notların evvelce muallimler tarafından tab ve tevziini talep ederken kendi hukuk-ı sarıhası dairesinde hareket etmiş olur. Muallimlerin adem-i devamı gibi umüm hakkında en fena bir hal için de talebenin hakk-ı itirazı teslim edilmezse, bilemeyiz ki talebe için ne gibi bir hak tasdik edilecektir. Talebe-i Hukuk Cemiyeti, kanun-ı meşrutiyete müstenid olan bu harekâtı 'isyan' diye tavsif eylediğinden mezkûr gazeteye alenen beyan-ı teessüf eder".

⁹³ "... Mekâtib talebesinin daire-i itidalden hariç metâlibden vazgeçerek yine kendi menfaatleri için tahsillerini akim bırakmamaları, muhal şeyleri iddia etmemeleri şayan-ı tavsiyedir. Şüphesiz ki meşrutiyet-i idareye mâlikiz, fakat daha mebdâde olduğumuzu, bütün işlerimizin halet-i mebnâda bulunduğunu unutmayalım da muslihâne hareket edelim" ifadeleri için bkz. "Mekteb-i Hukuk Talebesi", nr. 175, 10 Aralık 1908, *Servet-i Fünun*, s. 4.

⁹⁴ Mekteb-i Hukuk ikinci sınıf öğrencilerinin bir defa bile derse gelmeyen *hukuk-ı esasiye* muallimi Maarif nazırı Hakkı Bey'le ilgili şikayetleri için bkz. ["Hakkı Bey"], nr. 168, 2 Aralık 1908, *Servet-i Fünun*, s. 4. Muhalif bir gazete, aynı haberi "Hakkı Bey'den Bıktık!" başlığıyla vermiştir (nr. 19, 21 Teşrinisâni 1324, *Serbести* s. 4).

kamplaşmadan ne kadar pay aldığını göstermektedir. Hakkı Bey'in derse gelmemesi için birinci sınıf öğrencileri tarafından Müdüriyet'e bir layiha verileceğine dair *Yeni Gazete*'de çıkan haber, başka bir grup öğrenci tarafından "bu gibi muallimleri istememek değil, kendi arzularıyla muallimliği terk etmesine bile katiiyen razı olamayız" ifadeleriyle karşılanmıştır.⁹⁵

Mekteb-i Hukuk muallimlerinin kısa süre sonra bir "Encümen-i Muallimîn"⁹⁶ kurmalarında öğrencilerin bu tür davranışlarının önünü alabilme düşüncesinin payı büyük olsa gerektir. Mekteb-i Hukuk Encümen-i Muallimîni, mektep için muallimlerin inisiyatifinde özerk bir yönetim öngörmekte ve kuruluş aşamasında⁹⁷ esasen öğrencilerle muallimlerin ilişkilerini düzenlemeyi amaçlamaktaydı. Encümen-i Muallimîn Yusuf Kemal, Celaledin Ârif ve Hoca Hasan Efendi'yi "mebus intihab" etti; onlar da sınıfları tek tek gezerek öğrencilere alınan şu kararları bildirdiler:

1. Mektep, Heyet-i İdare ve Maarif'ten infikâk ederek Encümene tâbi bulunacak.
2. Heyet-i talimiyeyi Encümen intihab edecek.
3. Avrupa darülfünunlarında olduğu gibi muallimîn tarafından talebeye not verilmeyecek.
4. Muallimînden biri hakkında talebe tarafından vukû bulacak şikayet ekseriyeti haiz olacak ve aksi takdirde mesmû olmayacak.
5. Ekseriyet teşkil eden şikayet Encümende mevki-i tezekküre konularak verilecek karar talebe tarafından itiraza uğrasa dahi kabul edilecek.
6. Tekrar itiraz edilecek olursa o sınıf muallimleri umumi imtihana kadar mektebi terk ederek ders vermeyecekler, bununla beraber istifa etmeyeceklerdir.

⁹⁵ ["Hakkı Bey"], nr. 123, 3 Aralık 1908, Tanin, s. 3. Hakkı Bey'in Roma sefaretine atanması münasebetiyle öğrencilerin abartılı tezahüratı için bkz. "Mekteb-i Hukuk Talebesi", nr. 136, 16 Aralık 1908, Tanin, s. 3; "Hakkı Bey'e İhtiram", nr. 180, 16 Aralık 1908, Servet-i Fünun, s. 2. Hukukçuların "şeyhül-müderrişin"i, ilk mektepli hukukçulardan Seydişehirli Mahmud Esad Efendi'nin öğrencilerin "izhâr ettiği arzu üzerine artık derse gelmemeye mecbur" kalmasına dair bir söylenti için bkz. ["Mahmud Esad Efendi"], nr. 19, 21 Teşrinisâni 1324, Serbesti, s. 4.

⁹⁶ Mekteplerin ve Osmanlı maarifinin terakkisi, halk arasında maarif fikrinin yayılması, muallimler arasında dayanışmanın sağlanması, muallimlerin haklarının korunması gibi amaçlarla Darülfünun ve Darülmualimîn mezunları tarafından kurulan Encümen-i Muallimîn'le karıştırılmamalıdır. Bkz. Encümen-i Muallimîn Nizamnamesi, [İstanbul, 1908], s. 2; "Encümen-i Muallimîn", nr. 19, 6 Ağustos 1324, Tanin, s. 4; "Encümen-i Muallimîn", nr. 76, 30 Kasım 1908, Hukuk-ı Umumiye, s. 4.

⁹⁷ Mekteb-i Hukuk'taki Encümen-i Muallimîn'in kuruluşu Osmanlı Hukuk Encümeni'ne ait nizamnamenin onaylanma aşamasına denk gelir. 23 Aralık 1908 tarihli *Tanin*, Mekteb-i Hukuk'ta kurulan Encümen-i Muallimîn nizamnamesinin mektep müdüriyeti tarafından dağıtıldığını yazmaktadır (nr. 143, 23 Aralık 1908, Tanin, s. 4). Aynı günlerde Osmanlı Hukuk Encümeni nizamnamesi de müdüriyet tarafından dağıtılmaya başlandığından ikisi karıştırılmış olabilir. *Servet-i Fünun*'da üç gün sonra Encümen-i Muallimîn nizamnamesinin henüz yazılmadığını belirtmesi bu ihtimali güçlendirmektedir ("Mekteb-i Hukuk'ta Encümen-i Muallimîn", nr. 189, 26 Aralık 1908, Servet-i Fünun, s. 3).

7. Muallimîn-i mezkûre devam etmediği halde o sene tederrüs edilmesi icâb eden dersi imtihanda soracak. Binâenaleyh imtihanda isbat-ı ehliyet edemeyenlerle girmeyenler sınıfta ibka edilecek”.

Encümen-i Muallimîn'in öngördüğü bu abartılı düzenlemeler idari teşkilatı değiştirmek ve özerklik bakımından iddialı olduğu gibi öğrenciler için itiraz kapılarını da neredeyse tamamen kapatıyordu. Öğrencilere bu kararları duyuran muallimler tekliflerin kabul edilmesi durumunda nizamnamenin Meclis-i Mebusan ve Ayân'a gönderileceğini; aksi takdirde muallimlerin derse girmeyeceklerini, istifa da etmeyeceklerini belirtmişlerdi.⁹⁸ Öğrencilerin çoğunluğu doğal olarak Encümen-i Muallimîn'in tehdit tonu yüksek tekliflerini kabul etmemiş;⁹⁹ Talebe-i Hukuk Cemiyeti de muallimlerle öğrenciler arasındaki sorunların Encümen-i Muallimîn aracılığıyla çözülmesine direnç göstermiştir.¹⁰⁰ Encümen-i Muallimîn'in bu teşebbüsü bu türden öğrenci taleplerinin önünün alınmasında etkili olmuşsa da yönetim organı olarak varlığını devam ettirecek olan Encümen yukarıdaki programı tam olarak uygulayamamıştır.

Bu sürtüşmenin yaşandığı günlerde Talebe-i Hukuk Cemiyeti, Said Hikmet Bey'e ait *Mazi ve Âti* adlı oyunun¹⁰¹ Tepebaşı Kışlık Tiyatrosu'nda sahneye konulmasıyla kuruluşunu daha geniş kitlelere duyurdu.¹⁰² Elde edilen gelirin tamamı kuruluş masraflarına karşılık olmak üzere Talebe-i Hukuk Cemiyeti'ne bırakılmıştı. Oyundan önce *İkdam*'ın başyazarı Ali Kemal Bey, hukuk öğrencilerinden oluşan “teşne-gân-ı marifet”e Doğululara ve Batılılarda “kabiliyet-i içtimaiye”yi konu alan ve teşebbüs fikri, siyasi terbiye, sorumluluk gibi meselelere temas eden bir konuşma yaptı.¹⁰³ *Mazi ve Âti*'de ise bir aile üzerinden jurnalcilik, hafiyelik ve Jöntürklük işlenirken memur karşısında tüccar yüceltilmekte, temalar arasında “teşebbüs-i şahsî” öne çıkmaktaydı.¹⁰⁴ Cemiyet, bu tür faaliyetlerine devam etmiş; Viktor Hugo'nun

⁹⁸ “Mekteb-i Hukuk'ta Encümen-i Muallimîn”, nr. 189, 26 Aralık 1908, Servet-i Fünun, s. 3.

⁹⁹ Encümen-i Muallimîn kararlarının ayrıntılı bir tenkidi için bkz. V[av], “Darülfünun Talebesinin Hukuku”, nr. 45, 17 Kânunevvel 1324, Serbesti, s. 2. “V(av)” imzasının kime ait olduğunu tespit edemedim.

¹⁰⁰ “Mekteb-i Hukuk”, nr. 190, 27 Aralık 1908, Servet-i Fünun, s. 2.

¹⁰¹ Said Hikmet, *Mazi ve Âti* (Komedi, dört perde), Hilal Matbaası, İstanbul, 1324, 68 s.

¹⁰² [“Mazi ve Âti”], nr. 5236, 22 Aralık 1908, *İkdam*, s. 4.

¹⁰³ [“Mazi ve Âti”], nr. 143, 23 Aralık 1908, Tanin, s. 4. Ali Kemal, bir yazısını bu konuya tahsis etmiştir: Ali Kemal, “Kabiliyet-i İçtimaiye, Şarklılarda ve Garblılarda”, nr. 5240, 25 [26] Aralık 1908, *İkdam*, s. 1. Ali Kemal'in şu ifadeleri kayda değer: “[Talebe-i Hukuk Cemiyeti gibi] müessesât bu memleket için şimdiiye kadar hiç görmediğimiz, bilmediğimiz bir ikbâlin mübeşşir-i evvelinidir. Çünkü bu sayede ta kadîmden beri Şark'tan bi'z-zarure aldığımız *nevâkis-ı içtimaiyeyi* Garb'dan devr-i ahîrimizde edinmeye başladığımız *kemalât* ile izâle edebilmek yolunu tutarız”.

¹⁰⁴ Said Hikmet, 1324, s. 16. Karakterlerden Mekteb-i Sultani öğrencisi Selahaddin'in jurnalcı babasına söylediği “ben hükümet memuriyeti denilen o çirkin girdaba kendimi atmak istemiyorum. Alnımın teriyle, namusumla ekmeğimi kazanmak istiyorum” sözleri için bkz. Said Hikmet, 1324, s. 15.

Anjelo-Padova Zalimi (*Angelo, tyran de Padoue*) adlı piyesi, Şehzade Abdülmecid Efendi'nin himayesinde sahneye konmuş; piyesten elde edilen 20 liralık gelir, Foça yangınından zarar görenlere bağışlanmıştı.¹⁰⁵

II. Meşrutiyet'in ilk aylarında tek gündemi siyaset olan bir ortam ve hangi cepheden olursa olsun aşırı siyasileşmiş bir öğrenci kitlesi vardı.¹⁰⁶ Mekteb-i Hukuk da siyasi ihtirasların "cidâlgâh"ı olan mekteplerden biriydi.¹⁰⁷ Öğrenciler arasındaki siyasi faaliyetlerin mihverisi, az sayıda fakat itibarlı bir konumda bulunan İttihatçı hukuk öğrencilerinden oluşan "Mekâtib-i Âliye Kulübü"dür. Talebe-i Hukuk Cemiyeti tarafından düzenlenen programa İttihatçıların nazarında olumsuz figürlerin başında gelen Ali Kemal'in konuşmacı olarak davet edilmiş olması, Prens Sabahaddin taraftarı veya İttihat ve Terakki karşıtı öğrencilerin de hayli etkin olduklarını göstermektedir.¹⁰⁸ Bununla beraber aralarındaki ihtilafın çoğunlukla siyasi fikir ayrılığına değil, şahsî sebeplere dayandığı söylenebilir. İttihat ve Terakki karşıtlığının ortaya çıkışı bakımından Cemiyetin önde gelen ismi Burhan Felek'in samimi beyanları dikkat çekicidir. Felek, İttihat ve Terakki'ye girmek istediği halde "çoluk çocuk işi değil... dersine çalış" gibi nasihatlerle küçümsenerek reddedilmesi ve babasının tensikatla kadro harici bırakılması gerekçeleriyle karşı cephede yer aldığını belirtir.¹⁰⁹

Muhafiz olsun, muvafik olsun öğrenciler aynı aşırı siyasileşmiş havayı¹¹⁰ teneffüs etmekteydi. Ders kitaplarının basımında etkin bir rol alacak, "ilim muhabbetiyle" hukuk derslerinin müzakere edilmesi ve lisan derslerinin verilmesi için bir kulüp¹¹¹ açacak kadar girişken olduğu halde mektepteki siyasi havadan hoşnut olmayan Ahmet Muhtar Nasuhoğlu adlı bir öğrencinin canlı tasvirleri hayli öğreticidir:

"Meşrutiyet diye birçok sebatsız nev-hevesler de mektebe girmişlerdi. Bunların kârı atıp tutmak, fırkacılık siyasetleri yüzünden mevkilerinde

Selânik Hukuk Mektebi öğrencileri de kuracakları "hukuk kulübü"nü ilk sermayesini sağlamak için aynı yola başvurmuştu. Öğrenciler Fehim Efendi'nin nezareti altında "İnkılab" piyesini sahneye koyacaktı ("Tiyatro", nr. 32, 18 Ekim 1908, İttihad ve Terakki, s. 4).

¹⁰⁵ "Dersaadet Talebe-i Hukuk Cemiyeti tarafından", nr. 6942, 23 Ocak 1909, Sabah, s. 4; "Daire-i Belediye'den", nr. 3857, 23 Mart 1909, Ahenk, s. 3.

¹⁰⁶ "... Talebe-i Hukuk Cemiyeti kâtibi umumisiyim. *Mektepte politika gırla gidiyor*" (Burhan Felek, "Gazeteci Hasan Fehmi'nin Öldürülüşü...", 8 Nisan 1972, Milliyet-magazin, s. 3).

¹⁰⁷ "Mekteb-i Hukuk'a Dair", nr. 11, 27 Mart 1909, Osmanlı, s. 2.

¹⁰⁸ Hukuk Fakültesi'nde İttihat ve Terakki karşıtlığı için ayrıca bkz. Burhan Felek, "Politikaya Nasıl Girdim?", 19 Aralık 1976, Milliyet, s. 14.

¹⁰⁹ Felek, Mart 1982, s. 18; "Kendi Kaleminden Burhan Felek", 6 Kasım 1982, Milliyet, s. 7.

¹¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Birinci, "Siyasileşmenin İlk Devresi (24 Temmuz 1908-11 Haziran 1913)", Tarih Yolunda, Dergâh Yay., İstanbul, 2001, s. 151-152; Ali Birinci, "31 Mart Vak'ası'nın Bir Yorumu", Tarih'in Hududunda, Dergâh Yay., İstanbul, 2012, s. 216-218.

¹¹¹ Ahmet Muhtar Nasuhoğlu, hüsrarla sonuçlanan kulüp açma teşebbüsü münasebetiyle önemli bilgiler vermektedir (Nasuhoğlu, 2009, s. 225-229).

yükselmek ve halka tahakküm etmekte. Bütün bu işlerden düşündükleri dahi bol para elde ederek şehvânî zevkleri yapabilmektir. İşte bu gibiler zâhirde Darülfünun talebesi, hakikatte ise, Şehzadebaşı'nda Latif [Letafet olmalı] Apartmanı'nda -o tarihte- açılmış İttihat merkezinin birer çığırkını idiler. Darülfünun'da öğleye kadar ders veriliyordu. Bu yâdgârlardan derse devam edenler hemen yok gibi idi. Bazı haftalarda birkaç gün gelen birkaç kişi de okumak, öğrenmek için değil, şöyle bir görülmüş olmak maksadıyla bulunuyorlardı. Öğleden sonra boş kalan mektep binasına bu tufeyliler dolarlar, akşamlara kadar atıp tutarlardı".¹¹²

Bu öğrencilerin hilafet, saltanat, aile, şeriate dayanan kanunlar ve milliyet fikri hakkında "sıradışı" fikirlere sahip oldukları anlaşılıyor.¹¹³

Talebe-i Hukuk Cemiyeti'ni görünür kılan faaliyetlerden biri de mitinglerdir. Cemiyet, nizamnamesi duyurulduktan hemen sonra büyük çapta bir miting yapmıştı. Bu miting, İngiltere'deki Ellesmere College öğrencilerinin Avusturya ve Bulgaristan meselelerinde Osmanlıları destekleyen mitingine¹¹⁴ teşekkür etmek üzere düzenlenmişti.¹¹⁵ Cemiyet, Bosna Hersek ve Bulgaristan gibi ortak bir hissiyatın dile geldiği milli meselelerde toparlayıcı bir rol oynayabilmiştir. Girit'le ilgili protesto mitingleri de hukuk öğrencilerinin katıldığı bu türden toplantılardır. (Hukuk

¹¹² Nasuhoğlu, 2009, s. 205.

¹¹³ Ahmet Muhtar Nasuhoğlu'nun "saçma, mânasız, mahiyetsiz mülahazalar" olarak gördüğü konuşmaların bir kısmı zikre değer: "Padişahların cinayetleri malum, bunları kaldırmalı! Yerine cumhuriyet esası kurulmalıdır. Fakat bu işi yapabilmek için çare mevcut ailenin vücudunu ortadan kaldırmaktır!... Sonra hilafet bize muzırdır. Hilafettir ki Türklüğü köreltmıştır. Bunu da atmalı!... Topraklarımızın muhafazasına gelince: Birçok akvâm ve kabâilin benimsediği vâsi hudutları milliyet ve kavmiyet esaslarına göre tefrik etmeliyiz! Türklüğü canıyla, malıyla bunları, buraları muhafaza gibi hidemât-ı şâkkadan kurtarmalıdır. Türk'ün başında azim bir beliyeye vardır. Öyle ise hareketine, tefekkürüne, hakiki saadetine mani olan din meselesidir. *Milletler hakikat peşinde koşarken hayale bağlanmanın mânası ne?!*... İşte bu hayalattır ki Türk'ü, memleketi köreltti, hor ve hakir bıraktı. Bu bapta varlık göstermelidir. Bu kayıt ve bağlantıları atmalıdır. Bunu biz Darülfünunlular evvela nefsimizde tatbik etmeli ve tamimine çalışmalıdır. İttihat ve Terakki'nin ifade ettiği hakiki mânası da budur!... İçerimizdeki Rum, Ermeni gibi muhtelif kavimlerin düşünceleri ne kadar aleyhimize olsa da onların din hakkındaki görgüleri, duyguları bizimkinin hemen aynıdır. Onların bağlantısı da zahiri gibi bir şeydir. Biz bu şuuruluğu gösterirsek onların da rehberi olmuş oluruz. *Hakiki varlığı husule getirecek bu yolun temin ve takviyesi kanun ve kuvvetle başlar.* Bu sebeple İslâm şeriatından alınmış kanunları atmalıyız! Hocaları şimdilik camilere kapatmalı, dünyaya karıştırmamalı!..." (Nasuhoğlu, 2009, s. 206).

¹¹⁴ Gazeteye göre İngiliz öğrenciler büyük bir miting düzenleyerek Osmanlılara karşı son hareketlerinden ötürü Avusturya'yı "alçaklık", Bulgaristan'ı "nankörlük"le tavsif etmişti ("İngiliz Mektep Şakirdânının Yeni Bir Eser-i Muhâlesetleri", nr. 104, 2 Aralık 1908, Yeni Gazete, s. 2).

¹¹⁵ "İngiltere'de kâin Elsmer Mektebi şakirdânı tarafından münakid mitinge ve İngiliz şakirdânının Osmanlılar hakkında ibraz eyledikleri eser-i mahabbet ve teveccühe mukalebe etmek üzere umumî Osmanlı darülfünun ve mekâtib-i âliye müdâvimlerinin Pazar günü saat altıda Sultan Ahmed Meydanı'nda içtima eylemeleri Talebe-i Hukuk Cemiyeti namına rica olunur" ("Mekâtib-i Âliye Müdâvimlerine", nr. 107, 5 Aralık 1908, Yeni Gazete, s. 4).

öğrencileri, Cemiyetin kuruluşundan önce de Girit'in Yunanistan'a ilhakını reddetmek için miting düzenlemişti). İç siyasetle bağlantılı meselelerde ise Cemiyet içi ihtilaflar hemen gün yüzüne çıkmıştır. Yabancı gazeteler aleyhine düzenlenen miting ve gazeteci Hasan Fehmi Bey'in öldürülmesi münasebetiyle muallimlerin de karıştığı tartışmalar Hukuk öğrencilerini siyasi tartışmaların içine çekmiştir.

İttihat ve Terakki ile Ahrar çatışmasının had safhaya geldiği günlerde, İstanbul'da çıkan bazı yabancı gazetelerin Osmanlı unsurları arasındaki birliği bozucu yayınlarından ötürü hükümeti görevine çağırarak üzere düzenlenen miting¹¹⁶ münasebetiyle Cemiyetin kâtib-i umûmîsi Burhan Felek, İkdâm Matbaası'na bir telgraf¹¹⁷ çekerek böyle bir karar almadıklarını Cemiyet namına bildirmiş ve bir bakıma hukuk öğrencilerinin mitinge katılmasının önüne geçmeye çalışmıştı. Aslında önemli olan, meselenin Cemiyet tarafından müzakere edilip edilmemesi değil, "İttihatçıların propagandası"nın önüne geçmektir.¹¹⁸ Zira telgrafın çekilme gerekçesi, aynı zamanda "İttihatçıların elebaşlarından"¹¹⁹ ve Mekâtib-i Âliye Kulübü üyelerinden olan, Talebe-i Hukuk Cemiyeti'nin ikinci reisi İbrahim Necmi'nin (Dilmen, 1887-1945) sınıf sınıf dolaşıp Hukuk talebesini ertesi gün Tanin Matbaası önünde muhalif gazeteler aleyhine yapılacak mitinge davet etmesiydi.¹²⁰ Burhan Felek'in telgrafı, bu çabaları boşa çıkaracak ciddi bir müdahale olduğu için İttihatçı öğrenciler hemen harekete geçmiş; ikinci reis İbrahim Necmi'nin de içinde bulunduğu Talebe-i Hukuk Cemiyeti'nin bazı idarecileri, Felek'in görevini suistimal ettiğini belirterek -ondan aldıkları ifadeyle- "asıl bu telgrafın şahsi olduğu"nu duyurmuşlardı.¹²¹ Bundan sonra

¹¹⁶ Miting, "memleketimizde münteşir cerâid-i ecnebiyeden bir ikisinin anâsır-ı muhtelif-i Osmaniye arasında öteden beri devam etmekte olan vifâk ve ittihadı ihlal edecek surette makalât neşr etmeleri menâfi'-i Osmaniyyeye mugâyir olduğundan hükümetce bu gibiler hakkında kanunun verdiği salahiyet dairesinde muamele edilmesini talep için" düzenlenmişti (Miting Heyeti namına Cevdeti, "Miting", nr. 232, 24 Mart 1909, Tanin, s. 3). Miting heyeti, 25 Mart'ta Levant Herald, Proodos ve Neologos gazetelerini Osmanlı askerine hakaret ettikleri için Sadaret'e şikâyet etmiş, Sadrazam Hüseyin Hilmi Paşa dilekçeyi Meclis-i Mebusan'a göndermiş ve Matbuat Kanunu'nun bir an önce çıkarılmasını istemiştir. Meclisteki tartışma, özellikle Lütfi Fikri ve Babanzade İsmail Hakkı'nın görüşleri için bkz. MM, I, 1/47, 14 Mart 1325: MMZC, II, 479-487.

¹¹⁷ "Dün gece Selimiye Kışlası merkezinden matbaamıza keşide edilen telgrafnamedir: Yarın 'karşı matbuatı'ndan bazıları hakkında yapılacak mitinge iştirak Talebe-i Hukuk Cemiyeti'nce mevki-i müzakereye bile vaz edilmediğinden bu nama olacak iştirakin şahsi olduğu beyan olunur efendim" (nr. 5327, 25 Mart 1909, İkdâm, s. 3).

¹¹⁸ "İttihadcılar sınıf sınıf dolaşıp propaganda yapıyorlar. Biz aykırı cepheleyiz. Prens Sabahaddinciler, yahut Ahrar, yani liberaller..." (Felek, 1972, s. 3).

¹¹⁹ Felek, Sabahaddincilerin "elebaşı"sı olarak ise Kıbrıslı Celal'i (Sofu) zikrediyor. Aynı yazıda sınıf arkadaşı, (150'liklerden) Mesut Fani'nin de İdare Heyeti üyesi olduğunu belirtiyor (Felek, Mart 1982, s. 18).

¹²⁰ Burhan Felek, "31 Mart'ı Kim Hazırladı?", 14 Nisan 1970, Milliyet, s. 4.

¹²¹ Talebe-i Hukuk Cemiyeti ikinci reisleri Mehmed Selahaddin ve İbrahim Necmi ile Heyet-i İdare üyeleri Nahid, Fahri ve Ahmed Midhat'ın gönderdiği tekzip şöyle: "Muhterem *Siper-i Saika* gazetesi Müdüriyeti'ne, Efendim! Dünkü *İkdâm*

bir iki gün içinde, Talebe-i Hukuk Cemiyeti Heyet-i Umûmiyesi toplanarak Heyet-i İdare'ye güvensizlik oyu vermiş, seçimlerin yapılması için geçici bir heyet seçilmiştir.¹²² 31 Mart'tan sonra Divan-ı Harb'deki sorgusu sırasında Burhan Felek'e bu telgrafi niçin çektiği de sorulacaktır.¹²³

Hasan Fehmi Bey cinayetinden sonra olaylar boyut değiştirmiş; öğrenciler, siyasetçiler ve hocalarla karşı karşıya gelmiştir. Burhan Felek, Meclis-i Mebusân önündeki miting sırasında öne çıkarak Ahmed Rıza Bey'den katillerin bulunmasını istemiş (veya “bir Hukuk talebesine yakışmayacak surette sözler” söylemiş); Hasan Fehmi'nin cenazesinin kaldırıldığı gün, öğrenciler, üzüntüsünden dolayı dersi tatil eden (veya Ali Kemal'in bir gün önce Mülkiye'de yaptığı gibi öğrencilere “tesir” etmek isteyen) anayasa hukuku hocası Celaleddin Arif Bey'le tartışmışlardı. 31 Mart'tan birkaç gün önce yaşanan bu hadiseler de hatırlarda kalmış; sorgusunda Burhan Felek'e Meclis-i Mebusan önündeki mitingde “bilhassa gizli ellerin kırılmasını bekleriz” sözüyle İttihatçıları mı ksdettiği de sorulmuştur.¹²⁴ Hem miting hadisesi, hem de Hasan Fehmi Bey cinayeti, öğrenciler arasındaki kamplaşmanın ne kadar keskinleştiğini göstermektedir.

Parti kavgasının yansıması olan bu tecrübelerden dolayı sonraki yıllarda Cemiyet idarecilerinin “siyasiyâtla iştilal etmeme” konusunda daha hassas davrandıkları söylenebilir. Burada sadece ilk aylardaki faaliyetlerinden bahsedilen Talebe-i Hukuk Cemiyeti'nin kuruluşu, Cemiyetler Kanunu'ndan sonra hükûmete haber verilerek¹²⁵ yeni düzende de rutin faaliyetlerine devam etmesi sağlanmış; Cemiyet, özellikle ders kitaplarının neşrinde etkin bir rol üstlenmiştir.

gazetesinde “Talebe-i Hukuk Cemiyeti kâtib-i umûmisi Burhaneddin' imzasıyla neşr edilen bir telgraf manzûrumuz oldu. Cemiyet, bu yolda neşriyatta bulunmak üzere kimseye mezuniyet vermemiş olduğundan asıl bu telgrafın şahsi olduğu ve Cemiyete taalluku bulunmadığı katiyyen ilan ve mezkûr telgrafın resmen tezkibi ile beraber ba'demâ bu gibi suistimalâta mahal bırakılmaması için Heyet-i İdare'ce tedâbir-i lâzıme ittihâzı bâ-takrir Heyet-i İdare Riyâset-i Ulâsı'ndan talep edilmiş olduğu beyan olunur” (nr. 31, 26 Mart 1909, Siper-i Saika, s. 4). Telgrafi aynı gün *Tanin* ve *Tercüman-ı Hakikat* de yayımlamıştır.

¹²² [“Talebe-i Hukuk Cemiyeti”], nr. 237, 29 Mart 1909, *Tanin*, s. 4; “Talebe-i Hukuk Cemiyetinden”, nr. 7007, 29 Mart 1909, *Sabah*, s. 4. 19 Mart'ta yapılması planlanan Heyet-i Umumiye toplantısının ilanı için bkz. “Dersaadet Talebe-i Hukuk Cemiyetinden”, nr. 208, 18 Mart 1909, *Yeni Gazete*, s. 4.

¹²³ Felek, 1970, s. 4.

¹²⁴ “Talebe-i Mekâtib ve Siyasiyât”, nr. 10053/-17, 8 Nisan 1909, *Tercüman-ı Hakikat*, s. 2; ayrıca bkz. “Meclis-i Mebusân'da”, nr. 229, 8 Nisan 1909, *Yeni Gazete*, s. 2; nr. 7017, 8 Nisan 1909, *Sabah*, s. 2; nr. 7018, 9 Nisan 1909, *Sabah*, s. 4; Felek, 1970, s. 4.

¹²⁵ “Talebe-i Hukuk Cemiyeti'nden”, nr. 448, 1 Aralık 1909, *Tanin*, s. 3; nr. 1, 2 Aralık 1909, *Cidâl*, s. 4.

V. BİR HUKUK AKADEMİSİ TASAVVURU, BİR “SUBH-I KÂZİB”: “OSMANLI HUKUK ENCÜMENİ”

II. Meşrutiyet’in ilk aylarında Osmanlı Hukuk Encümeni adı altında, önde gelen hukukçuların bir araya getirilmesi düşüncesiyle yürütülen faaliyetler, dikkat çekici başka bir cemiyetleşme teşebbüsüdür. Şüphe yok ki böyle bir okur-yazar hukukçu camianın varlığı, tarihi 1870’li yılların başına kadar uzanan hukuk mektepleşmesinin semeresidir. Hukuk uzmanlığıyla temayüz etmiş okur-yazar kesimlerin Encümende buluşması ve bu sayede dönemin itibar kazanan bilgi sahalarından biri olan “hukuk ilmi”nin yaygınlaştırılması amaçlanmaktaydı. Osmanlı Hukuk Encümeni, “en ileri gelen”¹²⁶ hukukçuları buluşturma düşüncesiyle, Fransız Akademisi ve Encümen-i Dâniş modelini hukuk sahasında hayata geçirmeyi hedefleyen bir akademi olarak tasarlanmıştı. “Cemiyet” yerine “encümen” kelimesinin kullanılması bilinçli bir tercih olmalıdır;¹²⁷ zira kurulması düşünülen “bir darü’l-irfan, *âdeta bir akademi*”ydi.¹²⁸ Israrla kullanılan kapsayıcı dil, Encümenin milli çapta bir teşebbüs olarak düşünüldüğünü de gösteriyor. Örneğin hukukçular, Encümenin ilk geniş katılımlı toplantısına, “vatanımızda ulûm-ı hukukiyenin matlûb derecede intişarını temin ve fevâidini tamim u teksir zımnında *bütün Osmanlı hukuk-şinâsânının tevhid-i mesaisi ile memlekette bir hukuk encümeni*” kurmak için davet edilmişlerdi; Encümenin kuruluşu “*vecâib-i milliyeden*”di.¹²⁹

Osmanlı Hukuk Encümeni, sadece mesleki bir örgütlenme olmadığı gibi odağında Mekteb-i Hukuk bulunmakla beraber hukuk mezuniyetiyle sınırlı bir birlikteliğe de işaret etmez, hukuk öğrenciliğini kapsamı dışında bırakır; mukayeseli hukuk perspektifi ise içerdiği unsurlardan sadece biridir. Encümenin Osmanlı Hukuk Cemiyeti’yle örtüşen hedefleri, Dersaadet Mukayese-i Hukuk Müessesesi’nde görülen akademik nitelikte bir cemiyet arayışının geniş kapsamda hayata geçirilmesi düşüncesi ve Dava Vekilleri Cemiyeti’yle insan unsuru ve kısmen hedefler noktasında kesişmesi bu teşebbüslerle olan bağına gösterir. Dolayısıyla Encümenin kurulması fikrinin, diğer cemiyetleşme arayışlarıyla irtibatlandırılarak II. Meşrutiyet’in ilk aya kadar çıkarılması mümkündür.

Encümenin ilk toplantısından önceki kuruluş müzakereleri ve nizamname taslağının hazırlanması süreciyle ilgili bilgiler, kilit isim olarak “halis İttihatçı”lardan,¹³⁰ teşkilatçı kişiliğiyle tanınan ve bir ay kadar sonra Kastamonu mebusu olarak Meclis-i Mebusan’a girecek olan Yusuf Kemal Bey’i (Tengirşenk) göstermektedir. Yusuf Kemal, Osmanlı Hukuk Cemiyeti’nin nizamnamesini görüp onaylayanlardan biri olduğu gibi,

¹²⁶ “Müntesibin-i Hukuk Cemiyeti”, nr. 40, 14 Kasım 1908, Şura-yı Ümmet, s. 6.

¹²⁷ Encümenin ilk toplantısıyla ilgili bir haberin başlığı olarak kullanılan “Müntesibin-i Hukuk Cemiyeti” ifadesi sadece hukukla alakadar kişilerin toplantısına işaret etmektedir, ayrı bir cemiyete değil (“Müntesibin-i Hukuk Cemiyeti”, nr. 40, 14 Kasım 1908, Şura-yı Ümmet, s. 6).

¹²⁸ [“Osmanlı Hukuk Encümeni”], nr. 9974, 2 Ocak 1909, Tercüman-ı Hakikat, s. 1; ayrıca bkz. “Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 99, 9 Kasım 1908, Tanin, s. 4.

¹²⁹ “Osmanlı Encümen-i Hukuku”, nr. 6874, 14 Kasım 1908, Sabah, s. 2.

¹³⁰ Bu ifadeyi kendisi için kullanıyor (Tengirşenk, 1969, s. 117).

Osmanlı Hukuk Encümeni'nin teşkilatlanmasında da en önemli role sahip kişidir. Şaşırtıcıdır; Yusuf Kemal, II. Meşrutiyet'in ilanından sonra Dava Vekilleri Cemiyeti'nin örgütlenmesi ve bu meyanda kendisinin üstlendiği rolü önemseyerek anlattığı¹³¹ hatıratında Osmanlı Hukuk Cemiyeti ile Osmanlı Hukuk Encümeni'nden bir satırla olsun bahsetmez. Bu teşebbüslerin ölü doğması veya geriye baktığında yeterince önemsememesi sessizliğinin sebebi olarak akla gelmektedir. Yusuf Kemal'in yanı sıra Mehmed Aziz, Celal Nuri ve Celaleddin Arif beylerin de kuruluş sürecinde etkin oldukları anlaşılmaktadır. Heyet-i İlmiye üyelerinin seçimi için yapılan toplantıda söz alan Bafralı Yanko Bey, Encümenin kurulmasını herkesten önce düşünüp bunun “hayyiz-i husûle isâli için kendilerini ortaya atan”, “hamiyetkâr, üşenmez, yorulmaz” sıfatlarıyla bu dört kişinin adını anmıştır.¹³²

Osmanlı Hukuk Encümeni'nin kurulması fikri kamuoyuna duyurulduktan¹³³ sonra ilk toplantı, 13 Kasım 1908 Cuma günü, Sultanahmed-Çatalçeşme'de bulunan Mekteb-i Hukuk'ta; okulun doktora salonu olarak da bilinen büyük salonunda yapıldı. Toplantıya Mekteb-i Hukuk muallim ve mezunları ile “*umûr-ı hukukiye ile münasebâtı olan zevât*” katıldı.¹³⁴ Önce Yusuf Kemal Bey, Encümenin kuruluş amacı hakkında bilgi verdi, iki ay önce Yemen sürgününden dönen “*edib-i hukuk-şinâs*” Kemal Paşazade Said Bey'i reisliğe aday gösterdi ve bu teklif “derhal” kabul edildi. Said Bey, nizamname taslağını okuduktan sonra yine Yusuf Kemal'in önerisiyle, taslağın incelenmesi için gizli oyla 12 kişilik bir komisyon oluşturuldu. Yusuf Kemal, Said, Memduh, Manyasizâde Refik, Mardinizâde Arif, doktor Baha (Bahaeddin Şakir) ve dava vekili Baha beyler komisyonunda

¹³¹ Tengirşenk, 1969, s. 108-109.

¹³² “Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 6923, 3 Ocak 1909, Sabah, s. 3.

¹³³ “İstanbulda Osmanlı Hukuk Encümeni ünvanıyla bir *enstitü* tesisi takarrur etmiş olduğundan bu bâbda icra-yı müzakerât için bazı zevâtın Teşrinievvelin otuz birinci Cuma günü saat dörtte Mekteb-i Hukuk'a azimet etmeleri lüzumu hususi davetnamelerle kendilerinden rica olunduğunu haber aldık. Şayan-ı teşekkür olan bu teşebbüsün yakın zamanda mevki-i tatbika konulduğunu görmek temenniyâtımı izhâr ederiz” (“Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 99, 9 Kasım 1908, Tanin, s. 4).

¹³⁴ *Sabah*, önde gelen katılımcıları şöyle saymıştır: Hakkı Bey (Dahiliye nazırı), Kemal Paşazâde Said Bey, Mahmud Esad Efendi, Hüsnü Efendi (Evkaf müfettişi), Necmeddin Bey (adliye erkânından), Sırrı Bey (Rüsumât mektupçusu), Vitinos Efendi (esbak Sisam beyi), Manyasizâde Refik Bey, Memduh Bey (baş-müdde-i umumi), Mardinî Arif Bey, Yorgaki Efendi (Ticaret-i Bahriye Mahkemesi reisi), Yusuf Kemal Bey (İttihat ve Terakki Cemiyeti erkânından), Sahib Monlazâde İbrahim Bey, Celal Bey (İstinaf reisi), Ohannes Bey (Maliyeden), Celal Nuri Bey; dava vekili Baha, Neşet, David Dermusesyan beyler; isimleri kaydedilemeyen memurlar ve avukatlar. “Maliye hukuk müşaviri efendi” olarak anılan Ohannes Efendi; “Mecelle muallimi efendi” olarak anılan ise Kalender Hasan Efendi olabilir. İşin “tıbb-ı kanuni” ile temasından dolayı iki doktor; *Sabah* yazarı Bafralı Yanko Bey ile İttihat ve Terakki Cemiyeti erkânından Bahaeddin Şakir Bey de toplantıya katılmıştır (“Osmanlı Encümen-i Hukuku”, nr. 6874, 14 Kasım 1908, Sabah, s. 2).

yer aldı. Aynı toplantıda Encümenin işlerinde kullanılmak üzere 200 lira toplandı.¹³⁵

Komisyon, yirmi gün içinde Encümen hakkında ayrıntılı bilgiler içeren ve “Müntehab Komisyon Tarafından Kaleme Alınan Osmanlı Hukuk Encümeni Nizamname-i Esasîsi Lâyihası” adıyla basılacak olan nizamname layihasını¹³⁶ hazırladı (4 Aralık 1908).¹³⁷ Komisyon namına Yusuf Kemal, değişiklik önerilerinin dinlenmesi ve kurulların oluşturulması için hukukçuları 11 Aralık günü yapılacak toplantıya çağırıldı.¹³⁸ Layihaya göre ilk iki toplantıya katılarak nizamnameyi mühürleyen ve isimlerini deftere kaydettirerek kuruluş ianesini ödemeyi taahhüt edenler Encümenin kurucuları sayılacaktı (m. 4-5). Ancak Meclis-i Mebusan’ın açılmasından birkaç gün önceki bu ikinci toplantıya beklenenden az katılım oldu,¹³⁹ layiha ise henüz basılmamıştı. Yusuf Kemal, basılacak layihanın 19 Aralık Cumartesi gününden itibaren Mekteb-i Hukuk’tan alınıp mütalaa edilmesi ve nizamnamenin nihai halinin kararlaştırılması için kurucu adaylarını tekrar toplantıya çağırıldı.¹⁴⁰

25 Aralık’ta yapılan toplantıda önce Kemal Paşazâde Said Bey nizamname, ilmî ve idari heyetlerin seçimi, nakdi yardımlar ve yıllık aidat konularına temas eden bir konuşma yaptı;¹⁴¹ İttihat ve Terakki Cemiyetine sunulmak üzere kaleme aldığı tezkireyi okudu;¹⁴² sonra komisyonun

¹³⁵ “Osmanlı Encümen-i Hukuku”, nr. 6874, 14 Kasım 1908, Sabah, s. 2-3; “Hukuk Encümeni”, nr. 104, 14 Kasım 1908, Tanin, s. 4; “Müntesibîn-i Hukuk Cemiyeti”, nr. 40, 14 Kasım 1908, Şura-yı Ümmet, s. 6.

¹³⁶ Osmanlı Hukuk Encümeni Nizamname-i Esasîsi Lâyihası - Müntehab Komisyon Tarafından Kaleme Alınan Osmanlı Hukuk Encümeni Nizamname-i Esasîsi Lâyihası, Becidyan Biraderler Matbaası, İstanbul-Galata, 1324 [Aralık 1908], 7 s. Bu layiha, 25 Aralık 1908 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilerek onaylanmıştır (“Osmanlı Hukuk Encümeni’nden”, nr. 133, 31 Aralık 1908, Yeni Gazete, s. 4). Nizamnamenin çeviriyazısı için bkz. EK 4 (nizamname onaylandığı için ekteki metnin başlığından “layiha” kelimesi çıkarılmıştır). İlk toplantıdan önce hazırlanmış nizamname taslağı elde olmadığı için Müntehab Komisyon’un hazırladığı metin ile ilk taslak karşılaştırılamamıştır.

¹³⁷ Layihanın sonundaki (s. 7), 21 Teşrinisâni 1324 tarihi (4 Aralık 1908) yazımının bitirildiği tarih olmalıdır.

¹³⁸ [“Osmanlı Hukuk Encümeni”], nr. 5223, 9 Aralık 1908, İkdâm, s. 4.

¹³⁹ Duyurudaki “... bi’l-cümle azâ-yı müessisenin ve *evvel ü âhir davet olundukları halde teşrif edememiş olanların*” şeklindeki şikayet ifadesi için bkz. Yusuf Kemal, “Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 116, 14 Aralık 1908, Yeni Gazete, s. 4.

¹⁴⁰ Yusuf Kemal, “Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 116, 14 Aralık 1908, Yeni Gazete, s. 4.

¹⁴¹ “Osmanlı Hukuk Encümeni - Said Bey’in Nutku”, nr. 6916, 26 Aralık 1908, Sabah, s. 3; konuşmanın çeviriyazısı için bkz. EK 5.

¹⁴² Tezkire şöyle: “İttihad ve Terakki Cemiyet-i mükerremesine! Belâ-yı istibdadın def u ref’i ve binâ-yı adl ü dâdın tesis ve vaz’ı hususuna masrûf olan himmet-i müşkilât-berendâzâne-i cihan-pesendinizden hukuk mütevaggılları bittabi en ziyade hissemend-i meserret olanlardan olup himem-i celilenizin birinci semerâtından olarak bir Encümen-i Hukuk teşkilî maksadıyla içtima eden heyet-i müessisîn ‘Encümenin teşkiliyle beraber’ heyet-i muhteremenize bir tezkire-i teşekkürîye arzımı tasvib eylediğinden işbu tezkiremizi tisyâr ve takdim eyliyoruz. Pek çok kanlar dökülerek memâlik-i mütemeddinede teessüs eden usul-i

hazırladığı nizamname layihası onaylandı.¹⁴³ Nizamname kurucular tarafından o gün imzalanmış, nakdi hissesini ödeyen üyelere onaylı birer suret verilmiş, aslı ise emin bir yerde saklanmış olmalıdır (m. 30-31).

Encümenin kuruluşu nizamnamenin birinci maddesinde, “*ilm-i hukukun nazariyat ve tatbikatıyla meşgul olan ve bu ilmin neşr ve tevsî ve ikmâliyle efkâr-ı umumiyyeyi tenvire hâdim bulunan zevâtı bir yere cem etmek ve bu ilm-i celîlin tamîmiyle beraber talim ve tamikini arzu edenlere teshîlât irâe eylemek maksadıyla bir encümen-i ilmî-i hukuki tesis edilmiştir*” şeklinde ifade edilmektedir. Encümenin merkezi İstanbul’dur (m. 2). Encümenin iştiğal sahası “*ilm-i hukukun memâlik-i Osmaniyyede tevessü ve tekemmülüne hizmet etmek*”, hukuk alanında bilimsel araştırmalar yapmak, yerli ve yabancı bilim müesseseleriyle iletişim kurmak ve fikir alışverişinde bulunmak, “*ilm-i hukukun tamîm*”ine hizmet edebilecek konferans ve dersler düzenlemek, bir hukuk mecmuası çıkarmak ve hukuki meselelerle ilgili eserler yayımlamak, hukukla ilgili sorular hakkında mütalaa beyan etmektir (m. 3).

Encümen yapısı gereği hukuk öğrencilerini dışarıda bırakmış; ancak nizamnamenin “lâhika” kısmında Encümenle ilişkileri düzenlenmişti. İstanbul Mekteb-i Hukuku ve taşra hukuk mektepleri Encümenin mânevi himayesi altında olacak, öğrenciler arasında yapılacak seçimle İstanbul Hukuk’un her sınıfından birer öğrenci oy hakkı olmaksızın fahri üye olarak Encümene kabul edilecek ve toplantılara katılabilecek; Hukuk öğrencileri Encümen tarafından neşredilecek bütün eserleri yarı fiyatına alabilecekti. Encümenin mali gücü elverdiği vakit hukuk mekteplerinden aliyyülâla derecede mezun olanlar arasında yapılacak müsabakayı kazanan öğrenciler tahsillerini ilerletmek üzere Avrupa üniversitelerine gönderilecekti (Lâhika, bend 1-3).

Encümenin ilmi ve idari işleriyle meşgul olmak üzere iki şubeden oluşan bir Heyet-i Âmile kurulacak (m. 12-13); Heyet-i Âmile-i İlmiye 30 kişiden oluşacak, bu heyet asli üyeler arasından gizli oyla ve salt çoğunlukla seçilecekti. Bu heyete üye olabilmek için “*lisan-ı Araba veya elsine-i ecnebiyeden birine aşına olmak şarttı*” (m. 14). Heyet-i Âmile-i İdare ise 8 kişiden oluşacak; bunlar da ilmî heyet gibi seçilecek, ancak lisan bilme şartı aranmayacaktı (m. 15). Heyet-i Âmile üyelerinin görev süresi 4 yıldır; 2 yılda

meşrutiyet ikdâmât-ı kahraman[ân]eniz sayesinde pek suhûletle teessüs etmiş ve bütün âlem-i medeniyetin takdirât-ı mahsûsasını celb eylemiş olduğu gibi yine bilâd-ı sairede nice nice sinîn u a’vâm ikdâm ve ihtimam ile esas-yâb-i kemâl olan bu müessese-i hukuk dahi tesirât-ı nafia-i hürriyetten behre-mend-i şevk u revnak olarak az vakitte maarif-i hukukiyenin mülkümüzde tevessüüne cidden hâdim olacak mertebe-i kemâle vusûl bulur. Tesisât-ı hürriyet-perverâne esas-efgen-i hürriyetimiz olan heyet-i muhteremenizin himaye-i mâneviyesi tahtında bulunmak lazım gelip Encümen-i Hukuk ise tesisât-ı hürriyet-perverânenin en birincilerinden olmağla müessîsîn-i Encümen kendilerini tabii olarak heyet-i İttihad ve Teraki azâsından addederler. Hususât-ı mebsûtanın beyanı arz-ı ihtiramât-ı mahsûsamıza vesile ittihaz kılındı” (“Osmanlı Hukuk Encümeni - Said Bey’in Nutku”, nr. 6916, 26 Aralık 1908, Sabah, s. 3).

¹⁴³ “Osmanlı Hukuk Encümeni’nden”, nr. 133, 31 Aralık 1908, Yeni Gazete, s. 4. Eski Bağdat valisi Nazım Paşa, 110 lira bağış yapmıştır (nr. 146, 26 Aralık 1908, Tanin, s. 4).

bir üyelerin yarısı değiştirilir, çıkacak üyeler kura ile belirlenir ve yeniden seçilebilirler (m. 16). İlmî ve idarî heyetler birleşerek bir reis-i evvel ve ayrı ayrı birer reis-i sâni ile birer kâtip seçer. İlmî ve idarî heyetler için birer maaşlı kâtip muavini atanacak, ikincisi aynı zamanda veznedarlık yapacaktır (m. 17, 20). Encümenin gelirleri; kurucuların nakdi yardımları, asli üyelerin senelik hisseleri, her türlü bağışlar ve Encümen adına basılacak mecmua ve kitaplardan elde edilen gelirlerdir (m. 26). Üye, Encümenin yayınlarını indirimsiz olarak almaya mecburdur (m. 27).

Heyet-i Umumiye, yılda bir defa Heyet-i Âmile'nin karar vereceği gün Ekim ayında toplanacak, gerek görülürse olağanüstü toplantı yapılabilecektir (m. 22). Heyet-i İlmiye ayda iki, Heyet-i İdare ise haftada bir defa toplanacak; üyelerin salt çoğunluğu hazır bulunmadıkça karar verilemeyecektir (m. 23). Bütün toplantılarda oyların eşitliği durumunda reisin tarafı tercih edilir. Reis, toplantılarda intizamı sağlayacak, reisin izniyle söz alınacak, sıraya riayet edilecektir. Müzakereyi ihlal eden veya kararlara muhalif hareket eden üye öncelikle rica, sonra ihtarla intizama riayet etmeye davet edilecek, yine dinlemezse istifa etmiş sayılacaktır (m. 24). Toplantıları reis-i evvel yönetecek, bulunamazsa reis-i sânilerden biri ona vekalet edecektir (m. 21). Görüşülmesi istenilen konu reis-i evvel arz edilecek, reis-i evvel müzakereden önce uzman bir üyeden mütalaa hazırlamasını isteyecektir (m. 18). Heyet-i İdare, Encümenin kütüphanesi ve matbaa işleriyle de ilgileyecektir (m. 19). Heyet-i Âmile'nin belirleyeceği yaz aylarından birinde tatil yapılacaktır (m. 25).

Encümenin asli, fahri ve muhabir olmak üzere üç tür üyesi vardır (m. 6). Asli üyeler, Heyet-i İlmiye'nin salt çoğunlukla kabulünden sonra yıllık nakdi hisseyi ödemeyi taahhüt edenlerdir (m. 7). Asli üye olabilmek için Osmanlı vatandaşı olmak, siyasi ve medeni haklardan mahrum olmamak ve "*hukuk veya ulûm-ı siyasiye tedris olunur bir mekteb-i âliden veya medâris-i İslâmiyeden birinden mezun bulunmak veyahut bilfiil hakim olmak*" şartları aranır (m. 10). Asli üyelerin üstlendiği senelik hisse 3 Osmanlı altını olarak belirlenmiştir; ödeme üç taksit halinde yapılacaktır (m. 11). Fahri ve muhabir üyelerin kabulü için İlmî heyetin salt çoğunluğunun oyu gerekir. Önemli miktarda bağış yapan veya maarifin terakkisine hizmetiyle temayüz edenler fahri üyeliğe; asli veya fahri üye olmayıp kalemiyle Encümene hizmet edebilecekler ise muhabir üyeliğe kabul edilecektir (m. 8-9). Hukukun yanı sıra "*ulûm-ı siyasiye*" tahsili görmüş olanların ve ayrıca medrese mezunları ile bilfiil hakimlerin (*müstahdemîn*) asli üye olabilmesi, hukuk muhitinin en geniş anlamıyla Encümen bünyesinde toplanmasına çalışıldığını gösterir. Böylece ana eğilimi temsil eden Mekteb-i Hukuk çizgisinden gelenler ile gerek kamu hukukuna (hukuk-ı siyasiye), gerekse özel hukuka farklı açılardan yaklaşabilen kesimler; ayrıca mektepli olmadığı halde meslek hayatlarını yeni hukuk müesseselerinde geçirmiş kişiler Encümenin çatısı altında toplanmıştır.

Osmanlı Hukuk Encümeni, "muvakkat kâtip" Celal Nuri Bey'in daveti¹⁴⁴ üzerine, nizamnamenin onaylanmasından bir hafta sonra, 1 Ocak

¹⁴⁴ "... her halde Mekteb-i Hukuk'un büyük salonunda isbat-ı vücûd ederek şu emr-i hayr-ı mühimmin husûlüne ibzâl-i gayret buyurmaları hamiyet-i

1909 Cuma günü ezanî saat altıda Kemal Paşazade Said Bey'in başkanlığında toplanıp Heyet-i İlmiye üyelerini seçmiştir. Gizli oy ile yapılan seçimde Heyet-i İlmiye üyeliğine şu 30 kişi seçildi: Kemal Paşazade Said Bey, Kostaki Vayani Efendi, Evkaf müfettişi Hüseyin Hüsnü Efendi, Seydişehirli Mahmud Esad Efendi, Bafralı doktor Yanko Bey, Nafia nazırı Kapril Efendi, mebus Yusuf Kemal Bey, muallim Kavrüzade Mehmed Aziz Bey, Temyiz Mahkemesi üyesi Karayan İstapan Efendi, Manyasizade Refik Bey, Manastırlı İsmail Hakkı Efendi, Doktor Bahaeddin Şakir Bey, Temyiz Mahkemesi üyesi Osman Bey, Ticaret-i Bahriye Mahkemesi reisi Yorgaki Efendi, baş-savcı Memduh Bey, mebus Kirkor Zöhrab Efendi, *İkdam* başmuharriri Ali Kemal Bey, Celaledin Arif Bey, sâbık Bağdat valisi Nazım Paşa, Celal Nuri Bey, Mardinîzade Arif Bey, Meclis-i Mebusan reisi Ahmed Rıza Bey, dava vekili Sinapyan Efendi, İstinaf Cünha Mahkemesi reisi Mehmed Celal Bey, Temyiz Mahkemesi üyesi Haydar Efendi, Hasan Fehmi Paşa, İstinaf savcısı Nedim Bey, Selanik mebusu Cavid Bey, esbak Musul valisi Reşid Paşa, dava vekili Diran Yerganyan Efendi.¹⁴⁵ Üyelerin tahsil ve ilmî/meslekî kariyer açısından tahlilini yapmaktan sarfınazar ederek Mekteb-i Hukuk'un ilk muallim kadrosunda yer alanlar başta olmak üzere hocalar ve mezunların çoğunluğu oluşturduğu; herhalükârda hukuk sahasında kıdemli ve şöhret sahibi kişilerin ilmî heyette yer aldıkları söylenebilir.¹⁴⁶ Siyasi çekişme ortamına rağmen, İttihat ve Terakki ile özdeşleşmiş Manyasizade Refik, Ahmed Rıza, Bahaeddin Şakir ve Cavid Bey'in yanında Ali Kemal ve Celaledin Arif gibi muhalifler de encümende yer bulabilmiştir.

Encümen, 15 Ocak 1909 tarihinde idarecilerin seçimi için Mekteb-i Hukuk'ta toplandı. Oy birliğiyle Şura-yı Devlet reisi Hasan Fehmi Paşa fahri reis, Kemal Paşazade Said Bey reis-i evvel, Temyiz Mahkemesi üyelerinden İstapan Karayan Efendi Heyet-i İlmiye reis-i sânisî, Meclis-i Ayân üyelerinden Halim Bey Heyet-i İdare reis-i sânisî, Celal Nuri Bey Heyet-i İlmiye kâtibi, dava vekili Sadeddin Ferit Bey Heyet-i İdare kâtibi seçildi.

müsellemelerinden müstercâdır efendim" (nr. 107, 31 Aralık 1908, Hukuk-ı Umumiye, s. 4).

¹⁴⁵ ["Osmanlı Hukuk Encümeni"], nr. 9974, 2 Ocak 1909, Tercüman-ı Hakikat, s. 1; nr. 135, 2 Ocak 1909, Yeni Gazete, s. 3.

¹⁴⁶ "... Hukuk Encümeni, şehrimizin müessesât-ı irfaniyesi arasında pek ziyade haiz-i ehemmiyet olup bu cemiyet-i ilmiyenin âtisi pek parlaktır. Hukuk Encümeni, vücudundan memleketimizce fevkalâde hizmet [istifade] edilecek bir darü'l-irfan, âdeta bir akademi'dir. Heyet-i müntehabe meyânında bulunan zevât kudret, kemâl ve malumatıyla ve vücûdlarıyla iftihâr olunur erbâb-ı liyâkatten buldukları için cemiyet-i ilmiyenin az zaman zarfında pek ziyade mazhar-ı teâlî ve terakki olacağına şüphe yoktur. Cemiyet-i mezkûrenin muvaffakiyeti hâlisâne temenni olunur" ifadeleri için bkz. ["Osmanlı Hukuk Encümeni"], nr. 9974, 2 Ocak 1909, Tercüman-ı Hakikat, s. 1.

Encümen-i Dâniş tecrübesi, böyle kurumların sadece şöhretli isimlere dayanarak yürütülemeyeceğini gösterdiği (Ebül'ulâ Mardin, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, tıpkıbasım, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., 1996, s. 40-41) halde, Osmanlı Hukuk Encümeni'nde de bazı isimlerin varlığı parlak bir gelecek için yeterli teminat olarak görülmüş gibidir.

Aynı toplantıda reis-i sâni Halim Bey ile kâtip Sadeddin Ferit Bey dışında Heyet-i İdare üyeliğine şu isimler seçilmiştir: Temyiz Mahkemesi üyesi İbrahim Bey, Beyoğlu Bidayet Mahkemesi reis-i evveli Hâmid Bey, Birinci Ticaret Meclisi üyesi Midhat Bey, Şura-yı Devlet Temyiz Mahkemesi üyesi Osman Saib Bey, Temyiz Mahkemesi zabıt kâtiplerinden Ebül'ulâ Bey, dava vekili Kavazade Fuad Bey.¹⁴⁷

İlmî ve idarî kurulların belirlenmesinden bir ay kadar sonra, faaliyete geçilememesi ve üyelerin toplantılara devam etmemesi basında eleştirilmiştir. “*Maarif-i Osmanîyenin teâli ve terakkisine*” hizmet etmek üzere kurulan Encümenin önemine dikkat çekilirken, üyelerin de “*en güzide ashâb-ı iktidar ve ihtisastan bulunduklarından bilhassa ilm-i hukukun memleketimizde intişâr ve tevessüüne büyük büyük hizmetler ifasına muvaffak olacaklarına*” şüphe olmadığı belirtilir. Ancak ne fayda ki üyelerin büyük çoğunluğu ve üç reisten ikisi Encümenin son toplantısına gelmemiştir. Gazeteye göre bütün kurullar oluşturulduğu ve 500 liraya yakın bir sermaye temin edildiği halde, hâlâ Encümene uygun bir yer bulunamamış, faaliyete başlanamamıştır.¹⁴⁸

Encümen, 31 Mart hadisesinden önce Cağaloğlu'nda Askerî Kulübü'nün üst tarafında bir ofis tutmuş,¹⁴⁹ Mekteb-i Hukuk mezunlarının sorunlarıyla ilgili görüşmeler yapmıştır. Mezunların kaymakamlık gibi mülkiye memuriyetlerine atanabilmesi hakkında Encümene verilen varakanın dikkate alınması ve Encümen reisi Said Bey'in gayriresmi şekilde bu isteği Sadaret'e iletmesine karar verilmesi bu cümledendir.¹⁵⁰

31 Mart hadisesi Encümenin faaliyetlerini büsbütün sekteye uğratmıştır. Aralık 1909'da Encümenin tekrar canlandırılması gündeme geldiğinde başarısızlığın sebebi olarak 31 Mart hadisesi gösterilir. Encümenin açıklamasına göre sayıları yetmiş sekene bulan kurucular, “*ilm-i hukukun tamimi*” amacıyla kurulan Encümene mali desteklerini esirgememişler,

¹⁴⁷ [“Osmanlı Hukuk Encümeni”], nr. 165, 16 Ocak 1909, Tanin, s. 4; nr. 147, 16 Ocak 1909, Yeni Gazete, s. 3; nr. 204, 16 Ocak 1909, Servet-i Fünun, s. 5. “Bu Encümen-i Hukuk memleketimizin en muktedir ve faal erbâb-ı hukukundan müteşekkil bir heyet-i ilmiyeden ibaret olmasına nazaran vatan ve millete pek ciddi hıdemât-ı mühimme-i ilmiyede bulunacağına şüphe olmadığından muvaffakiyetleri eltâf-ı Subhaniyeden dua olunur” ifadeleri için bkz. nr. 147, 16 Ocak 1909, Yeni Gazete, s. 3.

¹⁴⁸ “Garib hal! Her işe büyük bir heves ve arzu ile başladığımız halde tamam iş görecek zaman hulûl edince birden bire anlaşılmaz bir miskinlikle öyle bir ihmal ve rehabet-i maslahat-şikenânedede (tabir afv buyurulsun) bulunuyoruz ki bu hal devam ederse hiçbir iş göremeyeceğimiz muhakkaktır... Reis-i fahri şeyhu'l-ulema Hasan Fehmi Paşa ve Heyet-i İlmiye-i Âmile reis-i evveli edib-i kemâlât-perver Said Beyefendi hazarâtının ve devam etmeyen azâ-yı kirâmın nazar-ı dikkatini celb eder ve memleketimizde cidden hıdemât-ı mühimme-i ilmiye ibrazına muvaffak olacağına şüphe olunamayan bu encümanden intizâr olunan fevâid-i azimeden milletin mahrum edilmemesini rica ederiz” (“Muktebesât” başlığı altında Hürriyet'ten naklen, M[im] A[yn], “Encümen-i Hukuk”, nr. 19, 18 Şubat 1324, Mizanu'l-Hukuk, s. 217-218).

¹⁴⁹ “Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 450, 3 Aralık 1909, Tanin, s. 2.

¹⁵⁰ Celal Nuri (Encümen-i Hukuk azâsından, kâtib), “*Tanin* Gazetesi Vasıtasıyla Mekteb-i Hukuk Mezunlarına”, nr. 250, 11 Nisan 1909, Tanin, s. 3-4.

Cağaloğlu'nda Askerî Kulübü'nün üst tarafında bir de “güzel hane tedarik etmişler”; Encümenin dahili nizamnamesi yapılmış, kurulları oluşturulmuş, “ifa-yı vazifeye başlanmak üzere iken zuhur eden 31 Mart hadise-i müessifesi üzerine her şey yüz üstüne kalmış”tır.¹⁵¹ Gerçekten siyasi/sosyal hayatı altüst eden 31 Mart hadisesi ve sonrasındaki örfî idarenin Encümen faaliyetlerini de olumsuz etkilemiş olması doğaldır. Bununla beraber işlerin yüzüstü kalmasının tek sebebi bu olamaz. Üyelerin diğer meşguliyetleri veya Encümenin yeterince önemsenmemesi sebebiyle toplantılara katılımın sağlanamaması 31 Mart öncesinde de Encümenin yürüyüşünü sekteye uğratmaktaydı. Gün-be-gün gerginleşen, çatışmalarla dolu siyasi ortamın kuruluş aşamasında menfi bir etki yaptığından da bahsedilebilir.¹⁵²

Osmanlı Hukuk Encümeni, bir yıl içinde ciddi bir varlık gösteremediği gibi, herhangi bir faaliyette de bulunamamıştı. 1909 yılının Aralık ayı başlarında, artık uygun şartların oluştuğu varsayımıyla, 31 Mart'ta öldürülen Nazım Paşa ve diğer bazı üyelerin¹⁵³ yerine yenilerini seçmek üzere tekrar toplanılması kararlaştırıldı.¹⁵⁴ Adliye ıslahatının gündemi işgal ettiği bu günlerde Encümenin kuruluş amaçları arasına, “*memleketimizin en çok muhtaç olduğu ilm-i hukukun tamamını temin edebilecek esbâb ve vesâilin istikmâli*” ve “*talebe-i ilm-i hukukun tahsil ve terakkisini teshil*” etmek hususlarının yanı sıra “*terakkiyât ve ıslahat-ı adliyemizin tekâmülüne bir zemin-i imkân ihzâr etmek*” maddesi de girdi. Adliye ıslahatı çalışmalarında doğal olarak hukuk camiası merkezî bir yer işgal etmeye devam etmişse de adliye ıslahatı bağlamında Osmanlı Hukuk Encümeni'yle ilgili beklentiler kağıt üzerinde kalacaktır.¹⁵⁵

¹⁵¹ “Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 450, 3 Aralık 1909, Tanin, s. 2.

¹⁵² İttihat ve Terakki'nin siyaset sahasındaki tekkelci tavrına, yeni dönemin sembol isimlerinden biri olmasına rağmen, Encümen toplantılarını yöneten Kemal Paşazade Said dahi muhatap olabiliyordu. Gensoru meselesinde Kâmil Paşa'yı destekleyen yazısının (“Ahvâl-i Siyasiye”, nr. 138, 7 Ocak 1909, Yeni Gazete, s. 1) Hüseyin Cahit'in kalemiyle sert bir tenkidi için bkz. Hüseyin Cahit, “Kâmil Paşa ve Taraftarları”, nr. 157, 8 Ocak 1909, Tanin, s. 1. Buna rağmen siyasi anlaşmazlıkların tek belirleyici olmadığı da belirtilmelidir. Kemal Paşazade Said, bu yazının çıkmasından bir hafta sonra Encümenin reis-i evvelliğine seçilmiştir.

¹⁵³ Ayrılan üyelerin kimliği; üyelerde aranan kriterler ve gittikçe genişleyen siyasi muhalefet veya gayrimemnunlar cephesinden isimlere yer verilip verilmemesi bakımından önemli olmakla beraber buna dair bir bilgi bulunamamıştır.

¹⁵⁴ “Şimdi ise muhasenât-ı adîdesi müstağni-i izah olan böyle bir cemiyet-i mühimme-i ilmiyenin devam-ı işgal ve imâline lehül-hamd hiçbir mâni kalmadığından bu kerre müessislerden bazı zevâtin teşvik ve tensibiyle Encümenin içtimaı takarrur etmiştir” (“Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 450, 3 Aralık 1909, Tanin, s. 2).

¹⁵⁵ “... gayet mühim ve şerefli olan böyle bir hıdmet-i vatanperverânede bulunacak hamiyet-mendân-ı erbâb-ı iktidarın bu uğurda bezl edecekleri gayret ve himmet min-küllî'l-vücûh sezâvâr-ı takdir u mehmadettir. Encümen zaten mukarrer olan vezâif ve selâhiyetinin tevsiyle ilm-i hukuka müteallik müellefât-ı ilmiyenin ve aynı zamanda muntazam bir risale-i mevketenin neşri ve talebe-i hukuka muâvenet gibi teşebbüsât-ı ciddiye sayesinde bu müessese-i ilmiyeden âtiyen pek

Nizamnamede Encümenin haiz olduğu “şahsiyet-i mâneviye”nin devletçe tasdik edileceği (m. 28) öngörülmüştü. Nizamnamenin tadili veya Encümenin ilgası için Heyet-i Umûmiye’nin nitelikli çoğunlukla karar vermesi gerekiyordu ve Encümenin ilga edilmesine karar verilirse “*bi’l-cümle nukûd ve emvâl ve emlâk ve müellefâtı hukuk mekteplerine hibe olunacak*”tı (m. 29). Encümenin tüzel kişiliğinin tanınması için bir başvuru yapıp yapmadığı¹⁵⁶ ve ilga edilip edilmediği tespit edilememiştir; ancak tekrar faaliyete geçme teşebbüsünden de bir sonuç alınmadığı açıktır. Ofisini kendi faaliyetleri için kullanmayan¹⁵⁷ ve veznedarlık görevini üstlenen Osman Bey’in Heyet-i İdare reis-i sânisî Halim Bey’e gönderdiği hesap pusulasına¹⁵⁸ göre kirayı ödeyemeyecek durumda olan Encümenin, 1910 yılında fiilen dağıldığı anlaşılmaktadır.

Konuyu kapatmadan önce biri dışardan, diğeri içerden iki önemli ismin Encümene dair yorumlarını aktarmak isterim. Encümenle ilgili gelişmeleri takip eden gazetelerden *Tanin*, Encümenin tekrar faaliyete geçeceğini alkışlarla haber vermiş, Encümenden “*âtiyen*” pek büyük hizmetler beklediğini yazmıştı.¹⁵⁹ Beş ay sonra gazetenin başyazarı Hüseyin Cahit, “*zekâ ve faaliyeti kendisini tanıyanların taht-ı tasdikinde*” olan “*üstad*” bir hukukçuyla yaptığı konuşmayı konu aldığı yazısında Osmanlı Hukuk Encümeni örneği üzerinden cemiyetleşme hadisesinin muhasebesini yapmıştır. Encümenin akıbeti hakkında yazdıkları da hakikate mutabık görünmektedir:

“Geçen gün ilm-i hukuk mütehasşislarından bir zât ile konuşuyorduk. Bir aralık lakırdı cemiyetlere, kulüplere intikal edince ‘*Bizim bir hukuk cemiyetimiz vardı. Birkaç yüz lira da para toplanmıştı, acaba ne oldu?*’ diye sordu... memleketimizde erbâb-ı iktidar ve zekâ birleşmişler, böyle bir müessese vücûda getirmişler... böyle en ileri gelen mütehasşisların

büyük hizmetler beklenilir” (“Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 450, 3 Aralık 1909, *Tanin*, s. 2).

¹⁵⁶ 3 Ağustos 1325 (16 Ağustos 1909) tarihli Cemiyetler Kanunu, cemiyet kurulduktan sonra hükümete ihbar edilmesini ve bu mükellefiyeti yerine getirmeyen cemiyetlerin faaliyetlerine son verileceğini (*hükümetce men*) hükme bağlamıştı (bkz. Cemiyetler Kanunu, m. 2, 6, 12). Osmanlı Hukuk Encümeni, bu kanundan sonra da faaliyet gösterdiğinden gerekli işlemler yapılmış olmalıdır.

¹⁵⁷ Encümenin “dairesi”ni, Çağaloğlu Hanımları Donanma İane Komisyonu kullanmaktaydı. Düzenledikleri bir sergi için bkz. “Ma’raz-ı Hamiyet”, nr. 7363, 22 Mart 1910, *Sabah*, s. 4.

¹⁵⁸ Osman Bey’in çıkardığı hesaba göre Encümenin 315 lirası vardı. Yusuf Kemal ve Celal Nuri’den 155 lira teslim alınmış, Nazım Paşa merhum 110, Hasan Fehmi Paşa 50 lira bağışlamıştı. Kira, eşya, kapıcı ve toplantı günleri yapılan masraflardan geriye kalan 160 lira Osmanlı Bankası’na yatırılmıştı (18 Nisan 1909). 10 lira 91 kuruş ise nizamname gereği veznedarın nezdindeydi. Osman Bey’in son sözleri durumu özetliyor: “... bari lütfen bir gün içtima edilerek bu hane kirasının ne olacağını kararlaştırılmasını da ayrıca istirham eder ve Encümen devam edemeyecek ise mevcut olan paralar ne yapılacak ise yapılmasının taht-ı karara alınmasını temenni ederim” (“Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 602, 6 Mayıs 1910, *Tanin*, s. 4).

¹⁵⁹ “Osmanlı Hukuk Encümeni”, nr. 450, 3 Aralık 1909, *Tanin*, s. 2.

himmət ve iştirâkiyle parlak surette başlayan bu cemiyet ne olmuş? Orasını bilmiyoruz. Çünkü içindekiler bize soruyorlar... Demek ki aradan bir müddet geçtikten sonra Cemiyetin en kıymetli azâları bile işe ehemmiyet vermemeğe başlamışlar, devamı kesmişler, Cemiyete alakadar olmamışlar, Cemiyet bittabi dağılmış. Dağılmamışsa bile o hale gelmiş. Demek oluyor ki azâlarının bile haberi yok”.¹⁶⁰

Hüseyin Cahit, cemiyetleşmedeki başarısızlığın sebeplerinden birinin başladığımız işte sebat etmemek, diğerinin ise mesuliyeti kendi nefsimizde aramayıp kabahati hep karşı tarafa yükletmeye çalışmak olduğunu isabetle kaydetmektedir.¹⁶¹

Heyet-i İlmiye üyelerinden Ahmed Reşid Paşa, iki yıl kadar sonra yazdığı bir yazıda Encümene de temas etmiştir. Onun ifadeleriyle Osmanlı Hukuk Encümeni, “tulûuna intizâr ettiğimiz âfât-ı ilm u marifetin mukaddime-i zuhuru zannıyla mesrur olduğumuz halde subh-ı kâzibe döndü”. Büyük ümitler ile hayal kırıklığını birlikte gösteren bu sözlerin bir “tabakât-ı fukahâ” metninde geçmesi ve Ahmed Reşid’in Mecelle literatüründen sonra sözü Osmanlı Hukuk Encümeni’ne getirmiş olması; dolayısıyla Encümene biçtiği rol, İslâm hukukunun modern dönemdeki seyri bakımından da önemlidir.¹⁶²

Hukukçuların geniş katılımı sağlanarak büyük hedeflerle kurulan Osmanlı Hukuk Encümeni’nin ciddi bir iz bırakmadan dağılmış olması; tahsilden gelen benzerliklere karşın hukuk muhitinin pek çok farklı üslubu barındırmasına, bir cemiyet bünyesinde beraber çalışma geleneğinin/pratiğinin yetersizliğine, heveskârlığa, acemiliklere, üyelerin geçmiş ve gelecek tasavvurlarındaki farklılıklara, Meşrutiyet ortamının zamanla üyeler arasındaki fikir ayrılıklarını beslemesine ve siyasi bölünmüşlüğe bağlanabilir. Bununla beraber bu başarısızlığın, üyelerin Meşrutiyet ortamındaki etkinlikleri konusunda bir kıtas olamayacağına da dikkat çekmek gerekiyor. Encümen üyeleri hukuk muhitinin, meşrutî idare

¹⁶⁰ Hüseyin Cahit, “Yarım Teşebbüsler”, nr. 567, 31 Nisan 1910, Tanin, s. 1.

¹⁶¹ Hüseyin Cahit, 1910, s. 1.

¹⁶² Ahmed Reşid (esbak Musul valisi), “Tabakât-ı Fukahâ”, nr. 8, 10 Şubat 1327, Muhâmât, s. 231-234. Ahmed Reşid’in Osmanlı Hukuk Encümeni’ne bağlanan cümlesi şöyle: “Eğerçi 1000 tarihinden sonra âlim ve fakih yetiştirmekte semahat-i zamaniye sevâbıkına nisbeten tenakus etmiş ise de niyyet-i hasene ve himmet-i âliye ashâbi eksik olmayıp bazı kütüb-i fikhiye telif ve tercüme ve *Fetâvâ-yı Ali Efendi, Behçe, Feysiye, Netice* namında dört kıta fetva kitabı ve iki üç mecmua cem edilmiş ve bir cemiyet-i ilmiye marifetiyle Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin tanzim edilmesi üzerine haylice şerhler ve ez-cümle eser-i âcizânem olan *Ruhu’l-Mecelle* tahrir olunmuş ise de cemiyet-i mezbure lağv edildiği gibi ilan-ı meşrutiyeti müteakip teşekkül eden Hukuk Encümeni dahi...” (s. 234). Devamında “eâzım-ı ümmet”in eserlerini anlamaktan âciz olduğumuzu belirten Ahmed Reşid, yapılması gereken işleri şöyle sıralıyor: Mısır’da olduğu gibi “muteberât-ı kütüb-i İslâmiye”yi neşretmek ve ucuza satmak; birçok tercüme heyeti kurarak “kitaât-ı âlem”de basılan eserlerin faydalı olanlarını tercüme etmek; “ahkâm-ı celile-i şer’iyenin ulviyetini alem-i medeniyete bi’l-irâe umumun takdiri ve tahsinine mazhar olacak kanun layihaları vücûda getirmek”; eğitimin yaygınlaştırılmasını kısa sürede sağlayacak tedbirleri müzakere ederek belirlemek ve bunun için müttehassislardan oluşan cemiyetler kurmak (s. 234).

istikametinde çalışma noktasında fikir birliğine sahip en seçkin isimleridir. Mebus, Ayân üyesi, nazır oldukları veya bürokrasinin üst kademelerinde görev aldıkları; avukatlık, muallimlik, gazetecilik gibi başka başka alanlarda ciddi meşguliyetleri bulunduğu da bir vakıadır. “Hemen her yerde bir cemiyet kurmak sevdası”nın¹⁶³ en revaçlı dönemi olan 31 Mart’a kadarki aylarda ortaya çıkıp gelişmiş bu cemiyet, amaçlarına ulaşamamış olsa da hukukçuların niyetleri, temayülleri ve tutturdıkları istikamet hakkında fikir vermektedir.

VI. MÜTEVAZİ BİR ÖRGÜT, ÂTIL BİR MEZUNLAR DERNEĞİ: “MEKTEB-İ HUKUK MEZUNLARI CEMİYETİ”

Osmanlı Hukuk Encümeni'nin ihya edilememesinden sonra karşımıza daha dar kapsamlı bir teşebbüs olarak Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti çıkmaktadır. Kimi üye ve idarecilerinin aynı kişiler olması ve Hüseyin Cahit'in yukarıda bahsedilen kışkırtıcı yazısından bir hafta sonra kurulmuş olmasından ötürü Encümenin dağılmasıyla bu yeni cemiyetin doğuşu arasında bir bağ kurulabilir. Encümende görülen akademik nitelik ve kapsayıcılık yerini hukuk mezuniyetiyle mukayyet bir birlikteliğe bırakmıştır. Kapsamlı bir akademik birliktelik sağlama konusundaki başarısızlık, daralmanın en önemli sebebi gibi görünmektedir. Osmanlı Hukuk Encümeni'nin bir şekilde içermeyi hedeflediği ilmiye çevrelerinin ve Mülkiyelilerin cemiyetleşmede kendi meslekleri çerçevesinde yol(lar) tutmaları da daha homojen bir cemiyeti zaruri kılmış olabilir.¹⁶⁴

Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti, 25 Nisan 1326 (8 Mayıs 1910) tarihinde kurulmuş, Cemiyetler Kanunu'na tâbi olarak 114 numara ve 3 Mayıs 1326 (16 Mayıs 1910) tarihli ruhsatname ile kaydı yapılmıştır (m. 1). Merkezi Ayasofya ile Sultanahmet camileri arasındaki Adliye Nezareti binası civarında, Ayasofya Camii'ne ve tramvay yoluna bakan, köşebaşındaki 1 numaralı hanedir. Ayrıntılı hükümler içeren nizamnamesi bir kitapçık olarak basılmış;¹⁶⁵ kuruluşu, matbuat kanalıyla¹⁶⁶ ve kurucuların imzasını taşıyan bir el ilanıyla kamuoyuna duyurulmuştur.¹⁶⁷ Kitapçığın kapağında Cemiyetin amblemi/arması, son sayfada ise Cemiyetin mührü vardır.¹⁶⁸ Cemiyetin armasında yoğun olarak semboller kullanılmıştır: İki kitap,

¹⁶³ Felek, Mart 1982, s. 18.

¹⁶⁴ Bu dönemde yeni sadrazam Hakkı Paşa'nın himayesi altında Mülkiyelilerin daha etkin bir şekilde faaliyet gösterdiği, ilmiyenin öne çıkan simalarından bazılarının ise Ahali Fırkası'nda toplandığı hatırlatılabilir.

¹⁶⁵ Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti Nizamnamesi, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1326, 15 s. Nizamnamenin çeviriyazısı için bkz. EK 6.

¹⁶⁶ “Hukuk Mezunları Cemiyetinden”, nr. 10522, 18 Temmuz 1910, Tercüman-ı Hakikat, s. 4. Cemiyeti etraflıca tanıtan imzasız bir yazı için bkz. “Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti”, nr. 7520, 27 Ağustos 1910, Sabah, s. 2.

¹⁶⁷ Belge için bkz. Emre Dölen, Türkiye Üniuersite Tarihi 1: Osmanlı Döneminde Darülfünun 1863-1922, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009, s. 308. El ilanının çeviriyazısı için bkz. EK 7.

¹⁶⁸ Emblem/arma ve mühür için bkz. EK 8. Mühürdeki tarih (1328), Hicri'dir.

kitapların üstünde küre ve hokka-divit, solda rulo halinde evrak (ferman), sağda açık bir kitap, onun arkasında yine bir kitabın üzerinde terazi; altta kavisli olarak uzanan “Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti” yazısının ortasında tokalaşan iki el. Mekteplerle ilgili fotoğraflarda da sık sık karşılaşılan “küre”nin modern bilimleri temsil ettiği söylenebilir. Kitaplar ve yazı takımı bilim vurgusunu tahkim eden sembollerdir. Terazinin hukuk ve adalete, tokalaşmanın ise yardımlaşma ve dayanışmaya atfı yaptığı açıktır.

Cemiyetle ilgili bilgiler sınırlı olduğu için nizamname hükümlerini özetlemek faydalı olacaktır: Cemiyetin kurucuları Beyoğlu Bidayet Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi üyesi Sandıkçızade Hacı İbrahim Bey ile aynı mahkemede savcı yardımcısı Kemâl Bey’dir. İkisi de tabii üye sıfatıyla Heyet-i İdare’de yer alırlar ve “kâtib-i umûmi” olarak Cemiyetin hükümete karşı vazifelerinden sorumludurlar (m. 3). Bunlardan birinin istifası, taşraya gitmesi veya vefatı halinde yerine Heyet-i İdare üyelerinin en kıdemlisi getirilir (m. 4). Kâtib-i umûmilere yardım etmek üzere iki veya daha fazla kâtip istihdam edilebilir; bunların, tahsildarların ve hademe(lerin) maaşını Heyet-i İdare belirler (m. 20-21).

Mekteb-i Hukuk diplomasının bir sureti ile özgeçmişini kuruculardan birinin adresine gönderen Cemiyete üye olabilir (m. 32). Her üye Cemiyetin amaçlarına göre hareket eder, bu yöndeki çalışmalarının sonuçlarını bildirir, ayrıca çıkarılması düşünülen mecmuaya yazı verebilir (m. 33). Üyelerle ilgili hükümlerden en ilginç, aralarında “hiçbir güne fark ve imtiyaz” olmadığını belirtmesidir (m. 34). İstifa eden, üç ay üst üste aidatını ödemeyen ve mezunlar arasındaki birliği bozacak hareketlerde bulunan, Heyet-i İdare kararıyla üyelikten çıkarılır (m. 35). Tekrar üye olabilmek için çıkarma kararındakinden fazla oy toplanması gerekir (m. 36).

Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti’nin amaçları önceki cemiyetlerle benzerlikler taşımaktadır. Osmanlı Hukuk Encümeni’ne göre daha mütevazî amaçlar belirlenmiş, Mekteb-i Hukuk merkeze alınmıştır. Amaçlar şöyle sıralanabilir: Mekteb-i Hukuk mezunlarını tanıştırap aralarında “*rabîta-i ittihad ve müvâlât temîn etmek*”, mektebin eğitim seviyesinin yükseltilmesi, Cemiyetin gelir durumu elverirse her yıl okul birincisine uygun bir ödül verilmesi ve istidatlı fakat mali imkanları yetersiz mezunların Avrupa’ya tahsile gönderilmesi, Avrupa kanunlarıyla kendi kanunlarımızı inceleyerek ahlâk ve âdetlerimize göre “terakkiyât-ı hukukiyemizi islah ve temine çalışmak”, yardıma muhtaç üyelere ve bütün mezunlara maddi ve mânevi destek olunması ve mezunların haklarının korunması, hukuki ve ahlâki konularda özel veya halka açık konferanslar verilmesi ve son olarak bir hukuk mecmuası çıkarılması (m. 2). Mekteb-i Hukuk’tan birinci olarak mezun olanların yanı sıra, en güzel hukuk eseri yazarına da Cemiyetin mali gücü elverdiğince ödül verilmesi düşünülmüştür. Üyelerden biri için toplanacak nakdi yardımın gerekliliği ve miktarı hakkındaki kararı Heyet-i İdare verir. Vefat eden üyenin bakıma muhtaç çocuklarına yardım edilmesi de düşünülmüştür (m. 47-49).

Cemiyetin Heyet-i İdaresi reis-i evvel, reis-i sâni, 2 kâtip/kurucu ve 11 üyeden oluşan 15 kişilik bir kuruldur. Reis-i evvel ve sâniyi Heyet-i İdare gizli oy ile seçer (m. 8). İlk yıl için Adliye Nezareti Ceza İşleri Müdürü Mehmed Celâl Bey reis-i evvel, Beyoğlu Bidayet Mahkemesi reis-i evvelliğinden emekli olup dava vekilliği yapmakta olan Hâmid Bey reis-i

sâni olarak belirlenmiştir. Heyet-i İdare üyeliklerine ise Mekteb-i Hukuk müdürü Kevakibizâde Abdülhalik Midhat, Beyoğlu Bidayet Mahkemesi üyesi Nasuhizâde İbrahim; dava vekilleri Diran Yerganyan, Yordanaki Haralambidi, Yusuf Cemal, David Dermusesyan, Osman Talat, Hayati, Samuel Anastasyadi, Hasan Hayri ve Aksaray Polis merkezi memuru Tevfik Tarık bey ve efendiler seçilmiştir (m. 5-6). İlk yılın sonunda -reis-i evvel ve kurucular hariç- Heyet-i İdare üyeleri arasında kura çekilecek, 6 üye göreve devam edecek, 6 yeni üye iki yıl için seçilecektir. Sonraki yıllarda kura çekilmeyecek; kurucular hariç, münavebe usulüyle iki yıl görev yapanın yerine yenisi seçilecektir (m. 7). Heyet-i İdare, iki yılı doldurmadan istifa eden, taşraya giden veya vefat eden üyenin yerine -kalan süre için- birini seçecektir (m. 9). Özür bildirmeden üst üste üç toplantıda bulunmayan üye müstafi sayılır (m. 10). Görev süresi dolan üye tekrar seçilebilir (m. 11). Heyet-i İdare, en az haftada bir gün toplanacak (m. 12); toplantıya reis-i evvel yoksa reis-i sâni, o da yoksa üyelere o celse için seçilen biri başkanlık edecektir (m. 13). Toplantı için salt çoğunluk aranır; kararlar salt çoğunlukla alınır, oylar eşitse reisin tarafı tercih edilir (m. 14). Heyet-i İdare, kendi dönemine ait hesapları ve bütçeyi Heyet-i Umumiye'ye arz etmeye mecburdur (m. 15).

Cemiyetin Heyet-i Umumiyesi, kayıtlı üyelere oluşur (m. 22). Toplantı, her yıl 14-23 Eylül (Rumî 1-10 Eylül) arasında, Heyet-i İdare'nin belirlediği gün yapılacaktır. Heyet-i Umumiye, Heyet-i İdare'nin gördüğü lüzum üzerine veya üye sayısının dörtte birinin yazılı talebiyle başka bir gün toplantıya çağrılabilir (m. 23). Üyelerin dörtte biri hazır olmadıkça müzakerelere başlanamaz; ancak ilk ve bir hafta sonraki ikinci toplantıda üyelerin dörtte biri bulunmasa da müzakerelere başlanabilir, karar da alınabilir (m. 24). Heyet-i Umumiye, Heyet-i İdare'nin gündeme aldığı her meseleyi görüşür ve karara bağlar (m. 25); Cemiyetin nizamnamesini tadil edebilir (m. 52). Toplantıları Heyet-i İdare reisi, o yoksa reis-i sâni, o da yoksa Heyet-i İdare üyeleri arasından seçilen biri yönetir (m. 26). Reisin görevleri; müzakerelerin "nizam-ı tâm" altında cereyan etmesini sağlamak, müzakerelerin yeterli olup olmadığına karar vermek, oyları toplamak ve gerektiğinde gizli oya müracaat etmektir (m. 28). Riyasetten söz alarak konuşmaya başlanır, birinin sözü bitmeden başkası konuşamaz (m. 27). Karar için salt çoğunluk aranır, eşitlik halinde reisin tarafı tercih edilir (m. 29). Heyet-i Umumiye toplantılarındaki konuşmalar için izin alınmasına gerek yoksa da konferanslar için Riyasetten izin alınması gerekir. Reis, Cemiyetin kuruluş amaçlarına aykırı konuşmaları her zaman men edebilir (m. 31). Heyet-i Umumiye gerekli gördüğü takdirde belirleyeceği üç kişi, Cemiyetin tüm muamelelerini teftiş edecek; bir yolsuzluk görülürse durumun tespiti için gerekçeli bir rapor hazırlanacaktır (m. 46). Cemiyetin infisalı halinde mevcut nakit ve eşya, Heyet-i Umumiye kararıyla "bir cihet-i hayriyeye terk ve teberru edilecektir" (m. 51). Nizamname yazar(lar)ı, oy çokluğuyla alınan Heyet-i Umumiye kararlarının tüm üyeleri bağlayacağını da belirtme ihtiyacı duymuştur (m. 30).

Cemiyetin gelir kalemleri; aidatlar, mecmua gelirleri ve bağışlar olarak düşünülmüştür (m. 37). Aidat en az 10 kuruştur (m. 38), karşılığında makbuz verilecektir (m. 39). Üyelerin alfabetik ve kayıt sırasına göre isimleri, kararlar, gelirler, giderler, genel hesap, demirbaşlar için defter tutulacaktır (m. 40). Defterlerin ilk üçünden kâtip, diğerlerinden muhasebeci

sorumludur (m. 42). Defterler ciltli, muntazam, mühürlü ve onaylı olacaktır (m. 41). “Memurîn-i Cemiyet” başlıklı faslın ilk maddesinde Cemiyetin muhasebecisi, veznedarı ve “hâfız-ı kütüb”ü olacağı belirtilmiştir. Bu işler Heyet-i İdare üyelerinden birine fahri olarak gördürülecek; Gelirleri tahsil edip veznedara teslim etmek üzere bir(kaç) “mükellef tahsildar” da belirlenecektir (m. 16). Muhasebeci, veznedar ve tahsildar en az üç ayda bir Heyet-i İdare’ye müşterek bilanço verecek, gelir-gideri gösteren defter her yıl Heyet-i Umumiye tarafından tasdik edilecektir (m. 17). Veznedar, acil masraflar için gelirlerin 50 liraya kadarki kısmını nezdinde tutabilirse de fazlasını Cemiyetin mührü ve reis-i evvel ile muhasebecinin imzasıyla bankaya yatırmak zorundadır (m. 18). Bankadaki para, Heyet-i İdare kararıyla kullanılabilir (m. 19). Tatil aylarında (Temmuz-Ağustos), Heyet-i Umumiye ile Heyet-i İdare toplanmayacak, ancak tahsilat ve yazışmalar devam edecektir (m. 50).

Cemiyetin bir kütüphanesi olacak; “hâfız-ı kütüb”, alınacak kitapların kataloğunu hazırlayacak, alım kararını ise Heyet-i İdare verecekti (m. 43). Kütüphane üyelerin kullanımına açık olacak, ancak kitaplar ödünç verilmeyecekti (m. 44). Cemiyetin “vasıta-i neşr-i efkârî” olmak üzere bir mecmua çıkarılacak, mecmuayı Heyet-i İdare’nin belirlediği beş kişilik bir heyet idare edecekti (m. 45).

Reis-i evvel Mehmed Celâl Bey ile Heyet-i İdare üyelerinden Diran Yerganyan’ın Osmanlı Hukuk Encümeni Heyet-i İlmiye üyesi¹⁶⁹ ve özellikle Hâmid Bey’in Osmanlı Hukuk Encümeni Heyet-i İdare üyesi olması¹⁷⁰ dikkate alındığında Encümen ile Mezunlar Cemiyeti arasında irtibat ve bir anlamda devamlılık olduğu söylenebilir. Dikkat çeken diğer husus, Cemiyet yönetiminde avukatların bariz hakimiyetidir. Kuruculardan biri hakim, biri savcı olmasına rağmen İdare Heyeti’nde bunlardan başka hakim sınıftan sadece bir üye vardır. Mekteb-i Hukuk müdürü Kevakibizâde Abdülhalik Midhat ve mevzuat yayıncılığıyla meşhur Tevfik Tarık dışındakiler (yarısı gayrimüslim olmak üzere) avukattır. Bu avukatlar aynı zamanda Dava Vekilleri Cemiyeti’nin de faal üyeleridir. Hakim sınıfı, yapısı gereği mezun dayanışması konusunda avukatlara göre çok daha elverişsiz ve belki haklı olarak mesafeli bir konumdadır. Üye profili konusunda yeni bilgilere ulaşırsa bu tahminin kesinleşeceği kanaatindeyim.

Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti’nde avukatların hakimiyeti aynı zamanda Cemiyetin yumuşak karnı olarak da işlemiş ve Dava Vekilleri Cemiyeti bünyesindeki kurumlaşma çalışmaları, mezunlar cemiyetini gölgede bırakmış görünmektedir. Zira rekabet sözkonusu olmasa bile faaliyet alanı olarak ikisinden birinin tercih edilmesi gerektiğinde doğal olarak meslek örgütü öne çıkmıştır. Mesela Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti bünyesinde bir kütüphane kurulması ve kütüphaneci (hâfız-ı kütüb) istihdam edilmesi, bir mecmua çıkarılması düşünülmüş (m. 43, 45) ancak gerçekleştirilememiştir. Halbuki Dava Vekilleri Cemiyeti hem kütüphane kurabilmiş, hem de *Muhamat* adlı önemli bir mecmua çıkarabilmiştir.

¹⁶⁹ [“Osmanlı Hukuk Encümeni”], nr. 9974, 2 Ocak 1909, Tercüman-ı Hakikat, s. 1.

¹⁷⁰ [“Osmanlı Hukuk Encümeni”], nr. 165, 16 Ocak 1909, Tanin, s. 4.

Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti'nin adının geçtiği tek dikkate değer proje, bir hukuk sözlüğü hazırlama projesidir. Heyet-i İdare üyesi Yordanki Haralambidi'nin aktarımına göre sözlük projesi Cemiyetin Heyet-i İdaresi'ne sunulmuş, orada uygun bulunmuş, Maarif Nezareti'yle irtibat kurulmuş, ancak henüz bir sonuç alınamamıştı.¹⁷¹ Haralambidi, Fransa'daki örneklerden bahsettikten sonra 30 cildi aşması beklenen Osmanlı hukuk sözlüğü/ansiklopedisi projesini şöyle anlatır:

“Ez-cümle Fransa'da bu kabîl bir değil, bir hayli âsâr-ı azîme vücûda gelmiştir. Her birisi büyük kıtada 800-1000 sahifelik 70 ciltten ibaret ve o kabîlden birçok zeyillerden müteşekkil *Dallozlar* ve kezâ o cesamette *Pandectesler* ve aynı kıtada 40 ciltten ibaret Carpentier'nin *Répertoire*'i gibi âsâr vardır ki şu son eser diğerlerine nisbeten muhtasar ve fakat müfid ve sehilû't-tetebbu olmak dolayısıyla Cemiyet-i Muhamatımız tarafından getirilerek kütüphanesine vaz edilmiş[tir]... Bizde Kamus-ı Hukuk yahut Muhitü'l-Hukuk tesmiye edilebilecek olan bu eser, ahkâm-ı şer'iye ve kanuniye ve nizamiyeye mütedâir bi'l-cümle mesâil ve mebâhis-i hukukiyenin hurûf-ı hecâ tertibiyle ait olduğu kelimelerde hukuk-ı tabiiye ve mevzûayı cem ile memleketimizde câri olmuş olan fetâvâ ve kavânin ve nizamâtı ve bunların kavânin-i ecnebiye ile mukayesesini ve ulemâ-yı hukuk ve mehâkim-i Osmaniye ve ecnebiye tarafından muhtelif zamanlarda yapılan icthadât ve mukarrerâta tefsiri ilmi ve hükûmîlerini hâvi ve emsâl-i mezkûresine kıyasen her harf bir cilt istiâb eder, tahminen 30 cildi mütecevaz bir mecmua-i hukukiyeden ibaret olur”.¹⁷²

Haralambidi'nin kaynak olarak zikrettiği eserlerden ikisi, aynı zamanda kanun indeksi niteliğindeki *Kamus-ı Kavânin* (Toma Andonyadi) ve *Lûgat-ı Kavânin-i Osmaniye*'dir (Miltiyadi Karavokiros).¹⁷³ Hukuk sözlüğü ihtiyacını görerek kaleme alınmış küçük çaptaki çalışmalar arasında Abdullah Sabri Efendizade Ali Nureddin Efendi'nin *Envâru'l-Hamîd fî Fıkhi Ehli't-Tevhîd*¹⁷⁴ adlı kitabını zikretmesi, Haralambidi'nin hukuk algısını göstermesi bakımından dikkat çekicidir.¹⁷⁵

¹⁷¹ “Bu fikir bundan altı ay evvel Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti idaresine dahi bâ-lâyiha arz olunarak oraca mazhar-ı tasvib olmağla hemân bâ-takrir Maarif Nezaret-i celilesine tavsiye edilmiş ve mesmûâta göre Nezaret-i müşârun-ileyhâca da nazar-ı dikkate alınmış ise de bütçe gibi birtakım merâsime tâbi bulunmuş olmasından dolayı olsa gerektir ki el-yevm bir neticeye iktirân edememiştir” (Yordanki Haralambidi, “Kamus Yahut Muhit-i Hukuk”, nr. 3, 10 Eylül 1327, Muhamat, s. 82).

¹⁷² Yordanki Haralambidi, “Kamus Yahut Muhit-i Hukuk”, nr. 3, 10 Eylül 1327, Muhamat, s. 81.

¹⁷³ Bu eserler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ali Adem Yörük, “İlk Hukuk Lûgatlerimiz (1870-1928)”, sy. 2, 2006 Güz, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 121-124.

¹⁷⁴ Haralambidi, Sultan Abdülhamid'i hatırlatmaması için kitabın adını *Envâru's-Sultan* olarak yazmıştır.

¹⁷⁵ Ali Nureddin Efendi ve eserleri için bkz. Ali Benli, “Üsküdar Kadısı Ali Nureddin Yüce ve *Kasîde fî Esmâi's-Süver* Tercümesi”, sy. 44, 2013/1, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 67-86.

Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti, genel kurul toplantısı yapmak¹⁷⁶ gibi rutin, ansiklopedik bir hukuk sözlüğü hazırlamak gibi atılcı hayatiyet emareleri gösterse de göz dolduracak bir faaliyette bulunamamıştır. Sözlük projesinin yanı sıra Cemiyetin 1911 yılında hâlâ faal olduğunu gösteren sadece iki faaliyet tespit edilebilmiştir. Faaliyetlerin ilki, Rumeli seyahatinden dönen Sultan Reşad'ı karşılamak (*istikbal-i şâhâne*) için vapur kiralınması (26 Haziran);¹⁷⁷ ikincisi ise nizamname-i esasi ve dahili hakkında müzakerelerde bulunmak üzere üyelerin 10 Kasım'daki toplantıya davet edilmesidir.¹⁷⁸

SONUÇ

Sözün başında belirtildiği üzere hukukçuların hangi örgütlerde biraraya geldiklerini tasvir etmeyi amaçladığım bu yazıda “cemiyet” kavramı geniş yorumlanmış; meslek örgütü olan Dersaadet Dava Vekilleri Cemiyeti; amaçları bakımından enstitü/akademi, faaliyetleri bakımından dernek/öğrenci derneği olarak faaliyette bulunan Osmanlı Hukuk Cemiyeti; yine enstitü/akademi olarak planlanmış Dersaadet Mukayese-i Hukuk Müessesesi ve Osmanlı Hukuk Encümeni; öğrenci derneği Talebe-i Hukuk Cemiyeti ve nihayet mezun derneği Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti'nin kuruluş süreçleri ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Cemiyetlerin beşi, 31 Mart'tan, dolayısıyla Cemiyetler Kanunu'ndan önce kurulmuş, kamuoyuna yansıyan önemli faaliyetlerini de yine bu dönemde gerçekleştirmiştir. Sadece mezun cemiyeti, siyasi hayatın nisbeten daha istikrarlı bir döneminde kurulmuştur. Örgütler arasında sadece meslek örgütü ile öğrenci derneği ömürlü olmuş; bilimsel hedeflerin öne çıktığı cemiyetler¹⁷⁹ ile mezunlar derneği sürdürülememiştir.

Belli belirsiz varlıklarına rağmen, akademik hedeflerle yola çıkan cemiyetlerden Osmanlı Hukuk Cemiyeti ve bilhassa Osmanlı Hukuk Encümeni'nin ve bu arada kısmen diğer hukuk cemiyetlerinin; çeyrek asır sonra bambaşka şartlar altında, neredeyse aynı hedeflerle Türk Hukuk

¹⁷⁶ “Mekteb-i Hukuk Mezunları”, nr. 798, 21 Kasım 1910, Tanin, s. 4. Başka bir toplantı daveti için bkz. “Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti”, nr. 829, 25 Aralık 1910, Tanin, s. 6.

¹⁷⁷ Vapurda -adı anılmayan mezunların yanı sıra- Cemiyetin reisi Mehmed Cemaleddin, Hariciye hukuk müşaviri Reşid Mümtaz, dava vekili Hâmid ve Hasan Hayri, Dahiliye Nezareti dava vekili Osman Nuri, Mekteb-i Hukuk muallim muavini Şükrü Nâsîh, adliye memurlarından Tevfik Tarık, Ticaret-i Bahriye Mahkemesi üyesi ve Mekteb-i Hukuk muallimi Memduh beyler bulunmaktaydı (“Hukuk Mezunları Cemiyeti”, nr. 93, 27 Haziran 1911, Ziya, s. 2).

¹⁷⁸ “Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti”, nr. 7947, 5 Kasım 1911, Sabah, s. 4.

¹⁷⁹ Osmanlı hukuk modernleşmesinin en önemli döneminde, Mecelle'nin hazırlanma sürecinde kurulduğu düşünülen Cemiyet-i Fikhiye de hemen hiçbir bir iz bırakmadan dağılmıştır. Bu cemiyet için bkz. Sümeyye Sarıtaş, “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden Yarım Asır Önce Mezhepler Arası Yaklaşımın Kanun Yapma Projesi: Cemiyet-i Fikhiyye”, Modernleşme Protestanlaşma ve Selefleşme - Modern İslam Düşüncesinde Nassın Araçsallaştırılması, ed. Mürteza Bedir-Necmettin Kızılkaya-Merve Özyakal, İSAR Yay., İstanbul, 2019, s. 291-301.

Kurumu'nda ete kemiğe bürünecek cemiyetleşme idealinin filizlendiği öncü kurumlar olduğuna şüphe yoktur. Encümenin kuruluş amacı olarak belirtilen hukuk “*ilm-i celîlin[in] tamîmi*” ifadesi, devamlılığın açık bir ifadesidir. Ufuk ve insan unsuru bakımından daha dar ve zayıflamış, fakat daha homojen bir yapı olan Türk Hukuk Kurumu'nun 1935-1941 yılları arasında Hukuk İlmini Yayma Cemiyeti adı altında faaliyet göstermiş olması bu tecrübelerle alakalı olmalıdır. Bu iki dönem ve kurum arasındaki en esaslı benzerlik, rejimin varlığını idame ettirmesi hususunda hukukun ve hukukçunun yeri ve yardımının önemsenmesi, hatta kurucu kadroların öncelikler listesinde ilk sıraya konulmasıdır.¹⁸⁰ Yaşam tarzından dünya görüşüne kadar ciddi farklılıklar göstermelerine rağmen, *Türk Hukuk Lügati*'nde görüldüğü üzere, hukukçuların bir seferberlik havası içinde beraber çalışması ideali de II. Meşrutiyet döneminin mirası olarak görülebilir.¹⁸¹ Türk Hukuk Kurumu tarafından yayımlanan büyük hukukçular serisinin ilk kitabının; II. Meşrutiyet'in ilanından iki hafta sonra Osmanlı Hukuk Cemiyeti'nin fahri reisi olarak kürsüye çıkan “şeyhu'l-müderrişin” Mahmud Esad Seydişehirî'ye tahsis edilmiş olması, tesadüf olmasa gerektir.¹⁸²

¹⁸⁰ 1940'ların ikinci yarısında, yani başka bir siyasi dönüm noktasında kurulan Hür Fikirleri Yayma Cemiyeti de “yayma” misyonunu adına kadar taşıymıştı. Kurucuları arasında Ali Fuad Başgil ve Süreyya Ağaoglu gibi hukukçular dikkat çeker. Bkz. Süreyya Ağaoglu, *Bir Ömür Böyle Geçti*, İshak Basımevi, İstanbul, 1975, s. 94-95.

¹⁸¹ Türk Hukuk Kurumu, Hukukçular Cemiyeti olarak kurulmuş (1934), bir yıl sonra adı Hukuk İlmini Yayma Kurumu (1935) olarak değiştirilmişti. Türk Hukuk Kurumunun kuruluşu ve faaliyetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Çoban, “Türk Hukuk Kurumu'nun Kuruluşu ve İlk Yıllardaki Faaliyetleri”, 1. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, ed. Fethi Gedikli, On İki Levha Yay., İstanbul, 2014, s. 559-587.

Hukukçular Cemiyeti için düşünülen ilk isim Hukuk Mezunları Cemiyeti'dir. Bu Cemiyetin, yukarıda bahsedilen cemiyetlerle paralellikler taşıyan amaçları zikre değerdir: “1. Hukukçular arasında birlik ve dirliği sağlamlaştırmak ve haklarını korumak; 2. Bilgi cemiyetleriyle bağ kurmak; 3. İlmî, meslekî mecmualar çıkarmak ve meslekî neşriyata yardım etmek; 4. Meslektaşları ilmî eserlerden ucuz ve kolayca faydalandırmak; 5. Konferanslar tertip etmek ve taşradaki arkadaşların istifadelerini neşriyat vasıtasile temin etmek; 6. Yoksul azâya yardım etmek; 7. Türk hukukunu işlemek ve dil inkılâbını göz önünde tutmak” (sy. 2, İkinci Kânun 1934, Hukuk -Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti tarafından çıkarılır meslek mecmuasıdır-, s. 43).

¹⁸² Bu kitapçık, vefatının 25. yılı münasebetiyle, 21 Mart 1943 tarihinde yapılan ihtifaldeki konuşmalardan oluşmaktadır. Bkz. Büyük Türk Hukukcusu - Seydişehirli İbn-il-Emin Mahmut Esat Efendi, Ankara, 1943.

KAYNAKÇA

I. Süreli Yayınlar*

Ahenk, Cidâl, Hukuk (Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti tarafından çıkarılır meslek mecmuasıdır), Hukuk-ı Umumiye, İkdâm, İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavânin Mecmuası, İnkılâb, İttihad ve Terakki, Milliyet, Mizan, Mizanü'l Hukuk, Muhamat, Osmanlı, Sabah, Serbesti, Servet-i Fünun, Siper-i Saika, Şura-yı Ümmet, Tanin, Tercüman-ı Hakikat, Üç Gazete (Metin, Feyz-i Hürriyet, Tasvir-i Hayal), Yeni Gazete, Yeni Tasvir-i Efkâr, Ziya.

II. Kaynak ve İncelemeler

[A.C.], Bahaeddin Şakir Bey'in Bıraktığı Vesikalara Göre İttihat ve Terakki, haz. Erdal Aydoğan - İsmail Eyyüpoğlu, Alternatif Yay., Ankara, 2004.

A. Celaleddin, "Hükkâm-ı Kirâma", nr. 77, 12 Şubat 1324, Mizan, s. 1.

Agâh Sabri (Mekteb-i Hukuk müdâvimlerinden), "Varaka-i Mahsusa", nr. 14-48, 25 Eylül 1908, *Üç Gazete (Metin, Feyz-i Hürriyet, Tasvir-i Hayal)*, s. 3-4.

Ağaoğlu S, Bir Ömür Böyle Geçti, İstanbul, İshak Basımevi, 1975.

Ahmed R (esbak Musul valisi), "Tabakât-ı Fukahâ", nr. 8, 10 Şubat 1327, Muhâmât, s. 231-234.

Ali K, "Kabiliyet-i İçtimâiye, Şarklılarda ve Garblılarda", İkdâm, nr. 5240, 25 [26] Kânun-ı evvel 1908, s. 1.

Anderson Benedict, Sınırları Aşarak Yaşamak - Bir Sosyal Bilimcinin Yaşamından Anılar, çeviren: Ayet Aram Tekin, Metis, İstanbul, 2017.

Aydın T, "İstanbul Barosu'nun İlk Genel Kurul Toplantısı, İlk Levhası ve Kostaki Sardenski'nin Nutku (5 Nisan 1878)", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 30, 2020 Güz, s. 113-128.

Aydın T, (haz.), "*Barreau de Constantinople* Reisi Georges Furlani'nin Kanun-ı Esasi'ye ve Osmanlı Hukukuna Dair Konuşması (*La Constitution Ottomane*, 1877)", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 33, 2022 Bahar, s. 49-63.

Aydın T, "XIX. Yüzyılın Son Çeyreğinde Osmanlı Avukatları (Kitapçı Arakel Efendi'nin *Münşeât-ı Hukuk'a* Eklediği Vükelâ-yı De'âvî Cetvelleri, 1885-1892)", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 35, 2023 Bahar, s. 153-192.

[Bekir Behlül], "İnhisar-ı Vekalet Bahsi ve *Serbesti*'ye Cevabımız", nr. 12, 31 Kânun-ı evvel 1324, Mizanü'l-Hukuk, s. 133-135.

Benli A, "Üsküdar Kadısı Ali Nureddin Yüce ve *Kaside fi Esmâi's-Süver* Tercümesi", sy. 44, 2013/1, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 67-86.

Birinci A, Tarih Yolunda, Dergâh Yay., İstanbul, 2001.

Birinci A, Tarihin Hududunda, Dergâh Yay., İstanbul, 2012.

Büyük Türk Hukukcusu - Seydişehirli İbn-il-Emin Mahmut Esat Efendi, Ankara, 1943.

Çankaya A, Son Asır Türk Tarihinin Önemli Olayları ile Birlikte Yeni Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, Mars Matbaası, Ankara, 1968-1969, II, 1323-1328.

* Süreli yayınlardaki haberlerin açık künyeleri dipnotlarda gösterilmiştir.

Çoban İ, “Türk Hukuk Kurumu’nun Kuruluşu ve İlk Yıllardaki Faaliyetleri”, 1. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, ed. Fethi Gedikli, İstanbul, On İki Levha Yay., 2014, s. 559-587.

Dölen E, Türkiye Üniversite Tarihi 1: Osmanlı Döneminde Darülfünun 1863-1922, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2009.

Encümen-i Muallimîn Nizamnamesi, [İstanbul, 1908].

Esirgen S Ö, “Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık”, sy. 63 (4), 2014, AÜHFD, s. 737-778.

Felek B, “31 Mart’ı Kim Hazırladı?”, Milliyet, 14 Nisan 1970, s. 4.

Felek B, “Gazeteci Hasan Fehmi’nin Öldürülüşü...”, Milliyet, 8 Nisan 1972, magazin, s. 3.

Felek B, “Domuz Sokağı’ndaki Dostum”, Milliyet, 28 Nisan 1974, s. 14.

Felek B, “Politikaya Nasıl Girdim?”, Milliyet, 19 Aralık 1976, s. 14.

Felek B, “II. Meşrutiyet ve İttihat-Terakki Cemiyeti”, Milliyet, 7 Mart 1982, s. 18.

Felek B, “Kendi Kaleminden Burhan Felek”, Milliyet, 6 Kasım 1982, s. 7.

Feylosof Rıza Tevfik, Reşadiye Matbaası, İstanbul, 1328.

Gündüz M, “II. Meşrutiyet ve Erken Cumhuriyet Dönemi, Eğitim ve Öğrenci Dernekleri I”, 5/2 Spring, 2010, Turkish Studies, s. 1088-1120.

Hüseyin C, “Kamil Paşa ve Taraftarları”, nr. 157, 8 Kânunısâni 1909, Tanin, s. 1.

Hüseyin C, “Yarım Teşebbüsler”, Tanin, nr. 567, 31 Nisan 1910, s. 1.

[İleri], Celal N, “Girit ve Efkâr-ı Umumiye”, nr. 179, 30 Kânunısâni 1909, Tanin, s. 2.

İrtem, S K, Meşrutiyet Doğarken - 1908 Jön-Türk İhtilâli, İstanbul, Temel Yayınları, 1999.

[Kemal Paşazade Said,], “Osmanlı Hukuk Encümeni - Said Bey’in Nutku”, nr. 6916, 26 Kânunıevvel 1908, Sabah, s. 3.

Kemal Paşazade Said, “Ahvâl-i Siyasiye”, nr. 138, 7 Kânunısâni 1909, Yeni Gazete, s. 1.

M[im] A[yn], “Encümen-i Hukuk”, nr. 19, 18 Şubat 1324, Mizanu’l-Hukuk, s. 217-218 (“Muktebesât” başlığı altında Hürriyet’ten naklen).

[Mahmud Esad Seydişehrî], “Hukuk Cemiyeti’nin evvelki günkü içtimânda fâzıl-ı muhterem Mahmud Esad Efendi hazretleri tarafından irâd edilen Makale-i İftitâhiyedir”, nr. 5104, 10 Ağustos 1908, İkdâm, s. 2.

[Mahmud Esad Seydişehrî], “Mahmud Esad Efendi hazretlerinin dünkü gün Mekteb-i Hukuk’ta verdiği konferansın hülâsasıdır: Islahat-ı Medeniye ve Siyasiyenin Esasları”, Tercüman-ı Hakikat, nr. 9849, 28 Ağustos 1908, s. 3.

Mahmud Esad, “Memleketimizde Kadri Bilinmeyen Bir Nimet”, Tercüman-ı Hakikat, nr. 9828, 7 Ağustos 1908, s. 1.

Mahmud Refik, “Mukayese-i Kavânîn”, nr. 20, 10 Şubat 1328, Muhâmât, s. 619-620.

[Mardin], Mardinîzade Ebül’ula, “Hukuk Mezunları”, sy. 16, 27 Teşrinisâni 1324, Sırat-ı Müstakim, s. 246.

Mardin Ebül’ulâ, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, tıpkıbasım, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., 1996.

[Mardin], Mardinîzade Ebül’ulâ, “Tarihî Bir Gece”, sy. 21, 1 Kânunısâni 324, Sırat-ı Müstakim, s. 327-328.

Meclis-i Mebusân Zabıt Cerideleri, (https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_dergisi_pdfler_mmb.meclis_donemleri?v_meclisdonem=0, s.e.t.: 21 Nisan 2024).

Mehmed M, Tatlı Emeller Acı Hakikatler yahud Batn-ı Müstakbele Âdâb-ı Siyasiye Talimi, Matbaa-ı Amidî, İstanbul, 1330.

Mehmed Refet, "Mekteb-i Hukuk'tan Mehmed Refet imzasıyla gelen Varakadır", Tanin, nr. 13, 31 Temmuz 1324, s. 4.

Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti Nizamnamesi, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1326.

Mustafa B, "Hatırat-ı Zevâl-nâ-pezir - Manyasizade Refik Bey", nr. 1, 10 Temmuz 1325, İnkilâb, s. 3-5.

Nasuhoglu A M, Yâd-ı Mâzi ve Hayatımın Tarihi - Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e Bir Hukukçunun Hatıraları, haz. Ömer Hakan Özalp - Ayşe Raziye Özalp, Dergâh Yay., İstanbul, 2009.

Osmanlı Hukuk Cemiyeti Nizamname-i Dahilîsidir, [İstanbul, Ağustos 1908], 6 s.

Osmanlı Hukuk Encümeni Nizamname-i Esasîsi Lâyihası - Müntehab Komisyon Tarafından Kaleme Alınan Osmanlı Hukuk Encümeni Nizamname-i Esasîsi Lâyihası, İstanbul-Galata, Becidyân Biraderler Matbaası, 1324 [Aralık 1908].

Özkent A H, Avukatın Kitabı, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940 (tıpkıbasım İstanbul, İstanbul Barosu Yay., 2012).

Said H M ve Âtî (Komedi, dört perde), Hilal Matbaası, İstanbul, 1324.

Sarıtaş S, "Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden Yarım Asır Önce Mezhepler Arası Yaklaşımla Kanun Yapma Projesi: Cemiyet-i Fıkhiyye", Modernleşme Protestanlaşma ve Selefileşme - Modern İslam Düşüncesinde Nassın Araçsallaştırılması, ed. Mürteza Bedir-Necmettin Kızılkaya-Merve Özaykal, İSAR Yay., İstanbul, 2019, s. 291-301.

Sav A, - Toprak, Musa, Türkiye'de Savunma Mesleğinin Gelişimi, 2. baskı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2015.

Tengirşenk Y K, Vatan Hizmetinde, Bahar Matbaası, İstanbul, 1967.

[Tokgöz], Ahmet İ, "Halkın Vazifesi", nr. 209, 21 Kânunısâni 1909, Servet-i Fünun, s. 1.

Tural E, "II. Meşrutiyet Dönemi'nde Adliye ve Mezâhip Nezareti'nde Bürokratik Reform", LXII/2, 2008, AÜHFD, s. 223-252.

Unat F R, (haz.), İkinci Meşrutiyetin İlanı ve Otuzbir Mart Hâdisesi - II. Abdülhamid'in Son Mabeyn Başkâtibi Âli Cevat Bey'in Fezlekesi, TTK Yay., Ankara, 1985.

V(av), "Darülfünun Talebesinin Hukuku", nr. 45, 17 Kânun-ı evvel 1324, Serbesti, s. 2.

Yordanaki Haralambidi, "Kamus Yahut Muhit-i Hukuk", nr. 3, 10 Eylül 1327, Muhamat, s. 81-82.

Yörük A A, "İlk Hukuk Lügatlerimiz (1870-1928)", sy. 2, 2006 Güz, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s. 121-124.

Yörük A A, "Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)", basılmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üni. TAE, İstanbul, 2008.

Yörük A A, "II. Meşrutiyet Döneminde Hukukçuların Meşrutiyet Algısı", yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul Üni. SBE, İstanbul 2016.

Ziya Ş, "İttihatçılar Devrinde Muhalefet Nasıl Doğdu, Nasıl Yaşadı, Nasıl Öldü?", 6 Eylül 1936, Son Posta, s. 10.

EK 1

OSMANLI HUKUK CEMİYETİ NİZAMNAME-İ DAHİLİSİDİR

Maksad-ı Teşekkül

Osmanlı Hukuk Cemiyeti, ilm-i hukuka müteallik her nev' kütüb ve resâilin ve kavânîn-i Osmaniye ve ecnebiyenin tetebbu ve tedkiki ve bunlara müteferri mevâdd-ı mühimme hakkında müzakereler icrasıyla fikr-i hakk u adlin neşr u tamîmi ve bu suretle tenvir-i efkâra hizmet maksadı ile teşekkül etmiştir.

Suret-i Teşekkül

Birinci madde: Cemiyetin Bir Heyet-i Umumiye, bir de Heyet-i İdaresi vardır.

İkinci madde: Heyet-i Umumiye, Mekteb-i Hukuk'tan mezun veya mektebe müdâvim bulunan zevâtan mürekkebdir.

Üçüncü madde: Azâdan herbiri;

Evvelen, maksat ve devam-ı Cemiyetin husûlü için ihtiyar edilecek mesârife karşılık olmak üzere her ay 10 kuruş vermek,

Sâniyen, nizamname ahkâmına tamamen riayet etmek,

Sâlisen, mektebe müdâvim veya mektepten mezun bulunduğunu ispat eylemek vezâifiyle mükelleftir.

Dördüncü madde: Azâdan her biri bilâ-kayd ü şart Cemiyete devam ve Heyet-i Umumiye müzakerât ve mübahasâtına iştirâk etmek ve herhangi lisanda olursa olsun Cemiyet bütçesinin müsaadesi nisbetinde kütüb ve resâilin celbi ve icraat-ı Cemiyetindeki nevâkısın tashih ve ikmâli hakkında mevki-i müzakereye konulmasını arzu ettiği mesele için tahriren Heyet-i İdare'ye beyanatta bulunmak hukukunu haizdir.

Beşinci madde: Heyet-i Umumiye ârâ'-i mestûre ve ekseriyet-i mutlaka ile Heyet-i İdare'yi intihab edecek ve Heyet-i İdare tarafından her üç ayda vukû bulacak davet üzerine içtimâ edip heyet-i mezkûre mukarrerâtını ve kâffe-i icraatını ve muamelat-ı maliyesini teftiş edecektir.

Altıncı madde: Heyet-i İdare, 25 kişiden ibaret olacak ve bunlardan biri reis-i evvel, biri reis-i sâni ve diğeri sandukkâr olacak ve dördü de vazife-i kitabeti ifa edecek ve bunların kâffesi fahri olacaktır.

Yedinci madde: Heyet-i İdare, lâ-ekall ayda bir defa reis tarafından tayin olunacak günde içtimâ edecektir.

Sekizinci madde: Reis, Heyet-i İdare ve Umumiye'nin intizam-ı müzakerâtına nezaret etmek ve Heyet-i İdarece ittihaz edilecek mukarrerâtı Heyet-i Umumiye'ye beyan ve izah ve Heyet-i İdarece görülecek lüzum üzerine Heyet-i Umumiye'yi lâ-ekall 10 gün evvel ilan şartıyla eyyâm-ı tatiliyeden birisinde içtimâa davet etmek ve Heyet-i Umumiye ve İdare'nin

mukarrerâtını imza tahtında evrak-ı havadis ile ilan eylemek vezâîfiyle mükelleftir.

Dokuzuncu madde: Reis-i sâni, reis-i evvelin gaybûbetinde vekâlet edecektir.

Onuncu madde: Sandukkâr mükeffil olacak ve Cemiyet namına matbu ve tarafından mümza makbuz senediyle istifâ edeceği varidâtı ve Heyet-i İdare kararıyla icra eyleyeceği mesârifâtı mübeyyin bir yevmiye defteri tutacaktır.

On birinci madde: Sandukkâr her üç ayda bir içtimâ edecek Heyet-i Umumiye'ye arz olunmak üzere bir bilanço tanzimine mecburdur.

On ikinci madde: Kâtipler, evvelâ azânın esâmisini, sâniyen Heyet-i İdare'nin mukarrerâtını aynen; sâlisen Heyet-i Umumiye mukarrerâtını ve mesâil-i mühimmeye dair cereyan edecek müzakerât ve mübahasât-ı umumiyeyi hülâsaten kaydetmeye mahsus üç kıta defter tutacaktır.

On üçüncü madde: Heyet-i İdare;

Evvelen, Cemiyetin ciddiyet ve intizam dairesinde husûl-i maksadına muktezi tedâbiri ittihaz;

Sâniyen, tahsilat ve hususât-ı saireye müteallik defâtirin hüsni tanzimine dikkat ve ihtimam etmek;

Sâlisen, maksad-ı Cemiyete hâdim icraat için sarfı lâzım gelen mebâligi taht-ı karara almak;

Râbian, her sene ibtidâsında sene-i âtiye için Cemiyetin muhtaç olduğu mevâdd ve ıslahatı mutazammın bir lâyiha tertibiyle Heyet-i Umumiye'ye tevdi etmek;

Hâmisen, *Hukuk Gazetesi* namıyla ileride adedi tezyid edilmek üzere şimdilik usbû'î bir gazete neşr eylemek vezâîfiyle mükelleftir.

On dördüncü madde: Heyet-i İdare azâsı tekrar intihab edilebilmek üzere ikişer sene müddetle tayin ve her sene nısfı tebdil edilir.

On beşinci madde: Reisler ile sandukkâr ve kâtipler keza tekrar intihab edilebilmek üzere birer sene müddetle Heyet-i İdare tarafından kendi azâsından intihab olunur.

On altıncı madde: Heyet-i İdare nısfından ve Heyet-i Umumiye sülüsünden bir ziyadesi mevcut olmadıkça müzakereye mezun değildir. Ve kararlar ekseriyet-i ârâ' ile verilir.

On yedinci madde: Heyet-i İdarece bir defa reddolunan mesele iki ay geçmedikçe tekrar mevzubahis edilemez.

On sekizinci madde: Heyet-i İdare azâsından biri vefat veya istifa eder veya bilâ-özür üç içtimâda hâzır bulunmazsa yerine Heyet-i İdare'ye dahil olmayıp da en ziyade haiz-i re'y olan zât ikame edilir. Fakat işbu azânın müddet-i memuriyeti ilk intihabına kadar devam edecektir.

On dokuzuncu madde: Cemiyetin varidâtı;

Evvelâ, işbu nizamname mücebince azâ tarafından verilecek mebâlig;

Sâniyen, nakit ve kitap gibi teberruât;

Sâlisen, Cemiyet namına neşr edilecek âsârın;

Râbian, istihlâkâtın hasılât-ı sâfiyesinden ibarettir.

Yirminci madde: Cemiyetin merkezi İstanbul'da olacaktır.

Yirmi birinci madde: Cemiyete vermeyi taahhüt ettiği meblağı edadan imtinâ eden azâya ikinci ay makam-ı Riyâset'ten bir ihtarname irsâl edilecek ve üçüncü ay başına kadar intizâr edilip yine ifa-yı taahhüt etmediği takdirde bir beyanname-i mahsûs ile Cemiyetten ihraç edildiği kendisine bildirilecektir.

Yirmi ikinci madde: Cemiyete ait kütüb ve resâil ve eşya-yı sairenin hiçbir sebep ve bahane ile harice çıkması katiyen caiz değildir.

Yirmi üçüncü madde: İşbu nizamname ahkâmı lüzum görüldükçe Heyet-i İdarece ekseriyet-i sülûsân-ı ârâ' ile tadil edilecektir.

Yirmi dördüncü madde: Muallimîn-i kirâm hazarâtı mektepten mezun olmadığı halde dahi Cemiyete dahil olabileceklerdir.

EK 2

OSMANLI HUKUK CEMİYETİ FAHRİ REİSİ

MAHMUD ESAD SEYDİŞEHRÎ'NİN AÇILIŞ KONUŞMASI

(8 Ağustos 1908)

Refik-i şefiklerim!

Size bu vechile hitâb ediyorum, çünkü bizi âli, mukaddes bir rabîta tevhid etmektedir ki tâlib-i hukuk olmaklığımızdır. Beni eski bir tahsil refikiniz olduğumdan dolayı Cemiyetimizin fahri reisliğine intihab etmişsiniz. Hakkımdaki hissiyât-ı necibânenize teşekkür ederim. Fi'l-hakika ben sizin en eski bir refikinizim. Şu mekteb-i âlinin en evvel kapısını dakk eden, en evvel şehadetname ahz eyleyen benim! 12 seneden beri de min-gayr-ı haddin muallimliğini ifa ediyorum. Onun için mektebin geçirdiği kâffe-i safahât-ı inkılabâtı hep gözümle gördüm. Başka bir şey daha gördüm ki Kanun-ı Esasimizin birinci ilanı, hürriyetimizin ilk devridir. O vakit dahi şimdiki gibi ilan-ı sürûr u şâdmânî ediliyor, semerât-ı hürriyetten iktitâf olunuyordu. Mektebimizin küşâdı işte böyle bir devr-i hürriyete tesadüf etmiş idi. Yavaş yavaş o hürriyet elimizden alındı ki avdeti müstahîl olmakla beraber hatırası ferâmûş edilmeyecek derece karîb olduğu için beyândan müstağnidir.

Siz bu istibdad devrinde mektebe dahil oldunuz. Ağzı bağlı muallimlerden, saklı saklı kitaplardan taallüm ve mütalaa ettiniz. Bununla beraber zannetmeyiniz ki mektebimiz evvelce daha parlak idi de tedricen revnakını zâyî eyledi. Bilakis mektebimiz gittikçe terakki etmiş, yoksa tedenni eylememiştir. Bunun da sebebi aşîkârdır. Bizim zamanımızda Mekteb-i Hukuk'a mahrec olacak medâris ile rüşdiyelerden başka mektep yok idi. Halbuki muahharan sâye-i padişahîde Dersaadet ve mülhakâtta birtakım mekâtib-i idadiye açıldı. Bunlardan pek çok tâlib yetişti. Mektebimizin müdavimlerinden kısm-ı a'zamını bu mekâtib mezunları teşkil etmektedir. Bir de bizim zamanımızda mektep yeni, muallimler yeni, dersler yeni, hâsılı her şey yeni idi. Biz tecrübe ile vakit geçiriyorduk. Bir meslek kararlaşıyorlardı. Mürûr-ı eyyâm ile hukukun ne idüğü anlaşıldı. Dersler takarrur eyledi. Gerçi muallimler yutkunarak ders takrir ediyorlardı, lakin içlerinden cesurları işaret ve rumuz ile telkin-i hakikatten geri kalmıyorlardı.

Mektebimizin bir eksiği varsa terakkiyât-ı zaman ile mütenâsiben hareket etmemesidir. Âlem terakki ediyor, biz tevakkuf eyliyorduk. Tevakkuf ise tedenni ve sukût demektir. Evet, mektep ibtidâ-yı küşâdında - her yeni şey gibi- nâkıs idi. O noksanları ikmâl edilmek, programı memâlik-i mütemeddine hukuk mekteplerinin programlarına tevfik olunmak lâzmeden iken bunlar yapılmadıktan başka mevcut derslerin ilgası düşünülüyordu. İşte bu suretle en evvel *medhal-i hukuk, hikmet-i hukuk, felsefe, [ilm-i] servet[-i milel], tarih, edebiyat* dersleri muallimleriyle beraber mektepten ihraç edildi. *Evkaf* dersi onlara pey-rev oldu. Dört beş sene evvel

mücerred nümâyiş maksadıyla, mektepte bir teceddüd göstermek istenildiği sırada *mukayese-i kavânîn* ve *mukaddime-i hukuk* gibi bazı yeni dersler ilave edilmiş idi. Lakin *mukayese* dersi henüz ne olduğu anlaşılmaksızın ahirete giden arkadaşlarının yanına gönderildi. *Mukaddime* dersinin ne kadar noksan bir şey olduğu da ba'de-mâ muallim-i zî-iktidarının okutacağı derslerden müstebân olacaktır. Demek istiyorum ki şimdiye kadar tedis ve tederrüs pek nâkıs idi. Ba'de-mâ muallimlerde başka bir şevk ve inbisât görülecektir. *Siyasiyât* dersleri birçok tahavvülâta uğrayacak, yeni yeni bahisler, hatta yeni yeni dersler ilave edilecektir.

Cemiyetimizin teşekkülü de memleketimizde hukuk için bir tarih-i cedîde mebde olacaktır. Memâlik-i sâirede binlerle emsâli meşhûd olan bu gibi cemiyetlerden memleketimiz bugüne kadar mahrum idi. Ahiren bi't-taleb ihsan buyurulan "hakk-ı içtima" sayesinde Cemiyetimiz dahi bugün ilk mevcudiyetini gösteriyor. Bi-mennihi ve bi-tevfikihi Teâla bunun memlekete çok faidesi olacaktır. Ve evvel-emirde tarik-i tahsilde bulunan veya tahsillerini henüz ikmal etmiş olan gençlerimiz orada mülâkât ve yek-diğeriyle teâti-i efkâr ederek şüphelerini izâle ve noksanlarını ikmal edecektir. Müzakerenin nasıl bir kuvve-i temriniyeyi haiz olduğunu izaha hâcet yoktur.

İkinci derecede Cemiyetimiz elsine-i ecnebiyede münteşir âsâr-ı hukukiyeyi celb ve münasiplerini tercüme ve bir de gazete neşr ederek ilm-i hukukun memleketimizde dahi tevessü ve taammümüne hizmet edecektir.

Cemiyetimizin hıdemâtı bununla da kalmayacak, terakkiyât-ı müstakbelesini iktisâb ettikten sonra devletimize ait mesâil-i hukukiyeyi dahi müzakere ve onlar hakkında beyân-ı mütalaaya kendinde selâhiyet görecektir. Gerçi bu gibi hususî encümenlerin mukarrerâtı mecburiyü'l-icra değildir; lakin onların kuvve-i teyidiyesi derece-i makuliyetiyle mütenâsibdir. Cemiyetimiz bundan sonra daha vâsi bir meydan-ı mesaiye gidecektir ki münasebât-ı beyne'l-ümemdir. Bilirsiniz ki bugün ümem-i müterakkiye beyninde rûz-efzûn bir münasebet, bir aheng-i umumi vardır. Münasebât-ı diplomasiyeden bahsetmek istemiyorum; o mahdûd, devletlere münhasır bir şeydir. Efrâdın daire-i münasebâtı devletlerin münasebâtından çok vâsidir. Bugün memâlik-i müterakkiyede her türlü makâsîd-ı medeniyeye için umumi encümenler akd edilmektedir. Her memleketin en güzide erbâb-ı ihtisasından müntehab zevât bu encümenlerde hazır bulunur, icra-yı müzakerâta iştirâk eder. Bunların müzakerât ve mukarrerâtı hakkında senevi risaleler neşr olunur. Biz Avrupa'da sâkin olduğu halde şimdiye kadar bu türlü encümenlere iştirâkten de mahrum idik. Memleketimizde söz söylemeye selâhiyeti olmayan ve vesâyet tahtında yaşayan bir kavmin ahrâr mu'temerelerinde isbât-ı vücûd etmeye selâhiyeti olmayacağı derkârdır.

İşte şimdi nâil olduğumuz nimet-i hürriyet sâyesinde biz de o gibi mecâlis ve mehâfil-i umumiyeye iştirâk etmeye selâhiyet kazandık. Ba'de-mâ bizim de oralarda delegelerimiz olacak, Osmanlı kavmi namına mütalaât beyân edeceğiz. Bu büyük bir vazife, bir vazife-i medeniyedir. Bu vazife-i mukaddesenin hukuka ait kısmını da Cemiyetimiz ifa edecektir. Hukuk encümenleriyle muhaberâta girişecek meb'ûslar i'zâm eyleyeceğiz.

Bir gün gelecek ki bizim memleketimiz de işte bu türlü nimetlere, öyle umumi encümenlere içtimagâh olacaktır. Nâiliyetimiz hep hürriyet sayesinde. Onun için biz de hürriyetimizi istihsale gayret eden fedakârân-

1 ümmeti ve ümmetin talep ettiği hürriyeti ihsan buyuran sevgili padişahımızı lisan-ı tebcil ile yâd etmeliyiz. Ve hürriyetimiz pâyidâr oldukça padişahımıza sadkâne hizmet edeceğimize ahd ü peymân eylemeliyiz.

Yaşasın hürriyetimiz, var olsun padişahımız!

EK 3

TALEBE-İ HUKUK CEMİYETİ NİZAMNAMESİ (1908)

Mukaddime

1- Dersaadet Mekteb-i Hukuk talebesi, ber-vech-i âti nizamnameye tevfikân beynlerinde “Talebe-i Hukuk Cemiyeti” nâmıyla bir cemiyet teşkil eylemiştir.

2- Cemiyet üç nev’ azâdan mürekkebirdir: Azâ-yı asliye, azâ-yı fahriye, azâ-yı muhâbiredir.

3- Azâ-yı asliye, şerâit-i dühûlü ifa etmiş olan bi’l-umum Dersaadet Mekteb-i Hukuk talebesinden ibarettir.

4- Azâ-yı fahriye;

Evvelâ, muallimîn ve mezunünden arzu edenlerden ve

Sâniyen, kendilerinden Cemiyetçe istifade me’mûl olup azâ-yı asliyeden lâ-ekall iki kişi tarafından vâki olacak teklif üzerine Heyet-i İdarece kabul olunanlardan ibarettir.

5- Taşra mekâtib-i hukukiye talebesi azâ-yı muhâbire sıfatını iktisâb edebilir.

6- Azâ-yı asliye, Cemiyet veznesine muayyen ve şehri bir meblağın tesviyesiyle mükelleftir. Bu meblağ da 5, 10, 20 kuruş olarak üç derece üzerine mürettebirdir. Bu derecâtan birini tayinde azâdan her biri muhtârdır.

7- Cemiyetin bir Heyet-i Umumiye ve bir de Heyet-i İdaresi vardır.

Birinci Fasl:

Cemiyetin Maksad-ı Teşekkülü Beyânındadır

8- Cemiyetin maksad-ı teşekkülü,

Evvelâ, talebe arasında ittihad ve muhâdenetin tesis ve teyidi,

Sâniyen, talebenin maddeten temin-i istirahat ü saadetleri ve mânen husûl-i terakki ve teâlileri esbâbının istikmâli,

Sâlisen, talebenin hukuk-ı sarîhasına karşı vâki olacak tecavüzâtın müttehiden men’i,

Râbian, Umumi Talebe Cemiyeti teşkil ile memâlik-i mütemeddinede talebeye bahşedilmiş olan hukuk ve imtiyazâtın memleketimizde dahi istihsâli için esas istihzârı keyfiyâtından ibarettir.

9- Talebenin maddeten temin-i istirahatlerinden maksat, el-yevm müz’ic bulunan talebe hayat ve muâşeretine hitâm vererek memâlik-i mütemeddine-i ecnebiyede olduğu üzere muntazam ve ehven ve talebenin muhafaza-i sıhhat ü vakar u haysiyetine hâdim ikametgâhlar tesisine ve bu suretle umumi bir talebe mahallesi teşkiline teşebbüsten ibarettir.

10- Talebenin husûl-i terakki ve teâlilerinden murâd:

Programların ıslahı ve

Derslerin ehil ve muktedir zevâta tefvizi ve

Kulüp binası dahilinde muntazam bir kütüphane tesis ederek mütalaât-ı ilmiyenin teshili ve Talebe arasında mübâhasât ve münakaşât icrası ve

Erbâb-ı iktidar tarafından konferanslar itâsı suretleriyle istifade-i fikriye kaziyyesinin temin ve tahsili cihetlerinden ibarettir.

11- Umumi Talebe Cemiyeti teşekkülünden merâm:

Darülfünun'un bi'l-cümle şuaâtı ve sâir mekâtib-i âliye beyinde bir ittihad ve müvâneset tesisi ve umumi konferanslar, tenezzühler tertibiyle bu muhâdenetin teyit ve tevsii ve

Talebeliğe şerefli ve mümtaz bir mevki temini ve bilhassa kuvve-i müttehede teşkiliyle Meclis-i Mebusân ve Ayân'da Darülfünun nâmına azâ bulundurmak selâhiyetinin talep ve iddiası hususlarına sarf-ı mesai eylemektir.

12- Talebenin hukuk ve imtiyazâtı meselesine gelince, zikr olunan hususâtta mâadâ kütüb ve resâil-i ilmiyenin tehvin-i fiyatı ve vesâit-i nakliye ve ihtiyacât-ı sâire-i medeniyenin tenzil-i ucûrâtı gibi mevâddır.

İkinci Fasıl:

Heyet-i İdarenin Suret-i Teşekkül ve Vezâifi Beyânındadır

13- Heyet-i İdare, azâ-yı asliye tarafından re'y-i hafî ile müntehab 20 kişiden mürekkeb olacaktır. Bu 20 kişi her sınıftan en ziyade re'y kazanan 5'er kişi alınarak teşkil olunur.

14- Heyet-i İdare azâsı, müteakabilen yek-diğerini tevkil edeceklerinden her biri yalnız sınıflarının değil, umum talebenin vekili mesabesinde ve hizmetleri fahridir.

15- Heyet-i İdare, bir reis ve iki reis-i sâni ve bir idare memuru, bir kâtip ve bir de sandukkâr tayin ve intihab edecektir.

16- Heyet-i İdare azâsı, senede bir tebeddül edecek ve fakat heyet-i sâbika azâsının tekrar intihabı caiz olacaktır.

17- Reis, müzakerâtı idare ve mevzubahis olacak mevâddın programını evvelce tanzim ile hîn-i inikâdda heyete arz ve irae ve evrak-ı Cemiyeti imza eder.

18- İdare memuru, suret-i daimede Kulüp binası dahilinde bulunarak eşya ve emvâli muhafaza, kütüphaneyi tanzim, Cemiyetin muamelat ve mübayaâtını idare, müracaât-ı vâkıyı kabul ve mevâdd-ı mezkûreden lüzum görülenleri Heyet-i İdare'ye arz etmek vezâifiyle mükelleftir.

19- Kâtip, müzakerât ve mukarrerâtı zabt ve evrâk ve defâtir-i Cemiyeti tanzim ve muhafaza eder.

20- Sandukkâr, mükeffil olacak ve varidâtı kabz ve mesârifâtı eda edecek ve her ay nihayetinde fazla-i varidâtı Heyet-i İdare tarafından tensib edilecek bir yere tevdi eyleyecektir.

21- Reis ve reis-i sâniler, her üç ayda bir tebeddül edecek ve fakat rüesâ-yı sâbikanın tekrar intihabı caiz olacaktır. İdare memuru, kâtip ve

sandukkâr, Heyet-i İdare tarafından tensib edilecek mikdar-ı maaş ile muvazzafdır ve memuriyetleri Heyet-i İdare'nin sukûtuyla hitâm bulur.

22- Heyet-i İdare'nin lâ-ekall haftada bir defa içtima lâ-büddür. Fevkalâde içtima icâb ederse reis tarafından sûrat-i mümkinine ile azâ-yı Heyete ihbar olunmak lazım gelir.

23- Heyet-i İdare,

Evvelâ, Cemiyetin husûl-i maksadına muktezi bi'l-cümle tedâbiri ciddiyet ve intizam dairesinde ittihaz etmek,

Sâniyen, tahsilât ve hususât-ı saireye müteallik defâtirin intizamına dikkat eylemek,

Sâlisen, mesârif-i Cemiyeti taht-ı karara almak,

Râbian, her sene nihayetinde Cemiyetin sene-i âtiye için muhtaç olduğu ıslahatı mutazammın bir lâyiha tanzim etmek vazifeleriyle mükelleftir.

24- Heyet-i İdare, [azâların] nısfından ziyadesi hazır bulunmadıkça içtima edemez ve mukarrerâtı sülûsân-ı ârâ' meşrûat olan hususâtın mâadâsında ekseriyet-i mutlaka ile ittihaz olunur. Tesâvi-i ârâ' vukûunda reisin bulunduğu taraf râcihtir.

25- Heyet-i İdare azâsından biri vefat veya istifa yahut azâ-yı asliye sıfatını zâyi eder veyahut bilâ-özrin birbiri ardınca üç içtimada hazır bulunmazsa yerine mezkûr azânın mensup olduğu sınıftan, Heyet-i İdare azâsından sonra haiz-i ekseriyet olan zât ikame edilir. Fakat bunun memuriyeti selefının müddetinin bakiyesi hakkında câri olur.

26- Henüz müddeti hitâm bulmadan bir Heyet-i İdare'den emniyet-i umumiye münselib olur ve bu cihet Heyet-i Umumiye'nin sülûs-i azâsı tarafından tahriren beyân olunursa reis, Heyet-i Umumiye'yi cem ile emniyet re'yi talebine mecburdur.

27- Heyet-i İdare mukarrerâtına Heyet-i Umumiye muhalefet edip de Heyet-i İdare karar-ı vâkide ısrar ile emniyet re'yi talebine kalkışacak olur ve adem-i emniyet re'yi galebe ederse Heyet[-i İdare] müstafi addolunur.

Üçüncü Fasıll:

Heyet-i Umumiye Beyânındadır

28- Heyet-i Umumiye, umum azâ-yı asliyeden mürekkeb olup her 3 ayda bir Meclis-i [Heyet-i] İdare reisinin davetiyle içtima ve Heyet-i İdare mukarrerât ve icraatıyla muamelat-ı maliyesini teftiş edecektir.

29- Heyet-i Umumiye'ye Heyet-i İdare reisi ve gıyâbında reis-i sânilerden biri ve onlar da bulunmazsa Heyet-i İdare azâ-yı mevcûdesinin içlerinden intihab edecekleri bir zât riyâset ve Heyet-i İdare kâtibi ifa-yı kitâbet edecektir.

30- Heyet-i Umumiye, icra eylediği teftişât neticesinde Heyet-i İdare'ye emniyet veya adem-i emniyet re'yini itâ eder. Adem-i emniyet re'yi, her-halde azâ-yı mevcûdenin ekseriyet-i sülûsân-ı ârâ'sıyla verilir ve bu takdirde Heyet-i İdare hemen istifa ile intihabât-ı cedîde icra olunur.

Adem-i emniyete ekseriyet-i sülüsân-ı ârâ' hâsıl olamadığı takdirde emniyet re'yi verilmiş addolunur.

31- Heyet-i Umumiye, sülüsünden ziyadesi hazır olmadıkça mukarrerât ittihaz edemez ve kararlar ekseriyet-i sülüsân-ı ârâ' meşrût olmayan hususâtta mevcudun ekseriyet-i mutlakasıyla verilir.

32- İcâbına göre Heyet-i İdare'nin kararı ve reisin lâ-ekall 3 gün evvel vâki olacak daveti üzerine Heyet-i Umumiye suret-i fevkalâdede içtima edebilir.

Dördüncü Fası:

Mevâdd-ı Şetta Beyânındadır

33- Cemiyetin vâridâtı: evvelâ, azâ tarafından verilecek mebâliğ-i şehriyeden; sâniyen, gerek azâdan ve gerek hariçten vâki olacak teberruât ve mesârif, Meclis-i İdarece takarrur edecek mekâdirden ibarettir.

34- Lede'l-hâce tezyid-i varidât için iane cem'i veyahut Cemiyet menfaatine tiyatro ve müsamereler tertibi gibi hususât Meclis-i İdarece kararlaştırılacaktır.

35- Azâ-yı Cemiyetten biri şehri itâyâ mecbur olduğu mebâliği tediye tekâsül ettiği takdirde ikinci ayda Riyâset'ten bir ihtarnâme irsâl edilecek ve üçüncü ay ibtidâsında tediye etmezse bir beyanname-i mahsus ile Cemiyetten ihraç olunduğu bildirilerek ismi cedvelden terkin edilecektir. Ve o kimse Cemiyete tekrar dahil olmak istedikde düyûn-ı sâbıkasını tediye eyleyecektir.

36- Azâ-yı Cemiyet ıslahat ve tecdidât ve nizamnamece tadilat icrası için Meclis-i İdare'ye tahriren beyân-ı mütalaa edebilir. Reis işbu mütalaanâmeleri mevki-i müzakereye vaz ile kabul veya reddine dair bir karar itâ olunmasını teklif eder.

37- Hukuk ve siyasiyâtтан bâhis ve ulûm-ı hukukiyece terakkiyât ve tekemmûlâtı mücib olacak mütalâât ve tenkidâtı hâvi olmak üzere ileride bir gazete neşr olunacaktır.

38- Cemiyetin defâtiri:

Evvelen, azâ-yı Cemiyetin esâmisini,

Sâniyen, Heyet-i İdare mukarrerâtını,

Sâlisen, Heyet-i Umumiye mukarrerâtını,

Râbian, eşya-ı mevcûde ve kütüb ve resâil ve cerâid esâmi ve aded ve mikdarını,

Hâmisen, yevmiye varidât ve mesârifâtını,

Sâdisen, bilançoları muhtevi olmak üzere müteaddid defâtirden ibarettir.

39- İşbu nizamnamede tadilat icrasına lüzum görüldüğü takdirde Heyet-i İdare ol bâbda ittihaz edeceği kararı Heyet-i Umumiyece arz ile kabul veya reddini talep edecektir.

40- İşbu nizamnamenin icra-yı ahkâmına Heyet-i İdare memurdur.

Madde-i Muvakkata: Usul-i intihabiye dairesinde Heyet-i İdare teşekkül edinceye kadar Heyet-i Meb'ûse-i Muvakkata, Heyet-i İdare vezâifini ifa edecektir.

Fî 18 Teşrinisâni sene [1]324 [1 Aralık 1908]

OSMANLI HUKUK ENCÜMENİ NİZAMNAME-İ ESASİSİ

Birinci madde: İlm-i hukukun nazariyat ve tatbikatıyla meşgul olan ve bu ilmin neşr ve tevsî ve ikmâliyle efkâr-ı umumiyeyi tenvire hâdim bulunan zevâtı bir yere cem etmek ve bu ilm-i celîlin tamîmiyle beraber talim ve tamîkini arzu edenlere teshilât irâe eylemek maksadıyla bir encümen-i ilmî-i hukuki tesis edilmiştir.

İkinci madde: Osmanlı Hukuk Encümeni ünvanı altında teessüs eden işbu cemiyet-i ilmiyenin merkezi İstanbul şehridir.

Üçüncü madde: Encümenin iştigal edeceği mevâdd şunlardır:

Evvelâ, ilm-i hukukun memâlik-i Osmaniyede tevessü ve tekemmülüne hizmet etmek;

Sâniyen, her türlü tettebbuât ve tedkikat-ı ilmiye-i hukukiyede bulunmak;

Sâlisen, Osmanlı ve ecnebi kâffe-i müessesât-ı ilmiye ve hukukiye ile muhabere ve teâti-i efkâr etmek;

Râbian, ilm-i hukukun tamîmine hâdim olabilecek her nev' konferanslar ve dersler tertip eylemek;

Hâmisen, ilm-i hukuktan bâhis bir mecmua-i mevkûte ve inde'l-icâb mesâil-i hukukiye hakkında müellefât neşr etmek;

Sâdisen, ilm-i hukuka müteallik kâffe-i istizâhâta karşı beyan-ı mütalaa etmek.

Dördüncü madde: Encümen işbu nizamnamenin zîrini tahtîm eden zevât tarafından tesis edilmiştir.

Beşinci madde: Müessisler, bin üç yüz yirmi dört sene-i Maliyesi Teşrinievvelinin otuz birinci Cuma günü Darülfünun-ı Osmanî Hukuk Şubesi'nin büyük salonunda ilk defa olmak üzere akd olunan içtimâ-ı umûmide hâzır bulunarak veyahut gazetelerle ilan edilen ikinci içtimâ-ı umûmi gününde isbat-ı vücûd ederek defter-i asliye isimlerini kaydettireen zevâtın iane-i tesisiyesinin tediyesini taahhüt edenlerdir.

Altıncı madde: Encümen üç nev' azâdan müteşekkildir: Azâ-yı asliye, azâ-yı fahriye, azâ-yı muhabire.

Yedinci madde: Azâ-yı asliye, gerek müessislerden ve gerek hariçten onuncu maddede muharrer şerâiti câmi olduğu Encümenin Heyet-i Âmile-i İlmiyesince ekseriyetle tasdik ve kabul edilip de hisse-i nakdiye-i seneviyesinin muntazaman tediyesini taahhüt edenlerdir.

Sekizinci madde: Azâ-yı fahriye, iânât-ı mühimmesiyle veyahut memâlik-i Osmaniyede terakki-i maarife hizmetiyle temâyüz edenlerdir. Bunlar Heyet-i Âmile-i İlmiye'nin ekseriyet-i ârâ'sıyla kabul olunur.

Dokuzuncu madde: Azâ-yı muhabire, Encümenin azâ-yı asliye ve fahriyesinden olmayıp, fakat kalemen Encümene hizmet edecek zevâttır. Bunlar da yine Heyet-i İlmiye'nin ekseriyet-i ârâ'sıyla kabul olunur.

Onuncu madde: Encümene azâ-yı asliye intihab olunabilmek için şerâit-i âtiyeyi haiz olmak lâzımdır:

Evvelâ, tebea-i Osmaniyeden olmak;

Sâniyen, hukuk-ı siyasiye ve medeniyeden mahrum olmamak;

Sâlisen, hukuk veya ulûm-ı siyasiye tedris olunur bir mekteb-i âliden veya medâris-i İslâmiyeden birinden mezun bulunmak veyahut bilfiil hâkim olmak.

On birinci madde: Azâ-yı asliyenin hisse-i seneviyesi şimdilik senevi lâ-ekall 3 Osmanlı altını tayin edilmiştir. Bu hisse Teşrinisâni, Mart, Temmuz ayları ibtidâlarında olmak üzere üç taksitte tesviye edilecektir.

On ikinci madde: Encümenin umûr-ı ilmiye ve idaresiyle meşgul olmak üzere bir Heyet-i Âmilesi olacaktır.

On üçüncü madde: Heyet-i Âmile iki şubeye ayrılacaktır. Bu şubelerden biri, sırf umûr-ı ilmiye ve diğeri de sırf umûr-ı idare ile iştigal edecektir.

On dördüncü madde: Heyet-i Âmile-i İlmiye 30 kişiden tereküb edecektir. Heyet-i Âmile azâsı içtimâ-ı umûmilerde azâ-yı asliyeden re'y-i hafi ve ekseriyetle intihab olunacaktır. Bu heyete azâ olabilmek için lisan-ı Arab'a veya elsine-i ecnebiyeden birine aşına olmak şarttır.

On beşinci madde: Heyet-i Âmile-i İdare 8 kişiden mürekkebe olacaktır. Bu heyetin azâsı da Heyet-i Âmile-i İlmiye azâsı gibi intihab olunacak, yalnız bunlarda lisana aşına olmak kaydı aranılmayacaktır.

On altıncı madde: Heyet-i Âmile azâsı dört sene müddetle intihab olunacak ve her iki senede nısfı tebdil edilecektir. ilk iki sene nihayetinde çıkacak azâ kura ile tayin olunacaktır. Çıkacak azânın yeniden intihabı caizdir.

On yedinci madde: Heyet-i Âmile'nin iki şubesi birleşerek kendilerine bir reis-i evvel ve ayrı ayrı birer reis-i sâni ve birer kâtip intihab edeceklerdir. Müntehab kâtiplerden mâadâ Heyet-i İlmiye için 750 ve Heyet-i İdare için 1000 kuruşu tecavüz etmemek üzere maaşla hariçten ve mümkün ise Hukuk mezunlarından birer kâtip muavini tayin eyleyeceklerdir. Encümenin veznedarlığını azâdan intihab olunacak bir zâtın taht-ı nezaretinde olmak üzere Heyet-i İdare kâtip muavini ifa eyleyecektir. Maaşların tayin-i miktarı heyetlere aittir.

On sekizinci madde: Berâ-yı tezekkür encümene arz ve tevdi olunacak mevâdd, riyâset-i ûlâya verilecek, reis-i evvel dahi maddenin nev'ine göre ihtisası olan azâya bi'l-i'tâ mütalaasını mutazammın bir muhtıra tanzim ile müzakereye yetiştirmeyi tenbih edecektir.

On dokuzuncu madde: Heyet-i İdare, Encümenin kütüphanesi ve matbaa işleriyle de iştigal edecektir.

Yirminci madde: Veznedar, Encümene ait kâffe-i nukûdu ve emanâtı kabz ve hıfz edecek ve Heyet-i İdare'nin kararıyla vukû bulacak kâffe-i mesârifi tediye eyleyecek ve varidâtın 50 Osmanlı altını tecavüz edecek miktarını Osmanlı Bankası'na veya diğeri emin bir mahalle Encümen namına tevdi edildiğini defter-i mahsûsuna kayd ile reis-i evvele tasdik ettirecek ve muvazzaf memurların maaşâtı ve kira ve gaz ve su gibi levâzım-ı zaruriye bedelinin tesviyesi zımında nezdinde nihayet elli liraya kadar bir

meblağ bulundurabilecek ve bu maaşât ve mesârif-i zaruriyeyi bilâmezuniyet damânı tahtında olarak muntazaman tesviye edecektir ve her üç ayda bir hesabâtını nâtik bir defter tanzim ile Heyet-i İdare'ye tasdik ettirecektir.

Yirmi birinci madde: İçtimâ-ı umûmilere Heyet-i Âmile'nin reis-i evveli riyâset edecek, gaybûbetinde reis-i sânilerden biri vekâlet eyleyecektir.

Yirmi ikinci madde: Heyet-i Umûmiye senede bir defa ve Teşrinievvel ayı içinde içtimâ eyleyecek, yevm-i içtimâını Heyet-i Âmile tayin ve ilan edecektir. Mamâfih Heyet-i Âmile'nin göstereceği lüzum üzerine sene içinde fevkalâde surette içtimâ edebilir.

Yirmi üçüncü madde: Heyet-i İlmiye ayda iki defa, Heyet-i İdare dahi haftada bir defa içtimâa mecburdur. Şu kadar ki azânın nısfından bir ziyadesi hâzır olmadıkça karar ittihaz edilemeyecektir.

Yirmi dördüncü madde: Ale'l-umûm müzakerâta tesâvi vukûunda reisin bulunduğu taraf tercih olunacaktır. İçtimaatta reisler müzakerâtın intizamını muhafaza edecek ve reisten istizân etmedikçe kimse söz söyleyemeyecek ve en evvel söz talep eden azâ diğerine takaddüm edecektir.

Müzakerâtı ihlal eden veyahut heyetin mukarrerâtına muhalif hareket eyleyen azâ, evvelâ rica ile, sâniyen ihtar ile intizama riayet etmeye davet olunacak; buna da havale-i sem'-i itibar etmez ise heyet-i mevcûdenin sülûsân-ı ekseriyetiyle müstafi nazarıyla bakılacaktır.

Yirmi beşinci madde: Heyet-i Âmile'nin tensib edeceği Haziran, Temmuz veya Ağustos aylarından birinde bir mâh tatil ve istirahat olunacaktır.

Yirmi altıncı madde: Encümenin varidâtı şunlardır:

Evvelâ, müessisler tarafından verilecek iane-i nakdiye;

Sâniyen, umûm azâ-yı asliye tarafından der-uhde olunacak hisse-i seneviye;

Sâlisen, ashâb-ı hamiyet ü fütüvvet tarafından vukû bulacak her nev' teberruât ve îânât;

Râbian, Encümen namına tab olunacak mecmua ve müellefâtın hasılât-ı sâfiyesi;

Yirmi yedinci madde: Encümenin müellefâtını azâ fey'-i mevzûuyla iştirâya mecburdur.

Yirmi sekizinci madde: Encümenin haiz olduğu şahsiyet-i mâneviye devletce tasdik edilecektir.

Yirmi dokuzuncu madde: İşbu nizamnamenin tadili veyahut Encümenin ilgası arzu olundukta Heyet-i Umûmiye'nin sülûsânı ittifak etmedikçe ol bâbda bir karar verilemez. Bu suretle Encümenin ilgasına karar verildiği zaman Encümenin bi'l-cümle nukûd ve emvâl ve emlâk ve müellefâtı hukuk mekteplerine hibe olunarak Maarif Nezareti'ne teslim edilecek ve rüesâ ve azâdan hiç kimsenin hibe-i vâhide talep ve istirdâdına selâhiyeti olmayacaktır.

Otuzuncu madde: İşbu nizamname tesis maksadıyla vukû bulan içtimâ-ı umûmide hâzır bulunacak umûm müessisler tarafından imza

olunacak ve hisse-i nakdiye ve ianesini tesviye etmiş olan her müessis reis-i evvelin “aslına mutabıktır” işaretiyle tasdikini hâvi bir suret-i musaddaka alabilecektir.

Otuz birinci madde: İşbu nizamnamenin nüsha-i asliyesi nukûd ve emanât-ı sâire meyânında emin bir mahalde mahfuz kalacaktır.

Lâhika

Birinci bend: Darülfünun-ı Osmanî Hukuk Şubelerinin talebesi suret-i daimede Encümenin himaye-i mâneviyesi tahtında bulunacak ve Dersaadet Mekteb-i Hukuku'nun her sınıfından talebenin ekseriyetiyle intihab olunacak birer efendi, beyan-ı re'y etmek selâhiyetini haiz olmamak üzere Encümene fahri azâ sıfatıyla kabul olunacak ve bu efendiler Heyet-i Umûmiye ve Daime müzakerâtını istimâ edebileceklerdir.

İkinci bend: Hukuk mekteplerinin talebesi Encümen tarafından neşr olunacak kâffe-i müellefâtı nısf-ı bedeliyle iştira edebileceklerdir.

Üçüncü bend: Encümenin kuvve-i maliyesi müsait bir raddeye bâliğ olduğu vakit hukuk mekteplerinden aliyyülala derecede mezun olanlardan bi'l-müşabaka tefrik olunacak efendiler Encümenin mesârifiyle ikmâl-i tahsil için Avrupa darülfünunlarına gönderilecektir.

Otuz bir madde ve üç bendi hâvi olan işbu nizamname marifetimizle tanzim kılındığı tasdik olunur.

fi 21 Teşrinisâni sene 1324 [4 Aralık 1908]

OSMANLI HUKUK ENCÜMENİ REİS-İ EVVELİ

KEMAL PAŞAZÂDE SAİD BEY'İN NUTKU

(25 Aralık 1908)

Ey huzzâr-ı kirâm!

Bir hukuk encümeni teşkili maksadıyla vukû bulan içtima-ı ibtidâide encümenin nizamname-i esasısını tanzim eylemek için heyetimizi intihab buyurmuşsunuz. Pek büyük bir mefharet olan bu intihab heyetimiz erkânına bâis-i şevk u gayret olup nizamname-i matlûb kemal-i dikkatle tanzim olundu. Tecemmü-i hâzırdan maksad-ı evvel, nizamnamenin kıraat ve tasdiki maddesidir. Sebat ve metanetle ikdam ve himmet olduğu takdirde pek güzel âsâr-ı terakki göstermeye müsait tarzda teşkil-i encümen etmek için iktiza eden tedâbiri mutazammın bir nizamname vücûda getirmiş olduğumuzu ümit ederiz. Cihanda her şey ibtidâ-yı zuhurunda nekâisden âzâde olamayıp peyâpey nekâisin islahı mümkün olacağı derkâr ve bugün hâtıra gelmeyen suver-i islahiyenin yarın mütecellî olması ihtimali bedidârdır. Çünkü hâl-i hâzır hiçbir vakitte müstakbel ile iddia-yı müsavat edemez.

Hususât-ı ilmiye-i hukukiyenin merkez-i müzakeresi [olmak] üzere bir Heyet-i Âmile-i İlmiyenin teşkil olunması tasvib edildi. Diğer bir heyet dahi idare işleriyle meşgul olmak üzere teşkil olunmak münasip görüldü. Zekâ ve fetânet erbâbından ve ashâb-ı fazl u kemâlden olmak iktiza eden bu Heyet-i Âmile-i İlmiyenin idare umûruyla iştigal etmesi muvafık-ı maslahat değildir. Reviyet ve umûr-âşınayı ile beraber yine hukuka müntesib zevâtın olmak üzere teşkil olunması tasvib olunan Heyet-i İdare dahi re'yinde müstakil olup diğer heyetin maiyetinde olmayacaktır. Zira öyle maiyet halinde bulunacak heyete intihab olunanlar bittabi kadrlerini tenkis mânasını tazammun eden bir intihabdan memnun olamazlar.

Journal Asiatique namında bir mecmua-i meşhure-i mevkute neşretmekte bulunan Société Asiatique gibi müessesât-ı ilmiyede suret-i daîmede hizmet-i kitabette bulunmak ve umûr-ı tahririye kendisine münhasır olmak üzere “secrétaire perpétuel” ünvanlı bir memur-ı mahsus bulundurulmak mutâd ise de bizce bu suret külfetli ve öyle vazife-i müsteare deruhde edecek memur bulmak suûbetli görüldüğünden kitabet hizmetine, intihab ile birer zât nasb olunması suret-i rehîn-i evleviyet addolunmak lazım geldi. “Un bon conseil est l'âme d'une bonne institution” kaidesi Garbiyyûnca düsturu'l-ameldir.

Size bu içtimada terettüb eden ikinci vazife, Heyet-i Âmile'nin İlmiye ve İdare kısımlarına azâ intihab eylemektir. Şâyân-ı nazar-ı dikkatiniz mevâddan olmak üzere İlmiye kısmına intihab olunacak zevâtın lisan-ı Araba veya elsin-i ecnebiyeden birine aşına olmaları şart ittihaz kılındı. Suver-i umûr u ahvâl-i âleme olan vukûfunuz bu şart için esbâb-ı mücibe göstermekten bizi müstağni eyler. Zaruri olarak gerek lisan-ı Araba ve gerek

elsine-i ecnebiyeye “aşına” denilmekle iktifa olunup “mütebahhir”, “münşi” veya “mükemmelen vâkıf” gibi sıfât vasfından çekindik. Doğruyu ketm etmek heyet-i celilenize karşı derkâr olan hürmet-i mahsûsamıza münâfi olduğuna binâen “aşına” sıfatı gerek lisan-ı Araba ve gerek elsine-i ecnebiyeye müntesib olanlarımızın muarriif-i ahvâl-i ekseriyeti bulunduğunu beyandan geri duramayız.

Zâhirî ve bâtnî evsâf-ı matlûbeyi câmi zevât intihab buyuracağımızdan biz değil, bütün kavm-i Osmani emindir. Ulûm-ı hukukiyenin mülkümüzde tevessüü gibi mühim bir hizmete miad olmak üzere teşkil kılınacak bir heyetin azâ-yı asliyesi tebea-i Osmaniyyeden bulunmak iktiza edeceğini teslimde tereddüt buyurmazsınız. Garbın maarif ve maarif-mendânından istiğna göstermek ve onlardan istifade etmek istememek maddesi, kat’an pîrâmen-kerd-i hâtırımız olmayıp o cihetle azâ-yı fahriye ve azâ-yı muhabire için tâbiyyet-i Osmaniye şartı külliyyen gayr-ı caiz addolunup tâbiyyet şartı azâ-yı asliyeye münhasır kaldı.

Fetânet ve dirayet-i müsellemeniz bu nizamname hakkında sair gûnâ izahat vermeye hâcet bırakmaz. Kaide-i celîle-i “es-simâhu ribâhun” ile âmil ve ez-her-cihet menâfi-i ciddiye-i vatan uğurunda ni’em-i muavenet ü mekremeti fedakârâne bâzil olan zevât-ı kirâmdan müteşekkil heyet-i celilenizin ilk içtimasında haylice nukûd ve muavenet itâ buyurulmuştu. Kâffe-i hamiyet-mendân-ı vatan bu fütüvvet-i fedakârânededen elbette mesrûr ve müteşekkirler. Gördüğümüz bu himmet ve fütüvvet bize mücib-i cesaret ve ümmid-bahş-ı teceddüd-i mekremettir. Li-hazâ yine kîse-küşâ-yı himmet olmanız lazım geleceğini ve ianât-ı vâkıa ile idare-i maslahat müstahil bulunduğunu arza mecburuz. Müessesâtın mesârif-i ibtidâiyesi elbette evkât-ı sairedeki mesârifeye makîs olamayacağı âzâde-i beyandır.

Nizamnamenin mütalaasından müstebân olacağı vechile Encümene menâbi-i vâridât dahi düşünölmüş ve bulunmuş olup bu vâridât meyânında azâ-yı asliye için senevi birer hisse-i iane tayin olunması lazım gelerek ol bâbda müdavele olunan ebhâsın fezlekesinde servet-i umumiyyemizin hal-i hâzırına göre senevi 3 liradan ziyade hisse-i iane vaz’ına heyet-i âcizânemizce cesaret edilemedi. Vâkıa tayin olunan mikdar-ı mezbûr bir hadd-i asgari olup ashâb-ı iktidardan bulunan zevât için ianât-ı fevkalâde kapıları küşâde ise de hadd-i asgari-i mecburîyi hal ü mal-i umumîye tevfiik mukteziyât-ı umûrdandır.

Her ne ise gerek nizamnameye dair tedkikât, gerek intihabât ve gerek ianât, menût-ı ârâ’-i sâibenedir. Lâzime-i hal olarak himmet-i müşkilât-berendâzânesiyle tesis-i binâ-yı hürriyet ve böyle müessesâta ihdâs-ı imkân-ı muvaffakiyet eden İttihad ve Terakki Cemiyet-i muhteremesine Encümen namına olmak üzere bir teşekkürname gönderilmesi cümle-i mukarrerâtımızdan bulunup teşekkürname-i mezbûr dahi nazar-ı tasvib u tashihinize maruzdur.

Yalnız şahs-ı âcizâneme ait olarak bi’l-intihab uhde-i kemterâneme ihale-i riyâset buyurulmak suretinde izhar buyurulan itimattan nâşi kemâl-i teşekkürâtımı arza mübâderet ve hizmet-i riyasetin ifasındaki aciz ve kusurum için afv u merhametinize dehâletle söze hitâm veririm.

MEKTEB-İ HUKUK MEZUNLARI CEMİYETİ NİZAMNAMESİ

Mukaddime

Madde 1: Mekteb-i Hukuk'tan şimdiye kadar neş'et eden zevâtın mürekkebi olarak 25 Nisan sene [1]326 [8 Mayıs 1910] tarihinden itibaren Dersaadet'te Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti namıyla bir cemiyet teşekkül ve teessüs etmiştir. Mezkûr mektepten bundan böyle çıkacaklar da bu Cemiyete dahil olmak selâhiyetini haizdir.

Cemiyetin Maksad-ı Teşekkülü

Madde 2: Cemiyetin maksadı:

Evvelen, Mekteb-i Hukuk mezunlarını yek-diğerine tanıtıp aralarında bir rabita-i ittihad ü müvâlât temin etmek,

Sâniyen, mekteb-i mezkûrdan daha mutenâ bir surette ashâb-ı malumat yetiştirmenin çarelerini düşünmek,

Sâlisen, varidât-ı Cemiyet müsait olduğu takdirde bu mektepten her sene birinci çıkacak talebeye mükafat-ı münâsibe itâ ve içlerinden müstaid ve fakat bi-kudret olanlarının masraflarını dahi bi't-tesviye Avrupa Darülfünun[ları]na i'zâmı suretiyle tevsi-i daire-i malumatlarına hizmette bulunmak,

Râbian, Avrupa kanunlarıyla kavânîn-i mevzuamızı bi't-tetebbu memâlik-i Osmaniye'de câri olan âdât ve ahlâka göre terakkiyât-ı hukukiyemizi ıslah ve temine çalışmak,

Hâmisen, azâ-yı Cemiyetten ve ale'l-umûm mezunînden muhtac-ı muâvenet olanlara maddi ve mânevi muâvenet ve hukuk-ı meşrualarının muhafazasına delâlet etmek,

Sâdisen, mesâil-i hukukiye ve ahlâkiye hakkında umûmi ve hususi konferanslar vermek,

Sâbian, muamelat-ı mühimme-i hukukiyeden bâhis bir de mecmua-i mevkûte neşr etmek ile iştigaldir.

Cemiyetin Müessisleri

Madde 3: Cemiyetin müessisleri, Beyoğlu Bidayet Mahkemesi azâsından Sandıkçızâde Hacı İbrahim ve mahkeme-i mezkûre müddei-i umûmi muavinlerinden Kemal beylerdir. Mumaileyhümâ Cemiyetin vasıta-i muhabere olan kâtib-i umûmileri dahi olduklarından Cemiyetler Nizamnâmesi mücebince Cemiyetin hükümet-i seniyyeye karşı olan vezâifinden mesul ve azâ-yı tabiiye sıfatıyla Heyet-i İdaresi'ne de dahildirler.

Madde 4: Mumaileyhümadan birinin istifası veya taşraya azimeti veyahut vefatı vukûunda yerine Heyet-i İdare-i Cemiyetten -Cemiyete

dühûl itibariyle- en kıdemlisi intihab olunacak ve kıdemde müsavat vukûunda kura keşîde edilecektir.

Heyet-i İdare-i Merkeziye

Madde 5: Cemiyetin temşiyet-i umûru bir reis-i evvel, bir reis-i sâni, 11 azâ ile müessisleri olan iki kâtib-i umûmiden müteşekkil, 15 zâttan mürekkeb bir heyete aittir.

Madde 6: İşbu Heyet-i İdare'nin reis-i evvelliğine Adliye Nezaret-i celilesi Umûr-ı Cezaiye müdürü Mehmed Celâl ve reis-i sânilğine Beyoğlu Bidayet Mahkemesi reis-i evvelliğinden mütekaid, dava vekâletiyle meşgul Hamid ve azâlıklarına da Mekteb-i Hukuk müdürü Midhat ve Beyoğlu Bidayet Mahkemesi azâsından Nasuhizâde İbrahim ve vükelâ-yı deâviden Diran Yerganyan ve Yordanaki Haralambidi ve Yusuf Cemal ve David Dermusesyan ve Osman Talat ve Hayati ve Samuel Anastasyadi ve Hasan Hayri ve Aksaray Polis Merkez memuru Tevfik Tarık bey ve efendiler ilk bir seneye mahsus olmak üzere intihab olunmuşlardır.

Madde 7: İşbu Heyet-i İdare, bir senenin hitâmında reis-i evvel ile kâtib-i umûmiler dahil olmaksızın beynlerinde kura keşîdesiyle nısfını ibkâ edecek, açılan yerlere iki sene için başkaları intihab olunacaktır. İlk seneden mâadâ senelerde kura keşîde olunmayıp reis-i evvel dahi dahil olduğu halde usûl-i münâvebeye riayet edilecek yani yalnız iki sene ifa-yı vazife etmiş olanların yerleri için intihab icra kılınacaktır.

Madde 8: Heyet-i İdare, reis-i evvel ve sâniyi beynlerinde re'y-i hafi ile tayin ederler.

Madde 9: İki seneyi ikmâl etmeksizin istifa veya taşraya azimet eden veyahut vefat eyleyen azânın yerlerine ancak müddet-i mütebakiyeleri için Heyet-i İdare tarafından diğerleri intihab olunur.

Madde 10: Bilâ-mazeretin ale't-tevâli üç içtimâda hazır bulunmayan idare azâsı dahi müstafi addedilir.

Madde 11: Müddetlerini ikmâl etmiş olan azâların tekrar intihabları caizdir.

Madde 12: Heyet-i İdare, lâ-ekall haftada bir gün içtimâ edecek ve umûr-ı Cemiyete müteallik hususât ile iştigal eyleyecektir.

Madde 13: Heyet-i İdare'ye reis-i evvel ve bunun gıyâbında reis-i sâni, bu dahi bulunmadığı takdirde kendi içlerinden o celse için muvakkaten intihab edecekleri biri riyâset eder.

Madde 14: Heyet-i İdare müzakerâtının muteber olması için azâsının nısfından bir ziyadesinin huzuru ve mukarrerâtında ekseriyet-i ârâ' husûlü şarttır. Tesâvî-i ârâ' vukûunda reis tarafı tercih olunur.

Madde 15: Heyet-i İdare zamanına ait hesabâtı ve tanzim edeceği bütçeyi berâ-yı tasdik Heyet-i Umumiye'ye arzı mecburdur.

Memurîn-i Cemiyet

Madde 16: Cemiyetin bir muhasebecisi ve veznedarı ile bir de hâfız-ı kütübü olacaktır. İşbu memuriyetlerin vezâifi Heyet-i İdare kararıyla fahri

olarak heyet-i mezkûre azâsından birer zâta gördürülür. Varidât-ı mukanneneyi tahsil ve veznedara teslim etmek vazifesiyle mükellef olarak Heyet-i İdarece bir veya müteaddid mükellef tahsildâr dahi tayin olunacaktır.

Madde 17: Muhasebeci ile veznedar ve tahsildar lâ-ekall üç ayda bir defa Heyet-i İdare'ye müştereken bilanço vermeye ve her sene Heyet-i Umumiye'ye o senenin varidât ve mesârifâtını mübeyyin verecekleri defteri tasdik ettirmeye mecburdurlar.

Madde 18: Varidât-ı Cemiyetten ancak 5.000 kuruş raddesinde bir kısmı, zuhur edecek mesârifât-ı âcile karşılığı olmak üzere veznedar nezdinde hıfz olunabilir ise de bundan fazlasının Cemiyetin mührü ve reis-i evvel ile muhasebecinin imzası tahtında münasip bir bankaya tevdi mecburidir.

Madde 19: Bankaya tevdi olunacak varidât-ı Cemiyetten bir mikdarının veya mecmûunun istirdâdı, Heyet-i İdarece itâ ve defter-i mahsusuna kayd ile beraber zîri taraflarından imza edilecek karara mütevakıftır.

Madde 20: Kâtib-i umûmilere muâvenet etmek üzere lede'l-hâce iki ve daha ziyade kâtip istihdam olunabilir. Gerek tahsildarlara ve gerek bu kâtiplere verilecek maaşâtın miktarını ve kendilerini tayin Heyet-i İdare'ye aittir.

Madde 21: İleride lüzum görüldüğü takdirde adedi tezyid edilmek üzere şimdilik mükeffilen istihdam edilecek bir nefer hademe ve tahsis olunacak maaş miktarının tayini dahi kezalik Heyet-i İdare'ye mevdûdur.

Heyet-i Umumiye-i Cemiyet

Madde 22: Cemiyetin Heyet-i Umumiyesi, Cemiyete mukayyed olan azânın heyet-i mecmuasıdır.

Madde 23: İçtimâ-ı umûmi her senenin Rumî Eylülü ibtidâsıyla 10'uncu günü beyninde Heyet-i İdarece kararlaştırılacak bir günde vukû bulacaktır. Şu kadar ki Heyet-i İdare, bundan mâadâ vakitte dahi gerek göreceği lüzum ve gerek azâ-yı Cemiyetten mecmûunun lâ-ekall rub'u tarafından vukû bulacak teklif-i tahrirî üzerine de Heyet-i Umumiye'yi içtimâa davet eder.

Madde 24: Heyet-i Umumiye, Cemiyete mukayyed azânın rub'u hazır bulunmadıkça müzakerâta şürû edemez. Ancak ilk içtimâda bu miktar azâ bulunamaz ve bir hafta fâsıla ile tekrar içtimâa vukû bulan davet üzerine yine rub' derecede azâ içtimâi kâbil olamaz ise mevcut azânın adedi kaçâ bâliğ olur ise olsun onlar ile müzakerâta mübâşeret ve karar ittihaz edecektir.

Madde 25: Heyet-i Umumiye, Heyet-i İdare'nin rûznâme-i müzakerâta kayıt suretiyle tevdi edeceği her nev' mesâil hakkında alenen icra-yı mübâhasât ve beyan-ı mütalaât ile neticede bir karar ittihaz eyler.

Madde 26: Heyet-i Umumiye'ye riyâset dahi Heyet-i İdare reisine ve bunun gıyâbında reis-i sânisine ve bu dahi bulunmadığı zaman Heyet-i İdare azâlarının kendi içlerinden intihab edecekleri reis-i muvakkata aittir.

Madde 27: Heyet-i Umumiye azâsı riyâsetten söz almadıkça ve rûfekâsı mütalaalarını ikmâl etmedikçe beyan-ı re'ye şürû edemezler.

Madde 28: Heyet-i Umumiye müzakerâtının bir nizâm-ı tâm tahtında cereyanını temin ve müzakerâtın kifâyetini takdir ile beraber re'yleri toplamak ve icâbı halinde re'y-i hafîye dahi müracaat etmek riyâsete ait vezâifdendir.

Madde 29: Heyet-i Umumiyece vukû bulacak her nev' müzakerât üzerine verilecek mukarrerâtın kâbil-i icra olabilmesi için, müzakerede bulunan azânın husûl-i ekseriyet-i ârâ'sı şarttır. Tesâvi-i ârâ' vukûunda reis tarafı tercih olunur.

Madde 30: Heyet-i Umumiye'de ekseriyetle ittihaz olunan mukarrerât dahi, bütün azâ-yı Cemiyet için vâcibü'l-ittibâdır.

Madde 31: Yalnız konferanslarda icrası arzu olunan nutuklar için, evvelce riyâsetten ruhsat istihsâl olunmak icâb eder. İçtimâ-ı umûmilerde irâd olunacak nutuklar hakkında evvelce izin ve ruhsat talebine hâcet yoksa da Cemiyetin maksad-ı tesisine muhalif olarak irâdına bed' edilen nutukları her vakit men'e de reis selâhiyettardır.

Azâ-yı Cemiyet ve Vazifeleri

Madde 32: İşbu Cemiyete dühûl arzusunda bulunan zât, mektep şehadetnâmesinin bir suretini ve hülâsa-i tercüme-i halini mübeyyin bir varaka ile Cemiyetin vasıta-i muhaberesi olan müessislerden birinin adresine müracaat edecek ve Cemiyetler Nizamnâmesi'nde muharrer mevâni mevcut olmadığı takdirde Cemiyet azâlığına kabul edilip Cemiyete kayıt olunduğunu müsbit Heyet-i İdare'den musaddak yedine bir varaka verilecektir.

Madde 33: Her azâ bulunduğu mahalde maksad-ı Cemiyeti takip ve bunun icrasını temin ve teshil edecek esbâbı taharri ile neticesini muvazzahan ve müdellelen merkez-i Cemiyete işâr ve Cemiyetin mecmua-i mevkûtesine derc olunmak üzere münasip makaleler irsâl edebilir.

Madde 34: Azâ-yı Cemiyet arasında hiçbir gûne fark ve imtiyaz yoktur.

Madde 35: İstifa eden veya tediyesi meşrûat olan tekâsıttan ale't-tevâli üç aylığını vermeyen veyahut azâ-yı Cemiyet arasında devamı be-gayet matlûb olan revâbit ve ittihadı halel-dâr edecek muamele vukûuna sebep olmak gibi Cemiyetin maksad-ı tesisine muhalif harekette bulunan azânın Heyet-i İdare kararıyla o zamana kadar vermiş olduğu hisse-i nakdiye iade edilmeyerek Cemiyetten kaydı terkin edilir.

Madde 36: Kayıtları terkin edilen azâların tekrar kabulleri, terkin-i kayıtları hakkındaki re'yin bir fazlası hâsıl olmadıkça caiz olamaz.

Varidât-ı Cemiyet

Madde 37: Varidât-ı Cemiyet iki kısımdır: Biri azâların şehri vereceği hisse-i nakdiye, diğeri neşr olunacak mecmua-i mevkûte hasilâtı ile Cemiyete vâki olacak teberruât ve muâvenât-ı nakdiye ve bunların menâfiidir.

Madde 38: Şehrî tahsili mukarrer olan hisse-i nakdiyenin hadd-i asgarı 10 kuruş olup azâ-yı Cemiyetin bu dairede taahhüt edeceği aylığın birkaçını birden vermesi de caizdir.

Madde 39: Alınan hisse-i nakdiye mukabilinde müteselsilen bir número tahtında Cemiyete mahsus makbuz ilmuhaberi itâ olunacaktır.

Defâtir-i Cemiyet

Madde 40: Heyet-i İdare yedi defter tutmaya mecburdur. Bunlardan, Birincisi, número ve tarih-i kayıt sırası ve İkincisi, hurûf-ı hecâ tertibi ile Cemiyet azâsının esâmisini; Üçüncüsü, bi'l-cümle menâfi-i varidâtı, Dördüncüsü, vukû bulacak mesârifâtı, Beşincisi, hesabât-ı umumiyeyi, Altıncısı, eşya-yı menkûleyi,

Yedincisi, mukarrerât-ı vâkıyı kayda mahsustur.

Madde 41: Mezkûr defterlerin mücelled ve muntazam olarak her sahifesi matbû número tahtında Cemiyetin mühr-i resmîsiyle tahtîm ve ibtidâsıyla intihâsına kaç sahifeden ibaret olduğunu mübeyyin yazılacak şerh zîri dahi taraf-ı riyâsetten imza vaz'ı suretiyle tasdik olunacaktır.

Madde 42: Defâtir-i mezkûreden azânın esâmisiyle mukarrerât-ı vâkıyı kayda mahsus olan üçü kâtib-i umûmilere ve mâadâsı muhasebeci ile veznedara ve cümlesinin şayan-ı vüsûk u itimad bir halde bulundurulmasından tevellüd edecek mesuliyet ise Heyet-i İdare'ye aittir.

Kütüphanesi-i Cemiyet

Madde 43: Cemiyetin bir de kütüphanesi olacak ve kütüb ve resâilin cins ve nev'ini, hâfız-ı kütüb olan zât bi't-tayin defterini Heyet-i İdare'ye verecek ve heyet-i mezkûrenin takdir ve kararı üzerine iştirâsı caiz olacaktır.

Madde 44: Azâ-yı Cemiyet, kütüphanede mevcut kütüb ve resâilden arzu ettiklerini mütalaa edebilirler ise de âriyet suretiyle dahi olsa harice kitap çıkarılması memnûdur.

Mecmua-i Mevkûte

Madde 45: Cemiyetin vasıta-i neşr-i efkârı olmak üzere bir mecmua-i mevkûtesi dahi olacaktır. İşbu mecmuanın idaresi Heyet-i İdare tarafından tayin olunacak beş zâttan mürekkebe bir heyete aittir.

Vezâif-i Teftişiyeye

Madde 46: Cemiyetin bi'l-cümle muamelatı Heyet-i Umumiyece lüzum görüldükde tayin olunacak üç zât tarafından teftiş olunabilecek ve bir de yolsuzluk görüldüğü halde keyfiyet ve esbâbı hakkında muvazzahan ve

müdellemen bir zabıt varakası tutulup mündericâtına göre Heyet-i Umumiyece verilecek karar üzerine iktizâsı ifa olunacaktır.

Teşvikât ve Mükafat ve Muâvenât

Madde 47: İlm-i hukuka mütedair en güzel eser yazanlara ve Mekteb-i Hukuk'dan birinci çıkacak olanlara mahsus olmak üzere Cemiyetin istitâ'ât-ı maliyesi ile mütenasip mükafatlar itâ olunacaktır.

Madde 48: Cemiyet azâsından muhtac-ı muâvenet olanlar için gerek bi'l-vasita, gerek doğrudan doğruya talep edilecek muâvenet-i nakdiye ve sâirenin lüzum ve mikdarı tahkikat-ı mukteziye icra edildikten sonra Heyet-i İdare tarafından kararlaştırılır.

Madde 49: Vefat eden azânın muhtaç oldukları tahakkuk eden eytâm ve erâmiline dahi iâne itâ edilecektir.

Eyyâm-ı Tatiliye

Madde 50: Temmuz ve Ağustos aylarına mahsus olmak üzere her sene için iki ay eyyâm-ı tatiliye ittihaz edilmiş olmağla bu müddet zarfında Cemiyetin tahsilat ve muhaberât muamelatı icra olunacak ise de Heyet-i İdaresi ile Heyet-i Umumiyesi içtimâ etmeyecektir.

İnfisâh-ı Cemiyet

Madde 51: Cemiyetin infisâhı halinde mevcut olan nakit ve eşya Heyet-i Umumiye'nin vereceği karara tevfikan bir cihet-i hayriyeye terk ve teberru edilecektir.

Madde-i Mahsusa

Madde 52: Heyet-i Umumiye kararıyla işbu nizamnâmenin tebdil ve tadili caizdir.

Ve minAllahi't-tevfik.

Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti'nin Kuruluşuna Dair El İlanı¹⁸³

Muhterem Efendiler!

Mekteb-i Hukuk mezunlarını yek-diğerine tanıttırıp aralarında bir rabıta-i ittihad ü müvâlât temin etmek ve mekteb-i mezkûrdan daha mutena bir surette ashâb-ı malumat yetiştirmenin çarelerini taharri ve her sene birinci çıkacak talebeye mükafat-ı münâsibe itâ ve içlerinden müstaid ve fakat bi-kudret olanlarının masraflarını dahi bi't-tesviye [bir] Avrupa darülfünununa i'zâmı ile tevsi-i daire-i malumatlarına hizmette bulunmak ve Avrupa kanunları ile kavânîn-i mevzuamızı bi't-tetebbu memâlik-i Osmaniyede câri olan âdât ve ahlâka göre terakkiyât-ı hukukiyemizi ıslah ve temine çalışmak ve azâ-yı Cemiyetten ve ale'l-umûm mezunünden muhtac-ı muâvenet olanlara maddi ve mânevi muâvenet ve hukuk-ı meşrualarının muhafazasına delâlet etmek ve mesâil-i hukukiye ve ahlâkiye hakkında umûmi ve hususi konferanslar vermek ve muamelat-ı mühimme-i hukukiyeden bâhis bir de mecmua-i mevkûte neşr etmek maksadıyla fi 25 Nisan sene [1]326 [8 Mayıs 1910] tarihinden itibaren bir cemiyet teşkil ve "Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti" namıyla tevsim olunarak temşiyet-i umûru 15 zâttan mürekkeb bir heyet-i idareye tevdi edilmiş ve fi 3 Mayıs [1]326 [16 Mayıs 1910] tarihli ve 114 numaralı ilmuhaber ile hükümet-i seniyyeden ruhsat-ı resmîyesi dahi tahsil olunup Ayasofya'da Daire-i Adliye civarında Cami-i şerif ve Tramvay yoluna nâzır 1 numaralı, köşe başındaki hane içtimaa tayin ve tahsis kılınmıştır.

Bir nüsha-i matbuası leffen irsâl kılınan 52 maddeyi hâvi nizamname-i Cemiyetin mütalaasından müstebân olacağı üzere sırf vatanın teâli ve terakkisi maksadına müsteniden teşekkül eden işbu Cemiyete dühûl teşebbüsünde bulunan zevâtın Mekteb-i Hukuk şهادetnamesiyle tercüme-i hali varakasının birer suretini -Cemiyetin hükümet-i seniyyeye karşı olan vezâifinden mes'ul- zırde adresi muharrer müessislerinden birine gönderdikleri halde Cemiyete kayıtları muamelesinin icra ve kendilerine de malumat itâ olunacağı beyân olunur efendim.

Beyoğlu Bidayet Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesinde azâ Hacı İbrahim

Mahkeme-i mezkûre müddei-i umûmi muavinlerinden Kemâl

[Mühür:] Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti [Hicri] 1328

¹⁸³ Belgenin orijinali için bkz. Dölen, 2009, s. 308.

EK 8

Mekteb-i Hukuk Mezunları Cemiyeti'nin Amblemi/Arması ve Mührü



AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE ANAYASA ÇATIŞMASI BAĞLAMINDA SÖZLEŞME'NİN SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNE İLİŞKİN 7. MADDESİNİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

In the Context of the Conflict Between European Convention on Human Right and Turkish Constitution the Problem of Applicability of the Article 7 of th Convention in Turkish Law

Dr. Öğr. Üyesi Hasan İBA*

Öz: Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin 1982 Anayasası (AY) ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki (TCK) düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) m. 7 karşılaştırıldığında; biri, suç ve cezaları düzenleyen normların kaynağına ve diğeri, geçmişe yürüme yasağına ilişkin olmak üzere iki önemli farklılık göze çarpmaktadır. AY m. 38 ve TCK m. 2'ye göre suçların ve cezaların tek kaynağı, TBMM'nin bir yasama tasarrufu olan kanundur. AIHS m. 7'nin lafzına göre ise suç ve ceza içeren normların *ulusal hukuk, uluslararası hukuk ve medeni toplumlarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri* olmak üzere üç kaynağı vardır; yani milli hukuka göre suç teşkil etmeyen davranış, uluslararası hukuka ya da medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine göre suç teşkil ediyorsa bu fiil dolayısıyla cezalandırma mümkündür. AY m. 15 ve TCK m. 7'ye göre, aleyhe kanun geçmişe yürütülemez. AIHS m. 7/2'nin lafzına göre ise *medenî toplumlarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık* halinde aleyhe kanun geçmişe yürütülebilir. AY m. 90/5'e göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışmalarda antlaşma hükümleri uygulanır. Doğrudan, Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar arasındaki çatışmayı çözümlenmeye özgülenmiş bir düzenleme ise Anayasa'da yer almamaktadır. Bu çalışmada, Anayasa ile AIHS arasındaki çatışma sorunu bağlamında AIHS m. 7'nin anlamı ve Türk hukukunda uygulanabilir olup olmadığı meseleleri ele alınacaktır. **Anahtar Kelimeler:** Kanunilik İlkesi, Geçmişe Yürüme Yasağı, Norm Çatışması.

Abstract: When the regulations in Turkish national law regarding *the principle of legality in crime and punishment* are compared with ECHR Article 7, two important differences stand out. According to our national law, the only source of crimes and punishments is a legislative act of the Turkish Grand National Assembly (Turkish Constitution Article 38, Turkish Penal Code Article 2). According to ECHR Article 7, the norms containing crime and punishment have three sources: national law, international law and general principles of law accepted by civilized societies. In Turkish national law, law cannot be applied retroactively even in states of emergency (Turkish Constitution Article 15, Turkish Penal Code Article 7). According to ECHR Article 7/2, adverse law can be applied retroactively in case of a violation of the general principles of law accepted by civilized societies. In Turkish Constitution Article 90/5, in cases of conflict between international agreements and penal code on fundamental rights and freedoms, the provisions of the agreement shall apply. There is no regulation specific to resolving the conflict between the Constitution and international agreements on fundamental rights and freedoms in the Constitution. In this study, in the context of the conflict between the Turkish Constitution and the ECHR, the meaning of ECHR Article 7 and whether ECHR Article 7 is applicable in our domestic law will be discussed. **Keywords:** Principle of Legality, Prohibition of Retroactivity, Norm Conflict

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hiba@erzincan.edu.tr
ORCID: 0000-0002-2330-7190 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573547
Makale Geliş Tarihi: 16.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 10.09.2024

GİRİŞ:

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin birincisi, otoriteyi sınırlamak suretiyle kişi özgürlüğünü güvence altına alma; ikincisi, suç teşkil eden davranışları ve bu davranışların yaptırımlarını ortaya koymak suretiyle kişilerin davranışlarını yönlendirme şeklinde iki önemli fonksiyonu vardır.^{1,2}

Bahse konu önemi dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesine hem AY m. 38’de hem de TCK m. 2’de yer verilmiştir:

AY m. 38’e göre; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” (f. 1). “Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır” (f. 2). “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” (f.3).

TCK m. 2’ye göre; “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez” (f. 1). “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” (f. 2). “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” (f. 3).

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin en önemli sonuçlarından birisi, aleyhe kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen fiiller hakkında uygulanamamasıdır.³ Bazı ülkelerin anayasalarında aleyhe geçmişe yürüme yasağına bazı suçlar bakımından istisna getirilmiştir. Örneğin, Arnavutluk Anayasası m. 29’a göre, *savaş suçu* ve *insanlığa karşı suçlar* hariç, suçlar ve cezalar geçmişe yürütülemez.⁴ Türk hukukunda da bazı uluslararası suçlara özel önem atfedilmiştir; ancak bu suçlara aleyhe geçmişe yürüme yasağı bakımından değil, zamanaşımı kurumu bakımından istisna getirilmiştir. TCK m. 76’ya göre *soykırım suçunda*, TCK m. 77’ye göre ise *insanlığa karşı suçlarda* zamanaşımı işlemez.

¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 56-57.

² Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bu fonksiyonunu yerine getirebilmesi için suç ve ceza içeren hükümlerin muhataplarınca *erişilebilir* ve *öngörülebilir* olması gerekir. Söz konusu düzenlemelerin erişilebilir olabilmesi için uygun vasıtalarla ilan edilmeleri; öngörülebilir olabilmeleri için ise lafızlarının muhataplarınca anlaşılabilir olacak şekilde (dilin elverdiği ölçüde) kaleme alınması gerekir. *Erişilebilirlik* ve *öngörülebilirlik* kavramları için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi, s. 12-17, (Guide_Art_7-%20TUR%20-%207.%20madde%20rehberi.pdf), (s.e.t. 12.09.2024).

³ Fiilin işlendiği tarihte mevcut olan ancak fiili kapsamayan kanun hükmünün daha sonradan fiili kapsayacak şekilde genişletilerek uygulanması durumunda da suçta ve cezada kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olur. 7. *Madde Rehberi*, s. 17.

⁴ Triestino Mariniello, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, Vol. 82, No.2, 2013, Nordic Journal of International Law, s. 224.

Türk hukukunda aleyhe geçmişe yürüme yasağı katı bir şekilde kabul edilmiştir:

AY m. 15'e göre; "Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, (...) suç ve cezalar geçmişe yürütülemez".

TCK m. 7'ye göre; "İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı ...kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz" (f. 1). "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" (f. 2).

AIHS'nin suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 7. maddesi, suç ve ceza içeren normların kaynağı ve geçmişe yürüme yasağı konularında Anayasa ve TCK'dan farklılıklar içermektedir. AIHS m. 7'ye göre;

"Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Bu madde, işlendiği zaman medeni uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir".⁵

AIHS m. 7/1'e göre, fiil işlendiği tarihte ulusal hukuka göre suç teşkil etmese dahi, uluslararası hukuka göre suç teşkil ediyorsa failin bu fiil dolayısıyla yargılanması *suçta ve cezada kanunilik ilkesine* aykırılık teşkil etmez.⁶ AIHS m. 7/1'de yer verilen "işlendiği sırada" ifadesi geçmişe yürüme yasağına karşılık gelmekte iken AIHS m. 7/2 ile bu yasağa istisna getirilmektedir.⁷

AIHS m. 7 ile Anayasa ve TCK'daki düzenlemeler birbirlerinden soyut olarak ele alındığında iki temel farklılık dikkat çekmektedir:

(1) Anayasa ve TCK'ya göre, suç ve ceza içeren normların tek kaynağı, "kanun"dur. AIHS m. 7'ye göre ise suçların ve cezaların üç kaynağı vardır: 1- *ulusal hukuk*, 2- *uluslararası hukuk*, 3- *medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri*.

⁵ AIHS m. 15'e göre savaş ve olağanüstü hallerde taraf devletler Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilirler. Ancak bu hallerde dahi ihlal edilemeyecek hak ve özgürlükler vardır; bunlardan biri de AIHS m. 7'de yer verilen *suçta ve ceza kanunilik ilkesidir*.

⁶ Christoph Grabenwarter, *The European Convention on Human Rights Commentary*, 1st Edition, Beck/Hart, München, 2014, s. 177.

⁷ Grabenwarter, s. 177; Edwin Bleichrodt, "Freedom from Retrospective Effect of Penal Legislation (Article 7)" in *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*, eds. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, 4th Edition, Intersentia, Cambridge, 2006, s. 660.

(2) Milli hukukumuzda göre *geçmişe yürüme yasağının* tek istisnası, lehe kanundur.⁸ AİHS'ye göre ise *geçmişe yürüme yasağının* iki istisnası vardır: 1- *lehe kanun*,⁹ 2- *medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık*.

Türkiye'nin 1953 yılında taraf olduğu AİHS ile milli hukukumuz arasındaki bahse konu iki farklılık, 70 yılı aşkın bir sürelik yargı pratiğimizde önemli bir soruna sebebiyet vermemiştir. Gerçekten de geçmişe yürüme yasağı bağlamındaki problem, pratik olmaktan ziyade teorik niteliktedir. Ancak, teorik bir problemin aktüel bir probleme dönüşme ihtimali her zaman vardır. Nitekim aşağıda detaylı olarak ele alacağımız, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin *August Kolk/Petr Kislyiy V. Estonia başvurusuna* ilişkin kararında böyle bir durum vardır.¹⁰ *Kolk* ve *Petr*, 1949 yılında işledikleri ve bu tarihte Estonya ulusal hukukuna göre suç teşkil etmeyen fiilleri dolayısıyla 2003 yılında Estonya'da AİHS m. 7/2 dayanak gösterilerek yargılanmıştır. İlgililerin suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden bahisle AİHM'ye yaptıkları başvuru da yine AİHS m. 7/2 dayanak gösterilerek AİHM tarafından yerinde görülmemiştir.

AİHS m. 7 ile milli hukukumuz arasındaki bir başka farklılık olan suç ve ceza içeren normların kaynağına ilişkin farklılığın bir sorun olarak ortaya çıkma ihtimali ise daha yüksektir. Örneğin, *savaş suçunun* uluslararası bir suç olduğu hususunda tereddüt yoktur.¹¹ Savaş sırasında çatışmanın tarafı olmadığı bilinen sivillerin kasıtlı bir şekilde öldürülmesi *savaş suçudur*.¹² Milli hukukumuzda *savaş suçu* düzenlenmemiştir. 5237 sayılı TCK'nın 303.

⁸ Anayasa'da sadece geçmişe yürüme yasağından söz edilmektedir. TCK m. 7'de ise lehe kanunun geçmişe yürütülebileceği belirtilmiştir. TCK m. 7'deki düzenleme, Anayasa ile çelişmemekte onu tamamlamaktadır. AY m. 15'te geçmişe yürüme yasağına yer verilmesinin nedeni, devlet otoritesi karşısında bireyi korumaktır; dolayısıyla AY m. 15'te "aleyhe" ifadesine yer verilmesi de düzenlemenin amacı, aleyhe olacak şekilde geçmişe yürütülmeyi engellemektir.

⁹ Bu istisna, Sözleşme'de doğrudan yer almamaktadır. AİHS m. 7'de "daha ağır ceza verilemez" demek suretiyle lehe kanunun geçmişe yürütülmesi kuralına açık kapı bırakılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında lehe kanunun geçmişe yürütülebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi, s. 19 (<https://ks.echr.coe.int/>), (s.e.t. 12.09.2024). Ayrıca bu yönde bir karar için bkz. Scoppola V. İtalya (No. 2), ECHR Grand Chamber, Application no: 10249/03, Date: 17.09.2009, para: 106. (Hudoc)

¹⁰ August Kolk/Petr Kislyiy V. Estonia, Application No: 23052/04; 24018/04, T. 17.01.2006 (hudoc).

¹¹ *Savaş suçu, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçunun* uluslararası suçlar olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak bu suçların tanımı hususunda tam bir uzlaşma yoktur. Detaylı bilgi için bkz. Sara Paiusco, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, 1st Edition, Nomos, Baden-Baden, 2020, bkz. s.112. Roma Statüsü m. 5'e göre de Uluslararası Ceza Divanı'nın yargı yetkisi bu dört suç tipi ile sınırlıdır.

¹² *Savaş suçu* ve örnekteki fiilin *savaş suçu*na vücut verdiği hakkında detaylı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 642 vd.

Örnekteki fiilin savaş suçu teşkil ettiği hakkında AİHM kararı için ayrıca bkz. Kononov V. Latvia, ECHR Grand Chamber, Application No: 36376/04, T. 10.05.2010, para. 202 ve 216 (hudoc)

maddesinde *düşmanla işbirliği yapmak suçu* düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul eden, düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı silahlı mücadeleye giren vatandaş, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır”. TCK m. 303/3’te özel bir içtima düzenlemesine yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, “ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur”. Bu özel içtima düzenlemesi dolayısıyla, örneğin, Türkiye ile savaşan devletin yanında Türkiye’ye karşı savaşan Türk vatandaşı çatışmaya katılmadığını bildiği sivilleri öldürürse 5237 sayılı Kanuna göre hem *düşmanla işbirliği yapmak suçundan* hem de öldürdüğü kişi sayısınca TCK m. 81’de düzenlenen *kasten insan öldürme suçundan* sorumlu olacaktır. Bu kişinin Türk yargı mercileri tarafından ayrıca *savaş suçu* dolayısıyla cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise AİHS m. 7’nin Türk hukukunda uygulanabilir olup olmadığı sorunu ile ilgilidir.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, milli hukukumuz ile AİHS m.7 arasında bir çatışmanın gerçekte var olup olmadığı sorunu; ikinci bölümde, AİHS’nin iç hukukumuzdaki konumu ve üçüncü bölümde, AİHS m. 7’nin anlamı ele alınacaktır.

I. MİLLİ HUKUKUMUZ İLE AİHS M. 7 ARASINDA BİR ÇATIŞMANIN MEVCUT OLUP OLMADIĞI SORUNU

AİHS’nin amacı, hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmektir. Millî hukukta, AİHS’de yer verilen hak ve özgürlükler daha iyi bir şekilde korunuyor ise AİHS’nin uygulanmasına gerek yoktur; çünkü Sözleşme temel hak ve özgürlükler konusunda “asgari standartlar” getiren, millî hukuku tamamlayıcı/ikincil nitelikte bir sözleşmedir.¹³ AİHS’nin belirtilen niteliği dolayısıyla millî hukukumuz ile AİHS m. 7 arasında bir çatışmanın olmadığı ileri sürülebilir; zira suç ve ceza içeren normların münhasıran “kanun”la düzenleneceğini belirten ve ayrıca olağanüstü hallerde dahi aleyhe geçmişe yürümeyi yasaklayan Türk hukuku, fail açısından meseleye yaklaşıldığında AİHS m. 7’ye nazaran daha güvencelidir. Ancak altını çizmek gerekir ki; millî hukukumuzun AİHS m. 7’ye göre daha güvenceli olduğu yorumu salt fail açısından meseleye yaklaşıldığında doğrudur. Fiilden etkilenenler açısından meseleye yaklaşıldığında ise failin sorumluluk alanını genişleten ve ceza hukukunun önleme fonksiyonuyla uyumlu olan AİHS m. 7 daha lehedir. AİHS m. 7’nin önemli bir fonksiyonu, kanunilik ilkesinin kalkan olarak kullanılması suretiyle hak ve özgürlük ihlallerinin millî hukukta meşrulaştırılmasını engellemektir.¹⁴ *Nürnberg yargulamalarında* olan da

¹³ Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 16; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002, s. 53.

¹⁴ Mariniello, s. 225. Bu bağlamda AİHM, önleyici içtihatlar geliştirmiştir. Örneğin, TCK m. 45’e göre, “*Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır*”. Bir düzenlemenin suç niteliğinde bir haksızlığa mı ilişkin

budur. *Nürnberg yargılamalarında* sanıklar kanunilik ilkesine dayanarak mahkeme kararlarının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir; ancak söz konusu haksızlıkları cezalandırmamanın bizatihi kendisinin adaletsiz olduğu gerekçesiyle itirazları yerinde görülmeyerek mahkûm edilmişlerdir.¹⁵ Keza aşağıda detaylı olarak ele alacağımız üzere 2000’li yılların başında bazı doğu Avrupa ülkelerinde de, işlendiği tarihte suç teşkil etmeyen fiiller nedeniyle AİHS m. 7 gerekçe gösterilerek mahkûm edilenler olmuştur. Kendi milli hukukları daha güvenceli olmasına rağmen ilgililerin mahkûm edilmesi ve bu mahkûmiyetlerin AİHM) tarafından onaylanması, *milli hukuk sanık bakımından daha leheyse, milli hukuku tamamlayıcı nitelikte olan AİHS m. 7 uygulanamaz* şeklindeki olası argümanın mutlak olmadığını göstermektedir.

Öte yandan, AİHS m. 7’nin de kötüye kullanılması mümkündür. Öğretide haklı olarak ifade ettiği üzere, AİHS m. 7 manipüle edilerek, milli hukukta suç olarak düzenlenmeyen fiillerin milli yargı mercilerince cezalandırılması tehlikesi bulunmaktadır.¹⁶ Milli hukukumuzda yer verilen kanunilik ilkesi ile AİHS m. 7’nin çatışma noktası da tam olarak burasıdır. Bu tehlike dolayısıyla Almanya, Alman Anayasası’na aykırı sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle, AİHS m. 7’ye çekince koymuştur.¹⁷ Türkiye, Almanya’nın aksine, AİHS m. 7’ye çekince koymamıştır.¹⁸ Bunun nedeni, Türkiye’nin Sözleşme’ye taraf olduğu tarihte Sözleşme’yi pek önemsememiş olması olabilir. Zira, *Tekinay*’ın aktardığına göre, Sözleşme imzalandığı

olduğunda temel ölçüt yaptırımdır. Eğer yaptırım olarak hapis ya da adli para cezası belirlenmişse söz konusu norm bir ceza normu demektir. AİHM’e göre, fiilin yaptırımı olarak hapis ya da adli para cezası dışında bir yaptırımın belirlenmesi, otomatik olarak, söz konusu düzenlemenin AİHS m. 7’nin sağladığı güvencelerin dışında kaldığı anlamına gelmez. Örneğin, Valico SLR V. Italy davasında Mahkeme, kentsel dönüşüm ile ilgili bir uyuşmazlıkta bina değerinin tamamına tekabül eden idari para cezasını, AİHS m. 7 kapsamında bir ceza olarak nitelmiştir. *7. Madde Rehberi*, s. 7-8.

AİHM’nin “suç” ve “ceza” kavramlarına yaklaşımı için ayrıca bkz. Mustafa Çağatay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Suç ve Cezada kanunilik İlkesi”, C. 12, S.1, 2022, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 84 vd.

AİHM’ye göre, bir devletin

- ¹⁵ *Kelsen*’e göre hem geçmişe yürüme yasağının ihlal edilmesi hem de İkinci Dünya Savaşı sorumlularının cezasız kalması adil değildir; yani iki adil olmayan arasında çatışma vardır. Bu çatışma da sorumluların yargılanması, yargılanmamalarından daha adildir; bu yüzden Nürnberg yargılamalarında geçmişe yürüme yasağının ihlali meşrudur. Hans Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, Vol. 1, No. 1, 1947, International Law Quarterly, s. 165.
- ¹⁶ Sara Paiusco, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, 1st Edition, Nomos, Baden-Baden, 2020, s.117.
- ¹⁷ Mariniello, s. 228.
- ¹⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 49.

tarihte ne siyasi ne de akademik çevre tarafından önemsenmiştir.¹⁹ Yine *Tekinay*'ın aktardığına göre Sözleşme'ye karşı ilgisizlik, Sözleşme'nin imzalanmasından itibaren yaklaşık 30 yıl boyunca devam etmiş; nihayet bu ilgisizlik, 1983 yılında, beş Avrupa Konseyi üyesi ülkenin Türkiye'nin insan haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmaları ve akabinde (1987 yılında) Türkiye'nin AIHM'ye bireysel başvuru hakkını tanımasıyla son bulmuştur.²⁰

AIHS m. 7'ye bir çekince konulmadığına göre, AIHS m. 7 ile milli hukukumuz arasındaki suç ve ceza içeren düzenlemelerin kaynağına ve geçmişe yürüme yasağına ilişkin çatışmanın çözümlenmesi gerekmektedir. Milli hukukumuzun uygulanacağı kabul edilirse suç ve ceza içeren normların tek kaynağı *kanundur* ve aleyhe kanun geçmişe yürümez. AIHS m. 7'nin uygulanacağı kabul edilirse AIHS m. 7, milli hukukumuzdaki aleyhe geçmişe yürüme yasağına ve suçlarla cezaların yalnızca *kanunla* konulacağı kuralına istisna getiriyor demektir. Bu mesele, alt başlıkta ele alacağımız AIHS'nin iç hukukumuzdaki konumu meselesiyle doğrudan ilgilidir.

II. AIHS'NİN İÇ HUKUKUMUZDAKİ KONUMU

Milletlerarası antlaşmalarla milli hukuk arasındaki ilişki konusunda biri, ikici (*düalist*) diğeri, tekçi (*monist*) olmak üzere iki görüş vardır:²¹

(1) İkici görüşe göre, milletlerarası hukuk ile milli hukuk birbirlerinden bağımsız iki ayrı sistem olup milletlerarası sözleşme milli hukuktan kendisine bir atıf ya da aktarma olmadıkça milli hukukta etki doğurmaz.²² Milletlerarası bir antlaşma ancak bir yasa ya da idari işlemle milli hukuka aktarıldığında mahkemelerce uyuşmazlıklarda esas alınabilir.²³ İngiltere, İsveç, Norveç, İzlanda, Finlandiya ve İrlanda bu görüşü esas alan ülkelerdir.²⁴

(2) Tekçi görüşe göre, milletlerarası hukuk ile milli hukuk bir bütün olarak hukuk düzeninin iki parçasıdır.²⁵ Tekçi görüşü esas alan ülkelerde milletlerarası antlaşmaların milli hukukta etki doğurabilmesi için milletlerarası antlaşmaya atıf yapılması ya da milletlerarası antlaşma hükümlerinin milli hukuka ayrıca aktarılmasına gerek yoktur; antlaşma

¹⁹ Tekin Akılhoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", C. 44, S. 3-4, 1989, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 155.

²⁰ Akılhoğlu, s. 155.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. Deniz Tekin Apaydın, "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", C. 9, S.1, 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 529-560.

²² Abdurrahman Eren, "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi", C. 8, S. 3-4, 2004, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 50; Ahmet Burak Bilgin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", C.22, S.1, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 83; Apaydın, s. 532.

²³ Eren, s. 50; Bilgin, s. 86.

²⁴ Eren, s. 50; Bilgin, s. 85.

²⁵ Apaydın, s. 533; Bilgin, s. 85.

hükümlerinin iç hukukta etki doğurabilmesi için milletlerarası hukuka göre kabul edilmesi ve milli hukuka göre onaylama işlemlerinin tamamlanması yeterlidir.²⁶ Türkiye tekçi görüşü esas almıştır.²⁷ Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasına göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir". İlgili düzenlemeye göre, uluslararası bir antlaşma usulüne göre yürürlüğe konulmuşsa araya herhangi bir aktarma (*transformasyon*) işlemi girmeksizin iç hukukumuzun parçası haline gelebilmekte; tıpkı TBMM'nin yasama tasarrufu olan kanunlar da olduğu gibi doğrudan uygulanabilirlik kabiliyeti kazanabilmektedir.²⁸

İkinci ve tekçi görüşler, milletlerarası antlaşmaların milli hukuka dâhil edilmesi ile ilgilidir; milletlerarası antlaşmaların milli hukuktaki konumları ile ilgili değildir.²⁹ Bizim tekçi ve ikinci görüşlere değinmemizin nedeni, milletlerarası antlaşmaların milli hukuka dâhil edilmesi ile milli hukuktaki konumu meseleleri arasındaki mantıksal zorunluluktur. Zira milletlerarası bir antlaşmanın milli hukuktaki konumunun tartışılabilmesi için şüphesiz milli hukuka dâhil olması gerekir; aksi durumda milletlerarası antlaşma ile kanun ya da anayasa arasında bir çatışmadan söz edilemez.

Milletlerarası antlaşmaların milli hukukta ne şekilde konumlandırıldığı, milli hukuktan milletlerarası hukuka bakıldığında farklı,

²⁶ Eren, s. 51.

²⁷ Eren, s. 51; Akıllıoğlu, s. 157. Aksi görüş için bkz. Fethullah Bayraktar, "İstanbul Sözleşmesinden Çekilme Sürecinin Düşündürdükleri: Türk Hukukunun Uluslararası Andlaşmalarla İmtihani", Y. 14, S. 56, 2023, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 129 vd.

²⁸ Bilgin, s. 86; Bahadır Kılınc, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2006, s. 323.

AIHS'ye göre, taraf devletlerin kendi milli hukuklarında Sözleşme'yi ne şekilde konumlandığı önemli değildir; Sözleşme her durumda taraf devlet açısından bağlayıcıdır. Nitekim AIHS m. 1'e göre, taraf devletler Sözleşme'de tanınan hak ve hürriyetleri sağlama yükümlülüğü altındadır. Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilir niteliğini ortaya koyan bu hükmün yanı sıra, Sözleşme'nin temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddeleri de doğrudan uygulanabilirlik niteliğine haizdir (*self executing*); zira, Sözleşme'de genel soyut ifadeler yerine; detaylı, açık bir dil kullanılmıştır. Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", C. 17, 2000, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 275. Sözleşme'nin birinci bölümünde, haklar ve özgürlükler detaylı bir şekilde düzenlenmiş, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde sınırlama sebepleri, açık ve kapsamlı bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu özelliği dolayısıyla AIHS, mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabilecek düzenlemeler içeren bir sözleşmedir.

²⁹ Ancak, bu meseleyi milletlerarası hukukla milli hukuk arasındaki çatışmanın çözümünde esas alan yazarlar da vardır. Örneğin, *Apaydın*'a göre, ikinci görüş kabul edilirse milli hukuk ve milletlerarası hukuk ayrı düzlemde yer alan hukuk sistemleri olacağından aralarında bir çatışmadan söz edilemez. *Apaydın*, s. 544. *Çelik*'e göre ise, milletlerarası hukukla milli hukuk arasında eşitlik kuran, ikisinin de üzerinde bir sistem olmadığından tekçi görüş esas alındığında milletlerarası hukukun milli hukuktan üstün olduğu sonucuna ulaşılır. Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", Y. 9, S. 1-3, 1988, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Lütfi Duran'a Armağan), s. 49.

milletlerarası hukuktan milli hukuka bakıldığında farklı olabilir.³⁰ Esasen ikinci durum açıktır: milletlerarası hukuk milli hukuktan üstündür.³¹ Zira milletlerarası hukukta asolan devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmeleridir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesine göre, “devletler, iç hukuk hükümlerini gerekçe göstererek taraf oldukları antlaşmaları uygulamaktan imtina edemezler”.

Milletlerarası hukuk ve milli hukuk ilişkisi, meseleye milli hukuk bakımından yaklaşıldığında ise daha karmaşıktır. Her devlet, milletlerarası antlaşmaları kendi milli hukuklarında farklı şekilde konumlandırabilmektedir. AİHS, taraf devletlere Sözleşme'yi ne şekilde iç hukuklarına dâhil edecekleri ve iç hukuklarında ne şekilde konumlandıracakları hususunda yükümlülük getirmemektedir. Taraf devletler bu bağlamda farklı usulleri tercih etmektedir. Kimi devletler, Sözleşme'yi anayasaları ile eş değer kabul ederken, kimileri kanunların üzerinde, kimileri ise anayasalarının üzerinde konumlandırmaktadır.³² Örneğin, İtalya ve Portekiz anayasalarında Sözleşme'ye anayasa üstü değer tanımıştır.³³

Milletlerarası antlaşmaların (ve dolayısıyla AİHS'nin) milli hukukumuzdaki yeri tartışmalıdır. -Hak ve özgürlüklerin içeriğine ve uluslararası hukukun esaslarına dayanan farklı gerekçeler de mevcut olmakla birlikte- tartışmanın en temelinde Anayasa'da yer verilen düzenlemeler (2, 15, 16, 42, 92 ve bilhassa 90. madde) yer almaktadır.

Özellikle, 2004 yılındaki anayasa değişikliğinden önce, milletlerarası antlaşmalarla kanunlar arasında bir hiyerarşinin bulunup bulunulmadığı meselesi Türk hukukunda çok tartışılmıştır. Farklı gerekçelere de dayanılmakla birlikte; bazı yazarlar, Anayasa m. 90/5'te yer verilen, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” ifadesinden hareketle, milletlerarası antlaşmalarla kanunların normatif olarak eş değer olduğunu; bazı yazarlar ise aynı düzenlemede yer verilen “[usulüne göre yürürlüğe konmuş milletler arası antlaşmalar hakkında] *Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” ifadesinden hareketle milletlerarası antlaşmaların kanunların üzerinde olduğunu ileri sürmüştür.³⁴ Bu konunun alt tartışmaları da vardır. Bir görüş, milletlerarası sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılık denetimine konu edilememesinin, “uygun bulma kanununun” Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine engel olmayacağını; bu yorumu daha da daraltan başka bir görüş, “uygun bulma kanunu” çoğunlukla tek bir hükümden ibaret olduğu için milli hukuktaki yargısal denetimin ancak biçimsel yönden yapılabileceğini ve nihayet üçüncü bir görüş ise, Fransız hukukundaki “ayrılabilir işlem” kavramından hareketle, “uygun bulma kanunu”nun antlaşmadan ayrılabilir olması halinde

³⁰ Apaydın, s. 530-531.

³¹ Apaydın, s. 530-531.

³² Said Vakkas Gözlügöl, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 460.

³³ Gözlügöl, s. 460.

³⁴ Bu görüşler hakkında bkz. Eren, s. 54 vd.

yargısal denetime konu edilebileceğini; aksi halde edilemeyeceğini ileri sürmektedir.³⁵

Milletlerarası antlaşmaların milli hukukumuzdaki yerine ilişkin belirsizlik, 2004 yılındaki anayasa değişikliği ile, en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışma bakımından açıklığa kavuşturulmuştur. Anayasa m. 90/5'e göre;

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle nedeyle çikabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

Anayasa m. 90/5'e göre, usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası bir antlaşmanın milli hukukumuzdaki yeri belirlenirken antlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup olmadığı hususu önem arz eder. Hangi milletlerarası antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunu saptama bir sorun olarak karşımızda dursa da AİHS'nin bu kategori içerisinde yer aldığı hususunda bir tartışma yoktur.

Anayasa m. 90/5'in son cümlesi, AİHS ile kanunlar arasındaki çatışmada esas alınabilir. Ancak, Anayasa ile AİHS arasında da çatışma olabilir. Milli hukukumuzda, doğrudan, bu tür bir çatışmanın ne şekilde çözümleneceği hususuna özgülenmiş bir düzenleme yer almamaktadır. *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile Anayasa arasındaki çatışmayı, “Türk hukukunda çatışmanın en kritik noktası” olarak nitelemektedir.³⁶ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce, AİHS m. 7 ile Anayasa arasında biri, suç ve ceza içeren düzenlemelerin kaynağına; diğeri, aleyhe geçmişe yürüme yasağına ilişkin olmak üzere iki konuda çatışma vardır.

Anayasa ile AİHS m.7 arasındaki çatışma üç farklı yaklaşımla çözümlenebilir.

(1) AİHS ile Anayasa'nın hiyerarşik olarak eşit olduğu kabul edilebilir. Bu yaklaşım esas alınırsa; Anayasa ve AİHS m. 7 arasındaki çatışma, içlerinden birinin üstünlüğü esasına göre değil, hiyerarşik olarak eşit olan normlar arasındaki çatışma kurallarına (önceki norm-sonraki norm, özel norm-genel norm ilişkisi) göre çözümlenir.

(2) AİHS'nin Anayasa'nın üstünde olduğu kabul edilerek, AİHS m. 7'nin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir.

(3) Anayasa'nın AİHS'nin üstünde olduğu kabul edilerek Anayasa'nın uygulanması gerektiği ileri sürülebilir.

³⁵ Görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar hakkında bkz. Tezcan/ Erdem/Sancakdar, s. 110.

³⁶ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 537.

A. ANAYASA İLE AİHS'NİN HİYERARŞİK OLARAK EŞİT OLDUĞUNU İLERİ SÜREN YAKLAŞIM

Türk öğretisinde Anayasa ile AİHS'nin eşit olduğunu kabul eden yazarlar şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) Anayasa koyucu m. 90/5'te, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışmalarda temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Anayasa koyucu böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları kanunların üzerinde konumlandırmıştır. Normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde Anayasa yer aldığına ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar hiyerarşik olarak kanunların üzerinde olduğuna göre; AİHS hiyerarşik olarak Anayasa ile eşittir.³⁷

(2) Sözleşme'nin niteliği gereği, Sözleşme'de yer verilen düzenlemeler Anayasal değerdedir.³⁸ Temel hak ve özgürlüklere ve bunların sınırlarına ilişkin düzenlemeler Anayasa'da yer almaktadır. AİHS'de de temel hak ve özgürlüklere ve bunların sınırlarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır; yani AİHS'nin içeriği Anayasa'ya dâhildir. AİHS, doğrudan uygulanabilir düzenlemelerden oluştuğuna, taraf devletleri bağladığına ve içeriğini temel haklarla özgürlükler oluşturduğuna göre, AİHS'de yer verilen düzenlemeler Anayasadaki düzenlemelerle eş değerdedir.³⁹

(3) Anayasa m. 15, 16, 42 ve 92 kapsamındaki konularla ilgili milletlerarası antlaşma hükümleri anayasa bloğuna dâhildir.⁴⁰ Geçmiş yürüme yasağı Anayasa m. 15'te yer almaktadır; dolayısıyla AİHS m. 7/2'de anayasa bloğuna dâhildir. Anlaşılacağı üzere, bu görüş bir bütün olarak AİHS'yi Anayasa ile eşit görmemekte, Anayasanın zikredilen düzenlemelerine dâhil olan milletlerarası antlaşma hükümlerine anayasa koyucunun anayasal değer atfettiğini ileri sürmektedir.

Anayasa ile AİHS'nin eşit olduğunu kabul etme, AİHS ve Anayasa arasındaki çatışma sorununu çözmektedir. Eşit hiyerarşideki normlar arasındaki çatışmalar, *özel norm-genel norm* ve *önceki norm-sonraki norm* ilişkisine göre çözümlenir.⁴¹

İstisna kuraldan daha özel olduğu için, kanaatimizce, geçmiş yürüme yasağına ve suçlarla cezaların münhasıran “kanun”la düzenlenebileceği kuralına istisna getiren AİHS m. 7/2, Anayasa m. 15 ve m. 38'e göre daha özeldir. Dolayısıyla, AİHS ile Anayasa'nın hiyerarşik olarak eşit olduğu kabul edilirse, kanaatimizce, AİHS m. 7/2'nin uygulanması gerekir. Ancak, zamansal olarak 1982 Anayasası'nın Türkiye'nin 1953 tarihinde tarafı olduğu AİHS'den sonra olduğu iddiasıyla öncelikle uygulanması gerektiği ileri

³⁷ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 97.

³⁸ Osman Korkut Kanadoğlu/Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 425-426.

³⁹ Kanadoğlu/Duygun, s. 426.

⁴⁰ Hasan Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, C. 17, 2000, *Anayasa Yargısı Dergisi*, s. 180; Eren, s. 75.

⁴¹ Teziç, s.98; Eren, s. 68.

sürülebilir. Bu durumda AİHS m. 7/2'nin ihmal edilmesi gerekir. Katılmadığımız bu yorumun kabul edilebilmesi için AİHS ve Anayasa arasında bahse konu şekilde zamansal bir ilişkinin kurulması yeterli değildir; ayrıca AİHS m. 7/2'deki istisnanın, Anayasa'nın 15. ve 38. maddelerinin getirilme amacı ile bağdaşmadığının da kabul edilmesi gerekir. Zira, *önceki norm-sonraki norm* ilişkisinde, önceki norm sonrakine nazaran daha özel ise sonraki normun uygulanabilmesi için önceki normun sonraki normun getiriliş gayesi ile bağdaşmaması gerekir.⁴²

AİHS ile Anayasa'nın hiyerarşik olarak eşit olduğunu ileri süren yazarlar, söz konusu çatışma *özel norm-genel norm* ilişkisi temelinde çözümlenirse aşağıda "AİHS'nin Hiyerarşik Olarak Anayasa'dan Üstün Olduğunu İleri Süren Yaklaşım" başlığı altında görüşlerine yer vereceğimiz yazarlarla, çatışmanın *önceki norm-sonraki norm* ilişkisi temelinde çözümlenmesi halinde ise "Anayasa'nın Hiyerarşik Olarak AİHS'den Üstün Olduğunu İleri Süren Yaklaşım" başlığı altında görüşlerine yer vereceğimiz yazarlarla aynı sonuca ulaşmış olur. Çalışmanın devamında bu görüşleri ele alacağız.

B. AİHS'İN ANAYASA'DAN ÜSTÜN OLDUĞUNU İLERİ SÜREN YAKLAŞIM

Türk öğretisinde AİHS'nin Anayasa'dan üstün olduğunu ileri süren yazarlar şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) AİHS, iç hukukta doğrudan uygulanabilir hükümler içerdiğine ve kendisine taraf olan devletlere milli hukuklarını kendisine uydurma yükümlülüğü getirdiğine göre; Anayasa'nın üzerindedir.⁴³

(2) Tek düzen anlayışı gereği (*monist görüş*), milletlerarası hukukla milli hukuk tek bir hukuk düzeninin iki parçasıdır; çatışma ihtimalinde çatışmayı çözümlenebilecek üçüncü bir mekanizmanın olmaması nedeniyle milletlerarası hukukun üstün olduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁴

(3) Sözleşme'nin öngördüğü standardın yakalanabilmesi için Sözleşme'nin üstünlüğünü kabul etmek gerekir. *Arslan*'a göre, Sözleşme'nin Anayasa'dan üstün olduğu kabul edilmezse Sözleşme'nin öngördüğü insan hakları standardını gerçekleştirmek neredeyse imkânsızdır; "dolayısıyla, muhtemel normlar çatışmasında, 'anayasa üstü' bir konumda olan sözleşmeye öncelik verilmesi gerekmektedir".⁴⁵

(4) Anayasa, 2. maddesinde "insan haklarına saygılı devlet" ve 15. maddesinde "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla" ifadelerine yer vermek suretiyle AİHS'nin üstün olduğunu bizatihi kendisi kabul etmiştir. *Gözübüyük/Gölcüklü*'ye göre, bir yandan Sözleşme'nin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi, öte yandan Sözleşme'nin Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle uygulanmaması, Anayasa'nın

⁴² Teziç, s. 98.

⁴³ Çelik, s. 55.

⁴⁴ Çelik, s. 49 vd.

⁴⁵ Arslan, s. 278.

kendisinin getirdiği sisteme aykırıdır.⁴⁶ Selçuk'a göre, anayasa koyucunun milletlerarası antlaşmalarla kanunları hiyerarşik olarak eşit görmesi, anayasa koyucunun "özel iradesi (*occasio legis*)" olup anayasa koyucu, Anayasa m. 2 ve m. 15 ile ileriye yönelik, "nesnel iradesini (*ratio legis*)" ortaya koymuştur: "Anayasaya karşın dokunulmazlığını koruyarak yürürlükte kalan bir sözleşme hükmü varsa, bu hüküm Anayasaya karşın uygulanacak demektir".⁴⁷ Gülmez'e göre; AİHS'nin Anayasa'ya üstün tutulamayacağı yolundaki görüş, Anayasa'nın 2. ve 15. maddeleriyle bağdaşmaz. Anayasa m. 2'ye göre, Türkiye Cumhuriyeti'nin "insan haklarına saygılı" bir devlet olması, insan haklarına ilişkin bir antlaşma olan AİHS'nin üstün tutulmasını gerektirir; aksini kabul Anayasa'da yer verilen düzenlemelerin amacına aykırı düşer.⁴⁸

Anlaşılacağı üzere, AİHS'nin Anayasa'ya aykırı olsa dahi uygulanması gerektiğini ileri süren görüşü savunan yazarlar en çok dördüncü gerekçeye dayanmaktadır; zira Anayasa m. 2 ve m. 15'e dayanan çıkarım oldukça açık ve kuvvetlidir:

(i) AİHS, hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir sözleşme olduğuna,

(ii) Anayasa m. 2'ye göre Türkiye Cumhuriyeti, "insan haklarına saygılı" bir devlet olduğuna,

(iii) Anayasa m. 15'e göre, olağanüstü hallerde dahi milletler arası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilemediğine ve

(iv) Türkiye, AİHS'ye taraf olmak suretiyle AİHS'de yer alan hükümleri uygulama yükümlülüğü altında girdiğine göre; ***AİHS, Anayasa ile çelişse dahi uygulanmalıdır.***

Bu görüş esas alınır; AİHS m. 7 ile Anayasa çatışmasında AİHS m. 7 uygulanacağı için suç teşkil eden fiillerin yegâne kaynağı, TBMM'nin *kanun* şeklindeki yasama işlemi değildir. Suç teşkil eden fiillerin biri *uluslararası hukuk* ve diğeri *medenî uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri* olmak üzere iki kaynağı daha vardır. Ayrıca, suç ve ceza içeren düzenlemelerin geçmişe yürüyememesi kuralının tek istisnası lehe kanun değildir; medeni toplumlarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık halinde suç ve ceza içeren düzenlemeler aleyhe dahi olsa geçmişe yürür.

C. ANAYASA'NIN AİHS'DEN ÜSTÜN OLDUĞUNU İLERİ SÜREN YAKLAŞIM

Türk öğretisinde bu görüşü savunan yazarlar şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) Anayasa m. 90'ın lafzından AİHS'nin Anayasa'nın altında olduğu anlaşılmaktadır. Bu gerekçeyi savunan yazarlardan bazılarının göre AİHS,

⁴⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 22; Aynı yönde bkz. Gözlügül, s. 456.

⁴⁷ Sami Selçuk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", C. 25, S. 54, 1999, Yargıtay Dergisi, s. 410.

⁴⁸ Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", S. 54, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 155.

kanunlarla hiyerarşik olarak eşit olduğu için bazılarında göre ise hiyerarşik olarak kanunlarla Anayasa arasında yer aldığı için Anayasa'nın altındadır:

(i) Anayasa m. 90/5'te, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde antlaşma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmek suretiyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar hiyerarşik olarak kanunlar ile Anayasa arasında konumlandırılmıştır; yani AİHS, kanunların üstünde Anayasa'nın ise altındadır.⁴⁹

(ii) Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde antlaşma hükümlerinin esas alınacağını ifade eden Anayasa m. 90/5'in son cümlesi, özel bir çatışma kuralı olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların hiyerarşik konumu ile ilgili değildir. AİHS, bir milletlerarası antlaşmadır ve milletlerarası antlaşmaların iç hukukumuzdaki hiyerarşik konumunu gösterir tek düzenleme, Anayasa m. 90/5'in ilk cümlesidir; yani AİHS kanunlarla hiyerarşik olarak eşittir.⁵⁰

(2) AİHS'yi uygulama yetkisi olan AİHM, iç hukuk normlarını iptal etme yetkisini haiz olmadığına göre milli hukuktaki etkisi bakımından AİHS, Anayasa'nın altındadır.⁵¹

(3) AİHS ile Anayasa arasındaki çatışmada Anayasa'nın ihmal edilmesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliğine ve bağımsızlığına aykırıdır.⁵²

(4) AİHS ile Anayasa arasındaki çatışmada Anayasa'nın ihmal edilmesi, Anayasa'nın hem şekli hem de maddi anlamıyla bağdaşmaz. *Tanör/Yüzbaşıoğlu'na* göre, AİHS ile Anayasa arasındaki çatışmada Anayasa'nın ihmal edilmesi durumunda, şekli anlamda Anayasa ile çelişmiş olur; zira AİHS'nin üstün olduğunu kabul edilebilmesi için, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşmanın (dolayısıyla AİHS'nin) en azından Anayasal bir normun yürürlüğe girmesine ilişkin prosedürle iç hukukta yürürlüğe girmesi gerekir; oysa temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun ya da olmasın milletlerarası antlaşmalar, TBMM'nin basit çoğunluğu tarafından onaylanması uygun görülen hukuki metinlerdir.⁵³ Yazarlara göre çatışmada Anayasa'nın ihmal edilmesi durumunda maddi anlamda Anayasa ile de çelişmiş olur; zira bu durumda Anayasa'nın milletlerarası hukuka gönderme yapan düzenlemeleri dolayısıyla Anayasa ihmal edilip milletlerarası antlaşma hükümleri uygulanmış olur; bu da milletlerarası antlaşmaya yollama yapan düzenlemelerin Anayasa'daki diğer

⁴⁹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)*, 30. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2021, s. 275-276; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015, s. 235; Şeref İba, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 5.

⁵⁰ Ali Karagülmez, "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", S. 54, 2004, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 177.

⁵¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu", C. 17, 2000, *Anayasa Yargısı Dergisi*, s. 381.

⁵² *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 538.

⁵³ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 538.

düzenlemelerden üstün olması anlamına gelir; oysa anayasal normlar eşdeğerdir.⁵⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu'na göre, çatışma halinde Anayasa uygulanmalı, sorunun nihai çözümü, olacaksa, ulusal üstü yargı yerlerine bırakılmalıdır.

(5) Norm denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin AİHS'de yer verilen düzenlemeleri *bağımsız ölçü norm* olarak değil, *destek ölçü norm* olarak uygulaması iç hukukumuzda AİHS'nin Anayasa'da yer alan normların altında yer aldığı gösterir.⁵⁵ AİHS, Anayasa'nın üzerinde ya da Anayasa ile eşit olsa idi, AİHS'deki düzenlemelerin de bağımsız ölçü norm olarak uygulanması gerekirdi.

Biz de, özellikle üçüncü gerekçe dolayısıyla, bu görüşe katılıyoruz. Bu görüşe göre AİHS m. 7 ile Anayasa arasındaki çatışmanın ne şekilde çözümleneceği hususunu, Anayasa Mahkemesi de bu görüşü esas aldığı için, Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı üzerinde duracağımız alt başlıkta ele alacağız.

D. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa ve AİHS arasındaki çatışmada AİHS'nin üstün olduğunu kabul eden görüşü destekleyebilecek nitelikte kararları⁵⁶ olduğu gibi, AİHS ve Anayasa'nın eşdeğer olduğunu kabul eden görüşü destekleyebilecek nitelikte kararları⁵⁷ da vardır. Ancak Mahkeme bu kararları, AİHS ve Anayasa arasında aktüel bir çatışmanın olduğu ya da açıkça AİHS'nin iç hukuktaki konumunu tartıştığı uyuşmazlıklarda vermemiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1991 yılındaki bir kararında AİHS'nin normlar hiyerarşisinde kanunlarla eş değer olduğunu belirtmek suretiyle AİHS'yi Anayasa'nın altında konumlandırmıştır:

“Anayasa'nın 90. maddesinde ‘usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir’ denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları da yasa hükmündedir. Ancak, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası davada Sözleşme'ye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan uygulanma önceliğine sahiptir. Kaldı ki, Sözleşme siyasî parti kapatma davalarında uygulanacak somut kuralları da içermemektedir. Bu nedenlerle, davada Siyasî Partiler Yasası hükümlerinin

⁵⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 539.

⁵⁵ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Yargısı, Yetkin, Ankara, 2010, s. 127.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesinin bu görüşü destekleyen içtihatları vardır: “Uygar ülkeler, nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmışlardır. **Anayasa üstü normlar** olarak niteleyebileceğimiz. Sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir”. Anayasa Mahkemesi, E. 1990/15, K. 1991/5, T. 28.02.1991. (anayasa.gov.tr)

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, şu kararında AİHS'yi ile Anayasa'nın eş değer olduğunu ifade etmiştir: “Hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür”. Anayasa Mahkemesi, E. 2010/89, K. 2011/179, T. 29.12.2011. (anayasa.gov.tr)

ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili kurallarının doğrudan uygulanması olanağı bulunmamaktadır”⁵⁸

2004 değişikliğinin ardından Anayasa Mahkemesi'nin tutumunda bir değişiklik olduğunu gösterir bir kararı yoktur (en azından biz tespit edemedik). 2008 yılında, Hak ve Özgürlükler Partisi (HAK-PAR) hakkındaki kapatma davasında verilen kapatma isteminin reddi kararına karşı 6 üye tarafından imzalanan karşı oy gerekçesi (*o tarihte Anayasa Mahkemesi 11 asil üyeden oluştuğu için bu sayı Anayasa Mahkemesi'nde çoğunluk görüşe karşılık gelmektedir*) Anayasa Mahkemesi'nin 2004 değişikliği sonrasında AIHS'yi Anayasa'nın altında konumlandığını göstermektedir:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesiyle çeliştiği ileri sürülen ‘iç norm’ bir yasa kuralı değil, Anayasa hükmüdür. Dolayısıyla, Anayasa'nın 90. maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur. Yine Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler ‘...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler...’ ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AIHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez”⁵⁹

Anayasa Mahkemesi kararlarında, AIHS'yi destek ölçü norm olarak ele alması da Anayasa Mahkemesi'nin AIHS'yi Anayasa'nın altında konumlandığını göstermektedir.⁶⁰ Zira Anayasa Mahkemesi AIHS'nin Anayasa'dan üstün olduğunu ya da en azından Anayasa ile eşit olduğunu kabul etseydi, AIHS'yi destek ölçü norm olarak değil, bağımsız ölçü norm olarak uygulardı.

Ancak Anayasa'nın hiyerarşik olarak AIHS'den üstün olduğunu kabul eden bizim de katıldığımız bu yaklaşım esas alınsa dahi, somut uyuşmazlıkta sorunun çözümü kolay değildir. Zira, **teorik olarak**, işlendiği tarihte Türk kanunlarına göre suç teşkil etmeyen bir fiilin uluslararası hukuka ya da medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu iddiası ile kamu davasının açılması mümkündür.

Bu ihtimalde uyuşmazlığı çözümlenmekle görevli ve yetkili mahkeme, AIHS m. 7'yi Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle uygulamayabilir mi? Bu soruya iki türlü yanıt verilebilir:

Birincisi, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığını ifade eden Anayasa m. 11'den hareketle, yerel mahkemenin AIHS m. 7'yi ihmal edip Anayasa'yı esas alması gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2021 yılında bu yönde bir karar vermiştir:

“temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin normlar hiyerarşimizde aynı konuyu düzenleyen kanun hükümlerinin üzerinde, ancak, Anayasa hükümlerinin altında yer alan normlar olarak işleme tabi tutulması gerekmekte olup, Anayasa hükümleri

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/3 – K. 1997/3, T. 22.5.1997. (anayasa.gov.tr)

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2002/1, K. 2008/1, T. 29.1.2008. Aktaran: Bilgin, s. 106, dipnot: 62.

⁶⁰ Fendoğlu, 2000, s. 381.

ile andlaşma hükümleri arasında çatışma olduğu takdirde, mahkemelerce andlaşma hükümlerinin ihmal edilip Anayasa hükümlerinin uygulanması Anayasal bir zorunluluktur”.⁶¹

İkinci yanıt olarak, mahkemelerin önlerindeki uyuşmazlıkta uygulanabilir olan normların Anayasa’ya aykırılığını denetleyemeyeceği zira bu yetkinin Anayasa m. 148’e göre münhasıran Anayasa Mahkemesi’ne ait olduğu, TCK m. 2 ve m. 7 ile çatışan AİHS m. 7’nin Anayasa m. 90/5’teki düzenleme dolayısıyla uygulama önceliğine sahip olduğu ve milletlerarası antlaşmalar bakımından somut norm denetimi yolunu kapatan Anayasa m. 90/5 dolayısıyla mahkemelerin AİHS m.7’yi uygulamak zorunda olduğu ileri sürülebilir. Bu ihtimalde sorun bireysel başvuru yoluna gidilmesi halinde Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelecektir. Bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi’nin somut norm denetimi yolunu işletme yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁶² bu mümkün iken bir başka görüşe göre⁶³ mümkün değildir. Esasen bu tartışmada söz konusu görüşlerden herhangi birini tercih etmenin bizim çözümlenmeye çalıştığımız sorun üzerinde bir etkisi yoktur. Zira bireysel başvuru yolunda somut norm denetiminin yapılacağı kabul edilse bile Anayasa m. 90/5’e göre milletlerarası antlaşmalar (ve dolayısıyla AİHS m. 7) somut norm denetiminin konusu olamazlar. Bireysel başvuru yolunda da AİHS m. 7’nin iptali mümkün olamadığına göre ne olacaktır? AİHS uygulanırsa, hiyerarşik olarak Anayasal düzenlemelerin altında olan ve Anayasa ile çatışan AİHS m. 7’ye göre uyuşmazlığın çözümlenmesi çelişkisi ile karşılaşılacaktır. Bu çelişki, kanaatimizce, AİHS’nin Anayasa ile çatışan hükümlerinin “ihmal” edilmesi suretiyle giderilebilir. Bu çıkarım, Anayasa Mahkemesi’nin yargı pratiğiyle de uyumludur.⁶⁴

“Bir kanun hükmünün Anayasa’ya aykırı bulunması halinde yargı yerinin tutumu ne olabilir? Dāvaya bakmakta bulunan mahkeme (Bu mahkeme Anayasa Mahkemesi değilse) uygulanacak kanunun hükümlerini Anayasa’ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık

⁶¹ Damıştay İDDK, E. 2021/348, K. 2021/1994, T. 25.10.2021 (Lexpera)

⁶² İbrahim Şahbaz, “Yargıtay ve Bireysel Başvuru Yolu”, C. 4, S. 7, 2015, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 220; Sibel İnceoğlu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 199; Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 296.

⁶³ Ünal Gençtürk/Hakan Kolçak, “Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 8, S. 2, 2023, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, s. 515 vd.

Anayasa Mahkemesi’nin de bu yaklaşımı esas aldığı hususunda bkz. Şirin, s. 294-295.

Anayasa Mahkemesi’nin son dönemde bu durumu Mahkeme İç Tüzüğü’nün 75. Maddesi gereğince “yapısal sorun” olarak nitelediği ve Anayasa ile çatışan normun ilga edilmesi veyahut değiştirilmesi için TBMM’ye çağrı yaptığı hakkında bkz. Gençtürk/Kolçak, 495 vd.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 539. İptal davasına konu olmayan ve Anayasa ile çatışan kanunlar bakımından *Turhan* da bu görüştedir. Bkz. Mehmet Turhan, “Anayasa Hukukumuzda İhmal Sorunu”, C. 26, S. 4, 1993, Amme İdaresi Dergisi, s. 67.

iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa o hükmün uygulanmasından kendi kendine vazgeçemez. Ancak Anayasa Mahkemesinden karar isteyebilir. Anayasa Mahkemesine gelince: Bu mahkeme sadece Yüce Divan işlerinde ve siyasi partilerin kapatılması dâvalarında uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse bekletilen mesele çıkarmağa ve aykırılığı karara bağlamaya yetkilidir. Öyle ise Anayasa Mahkemesinin iptal dâvaları, itiraz başvuruları, Yüce Divan işleri ve parti kapatma dâvaları dışında Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmünün hükmünün iptaline karar vermesi mümkün değildir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesine düşen nedir? Anayasa Mahkemesinin, yapısının niteliği ve Anayasa'nın 8 inci maddesinde anlatımını bulan üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında Anayasa'ya aykırı kanunu **bir yana bırakarak doğrudan doğruya Anayasa hükmünü uygulaması gerekir**.⁶⁵

Anayasa Mahkemesi'ne göre "ihmal edilebilme" koşulları üç tanedir:⁶⁶

- (1) Anayasa ile çatışan bir normun olması,
- (2) Anayasa'ya aykırı olan normun iptali için itiraz yoluna başvurulamıyor olunması,
- (3) Anayasa'ya aykırı olan normun düzenlediği alanın Anayasa'da açıkça düzenlenmiş olması.

AİHS m. 7, Anayasa ile çatıştığından, Anayasa m. 90/5'e göre AİHS m. 7'nin Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle iptali istenemediğinden ve AİHS m. 7'nin düzenlediği alan Anayasa'da açıkça düzenlenmiş olduğundan; Anayasa ile AİHS m. 7 arasındaki çatışmada bahse konu üç koşul da gerçekleşmektedir. Mahkeme, AİHS m. 7'yi ihmal ederek Anayasayı uygulaması halinde ihlal kararı verecektir. İhlal kararı üzerine dosyanın geri geldiği mahkeme de Anayasa m. 151 gereği bu karara uymalıdır.

Sonuç olarak, bizim de katıldığımız Anayasa'nın AİHS'den üstün olduğunu ileri süren görüş kabul edildiğinde AİHS m. 7 ile Anayasa arasındaki çatışmada iki türlü hareket edilebilir: Ya dava mahkemesinin ya da bireysel başvuruda yolunda Anayasa Mahkemesi'nin AİHS'yi ihmal etmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, bu iki yaklaşımdan hangisi kabul edilirse edilsin uyumsuzluk AİHM'nin önüne götürüldüğünde Mahkeme, şüphesiz AİHS m. 7'yi esas alarak uyumsuzluğu çözümlenecektir. Bu durumda AİHS m. 7'nin içeriğinin ne anlama geldiği meselesi ile karşılaşılacaktır. Çalışmanın devamında bu mesele üzerinde durulacaktır.

III. AİHS M. 7'NİN ANLAMINI

A. TARİHSEL SÜREÇ

Milyonlarca insanın hayatını kaybettiği İkinci Dünya Savaşı'ndaki acı tecrübeler göstermiştir ki; kanunilik ilkesinin salt ulusal hukuk sistemlerindeki düzenlemeler esas alınarak katı bir şekilde uygulanması çok

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1964/22, K. 1964/54, T. 03.07.1964. (Lexpera)

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1984/1, K. 1984/1, T. 28.09.1984. (Lexpera) _

tehlikeli sonuçlara yol açabilir. Nitekim, ikinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında yapılan yargulamalarda yargılananlar, kendilerine isnat edilen fiillerin ulusal hukuk sistemlerine göre suç teşkil etmemesi dolayısıyla cezalandırılmayacaklarını ileri sürmüşlerdir.⁶⁷

AİHS, İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden kısa bir süre sonra imzalanmıştır.⁶⁸ Kanunilik ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taslak metnindeki hali, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) m. 11/2'nin aynısıdır. *Schabas*'a göre bu ayniyetin temel nedenlerinden biri, Sözleşme'nin taslak metnini hazırlayanlar arasında yer alan *Fyfe* ve *Dehousse*'un İHEB'in kabul sürecinde de etkin rol oynamasıdır.⁶⁹ AİHS m. 7'nin selefi olan İHEB m. 11/2'ye göre;

“Hiç kimse, işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiilin icrasından ya da ihmalinden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye, suçun işlendiği sırada yasalarda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza verilemez”.

Birleşik Krallık, İHEB m. 11/2'nin AİHS'ye bire bir aktarılmasını “Nürnberg Mahkemesi'nin kararlarının meşruiyetini tartışmaya açacağı[ndan]” bahisle sınıclı bulmuş ve maddeye şu cümlenin eklenmesini talep etmiştir:

“Bu madde, işlendiği esnada medeni uluslar tarafından kabul edilen genel prensiplere göre suç teşkil eden fiil dolayısıyla yargılanmaya ve cezalandırılmaya hâlel getirmez”.

Benzer şekilde Lüksemburg da, “düzenlemenin mevcut halinin suçlar ve cezalar bakımından kesin bir şekilde geçmişe yürümeyi yasakla[dığını]” ve İkinci Dünya Savaşı sonrası yargulamalarda prensibin bu haliyle uygulanmadığını ileri sürerek taslak metnin şu şekilde olmasını talep etmiştir:

“İşlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka veyahut medeni uluslar tarafından kabul edilen hukukun genel prensiplerine göre haksızlık teşkil etmeyen fiil dolayısıyla kimse sorumlu tutulamaz”.⁷⁰

Başta bu talepler kabul görmese de devam eden toplantılarda Birleşik Krallık önerisinde ısrarcı olmuş ve sonuç olarak Birleşik Krallık'ın önerisi kabul edilerek AİHS m. 7'nin nihai hali ortaya çıkmıştır:

“Hiç kimse, işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiilin icrasından ya da ihmalinden dolayı suçlu sayılamaz.

⁶⁷ William A. Schabas “Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the Ad Hoc Tribunals”, Vol. 11, No. 3, 2000, European Journal of International Law, s. 522.

⁶⁸ İkinci Dünya Savaşı, Japonya'nın 14.08.1945 tarihinde koşulsuz olarak teslimiyetini ilan etmesiyle sona ermiştir. Avrupa Parlamentosu üyesi devletlerce 4.11.1950'de imzalanan AİHS, on üye devletin Antlaşma'yı onaylaması koşuluna bağlanmış bu koşulun tamamlanmasıyla Antlaşma, 3.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶⁹ William A. Schabas, The European Convention on Human Rights- A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 328.

⁷⁰ Schabas, 2015, s. 329.

Kimseye, suçun işlendiği sırada yasada öngörülen cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Bu maddedeki hiçbir hüküm, işlendiği sırada medeni uluslar tarafından kabul edilen genel prensiplere göre suç teşkil eden fiil dolayısıyla yargılanmaya ve cezalandırılmaya halel getirmez.”

Aşağıda detaylı olarak ele alacağımız üzere Sovyet rejimi döneminde işlenen ve işlendikleri tarihte suç teşkil etmeyen fiiller 2000’li yılların başında doğu Avrupa ülkeleri tarafından AİHS m. 7’ye dayanılarak yargılama konusu yapılmıştır. Yargılananların AİHM’ye yaptıkları itirazlar da yine AİHS m. 7’ye dayanılarak Mahkeme tarafından yerinde görülmemiştir. Bu yargılamalar, literatürün dikkatinin AİHS m. 7’ye yönelmesine neden olmuştur. Tartışmaların odağında AİHS m. 7’de yer verilen “uluslararası hukuk” ve “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık” kavramlarının anlamı vardır.

B. AİHS M. 7/1’DE YER VERİLEN “ULUSLARARASI HUKUK” KAVRAMININ ANLAMI

AİHS m. 7/1’de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramına ilişkin iki sorun ön plana çıkmaktadır:

(1) Ulusal yargı mercileri, “kanun” şeklindeki yasama tasarrufuna konu olmayan fiilin uluslararası hukuka göre suç teşkil ettiğinden bahisle yargılama yapabilir mi?

(2) AİHS m. 7/1’de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramından ne anlaşılmalıdır?

İlk sorunu birinci bölümde Türk hukuku bakımından detaylı olarak ele aldığımız için bu başlık altında ikinci sorunun üzerinde duracağız.

Bir görüşe göre, AİHS m. 7/1’de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramı, devletlerin iç hukuk normlarına dönüştürdükleri uluslararası normları ifade etmektedir.⁷¹ Bu görüşe göre, kanunilik ilkesinin kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi ancak bu suretle mümkün olabilir.⁷² Uluslararası sözleşmelerin yükümlülük getirdiği sùjeler, kural olarak, taraf devletlerdir; bu yüzden iç hukuk normlarına dönüştürülmedikçe uluslararası normlar bireysel sorumlulukla ilgili olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin standartları olamazlar.⁷³

Bu görüş, kanunilik ilkesinin özünü teşkil eden erişebilme (*accessibility*) ve öngörebilme (*foreseeability*) kavramları ile uyumlu olsa da, kanaatimizce, yerinde değildir. Zira AİHS m. 7’nin vaz edilme nedenlerinden birisi de, önceki başlık altında üzerinde durduğumuz üzere, suçluların milli hukuktaki kanunilik ilkesini kalkan olarak kullanmalarını engellemektir. Uluslararası normların iç hukuk normlarına dönüştürülmedikçe bireysel sorumluluğu

⁷¹ Davi Harris/Michael O’Boyle/Edward P. Bates/Carla M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 501; Mariniello, s. 234.

⁷² Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 501; Mariniello, s. 234.

⁷³ Mariniello, s. 234.

etkilemeyeceği şeklindeki yorum, AİHS m. 7'yi işlevsizleştirebilecek niteliktedir. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, AİHS m. 7/1'de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramının anlamında Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi esas alınmalıdır.⁷⁴ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine göre; uluslararası hukukun üç asli kaynağı vardır:

- (1) genel ya da özel milletlerarası antlaşmalar,
- (2) uluslararası teamüller,
- (3) medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri.

AİHS m. 7/1'de “uluslararası hukuk” kavramı kullanılmasına ve bu kavram, *Statü*'nün 38. maddesine göre, “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerini” de kapsamına rağmen, AİHS m. 7/2'de “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri”nden ayrıca söz edilmiş üstelik AİHS m. 7/2, lafzı itibariyle, AİHS m. 7/1'ye istisna getirecek şekilde formüle edilmiştir. Bu yüzden AİHS m. 7/2'de yer verilen “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri”nin AİHS m. 7/1'de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramından bağımsız olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Bağımsız ise AİHS m. 7/1'de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramının kapsamı, uluslararası antlaşmalar ve teamüllerle sınırlandırılmış olur. “Medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri” hakkında detaylı bilgiye bir alt başlıkta yer vereceğimizden bahse konu tartışmayı detaylı olarak aşağıda ele alacağız. Keza birinci bölümde uluslararası antlaşmalar hakkında bilgi verdiğimizden bu başlık altında uluslararası antlaşmalar üzerinde de durmayacağız. Bu başlık altında, sadece, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'de yer verilen uluslararası hukukun üç asli kaynağından birisi olan teamüller hakkında genel bir bilgi vereceğiz.

Uluslararası teamüller, devletlerin yerleşmiş yazılı olmayan uygulamalarıdır.⁷⁵ Uluslararası teamüllerin biri, belli bir uygulamanın genel, sürekli ve tutarlı bir şekilde takip edilmesi (maddi unsur); diğeri, uygulamanın tekrarının hukukun bir gereği olduğu yönünde sorumluluk bilincinin mevcut olması (psikolojik unsur) şeklinde iki unsuru vardır.⁷⁶

Uluslararası teamüllerin oluşmasında bütün devletlerin aynı şekilde hareket etmesi gerekmez, yaygın ve temsil edici bir çoğunluğun, özellikle de ilgili devletlerin aynı yönde tutum almış olması yeterlidir (maddi unsur).⁷⁷ Teamülleri uluslararası antlaşmalardan ayıran önemli bir özellik budur; antlaşmalarda yalnızca taraf olan devletler antlaşma hükümleri ile bağıyken teamüller kural olarak tüm devletleri bağlar.⁷⁸ Ancak bu durumun iki

⁷⁴ Pausco, s.111.

⁷⁵ Mesut Hakkı Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 178.

⁷⁶ Hugh Thirlway, “The Sources of International Law”, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 65; Caşın, s. 178; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası hukuk dersleri* (1. Kitap), 15. Baskı, Turhan kitabevi, Ankara, 2021, s. 106; Melda Su, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta, 11. Baskı, 2020, s. 19; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 75.

⁷⁷ Caşın, s. 182.

⁷⁸ Thirlway, s. 63.

istisnası vardır.⁷⁹ Birincisi, bölgesel teamüllerdir; bir bölgedeki devletler arasında yerleşmiş olan teamül, diğer devletler tarafından uygulanagelen teamülden farklı ise bölgesel olanı esas alınır.⁸⁰ İkinci istisna, genel bir uygulama birçok devlet bakımından yerleşmiş olsa dahi bu uygulamanın karşı çıkan devletler bakımından bağlayıcı olmamasıdır.⁸¹

Uluslararası teamüllerin varlığından söz edilebilmesi için tekrarlanması yeterli değildir; aynı zamanda tekrar eden uygulamanın devamının hukukun bir gereği olduğuna ilişkin bir inanışın da olması gerekir (psikolojik unsur).⁸² Teamülleri örf ve adet kurallarından ayıran, teamüllerin hukuk kuralları olduğu yönündeki bu inanıştır.⁸³ Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı, 12.4.1960 tarihli *geçiş hakkı davası*'nda, Hindistan'daki Portekiz sömürgesine yüzyıldan fazla süredir serbest geçiş yapılmasının teamüle dönüştüğü sonucuna ulaşmıştır.⁸⁴

Antlaşma hükümleri ile teamüllerin çatışması halinde, 1907 Tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre antlaşma hükümleri uygulanır. Ancak antlaşma hükümlerinin uygulanmaması konusunda bir pratik yerleşmişse, bu ihtimalde, teamüller üstün duruma gelmektedir; bu yüzden literatürde antlaşmalar ile teamüllerin eş değer olduğunu ileri süren bir görüş vardır.⁸⁵

Yazılı olmama nedeniyle ortaya çıkan belirsizlik ve ispat güçlüğü dolayısıyla uluslararası hukukta teamüllerin kodifiye edilmesi çalışmaları yapılmaktadır. 1856 Paris Konferansı ile 1899 ve 1907 La Haye konferansları bu çalışmaların en temel örnekleridir.⁸⁶ Kodifikasyon çalışmaları gerçek manada Birleşmiş Milletler dönemi ile başlamıştır.⁸⁷ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 13. maddesi *genel kurula* uluslararası hukukun kodifikasyonu görevini vermiştir.

Ancak tüm teamüllerin yazılı hukuk kurallarına dönüştürüldüğü varsayılsa dahi, AİHS m. 7/1'de yer verilen "uluslararası hukuk" kavramının belirsizliğine ilişkin sorun tam olarak çözümlenmiş olmaz. Uluslararası hukukta, suç teşkil eden fiillerin kodifikasyonundaki artış, *Schabas*'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere, AİHS m. 7/1'de yer verilen "uluslararası hukuk" kavramının kapsamını belirsizleştirmektedir; zira, "uluslararası hukuk" kavramı, lafız olarak, tüm bu suçları kapsayabilecek genişliktedir.⁸⁸ Yazarlar arasında da bu bağlamda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre AİHS m. 7/1'de yer verilen "uluslararası hukuk" kavramı, Roma Statüsü m. 6,

⁷⁹ Thirlway, s. 63.

⁸⁰ Thirlway, s. 63.

⁸¹ Thirlway, s. 63; Pazarıcı, s. 222.

⁸² Pazarıcı, s. 218; Thirlway, s. 84 vd.

⁸³ Pazarıcı, s. 216.

⁸⁴ Aktaran: Pazarıcı, s. 219.

⁸⁵ Pazarıcı, s. 226.

⁸⁶ Pazarıcı, s. 227.

⁸⁷ Pazarıcı, s. 227.

⁸⁸ Schabas, 2015, s. 344.

7 ve 8'de düzenlenen suçlarla (*savaş suçu, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve saldırgan suçu*) sınırlıdır.⁸⁹ Bir başka görüşe göre ise *korsan faaliyetler, terörizm, uyuşturucu ticareti* gibi suçlar da bu kapsamdadır.⁹⁰ Kodifikasyon çalışmalarına ilişkin bir diğer sorun da, yine *Schabas*'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, aynı suçun farklı uluslararası metinlerde farklı şekillerde tanımlanması ihtimalidir; bu durum hangi tanımın esas alınacağı sorusunu akla getirmektedir.⁹¹

C. AİHS M. 7/2'DE YER VERİLEN “MEDENİ ULUSLARCA KABUL EDİLEN HUKUKUN GENEL İLKELERİNE AYKIRILIK” İFADESİNİN ANLAMI

Medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukta bir kaynak olarak kabul edilmesi, ilk olarak, 1907 tarihli 2. La Haye Konferansı'nda gündeme gelmiş ancak bu girişim başarılı olmamıştır.⁹² 1920 tarihli Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü hazırlanırken gelecekte uluslararası anlaşmalarla teamüllere konu olmayan uyuşmazlıkların ortaya çıkabileceği ihtimaline binaen tekrar aynı girişimde bulunulmuş ve Statü'nün 38'inci maddesinde, medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri uluslararası hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmiştir.⁹³ Bu düzenleme, 1945 yılında kabul edilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine taşınmıştır.

Adalet Divanı Statüsü'nde hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun kaynağı olarak kabul edilmesi, *Dworkin*'in hukuk teorisiyle uyumludur.⁹⁴ Nüfusun arttığı ve teknolojik gelişmelerin hayatın her alanına tesir ettiği günümüz dünyasında insan ilişkileri çok çeşitlidir; bu yüzden ortaya çıkabilecek her somut uyuşmazlığın önceden öngörülüp hukuk kurallarına konu edilmesi mümkün değildir. Hukuki pozitivistlere göre bu durumda boşluk vardır ve boşluk hâkim tarafından doldurulur.⁹⁵ *Dworkin*'e göre ise hukukta boşluk yoktur; hâkimin yapması gereken o hukuk kültürü içerisinde varlık kazanmış ilkeleri esas alarak uyuşmazlığı çözümlenektir.⁹⁶ Uluslararası hukuktaki somut uyuşmazlıkların çözümünde esas alınabilecek açık bir sözleşme hükmünün veya teamülün bulunmaması halinde Divan'ın

⁸⁹ Pausco, s. 112.

⁹⁰ Schabas, 2015, s. 344.

⁹¹ Schabas, 2015, s. 344.

⁹² Thirlway, s. 106.

⁹³ Thirlway, s. 106. Tamamlayıcı niteliği dolayısıyla hukukun genel ilkeleri ile anlaşma ya da teamüller arasında çatışma varsa hukukun genel ilkelerinin uygulanamayacağı hakkında bkz. Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, 15. Baskı, 2021, s. 90; Pazarcı, s. 233.

⁹⁴ Thirlway, s. 107.

⁹⁵ Ines Weyland, “Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts”, in Essays on Kelsen, eds. Richard Tur and William Twining, Clarendon Press, Oxford, 1986, s. 258.

⁹⁶ Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge MA, 1977, s. 85.

başvuracağı kaynak, medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleridir.⁹⁷ Bu, uluslararası hukukta boşluğun olmadığı anlamına gelmektedir; yani uluslararası hukukta hâkimin önündeki uyuşmazlığı çözümlmek için başvuracağı bir kaynak mutlaka vardır; hâkimin hukuk yaratmasından söz edilemez.⁹⁸

Bununla birlikte, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'de yer verilen “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri” ifadesi akla iki soruyu getirmektedir:

(1) Hangi uluslar medenidir?

(2) (Birinci soru yanıtlandığında) bu ulusların kabul ettikleri hukukun genel ilkeleri nelerdir?

Aşağıda sırasıyla bu iki sorunun üzerinde duracağız.

Uluslararası alanda adaleti tesis etme gayesiyle kurulan ve adında da “adalet” kavramına yer verilen bir kurumun statüsünde “medeni uluslarca kabul edilen” ifadesine yer verilmesi öğretilde sert bir şekilde eleştirilmektedir.⁹⁹ Zira bu kavram, ulusların *medenî uluslar* ve *medenî olmayan uluslar* şeklinde ikiye ayrıldığı intibası yaratmaktadır. Statü’yü hazırlayan komisyondaki üyelerden *De Lapradelle*'ye göre, hukuk, medenileşmeyi ifade ettiğinden ‘medenî uluslar’ ifadesi gereksiz bir ifadedir; bu yüzden taslak metinden çıkarılması gerekir.¹⁰⁰ Bir diğer üye, *Phillimore*'a göre, hukukun genel ilkeleri tüm ulusların kendi iç hukuklarında kabul ettikleri ilkeleri ifade etmektedir ve *Statü*'nün taslak metninde bu kavrama yer verilmesi isabetlidir.¹⁰¹ *Phillimore*'un kullandığı *tüm uluslar* ifadesine dikkat etmek gerekir. Bu ifade uluslar arasında ilkel olanlar ve medeni olanlar şeklinde bir ayırımın, en azından üyelerden bazıları tarafından, kabul edilmediğini göstermektedir.¹⁰² *Yee*'ya göre, komisyon çalışmalarından anlaşılan şudur: “medenî uluslar” ifadesi; din, ahlak, örf ve adet gibi diğer sosyal normlardan ayrılabilen bir hukuk sistemine sahip olan ulusları ifade etmektedir.¹⁰³ “Medenî uluslar” ifadesi, diğer sosyal normlardan ayrılabilen hukuk normlarına sahip olan ulusları ifade edecek şekilde anlaşıldığında “hangi uluslar medenidir?” sorusu yanıt bulmaktadır.

“*Hukukun genel ilkeleri nelerdir?*” sorusunun yanıtı ise daha zordur. Bir görüşe göre hukukun genel ilkeleri milletlerarası hukukun teamüllerden bağımsız bir kaynağı değilken diğer bir görüşe göre bağımsız bir kaynağıdır.¹⁰⁴ İkinci görüşe göre teamüllerde devletlerin uluslararası

⁹⁷ Thirlway, s. 106; Alain Pellet, “Article 38”, in *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, eds. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, and Karin Oellers-Frahm, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 764-773.

⁹⁸ Sur, s. 90; Pazarcı, s. 233.

⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Sienho Yee, *Towards an International Law of Co-progressiveness (Part II)*, 1st Edition, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 21 vd.

¹⁰⁰ Aktaran: Yee s. 25.

¹⁰¹ Yee, s. 25.

¹⁰² Yee, s. 25.

¹⁰³ Yee, s. 25.

¹⁰⁴ Pazarcı, s. 231; Hugh Thirlway, s. 107.

alandaki tutumları esas alınmakta iken hukukun genel ilkeleri ulusal hukukla ilgilidir; bir ilke birçok devletin iç hukukunda var ise hukukun genel bir ilkesinden söz edilir.¹⁰⁵ İkinci görüşe göre, teamüller ile hukukun genel ilkeleri arasındaki bir başka önemli farklılık, ispata ilişkindir; iki devlet arasındaki uyuşmazlıkta devletlerden biri uyuşmazlığı çözümlenebilecek bir teamülün var olduğunu iddia ediyorsa bu devlet diğer devlet açısından da söz konusu teamülün maddi ve psikolojik unsurlarının gerçekleştiğini ispatla yükümlüdür.¹⁰⁶ Hukukun genel ilkelerinde ise uluslararası yargı ya da hakemlik organı bir ilkenin var olup olmadığını doğrudan kendisi tespit eder.¹⁰⁷

Hukukun genel ilkeleri ile ilgili olarak literatürde, “uluslararası hukukun en müphem kaynağı”¹⁰⁸, “skandal bir kavram”¹⁰⁹ gibi olumsuz nitelermeler kullanılmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı da, Statüsü’nün 38. maddesindeki açık düzenlemeye rağmen uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde hukukun genel ilkelerine başvurmaktan kaçınmaktadır¹¹⁰. Divan’ın doğrudan bu kavramı esas aldığı çok az sayıda kararı vardır.¹¹¹ Konu ile ilgili çalışmalarda yer verilen klasik örnek, *Korfu Boğazı davası*dır.¹¹² 22 Ekim 1946 tarihinde Korfu Boğazı’ndan geçmekte olan Birleşik Krallık savaş gemilerinin, Arnavutluk sularında mayına çarpması sonucu, maddi zarar ve can kaybı meydana gelmiş, bunun üzerine Birleşik Krallık zararının tazmin edilmesini talep etmiştir. Arnavutluk, Birleşik Krallık savaş gemisinin Korfu Boğazı’ndaki varlığının uluslararası hukukun ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Divan, bu davada, bir devletin ülkesini diğer devletlere zarar verecek şekilde kullanmama yükümlülüğü altında olmasını hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul ederek Birleşik Krallık lehine karar vermiştir.¹¹³

AİHS m. 7 bağlamında “hukukun genel ilkeleri” kavramına ilişkin bir başka tartışma daha vardır. AİHS m. 7/1’de “uluslararası hukuk” ifadesine yer verilmiştir. “Uluslararası hukuk” ifadesi, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesine göre milletlerarası antlaşmaları, teamülleri ve hukukun genel ilkelerini kapsadığına göre; AİHS m. 7/2’de hukukun genel ilkelerinden neden ayrıca söz edilmiştir? Bu konuda biri, AİHS m. 7/1’de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramının AİHS m. 7/2’de yer verilen “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerini” de kapsadığını; diğeri ise AİHS m. 7’nin ikinci fıkrasının birinci fıkrasına istisna getirdiğini ileri süren iki görüş vardır. Aşağıda sırasıyla bu görüşlere yer verilecektir.

¹⁰⁵ Sur, s. 91.

¹⁰⁶ Pazarıcı, s. 231.

¹⁰⁷ Pazarıcı, s. 231; Schabas, 2015, s. 352.

¹⁰⁸ Vlademir D. Degan, *Sources of International Law*, 1st Edition, Martinus Nijhoff, Hague, 1997, s. 14.

¹⁰⁹ Pausco, s. 111.

¹¹⁰ Pazarıcı, s. 234.

¹¹¹ Thirlway, s. 112.

¹¹² Pazarıcı, s. 235; Schabas, 2015, s. 352.

¹¹³ International Court of Justice, *The Corfu Channel Case*, T. 04.09.1949. (www.refworld.org)

1. AİHS m. 7'nin Birinci Fıkrasının İkinci Fıkrasını da Kapsadığını İleri Süren Görüş

AİHS m. 7/1'de yer verilen "uluslararası hukuk" kavramının "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri"ni de kapsadığını ileri süren görüşe göre, AİHS m. 7/1 ile AİHS m. 7/2, bir bütünün iki parçası olup AİHS m. 7/2'nin AİHS m. 7/1'den bağımsız bir anlamı yoktur.¹¹⁴ Bu görüşe göre AİHS m. 7/2, geçmişe yürüme yasağına istisna getirmemektedir; çünkü hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukukun tıpkı sözleşmeler ve teamüller gibi asli kaynaklarından birisidir.¹¹⁵ İşlendiği tarihte milli hukuka, uluslararası sözleşmelere ve teamüllere göre suç teşkil etmeyen fiil, hukukun genel ilkelerine göre suçsa sonuç itibariyle işlendiği tarihte uluslararası hukuka göre suçtur. İşlendiği tarihte uluslararası hukuka göre suç teşkil eden bir fiil dolayısıyla yapılan yargılama geçmişe yürüme yasağını ihlal etmez. Bu görüşe göre AİHS m. 7/1'de yer verilen "uluslararası hukuk" kavramı, hukukun genel ilkelerini de kapsamına rağmen düzenlemenin ikinci fıkrasında hukukun genel ilkelerinden ayrıca söz edilmesinin nedeni, İkinci Dünya Savaşı'na ilişkin yargılamalardır. Bu yargılamalar neticesinde hüküm giyenlerin AİHS m. 7/1'deki düzenlemeden hareketle haklarının ihlal edildiği savunmasında bulunmasını engellemek; başka bir ifadeyle, AİHS m. 7/1'deki düzenlemenin İkinci Dünya Savaşı'na ilişkin yargılamaların geçerliliğini etkilemediğini açıkça ortaya koymak için AİHS m. 7/2'deki düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur.¹¹⁶ AİHM, *Kononov davasında* bu yaklaşımı esas almıştır.

Bu davaya konu maddi vakıa; *Kononov*'un emrindeki astların, 27 Mayıs 1944 tarihinde Letonya'da yer alan *Mazie Bati* köyüne girerek, düşman Alman ordusu ile işbirliği içerisinde olduklarını iddia ettikleri 6 erkek ve biri gebeliğinin son ayında olan 3 kadını öldürüp bazı evleri de ateşe vermeleridir.¹¹⁷ Bu olay dolayısıyla *Kononov*, savaş suçu işlediği gerekçesiyle Letonya'da yargılanmıştır. 03.10.2003 tarihinde Bölge Mahkemesi maktül erkeklerle kadınların durumunu birbirinden ayırmış; erkek maktüllerin nazilerle işbirliği yaptıklarından bahisle öldürülmelerinin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, *Kononov*'u üç kadının öldürülmesi ve evlerin yakılması fiilleri dolayısıyla "üst" sıfatıyla suçlu bulmuştur. Letonya Ceza Kanunu'na göre savaş suçları zamanaşımı süresine tabi olmamakla birlikte Mahkeme kadınların öldürülmesi ve evlerin yakılmasını savaş suçu olarak değil, öldürme ve mala zarar verme suçu olarak nitelediği için *Kononov* hakkında zamanaşımı hükümlerini uygulamıştır.¹¹⁸ Bölge

¹¹⁴ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 501; Andrew Ashworth/Alison Macdonald/Ben Emmerson, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet-Maxwell, London, 2001, s. 292; Joachim Renzikowski, "Coming to Terms with One's Past: the Strasbourg Court's Recent Case-Law on Article 7 ECHR and Retroactive Criminal Liability", in *European Yearbook on Human Rights*, eds. Wolfgang Benedek, Florence Benoît-Rohmer, Wolfram Karl, Manfred Nowak, Intersentia, Cambridge, 2010, s. 260.

¹¹⁵ Paiusco, s. 116.

¹¹⁶ Mariniello, s. 226-227.

¹¹⁷ *Kononov V. Latvia*, ECHR Grand Chamber, Application No: 36376/04, T. 10.05.2010. (Hudoc)

¹¹⁸ *Kononov V. Latvia*, para: 36.

Mahkemesi'nin kararını inceleyen Yüksek Mahkeme, 28.09.2004 tarihli kararında, öldürülen kişilerin sivil olduğuna, 1961 tarihli Letonya Ceza Kanunu m. 68/3'ün göndermesiyle uyuşmazlığa konu fiilin Nürnberg Şartı, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne göre *savaş suçu* oluşturduğuna hükmetmiştir.¹¹⁹

Kononov, kararın AIHS m. 7/1'i ihlal ettiği gerekçesiyle AIHM'ye başvurmuştur. İsnat edilen fiillerin olayın gerçekleştiği tarihte muhataplarınca ulaşılabilir ve anlaşılabilir bir şekilde ulusal ya da uluslararası hukukta suç olarak düzenlenmesi gerekliliğinden hareket eden Daire, Letonya Ceza Kanunu'nda *savaş suçu* teşkil eden bazı fiillerin örnekseme yoluyla sayılması ve *savaş suçu* teşkil eden fiiller bakımından doğrudan uluslararası hukuka göndermede bulunulması dolayısıyla uluslararası hukuka göre değerlendirme yapmıştır.¹²⁰ Daire'ye göre, o tarihte *Kononov* hakkında uygulanabilir nitelikte olan tek uluslararası sözleşme, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'dir.¹²¹ Zira, Letonya yargı mercilerinin kararlarında zikrettikleri diğer uluslararası sözleşmeler fiilin gerçekleştiği 1944 yılından sonradır.¹²² Esasen Letonya ve Sovyetler Birliği fiilin gerçekleştiği tarihte 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf değildir; ancak Daire'ye göre 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin savaş hukukuna ilişkin kuralları uyuşmazlığa konu fiilin gerçekleştiği 1944 yılında uluslararası hukukun teamül kurallarına dönüşmüştür; bu yüzden somut olaya uygulanabilir niteliktedir.¹²³ 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'ni somut olaya uygulayan Daire, 24.08.2008 tarihli kararında 3'e karşı 4 oyla AIHS m. 7'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹²⁴

Son olarak, Daire'nin verdiği karar, AIHM Büyük Daire'nin önüne götürülmüştür. Büyük Daire; Letonya Ceza Kanunu m. 68/3'ün yollaması nedeniyle fiilin *savaş suçu* teşkil edip etmediği hususunda uluslararası hukukun esas alınması gerektiğini¹²⁵, köylülerin "sivil" olarak değil, "muharip" olarak kabul edilse dahi savaş esiri statüsünde olacaklarını ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 23/c'ye göre, savaş esirlerinin insani muamele görme hakkı olduğunu¹²⁶, ilgili düzenlemeye göre savaş esirleri kaçma girişiminde bulunmadıkları ve direnmedikleri müddetçe kendilerine karşı silah kullanılmayacağını¹²⁷, kadınların ve özellikle de gebe kadınların savaşta özel olarak korunması gerektiği hususunun en azından 1863 tarihli Liber Kanunu'na kadar geri çekilebilecek eski tarihli bir teamül olduğunu¹²⁸, köylülerin "savaş suçlusunu" olarak varsayılmaları halinde dahi infaz

¹¹⁹ Kononov V. Latvia, para: 40.

¹²⁰ Kononov V. Latvia, ECHR Chamber, Application No: 36376/04, T. 24.07.2008, para: 109.

¹²¹ Kononov V. Latvia, Chamber, para: 118.

¹²² Kononov V. Latvia, Chamber, para: 118

¹²³ Kononov V. Latvia, Chamber, para: 120.

¹²⁴ Kononov V. Latvia, Chamber, para: 149.

¹²⁵ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, Para: 196.

¹²⁶ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 202 ve 216.

¹²⁷ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 202.

¹²⁸ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 218

edilmeden önce adil bir şekilde yargılanmaları gerektiğini¹²⁹, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan 1926 tarihli Letonya Ceza Kanunu'nun savaş suçları ile ilgili bir düzenleme içermediğini¹³⁰, bu kanunun sosyalist düzene karşı olan fiileri cezalandıran bir kanun olduğunu¹³¹, savaş suçuna ilişkin bir düzenleme bu kanunda yer almadığı için uluslararası hukukun esas alınması gerektiğini¹³², uluslararası hukukta ise fiilin işlendiği tarihte savaş suçlarını zamanlaşımına ilişkin bir düzenleme bulunmadığını bu yüzden zamanlaşımı süresinin dolduğu şeklinde bir savunmada bulunulamayacağını¹³³, fiilin savaş suçu teşkil ettiğinin o tarihte bilinmesinin mümkün olmadığı şeklindeki iddianın yerinde olmadığını; zira başvuranın “askeri üst” olmasından mütevellit gerçekleştirilen fiillerin doğası itibarıyla savaş suçu teşkil ettiğini bilebileceğini¹³⁴ belirleterek, 10.05.2010 tarihinde, AIHS m. 7/1'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Büyük daire, AIHS m. 7/1'in ihlal edilmediğine hükmettiği için uyuşmazlığı ayrıca AIHS m. 7/2 açısından ele almamıştır. Zira Büyük Daire'ye göre fiil, uluslararası sözleşmelere ve teamüllere göre suç teşkil ettiğinde ayrıca medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil edip etmediği hakkında değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Bununla birlikte Letonya bu uyuşmazlıkta AIHS m. 7/2'yi de bir argüman olarak ileri sürdüğü için Büyük Daire, AIHS m. 7/2'ye yalnızca birkaç cümle değinmiştir. Büyük Daire'nin değerlendirmesi kısa olsa da doğrudan AIHS m. 7/2'nin hukuki niteliğine ilişkin olduğundan oldukça önemlidir. Büyük Daire'ye göre, AIHS m. 7/1 ile AIHS m. 7/2 arasında kural-istisna ilişkisi yoktur; bilakis bu iki düzenleme birbirleri ile uyum içerisindedir. AIHS m. 7/2'nin tek işlevi, düzenlemenin hazırlık çalışmalarından da anlaşılacağı üzere, Nürnberg yargılamalarının geçerliliğinin AIHS m. 7/1'den etkilenmeyeceği hususunu tartışmaya mahal vermeyecek şekilde ortaya koymaktır.¹³⁵

Mahkeme'nin günümüzdeki tutumu, *Kononov* davasında esas aldığı görüştür. Mahkeme daha sonraki içtihatlarında da da bu görüşü devam ettirmiştir.¹³⁶

¹²⁹ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 221.

¹³⁰ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 230.

¹³¹ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 230.

¹³² Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 230.

¹³³ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 231-233.

¹³⁴ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 238.

¹³⁵ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 186.

¹³⁶ Bkz. Abduladhim Maktouf/Goran Damjanović V. Bosnia and Herzegovina, Applications No: 2312/08; 34179/08, T. 18.07.2013, para: 72. (Hudoc); Vasiliauskas V. Lithuania, Applicatio No: 35343/05, T. 20.10.2015, para: 188. (Hudoc). Vasiliauskas V. Litvanya davası hakkında değerlendirme için bkz. Hande Seher Demir, “AIHS m. 7/2'de Belirtilen ‘Uygar Uluslar Tarafından Tanınan Hukukun Temel İlkeleri’ İfadesine AIHM'nin İçtihadî Yaklaşımı”, 19. Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Kongresi, UBAK, Ankara, 16-17 Mart 2024, s. 193 vd.

2. AİHS m. 7/2'nin AİHS m. 7/1'den Bağımsız Olduğunu İleri Süren Görüş

Bu görüşe göre, AİHS m. 7/2, AİHS m. 7/1'e istisna getirmektedir.¹³⁷ Biz de bu görüşe katılıyoruz. Yukarıda detaylı olarak üzerinde durduğumuz üzere AİHS'nin 7. maddesinin formülasyonuna ilişkin çalışmalarda da "uluslararası hukuk" kavramının hukukun genel ilkelerini kapsadığı bu yüzden ikinci bir fıkraya ihtiyaç olmadığı itirazında bulunulmuş ancak bu itiraz yerinde görülmediği için maddeye ikinci fıkra eklenmiştir; demek ki Sözleşme'yi hazırlayan irade, ikinci fıkra ile birinci fıkraya istisna getirmek istemiştir.¹³⁸ Kaldı ki uluslararası sözleşmelerin hazırlık çalışmaları, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 42. maddesine göre, maddenin lafzı yeterince açık değilse bir yorum aracı olarak nazara alınmaktadır; AİHS m. 7/2'nin lafzından geçmişe yürüme yasağına istisna getirildiği ve düzenlemenin İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen fiillere ilişkin yargılamalarla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır.^{139,140} AİHM, *Kolk ve Kislyiy* başvurusunda¹⁴¹ bu yaklaşımı esas almıştır.

Kolk ve Kislyiy başvurusuna konu maddi vakıa; *August Kolk ve Petr Kislyiy* isimli şahısların, 1949 yılında Sovyet Rusya'nın kontrolü altında olan Estonya'dan sivillerin Rusya'nın uzak bölgelerine zorla götürülmesi fiiline iştirak etmeleridir. Sanıklar, bu fiil dolayısıyla 10.10.2003 tarihinde Estonya'da yargılanmış ve insanlığa karşı suç işledikleri gerekçesiyle mahkum edilmişlerdir. Sanıkların avukatı, fiilin gerçekleştiği tarihte Estonya'da 1946 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun uygulandığını, bu kanunda *insanlığa karşı suçlara* yer verilmediğini, *insanlığa karşı suçların* 1992 tarihli Estonya Ceza Kanunu'na 1994 yılında eklendiğini, dolayısıyla yargılamanın suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu, ayrıca insanların zorla bir yerden bir yere götürülmesi şeklindeki fiilin 1949 yılında insanlığa karşı suç olarak kabul edilip edilmediği hususu ile bu suçun maddi unsurlarının oluştuğu varsayılsa

¹³⁷ Pausco, s. 111; Grabenwarter, s. 177; Edwin Bleichrodt, "Freedom from Retrospective Effect of Penal Legislation" in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. Pieter van Dijk at all, 4th Edition, Intersentia, Cambridge, 2006, s. 660.

¹³⁸ Pausco, s. 111; Mariniello, s. 227.

¹³⁹ Pausco, s. 116; Mariniello, s. 230.

¹⁴⁰ Bu görüşü kabul eden yazarların bir kısmı meseleyi *hukuki pozitivizm* ve *doğal hukuk* tartışması ekseninde ele almaktadır. Pausco, s. 117 vd.; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 18.

Kanaatimizce, *Ellis*'in de ifade ettiği üzere, "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri" kavramı iki yöne çekilmeye de müsaittir. Hukukun genel ilkeleri, ülkelerin iç hukuklarında yer bulan ilkelerin kesişimi olduğu için hukuki pozitivizmle uyumludur. Öte yandan doğal hukuku savunan yazarlar açısından da dayanak noktası teşkil etmektedir; zira söz konusu yazarlara göre evrensel hukuk normları vardır ve hukukun genel ilkeleri evrensellik özelliği taşımaktadır. Jaye Ellis, *General Principles and Comparative Law*, Vol. 22, No. 4, 2011, *European Journal of International Law*, s. 970.

¹⁴¹ August Kolk/Petr Kislyiy V. Estonia, Applications No: 23052/04; 24018/04, T. 17.01.2006. (Hudoc)

dahi sanıkların fiillerinin insanlığa karşı suç teşkil ettiğini o tarihte bilmelerinin mümkün olup olmadığı hususunun ilk derece mahkemesince ele alınmadığını ileri sürerek Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi, uluslararası hukuku Estonya milli hukukunun ayrılamaz bir parçası olarak kabul eden Estonya Anayasası'nın 3. maddesine göndermede bulunarak; AİHS m. 7/2'ye göre işlendiği tarihte medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil eden fiillerin cezalandırılmasının mümkün olduğunu, 1945 tarihli Nürnberg Şartı'nın 6. maddesinde sivillerin zorla bir ülkeden başka bir ülkeye götürülmesi fiilinin insanlığa karşı suç teşkil ettiğini, bu ilkenin Birleşmiş Milletler'in 11.12.1946 tarih 95 sayılı kararı ile teyit edildiğini, dolayısıyla olayın gerçekleştiği 1949 yılında sanıkların fiillerinin insanlığa karşı suça vücut verdiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını yerinde görmüştür.

Bunun üzerine *Kolk ve Kislyiy*, 09.06.2004 Tarihinde AİHM'ye başvurmuşlardır. Başvurucular, AİHM'ye yaptıkları başvuruda ulusal yargı mercilerinde ileri sürdükleri savunmalarına ek olarak; AİHS m. 7/2'de yer verilen düzenlemenin kapsamının Nürnberg yargılamaları ile sınırlı olduğunu, Nürnberg yargılamalarına konu olabilecek fiillerin ise İkinci Dünya Savaşı'ndan önce ya da Savaş'ın devam ettiği dönemde işlenen fiillerle sınırlı olduğunu kendi fiillerinin savaştan sonraki barış döneminde olduğunu, dolayısıyla geçmişe etkili olarak gerçekleştirilen yargılamanın AİHS m. 7/1'e aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM, 17.01.2006 tarihli kararında, 1939 yılından 1991 yılına kadar Estonya'nın bağımsız bir devlet olmadığını, Sovyet Rusya'nın hukuk kurallarını uygulamak zorunda kaldığını, Nürnberg yargılamalarını yapan *ad hoc* mahkemenin yetkisinin İkinci Dünya Savaşı sırasında ve öncesinde işlenmiş fiillerle sınırlı olsa da *Nürnberg Şartı*'nda yer verilen ilkelerin herhangi bir zaman dilimiyle sınırlı olmayan evrensel ilkeler olduğunu, bu ilkelerin Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 11.12. 1946 tarihli 95 sayılı kararında da yer aldığını, **AİHS m. 7/2'ye göre, AİHS m. 7/1'de yer verilen geçmişe yürüme yasağının medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil eden fiilleri kapsamadığını**, Sovyetler Birliği'nin BM genel kurulunun 95 sayılı kararında ve Nürnberg Şartı'nda imzası olan devletlerden biri olduğunu, Sovyetler Birliği'nde görevli olan başvurucuların fiillerinin uluslararası hukuka göre suç teşkil ettiğini bilebilecek durumda olduğunu belirleterek başvuruyu yerinde görmemiştir.

Cassese'ye göre Mahkeme'nin *Kolk ve Kislyiy*'in mahkum edilmesinin AİHS'ye aykırı olmadığına karar vermesi doğrudur; ancak bu karar Rusya'nın Estonya'yı işgal etmesi fiilinin uluslararası bir suç teşkil ettiği gerekçesiyle temellendirilebilir; Mahkeme doğru sonuca yanlış gerekçelerle ulaşmıştır.¹⁴²

Cassese Mahkeme'nin kararı birçok yönden eleştirmektedir. *Cassese*'ye göre, Mahkeme'nin 1949 yılında *Kolk ve Kislyiy*'in gerçekleştirdiği fiili insanlığa karşı suç olarak nitelmesi yanlıştır; zira o tarihte Nürnberg Şartı'nda yer verilen ve insanlığa karşı suç olarak nitelenen fiiller, zaman

¹⁴² Cassese, s. 414.

olarak savaş dönemiyle sınırlıdır.¹⁴³ İnsanlığa karşı suçların bu bağlamından kopup günümüzdeki anlamını alması 1960'lı yıllarda olmuştur.¹⁴⁴

Cassese'nin bir diğer eleştirisi, kararın AIHS m. 7/2'ye dayandırılmasıdır. Yazara göre bu durum iki sebeple sorunludur. Birincisi, Mahkeme, kararında fiili insanlığa karşı suç olarak nitelemiş ve 1946 tarihli Nürnberg Şartı'na dayanmıştır. Nürnberg Şartı, uluslararası bir sözleşmedir. Yargılamaya konu fiil, 1949 yılında gerçekleşmiştir. 1946 tarihli Nürnberg Şartı'nda yer alan ilkeler, fiilin gerçekleştiği 1949 yılında uluslararası hukukun teamüllerine dönüşmüştür.¹⁴⁵ Uluslararası hukukta teamüller ve antlaşmalar, AIHS m. 7/1'deki "uluslararası hukuk" kavramının içeriğini oluşturmaktadır; dolayısıyla Mahkeme'nin AIHS m. 7/1'e atıfta bulunması gerekli ve yeterli iken AIHS m. 7/2'ye dayanması yerinde olmamıştır.¹⁴⁶ İkincisi, medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri, ulusların iç hukukuna gönderme yapmaktadır; ülkelerin çoğunluğunun iç hukukunda kabul gören ilkeler hukukun genel ilkeleridir; fiilin gerçekleştiği 1949 yılında birçok ülkenin iç hukukunda insanlığa karşı suçlara yer verilmediğinden bir genel ilkedен söz etmek yerinde değildir.¹⁴⁷

Son olarak *Cassese*'ye göre, başvuruçuların fiilin gerçekleştiği tarihte fiillerinin suç teşkil ettiğini bilmesi gerekliliğinin Mahkeme tarafından gerekçelendirilmesi de sorunludur.¹⁴⁸ *Mahkeme*'ye göre, Sovyetler Birliği'nin Nürnberg Şartı'ndaki ilkeleri onaylayan 1946 tarih 95 sayılı Birleşmiş Milletler kararında imzası vardır; başvuruçular Sovyetler Birliği adına çalışan kamu görevlileri oldukları için Nürnberg Şartı'nı bilmeleri gerekirdi.¹⁴⁹ *Cassese*'ye göre, Sovyetler Birliği'nin Birleşmiş Milletler kararında imzasının olması, Sovyetler Birliği'ndeki her kamu görevlisinin değil, olsa olsa yalnızca üst düzey Sovyetler Birliği görevlilerinin subjektif durumu hakkında bir ipucu olabilir.¹⁵⁰ *Cassese*'ye göre, Mahkeme'nin uyuşmazlığa konu fiilin insanlığa karşı suç oluşturduğu şeklindeki tespitini uluslararası hukukun ulusal hukuktan üstün olduğu prensibine dayandırması daha yerinde olurdu; zira Nürnberg Şartı m. 6/c'ye göre, "insanlığa karşı suçlar, bu suça vücut veren fiillerin işlendiği yerde suç olarak düzenlensin ya da düzenlenmesinin cezalandırılır".¹⁵¹

Cassese'ye katılmakla birlikte şu eklemeyi yapmayı yerinde görüyoruz: Başvuruçular, fiillerinin maddi yönünü; yani bir yerden bir yere insanları rıza hilafına götürdüklerini bilmekle birlikte fiili gerçekleştirdikleri tarihte

¹⁴³ Antonio Cassese, "Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law", Vol. 4, No. 2, 2006, Journal of International Criminal Justice, 410 vd.

¹⁴⁴ Cassese, s. 413.

¹⁴⁵ Cassese, s. 414.

¹⁴⁶ Cassese, s. 414-415.

¹⁴⁷ Cassese, s. 415-416.

¹⁴⁸ Cassese, s. 416.

¹⁴⁹ Cassese, s. 416.

¹⁵⁰ Cassese, s. 416.

¹⁵¹ Cassese, s. 416.

bir haksızlık gerçekleştirdiklerini bilmediklerini iddia etmişlerdir. Daha açık bir ifadeyle başvuranlar maddi gerçekliği bilmekte; hukuki gerçekliği ise bilmediklerini ileri sürmüşlerdir. Modern ceza hukukunda, kastın varlığı bakımından suçun maddi unsurlarını bilmek yeterlidir; fiilin ayrıca hukuki niteliğini bilmeme (hukuku bilmeme) bir yaklaşıma göre mazeret teşkil etmezken; diğer bir yaklaşıma göre ancak kaçınılmaz ise cezasızlık sonucunu doğurur.¹⁵² İkinci yaklaşım, kusur prensibi ile daha uyumludur; çünkü ilki objektif sorumluluğa yol açmaktadır. Mahkeme'nin "hukuku bilmeme" kavramından ve bu kavrama ilişkin tartışmalardan hareketle başvuranların subjektif durumu hakkında değerlendirme yapması, kanaatimizce, daha uygun olurdu.

SONUÇ

AİHS m. 7 ile milli hukukumuz arasında biri suç ve ceza içeren normların kaynağı, diğeri geçmişe yürüme yasağı konularında iki çelişki vardır. Milli hukukumuzla göre suç ve ceza içeren normların yegâne kaynağı, TBMM'nin bir yasama tasarrufu olan "kanun" iken AİHS m. 7'ye göre suç ve ceza içeren normların, "uluslararası hukuk" ve "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri" şeklinde iki kaynağı daha vardır. Keza milli hukukumuzla göre aleyhe kanunun geçmişe yürümesi mümkün değilken AİHS m. 7/2'ye göre medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık halinde aleyhe kanun geçmişe yürütülebilir.

Teorik olarak, AİHS m. 7'den hareketle, işlendiği tarihte Türk kanunlarına göre suç teşkil etmeyen bir fiilin uluslararası hukuka ya da medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu iddiası ile ceza davasının açılması mümkündür. Bu ihtimalde mahkeme AİHS m. 7'nin koşullarının gerçekleştiği kanaatinde ise ön sorun olarak milli hukukumuzla AİHS m. 7 arasındaki çatışmanın çözümlenmesi gerekir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve bu ilkenin bir alt ilkesi olan aleyhe kanunun geçmişe yürümesi yasağı, hem Anayasa hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlendiği için söz konusu çatışma, iki düzeydedir. Anayasa m. 90/5'e göre temel hak ve özgürlüklerle ilgili milletlerarası antlaşmalar ile kanunlar arasındaki çatışmada milletlerarası antlaşma hükümleri uygulanır. Bu düzenleme dolayısıyla AİHS m. 7 ile TCK arasındaki çatışmada koşulları oluşmuşsa AİHS m. 7'nin uygulanması gerekir. Doğrudan, Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar arasındaki çatışmaları çözümlenmeye özgülünmüş bir düzenleme ise Anayasa'da yer almamaktadır. AİHS ile Anayasa çatışması konusunda Türk öğretisinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Biz, bu çatışmada AİHS'nin tercih edilmesinin Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliği ve bağımsızlığı ile bağdaşmayacağını düşündüğümüz için Anayasa'nın AİHS'den hiyerarşik olarak üstün olduğu kanaatindeyiz. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da bu yöndedir.

¹⁵² Detaylı bilgi için bkz. Hans-Heinrich Jescheck, "The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law — Its Historical Background and Present State", Vol. 8, No.1, 1975, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, ss. 112-120.

Anayasa'nın AİHS'den üstün olduğu kabul edildiğinde bu kez de dava mahkemesinin önündeki uyuşmazlıkta doğrudan Anayasa'yı uygulayıp uygulayamayacağı sorunu ile karşılaşmaktadır. Bir görüşe göre bu mümkündür. Dava mahkemelerinin normların Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetleme yetkisi olmadığı kabul edildiğinde ise (ki Anayasa m. 148'e göre bu yetki münhasıran Anayasa Mahkemesine aittir) bu mümkün değildir. Üstelik bu durumda Anayasa m. 90/5'e göre milletlerarası antlaşmalar hakkında somut norm denetimi yapılamadığından dava mahkemesinin AİHS m. 7'nin Anayasa'ya aykırılığını bekletici sorun yapması da mümkün değildir. Somut norm denetimi yapma yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğundan bu ihtimalde uyuşmazlığın Anayasa'ya göre çözümlenebilmesi ancak bireysel başvuru yolunda AİHS m. 7'nin ihmal edilmesi yoluyla mümkün olabilecektir. Bahse konu çözüm yollarından hangisi kabul edilirse edilsin en nihayetinde uyuşmazlık AİHM'ye götürülürse şüphesiz AİHM, uyuşmazlığı AİHS m. 7'ye göre çözümlenecektir. Bu ihtimalde AİHS m. 7'nin anlamı meselesi ile karşılaşılacaktır. Tartışmalar, AİHS m. 7'de yer verilen "uluslararası hukuk" ve "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri" kavramlarının anlamı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

"Uluslararası hukuk" kavramı, bir görüşe göre ulusal hukuk normlarına dönüştürülen uluslararası normları ifade etmektedir. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise, "uluslararası hukuk" kavramının anlamı konusunda Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesini ölçü almak gerekir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'e göre, uluslararası hukukun milletlerarası antlaşmalar, teamüller ve medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri şeklinde üç kaynağı vardır. Gerek AİHS m. 7/2, gerekse de Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'de yer verilen "medeni uluslar" ifadesi, ulusların medeni olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayrıldığı intibası yaratsa da bu ifade, din, ahlak, örf ve adet gibi diğer sosyal normlardan ayrılabilen normlardan teşekkül eden bir hukuk sistemine sahip olan ulusları kapsamaktadır.

Anlaşılabileceği üzere, "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri", Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'e göre "uluslararası hukuk" kavramının kapsamında yer almaktadır. Bu durumda akla, neden AİHS m. 7/1'de "uluslararası hukuk"tan söz edilmişken AİHS m. 7/2'de "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri"nden ayrıca söz edildiği sorusu gelmektedir. Bir görüşe göre AİHS m. 7/2'nin AİHS m. 7/1'den bağımsız bir anlamı yoktur. AİHS m. 7/2'ye Sözleşme'de yer verilmesinin nedeni, İkinci Dünya Savaşı'nda yargılananların AİHS m. 7/1'i dayanak göstererek yargılamaların meşruiyetini tartışmaya açmalarını engellemektir. AİHM, 2008 yılında *Kononov* davasını çözümlerken bu görüşü kabul etmiştir. Bizim de katıldığımız ve AİHM'nin 2006 yılında *Kolk* ve *Kislyiy* başvurularını değerlendirirken kabul ettiği görüşe göre ise AİHS m. 7/2, AİHS m. 7/1'e istisna getirmektedir. Zira, AİHS m.7/2'nin lafzında düzenlemenin İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen fiillere ilişkin yargılamalarla sınırlı olduğunu gösterir hiçbir ifadeye yer verilmemiştir.

KAYNAKÇA

- Akilloğlu T, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, C. 44, S. 3-4, 1989, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 153-174.
- Aksar Y, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- Apaydın D T, “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, C. 9, S.1, 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 529-560.
- Arslan Z, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, C. 17, 2000, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 274-294.
- Ashworth A/Macdonald A/Emmerson B, Human Rights and Criminal Justice, Sweet-Maxwell, London, 2001.
- Bayraktar F, “İstanbul Sözleşmesinden Çekilme Sürecinin Düşündürdükleri: Türk Hukukunun Uluslararası Andlaşmalarla İmtihanı”, Y. 14, S. 56, 2023, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 119-154.
- Bilgin A B, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”, C.22, S.1, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 81-129.
- Bleichrodt E, “Freedom from Retrospective Effect of Penal Legislation (Article 7)” in Theory and Practise of the European Convention on Human Rights, eds. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, 4th Edition, Intersentia, Cambridge, 2006, ss. 651-662.
- Brownlie I, Principles of Public International Law, 5th Edition, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- Cassese A, “Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law”, Vol. 4, No. 2, 2006, Journal of International Criminal Justice, ss. 410-418.
- Çaşın M H, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Çağatay M, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Suç ve Cezada kanunilik İlkesi”, C. 12, S.1, 2022, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 77-104.
- Degan V D, Sources of International Law, 1st Edition, Martinus Nijhoff, Hague, 1997.
- Demir H S, “AİHS m. 7/2’de Belirtilen ‘Uygar Uluslar Tarafından Tanınan Hukukun Temel İlkeleri’ İfadesine AİHM’nin İçtihadî Yaklaşımı”, 19. Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Kongresi, UBAK, Ankara, 16-17 Mart 2024, ss. 190-199.
- Durmuş D/ Erdem M R/ Önok M, Uluslararası Ceza Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Dworkin R, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge MA, 1977.
- Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, Y. 9, S. 1-3, 1988, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Lütfi Duran’a Armağan), ss. 47-56.
- Ellis J, “General Principles and Comparative Law”, Vol. 22, No. 4, 2011, European Journal of International Law, ss. 949–971 .

Eren A, “1982 Anayasası’nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, C. 8, S. 3-4, 2004, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 47-77.

Fendoğlu H T, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, C. 17, 2000, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 363-384.

Fendoğlu H T, Anayasa Yargısı, Yetkin, Ankara, 2010.

Gençtürk Ü/Kolçak H, “Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 8, S. 2, 2023, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 493-521.

Gölcüklü F/Gözübüyük Ş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Gözler K, Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku), 30. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2021.

Gözlügül S V, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Grabenwarter C, The European Convention on Human Rights Commentary, 1st Edition, Beck/Hart, München, 2014.

Gülmez M, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, S. 54, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 147-161.

Harris D/ O’Boyle M/ Bates E P/ Buckley C M, Law of the European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.

İba Ş, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

İnceoğlu S, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Jeschek H H, “The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law — Its Historical Background and Present State”, Vol. 8, No.1, 1975, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, ss. 112-120.

Kanadoğlu O K/Duygun A M, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, On iki levha, İstanbul, 2021.

Karagülmez A, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, S. 54, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 163-177.

Kelsen H, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, Vol. 1, No. 1, 1947, International Law Quarterly, ss. 153-171.

Kılınç B, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2006.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Mariniello T, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, Vol. 82, No.2, 2013, Nordic Journal of International Law, ss. 221–248.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.

Paiusco S, Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law, 1st Edition, Nomos, Baden-Baden, 2020.

Pazarıcı H, Uluslararası hukuk dersleri (1. Kitap), 15. Baskı, Turhan kitabevi, Ankara, 2021.

Pellet A, “Article 38”, in The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, eds. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, and Karin Oellers-Frahm, Oxford University Press, Oxford, 2006, ss. 677-792.

Renzikowski J, "Coming to Terms with One's Past: the Strasbourg Court's Recent Case-Law on Article 7 ECHR and Retroactive Criminal Liability", in *European Yearbook on Human Rights*, eds. Wolfgang Benedek, Florence Benoit-Rohmer, Wolfram Karl, Manfred Nowak, Intersentia, Cambridge, 2010, ss. 257-267.

Schabas W A, "Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the Ad Hoc Tribunals", Vol. 11, No. 3, 2000, *European Journal of International Law*, ss. 521-539.

Schabas W A, *The European Convention on Human Rights- A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Selçuk S, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", C. 25, S. 54, 1999, *Yargıtay Dergisi*, ss. 398-411.

Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 15. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

Şahbaz İ, "Yargıtay ve Bireysel Başvuru Yolu", C. 4, S. 7, 2015, *Anayasa Hukuku Dergisi*, ss. 175-225.

Şirin T, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2013.

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.

Tezcan D/Erdem M R/ Sancakdar O, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002.

Thirlway H, "The Sources of International Law", 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2019.

Tunç H, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", C. 17, 2000, *Anayasa Yargısı Dergisi*, ss. 174-193.

Turhan M, "Anayasa Hukukumuzda İhmal Sorunu", C. 26, S. 4, 1993, *Amme İdaresi Dergisi*, ss. 69-68.

Weyland I, "Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts", in *Essays on Kelsen*, eds. Richard Tur and William Twining, Clarendon Press, Oxford, 1986, ss. 249-269.

Yee S, *Towards an International Law of Co-progressiveness (Part II)*, 1st Edition, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

DEVLET BAŞKANININ KANUNLARI GERİ GÖNDERME YETKİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİNDE YETKİNİN DEĞİŞEN NİTELİĞİ

The Power of Heads of State to Return Laws and the Changing Nature of this Power with the Presidential Government System

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Derya ORMANOĞLU
DURANLIOĞLU*

Öz: Bu çalışmada, devlet başkanlarının yasama organında kabul edilen kanunları geri gönderme yetkisi ve bu yetkinin zaman içindeki değişimi ele alınmaktadır. Kanunlaştırma sürecinde mutlak monarşilerden cumhuriyetlere doğru evrilen yolculukta devlet başkanlarının değişen rolü göze çarpmaktadır. Mutlak monarşilerin hüküm sürdüğü dönemlerde monarkın yasama organı tarafından kabul edilen bir kanun teklifini onaylayarak teklifin kanuna dönüşmesini sağladığı görülmektedir. Devlet başkanının kanunlaştırma sürecindeki rolü, özellikle mutlak monarşilerden meşruti monarşilere geçiş sürecinde ve cumhuriyetlerde aşılabilen bir yetkiye dönüşmüştür. Çalışmada, veto yetkisi ve geri gönderme kavramları arasındaki ayrıma değinildikten sonra, veto yetkisinin türlerinden bahsedilecektir. Türk hukukunda devlet başkanının kanunlaştırma süreci üzerindeki etkisine tarihsel olarak yer verilecek, Cumhurbaşkanının kanunlar üzerindeki geri gönderme yetkisinin yanı sıra anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar üzerindeki geri gönderme yetkisine de değinilecektir. Son olarak, 2017 yılında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 6771 sayılı kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin güçleştirici bir niteliğe dönüşmesine değinilecektir. Zira değişiklik sonrasında, Cumhurbaşkanı tarafından bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderilen bir kanunun aynen kabul edilebilmesi için TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğuna ihtiyaç duyulmaktadır. Böylece geri gönderme yetkisi geciktirici olmaktan çıkmıştır.

Anahtar Kelimeler: Geri Gönderme Yetkisi, Veto Yetkisi, Devlet Başkanı, Kanunlaştırma Süreci, Yürürlük

Abstract: This study focuses on the power of heads of state to return laws and discusses the change in this power over time. In the legalization process, the changing role of heads of state in the journey evolving from absolute monarchies to republics is noticeable. This power, which allows approving a bill accepted by the legislature in absolute monarchies and turning the bill into law, has become a power that can be exceeded in constitutional monarchies and republics. In the study, after mentioning the distinction between the concepts of veto power and return, the types of veto power will be mentioned. After the historical role of the President in the legalization process is mentioned, the power of returning will be discussed in the context of both laws and laws regarding constitutional amendments. Lastly, the study will discuss the fact that the President's power of returning has gained a complicating aspect after the Constitutional amendment made in 2017 with the Law No. 6771 on Amendments to the Constitution of the Republic of Turkey, considering that after the amendment, an absolute majority of the total number of members of the Turkish Grand National Assembly is needed in order to accept a law sent back by the President to be discussed once again. Thus, the power of returning does not have a delaying aspect any longer.

Keywords: Returning Laws, Veto Power, Head of State, Legislation Process, Enforcement

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hdormanoglu@anadolu.edu.tr

ORCID: 0000-0003-1568-7100

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573553

Makale Geliş Tarihi: 13.06.2024, Makale Kabul Tarihi: 04.10.2024

GİRİŞ

Yasama organında kabul edilen teklifler kanun adını alırlar. Ancak kanun teklifinin yasama organında kabul edilmesiyle kanun yürürlüğe girerek vatandaşlar için bağlayıcı hale gelmez. Kanunun yürürlüğe girebilmesi için Resmî Gazete’de yayımlanması gerekir. Kanunun yasama organındaki kabul sürecinin ardından yürürlüğe konulması devlet başkanına tanınmış bir yetkidir. Bu yetkinin devlet başkanına tanınmış olmasının temelinde devlet başkanlarının devletin başı olarak anayasanın koruyucusu misyonuna sahip olmaları yer almaktadır.¹ Devlet başkanının kendisine gelen kanunu yürürlüğe koymayarak Anayasada öngörülen süre içinde bir kez daha görüşülmek üzere yasama organına geri göndermesi ise devlet başkanının geri gönderme yetkisini ifade etmektedir.²

Devlet başkanının kanunları geri gönderme yetkisi kanunların yürürlüğü kapsamındadır³. Devlet başkanının kanunları tekrar görüşülmek üzere yasama organına geri gönderme yetkisi kanunların siyasal denetim araçlarından biridir. Devlet başkanı kendisine sunulan kanunları çeşitli nedenlerle yasama organına geri gönderebilir ve kanunu beğenmediği gibi Anayasaya aykırı da bulabilir⁴.

Devlet başkanının kanunlar üzerindeki yetkisini ifade etmek üzere geri gönderme ve veto kavramları tercih edilmektedir. Oysa her iki kavram da birbirinden farklıdır. Bu çalışmada, terim sorunu bağlamında kanunlaştırma süreci tamamlanmadan, henüz tasarısı ya da teklif aşamasındayken özellikle mutlak monarşilerde karşılaşılan veto kavramına, veto kavramının türlerine ve kanun teklifinin yasama organında kabul edildikten sonra yürürlüğe girmesi aşamasında geçerli olan geri gönderme kavramlarına değinilecektir.

Kanunlaştırma sürecinin bir aşamasını oluşturan onaylama kavramı ile yayımlama kavramı birbirinden farklıdır. 1982 Anayasası’na göre TBMM tarafından kabul edilen bir kanunun yürürlüğe girebilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması zorunludur. Kanunların Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması Resmî Gazete aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.⁵

Çalışmada, devlet başkanının sahip olduğu kanunları geri gönderme yetkisinin hükümet sistemleri bağlamında etkisine değinildikten sonra, parlamenter hükümet sisteminde söz konusu yetkinin devlet başkanının tek başına yapabileceği işlemlerden mi olduğu, yoksa karşı-imza kuralına

¹ Erdal Onar, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2003, s. 48.

² Onar, 2003, s. 48.

³ Erdoğan Teziç, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, C. 52, S. 1-4, 1987, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 101.

⁴ Onar, 2003, s. 50-53.

⁵ Şeref İba, “Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısmen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, C. 52, S. 3, 2003, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 299.

uyularak yapabileceği işlemlerden mi olduğu Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarına da yer vermek suretiyle açıklanacaktır. Ardından, Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri bağlamında tarihsel olarak Anayasalardaki kanunları geri gönderme yetkisinin mutlak veto yetkisinden geri gönderme yetkisine nasıl evrildiği açıklanacaktır. Son olarak, 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının yasama organına geri gönderdiği bir kanunun aynen kabul edilebilmesi için TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun aranmasıyla birlikte Cumhurbaşkanının kanunlaştırma sürecindeki değişen rolüne yer verilecektir. Çalışmada, devlet başkanının kanunları geri gönderme yetkisi, olağan kanunların geri gönderilmesi bağlamında ele alınmıştır.

I. TERİM SORUNU

Kanunlaştırma sürecinin son evresinde devlet başkanının önemli bir rolü bulunmaktadır. Yasama organı tarafından kabul edilen kanun, yürürlük aşamasında devlet başkanına gönderilir. Ülkede geçerli olan sistem cumhuriyet ise geri gönderme yetkisinden, monarşi ise onay ya da veto yetkisinden söz edilir.⁶ Doktrinde, her ikisi de farklı anlamlara gelen geri gönderme ve veto kavramlarını birbirinin yerine kullanan yazarlar bulunmaktadır.

Doktrinde, devlet başkanının önüne gelen bir kanunu yalnızca yürürlüğe koyma ya da geri gönderme yetkisinin bulunduğu, yani onaylama yetkisinin mevcut olmadığı durumlarda devlet başkanının kullandığı yetkinin veto olarak adlandırılmayacağını söyleyenler bulunmaktadır.⁷ Bazı yazarlara göre ise veto sözcüğünün kullanımında bir sakınca bulunmamaktadır.⁸

⁶ Kemal Gözler, Devlet Başkanları- Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2001, s. 145.

⁷ Teziç, 1987, s. 102-103; Yılmaz Aliefendioğlu, “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, C. 21, S. 1, 1988, Amme İdaresi Dergisi, s. 9; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 27. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2023, s. 257; İba, s. 302; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 308; Bahri Savcı, “Devlet Başkanı- Meclis Çatışması”, C. 18, S. 3, 1963, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 319; Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 365. Anayasa Cumhurbaşkanına veto ya da onay yetkisi vermemiştir. Cumhurbaşkanının onay ya da veto yetkisinin bulunduğunu kabul etmek Cumhurbaşkanının kanunları durdurma yetkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir. Cumhurbaşkanının kendisine gelişinden itibaren on gün içinde kanunu TBMM’ye gerekçesiyle birlikte iade ettikten sonra kanun aynen kabul edilirse Cumhurbaşkanının kanunu ilan etmekten başka bir seçeneği kalmamaktadır. Kanunun Resmî Gazete’de yayımlanması ise kanunun maddi varlığı için zorunlu olan kurucu bir unsur olmayıp, üçüncü kişilere duyurulmasını sağlayan idari bir işlemdir. Bülent Daver, “Kanunla İlgili Meseleler”, C. 16, S. 4, 1961, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 229-231.

⁸ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 451; Barış Bahçeci,

Veto kavramı “bir yetkinin, yasanın, kararın yürürlüğe konulmasına yetkili kişilerin, kuruluşların karşı çıkması” anlamına gelmektedir.⁹ Oxford sözlüğe göre “veto, bir şeyin yapılmasına izin vermeyi reddetme hakkı, özellikle de bir kararın alınmasını ya da bir kanunun kabul edilmesini engelleme hakkıdır”¹⁰. Cambridge sözlükte ise veto sözcüğü izin vermeyi yasaklama ya da reddetme¹¹ şeklinde ifade edilmektedir. Roma İmparatorluğu’nda “intercessio” olarak adlandırılan veto, M.Ö. 6. yüzyılda Cumhuriyet döneminin başlarında Romalı temsilciler tarafından *pleblerin* haklarını particilerden kaynaklanabilecek ihlallere karşı koruma aracı olarak kabul edilmiştir.¹²

Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Devlet Başkanının Veto Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.182-183; Cem Eroğul, Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi), Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 145; Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, 10. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 102; Onar, 2003, s. 49; Server Tanilli, Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş, 4. Baskı, Alkım Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 328. Türkiye’de parlamenter sistemin saf halinin uygulandığı bir dönemde Aldıkaçtı’nın yaptığı değerlendirmede devlet başkanının siyaseten sorumsuzluğuna dikkat çekilerek Cumhurbaşkanı tarafından meclise geri gönderilen kanunun yürürlüğe girmesinin hiç olmazsa gecikeceğinden söz edilmiş ve Cumhurbaşkanının kanunlar üzerindeki yetkisi de geciktirici veto olarak nitelendirilmiştir. Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Genişletilmiş 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 330-331. Her iki görüşten farklılaşan yönleri bulunan bir başka görüşe göre ise her ne kadar devlet başkanı tarafından bir kez daha görüşülmek üzere yasama organına iade edilen kanun ya da Anayasa değişikliğinin ikinci kez görüşülmesinde birinci görüşmeden farklı bir yeter sayı aranmıyorsa vetodan bahsedilmesi söz konusu değilse de ikinci kez görüşülmesinde ilkinden daha nitelikli bir çoğunluk aranıyorsa burada veto yetkisi vardır. Mutlak vetonun yalnızca monarşilerde görülmesi sebebiyle çağdaş demokratik sistemlerde veto yetkisi mevcut değildir. Kanunun yasama organına iadesi üzerine ikinci kez görüşülüp kabul edilebilmesi için birincisinden daha nitelikli bir çoğunluk aranıyorsa gerçek bir veto yetkisi söz konusudur. Ancak ikinci kez görüşülmesinde nitelikli bir çoğunluk aranmıyorsa gerçek veto söz konusu değildir. Zira bu durumda yasama organı sadece bir süre gecikerek de olsa aynı kanunu kabul edebilme imkanına sahiptir. Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 451.

⁹ Cengiz Yelbaşı, Fransızca İngilizce Almanca Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Sim Matbaacılık, Ankara, 2014, s. 707.

¹⁰ https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/veto_1?q=veto (S.e.t.: 03.05.2024)

¹¹ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/veto> (S.e.t.: 03.05.2024); Robert Luce, Legislative Problems, Development, Status, And Trend Of The Treatment And Exercise Of Lawmaking Powers, Boston And New York Houghton Mifflin Company The Ribersibe Press, Cambridge, 1935, s. 140.

¹² Robert Spitzer, The Presidential Veto Touchstone of the American Presidency, State University of New York Press, Albany, 1988, s. 1-2; Başkanın veto yetkisinin kökenleri erken Roma Cumhuriyet dönemine ve daha sonra İngiltere’ye kadar uzanabilirken, daha yakın örnekleri ise Amerika’da eyalet düzeyinde gelişmiştir. Richard Watson, “The President’s Veto Power”, V. 499, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Congress and the Presidency: Invitation to Struggle, 1988, s. 37.

Devlet başkanının kanunlaştırma sürecinin son aşmasında önüne gelen bir kanunun, kanunlaşmasını yasaklamasına “mutlak veto” adı verilmektedir. Süre sınırı olmaksızın devlet başkanının böyle bir yetkiyi kullanabilmesiyle yetkinin adı mutlak vetodur ancak devlete başkanın önüne gelen metin ise kanun teklifi ya da tasarısıdır.¹³ Çünkü devlet başkanına ait olan kanunları onaylama yetkisi, metnin yasaya dönüşmesini sağlamaktadır.¹⁴ Britanya’da monarkın mutlak veto yetkisi bulunmaktadır. Yazılı bir anayasaya sahip olmadığı için anayasal teamüller ve parlamento tarafından çıkarılan kanunlar ile yönetilen Britanya’da, 1707 yılından beri veto yetkisi kullanılmamıştır.¹⁵ Veto yetkisinin Britanya’da kullanılmamasının en başta yer alan nedeni Britanya’da parlamenter hükümet sisteminin uygulanıyor olmasıdır. Zira parlamenter hükümet sisteminin öngördüğü devlet başkanlığı makamı, tarafsız ve hakem pozisyonundadır.¹⁶

Çoğu başkanlık sisteminde Başkan, Kongre tarafından onaylanan kanunları veto etme yetkisine sahiptir. Bazı ülkelerde Cumhurbaşkanı sadece kanunun tamamını veto edebilirken, bazı ülkelerde kanunun yalnızca birkaç kelimesini, satırını veya bölümünü veto etme yetkisine sahiptir. Farklı varyantlar arasındaki ortak bir unsur, vetoların güçler ayrılığı sistemlerinde çok önemli bir pazarlık unsuru olması ve Başkan ile yasama organı arasındaki karmaşık ilişkiyi etkilemesidir.¹⁷ Çifte meşruiyete sahip olan Başkan ve yasama organı arasındaki mücadelede Başkan, kendi isteklerine uygun olmayan kanunları geri gönderebilir. Böyle bir durumda da genellikle başkan ile yasama organı farklı siyasal çoğunluklardan oluşmaktadır.¹⁸

Geri gönderme ve veto yetkisi kavramlarını tercih eden farklı görüşler dikkate alındığında, her iki kavramın birbirinin yerine kullanılmayacak kadar farklı kavramlar olduğunu ifade etmek gerekir. Türk hukukunda kanun tekliflerinin yasama organında kabul edildiğinde kanunlaşmış olduğu dikkate alındığında, Cumhurbaşkanı’nın sahip olduğu yetki, teklif ya da tasarının (kanun tasarısı sunabilmenin mümkün olduğu dönemlerde) kanunlaşmasında kurucu bir rol oynamadığı için, kanun haline gelen metnin duyurulmasını sağlayan bir işlem olduğundan veto yetkisi yerine geri gönderme yetkisi ifadesini kullanmak daha yerinde olacaktır.

¹³ Onar, 2003, s. 48.

¹⁴ Aliefendioğlu, s. 8.

¹⁵ Cem Eroğul, *Anatüzeğe Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s. 41.

¹⁶ Parlamenter sistemde siyasi sorumluluğu bulunmayan devlet başkanlarının hükümet tarafından hazırlanmış tasarıları veto yetkisine sahip olması aynı zamanda hükümete karşı güvensizlik anlamına gelir. Teziç, 1987, s. 103.

¹⁷ Valeria Palanza / Gisela Sin, “Veto Bargaining and the Legislative Process in Multiparty Presidential Systems”, Vol. 47, N: 5, 2013, *Comparative Political Studies*, s. 767.

¹⁸ Onar, 2003, s. 71.

II-KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Yasama organı tarafından kabul edilen bir kanunun vatandaşlar açısından bağlayıcı olabilmesi için vatandaşlara duyurulup yürürlüğe girmesi gerekir.¹⁹ Kanunların Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmemiş olması halinde ya da bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderilmesini takiben aynen kabul edildiği takdirde ilgili kanunun resmi bir ilan ile yürürlüğe konulması “ısdar edilmesi” anlamına gelir.²⁰ Türkiye’de kanunların Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanması²¹ ısdar işlemi olarak değerlendirilirken, Türkiye dışındaki ülkelerde ısdar aşaması mecliste kabul edilerek kanunlaşan metnin kabulü ile Resmî Gazete’de yayımlanmaları arasında geçen bir evredir. Kanunun ısdar edildiğini gösteren cümle ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir.²² Devlet başkanı tarafından kanun metninin altına ya da üstüne gelecek şekilde metnin meclis tarafından kanunlaştırıldığını ifade eden cümlenin yazılıp imzalanması ısdar anlamına gelmektedir ve bu işlem kanunların onaylanmasıyla aynı anlama gelmemektedir.²³ Farklı ülkelerin hukuk sistemleri tarafından kabul edilen ısdar ve yayım kavramları arasındaki ayrım, 1961 ve 1982 Anayasalarının asli kurucu iktidarları tarafından dikkate alınmamıştır. Teziç, Anayasada yer alan kanunların yayımlanması ifadesinin ısdar olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.²⁴

Monarşi ile yönetilen bir ülkede devlet başkanının onaylama şeklinde tezahür eden iradesi kanunlaştırma sürecinin bir aşamasıdır. Kanun tasarısı olan metin monarkın onaylanmasıyla birlikte kanuna dönüşür.²⁵

¹⁹ Erdoğan Teziç, Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 137.

²⁰ Kemal Gözler, “Türkiye’de Bir Bilinmeyen: İsdar”, C. 2, 2013, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, s. 897-900; Tolga Şirin, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 111; İsdar işleminin üçlü bir amacı bulunmaktadır. Bunlar; kanunun yasama organı tarafından kabul edildiğinin tespit edilmesi, ikincisi kanun metninin aslıyla örtüşüğünün tespiti üçüncüsü ise kanunun emredici ve icra edilebilir olduğunun tespit edilmesidir. Teziç, 1987, s. 106.

²¹ Teziç, 1987, s. 107; Anayasada kanunların ne ile yayımlanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesine iptal davası açma süresinin hüküm altına alındığı 151.maddeden kanunların Resmî Gazete’de yayımlanması gerektiği anlaşılmaktadır. 23.05.1923 tarih ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Suret-i Neşir ve İlanı Hakkında Mülga Kanun da Kanunların Resmî Gazete’de yayımlanması gerektiğini düzenlemekteydi. 15.07.2018 tarih ve 30479 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de Cumhurbaşkanının kanunları Hukuk Mevzuat Genel Müdürlüğü aracılığıyla Resmî Gazete’de yayımlayacağını düzenlemektedir.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.10.pdf> (S.e.t.: 03.05.2024); Kemal Gözler, “Türk Anayasa Hukuku”, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 672.

²² Gözler, 2019, s. 673.

²³ Gözler, 2019, s. 673.

²⁴ Teziç, 1987, s. 107.

²⁵ Teziç, 1987, s. 102.

Geri gönderme yetkisinin önemi hükümet sistemine göre farklılık arz etmektedir.²⁶ Kuvvetlerin sert ayrılığı sistemlerinde geri gönderme yetkisi başkanın önemli silahları arasındadır. Parlamenter hükümet sisteminde ise devlet başkanı simgesel yetkilere sahip olup devletin birliğini temsil eder ve devlet başkanının, başkanlık sisteminde olduğu gibi güçlü anayasal yetkileri bulunmaz. Başkanlık sisteminin en iyi işleyen örneği olarak gösterilen Amerika Birleşik Devletleri'ne (ABD) bakıldığında, Anayasanın 1. maddesinin 7. bölümünde veto yetkisinin²⁷ düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemeye göre Temsilciler Meclisi ve Senato tarafından görüşülüp kabul edilen bir kanun teklifinin kanunlaşabilmesi için söz konusu teklif Başkana sunulur. Başkan, teklifi uygun gördüğü takdirde imzalar, uygun görmezse yasama organına geri gönderir. Tekrar görüşülen kanun teklifinin kabul edilebilmesi için her iki meclisin de üçte iki çoğunluğu tarafından "Evet" oyu alması gerekir. Başkan kendisine gelişinden itibaren on gün içinde kanun teklifini geri göndermezse teklif başkan tarafından imzalanmış kabul edilerek kanunlaşır.²⁸ Bu bağlamda, ABD başkanlık sistemindeki iki veto yetkisine değinmek gerekir. Bunlardan ilki, başkanın kanun teklifini kendisine gelişinden itibaren on günlük süre içerisinde açıkça reddederek kanunu yasama organı olan Kongreye geri gönderdiği normal veto yetkisidir. Söz konusu yetkinin aşılabilmesi, Kongrenin her iki kanadının üçte iki çoğunluğunun kabul oyuyla mümkündür.²⁹ Kanun teklifinin başkana sunulduğu tarihten itibaren on günden az bir süre içinde yasama organının toplantı dönemi sonlanıyorsa ve başkan da bu süre içerisinde hareketsiz kalmışsa burada mutlak veto etkisi doğuran bir dolaylı veto (cep vetosu) söz konusudur. Cep vetosundan sonra yeni toplantı döneminde teklifin en baştan tekrar görüşülmesi gerekmektedir.³⁰ ABD başkanlık sisteminde başkanın sahip olduğu veto yetkisini değerlendirdiğimizde, başkan kendisine sunulan kanun teklifini onaylamak isterse on günlük süre içerisinde imzalayıp kanunlaşmasını sağlayabilir ya da Kongrenin yasama dönemi içinde kalmak kaydıyla hareketsiz kalabilir. Başkan kanun teklifini

²⁶ Hükümet ve devlet başkanı arasındaki ilişki veto yetkisinin kullanımını etkilemektedir. Halk tarafından seçilen devlet başkanları veto yetkisini parlamento tarafından seçilen devlet başkanlarından daha fazla kullanmaktadırlar. Philipp Köker, *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, Springer, Switzerland, 2017, s. 61; Yasama organı ile iyi ilişkisi olan, gelişmiş pazarlık gücüne ve siyasi becerilere sahip olan başkanlar başkanlar vetoyu iyi bir etki yaratabilmek için kullanabileceklerdir. Bu tür becerileri olmayanlar için veto daha az kullanışlı bir araçtır. David McKays, "Presidential Strategy and the Veto Power: A Reappraisal", V. 104, N. 3, 1989, *Political Science Quarterly*, s. 449.

²⁷ ABD başkanlık sisteminde veto yetkisi yürütme organının kendisini koruyacağı silahlardan birini oluşturmaktadır. Söz konusu yetki aynı zamanda Anayasaya aykırı olan yasaların yürürlüğe girmesini engelleme işlevi görmektedir. Alexander Hamilton, "Federalist 73", *Federalist Yazılar*, Alexander Hamilton/ James Madison/ John Jay, (Çev. T. Şirin/ N. U. Orcan), Runik Kitap, İstanbul, 2021, s. 498-499.

²⁸ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası,

<https://www.law.cornell.edu/constitution/article#section7> (s.e.t.: 03.06.2024)

²⁹ Gözler, 2001, s. 35.

³⁰ Mert Nomer, *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul, 2013, s. 66; Gözler, 2001, s. 35.

veto etmek istediğinde ise normal veto yetkisini ya da cep vetosu yetkisini kullanabilir.

ABD başkanlık sisteminde değinilmesi gereken bir başka husus ise kısmi veto³¹ yetkisidir. Bir kanun teklifinin tamamının veto edilmesinin yanı sıra yasanın bir kısmının veto edilmesi de söz konusu olabiliyorken, başkana ABD Anayasası'nda böyle bir kısmi veto yetkisi verilmemiştir.³² Ancak 1996 yılında Cumhuriyetçilerin çoğunluğa sahip olduğu Kongrede başkana kısmi veto yetkisi veren “*Line Item Veto*” isimli bir kanun kabul edilmiş olsa da söz konusu kanun, Yüksek Mahkeme tarafından 1998 yılındaki Clinton v. City of New York davasında incelenmiş ve kanunun Anayasaya aykırılığı tespit edilmiştir.³³ Bu nedenle, başkanın kısmen uygun bulmadığı bir kanun teklifini veto etmek istediğinde kanunun tümünü veto etmek zorunda olduğunu da belirtmek gerekir.

Parlamber hükümet sisteminin karakteristik özelliklerinden bir tanesi karşı imza kuralıdır. Siyasi sorumluluğu bulunmayan ve icrai kanadın içinde de yer almayan devlet başkanının yaptığı işlemlerden sorumluluğunun doğabilmesi için öngörülen kural, karşı imza kuralıdır. Devlet başkanının işleminden dolayı sorumlu tutulabilmesi için aynı zamanda Başbakan ve ilgili bakan tarafından söz konusu işlemin imzalanması gerekmektedir.

Geri gönderme yetkisinin kullanılması bağlamında da parlamber hükümet sisteminde geri gönderme yetkisinin kullanılması sırasında Başbakan ve ilgili bakanın imzasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde kimi yazarlar geri gönderme yetkisinin karşı- imza³⁴ kuralıyla kullanılabileceğini³⁵ söylerken, kimi yazarlara göre ise kanunları

³¹ Aynı zamanda madde vetosu olarak da adlandırılan kısmi veto yetkisi başkana kanun tasarısının bir kısmını çıkarma imkânı veren yetkidir. Her ne kadar Amerikan başkanlarına kısmi veto yetkisi verilmesine de Amerikan başkanlarının en çok sahip olmak istedikleri ve ihtiyaç hissettikleri veto türüdür. Giovanni Sartori, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği- Yapılar Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, (Çev. E. Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 211.

³² Şule Özsoy Boyunsuz, Dünyada Başkanlık Sistemleri, İmge Kitabevi, Ankara, 2017, s. 120.

³³ Clinton v. City of New York, 524 U.S. 417 (1998), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/417/> (s.e.t.: 05.04.2024); Özsoy Boyunsuz, s. 121.

³⁴ Devlet başkanının yaptığı yazılı bir işlemde söz konusu işlemde doğabilecek sorumluluğun Başbakan ve ilgili bakan tarafından üstlenilmesine imkân veren bir araçtır. Siyasi, cezai ya da hukuki sorumluluğun karşı-imza kuralı gereğince Başbakan ve ilgili bakana ait olacaktır. Yetkide ve sorumlulukta paralellik ilkesi sorumluluğu olmayan devlet başkanının işlemlerinden dolayı hükümetin sorumluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda da icrai organ hükümet olmaktadır. Gözler, 2023, s. 235; Devlet başkanının sorumsuzluğu parlamber monarşilerde tam olmakla birlikte, parlamber cumhuriyetlerde devlet başkanının istisnai olarak cezai sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Murat Sevinç, “Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı”, C. 57, S. 2, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 2002, s. 123.

³⁵ Aldıkaçtı, 1978, s. 127; Yüksel Metin, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, C. 1, S. 1, 1996, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi

geri gönderme yetkisi Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılabilecek işlemlerdendir.³⁶ Bu konuda AYM tarafından verilmiş bir karara bakıldığında, AYM'nin de Cumhurbaşkanının sahip olduğu geri gönderme yetkisini karşı-imza kuralıyla kullanılacak bir yetki olarak görmediği anlaşılmaktadır.³⁷ 1982 Anayasası'nın mülga 105. maddesinde

Dergisi, s. 195; Teziç, 1987, s. 115. Yumuşak, dengeli, işbirlikçi bir anlayışa dayanan parlamenter sistemde sorumluluğu olmayan bir Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisini hemen bütün yetkileri gibi karşı-imza olmaksızın kullanamayacağını ifade eden Güneş'e göre bu yetkinin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılması Bakanlar Kurulu- Devlet Başkanı çatışmasına sebep olabilir. Turan Güneş, "Devlet Başkanı- Meclis Çatışması", C.19, S. 2, 1964, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 183-184.

³⁶ Özbudun Cumhurbaşkanının işlemleri konusunda bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrıma göre Cumhurbaşkanının yasamaya ve yargıya dair olan yetkileri karşı imza kuralına tâbi değildir. Kanunlar aleyhine iptal davası açma yetkisinde olduğu gibi kanunları geri gönderme yetkisi de Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği yetkilere aittir. Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 312.

³⁷ "Anayasa; Cumhurbaşkanına, yürütme organının başı olması yönünden değil, Devleti ve milletin bölünmez bütünlüğünü temsil eden, insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkelerini korumak ve lâik Türkiye Cumhuriyeti'ni yüceltmek ve kollamak görevlerini üstlenen tarafsız bir baş olması yönünden de kimi görevler

vermiştir. Bunlardan biri de Anayasanın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır. Çünkü böyle bir durumda, bu yetki, ancak Başbakan veya ilgili Bakanca uygun görülmesi halinde kullanılabilecektir. Başka bir deyimle, siyasal iktidarcı yasalaştırılan bir metin hakkında Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini, Başbakana veya ilgili Bakanca devreden veya onları bu yetkiye ortak eden ters bir sonuç ortaya çıkar ki, Anayasanın böyle bir sonucu kabul ettiği düşünülemez." AYM, E. 1975 / 183, K. 1976 / 15, 16.03.1976, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1976/15?Donemler_id=1&EsasNo=1975%2F183&KararNo=1976%2F15 (S.e.t.: 15.04.2024); Gözler, 2023 s. 257-258; Anayasa Mahkemesinin benzer yöndeki bir başka kararı da şöyledir: "Anayasanın 6. maddesi, yürütme görevinin, yasalar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceğini kurala bağlamış ve Anayasa, Cumhurbaşkanına bu sıfatla kimi görevler yüklemiştir. Buna karşın Anayasanın 97. maddesi, Cumhurbaşkanının Devletin başı olduğunu ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Milletten birliğini temsil ettiğini belirtmek gereğini de duymuştur. Anayasa Mahkemesi kararında da açıklandığı üzere Anayasa, Cumhurbaşkanını Devletin başı olması nedeniyle bir takım görev ve yetkilerle donatmıştır. Cumhurbaşkanına bu yönden tanınan yetkilerden birisinin de Anayasanın 93. maddesiyle düzenlenen ve yasaları bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermeyi içeren yetki olduğunda kuşku duyulmamak gerekir. Söz konusu maddede, Cumhurbaşkanının bu yetkiyi Başbakan ya da ilgili Bakanla birlikte kullanacağını gösteren bir açıklık olmadığı gibi, dolaylı bir anlatım da yoktur. Gerçekten Cumhurbaşkanının bu yetkiyi Bakanlar Kurulu üyeleriyle birlikte kullanacağını kabulü, onları yetkinin kullanılmasına ortak eden bir sonuç ortaya koyar ki, Anayasanın böyle bir durumu istediği düşünülemez..." AYM, E. 1979 /22, K. 1979 / 45, 18.12.1979, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1979/45?EsasNo=1979%2F22&KararNo=1979%2F45> (S.e.t.: 15.04.2024). Anayasa Mahkemesinin 1993 yılında

Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler dışındaki tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanacağı düzenlenmişti. Bu hükümden ortaya çıkan ise Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin de var olduğudur.³⁸

Türk hukukunda parlamenter hükümet sisteminin ve yarı başkanlık sisteminin uygulandığı dönemde Cumhurbaşkanının sahip olduğu geri gönderme yetkisinin Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerden mi olduğu yoksa karşı-imza kuralına mı tâbi olduğu tartışmasında dikkat çeken hususlardan biri de hem milletvekillerinin hem de hükümetin kanun önerisinde bulunabilmesidir. Yasama organında en çok kanunlaşan önerilerin hükümet tasarıları olduğu düşünüldüğünde, geri gönderme yetkisinin karşı imza kuralına tâbi olması durumunda Başbakan ve ilgili bakanın imza vermeme ihtimali oldukça yüksektir. Aynı durum, bir kanun hakkında AYM'ye iptal davası açılması için de geçerlidir.³⁹

III- OSMANLI-TÜRK ANAYASALARINDA DEVLET BAŞKANININ KANUNLARI GERİ GÖNDERME YETKİSİ

A. KANUNLARI GERİ GÖNDERME YETKİSİ

1876 Kanun-ı Esasi'den itibaren devlet başkanının kanunlaştırma sürecindeki rolü ele alındığında, mutlak monarşiden meşruti monarşiye geçişte devlet başkanının kanunlaştırma sürecindeki değişen rolü göze çarpmaktadır. Devlet başkanlığı makamının olmadığı bir ara dönemi ifade eden milli mücadele dönemine denk gelen 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu döneminde, devlet başkanının kanunlaştırma sürecindeki rolünden bahsetmek mümkün değildir. Güçler birliği-görevler ayrılığı sisteminin geçerli olduğu 1924 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi bulunmaktadır. 1961 ve 1982 Anayasalarında da Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisine yer verilmiştir. 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanının kanunlaştırma sürecindeki rolünde değişiklik olmuştur.

Henüz meşruti monarşi olarak nitelendirilemeyecek olan Kanun-ı Esasi döneminde Padişahın yasama organı üzerinde baskın bir rolü bulunmaktadır. Kanun teklifi aşamasında hem Heyet-i Vükela hem de kendi

verdiği ve benzer içtihadını sürdürdüğü 1982 Anayasası dönemine denk gelen bir başka kararı için bkz. AYM, E. 1992 / 37, K. 1993 / 18, 27.04.1993 https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1993/18?Donemler_id=2&Esa_sNo=1992%2F37&KararNo=1993%2F18 (S.e.t.: 15.04.2024).

³⁸ Gözler, 2023, s. 255.

³⁹ Özbudun, s. 312; Onar, 2003 s. 66. Ancak bu konuda farklı düşünen Gözler'e göre uygulamada her ne kadar farklılıklar olsa da Cumhurbaşkanının tüm işlemleri karşı imza kuralına tâbidir ve Türkiye'de karşı imza kuralı mutlaktır. 1982 Anayasası'nın o dönem yürürlükteki 105. maddesine göre karşı-imza kuralına Anayasa ve diğer kanunlar ile istisna getirilebileceği düzenlenmiş olsa da Anayasada ya da kanunlarda karşı-imza kuralının istisnasına yer verilmediği için karşı imza kuralının bir istisnası bulunmamaktadır. Gözler, 2023, s. 260-261.

görev alanlarına ilişkin olarak Meclis-i Mebusan ve Heyet-i Ayan yetki sahibidir. Ancak kanun teklif edilebilmesi için Padişahın izninin bulunması gerekirdi.⁴⁰ Padişahın onay sürecine kadar kanunlaşma sürecinin çeşitli aşamalarını tamamlamış olan kanun önerileri her iki meclis tarafından kabul edildiği anda bir kanun haline gelmeyip, lâyiha (tasarı) şeklindedir. Layihanın kanuna dönüşmesi Padişahın onayıyla mümkün olmaktadır. Kanunlaştırma sürecinde izin ile başlayan Padişahın rolü, onay aşamasında ise mutlak veto yetkisi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.⁴¹

Kanun-ı Esasi'deki 1909 değişiklikleriyle hem Padişahın izin yetkisine hem de Şûra-yı Devlet'te tasarının hazırlanmasına son verilmiştir. Padişahın sahip olduğu mutlak veto yetkisi geciktirici veto yetkisine dönüştürülmüştür. Çünkü Meclislerde kabul edilerek kanun haline gelen bir metni Padişahın onaylama ya da iki ay içinde yasama organına geri gönderme yetkisi vardır⁴² Padişahın geri gönderdiği kanunun yasama organı tarafından üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi durumunda Padişah tarafından onaylanması gerekmektedir.⁴³ Kanun-ı Esasi'nin ilk şekli ile 1909 değişiklikleri sonrasındaki düzenlemeler kıyaslandığında, mutlak veto yetkisinin artık aşılabilir nitelikte olan güçleştirici veto yetkisine dönüştüğü görülmektedir. Kanun-ı Esasi'deki diğer değişikliklerle birlikte değerlendirildiğinde, Osmanlı Devleti'nin mutlak monarşiden meşruti monarşiye geçiş yaptığı görülmektedir.

Devlet başkanının kanunlaştırma sürecindeki rolü bağlamında Osmanlı-Türk anayasal gelişmeleri arasında milli mücadele döneminde ortaya çıkan ve milli egemenlik ilkesini kabul etmiş 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununa bakıldığında, devlet başkanlığı makamının bulunmadığı görülmektedir.⁴⁴ 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda 29 Ekim 1923'te gerçekleştirilen değişiklikle birlikte Cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulmuştur.⁴⁵ Ancak Anayasada Cumhurbaşkanının kanunları veto etme ya da geri gönderme yetkisinin varlığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kurtuluş mücadelesinin etkilerinin ortadan kalkmaya başladığı 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununun 35. maddesinde ise Cumhurbaşkanına Anayasa ile bütçe kanunları dışındaki kanunları yasama organına bir kez

⁴⁰ Gözler, 2023, s. 17; Padişahın izni alındıktan sonra da talep Şûra-yı Devlet'e gönderilir ve Şûra-yı Devlet'in bir tasarı hazırlaması beklenirdi. Ardından da her iki mecliste görüşülüp kabul edilen tasarı (lâyiha) kanunlaşmak üzere Padişaha gönderilirdi. Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 24. Baskı, Yapı Kredi, İstanbul, 2014, s. 140; Teziç, 1987, s. 103.

⁴¹ Tanör, s. 140.

⁴² Tanör, s. 140.

⁴³ Tanör, s. 140.

⁴⁴ Orhan Aldıkaçtı, Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı, Kor Müessesesi, İstanbul, 1960, s. 18.

⁴⁵ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1921-anayasasi/> (S.e.t.: 07.05.2024)

daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisinin tanındığı görülmektedir.⁴⁶ Ancak geri gönderilen kanun yasama organı tarafından tekrar kabul edilmişse Cumhurbaşkanı tarafından kanunun ilanı zorunludur. Anayasada Cumhurbaşkanıya verilmiş bir yetki olan kanunu ilan etme yetkisi, kanunlaştırma sürecini tamamlayan niteliğe sahip olmayıp, kanunu duyuran, ilan eden bir işlemdir.⁴⁷ 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile Cumhurbaşkanı'nın kanunlaştırma sürecindeki rolü, yasama işlevi olmaktan çıkmıştır. Çünkü Cumhurbaşkanı'na sunulan metin, kanun tasarısı değil, kanundur.⁴⁸ Bu dönemde Cumhurbaşkanı Anayasa ile kendilerine tanınmış olan geri gönderme yetkisini kullanmamışlardır. Ayrıca, her ne kadar bu dönemde AYM henüz kurulmadığından geri gönderme yetkisi oldukça önemli olsa da birçok kanun, özellikle tek partili dönemde kanunlaştırma sürecinde Cumhurbaşkanı'nın görüşlerine ve isteklerine de yer verildiği için Cumhurbaşkanı'nca geri gönderme yetkisi kullanılmadan ilan edilmiştir.⁴⁹

Parlamentar hükümet sisteminin uygulandığı 1961 Anayasası döneminde, tarafsız ve hakem pozisyonunda olan Cumhurbaşkanı'nın kanunları on gün içinde yayımlama ve uygun bulmadığı kanunu gerekçesini de göstererek bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) geri gönderme yetkisi bulunmaktaydı. Cumhurbaşkanı, bu yetkiyi anayasa ve bütçe kanunları dışında kullanabilmekteydi. TBMM geri gönderilen kanunu yine kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanı'nca yayımlanmaktaydı.⁵⁰ 1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanı'nın yasama organı tarafından kabul edilen kanunları imzalayıp yayımlanması için Başbakanlığa göndermesi işlemi, bir yasama işlemi değil, idari işlemdir. Çünkü TBMM'de kabul edildiği anda teklif kanuna dönüşmüştür. Bu nedenle de Cumhurbaşkanı'nın kanunlaştırma sürecinde onay ya da veto yetkisi bulunmamaktadır.⁵¹ Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen kanunun tekrar kabul edilebilmesi için nitelikli bir çoğunluk aranmadığından Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu bu yetki geciktirici geri gönderme yetkisi niteliğindedir. 1961 Anayasası ile ilgili belirtilmesi gereken bir başka husus da tıpkı 1924 Anayasası'nda olduğu gibi Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme yetkisinin yalnızca olağan kanunlar için mümkün olduğu, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunların Cumhurbaşkanı tarafından

⁴⁶ 1924 Anayasası'nda da mevcut olan kanunları geri gönderme yetkisi söz konusu dönemde kullanılmamış bir yetkisidir. Güneş, s. 175.

⁴⁷ Tanör, s. 302. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu döneminde diğer anayasalarda bulunmayan bir yetki olan kanunu yorumlama yetkisi de Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Kanunlar kim tarafından yapılırsa kanunun anlamını, ruhunu ifade etme yetkisinin de ona ait olduğunun düşünün bir anlayışın sonucu olarak yasama organına böyle bir yetki verilmiştir. Gözler, 2023, s. 30; Tanör, s. 300.

⁴⁸ Metin, s. 173.

⁴⁹ Aliefendioğlu, s. 22; Cem Eroğul, "Cumhurbaşkanı'nın Denetim İşlevi", C. 33, S. 1, 1978, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 53.

⁵⁰ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/> (Erişim Tarihi: 05.05.2024)

⁵¹ Ahmet Kerse, Türkiye'de 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Sümer Matbaası, İstanbul, 1973, s. 86-87.

TBMM'ye geri gönderilemeyeceğidir.⁵² 1961 Anayasası döneminde geri gönderme yetkisini Cumhurbaşkanlarından Cemal Gürsel iki kez, Cevdet Sunay on sekiz kez, Fahri Korutürk ise on üç kez kullanmıştır.⁵³

1982 Anayasası'nın ilk şekline bakıldığında, tıpkı 1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi kanunları tekrar görüşülmesi için TBMM'ye geri gönderme yetkisinin Cumhurbaşkanına tanınmış olduğu görülmektedir. Ancak geri gönderme yetkisinin niteliği yalnızca kanunun yürürlüğe girmesini engelleyici niteliktedir. Çünkü geri gönderilen kanunun aynen kabul edilebilmesi için nitelikli bir çoğunluk aranmaksızın basit çoğunluk yeterlidir.⁵⁴ 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisi ile ilgili tanınan süre on günden on beş güne çıkarılmıştır. 1982 Anayasası'nın 89. maddesine göre Anayasa değişiklikleri de geri gönderilebilir hale gelmiştir. Ayrıca geri gönderilen kanunda yasama organının yeni bir değişiklik yapması durumunda Cumhurbaşkanının bu kanunu tekrar meclise geri gönderme yetkisinin bulunduğu Anayasada açıkça belirtilmiştir.⁵⁵

1982 Anayasası'nda 2001 yılında gerçekleştirilen değişiklikten sonra Cumhurbaşkanının kanunları yayımlama yetkisine ilişkin düzenleme de etkilenmiştir. 2001 değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanının sahip olduğu, kanunların tamamını bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi kanunun tümünün ya da bir kısmının geri gönderilebileceği bir yetkiye dönüşmüştür.⁵⁶ Cumhurbaşkanının kendisine sunulan bir kanunu kısmi olarak uygun bulmadığı durumlarda uygun bulmama gerekçesini de göstererek kanunun tümünü TBMM'ye geri göndermesi gerekmektedir. Anayasaya göre ise, TBMM yalnızca Cumhurbaşkanınca uygun bulunmayan maddeleri görüşmektedir.⁵⁷

Geri gönderme yetkisi bağlamında AYM'nin yaklaşımına göre yasama organının geri gönderme gerekçesiyle ilgisi olmayan ve bu gerekçelerin dışında kalan değişiklikler yapması yeni bir kanun yapmak anlamına gelir. Bu durumda aynen kabul değil yeni bir kanunun kabulü söz konusudur.⁵⁸

⁵² Erdal Onar, 1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara, 1993, s. 83.

⁵³ Aliefendioğlu, s. 23; Eroğul, 1978, s. 53; Onar, 2003, s. 68.

⁵⁴ Onar, 2003, s. 63.

⁵⁵ Metin, s. 174.

⁵⁶ Onar, 2003, s. 64; Sevtap Yokuş, "1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine, Yasalara ve Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin Yetkileri", Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 772.

⁵⁷ Onar, 2003, s. 64.

⁵⁸ Fendoğlu, s. 102; AYM, E. 1979 /22, K. 1979 / 45, 18.12.1979, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1979/45?EsasNo=1979%2F22&KararNo=1979%2F45> (S.e.t.: 03.05.2024).

B. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN KANUNLARIN GERİ GÖNDERİLMESİ

1924 ve 1961 Anayasaları her ne kadar Cumhurbaşkanına kanunları geri gönderme yetkisini tanımış olsa da Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları geri gönderme yetkisi bulunmamaktadır. Hem 1924 Anayasasında hem de 1961 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliklerini geri gönderme yetkisinin bulunmadığı açıkça düzenlenmiştir.⁵⁹ 1982 Anayasası ise mecliste kabul edilen bir Anayasa değişikliğine ilişkin kanunu kabul çoğunluğuna göre Cumhurbaşkanına doğrudan Resmî Gazete'de yayımlayıp yürürlüğe koyma, geri gönderme ya da zorunlu veya ihtiyari halkoylamasına sunma yetkilerini vermektedir. 1982 Anayasası Anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar üzerinde hem Cumhurbaşkanına hem de halka yetki vermektedir.⁶⁰

Anayasanın 175. maddesine göre Anayasa değişikliğine ilişkin kanun önerisinin TBMM'de kabul edilebilmesi için TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kabul oyuna ihtiyaç bulunmaktadır. Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun TBMM üye tamsayısının üçte ikisinden az ve beşte üçünden fazla oyla kabul edilmesi halinde Cumhurbaşkanı söz konusu kanunu geri gönderme ya da zorunlu olarak halkoylamasına sunma seçeneklerine sahiptir. TBMM üye tamsayısının üçte ikisi veya fazlası oyla kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunlar üzerinde ise Cumhurbaşkanının Resmî Gazete'de yayımlayarak yürürlüğe koyma, ihtiyari halkoylamasına sunma ya da Meclise geri gönderme yetkisi bulunmaktadır.

1982 Anayasası'nın 175. Maddesi Cumhurbaşkanına Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunu geri gönderme yetkisi tanımına rağmen bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı belirtilmemiştir. Ancak 175. Maddenin ikinci fıkrasında Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulünün, 175. Maddedeki hususlar haricinde kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere göre yapılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle TBMM'de görüşülüp kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun, gerekçesi belirtilerek on beş gün içinde kısmen veya tamamen TBMM'ye geri gönderilebilir.⁶¹

Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliğine ilişkin kanunları geri gönderme yetkisinin niteliği ile ilgili olarak, AYM'nin 5 Temmuz 2007'de verdiği kararından⁶² önce geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun hangi çoğunlukla kabul edildiği önem arz etmekteydi. Zira 1982 Anayasası'nın 175. Maddesinde Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun Cumhurbaşkanı tarafından bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderilebileceği ifade edilmektedir. Aynı maddenin devamında,

⁵⁹ Onar, 1993, s. 83.

⁶⁰ Onar, 1993, 83.

⁶¹ Gözler, 2018, s. 1257; Volkan Has, Anayasayı Değiştirme Süreci, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2007, s. 123.

⁶² AYM E. 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007,

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/68?Donemler_id=2&EsasNo=2007%2F72&KararNo=2007%2F68 (S.e.t.: 03.05.2024).

TBMM'nin geri gönderilen Kanunu üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul etmesi durumunda, Cumhurbaşkanının söz konusu kanunu halkoymasına sunabileceğinden bahsedilmektedir.

5 Temmuz 2007 tarihinde AYM tarafından verilen karar öncesinde Cumhurbaşkanınca geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun TBMM üye tamsayısının üçte ikisi tarafından kabul edilmesi gerektiği doktrinde ağırlıklı olarak ifade edilmekteydi.⁶³ Hatta TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğundan fazla milletvekili tarafından kabul edildikten sonra geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun aynen kabulü için TBMM üye tamsayısının üçte ikisinin kabul oyuna ihtiyaç olması geciktirici geri gönderme niteliğinde kabul edilmiştir.⁶⁴ Ancak TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu tarafından kabul edilip Cumhurbaşkanınca geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun kabulü için geri gönderme sonrasında üçte iki çoğunluğa ulaşılması oldukça zor bir ihtimal olarak görüldüğü için bu durumda Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin fiilen “mutlak veto” etkisine sahip olacağı ifade edilmiştir.⁶⁵ Çünkü Anayasa değişikliğinin yapılması yönünde yeterli desteğin mecliste bulunmadığını bilen Cumhurbaşkanı geri gönderme yetkisini kullanarak Anayasa değişikliğinin kabulünü engelleyebilecektir.⁶⁶

5 Temmuz 2007 tarihinde AYM tarafından karara bağlanan olayda dava konusu işlem, 31 Mayıs 2007 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 16 Haziran 2007 tarihinde halkoymasına sunulmak üzere Resmî Gazete'de yayımlanan 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un öncelikle yok hükmünde olduğunun saptanmasına, olmaması durumunda ise şekil yönünden Anayasaya aykırılığı nedeniyle kanunun tümüyle iptal edilmesine ilişkindir. Dava, Cumhurbaşkanı ve yüz kırk milletvekili tarafından açılmıştır.⁶⁷

Dava konusu Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun birinci görüşmesi 7 Mayıs 2007 tarihinde, ikinci görüşmesi ise 10 Mayıs 2007 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Anayasa değişikliği önerisi 10 Mayıs 2007 günü kabul edilerek kanunlaşmış ve Cumhurbaşkanına gönderilmiştir. Cumhurbaşkanı ise 25 Mayıs 2007 günü kanunu bir kez daha görüşülmek üzere meclise geri göndermiştir. 28 Mayıs 2007'de birinci kez, 31 Mayıs 2007'de ise ikinci kez görüşülen teklifin birinci maddesi 366 oyla, diğer maddeleri ise 367 (Karar tarihinde TBMM üye tamsayısının 2/3'ü) ve üstü çoğunlukla kabul edilmiştir. Kanun önerisinin görüşmeleri sırasında ana muhalefet

⁶³ Onar, 1993, s. 85; Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri”, C. 4, Yıl. 59, 2001, Ankara Barosu Dergisi, s. 38. Aynı yönde bir başka görüş için bkz. Taylan Barın, “Anayasa Değişikliklerinde Beşte Üç Çoğunluk Kuralı”, C.2, S. 71, 2023, Adalet Dergisi, s. 797.

⁶⁴ Onar, 1993, s. 85-86.

⁶⁵ Onar, 1993, s. 85-86; Teziç, 1987, s. 113.

⁶⁶ Gözler, 2001, s. 38.

⁶⁷ AYM E. 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007,

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/68?Donemler_id=2&EsasNo=2007%2F72&KararNo=2007%2F68 (S.e.t.: 03.05.2024).

partisinden bazı milletvekilleri, değişikliklerin Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi üzerine yapılacak oylamalarda kabul için TBMM üye tamsayısının 2/3 çoğunluğunun olması gerektiğini belirterek, teklifin 1. maddesinin kabul edilmediğini ileri sürmüşlerdir. Ardından mecliste usul tartışması açılmıştır. Maddenin kabul edilmediğini iddia eden milletvekilleri, Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine maddelerin görüşülmesine geçilmesine ilişkin oylamada basit çoğunluk yeterli olduğu halde, maddelerin kabulü için üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu durumun doktrinde de ifade edildiğini, ayrıca Anayasanın 175. maddesinin gerekçesinde kabul edildiğini ve aksine bir uygulamanın Anayasaya aykırı bir içtüzük değişikliği anlamına geleceğini, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun tümünde üçte iki çoğunluk sağlanmasının 1. maddenin kabulü anlamına gelmeyeceğini ifade etmişlerdir.⁶⁸ Ana muhalefet partisinin bu ifadeleri üzerine iktidar partisi ise 1987 yılında Anayasanın 175. maddesinde gerçekleştirilen değişikliklerin Anayasa değişikliğini kolaylaştırmak üzere yapıldığını, Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliğine ilişkin kanunu geri göndermesi üzerine üçte iki çoğunluk aranmasının değişikliğin amacı ile bağdaşmadığını ve üçte iki çoğunluğun geçtiği yerlerin Cumhurbaşkanının sahip olduğu halkoylamasına sunma yetkisini vurgulamak olduğunu ifade etmiştir.⁶⁹ İptal davası açan Cumhurbaşkanı Anayasanın 175. Maddesinin 3. ve 5. Fıkralarından, geri gönderilen bir Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun tekrar kabul edilip Cumhurbaşkanına gönderilebilmesi için en az üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi gerektiğinin anlaşıldığını ifade etmiştir. Cumhurbaşkanı da geri gönderme üzerine 366 oyla kabul edilen ve üçte iki çoğunluğa ulaşmayan kabul sayısı nedeniyle yasanın yok hükmünde olduğunun tespit edilmesi için AYM'ye başvurmuştur.⁷⁰

AYM ise yaptığı değerlendirme neticesinde, Anayasanın 175. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir*” düzenlemesinin Cumhurbaşkanının halkoylamasına

⁶⁸ AYM E. 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007,

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/68?Donemler_id=2&EsasNo=2007%2F72&KararNo=2007%2F68 (S.e.t.: 03.05.2024).

⁶⁹ AYM E. 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007,

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/68?Donemler_id=2&EsasNo=2007%2F72&KararNo=2007%2F68 (S.e.t.: 03.05.2024).

⁷⁰ “Cumhurbaşkanı dava dilekçesinde, Yasanın yeniden görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmesi üzerine gerçekleştirilen birinci tur görüşmelerde, Yasanın tümünün görüşülmesi bitirdikten sonra yapılan oylamada maddelere geçilmesinin 366 oyla kabul edildiğinin açıklandığını, oysa bu sayının üye tamsayısının 2/3 çoğunluğundan az olması nedeniyle Anayasa değişikliğinin TBMM'ce reddedilmiş sayılması gerektiğini, maddelerin görüşülmesine geçilmesinin ve sonuçta Yasa önerisinin kabul edilerek yeniden Cumhurbaşkanına gönderilmesinin, tüm oylamalarda nitelikli çoğunluğun bulunması gerektiğine ilişkin E. 1970/1 ve E. 1973/19 sayılı Anayasa Mahkemesi kararlarına aykırılık oluşturduğunu, bunun Yasayı şekil yönünden sakatladığını, bu nedenle Yasanın öncelikle yok hükmünde olduğunun saptanmasını istemektedir.”

sunma yetkisine ilişkin bir seçim hakkı olduğu anlamına geldiği ve bu hakkın kullanılabilmesi için geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. AYM, aynı fıkrada geçen “*üçte iki çoğunlukla kabul ederse*” ifadesinin başka çoğunlukla da kabul edebileceği anlamına geldiğini ve Anayasa koyucunun geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun için “*ancak üçte iki çoğunlukla kabul edilebilir*” gibi bir ifade kullanmadığını kararda ifade etmiştir.

Kararda aynı zamanda 17.05.1987 günlü ve 3361 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değiştirilen Anayasanın 175. maddesinin teklif aşamasında “*Cumhurbaşkanı, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Bu takdirde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu, aynen kabul edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla mümkün olabilir*” biçimindeki metnin komisyon tarafından değiştirildiğine de dikkat çekilmiştir. Bu değişiklikte geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun kabulü için üçte iki çoğunluğa ulaşmanın zorunluluk olmadığı, yalnızca Cumhurbaşkanına halkoymasına sunma yetkisi konusunda takdir hakkı tanıdığı ifade edilmiştir. Geri gönderme üzerine üçte iki çoğunluğun aranmasının 1987 yılında gerçekleştirilen değişikliğin kolaylaştırma işlevi taşımayacağından, anlamsız olacağı ifade edilmiştir.

AYM'nin yukarıda ayrıntılarıyla ifade edilen bu kararı, doktrinde ağırlıklı olarak kabul görmüş olan geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun aynen kabul edilebilmesi için TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuna ulaşması gerektiği yönündeki görüşlerin tam aksi bir sonuç doğurmuştur.

IV-CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE KANUNLARI GERİ GÖNDERME YETKİSİ

6771 sayılı kanunla⁷¹ değiştirilmeden önce “Kanunların Cumhurbaşkanınca Yayımlanması” başlığını taşıyan Anayasanın 89. maddesinde parlamentoda kabul edilen kanunların Cumhurbaşkanınca on beş gün içinde yayımlanacağına yönelik düzenleme ile birlikte Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisine yer verilmiştir. Cumhurbaşkanınca kabul edilen kanunları kısmen ya da tamamen geri gönderme imkânı veren 89. maddeye göre geri gönderilen kanun nitelikli bir çoğunluk aranmaksızın aynen kabul edilebilmekteydi. Bu nedenle 2017 yılında 6771 sayılı kanunla yapılan değişikliğe kadar Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi geciktirici geri gönderme niteliğindedi.

Geri gönderme yetkisinin mevcut olduğu 1924, 1961 Anayasaları ve 2017 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar 1982 Anayasası'nda söz konusu yetki basit çoğunlukla aşılabildiği için yalnızca geciktirici bir özelliğe sahipti.⁷² Ancak bu yetki her ne kadar kanunun yürürlüğünü geciktirse de

⁷¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6771, Kabul Tarihi:21/01/2017, Resmî Gazete Yayın Tarihi: 11 Şubat 2017, Resmî Gazete Sayı: 29976.

⁷² Onar, 2003, s. 63.

geciktirici veto niteliğinde değildir. Çünkü yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği gibi kanun teklifi parlamentoda kabul edildiği anda kanunlaşmaktadır. Geri gönderme üzerine nitelikli bir çoğunluk aranmaksızın parlamento tarafından tekrar kabul edildiğinde kanunun devlet başkanı tarafından imzalanması zorunludur. Bu nedenle de 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunundan itibaren 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğine kadar Türkiye’de geciktirici veto yetkisinden değil geciktirici geri gönderme yetkisinden söz etmek mümkündür.⁷³

2017 yılında gerçekleştirilen değişiklikle birlikte geri gönderilen kanunun aynen kabul edilebilmesi için TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun kabulüne ihtiyaç bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin kabulüyle geciktirici nitelikte olan Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi güçleştirici nitelik kazanmıştır. Böylece geri gönderilen bir kanunu aynen kabul edebilmek için basit çoğunluk yetersiz kalmıştır.

2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile geri gönderilen kanunun aynen kabul edilebilmesi için aranan çoğunluk nitelikli hale getirilmişse de Cumhurbaşkanının kanunun kendisine gelişinden itibaren on beş gün içinde yayımlaması gerektiğine ilişkin düzenlemede bir değişiklik yapılmamıştır. Bütçe kanunlarının geri gönderilemeyeceğine ilişkin düzenleme korunmuştur. Söz konusu değişiklik, 1961 Anayasası’nda yapılan 1971 değişiklikleriyle başlayan yürütmeyi güçlendirme eğiliminin Cumhurbaşkanı özelinde devam eden yansımasıdır. 6771 sayılı kanunla gerçekleştirilen değişiklikle birlikte Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisi güçleştirici veto yetkisi niteliğine dönüşen bir görünümde-dir.⁷⁴ Cumhurbaşkanı geri gönderme yetkisini, kanunu Anayasaya aykırı bulduğu için kullanabileceği gibi yerindelik denetimi olacak şekilde ülkenin yararına görmediği için de kullanılabilir.⁷⁵

Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları geri gönderme yetkisine ilişkin olarak 6771 sayılı kanunla herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Anayasa değişikliği teklif ve kabul oranlarında bir değişiklik olmamakla birlikte TBMM üye tamsayısının 550’den 600’e çıkarılmasıyla teklif ve kabul yetersayıları TBMM üye tamsayısına göre değişiklik göstermiştir.

SONUÇ

Kanunlaştırma sürecinde yasama organında kabul edilen bir kanun önerisinin kanunlaşması ile vatandaşlar açısından bağlayıcı hale gelmesi birbirinden farklıdır. Türk hukukunda yasama organınca kabul edilen bir kanunun yürürlüğe girebilmesi için Resmî Gazete’de yayımlanması gerekir. Kanunun yürürlüğü, devlet başkanına tanınmış bir yetkidir. Devlet başkanlarının kendilerine sunulan bir kanunu yayımlayıp yürürlüğe koyma

⁷³ Teziç, 1987, s. 102-103.

⁷⁴ Ömer Keskinsoy/ Semih Batur Kaya, 2017 Anayasa Değişikliğinin Demokratik Nitelik Sorunu”, S. 155, 2021, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 65; Özbudun, 2019, s. 323.

⁷⁵ Gözler, 2019, s. 676.

yetkisi olduğu gibi, yasama organına tekrar görüőlmek üzere geri gönderme yetkisi de bulunmaktadır.

Devlet başkanlarının sahip olduğu geri gönderme yetkisinin niteliği mutlak monarşilerden cumhuriyetlere doğru değişmiştir. Mutlak monarşilerin egemen olduğu dönemde devlet başkanının önüne gelen metin, kanun tasarısı olup henüz kanunlaşmamıştır. Bu nedenle de monarkın onay ya da veto yetkisi bulunmaktadır. Monarkın onayıyla kanunlaştırma aşaması tamamlanıp tasarı ya da teklif, kanun haline gelmektedir. Monarkın kanun teklifini veto etmesi halinde ise mutlak monarşilerde veto yetkisi, aşılamayan bir yetki olan mutlak veto yetkisi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Kuvvetlerin sert ayrılığı olan başkanlık sistemlerinde de veto yetkisi bulunmaktadır. Başkanlık sisteminde başkanın önüne gelen metin henüz kanunlaşmamıştır ve başkanın Kongreye geri gönderdiği metnin kanunlaşabilmesi için meclisin her iki kanadının üçte ikisi tarafından kabul edilmesi gerekir. Veto yetkisinin başkanlık sistemindeki görünümü güçleştirici veto yetkisi şeklindedir. Bu bağlamda, kanunlaştırma süreci tamamlanmadan, henüz tasarı ya da teklif aşamasındayken karşılaşılan kavram, veto yetkisidir. Teklifin yasama organında kabul edildikten sonra yürürlüğe girmesi aşamasında geçerli olan kavram ise geri gönderme yetkisidir.

Çalışmada terim sorunu ve hükümet sistemleri bağlamında veto ve geri gönderme kavramlarının ayrımlarına değinilmiştir. Ayrıca, 1876 Kanun-ı Esasi'den itibaren anayasal gelişmeler bağlamında devlet başkanlarının sahip olduğu kanunları geri gönderme yetkisinin niteliği ele alınmıştır. Özellikle dikkat çekilmesi gereken husus, Başkanlık sisteminin bir türü olan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle birlikte Cumhurbaşkanının kanunlaştırma sürecindeki değişen rolü olmuştur. 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonrası Cumhurbaşkanının TBMM'ye geri gönderdiği kanunun kabulü için TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun aranmasıyla birlikte geri gönderme yetkisinin ötesinde artık güçleştirici veto yetkisi söz konusudur.

KAYNAKÇA

Aldıkaçtı O, Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, Kor Müessesesi, İstanbul, 1960.

Aldıkaçtı O, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Genişletilmiş 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

Aliefendioğlu Y, “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, Amme İdaresi Dergisi, C. 21, S. 1, 1988, ss. 5-34.

Anayurt Ö, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Bahçeci B, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Devlet Başkanının Veto Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Barın T, “Anayasa Değişikliklerinde Beşte Üç Çoğunluk Kuralı”, C.2, S. 71, 2023, Adalet Dergisi, ss. 793-825.

Daver B, “Kanunla İlgili Meseleler”, C. 16, S. 4, 1961, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 217-246.

Eroğul C, Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi), Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

Eroğul C, “Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi”, C. 33, S. 1, 1978, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 35-57.

Eroğul C, Anütüze Giriş (Anayasa Hukukuna Giriş), Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İmaj, Ankara, 2004.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, 10. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Gözler K, Devlet Başkanları, Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin, Bursa, 2001.

Gözler K, “Anayasa Değişikliği Kanunları Üzerinde Cumhurbaşkanının Yetkileri”, , C. 4, Yıl. 59, 2001, Ankara Barosu Dergisi.

Gözler K, “Türkiye’de Bir Bilinmeyen: Isdar”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, 2013, ss. 897-951.

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin, Bursa, 2018.

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 27. Baskı, Ekin, Bursa, 2023.

Güneş T, “Devlet Başkanı- Meclis Çatışması”, C.19, S. 2, 1964, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 175-192.

Hamilton A, “Federalist 73”, Federalist Yazılar, HAMILTON Alexander/MADISON James/JAY John, (Çev. T. Şirin/ N. U. Orcan), Runik Kitap, İstanbul.

Has V, Anayasayı Değiştirme Süreci, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara, 2007.

İba Ş, “Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısmen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, C. 52, S. 3, 2003, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 299-316.

Kerse A, Türkiye’de 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Sümer Matbaası, İstanbul, 1973.

Keskinsoy, Ö/KAYA S B, “2017 Anayasa Değişikliğinin Demokratik Nitelik Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 155, 2021, ss. 51-78.

Köker P, Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe, Springer, Switzerland, 2017.

Luce R, Legislative Problems, Development, Status, And Trend Of The Treatment And Exercise Of Lawmaking Powers, Boston And New York Houghton Mifflin Company Tbe Ribersibe Press, Cambridge, 1935.

McKAYS D, "Presidential Strategy and the Veto Power: A Reappraisal", V. 104, N. 3, 1989, Political Science Quarterly, pp. 447-461.

Metin Y, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", C. 1, S. 1, 1996, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 171-197.

Nomer M, ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Onar E, 1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara, 1993.

Onar E, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2003.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Özsoy Boyunsuz Ş, Dünyada Başkanlık Sistemleri, İmge Kitabevi, Ankara, 2017.

Palanza V/Sin G, "Veto Bargaining and the Legislative Process in Multiparty Presidential Systems", Vol. 47, N. 5, 2013, Comparative Political Studies, ss. 766-792.

Sartori G, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği- Yapılar Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, (Çev. E. Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Savcı B, "Devlet Başkanı- Meclis Çatışması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, 1963, ss. 319- 340.

Sevinç M, "Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanlığı", , C. 57, S. 2, 2002, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 109-137.

Spitzer R, The Presidential Veto Touchstone of the American Presidency, State University of New York Press, Albany, 1988.

Şirin T, Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Tanilli S, Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş, 4. Baskı, Alkım, İstanbul, 2007.

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2018.

Tanör B, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 24. Baskı, Yapı Kredi, İstanbul, 2014.

Teziç E, Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.

Teziç E, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", C. 52, S. 1-4, 1987, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 101-116.

Teziç E, Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2013.

Watson, R A., "The President's Veto Power", The Annals of the American Academy of Political and Social Science, V. 499, Congress and the Presidency: Invitation to Struggle, 1988, pp. 36-46.

Yelbaşı C, Fransızca İngilizce Almanca Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Sim Matbaacılık, Ankara, 2014.

Yokuş S, "1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerine, Yasalara ve Kanun Hükmünde Kararnemelere İlişkin Yetkileri", Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, ss. 762-781.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/417/> (S.e.t.: 05.04.2024)

AYM, E. 1975 / 183, K. 1976 / 15, 16.03.1976,
https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1976/15?Donemler_id=1&EsasNo=1975%2F183&KararNo=1976%2F15 (S.e.t.: 15.04.2024).

AYM, E. 1979 / 22, K. 1979 / 45, 18.12.1979,
<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1979/45?EsasNo=1979%2F22&KararNo=1979%2F45> (S.e.t.: 03.05.2024).

AYM, E. 1992 / 37, K. 1993 / 18, 27.04.1993
https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1993/18?Donemler_id=2&EsasNo=1992%2F37&KararNo=1993%2F18 (S.e.t.: 15.04.2024).

AYM E. 2007/72, K. 2007/68, 5.7.2007,
https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/68?Donemler_id=2&EsasNo=2007%2F72&KararNo=2007%2F68 (S.e.t.: 03.05.2024).

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1921-anayasasi/>
(S.e.t.: 07.05.2024)

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası,
<https://www.law.cornell.edu/constitution/articlei#section7> (S.e.t.: 03.06.2024)

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/>
(Erişim Tarihi: 05.05.2024)

https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/veto_1?q=veto
(S.e.t.: 03.05.2024)

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/veto> (S.e.t.:
03.05.2024)

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.10.pdf> (S.e.t.: 03.05.2024)

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI BAĞLAMINDA HASSAS DURUMDAKİ YABANCILARIN İDARİ GÖZETİMİ

Immigration Detention of Vulnerable Foreigners in the Context of the Right to Liberty and Security

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILMAZ EREN*

Öz: Çocuklar, hamile ve bebek emziren kadınlar, yalnız ebeveynler, zihinsel ya da fiziksel hastalığı olanlar, engelliler, yaşlılar, insan ticareti mağdurları, işkence, tecavüz veya diğer psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet biçimlerine maruz kalan kişiler literatürde hassas durumda olan kişiler olarak tanımlanmaktadır. Bu kişiler sığınma aramak için başvurdukları devlette özgürlükleri kısıtlanarak idari gözetim tedbirine konu olduklarında kişisel kırılganlıkları nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yanında başka hak ihlallerine de maruz kalmaktadırlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi son yıllarda hassas durumda bulunan kişilere ilişkin detaylı bir içtihat oluşturmuştur. Mahkeme, hassasiyeti ihlal eşliğini düşüren bir unsur olarak değerlendirmekte ve hakları ihlal edilen kişilerin hassas durumda olması halinde devletlerin özen ve koruma yükümlülüklerini daha geniş yorumlamaktadır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında hassas kişilerin idari gözetimi gereklilik ve orantılılık ilkeleri bağlamında katı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Bu çalışma kapsamında AIHM içtihadında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve idari gözetim konusunda genel bilgiler verildikten sonra hassas durumda olma/kırılganlık kavramı incelenecektir. AIHM'in hassas durumda olanların idari gözetiminde oluşturduğu ilkeler belirlenerek, bu kişilere karşı devletlerin arttırılmış pozitif yükümlülükleri değerlendirilecektir. Son bölümde Türkiye uygulaması bağlamında karşılaştırmalı bir analiz yapılarak hassas durumda bulunan kişiler bakımından hukuka uygun idari gözetim uygulaması için öneriler ileri sürülecektir.

Anahtar Kelimeler: Hassas durumdaki kişiler, idari gözetim, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, idari gözetime alternatif tedbirler, pozitif yükümlülükler

Abstract: Children, pregnant and breastfeeding women, single parents, individuals with mental or physical illnesses, people with disabilities, the elderly, victims of human trafficking, and those who have endured torture, rape, or other forms of severe psychological, physical, or sexual violence represent particularly vulnerable groups who are in a more precarious position during migration journeys. When these individuals are subjected to immigration detention measures in the state where they seek asylum, their personal characteristics and circumstances often render them susceptible to violations of not only their right to liberty and security but also other fundamental rights.

In recent years, the European Court of Human Rights has established a comprehensive jurisprudence concerning individuals in vulnerable situations. The Court views vulnerability as a factor that lowers the threshold for establishing a violation, leading to a broader interpretation of states' obligations to exercise care and protection when the rights of such individuals are infringed. In the context of the right to liberty and security, the administrative detention of vulnerable individuals is subjected to rigorous scrutiny, particularly within the framework of the principles of necessity and proportionality.

In this study, following an overview of the right to liberty and security, as well as administrative detention in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR), the concept of vulnerability will be critically examined. The principles articulated by the ECtHR concerning the administrative detention of vulnerable individuals will be identified, and the heightened positive obligations imposed on states in relation to such individuals will be analyzed. In the final section, a comparative analysis will be undertaken in the context of Turkey's domestic practice, with recommendations proposed for ensuring the legality of administrative detention practices with respect to individuals in vulnerable situations.

Keywords: Vulnerable people, immigration detention, right to liberty and security, alternatives to immigration detention, positive obligations.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, eren@tau.edu.tr

ORCID: 0000-0001-5422-9247

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573563

Makale Geliş Tarihi: 12.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 10.10.2024

GİRİŞ

Devletler sınır kontrolü ve yasadışı göçün önlenmesi bağlamında idari gözetim tedbirini sıklıkla uygulamaktadırlar. Sığınmacıların hareket serbestisinin ciddi biçimde sınırlandırıldığı ve imkanları kısıtlı ortamlarda kalmaya zorlanması kişi ve özgürlüğü ve güvenliği hakkına ağır bir müdahale teşkil etmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 5(1)(f)'de ülke topraklarına usule aykırı girişin engellenmesi ya da bir kişi hakkında mevcut sınırdışı veya iade işleminin bulunması sebebine dayanılarak maddi ve usuli şartlara uygun biçimde kişilerin yakalanması veya tutulması, kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının bir istisnası olarak meşru kabul edilmektedir.

İç savaş, yaygın şiddet, iklim değişikliği gibi farklı sebeplerle oluşan göç hareketliliği, binlerce kadın, çocuk, engelli, yaşlı ve hasta kişinin de ülkelerini terk etmesine ve farklı ülkelerde sığınma aramasına sebep olmuştur. Literatürde “hassas durumda” veya “kırılgan” olarak nitelendirilen bu kişilerin, göç yolculuğunun tehlike ve riskleri yanında özenle durumlarından kaynaklanan savunmasızlıkları nedeniyle daha özenle korunmaları gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de hassas durumdaki kişilerin korunmasına ilişkin son yıllarda detaylı bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme, hakları ihlal edilen kişilerin hassas durumda olmaları halinde devletlerin özen ve koruma yükümlülüğünün arttığını vurgulamaktadır.

Türkiye dünyanın en çok mülteciye ev sahipliği yapan ülkesi olarak halihazırda 28 geri gönderme merkezinde çok sayıda sığınmacıyı gözetim altında tutmaktadır. Bu sığınmacılar arasında çocuklu aileler, hamile ve engelliler gibi hassas kişiler de bulunmaktadır. Bu kişilerin gözetim altına alınması ve gözetim altında tutulduğu koşullar AİHM önünde pek çok başvuruya konu olmaktadır. Bu makalenin amacı AİHM içtihadında hassas durumda olmanın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında nasıl ele alındığını ve bu içtihadın idari gözetim uygulamalarına yansımalarını ele alarak Türkiye uygulamasının uluslararası insan hakları hukukuna uyumlu hale gelmesine katkıda bulunmaktır.

Çalışma kapsamında ilk bölümde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı genel hatlarıyla ele alınmış; ikinci bölümde ise AİHM içtihadı ışığında idari gözetimin içeriği ve koşullarına kısaca değinilmiştir. Üçüncü bölümde öncelikle hassas durumda olma/kırılganlık kavramı incelenmiş; daha sonra refakatsiz çocuklar, refakatli çocuklar, çocuklu ebeveynler ve hamile kadınlar ile hasta ve engelli bireyler ve diğer hassas kişiler başlıkları altında Mahkemenin hassas kişilerin idari gözetiminde oluşturduğu standartlar ve bu kişilere karşı devletlerin sorumlulukları incelenmiştir. Sonuç ve değerlendirme kısmında ise hassas durumda bulunan kişiler bakımından devletlerin idari gözetime alternatif tedbirler sunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri incelenmiş ve Türkiye uygulamasına yönelik önerilere yer verilmiştir.

I. GENEL OLARAK KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı; devletlerin kişilerin haklarına keyfi olarak müdahale etmelerini engelleyen ve bireylerin haklarını devlete karşı

koruyan temel bir haktır. Kişi özgürlüğü kavramı bireyin hareket serbestliğinden alıkonulmaması ve fiziki mekan içinde yer değiştirme serbestisi olarak tanımlanmaktadır.¹ Bu hak ile kişinin keyfi olarak yakalanıp, göz altında tutulması, tutuklanması, hareket serbestisinin kısıtlanması engellenmekte ve önceden yasayla belirlenmiş ve sınırlı haller dışında özgürlükten yoksun bırakılmama güvence altına alınmaktadır. Gözaltına alma, tutuklama veya hükümlü olunan cezanın infazı gibi ceza hukukuna bağlı sebepler yanında, kişinin hareket özgürlüğünün engellendiği tüm haller de hakkın kapsamındadır.² Pek çok hakkın kullanılabilmesinin ön şartı olan kişi özgürlüğü hakkı sahip olduğu önem nedeniyle pek çok ulusalüstü belgede güvence altına alınmıştır.³

AİHS madde 5 herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu düzenleyerek belirtilen istisnalar dışında⁴ ve yasanın öngördüğü usule uymaksızın hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağını hüküm altına almaktadır.⁵ Kişi özgürlüğünün hangi koşullarda sınırlandırılacağı tahdidi olarak sayılmıştır ve yorum yoluyla genişletilmesi Sözleşme'nin ihlali anlamına gelecektir. Ayrıca özgürlüğe ilişkin her kısıtlamanın ulusal mevzuatta öngörülebilir ve şeffaf biçimde düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁶ AİHS madde 5 kapsamında gözaltına alma, yakalama, tutuklama, bir yere kapatma gibi kişi özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar

¹ Harris, O'Boyle&Warbrick- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Mehveç Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 276; Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1, Avrupa Konseyi, 2018, s. 3; Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi- Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Yayınları, 1. Cilt, 2012, 365-598. İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", S. 55, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.221-225, s. 205.

² Özgürlükten yoksun bırakma polis gözetimi, tutuklama, mahkumiyet sonrası tutma, ev hapsi, idari gözetim, zorunlu tedavi, çocukların kamusal gözetimi ve bir havaalanının sınırlı bir bölümünde hapsedilmeleri ve gönülsüz nakledilme gibi örnekleri kapsar. UN Human Rights Committee, General Comment No. 35: Article 9, Liberty and security of person, 30 October 2014, CCPR/C/GC/35. Şirin, s. 22.

³ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, m. 3; BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 9; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı m. 6; Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi m. 1; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m. 7; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 5 ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 19 bu hakkı düzenlemektedir.

⁴ Bu istisnalar; madde 5(1)(a)-(f) bentlerinde sayılmıştır. Kişi güvenliği hakkı mutlaktır sadece Sözleşme'de düzenlenen kriterlere bağlı olarak kısıtlanabilir. East African Asian v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 4403/70 (joined), 14.12.1973 § 232. Kamma v. Hollanda, AİHM, B. No: 4771/71, 14.7.1974, p. 9

⁵ Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı için bkz Doğru/Nalbant, s. 365-411; Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 275-351.

⁶ Doğru/Nalbant, s. 371.

değerlendirilirken ilgili tedbirin türü, süresi, başvuru üzerindeki etkisi ve uygulanma şekli gibi kriterler dikkate alınmaktadır.⁷

II. AİHM İÇTİHADINDA İDARİ GÖZETİM

Uluslararası hukuka göre devletler, andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerle uymak şartıyla, yabancıların ülke topraklarına girmelerini, ülke topraklarında bulunmalarını ve ülke topraklarından çıkarılmalarını düzenleme hakkına sahiptirler.⁸ Devletler bu yetkiyi kullanarak ülkelerine giriş yapmış bulunan yabancıların kayıt altına alınması, uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesi ve haklarında sınır dışı kararı⁹ verilen yabancılar bakımından sınır dışı işlemi uygulanması amacıyla kişileri alıkoymakta¹⁰ ve idari gözetim uygulamaktadırlar.¹¹ Kişilerin yurt, transit merkezi gibi adlandırmalardan bağımsız olarak kendi istekleri ile ayrılmadıkları her mekan, kişi özgürlüklerinin kısıtlandığı idari gözetim mekanı olarak kabul edilmektedir.¹² Her ne sebeple uygulanırsa uygulansın idari gözetim tedbiri kişi özgürlüğüne müdahale teşkil etmekte ve kişilerin özgürlükleri kısıtlandığı için ceza yargılaması sonrası tutulmaya benzer

⁷ Guzzardi v. İtalya, AİHM, B. No: 7367/76, 6.11.1980, § 93: “Bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı, uygulanan tedbirin türüne, süresine ve sonuçlarına göre tespit edilir.”

⁸ Guy S. Goodwin-Gill, International Law and the Movement of Persons Between States, Oxford University Press, London, 1978; Kay Hailbronner, “The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community”, C. 2, S. 3, 1990, International Journal of Refugee Law, ss.341-360.

⁹ Sınır dışı etme; devletlerin kamu düzenini veya güvenliğini sağlamak amacıyla yabancıları ülkelerinin dışına çıkarmaları olarak tanımlanmaktadır. Rona Aybay, “Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme”, C. 4, S.2, 2003, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.141-172, s. 142.

¹⁰ BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) alıkonulmayı “özgürlükten mahrumiyet veya sığınmacının istediği zaman çıkmasına izin verilmeyen kapalı bir alanda (hapishane veya bu amaçla inşa edilmiş gözaltı, kapalı kabul veya tutma merkezleri veya tesisleri) kısıtlı tutma” olarak tanımlamaktadır. UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, s.9

<<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2012/en/87776>> (s.e.t. 20.9.2024).

¹¹ İdari gözetim hakkında konu bağlamında gerekli genel bilgiler verilecektir. İdari gözetim hakkında detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014; Simin Yalçıntaş Deli, “Uluslararası İnsan Hakları ve Mülteci Hukuku ile 6458 Sayılı Kanuna Göre Sığınmacıların İdari Gözetimi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2020.

¹² UNHRC, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants, A/HRC/39/45, Annex, 2 July 2018, para 45. Ayrıca transit bölgede kalan çocuklu aile hakkında fiilen idari gözetim uygulandığına ilişkin analiz için bkz. R.R. ve diğerleri v. Macaristan, AİHM, B. No: 36037/17, 2.3.2021, Final 5.7.2021.

sonuçlar doğurmaktadır.¹³ Bu nedenle hem idari gözetim kararı verilmesi hem de kararın uygulanması bakımından hassas bir değerlendirme yapılması ve tıpkı tutuklama tedbirinde olduğu gibi istisnai hallerde uygulanması gerekmektedir.¹⁴

AİHS madde 5(1)(f) kişi ve özgürlüğü ve güvenliği hakkının kısıtlanabileceği haller arasında yabancıların tutulmasını düzenlemektedir.¹⁵ Düzenleme uyarınca ülkeye izinsiz girişi önlemek amacıyla tutma ve sınır dışı etme ya da iade amacıyla tutma şeklinde iki durum istisna olarak kabul edilmiştir. Maddenin cezası verdiği ilk durum yabancıların ülkeye girişlerine izin verilmeden önce tutulmasıdır. Bu tutulma keyfiyetten uzak şekilde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının genel güvencelerine uygun olarak gerçekleştirilmelidir.¹⁶ Yabancıların gözetimi ceza hukuku kapsamındaki tutulmadan farklı olmalıdır. Kişilerin cezaları infaz edilen kişiler değil, sığınma arayan ve uluslararası hukuk tarafından korunan bireyler olduğu dikkate alındığında yabancılara yönelik özgürlüğün kısıtlanması tedbirlerinin ülkeye izinsiz girişi önleme amacıyla bağlantılı olması, tutma yeri ve koşullarının uygun olması ve makul süre boyunca uygulanması gerekmektedir.¹⁷ Madde kapsamında düzenlenen bir diğer husus da kişinin sınır dışı etme veya iade edilmesi amacıyla tutulmasıdır. Bu nitelikteki tutulma işleminin hukuka uygun sayılabilmesi sınır dışı veya iade sürecinin devam etmesi,¹⁸ keyfi olmaması, özenle yürütülmesi, tutma yerinin ve

¹³ Abdolkhani and Karimnia v. Türkiye, AİHM, B. No: 30471/08, 22.9.2009, Final 1.3.2010.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi de idari gözetim altına alma yetkisinin AİHS madde 5 ve AY madde 19 ile kabul edilen istisnai bir yetki olduğunu böylece kişinin uluslararası koruma başvurusu veya sınır dışı edilme aşamasında kanunla belirlenen usul ve şartlara uygun olarak yakalanması ve tutulmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Rıda Boudraa Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/9673, K.T. 21.1.2015, § 73; K.A. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/13044, K.T. 11.11.2015, § 123; F.A. ve M.A. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2013/655, K.T. 20.1.2016, § 133.

¹⁵ Düzenlemeye göre "*kişinin usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alınması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması*" kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir. AİHM sözleşmenin vatandaşı olunmayan bir ülkeye giriş hakkını güvence altına almadığına ve devletlerin suç işleyen bir yabancıyı kamu güvenliğini sağlamak amacıyla sınır dışı edebileceklerine işaret etmektedir. Üner v. Hollanda, AİHM, B. No: 46410/99, 18.10.2006, § 54; De Souza Ribeiro v. Fransa, AİHM, B. No: 22689/07, 13.12.2012, § 77. Ancak bu yetki AİHS'e uygun biçimde kullanılmalıdır. Amuur v. Fransa, AİHM, B. No: 19776/92, 25.6.1996; Grauslys v. Litvanya, AİHM, B. No: 36743/97, 10.10.2000.

¹⁶ Saadi v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 13229/03, 29.1.2008 [GC], §§ 64-66.

¹⁷ Saadi v. UK, §§ 74.

¹⁸ Suç işleme veya kaçmanın önlenmesi gibi makul bir amaç aranmamakta veya söz konusu tutulma işleminin dayanağını teşkil eden kararın temelini haklı bir sebebin oluşturması gerekmektedir. Bkz. Chahal v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 22414/93, 15.11.1996, § 112; Çonka v. Belçika, AİHM, B. No: 51564/99, 5.2.2002, Final 5.5.2002, § 38; Nasrulloev v. Rusya, AİHM, B. No: 656/06, 11.10.2007, § 69; Soldatenko v. Ukrayna, AİHM, B. No: 2440/07, 23.10.2008, § 109. AİHM, iade işlemi sebep gösterilmekle birlikte bu yöntemin kolaylığından yararlanarak kişinin

koşullarının uygun olması ve tutma süresinin tutma amacının gerektirdiği makul süreyi aşmaması gerekmektedir.¹⁹

Türk hukuku açısından bakıldığında 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)²⁰ madde 68 bağlamında ülkeye giriş yapmış ve uluslararası koruma başvurusunun sonucunu bekleyen kişiler ve madde 57 bağlamında sınır dışı edilecek kişilerden gerekli koşulları taşıyanlar hakkında idari gözetim kararı uygulanmasını düzenlemektedir.²¹ İdari gözetim altına alınan kişiler YUKK madde 58 uyarınca geri gönderme merkezlerinde tutulmaktadır.²² Bu merkezlerde kalan kişilere sağlanacak hizmetler; madde 59 uyarınca hüküm altına alınmıştır.²³ Kişilerin haklarında herhangi bir suç isnadı bulunmaksızın özgürlüklerinin kısıtlandığı merkezlerde sağlanması gereken koşullar ve standartlar hem insan hakları koruma mekanizmaları raporlarıyla hem de uluslararası mahkeme içtihatlarıyla belirlenmiştir.²⁴ Tüm bu önlemlerin alındığı hallerde dahi

tutulmasını hukuka aykırı kabul etmektedir. *Bozano v. Fransa*, AİHM, B. No: 9990/82, 18.12.1986.

¹⁹ Saadi v. İtalya [GC], § 74; *Yoh-Ekale Mwanje v. Belçika*, AİHM, B. No: 10486/10, 20.12.2011, §§ 117-119; *A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, AİHM, [GC], B. No: 3455/05, 19.2.2009, § 164. AİHM madde 5(1)(f) bağlamındaki tutulmalarda 4 kriter üzerinden işlemin hukukiliğini sorgulamaktadır: (1) *İdari gözetim iyi niyetle mi gerçekleştirilmiştir?* (2) *Gözetim kişinin izinsiz girişini önleme amacıyla bağlantılı mı uygulanmıştır yoksa gizli başka amaç var mıdır?* (3) *İdari gözetim altına alınan kişilerin cezaları infaz edilen suçlular değil, yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik ihaller nedeniyle ülkelerini terk eden kişiler olduğu dikkate alınarak bu duruma uygun tutulma mekanları sağlanmış mıdır?* (4) *Gözetim amaca uygun makul bir süre için mi uygulanmıştır?*” Bkz. *Saadi v. Birleşik Krallık*, § 74. *A v. Birleşik Krallık*, §164; *Harris/O’Boyle/Warbrick*, s. 314.

²⁰ RG, 11.4.2013, S. 28615.

²¹ *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*, RG, 17.3.2016, S. 29656, m. 59 ve 96.

²² Merkezlerin işleyişine ilişkin detaylar için bkz. *Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik*, RG, 22.4.2014, S. 28980.

²³ Makalenin yazım tarihinde Türkiye’de 28 tane GGM faaliyet göstermektedir. Göç İdaresi Başkanlığı, *Gerçek Gönderme Merkezleri* <<https://www.goc.gov.tr/geri-gonderme-merkezleri-iletisim>> (s.e.t. 20.9.2024)

²⁴ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012; OHCHR, *Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*, UNGA Res 43/173, 9 December 1988, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/body-principles-protection-all-persons-under-any-form-detention>> (s.e.t. 20.9.2024); OHCHR, *United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*, UNGA Res 45/113, 14 December 1990, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-rules-protection-juveniles-deprived-their-liberty>> (s.e.t. 20.9.2024); UNODC, *The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules)* <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf> (s.e.t. 20.9.2024); European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading

kişilerin hareket serbestilerinin kısıtlandığı, birçok kişinin birarada tutulduğu barınma, yemek, sağlık, boş zaman aktiviteleri gibi hususlarda kısıtlı imkanlar sağlanan bu mekanlarda (merkez, yurt, transit merkezi, çadır vb.) idari gözetim kararının hukuka aykırılığı ve gözetim altında tutulma koşullarına bağlı olarak farklı nitelikte insan hakkı ihlalleri meydana gelmektedir.²⁵ İdari gözetim altında tutulan kişilerin hassas durumda bulunan kişiler olmaları halinde söz konusu hak ihlalleri daha da ağırlaşmaktadır. Bu genel değerlendirmelerin ardından hassas durumda olan yabancıların idari gözetimi ele alınacaktır.

A. HASSAS DURUMDAKİ/KIRILGAN KİŞİLER

1. Hassasiyet/Kırılğanlığın Tanımı

Uluslararası insan hakları hukuku bağlamında yaş, cinsiyet, etnik köken ve azınlık olma, sağlık durumu ve özgürlüğünden mahrum olma gibi haller hassas olma/kırılğanlık (*vulnerability*) olarak değerlendirilmektedir.²⁶ Avrupa Birliği 2013/33/EU sayılı Yönergesi hassas kişileri; çocuklar, refakatsiz çocuklar, engelliler, yaşlılar, hamileler, küçük yaşta çocuğu olan yalnız ebeveynler, insan kaçakçılığı kurbanları, ciddi hastalığı olan kişiler, ruhsal bozuklukları olan kişiler, işkence, tecavüz ve diğer ciddi psikolojik, fiziksel ya da cinsel şiddet türlerine maruz kalmış kişiler -örneğin kadın sünneti kurbanları gibi- olarak belirlemektedir.²⁷

YUKK hassas durumda olma ifadesi yerine özel ihtiyaç sahipleri şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir. YUKK madde 3(l) özel ihtiyaç sahiplerini; başvuru sahibi ile uluslararası koruma statusu sahibi kişilerden; refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişi olarak saymaktadır.²⁸

Treatment or Punishment Standards, (The CPT standards), Council of Europe Committee for the Prevention of Torture, (CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 201) <<https://www.refworld.org/reference/themreport/coecpt/2011/en/78171>> (s.e.t. 20.9.2024).

²⁵ Nimet Özbek, "AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar", C. 118, 2015, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.15-50.

²⁶ Alexander H. E. Morawa, "Vulnerability as a concept of International Human Rights Law", V. 6, S. 2, 2003, Journal of International Relations and Development, ss.139-155, s. 140. Literatürde hassas durumda, savunmasız durumda ya da kırılğan gibi ifadeler kullanılmaktadır. Bu çalışma kapsamında hassas durumda bulunma şeklinde bir kullanım tercih edilecek; bağlamın gerektirdiği hallerde kırılğanlık da yer yer kullanılacaktır.

²⁷ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 Laying Down Standards For The Reception of Applicants For International Protection (Recast), L 180/96, 29.6.2013, m. 21.

²⁸ Özel ihtiyaç sahiplerini düzenleyen 67. maddede ise uluslararası korumaya ilişkin hak ve işlemlerde bu kişilere öncelik tanınacağı ve işkence, cinsel saldırı ya da

2. AİHM İçtihadında Hassas Durumdaki Kişiler

AİHS ve Mahkeme içtihatı, kırılgnlık/hassas durumda bulunma kavramını tanımlamamaktadır. Ancak başvuruya konu olayın somut şartları bağlamında Mahkeme, *kırılgnlık* ve *kırılgn grup* kavramlarına kararlarında yer vermektedir.²⁹ Kırılgnlık kavramı AİHM tarafından ilk kez 1981 tarihli *Dudgeon* başvurusunda ele alınmış ve Mahkeme eşcinseller için *vulnerable sections of society* şeklinde kırılgnlık kavramını kullanmıştır.³⁰ 2001 tarihli *Chapman* başvurusunda ise Romanların bir azınlık olarak savunmasız konumunun, belirli vakalarda kararlar alınırken onların ihtiyaçlarına ve farklı yaşam tarzlarına özel bir dikkat gösterilmesi gerektiği anlamına geleceğine vurgu yaparak (*vulnerable position of gypsies*) Mahkeme, grup temelinde bir kırılgnlığa atıf yapmıştır.³¹ *D. H. ve diğerleri* başvurusunda ise Roman topluluğuna karşı tarihsel önyargılardan kaynaklanan okullardaki sistemik ırksal ayrımcılığı inceleyen Mahkeme, çalkantılı tarihleri ve sürekli yer değiştirmeleri sonucunda Romanların belirli bir tür dezavantajlı ve kırılgn azınlık haline geldiğine dikkat çekmiştir.³²

Kırılgn kişi ve grupların Mahkeme tarafından nasıl korunduğunu belirleyebilmek amacıyla öncelikle Mahkemenin kırılgnlığı nasıl ele aldığını tespit etmek gerekmektedir. *Al Tamimi*, Mahkeme'nin bu belirlemeyi tarihi altyapı³³, devlet kontrolü³⁴ ve savunmasızlığın temeli olarak uluslararası insan hakları belgelerine atıf yapmak³⁵ suretiyle yaptığını ifade etmektedir.³⁶ *Limante* ise grupların savunmasızlığının göstergeleri

diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalan kişilere, bu türden fiillerin neden olduğu hasarlarını giderecek yeterli tedavi imkânı sağlanacağı belirtilmektedir.

²⁹ Yussef Al Tamimi, "The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights", No. 5, 2016, European Journal of Human Rights, ss.561-583, s. 563.

³⁰ Dudgeon v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 7525/76, 22.10.1981 § 60.

³¹ Chapman v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 27238/95,18.1.2001, § 96.

³² D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, AİHM, B. No: 57325/00, 13.11.2007, §182. Benzer şekilde bkz. Horváth and Kiss v. Macaristan, AİHM, B. No: 11146/11, 29.1.2013.

³³ Romanlar bağlamında bu grubu savunmasız kılan bir tarihsel arka plana vurgu yapılmıştır. Bkz. D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, §182. Benzer şekilde bkz. Horváth and Kiss v. Macaristan.

³⁴ Mahkeme gözaltındaki kişilerin otoritelere bağımlılığı nedeniyle hassas hale geldiklerini ifade etmektedir. Bkz. Denis Vasilyev v. Rusya, AİHM, B. No: 32704/04, 17.12.2009. Mahkeme "*gözaltındaki kişilerin hassas bir konumda olduğunu*" veya "*bir devletin hassas durumda olan kişinin gözaltında olması durumunda sorumlu olduğunu*" belirtmektedir. Örneğin, *Kukhalashvili ve diğerleri* davasında Mahkeme "*bir hâpishane nüfusunun doğası gereği devlet tarafından korunmaya ihtiyaç duyan hassas bir grup*" olduğuna dikkat çekmiştir. *Kukhalashvili ve diğerleri v. Gürcistan*, AİHM, B. Nos: 78/07 41891/07, 2.4.2020.

³⁵ Bkz. Opuz v. Türkiye, §§ 72-90. Bkz. S.M. v. Hırvatistan, AİHM, B. No: 60561/14, 19.7.2018, §§ 27-35.

³⁶ Al Tamimi, s. 569-571.

olarak tarihsel önyargılar, damgalama ve klişeler, devlet kurumlarına bağımlılık ve kendilerini koruma yeteneğinin sınırlı olması ile açıklamaktadır.³⁷ Bu değerlendirmeler ışığında AİHM içtihadında çocuklar³⁸, mülteci ve sığınmacılar³⁹, zihinsel engelliler⁴⁰, HIV ve AIDS pozitif hastalar⁴¹, Romanlar/Çingeneler⁴², hamile ve aile içi şiddete uğrayan kadınlar⁴³, bazı azınlık gruplar⁴⁴, LGBTİ bireyler⁴⁵ ve gözaltında olan veya tutuklu bulunan kişiler⁴⁶ hassas durumda bulunan kişiler olarak kabul edilmektedir.⁴⁷

B. HASSAS DURUMDA BULUNAN YABANCILARIN İDARİ GÖZETİMİ

Kişilerin alıkonularak özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları başlıbaşına bir hassasiyet ve kırılgnlık sebebidir. Mahkeme de kararlarında sıklıkla gözaltına alınan kişileri hassas olarak değerlendirmektedir.⁴⁸ Özgürlükleri kısıtlanan kişiler yabancı oldukları zaman başka kırılgnlıklar

³⁷ *Limante* çalışmasında 2019-2022 arası içinde kırılgn-kırılgnlık ifadelerinin geçtiği AİHM kararlarını analiz etmiştir. Agne Limante, “Protecting vulnerable groups in Europe: highlights from recent case law of the European Court of Human Rights”, V. 28, I. 4, 2024, *The International Journal of Human Rights*, ss.671-688, s. 673-676.

³⁸ Örnek olarak bkz. M.H. ve diğerleri v. Hırvatistan, AİHM, B. No: 15670/18, 43115/18, 4.4.2022.

³⁹ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, AİHM, B. No: 30696/09, 21.1.2011, § 232.

⁴⁰ Renolde v Fransa, AİHM, B. No: 5608/05, 16.10.2008, Final 16.1.2009, § 109.

⁴¹ Kiyutin v. Rusya, AİHM, B. No: 2700/10, 10.3.2011, Final 15.9.2011, § 58. Karş. N. v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 26565/05, 27.5.2008.

⁴² D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, §182.

⁴³ *Opuz* davasında AİHM, aile içi şiddet mağduru olan başvuruçunun devlet korumasına ihtiyaç duyan hassas bireyler grubuna dahil olduğunu belirtmiştir. *Opuz v. Türkiye*, AİHM, B. No: 33401/02, 9.6.2009, Final 9.9.2009, § 160.

⁴⁴ *Budina and Chaprazov v. Bulgaristan*, AİHM, B. No: 12567/13, 16.2.2020.

⁴⁵ *Identoba ve diğerleri v. Gürcistan*, AİHM, B. No: 73235/12, 12.5.2015, Final 12.8.2015, § 72.

⁴⁶ *Keenan v. Birleşik Krallık*, AİHM, B. No: 27229/95, 03.04.2001 § 91; *Trubnikov v. Rusya*, AİHM, B. No: 49790/99, 5.7.2005, § 68.

⁴⁷ *Al Tamimi* çalışmasında 2014 yılına kadar hükme bağlanan kararlardan kırılgn, kırılgnlık (*vulnerable-vulnerability*) kavramını içerenler bağlamında bir analiz yapmıştır. Hassas olarak tanımlanan kişileri mahkeme içtihadına yansıyan sayı çokluğuna göre gözaltında bulunan kişiler, çocuklar, mağdurlar (aile içi şiddet, cinsel suç, insan kaçakçılığı), yabancılar ve şüpheliler olarak sınıflandırmıştır. *Al Tamimi*, s. 564-568. *Limante* ise fiziksel veya mental engelli olan kişiler, özgürlüklerinden mahrum kalmış kişiler, sığınma arayanlar, Romanlar, aile içi şiddet mağdurları ve çocuklar olarak tasnif yapmıştır. *Limante*, s. 676-684.

⁴⁸ *T.W.* davasında, Mahkeme kötü muameleye maruz kalmış, zihinsel olarak zayıf olan veya yargı görevlisinin dilini konuşamayan gözaltındaki kişileri hassas olarak değerlendirmiştir. *T.W. v. Malta*, AİHM [GC] B. No: 25644/94, 29.4.1999. *Salman* davasında Büyük Daire tüm gözaltındaki kişilerin hassas durumda olduklarını belirtmiştir. “*Gözaltındaki kişiler hassas bir durumda olup, yetkililerin onları koruma görevi vardır.*” *Salman v. Türkiye*, AİHM [GC] B. No: 21986/93, 27.06.2000.

da gündeme gelmektedir. Buldukları ortamı bilmeyen, dili konuşamayan, hukuki destek imkanlarından habersiz olan kişiler bakımından özgürlüklerinin kısıtlanması özellikle kişilerin çocuk olma, hamile olma veya hasta olma gibi hassasiyetleri varsa kesişen hak ihlallerine maruz kalmalarına yol açmaktadır. Devletler göç kontrolü sağlamak amacıyla hukuka aykırı giriş yapan kişilerin kimliklerinin belirlenmesi ve kayıt altına alınmaları amacıyla gözetim uygulayabilirler. Ancak gözetim kararı verilirken ilk aşamada kişilerin özlü durumları ve hassasiyetleri dikkate alınmalı ve gözetimin kişilerin fiziksel ve ruhsal durumlarına etkisi ışığında karar verilmelidir.⁴⁹ Başka bir deyişle hassasiyet devletlerin sınır yönetimine ilişkin yetkilerini kısıtlamaktadır. Kural olarak çocuklar, çocuklu aileler, hamile kadınlar, emziren anneler, yaşlı kişiler, engelli kişiler, insan ticareti, işkence ve/ya başka ciddi şiddet suçlarının mağdurları gibi kırılğan ya da risk altında bulunan göçmenler idari gözetim altına alınmamalı; gözetim son çare olarak uygulanmalıdır.⁵⁰

AİHM içtihadında yabancıların kırılğanlığı *M.S.S.* davasında ele alınmıştır.⁵¹ Mahkeme, Yunanistan'da insan onuruna aykırı koşullarda gözetim altında tutulan başvuranın durumunu tanımlamak için defalarca hassas terimini kullanmış ve sığınmacı olmanın doğasında kırılğanlık/hassasiyet bulunduğu vurgu yaparak başvuruçunun "*özellikle dezavantajlı ve hassas bir grubun*" üyesi olarak özel korumaya ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir. Sığınmacıların kırılğanlığı, travmatik deneyimleriyle, Avrupa'ya varışlarında ve sığınma başvurularının işlenmesini beklerken yaşadıkları zorluklarla ve temel ihtiyaçlarını karşılayamama nedeniyle maddi yoksunluklarıyla ilişkilendirilmiştir. Mahkeme bu kelimeyi sığınmacıların grup olarak özelliği şeklinde belirlemiştir. "(...) *başvuranın sıkıntısı, sığınmacı olmasının doğasında bulunan kırılğanlık nedeniyle daha da artmıştır.*"⁵² Mahkeme bu dava bağlamında

⁴⁹ Avrupa Konseyi de Devletlerin hassas durumda bulunan kişilere sığınma bağlamında özel koruma sağlaması gerektiğine işaret etmektedir. Council of Europe Action Plan on Protecting Vulnerable Persons in the Context of Migration and Asylum in Europe (2021-2025), 2021, s. 7 <<https://edoc.coe.int/en/refugees/10241-council-of-europe-action-plan-on-protecting-vulnerable-persons-in-the-context-of-migration-and-asylum-in-europe-2021-2025.html>> (s.e.t. 20.9.2024).

⁵⁰ Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants, para 41.

⁵¹ *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan*

⁵² *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan*, § 233. Öte yandan Yargıç Sajó, hassasiyet kavramının Mahkeme'nin içtihatlarında ona verdiği özel anlamda anlaşılması gerektiğini savunmakta ve Mahkeme'nin sığınmacıları hassas olarak kategorize etmesine itiraz etmektedir. Mahkeme Orsuş ve Diğerleri davasında Romanların tarihsel olarak önyargıya maruz kaldıkları için hassas bir grup olduğuna hükmetmiştir; buna karşın Sajó'ya göre, sığınmacılar tarihsel olarak önyargıya maruz kalan ve bu nedenle sosyal dışlanmaya uğrayan bir grup değildir. Esasen sığınmacılar homojen bir grup olmadıkları için sosyal olarak sınıflandırılmaları da mümkün değildir. Bu nedenle, sığınmacılar her bir üyesi doğal olarak hassas/kırılğan olarak kabul edilebilecek bir grup olarak görülmemelidir. Bkz. *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan*, Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Sajó.

sığınmacıları ek bir özellik olmaksızın hassas bir grup olarak değerlendirmiştir. Ancak başka davalarda bu eğilimi devam ettirmemiş; devletin pozitif yükümlülüğünü genişletmek için genel bir sığınmacı grubu içinde özel bir kırılmanın (çocuk, hamile vb olma) varlığını da aramıştır. Örneğin *Ilias ve Ahmed* başvurusunda yetkililer, başvuru sahiplerinin Sırbistan'a sınır dışı edilmelerinin sonucunda karşılaşabilecekleri riskleri inceleme görevlerini yerine getirmediği için Mahkeme, 3. maddenin ihlalini kabul etmiş ancak gözetim koşulları bakımından *sığınmacıların göç sırasında maruz kaldıkları muamele ve daha önce yaşadıkları travmatik deneyimler nedeniyle hassas olarak kabul edilebileceklerini* ancak bu davada başvuranların diğer yetişkin sığınmacılardan daha kırılmanlı olduklarına dair bir emare olmadığını vurgulamıştır.⁵³ Bu noktada Mahkeme'nin hassas durumda bulunan kişilerin idari gözetimini nasıl ele aldığını farklı kategoriler bağlamında incelemek yararlı olacaktır.

1. Refakatsiz Çocuklar

AİHM içtihadında çocuklar yaşları, özellikleri ve özellikle başkasının bakımına ihtiyaç duymaları nedeniyle hassas bir grup olarak değerlendirilmektedir.⁵⁴ AİHM çocukların, aile içi şiddet, ebeveyn kaybı veya zihinsel hastalık gibi hususlardan en çok etkilenen kişiler olduğunu ve bu nedenle özellikle hassas gruplar listesinin başında yer aldıklarını ve dolayısıyla onlara yeterli devlet korumasının sağlanması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁵ Herhangi bir uygulamanın muhatapı çocuk olduğunda

⁵² *Ilias and Ahmed v. Macaristan*, AİHM, B. No: 47287/15, 21.11.2019.

⁵³ Dava kapsamında AİHM'in 5. maddenin uygulanabilirliği konusundaki bulgusu da önemlidir. Mahkemeye göre, başvuranların özgürlükleri transit bölgede fiilen kısıtlanmadığı için 5. maddenin başvuranların durumuna uygulanmaz. Mahkeme, başvuranların kendi inisiyatifleriyle transit bölgeye girdiğini ve onların Sırbistan'a geri dönmelerinin pratikte mümkün olduğunu, burada hayatlarını veya sağlıklarını tehlikeye atacak herhangi bir durumla karşılaşmadıklarını da belirtmiştir. Vladislava Stoyanova, "The Grand Chamber Judgment in *Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and How the Ground Beneath Our Feet Continues to Erode*", Strasbourg Observers (blog), December 23, 2019 <<https://strasbourg.weichie.dev/2019/12/23/the-grand-chamber-judgment-in-ili-as-and-ahmed-v-hungary-immigration-detention-and-how-the-ground-beneath-our-feet-continues-to-erode/>> (s.e.t. 20.9.2024).

⁵⁴ Vakalar büyük oranda çocuk istismarı durumlarında yetkililerin rolü, okul ortamındaki çocuklar (*Fernández Martínez v. İspanya*, AİHM [GC], B. No: 56030/07, 15.5.2012; *İlbeyi Kemalöglü and Meriye Kemalöglü v. Türkiye*, AİHM, B. No: 19986/06; 10.04.2012; *Lautsi v. İtalya*, AİHM [GC], B. No: 30814/06, 03.11.2009); evlat edinilen çocuklar (*Pontes v. Portekiz*, AİHM, B. No: 19554/09, 10.04.2012; *Aune v. Norveç*, AİHM, B. No: 52502/072, 8.10.2010) veya polis tarafından sorgulanan çocuklarla (*Blokhin v. Rusya*, AİHM [GC], B. No: 47152/06, 14.11.2013) ilgilidir.

⁵⁵ *L. R. v. Kuzey Makedonya*, AİHM, B. No: 38067/15, 23.1.2020; *Kurt v. Avusturya*, AİHM, B. No: 62903/15, 15.6.2021. Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) Genel Yorumlarında ve BMMYK raporlarında çocukların kırılmanlılıkları sıklıkla vurgulanmaktadır. Örn bkz. CRC, General comment no. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence, (m. 72/g),

yetişkinlere göre daha özenli muamele gösterilmesi gerekmektedir.⁵⁶ Sığınma arayan çocuklar ve mülteci çocuklar ise dünyadaki en hassas gruplar içerisinde yer almaktadır. Bazı hallerde çocuklar göç yolunda yalnız kalabilmektedirler. Devletlerin yanında ebeveyni veya kendisine bakım sağlayacak bir kişi olmayan refakatsiz çocukları⁵⁷ koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵⁸ Sığınma arayan kişinin çocuk olması halinde farklı türde kırılabilirlikler bir araya gelebilmekte ve çocukların gözetim altına alınması, çocukların yanlarında birileri olsun ya da olmasın son derece hassas olmaları ve beslenme, barınma, bakım ve oyun gibi özel ihtiyaçlarının bulunması nedeniyle farklı ihlallere yol açabilmektedir.⁵⁹ Bu nedenle çocuk sığınmacılar bakımından sürecin tamamında çocukların üstün yararına göre hareket edilmelidir.

AİHM, çocuğun çocuk olma hali ve kırılabilirliğinin yasa dışı göçmen statüsünden daha öncelikli olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁰ Zira çocukların kendilerine özgü korumadan

<<https://digitallibrary.un.org/record/711722?v=pdf>> (s.e.t. 20.9.2024); Joint General Comment No. 3 of the CMW and No. 22 of the CRC in the context of International Migration: General principles, CRC/C/GC/22 - CMW/C/GC/3, 16 November 2017. UNHCR, Conclusion No. 59 (1989); Refugee Children and Adolescents, Conclusion No. 84 (1997); Protection of the Refugee's Family, Conclusion No. 88 (1999); 'Summary Note on UNHCR's Strategy and Activities Concerning Refugee Children, 2002. <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/578371524.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024).

⁵⁶ Bu özen yükümlülüğü ve çocukların çıkarlarının öncelenmesi Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de "çocuğun üstün yararı" ilkesi ile düzenlenmektedir. ÇHS, madde 3(1). Detaylı bilgi için bkz. Jane McAdam, "Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection", V. 14, N. 3, 2006, The International Journal of Children's Rights, ss.251-274, s. 254.

⁵⁷ BMMYK Kılavuz İlkeleri refakatsiz çocuğu anne ve babasından ayrı düşmüş, kanunen veya örf ve adete göre korumakla yükümlü olan bir yetişkinin gözetiminde olmayan onsekiz yaşından küçük kişi olarak tanımlanmaktadır. UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum February 1997, <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-policies-and-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum>> (s.e.t. 20.9.2024). YUKK refakatsiz çocuğu "sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuk" olarak tanımlanmaktadır. YUKK, madde 3(m).

⁵⁸ ÇHS, mülteci statüsü elde etmek isteyen bir çocuğun, yanında ebeveynleri olsun ya da olmasın korunma ve insani yardım alma hakkına sahip olması için devletlerin uygun önlemler alması gerektiğini belirtir. ÇHS, madde 22(1).

⁵⁹ S.F. ve diğerleri v. Bulgaristan, AİHM, B. No: 8138/16, 07.12.2017 § 79; Tarakhel v. İsviçre, AİHM [GC], B. No: 29217/12, § 99; Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belçika, AİHM, B. No: 13178/03, 12.10.2006 §55; Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta, § 104.

⁶⁰ Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika § 55; Muskhadzhiyeva ve diğerleri v. Belçika, AİHM, B. No: 41442/07, 19.1.2010 § 56; Popov v. Fransa, B. Nos. 39472/07 and 39474/07, 19.01.2012 § 91; Khan v. Fransa, AİHM, B. No: 12267/16, 28.2.2019 § 74.

yararlanabilmeleri için öncelikle çocuk oluşlarının tespit edilmesi gerekmektedir. *Darboe ve Camara* başvurusunda⁶¹ başvuru refakatsiz bir küçük olduğunu belirterek sığınma talebinde bulunmuş; önce refakatsiz küçükler için bir merkeze yerleştirilmiş, ancak yapılan bilek röntgen muayenesi sonrası yetişkin kabul edilerek kalabalık ve gerekli imkanlar ile sağlık hizmetlerinden yoksun bir yetişkin kabul merkezine nakledilmiştir. Mahkeme değerlendirmesinde göç bağlamında yaş değerlendirme prosedürlerinin önemini vurgulamıştır; zira çocuk statüsünün belirlenmesi çocuğun etkili biçimde korunmasının ön şartıdır. Bu nedenle sığınmacının yaşının değerlendirilmesi süreci, tüm haklarının garanti altına alınması için gerekli olan usuli güvenceleri içermelidir. Çocuğa zamanında vasi atanmadığını, yapılan bilek röntgeni muayenesinin niteliği ve bunun olası sonuçları ve ilgili raporun hata payı hakkında herhangi bir bilgi verilmediğini böylece çocuğun itiraz imkanı olmadığını vurgulayan Mahkeme, başvuranın, asgari usuli güvencelerden yararlanamadığına ve haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶²

Yukarıda ifade edildiği şekliyle yaş tespitinin usuli güvencelerle gerçekleştirilmesi ile sığınma arayan kişinin çocuk olduğu tespit edildikten sonra temel kural çocukların gözetim altına alınmamasıdır. AİHM çocukların idari gözetimine ilişkin başvurularda Avrupa Konseyi dahil pek çok uluslararası organın çocukların idari gözetiminin tamamen sonlandırılması yönünde çağrı yaptığını sıklıkla dile getirmektedir. Ancak başka çözüm bulunamayan hallerde ihtiyaçları ve hassasiyetleri dikkate alınarak gözetime son çare olarak ve kısa süreli başvurulmalıdır. Dolayısıyla ölçülülük ilkesini çocuklar bakımından titizlikle uygulayan Mahkeme ikinci aşamada çocuklar başta olmak üzere hassas kişilerin idari gözetim altına alınmadan önce alternatif tedbirlerin araştırılmış olmasını AİHS madde 5 kapsamında her somut vakada incelemektedir.⁶³

Usulüne uygun yapılan değerlendirmeler sonunda çocuklar son çare olarak gözetim altına alınmışsa Mahkeme son aşamada çocuğun gözetim altında tutulduğu koşulları incelemektedir. Sözleşme'nin 3. maddesi, devletleri muhtaç durumda olan sığınmacılara barınma ve asgari maddi koşulları sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Bu durum özellikle çocuklar bakımından daha da önemlidir. Sığınma talebinde bulunan çocuklar için yaşlarına uygun şekilde ve onlar için stres ve kaygı durumu yaratıp, özellikle

⁶¹ *Darboe and Camara v. İtalya*, AİHM, B. No: 5797/17, 21.7.2022.

⁶² Benzer şekilde Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar başvurusunda Mahkeme yaş tespit işlemi yapılması beklenirken sekiz ay boyunca yetişkinler için tasarlanmış ve koşulları son derece kötü olan merkezde başvuranların gözetim altında tutulmasını hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta. Buna karşın kendi yaşını büyük beyan eden veya çelişkili beyanlarda bulunan başvuru sahipleri bakımından Mahkeme ihlal kararı vermemiştir. Bkz. Aarabi v. Yunanistan, AİHM, B. No: 39766/09, 2.4.2015; M.S. v. Slovakia and Ukraine, AİHM, B. No: 17189/11, 11.6.2020. Yaş tespiti ile ilgili olarak bkz. Committee of Ministers, Recommendation CM/Rec(2022)22 of the Committee of Ministers to member States on human rights principles and guidelines on age assessment in the context of migration, 14.12.2022, <<https://rm.coe.int/0900001680a96350>> (s.e.t. 20.9.2024).

⁶³ *Popov v. Fransa*, §§ 140-141.

travmatik sonuçlar doğurmayacak barınma koşulları düzenlenmelidir.⁶⁴ *Mubilanzila Mayeke ve Kaniki Mitunga*⁶⁵ başvurusunda Mahkeme beş yaşındaki refakatsiz başvuruçunun yaklaşık iki ay boyunca yetişkinlerle aynı koşullarda tutulduğuna dikkat çekmiştir. Uzman bir kişiden herhangi bir danışmanlık veya eğitim desteği almayan ve yeterli bakım sağlanmayan çocuk son derece savunmasız bir durumda kalmıştır. Devletin elinde çocuğu özel bakım merkezine veya koruyucu aile yanına yerleştirmek gibi pek çok imkan olmasına rağmen küçük kızın maruz bırakıldığı gözetim koşulları çocuk bakımından ciddi sıkıntıya neden olmuştur.⁶⁶ Mahkeme Belçika'da refakatsiz yabancı çocukların yerleştirilebileceği uygun merkezlerin olmayışına dikkat çekmiş; bakım sağlama yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediğine hükmetmiştir. *M.S.S.* davasında başvuruçunun ilk başta gözetim altına alındığı göçmen kabul merkezinin yetişkinler için tasarlanmış ve aşırı kalabalık olması; serbest bırakılmasından sonra ise, çocuğun çok kötü koşullarda, en temel ihtiyaçlarını bile karşılayamadan aylarca bir parkta kalmış olması nedeniyle ihlale hükmedilmiştir.⁶⁷ *Rahimi* kararında yetişkinlerle birlikte bir merkezde tutulmak yerine çocuğun haklarını daha az sınırlayacak nitelikte başka çözümler aranmamasına vurgu yapılmıştır. Gözetim iki gün sürmüş olsa da gözaltı merkezindeki koşulların, özellikle barınma, hijyen ve altyapıya ilişkin hususların insan onuruna aykırı olduğuna ve yetkililerin başvuruçunun savunmasız bir durumda olduğunu dikkate almayarak çocuğun üstün yararına uygun hareket edilmediğine karar vermiştir.⁶⁸

2. Refakatli Çocuklar, Çocuklu Ebeveynler ve Hamile Kadınlar

Ebeveynlerin idari gözetim altına alındıkları durumlarda çocuklar bakımından bakım evleri gibi alternatifler sunulsa da ebeveynler, çocuklarını hiç tanımadıkları bir ülkede bir başkasına emanet etmeyi tercih etmeyebilirler. Böylece çocuklar hakkında bireysel karar olmasa dahi çocuklar da fiilen özgürlüklerinden mahrum kalmaktadırlar. Çocukların yanlarında ebeveynlerinin olması hassasiyetlerini azaltsa da AİHM, çocuklar ve çocuklu aileleri de hassas kişiler arasında değerlendirmektedir. Tıpkı refakatsiz çocuklarda olduğu gibi çocuklu aileler bakımından da kural gözetim tedbirinin uygulanmamasıdır. Yukarıda refakatsiz çocuklar için ifade edilen şartlar bağlamında çocuklar ve ebeveynleri için idari gözetim son çare olarak tercih edilmelidir. Çocukların durumları ebeveynlerinden bağımsız olarak değerlendirilmeli⁶⁹; refakatsiz ya da aileleri ile birlikte olan

⁶⁴ Tarakhel v. İsviçre [GC] § 119.

⁶⁵ Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belçika, §§ 8-37.

⁶⁶ ibid, §§ 58-59.

⁶⁷ M.S.S. v. Belçika and Yunanistan.

⁶⁸ Rahimi v. Yunanistan, AİHM, B. No: 8687/08, 5.4.2011 § 108. Benzer kararlar için bkz. Mohamad v. Yunanistan, AİHM, B. No: 70586/11, 11.12.2014, Final 11.3.2015; H.A. ve diğerleri v Yunanistan, AİHM, B. No: 19951/16, 28.2.2019; Sh.D. ve diğerleri v. Yunanistan, Avusturya, Hırvatistan, Macaristan, Kuzey Makedonya, Sırbistan ve Slovenya, AİHM, B. No: 14165/16,13.6.2019.

⁶⁹ Minasian ve diğerleri v. Moldova Cumhuriyeti, AİHM, B. No: 26879/17, 17.1.2023.

tüm sığınma arayan çocuklar kendilerinin veya ebeveynlerinin statüleri nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmamalıdır.⁷⁰ Bu noktada ailesi idari gözetim altına alındığı için çocukların ailelerinden ayrılmaması amacıyla gözetim altına alınması meşru bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir.⁷¹ Mahkemenin *G.B. ve diğerleri* gibi karara bağladığı pek çok başvuruda çocukların ailelerinden ayrılmaması, ilgili hükümetin çocuklara yönelik yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılması için yeterli görülmemiş,⁷² alternatif tedbirlerin tüm aile bakımından gözetilmesi gerektiği Mahkeme tarafından vurgulanmıştır. Aile birliğinin sağlanması için çocuğun özgürlüğünün kısıtlanması çocuğun üstün yararına uygun değildir. Dolayısıyla sadece yetkililerin tüm aile fertleri bakımından yapılan bireysel değerlendirme sonucu ve son çare olarak uyguladıklarını kanıtladıkları hallerde gözetim Sözleşmeye uygun kabul edilebilecektir.⁷³

Küçük çocukların mama, bez gibi ihtiyaçlarının karşılanmaması, hijyenik olmayan ortamda sigara dumanına maruz kalmaları, ışıklar hiç kapanmadığı için yeterli uyuyamamaları ve açık havaya çıkamamaları gibi hususlar Mahkeme tarafından çocukların hassasiyetlerinin dikkate alınmadığını gösteren bulgular olarak kabul edilmektedir.⁷⁴ *Popov* başvurusunda ebeveynleriyle birlikte olmalarına ve gözetim merkezinde aileler için ayrılmış özel bir bölümde tutulmalarına rağmen Mahkeme, yetkililerin çocukların özel durumunu bireysel olarak değerlendirmediklerine ve idari gözetimin son çare olarak uygulandığını doğrulayamadığına dikkat çekmiştir. İki hafta boyunca, polislin son derece görünür olduğu ve onları meşgul edecek hiçbir faaliyetin olmadığı yetişkinlere göre bir ortamda tutulan çocukların küçük yaşları ve süre göz önüne alındığında, yetkililerin gözetimin çocuklar üzerindeki kaçınılmaz zararlı etkileri dikkate almadıklarına ve çocukların özgürlük hakkını yeterince koruyamadıklarına hükmedilmiştir.⁷⁵ *M.H ve diğerleri* kararında⁷⁶ sığınma başvuruları reddedilen

⁷⁰ Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants, para 11 ve para 40; ayrıca bkz. Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families Committee on the Rights of the Child Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 November 2017, para 5-12.

⁷¹ UNHRC, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, Revised deliberation No. 5, para 40 ve Joint general comment No. 4, para 11.

⁷² *G.B. ve diğerleri v. Türkiye*, AİHM, B. No: 4633/15, 17.10.2019 § 168.

⁷³ *Nikoghosyan ve diğerleri v. Polonya*, AİHM, B. No: 14743/17, 3.3.2022; *A.B. ve diğerleri v. Fransa*, AİHM, B. No: 11593/12, 12.7.2016.

⁷⁴ *G.B. ve diğerleri v. Türkiye*, §§ 24-28; *Muskhadzhiyeva ve diğerleri v. Belçika*, § 58.

⁷⁵ *Popov v. Fransa*, § 119. *Kanagaratnam ve diğerleri* başvurusunda yaklaşık dört ay boyunca kapalı bir merkezde anneleriyle beraber tutulan üç çocuk bağlamında Mahkeme, zor bir yolculukla sığınma arayan çocukların yaşadıkları travma nedeniyle kırılğan olduklarına vurgu yapmış ve sonrasında kapalı ve kendilerine uygun olmayan bir mekanda tutulmalarını ihlal olarak değerlendirmiştir. Bkz.

ve tren yoluyla Sırbistan'a dönmesi söylenen ailenin altı yaşındaki çocuğu bir trenin çarpması sonucu vefat etmiştir. Çocukların kardeşlerinin sınırda ölümlerine tanık olmaları nedeniyle özellikle hassas bir durumda oldukları gerçeğine dikkat çeken Mahkeme, çocuk başvuruçuların iki aydan fazla süre zamanlarını geçirecek herhangi bir etkinlik yapamadan idari gözetim altında tutulmasının kötü muamele teşkil ettiğine karar vermiştir. *Muskhadzhivoyeva ve Diğerleri* davasında⁷⁷ Devletlerin, çocuklar ve diğer savunmasız kişilerin etkili bir şekilde korunmasını sağlama ve yetkililerin bilgi sahibi olduğu veya olabileceği kötü muameleleri önlemek için makul önlemleri alma yükümlülükleri vurgulanmıştır.⁷⁸

Bu noktada belirtmek gerekir ki idari gözetim altına alınan anneler bakımından idari gözetim koşulları nedeniyle maruz kaldıkları ızdırıp yanında çocuklarının maruz kaldığı ortam ve onların ihtiyaçlarını karşılayamama sonucu hissettikleri çaresizlik de Mahkeme tarafından bir hassasiyet olarak kabul edilmektedir.⁷⁹ *S.F.* başvurusunda örneğin anne, bebek olan çocuğunu besleyebilmek için gerekli olan biberona ve süte gözetim altına alınmalarından on dokuz saat sonra erişebilmiştir.⁸⁰ *M.D. and A.D.* kararında aileler için tasarlanmış merkezde gözetim altında tutulmalarına rağmen, merkez havaalanına çok yakın olduğu ve ciddi gürültüye maruz kaldığı için ayrıca ısınma sorunları ve bebek için süte erişimde zorluklar yaşanması sonucu annenin yaşadığı çaresizliğe dikkat çekilerek koşulların 4 aylık bebek için uygun olmadığına hükmedilmiştir.⁸¹ Benzer şekilde pek çok başvuruda küçük çocuklar için gerekli olan mama, bez gibi ihtiyaçların karşılanamaması ayrıca kalabalık hijyenik olmayan ortamda çocukların tutulması çocuklar bakımından olduğu kadar anne bakımından da hassasiyet teşkil etmiştir.⁸²

Hamile kadınlar, yeni doğum yapmış ve süt emziren anneler de Mahkeme tarafından hassas olarak kabul edilmekte; hamile kadınların hassas durumunun dikkate alınmayışı ve uygun koşullarda gözetim sağlanmaması ihlal olarak değerlendirilmektedir.⁸³ Özellikle doktor kontrolünden mahrum

Kanagaratnam ve diğerleri v. Belçika, AİHM, B. No:15297/09, 13.12.2011. Ayrıca bkz. *Mubilanzila Mayeke and Kaniki Mitunga v. Belçika.*

⁷⁶ *M.H. ve diğerleri v. Hırvatistan.*

⁷⁷ *Muskhadzhivoyeva ve diğerleri v. Belçika.*

⁷⁸ Benzer bir dava için bkz. *Kanagaratnam ve diğerleri v. Belçika.*

⁷⁹ Pek çok başvuruda çocuklu annelerin gözetim koşulları nedeniyle yaşadıkları sıkıntılarının madde 3 eşiğini aşmadığı kabul edilmektedir. Buna rağmen Mahkeme annelerin hassas durumuna vurgu yapmaktadır. Bkz. *Muskhadzhivoyeva ve diğerleri v. Belçika*; *Kanagaratnam v. Belçika*; *Popov v. Fransa*, §105. *Popov* başvurusundaki kısmi muhalefet şerhinde hakim Power-Forde, çocuklarının idari gözetim altında maruz kaldığı muameleyi çaresizlikle izleyen ebeveynler bakımından özellikle annenin yeni doğum yapmış olduğu göz önüne alındığında daha da kırılğan hale geldiği ve madde 3 eşiğinin aşıldığını belirtmektedir.

⁸⁰ *S.F. ve diğerleri v. Bulgaria*, § 88.

⁸¹ *M.D. and A.D. v. Fransa*, AİHM, B. No: 57035/18, 22.7.2021 §§ 67-70.

⁸² *Muskhadzhivoyeva ve diğerleri v. Belçika*, § 64; *Popov v. Fransa* § 105

⁸³ *Mahmundi ve diğerleri v. Yunanistan*, AİHM, B. No: 14902/10, 31.7.2012 §§ 64-74.

kalmak, nasıl doğum yapacaklarını ve doğacak çocuklarına ne olacağını bilememek hamile kadınların kaygılarını arttırmakta ve onları daha hassas hale getirmektedir.⁸⁴ R.R. başvurusunda idari gözetimi sırasında yüksek riskli bir hamilelik geçiren ve tekrarlayan komplikasyonlar yaşayan başvuru anne bakımından kısıtlamanın yarattığı kaygı ve psikolojik acı neticesinde 3. maddenin ihlal edildiğine hükmedilmiştir.⁸⁵ 6 aylık hamile olan ve Yunanistan'ın Samos Adası'nda çadırlarda gözetim altında tutulan başvuru bakımından yaptığı değerlendirmede Mahkeme, başvurusunun hassas durumunun dikkate alınmadığını; hijyen ve sağlık imkanlarına sahip olmayan koşulların düşük tehlikesi olan başvuru bakımından madde 3 ihlali teşkil ettiğine karar vermiştir.⁸⁶ Hamile kadınlar bakımından gözetim uygulandığı hallerde hamile kadının ve bebeğin sağlığını korumak için özel koşullar sağlanmalıdır. Bu noktada düzenli kontrol ve tıbbi destek yanında; yeterli beslenme imkanları sağlanması da önemlidir. Benzer şekilde emziren anneler bakımından da hem çocuk bakımı desteği hem de koşullarına uygun besin desteği sağlanmalıdır.

3. Hastalar, Engelliler ve Diğer Hassas Kişiler

Yukarıda sayılan kategoriler dışında Mahkeme fiziksel veya psikolojik hastalık durumlarını da hassasiyet olarak değerlendirmektedir. Özellikle belirli sağlık sorunları nedeniyle ilaç, özel tedavi ve destek ihtiyaçları olan göçmenlerin gözetimi sadece madde 5 değil, gözetim koşullarının uygun olmaması nedeniyle madde 3 kapsamında da ihlal oluşturabilmektedir. *YohEkale Mwanje* başvurusunda Mahkeme, belirli bir adreste ikamet etmesine rağmen farklı çözümler üretilmeksizin AIDS hastalığı bulunan başvurusunun gözetim altına alınmasını incelemiş, gerekli koşullar sağlanmadığı için hastalığı ilerleyen başvuru bakımından ihlale hükmetmiştir.⁸⁷ Psikolojik rahatsızlığı olan ve defalarca intihar girişiminde bulunan başvurusunun iki buçuk yıldan fazla gözetim altında tutulmasını değerlendiren bir başka kararda kırılabilir/hassas durumdaki başvuru bakımından yetkili makamların özen yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar verilmiştir.⁸⁸ *Sufi ve Elmi*⁸⁹ kararında Mahkeme, sınır dışı kararı bağlamında değerlendirme yaparken Somali'nin başvuru için güvenli olmadığına; geri döndükleri zaman yerinden edilmiş kişi olarak kamplarda yaşayacaklarına vurgu yapmıştır. Bu kamplardaki kötü koşullara dikkat çeken Mahkeme, ilk başvuranın psikiyatrik hastalığı nedeniyle özellikle

⁸⁴ Mahmudi ve diğerleri v. Yunanistan, § 50, § 70.

⁸⁵ R.R. ve diğerleri v. Macaristan.

⁸⁶ A.D. v. Yunanistan, AİHM, B. No: 55363/19, 4.4.2023. Hamile kişinin idari gözetimine ilişkin ayrıca bkz. A.S. Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/2841, K.T. 9/6/2016, R.G. 29.6.2016, S.29757.

⁸⁷ *YohEkale Mwanje v. Belçika*, AİHM, B. No: 10486/10, 20.12.2011 § 124. Psikolojik rahatsızlıkların hassasiyet olarak değerlendirildiği bir başka dava için bkz. *Thimothawes v. Belçika*, AİHM, B. No: 39061/11, 4.4.2017.

⁸⁸ S.M.M. v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 77450/12, 22.6.2017.

⁸⁹ *Sufi and Elmi v. Birleşik Krallık*, B. Nos. 8319/07 and 11449/07, 28.6.2011, Final 28.11.2011

hassas durumda olacağı gerekçesiyle sınırdışı işleminin Sözleşmeye aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁹⁰

Mahkemenin hassas olarak nitelendirdiği bir başka durum da engelliliktir. *S.H.H.* davasında Mahkeme, engellilerin Afgan toplumundaki en kırılgan gruplardan olduğuna dikkat çekmiş; engelliliği yerel otoriteler tarafından dikkate alınması gereken bir durum olarak değerlendirmiştir.⁹¹ Karar metninde hassas/kırılgan kavramlarına değinilmese de *Asalya* kararında da Mahkeme Devletlerin engelli kişileri gözetim altına aldıkları hallerde özel bir ihtimam göstererek kişilerin öznel durumlarından kaynaklanan ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte koşullar oluşturması gerektiğine dikkat çekmiştir. Tekerli sandalyede olması nedeniyle kendi başına ihtiyaçlarını karşılayamayan, merkezde uygun tuvalet olmadığı için yakındaki otele memurların yardımıyla taşınmak zorunda kalan başvuruçunun maruz kaldığı koşullar insan onuruna aykırıdır ve devlet pozitif yükümlülüklerini yerine getirememiştir.⁹² AİHM engelli kişiler bakımından başkalarının yardımına en az ihtiyaç duyacakları şekilde tasarlanmış tuvalet, banyo ve oda gibi fiziksel şartların ve gerekli olduğu hallerde psikolojik desteğin sağlanması gerektiğini belirtmektedir.

Sayılan kişiler dışında Mahkeme işkence, kötü muamele, cinsel saldırı veya diğer ciddi psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurlarını, insan ticareti mağdurlarını, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından kırılgan grup olarak tanımlanan kişileri de hassas olarak değerlendirmektedir. *O.M.* kararında, yetkililerin İran'da cinsel azınlığa mensup olduğu için hassas bir grubun üyesi olan başvuruçunun öznel koşullarının değerlendirmedigine ve gerekli özeni göstermedigine dikkat çekmiştir.⁹³

⁹⁰ Sufi and Elmi v. Birleşik Krallık, § 303. Psikolojik hastalık için ayrıca bkz. Mahmudi ve diğerleri v. Yunanistan, §§ 64-74; Aden Ahmed v. Malta, AİHM, B. No: 55352/12, 23.7.2013, §§ 91-100. Depresyon ve psikolojik kırılganlığa ilişkin bkz. Abdi Mahamud v. Malta, AİHM, B. No: 56796/13, 3.5.2016, § 89.

⁹¹ *S.H.H. v. Birleşik Krallık*, AİHM, B. No: 60367/10, 29.1.2013 §§ 41- 51. Başvuru sınır dışı işlemine ilişkin olsa ve Mahkeme madde 3 bakımından ihlal olmadığına karar vermiş olsa da engelliliğin hassasiyet olarak değerlendirilmesi bakımından bu karara çalışmada yer verilmiştir. Davanın Mahkeme'nin *M.S.S* ve *N.* kararları bağlamında analizi için bkz. Elaine Webster, "Non-nationals, living conditions and disability: Situating *S.H.H. v. United Kingdom* within Strasbourg's Article 3 case-law", Strasbourg Observers, February 19, 2013, <<https://strasbourgobservers.com/2013/02/19/non-nationals-living-conditions-and-disability-situating-s-h-h-v-united-kingdom-within-strasbourgs-article-3-case-law/>> (s.e.t. 20.9.2024).

⁹² *Asalya v. Türkiye*, AİHM, B. No: 43875/09, 15.4.2014, Final 15.7.2014 § 50.

⁹³ *O.M. v. Macaristan*, AİHM, B. No: 9912/15, 5.7.2016, para 53. Bu çalışma kapsamında Mahkemenin idari gözetim bağlamında hassas durumda olmayı değerlendirdiği kararlar bağlamında bir değerlendirme yapılmıştır. Sınır dışı işlemlerine ilişkin kararlar bağlamında Mahkemenin hassas olarak nitelendirdiği bir başka grup da azınlıklardır. *Salah Sheekh* davasında, Somali asıllı Ashraf azınlığına mensup olan bir kişinin sığınma başvurusu reddini değerlendiren Mahkeme, BMMYK raporlarına atıfta bulunarak Ashraf azınlığının Somali'deki en kırılgan gruplardan biri olduğu için başvuruçunun sınır dışı edilmesini hukuka

III. HASSAS DURUMDAKİ YABANCILAR BAKIMINDAN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ: İDARİ GÖZETİME ALTERNATİF TEDBİRLER

Yaşam hakkının ve vücut bütünlüğünün korunması amacıyla güvenli bir sığınak arayan kişilerin suç yaptırımına benzer biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması ağır bir tedbir teşkil etmektedir. Bu nedenle sığınma arayan kişilerin temel haklarını mümkün olduğunca en az kısıtlayacak ve cezalandırma amacıyla kullanımını engelleyecek nitelikte tedbirler alınması gerekmektedir.⁹⁴ İdari gözetime alternatif tedbirler olarak ifade edilen bu tedbirler en genel haliyle kişilerin göç statüleriyle ilgili nedenlerle gözaltına alınmadığı herhangi bir yasa, politika veya uygulamayı tanımlamaktadır.⁹⁵ Alternatif tedbir uygulamaları; pasaport veya seyahat belgelerinin teslim edilmesi yükümlülüğü, ikamet kısıtlamaları, kefaletle serbest bırakma ve üçüncü şahısların teminat sağlaması, yetkililere düzenli raporlama, danışman desteğiyle açık tesislere yerleştirme ve elektronik izleme şeklinde uygulamalardır.⁹⁶

aykırı bulmuştur. Salah Sheekh v. the Hollanda, AİHM, B. No: 1948/04, 11.1.2007. Benzer şekilde *N.A.* başvurusunda Mahkeme etnik bir azınlık olan Tamillerin özellikle kaçırılma, kaybolma ve öldürülme olaylarına karşı savunmasız olduğuna dikkat çekmiştir. *N.A. v. Birleşik Krallık*, AİHM, B. No:25904/07, 17.7.2008, Final 6.8.2008. Ayrıca sınırdışı bağlamında vatansız olma da Mahkeme tarafından hassasiyet olarak değerlendirilmektedir. Bkz. *Kim v. Rusya*, AİHM, B. No: 42260/13, AİHM,17.10.2014.

⁹⁴ İdari gözetimin cezalandırıcı yönüne ilişkin bir değerlendirme için bkz. Merve İspirli Armağan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü”, C. 4, S. 2, 2022, Public and Private International Law Bulletin, ss.913-945.

⁹⁵ İdari gözetime alternatif tedbirler için bkz. International Detention Coalition, *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (revised edition 2015) <<https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2016/01/There-Are-Alternatives-2015.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024). (IDC)

⁹⁶ European Union Agency for Fundamental Rights, *Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures*, <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>> (s.e.t. 20.9.2024). BM İnsan Hakları Komitesi idari gözetim kararı alınırken daha az müdahaleci yöntemlerin tercih edilmesi ve gözetimin ilgili kişinin fiziksel veya zihinsel sağlık üzerindeki etkisinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda özellikle çocuklar, çocuklu kadınlar, zihinsel veya fiziksel hastalıktan muzdarip olan kişiler gibi hassas kişiler bağlamında idari gözetim sadece son çare olarak ve mümkün olan en kısa süre için uygulanmalıdır. UNGA, Res. 64/166 Protection of Migrants, A/RES/64/166, 19 March 2019, para 4(a); UNGA Res 63/184 Protection of Migrants, A/RES/63/184, 18 December 2008, para 9; European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), *Immigration Detention Fact Sheet*. UNHRC, General Comment No. 35, para 18. BMMYK İcra Komitesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de ancak gözetim altına alma dışındaki alternatif yöntemlerin bireysel vaka bazında uygulanabilirliği değerlendirildikten sonra gözetim önlemlerine başvurulması gerektiğini ifade

Türk hukuku bakımından YUKK'un 57(4) maddesi belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllü görev alma, teminat ve elektronik izleme şeklinde idari gözetime alternatif tedbirlere yer vermiş; İdari Gözetime Alternatif Yükümlülüklerle İlişkin Yönetmelik (İGAYİY) de yürürlüğe girmiş ve tedbirler detaylı olarak düzenlenmiştir.⁹⁷ Yönetmelik 4. maddenin (o) bendinde özel ihtiyaç sahiplerini belirlemiş⁹⁸ (ö) bendinde ise hassas durumda olan kişi başlığı altında özel ihtiyaç sahiplerini açıklamıştır.⁹⁹ YUKK tanımlar bölümünde sadece özel ihtiyaç sahiplerine yer verirken¹⁰⁰; Yönetmelik hassas durumda olan kişiler tanımını oldukça geniş belirlemiş ve özel ihtiyaç sahiplerini de bir alt grup olarak saymıştır.¹⁰¹ Bu noktada belirtmek gerekir ki hem YUKK hem de Yönetmelik özel ihtiyaç sahiplerini sayarken sadece refakatsiz çocuklardan bahsetmişlerdir. Ancak AİHM içtihadıyla uyumlu olarak çocukların yanında ebeveynleri olsa dahi hassas durumda kabul edilmeleri ve özenle korunmaları gerekmektedir.¹⁰²

AİHM içtihadında hassas durumda olma/kırılğanlık insan hakları hukuku hükümlerinin yorumlanmasında yeni bir eğilim olarak¹⁰³ geniş

etmektedirler. Executive Committee of the High Commissioner's Programme, Conclusion on International Protection No. 85 (XLIX), 9 October 1998. Recommendation Rec(2003)5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, 16 April 2003, para. 6.

⁹⁷ İdari Gözetime Alternatif Yükümlülüklerle İlişkin Yönetmelik, RG 14.9.2022, S. 31953.

⁹⁸ İGAYİY, madde 4(o) "Özel ihtiyaç sahibi: Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancılardan, refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, ciddi sağlık sorunu bulunan, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer fiziksel, cinsel ya da psikolojik şiddete maruz kalmış kişi (...)"

⁹⁹ İGAYİY, madde 4(ö) "Hassas durumda olan kişi: Özel ihtiyaç sahibi, alkol veya madde bağımlısı olan, fiziksel veya psikolojik hastalığı, kendisine veya başkasına zarar verme eğilimi bulunan, bulaşıcı hastalığı olan, insan ticareti mağduru olduğu ya da olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan, risk altında çocuk veya Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından kırılğan grup olarak tanımlanan kişiler (...)"

¹⁰⁰ YUKK madde 4(l) özel ihtiyaç sahiplerini başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden; refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişi olarak tanımlamıştır.

¹⁰¹ İdari Gözetime Alternatif Yükümlülüklerle İlişkin Yönetmelik, m. 4(o) ve (ö).

¹⁰² Popov v. Fransa § 91; Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta, § 103. Ayrıca bkz. Özüm Demirkol, Çocuğun Korunması Bağlamında Geri Göndermeme İlkesi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 35.

¹⁰³ *Leboeuf*, sığınma arayan ve AİHM tarafından başvurusunun hassas durumda oluşu ile devletlerin özel önlemleri benimseme yükümlülükleri arasında bir bağlantı kuran davaları incelediği çalışmasında 2000 yılından önce bu terime rastlanmadığını dolayısıyla AİHM hassas olma üzerinden karar temellendirmesinin yeni bir eğilim olduğunu ifade etmektedir. Luc Leboeuf, "The Juridification of 'Vulnerability' through EU Asylum Law: The Quest for Bridging the Gap between the Law and Asylum Applicants' Experiences", V. 11, 2022, Laws,

ölçüde kullanılmaya başlamıştır.¹⁰⁴ Bu kullanımın somut sonuçları noktasında ise *Ippolito*'nun kırılma ile pozitif yükümlülükler doktrini arasında kurduğu bağlantı önemlidir.¹⁰⁵ AİHM içtihadında, negatif yükümlülükler devletin bir hakkın kullanımına müdahale etmekten kaçınma yükümlülüğünü ifade ederken, pozitif yükümlülükler, devletlerin bir hakkın etkili bir şekilde kullanımını garanti altına alan önlemleri almakla yükümlü olduğu anlamına gelmektedir.¹⁰⁶ Bu bağlamda hassas durumda olma sadece hassas durumda bulunan kişileri etkileyen bireysel ihlalleri düzeltmek amacıyla değil, aynı zamanda devletlerin hem maddi hem de usuli pozitif yükümlülüklerini gerçekleştirmek amacıyla mevzuatta ve uygulamada iyileştirmeler yapmaları için de imkan sağlamaktadır.¹⁰⁷ İçtihat incelendiğinde kırılma ile pozitif yükümlülükler arasında bir bağlantı kurulduğu ve hassas gruplar için devletlere ek yükümlülükler getirildiği görülmektedir.¹⁰⁸ AİHM'in bu yaklaşımı bazı maddelerin koruma alanının genişlemesine sebep olmuştur. Böylece yukarıda değinilen *M.S.S.* veya *Rahimi* başvurularında görüldüğü üzere olağan şartlarda makul kabul edilebilecek kısa gözetim süreleri gibi hususlar kişilerin hassas durumda olmaları karşısında Sözleşme'ye aykırı hale gelmektedir.¹⁰⁹ Başvuruda ayrıca idari gözetim sona erdikten sonra da çocuğun tek başına kalması karşısında devletin asgari bakım sağlamaya ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesine hükmedilmiştir. Böylece hassas kişiler bakımından yetkililerin bilgi sahibi olduğu veya olabileceği kötü muameleleri önlemek için makul önlemler almasını da içeren özel bir koruma sorumluluğu gündeme gelmektedir.¹¹⁰ Bu sorumluluk kapsamında en başta hassas

ss.45-63. Ayrıca bkz. Tarakhel v. İsviçre; Ilias and Ahmed v. Macaristan; R.R. ve diğerleri v. Macaristan.

¹⁰⁴ Bkz. Al Tamimi; Moritz Baumgärtel, "Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights. Netherlands" V. 38, 2020, Quarterly of Human Rights, ss.12-29; Ingrid Nifosi-Sutton, The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law, Routledge, 2017.

¹⁰⁵ Francesca Ippolito, Understanding Vulnerability in International Human Rights Law, Editoriale Scientifica, Naples 2020.

¹⁰⁶ AİHM içtihadında pozitif yükümlülüklerle ilişkin analiz için bkz. Vladislava Stoyanova, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights-Within and Beyond Boundaries, Oxford University Press, 2023.

¹⁰⁷ Ippolito, s. 48.

¹⁰⁸ Örneğin, Romanların eğitim ve konut erişimini içeren davalarda, mahkeme Roman topluluklarının hassas oluşlarını sürekli olarak vurgulayarak, devletlerin eğitim ve konuta erişimde Romanların karşılaştığı özel zorlukları ele alan özel sosyal programlar geliştirme yükümlülüğüne dikkat çekmiştir. D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti; Chapman v. the United Kingdom. Bkz. Lourdes Peroni/Alexandra Timmer, "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", V. 11, 2013, International Journal of Constitutional Law, ss.1056-1085.

¹⁰⁹ Örn bkz. Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar v. Malta, §§ 113-115 ve Aden Ahmed v. Malta §§ 92-100.

¹¹⁰ Z. ve diğerleri v. Birleşik Krallık [GC], AİHM, B. No: 9392/95, 10.5.2001 § 73; Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belçika § 53.

durumda olan kişilerin tespit edilmesinde elverişli usullerin oluşturulması¹¹¹ ve tespit edilen hassas kişilere haklarını daha az kısıtlayacak nitelikte alternatif çözüm yolları sunulması gerekmektedir. Ayrıca hassas durumdaki göçmenlerin, savunmasızlıklarının değerlendirilmesine ilişkin usuller hakkında bilgilendirilmeleri ve bu usullere erişimleri sağlamalıdır.¹¹²

Mahkeme idari gözetimi; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında gözetimin gerekli, makul ve ölçülü (orantılı) olması kriterleri üzerinden değerlendirmektedir. Böylece hassas durumda bulunan göçmenlerin gözetim altına alınması, gözetimin amaçladığı hedefin daha az zorlayıcı önlemlerle de gerçekleştirilebileceği ve gözetimin son çözüm olmadığı durumlarda bu kriterler bağlamında madde 5/1(f) ile uyumlu olmayacaktır. Hassas durumda bulunan kişiler sadece özgürlüklerini daha az kısıtlayıcı alternatif önlemlerin etkin bir şekilde uygulanamayacağı belirlendikten sonra son çare olarak gözetim altına alınmalıdırlar.¹¹³

İlke olarak özellikle refakatsiz çocuklar olmak üzere tüm çocukların gözetim altında tutulmaları üstün yararları ile bağdaşmamaktadır ve orantılılık ilkesi bağlamında AİHM içtihadına da aykırılık teşkil etmektedir. Türkiye uygulamasında refakatsiz çocuklar bakımından Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Refakatsiz Çocuklar Yönergesi¹¹⁴(RÇY) AİHM içtihadı ile uyumlu bir usul öngörülmekte ve refakatsiz çocuklara gözetim tedbiri uygulanmamaktadır.¹¹⁵ Refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvurusu ve kayıt altına alınmasına ilişkin işlemler İl Göç İdaresi Müdürlükleri tarafından yapıldıktan sonra (RÇY, m.6/1/a) çocuklar görüşleri dikkate alınarak AÇSHB tarafından, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilmektedirler (YUKK, m.66/1/c, RÇY, m.6/1/d). Bu çocuklar bakımından koruyucu hizmetler ve özel barınma mekanları oluşturulmuş; ayrıca refakatsiz çocuklar YUKK tarafından özel ihtiyaç sahipleri arasında sayılarak kayıt ve statü belirleme işlemlerinde kendilerine öncelik tanınmış (YUKK, m.67/1) ve hızlandırılmış değerlendirmenin dışında tutulmuşlardır (YUKK, m. 79/4).¹¹⁶

¹¹¹ Thimothawes v. Belçika, §§ 66-71.

¹¹² Abdi Mahamud v. Malta, §§ 134-135. Bu noktada belirtmek gerekir ki yerel otoriteler kırılabilirlik veya hassas durumda bulunma değerlendirmesinin yapılmasında gerekli işlemleri gerçekleştiriyor veya geciktiriyorlarsa bu durum yetkililerin iyi niyeti konusunda şüphe oluşturabilecektir. Abdi Mahamud v. Malta, §§ 130-134.

¹¹³ Bkz. Popov v. Fransa, § 119; A.B. ve diğerleri v. Fransa, § 120.

¹¹⁴ 20.10.2015 tarihli Yönerge için bkz. <<https://www.aile.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/yonergeler/refakatsiz-cocuklar-yonergesi.pdf>> (s.e.t 20.9.2024).

¹¹⁵ Türk hukukunda refakatsiz çocuklara ilişkin bir analiz için bkz. İlyas Arslan, “Türk Hukukunda Refakatsiz Çocukların Hukuki Durumu”, S. 55, 2023, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss.73-110.

¹¹⁶ Transit geçiş merkezlerinde de refakatsiz çocuklar kabul edilmeyen yolcu bekleme salonuna alınmadan ülkeye girişleri yapılması ve ASHB'ye bilgi verilmesi uygulaması da AİHM içtihadı ile uyumludur. TİHEK, İstanbul Havalimanı Transit Geçiş Merkezi Ziyareti Raporu, Rapor No. 2023/46, para 13-14 <<https://www.tihe.gov.tr/public/images/kararlar/a4yc7m.pdf>> (s.e.t 20.9.2024)

Öte yandan refakatli çocukların, çocuklu ebeveynlerin, hamile ve emzikli annelerin ve engellilerin büyük oranda kabul, barınma ve GG merkezlerinde kaldığı görülmektedir.¹¹⁷ AİHM içtihadı incelendiğinde özellikle çocuklu aileler bakımından özel kriterler belirlendiği görülmektedir. Buna göre aile üyelerinin bir arada tutulması, ailelere özel bir alan tesis edilmesi, çocukların yetişkinlerden ayrı bölümde tutulması, koşulların çocukların fiziksel ve psikolojik ihtiyaçlarına uygun olması bu bağlamda ihtiyaçlarına uygun yiyecek, barınma oyun ve etkinlik imkanı sağlanması gerekmektedir. Mahkeme özellikle bebekler ve küçük çocuklar için mama ve bez gibi özel ihtiyaçların karşılanmamasını ve kaldıkları mekanın fiziki şartlarının çocuklara uygun olmamasını madde 3 bağlamında ihlal olarak değerlendirmektedir.¹¹⁸ GGM'lerde sayılan bu koşulların tamamen karşılanabilmesi oldukça güç olduğu için bazı hallerde hak ihlalleri gündeme gelmektedir. TİHEK raporları incelendiğinde örneğin Gaziantep GGM'de bir katın ailelere tahsis edildiği (para 29), merkezde çocuklara özel yemek hazırlandığı (para 66), çocuklara özel etkinlikler yapıldığı (para 79), özel sağlık hizmeti sağlandığı (s. 21) görülmektedir.¹¹⁹ Benzer şekilde Pehlivan köy GGM'de oyun odası olması (para 81);¹²⁰ Akyurt GGM'de¹²¹ çocuklar için ara öğünler verilmesi (para 55) AİHM içtihadı ile uyumlu uygulamalara örnek gösterilebilir. Öte yandan Akyurt GGM'de aileler bakımından özel alan bulunmadığı kız çocukların kadın bölümünde, erkek çocukların erkek bölümünde kaldığı belirtilmektedir (para 23). Bu uygulamaya uluslararası standartlarla uyumlu değildir. Çocukların ihtiyaçları göz önüne alındığında tıpkı refakatsiz çocuklarda olduğu gibi çocuklu aileler bakımından da kural idari gözetimin uygulanmaması olmalıdır. Yapılan titiz değerlendirme sonucu gözetim uygulanıyorsa da GGM'lerin AİHM içtihadıyla uyumlu olacak şekilde insan onuruna yakışan koşullar sunması gerekmektedir.

Çocuklu aileler dışındaki hamile, engelli, hasta kişiler gibi hassas durumdaki kişiler bakımından da kural idari gözetimin

¹¹⁷ Göç İdaresi Müdürlüğü veya ASHB tarafından söz konusu merkezlerde kalan yabancıların verilerine erişim mümkün olmamıştır. TİHEK tarafından gerçekleştirilen ziyaretler sonrası hazırlanan raporlar incelenerek hassas kişiler bakımından uygulama analiz edilmiştir.

¹¹⁸ Mekandaki eşyaların çocuklar bakımından tehlike oluşturmayacak nitelikte olması, sigara dumanına maruz kalmamaları, sürekli ışığın açık olması ve aşırı gürültü nedeniyle yeterli uyuyamamaları Mahkeme tarafından ihlal sebebi olarak kabul edilmektedir.

¹¹⁹ TİHEK, Gaziantep Geri Gönderme Merkezi Takip Ziyareti Raporu, Rapor No: 2023/04, <<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/so9808.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024)

¹²⁰ TİHEK, Pehlivan köy Geri Gönderme Merkezi Ziyareti Raporu, Rapor No: 2023/06, <<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/99ez6i.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024)

¹²¹ TİHEK, Ankara Akyurt Geri Gönderme Merkezi Takip Ziyareti Raporu, Rapor No: 2024/33, <<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/8pt8a7.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024)

uygulanmamasıdır.¹²² Türkiye uygulamasına bakıldığında Gaziantep GGM’de hamilelere özel sağlık hizmeti sağlanması (s. 21)¹²³ Pehlivan köy GGM’de engellilere uygun dizayn edilmiş oda bulunması (para 32 ve 42)¹²⁴, Akyurt¹²⁵ GGM’de engelli özel ihtiyaçlarına uygun oda engelli rampası ve asansörler bulunması (para 40) ve hamileler için ara öğünler verilmesi (para 55) olumlu uygulamalar olarak örnek gösterilebilir. Ancak bu olumlu uygulamalara rağmen kural olarak başta çocuklu aileler olmak üzere tüm hassas kişiler bakımından alternatif tedbirlerin uygulanması olası hak ihlallerinin önlenmesi için daha etkili ve daha az maliyetlidir. Yapılan araştırmalar yabancıların sürece ilişkin bilgilendirilmesi sonucunda özgürlüklerinin kısıtlanması yerine alternatif tedbirler uygulanmasının kişilerin yükümlülüklerine uyması ve geri dönüşleri bağlamında daha etkili sonuçlar verdiğini göstermektedir.¹²⁶ Hassas durumda bulunan kişiler bakımından Yönetmelik uyarınca uygulanacak alternatif tedbirlere bakıldığında belirli bir adreste ikamet etme, bildirimde bulunma veya ses tanıma, mobil uygulama veya teminat gibi yükümlülükler getirilmesi hukuken mümkündür. Tüm bu uygulamalar hassas kişilerin özellikleri dikkate alınarak uygulandığında gözetimden beklenen fayda olan kişilerin koruma başvuru sürecinde veya sınırdışı sürecinde yerinin belirlenmesi çok daha insani şartlarda, kişilerin hakları en az ihlal edilerek ve çok daha az maliyetle sağlanmış olacaktır.¹²⁷ Türkiye uygulaması bakımından farklı ülke uygulamalarına bakılarak en elverişli yöntemlerin örnek alınması mümkündür.¹²⁸ Örneğin sınır dışı edilecek aileler bakımından geliştirilen aile temelli geri dönüş programı Kanada’da başarılı bir uygulama olan “özel

¹²² International Refugee Rights Association/Global Detention Project, Joint Submission to the UN Committee on the Rights of the Child, 93rd Session, 8 – 26 May 2023, 14 April 2023, para 7.1, <<https://umhd.org.tr/en/page/issues-relating-to-immigration-detention-of-children/514>> (s.e.t. 20.9.2024).

¹²³ TİHEK, Gaziantep Geri Gönderme Merkezi Takip Ziyareti Raporu, Rapor No: 2023/04, <<https://www.tihk.gov.tr/public/images/kararlar/so9808.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024)

¹²⁴ TİHEK, Pehlivan köy Geri Gönderme Merkezi Ziyareti Raporu, Rapor No: 2023/06, <<https://www.tihk.gov.tr/public/images/kararlar/99ez6i.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024)

¹²⁵ TİHEK, Ankara Akyurt Geri Gönderme Merkezi Takip Ziyareti Raporu, Rapor No: 2024/33, <<https://www.tihk.gov.tr/public/images/kararlar/8pt8a7.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024)

¹²⁶ International Detention Coalition ve Mülteci Hakları Merkezi, İdari Gözetime Alternatifler, Göç yönetimi kapsamındaki gerekli olmayan idari gözetimi önlemeye yönelik El kitabı (Gözden geçirilmiş baskı), Mülteci Hakları Derneği, 2021, s. 10-11 <https://www.mhd.org.tr/images/yayinlar/Mhm_Idari_Gozetime_Alternatifler_2021.pdf> (s.e.t. 20.9.2024).

¹²⁷ IDC/MHD, İdari Gözetime Alternatifler, s. 7-17.

¹²⁸ Meltem İneli Çiğer, “Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler”, C. 40, S. 2, 2020, Public and Private International Law Bulletin, ss.799–829.

sponsorluk programları” (private sponsorship programme)¹²⁹ ışığında tüm idari gözetim uygulamaları bakımından uygulanabilir. Bu uygulamada ülkeye yerleşen ailelere bir aile tarafından maddi ve psikolojik destek sağlanmakta yeni hayatlarına alışmaları kolaylaştırılmaktadır. Türkiye’de de bu uygulama ile çocuklu aileler bakımından kabul sürecinde başlayan destek koruma sağlaması sonrası devam ettirilebilir; hatta sınırdışı edilecek aileler bakımından da geri dönüş destek olarak uygulanabilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki hassas kişiler bakımından alternatif tedbirlerin hassasiyetlerinin artmasına sebep olmayacak şekilde özenle uygulanması gerekmektedir.¹³⁰

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

AİHM içtihadında ülkeye yasa dışı yollarla giriş yapan uluslararası koruma başvurusu sahipleri veya hakkında sınır dışı kararı verilmiş yabancıların hassas durumda olan kişiler olması halinde idari gözetimin son çare olarak uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.¹³¹ Bir kişinin idari gözetim altına alınması söz konusu olduğunda kişinin özel ihtiyaç sahibi veya hassas durumda olan bir birey olup olmadığı, yaşı, sağlık durumu, cinsiyeti, ailevi durumu gibi özellikleri değerlendirilerek gözetimin kişi üzerindeki etkisi dikkate alınarak haklarını en az sınırlandıracak çözüme karar verilmelidir.

Hassas durumda bulunan yabancıların gözetim altına alınması bakımından Mahkeme önündeki davalar iki grupta ele alınabilir. İlk grup başvurular sığınma başvurusunun değerlendirilmesi veya sınır dışı işleminin beklenmesi sürecinde uygulanan tedbirlere ilişkindir.¹³² Bu başvurularda Mahkeme kişinin kırılabilirliğini yaş, cinsiyet, sağlık gibi kişisel özellikler bağlamında değerlendirerek özel ihtiyaçların dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmektedir. Böylece sığınmacıların özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin meşruluğu değerlendirilirken hassas durumda olma ihlal eşliğini düşüren bir etmen haline gelmektedir.

¹²⁹ 1978’den beri uygulanan “Özel sponsorluk programları” (private sponsorship programme) ile Kanada halkının mali ve kişisel desteğinden faydalanılarak mültecilerin yeniden yerleştirilmesi sağlanmaktadır. Barbara Triviranus/Michael Casasola, “Canada’s Private Sponsorship of Refugees Program: A Practitioners Perspective of its Past and Future”, C. 4, 2003, Journal of International Migration and Integration, ss.177-202.

¹³⁰ Örneğin elektronik kelepçe uygulanması hassas kişiler bakımından uygun olmayacak, bildirim yükümlülüğünün de çok kısa periyotlarla belirlenmesi yeni bir stres unsuru oluşturabilecektir. Elektronik izleme uygulaması hakkında detaylı bir analiz için bkz. Barış Teksoy, “İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi”, C. 75, S. 2, 2020, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss.517-556.

¹³¹ A.B. ve diğerleri v. Fransa, § 124; Popov v. Fransa, § 119.

¹³² Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belçika; Rahimi v. Yunanistan; Stanev v. Bulgaria, AİHM, B. No: 36760/06, 17.1.2012; Khlaifia ve diğerleri v. İtalya, AİHM, B. No:16483/12, 15.12.2016.

İkinci grup davalar ise uluslararası koruma başvurusunda bulunan yabancıların başvuru sonuçlanana kadar tutulma koşullarına ilişkindir. Bu noktada sadece yetişkin erkek bir sığınmacı olan ve ek kırılabilir özellikler taşımayan M.S.S.'nin durumunun değerlendirildiği kararda Mahkeme, sığınmacının devlet yardımı olmadan kötü şartlarda yaşamasının insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğuna hükmetmiştir. Buna karşın Devlet yardımının yetersiz olduğu başka başvurularda ise başvuru sahiplerini özellikle hassas hale getirecek çocuklu aile olmaları, hastalık veya engellilik gibi başka kişisel özellikler aranmıştır. Mahkeme hassas durumda bulunan yabancıların idari gözetimi bağlamında temelde kişilerin devlete bağımlı hale gelmeleri üzerinden hareket etmektedir.¹³³

AIHM'in göç alanındaki içtihadında hassas durumda olma esnek bir kavram olarak kullanılmaktadır. Mahkeme içtihadı incelendiğinde hassas durumda olmanın, devletlerin göç yönetimine ilişkin takdir haklarını sınırlandıran ve pozitif yükümlülüklerini arttıran bir unsur olarak dikkate alındığı görülmektedir. Özellikle başvuru sahiplerinin özgürlüklerinden mahrum bırakıldığı durumlarda devlete bağımlı hale gelmiş sığınmacılar bakımından hassasiyet, devletin başvuru sahiplerine uygun koşulları sağlamaya ilişkin pozitif yükümlülüğünü pekiştirmekte böylece hassas durumda bulunan yabancıların idari gözetimi bağlamında devletin sorumluluklarını arttıran bir unsur haline gelmektedir. Dolayısıyla devlet hassas durumda bulunan yabancıları gözetim altına alırken sadece madde 5 düzenlemesinde yer alan hususlara uygun hareket etmekle değil, aynı zamanda kişilerin özel durumları nedeniyle gereken ek korumayı sağlamak da yükümlü olmaktadır. Bu yükümlülükler; öncelikle hassas durumda olan kişilerin belirlenebilmesi için etkili ve elverişli değerlendirme usulleri oluşturulması ve kişiler tespit edildikten sonra da bu kişiler bakımından gözetim dışında alternatif tedbirler uygulanmasını sağlamaktır. Devletler hassas durumda bulunan kişiler bakımından daha özenli bir süreç takip etmelidirler.

Mahkeme kararları ışığında Türkiye uygulamasına bakıldığında hassas durumda bulunan kişilerin idari gözetim altına alınmasından kural olarak kaçınılmalı; haklarını en az kısıtlayacak nitelikte alternatif tedbirler uygulanmalıdır. Refakatsiz çocuklar bakımından sürecin tamamen ASHB üzerinden yürütülmesi AIHM içtihadıyla uyumludur. Öte yandan çocuklu aileler, hamile ve emziren kadın ve engelliler bakımından idari gözetimin devam ettiği görülmektedir. Başta çocuklu aileler olmak üzere tüm sayılan hassas kişiler bakımından gözetim uygulaması aşamalı olarak sona erdirilmelidir. Uluslararası hukuka uygun gözetim uygulaması için sayılan tüm hassas kişiler bakımından İGAYİY'de yer alan alternatifler farklı ülkelerin başarılı uygulamaları örnek alınarak daha insani, daha etkili ve az maliyetli usuller olarak hassas kişilerin haklarını en az ihlal edecek şekilde uygulanması gerekmektedir.

¹³³ Bkz. R.R. ve diğerleri v. Macaristan, §50: “Başvuru sahiplerinin tamamen devlet desteğine bağımlı oldukları ve bu yardımın olmaması nedeniyle insanlık dışı ya da insan onuruna uygun olmayan ciddi bir yoksunluğa maruz kaldıklarında Devletin temel ihtiyaçları karşılama sorumluluğu doğar.”

Halihazırda gözetim altında tutulan hassas kişiler bakımından gözetim son derece titiz değerlendirme sonucu son çare olarak uygulanmalı; kişilerin hassasiyetlerine uygun şekilde beslenme, sağlık takibi, psikolojik danışmanlık oyun, boş zaman etkinlikleri gibi hizmetler sağlanmalı ve gözetimi insan onuruna uygun şekilde makul süre içerisinde geçirebilmeleri için gerekli koşullar oluşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Al Tamimi Y, "The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights", No. 5, 2016, *European Journal of Human Rights*, ss.561-583.

Arslan İ, "Türk Hukukunda Refakatsiz Çocukların Hukuki Durumu", S. 55, 2023, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, ss.73-110.

Aybay R, "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme", C. 4, S.2, 2003, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss.141-172.

Baumgärtel M, "Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights. Netherlands" V. 38, 2020, *Quarterly of Human Rights*, ss.12-29.

Demirkol Ö, *Çocuğun Korunması Bağlamında Geri Göndermeme İlkesi*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.

Doğru O/Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi- Açıklama ve Önemli Kararlar*, Avrupa Konseyi Yayınları, 1. Cilt, 2012.

Ekşi N, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Goodwin-Gill GS, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford University Press, London 1978.

Hailbronner K, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", C. 2, S. 3, 1990, *International Journal of Refugee Law*, ss.341-360.

Harris, O'Boyle&Warbrick- *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehveç Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021.

İneli Ciğir M, "Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler", C. 40, S. 2, 2020, *Public and Private International Law Bulletin*, ss.799-829.

Ippolito F, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Editoriale Scientifica, Naples 2020.

İspirli Armağan M, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü", C. 4, S. 2, 2022, *Public and Private International Law Bulletin*, ss.913-945.

Leboeuf L, "The Juridification of 'Vulnerability' through EU Asylum Law: The Quest for Bridging the Gap between the Law and Asylum Applicants' Experiences", V. 11, 2022, *Laws*, ss.45-63.

Limante A, "Protecting vulnerable groups in Europe: highlights from recent case law of the European Court of Human Rights", V. 28, I. 4, *The International Journal of Human Rights*, 2024, ss.671-688.

McAdam J, "Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection", V. 14, N. 3, 2006, *The International Journal of Children's Rights*, ss.251-274.

Morawa AHE "Vulnerability as a concept of International Human Rights Law", V. 6, S. 2, 2003, *Journal of International Relations and Development*, ss.139-155.

Nifosi-Sutton I, *The Protection of Vulnerable Groups under International Human Rights Law*, Routledge, 2017.

Özbek N, "AIHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar", C. 118, 2015, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.15-50.

Peroni L/Timmer A, "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", V. 11, 2013, International Journal of Constitutional Law, ss.1056-1085.

Stoyanova V, "The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and How the Ground Beneath Our Feet Continues to Erode", Strasbourg Observers (blog), December 23, 2019. <https://strasbourg.weichie.dev/2019/12/23/the-grand-chamber-judgment-in-ilias-andahmed-v-hungary-immigration-detention-and-how-the-ground-beneath-our-feet-continuesto-erode/>. (s.e.t. 20.09.2024).

Stoyanova V, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights-Within and Beyond Boundaries, Oxford University Press, 2023.

Şahbaz İ, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği", S. 55, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss.201-225.

Şirin T, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 1, Avrupa Konseyi, 2018.

Teksoy B, "İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi", C. 75, S. 2, 2020, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, ss.517-556.

Triviranus B/Casasola M, "Canada's Private Sponsorship of Refugees Program: A Practitioners Perspective of its Past and Future", C. 4, 2003, Journal of International Migration and Integration, ss.177-202.

Webster E, "Non-nationals, living conditions and disability: Situating S.H.H. v. United Kingdom within Strasbourg's Article 3 case-law", Strasbourg Observers, February 19, 2013, <https://strasbourgobservers.com/2013/02/19/non-nationals-living-conditions-and-disability-situating-s-h-h-v-united-kingdom-within-strasbourgs-article-3-case-law> (s.e.t. 20.09.2024).

Yalçıntaş Deli S, "Uluslararası İnsan Hakları ve Mülteci Hukuku İle 6458 Sayılı Kanuna Göre Sığınmacıların İdari Gözetimi", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2020.

Belgeler

Council of Europe Action Plan on Protecting Vulnerable Persons in the Context of Migration and Asylum in Europe (2021-2025), 2021, s. 7 <<https://edoc.coe.int/en/refugees/10241-council-of-europe-action-plan-on-protecting-vulnerable-persons-in-the-context-of-migration-and-asylum-in-europe-2021>> (s.e.t. 20.9.2024).

Council of Europe Committee Of Ministers, Recommendation Rec(2003)5 of The Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers (*Adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2003 at the 837th Meeting of the Ministers' Deputies*) para. 6 <<https://rm.coe.int/16805e0313>> (s.e.t. 20.9.2024).

CRC, General comment No. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence, (m. 72/g), <<https://digitallibrary.un.org/record/711722?v=pdf>> (s.e.t. 20.9.2024).

Joint General Comment No. 3 of the CMW and No. 22 of the CRC in the context of International Migration: General principles, CRC/C/GC/22 - CMW/C/GC/3, 16 November 2017.

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Standards, (The CPT standards), Council of

Europe Committee for the Prevention of Torture, (CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 201) <<https://www.refworld.org/reference/themreport/coept/2011/en/78171>> (s.e.t. 20.9.2024).

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Immigration Detention Fact Sheet <<https://rm.coe.int/16806fbf12>> (s.e.t. 20.9.2024).

European Union Agency for Fundamental Rights, Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures, <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>> (s.e.t. 20.9.2024).

International Detention Coalition, There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention (revised edition 2015) <<https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2016/01/There-Are-Alternatives-2015.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024).

International Refugee Rights Association/Global Detention Project, Joint Submission to the UN Committee on the Rights of the Child, 93rd Session, 8 – 26 May 2023, 14 April 2023, <<https://umhd.org.tr/en/page/issues-relating-to-immigration-detention-of-children/514>> (s.e.t. 20.9.2024).

OHCHR, Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, UNGA Res 43/173, 9 December 1988, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/body-principles-protection-all-persons-under-any-form-detention>> (s.e.t. 20.9.2024).

OHCHR, United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, UNGA Res 45/113, 14 December 1990, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-rules-protection-juveniles-deprived-their-liberty>> (s.e.t. 20.9.2024).

UNGA Res 63/184 Protection of Migrants, A/RES/63/184, 18 December 2008, para 9. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_63_184.pdf> (s.e.t. 20.9.2024).

UNGA, Res. 64/166 Protection of Migrants, A/RES/64/166, 19 March 2019, para 4(a). <<https://undocs.org/en/A/RES/64/166>> (s.e.t. 20.9.2024).

UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012, <<https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2012/en/87776>> (s.e.t. 20.9.2024).

UNHCR, Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, February 1997, <<https://www.unhcr.org/media/guidelines-policies-and-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum>> (s.e.t. 20.9.2024).

UNHCR, Conclusion No. 59 (1989); Refugee Children and Adolescents, Conclusion No. 84 (1997); Protection of the Refugee's Family, Conclusion No. 88 (1999); 'Summary Note on UNHCR's Strategy and Activities Concerning Refugee Children, 2002. <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/578371524.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024).

UNHRC, General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), CCPR/C/GC/35,16 December 2014, para 18, <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g14/244/51/pdf/g1424451.pdf>> (s.e.t. 20.9.2024).

UNODC, The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules) <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf> (s.e.t. 20.9.2024).

Mahkeme Kararları

AİHM Kararları¹³⁴

- East African Asian v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 4403/70 (joined), 14.12.1973.
Kamma v. Hollanda, AİHM, B. No: 4771/71, 14.7.1974.
Guzzardi v. İtalya, AİHM, B. No: 7367/76, 6.11.1980.
Dudgeon v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 7525/76, 22.10.1981.
Bozano v. Fransa, AİHM, B. No: 9990/82, 18.12.1986.
Amuur v. Fransa, AİHM, B. No: 19776/92, 25.6.1996.
Chahal v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 22414/93, 15.11.1996.
T.W. v. Malta [GC] AİHM, B. No: 25644/94, 29. 4.1999.
Grauslys v. Litvanya, AİHM, B. No: 36743/97, 10.10.2000.
Salman v. Türkiye, [GC] AİHM, B. No: 21986/93, 27.6.2000.
Chapman v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 27238/95, 18.01.2001.
Keenan v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 27229/95, 3.4.2001.
Z. ve diğerleri v. Birleşik Krallık [GC], AİHM, B. No: 29392/95, 10.5.2001.
Çonka v. Belçika, AİHM, B. No: 51564/99, 5.2.2002, Final 5.5.2002.
Trubnikov v. Rusya, AİHM, B. No: 49790/99, 5.7.2005.
Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belçika, AİHM, B. No: 13178/03, 12.10.2006.
Üner v. Hollanda, AİHM, B. No: 46410/99, 18.10.2006.
Salah Sheekh v. Hollanda, AİHM, B. No: 1948/04, 11.1.2007.
Nasrulloev v. Rusya, AİHM, B. No: 656/06, 11.10.2007.
D.H. ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, AİHM, B. No: 57325/00, 13.11.2007.
Saadi v. Birleşik Krallık [GC], AİHM, B. No: 13229/03, 29.1.2008.
N. v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 26565/05, 27.5.2008.
N.A. v. the Birleşik Krallık, AİHM, B. No:25904/07, 17.7.2008, Final 6.8.2008.
Soldatenko v. Ukrayna, AİHM, B. No: 2440/07, 23.10.2008.
Renolde v. Fransa, AİHM, B. No: 5608/05, 16.10.2008, Final 16.1.2009.
A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, AİHM [GC], B. No: 3455/05, 19.2.2009.
Opuz v. Türkiye, AİHM, B. No: 33401/02, 9.6.2009, Final 9.9.2009.
Lautsi v. İtalya, AİHM [GC], B. No: 30814/06, 3.11.2009.
Denis Vasilyev v. Rusya, AİHM, AİHM, B. No: 32704/04, 17.12.2009.
Muskhadzhiyeva ve diğerleri v. Belçika, AİHM, B. No: 41442/07, 19.1.2010.
Aune v. Norveç, AİHM, B. No: 52502/072, 08.10.2010.
M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, AİHM, B. No: 30696/09, 21.1.2011.
Abdolkhani and Karimnia v. Türkiye, AİHM, B. No: 30471/08, 22.9.2009, Final 1.3.2010.
Rahimi v. Yunanistan, AİHM, B. No: 8687/08, 5.4.2011.

¹³⁴ Bütün AİHM kararlarına hudoc sistemi üzerinden erişim sağlanmıştır. <<https://hudoc.echr.coe.int>> (s.e.t. 20.9.2024).

Kiyutin v. Rusya, AİHM, B. No: 2700/10, 10.3.2011, Final 15.9.2011.
Sufi and Elmi v. Birleşik Krallık, B. Nos. 8319/07 and 11449/07, 28.6.2011, Final 28.11.2011.
Kanagaratnam ve diğerleri v. Belçika, AİHM, B. No:15297/09, 13.12.2011.
YohEkale Mwanje v. Belçika, AİHM, B. No: 10486/10, 20.12.2011.
Stanev v. Bulgaristan, AİHM, B. No: 36760/06, 17.1.2012.
Popov v. Fransa, B. Nos: 39472/07 and 39474/07, 19.1.2012.
İlbeyi Kemaloğlu and Meriye Kemaloğlu v. Türkiye, B. No: 19986/06; 10.4.2012.
Pontes v. Portekiz, B. No: 19554/09, 10.4.2012.
Fernández Martínez v. İspanya, AİHM [GC] B. No: 56030/07, 15.5.2012.
Mahmundi ve diğerleri v. Yunanistan, AİHM, B. No: 14902/10, 31.7.2012.
De Souza Ribeiro v. Fransa, AİHM, B. No: 22689/07, 13.12.2012.
S.H.H. v. Birleşik Krallık, AİHM, B. No: 60367/10, 29.1.2013.
Horváth and Kiss v. Macaristan, AİHM, B. No: 11146/11, 29.1.2013.
Aden Ahmed v. Malta, AİHM, B. No: 55352/12, 23.7.2013.
Blokhin v. Rusya, AİHM [GC] B. No: 47152/06, 14.11.2013.
Asalya v. Türkiye, AİHM, B. No: 43875/09, 15.4.2014, Final 15.7.2014.
Tarakhel v. İsviçre, AİHM, B. No: 29217/12, 4.11.2014.
Identoba ve diğerleri v. Gürcistan, AİHM, B. No: 73235/12, 12.05.2015, Final 12.8.2015.
Abdi Mahamud v. Malta, AİHM, B. No: 56796/13, 3.5.2016.
A.B. ve diğerleri v. Fransa, AİHM, B. No:11593/12, 12.7.2016.
Khlaifia ve diğerleri v. İtalya, AİHM, B. No:16483/12, 15.12.2016.
Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta, B. Nos. 25794/13 and 28151/13), 22.11.2016, Final 22.2.2017.
Thimothawes v. Belçika, AİHM, B. No: 39061/11, 4.4.2017.
S.F. ve diğerleri v. Bulgaristan, AİHM, B. No: 8138/16, 7.12.2017.
S.M. v Hırvatistan, AİHM, B. No: 60561/14, 19.7.2018.
Khan v. Fransa, AİHM, B. No: 12267/16, 28.2.2019.
G.B. ve diğerleri v. Türkiye, AİHM, B. No: 4633/15, 17.10.2019.
Ilias and Ahmed v. Macaristan, AİHM, B. No: 47287/15, 21.11.2019.
L. R. v. Kuzey Makedonya, AİHM, B. No: 38067/15, 23.1.2020.
Budina and Chaprazov v. Bulgaristan, AİHM, B. No: 12567/13, 16.2.2020.
Kukhalashvili ve diğerleri v. Gürcistan, AİHM, B. Nos: 8938/07 and 41891/07, 2.4.2020.
Kurt v. Austria, AİHM, B. No: 62903/15, 15.6.2021.
R.R. ve diğerleri v. Macaristan, AİHM, B. No: 36037/17, 2.3.2021, Final 5.7.2021.
M.H. ve diğerleri v. Hırvatistan, B. Nos. 15670/18, 43115/18, 4.4.2022.
Darboe and Camara v. İtalya, AİHM, B. No: 5797/17, 21.7.2022.

Anayasa Mahkemesi Kararları¹³⁵

Rıda Boudraa başvurusu, AYM, B. No: 2013/9673, K.T. 21.1.2015.

K.A. başvurusu, AYM, B. No: 2014/13044, K.T. 11.11.2015.

F.A. ve M.A. başvurusu, AYM, B. No: 2013/655, K.T. 20.1.2016.

A.S. Başvurusu, AYM, B. No: 2014/2841, K.T. 9/6/2016, R.G. 29.6.2016, S.29757.

¹³⁵ Bütün AYM kararlarına Mahkeme'nin kararlar bilgi bankası üzerinden erişim sağlanmıştır. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> (s.e.t. 20.9.2024)

İNTİFA HAKKININ VERGİLENDİRİLMESİ BAKIMINDAN VERGİ İDARESİNİN YAKLAŞIMINA İLİŞKİN BİR ELEŞTİRİ

A Critique of the Tax Administration's Approach to the Taxation of the Usufruct Rights

Dr. Öğr. Üyesi Kader Melis TOPÇU*

Öz: Sınırlı aynı hakların bir çeşidi olan irtifak hakları, kişi lehine irtifak hakları ve taşınmaz lehine irtifak hakları şeklinde incelenebilir. Bir taşınmazda diğer bir taşınmaz lehine kurulan taşınmaz irtifakları, mutlaka kişiye bağlı olarak kurulmaları öngörülenler haricinde kalan irtifaklardır. Kişiye bağlı irtifaklar ise kişiye ayrılmaz bir biçimde bağlanan ve mirasçılara intikal etmeyen irtifaklardır. Söz konusu bu irtifaklardan biri intifa hakkıdır.

İntifa hakkı, mülkiyet hakkından sonra sahibine konusu olan eşya üzerinde kullanma ve yararlanma hakkı vermektedir. Bu hak, sahibine ayrılmaz bir biçimde bağlıdır. Bu nedenle mirasçılara intikal etmez ve bir başkasına devredilemez. Eşya hukuku bakımından oldukça önemli bir konu olan intifa hakkına ilişkin 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (Bundan sonra 'GVK' şeklinde kullanılacaktır), 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (Bundan sonra 'KVK' şeklinde kullanılacaktır), 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (Bundan sonra 'VİVK' şeklinde kullanılacaktır) ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (Bundan sonra 'VUK' şeklinde kullanılacaktır) başta olmak üzere birçok vergi kanununda düzenlemeler bulunmaktadır.

Vergi idaresi, intifa hakkının vergilendirilmesine ilişkin hususlarda anılan Kanunlarda yer alan düzenlemelere aykırı özelemler vermekte ve GVK, KVK ve VİVK kapsamında vergilendirilmesi mümkün olmayan durumları, vergilerin yasallığı ilkesini de göz ardı ederek vergiye tabi tutmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada vergi idaresinin hatalı olduğunu düşündüğümüz yaklaşımı irdelenecek ve bu konudaki düşüncemiz gerekçeleriyle birlikte aktarılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İntifa hakkı, Mülkiyet, Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi, Veraset ve İntikal Vergisi.

Abstract: The right of easements, which are a type of limited real rights, can be analysed as the right of easements in favour of a person and the right of easements in favour of immovable property. The right of easements in favour of immovable property established on an immovable property in favour of another immovable property are easements other than those that are stipulated by the Law to be established in favour of a person. The right of easements attached to the person are easements that are inextricably linked to the person and do not pass on to the heirs. One of these easements that are inextricably linked to the person and do not pass to the heirs is the usufruct right.

The right of usufruct grants the owner the right to use and benefit from the property in question. This right is inextricably bound to its owner. Therefore, it cannot be transferred to another person. There are regulations on usufruct right, which is a very important issue in terms of property law, in many tax laws, especially Income Tax Law No. 193, Corporate Tax Law No. 5520, Inheritance and Gift Tax Law No. 7338 and Tax Procedure Law No. 213. The tax administration gives specialisations contrary to the regulations in the aforementioned Laws regarding the taxation of usufruct rights, and taxes the situations that cannot be taxed within the scope of the GVK, KVK and VİVK by ignoring the principle of legality of taxes. For this reason, in this study, the approach of the tax administration, which we think is erroneous, will be examined and our opinion on this issue will be tried to be conveyed together with its justifications.

Keywords: The Right of Usufruct, Property, Income Tax, Corporate Tax, Inheritance and Gift Tax.

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kadmelmis.topcu@bakircay.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6912-5301

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573659

Makale Geliş Tarihi: 31.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 30.09.2024

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹, mülkiyet hakkını eşya üzerinde en geniş yetkileri veren bir hak olarak düzenlemiştir. Zira TMK'nın 683. maddesine göre; bir şeye malik olan kimse o şey üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine de sahiptir. Böylece mülkiyet hakkı, malike eşya üzerinde en geniş yetkileri tanır.² Mülkiyetin içeriğini teşkil eden bu yetkilerden bazılarının ayrılarak bağımsızlaştırılması ve bir hak olarak özgülenebilmesi sınırlı aynı hak kavramının temelinde yatan düşünceyi oluşturmakta³ ve mutlak bir hakimiyet yerine sınırlı yetkiler içeren bu haklara da sınırlı aynı haklar denilmektedir.

TMK, aynı hakların sınırlı sayıda ve tipe bağlı olması ilkesini benimsediğinden;⁴ kurulabilecek sınırlı hak türleri de Kanun'da tek tek belirlenmiştir. Bu nedenle bu türlerin kapsamı konusunda az veya çok irade serbestisinin söz konusu olması mümkün olmakla birlikte aynı hak kurma yetkisi ancak TMK'nın açıkça kurulmasına izin verdiği tarzda olabilmektedir.⁵

Sınırlı aynı haklar, eşya üzerinde sağladığı yetki bakımından; yararlanma(irtifak) hakları, teminat hakları ve taşınmaz yükü şeklinde kategorize edilmektedir.⁶ Söz konusu bu haklardan irtifak hakları, hak sahibine malikin aracılığına ihtiyaç duyulmaksızın bir eşyayı kullanma veya semerelerinden yararlanma veya hem kullanma hem de semerelerinden yararlanma yetkisi veren aynı hak olarak tanımlanmaktadır.⁷

Sınırlı aynı hakların bir çeşidi olan irtifak hakları, öğretide kişi lehine irtifak hakları ve taşınmaz lehine irtifak hakları şeklinde incelenmektedir.⁸ Bir taşınmazda diğer bir taşınmaz lehine kurulan taşınmaz irtifakları, Kanunda mutlaka kişiye bağlı olarak kurulmaları öngörülenler haricinde kalan irtifaklardır.⁹ Kişiye bağlı irtifaklar ise kişiye ayrılmaz bir biçimde bağlanan ve mirasçılara geçmeyen irtifaklardır. TMK sadece iki irtifakın kişiye bağlı olarak kurulabileceğini öngörmüştür. Söz konusu bu irtifaklar; oturma hakkı ve intifa hakkıdır.

¹ Bundan sonra "TMK" şeklinde kullanılacaktır.

² Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2004, s.579.

³ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 579.

⁴ Nur İnce Akman/ Bahar Öcal Apaydın, "İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin İncelenmesi", C. XVIII, S. 2, 2021, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 824.

⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 579.

⁶ Mustafa Reşit Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu, II. Cilt, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002 s. 56.

⁷ Arif Barış Özbilen, "İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi", C. 77, S.2, 2019, İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 478.

⁸ Bahar Öcal Apaydın, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz lehine İrtifak Hakları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2013, s. 7.

⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 596.

Eşya hukukunda oldukça önemli bir yer işgal eden intifa hakkı, vergi hukuku bakımından da oldukça önemlidir. Zira Türk vergi sistemi kapsamında intifa hakkının verginin konusunu oluşturduğu düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak vergi idaresi, söz konusu bu düzenlemelere aykırılık teşkil eden özelgeler vermekte ve yükümlüler aleyhine haksız tarhiyatlar yapmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada öncelikle intifa hakkı bakımından bazı bilgilere yer verilecek, daha sonra intifa hakkının vergilendirilmesi ile ilgili düzenlemeler incelenecek ve vergi idaresi yaklaşımının neden söz konusu bu düzenlemelere aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmaya ve olması gereken bakımından da düşüncemiz aktarılmaya çalışılacaktır.

I. İNTİFA HAKKI KAVRAMI

A. GENEL OLARAK İNTİFA HAKKI

Intifa hakkı, TMK'nın 794 ila 822. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu bu hak, "*başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkânı sağlayan bir irtifak hakkı türüdür*"¹⁰. Bu nedenle intifa hakkı, buna kaynak olan hukuk ilişkisinin düzenlenmesi sırasında taraflarca aksi bir şart kararlaştırılmış olmadıkça hakkın konusu olan şeyden tam yararlanma ve sınırsız bir faydalanma hakkı sağlamakta¹¹ ve böylece mülkiyet hakkından sonra hak sahibine en geniş yetki veren sınırlı aynı hak olmaktadır.¹²

Intifa hakkı kişiye bağlı bir irtifak olarak ancak bir kişi lehine kurulabilmektedir. Lehine intifa hakkı kurulan kişi bir veya birden fazla olabileceği gibi bir tüzel kişilik lehine de intifa hakkı kurulabilmektedir.

Intifa hakkının başkasına devri mümkün değildir. Ancak bu hak devredilememekle birlikte; intifa hakkının sahibi, bu hakkın kullanımını bir başkasına devredebilir¹³. Ancak TMK'nın 806. maddesi uyarınca sözleşmede aksine hüküm bulunması veya intifa hakkının, hak sahibince şahsen kullanımının gerektiği durumlarda hakkın kullanımın devri mümkün olmamaktadır. Intifa hakkının kullanımının devri kural olarak mümkün olmakla birlikte bu tür bir devir, aynı bir hak doğurmaz. Bu nedenle de

¹⁰ Yargıtay 14. HD, E:2013/7014093, K:2014/1510, T:06.02.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t: 15.05.2024). Yine bu hak, sahibine bu hakkının konusu üzerinde istimal (kullanma) ve istifade (yararlanma) yetkileri veren, başkasına temlik edilemeyen ve hakiki veya tüzel kişiye ait olabilen bir aynı haktır.

¹¹ Yargıtay 14. HD, E:2015/5127, K: 2015/5771, T:25.05.2015(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t: 15.05.2024)

¹² Zehra Gizem Ateş, "Eşya Üzerinde Kurulan İntifa Hakkının Konusunda Meydana Gelen Değişikliklere Dayalı Sonuçlar", C.31, S.2, 2023, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 909.

¹³ Antalya O. Gökhan, Giriş Temel Kavram ve İlkeler, Eşya Hukuku, Cilt: IV/1, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 115, Antalya O Gökhan(edr); Özen Burak, Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, 2008, İstanbul, s. 293.

intifa hakkının kullanımının devri, sadece intifa hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasında bir borç doğurur¹⁴. Ancak TMK'nın 806. maddesi uyarınca malik haklarını intifa hakkının kullanımını devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilecektir.

İntifa hakkı, sağlar arası bir hukuki işlemle kazanılabilir. Yine bu hakkın, malikin ölümüne bağlı bir tasarrufu ile de kazanılması mümkünken;¹⁵ intifa hakkının devir yoluyla kazanılması mümkün değildir. Ayrıca intifa hakkı takip işlemlerine de konu olamaz¹⁶.

Belirlenen sürenin dolması, hakkın konusunun yok olması, hak sahibinin ölümü veya kişiliğinin sona ermesi, kamulaştırma,¹⁷ terkin ve mahkeme kararı ile intifa hakkı sona ermektedir. Bu nedenlerden herhangi birinin ortaya çıkması durumunda intifa konusunu iade yükümlülüğü doğmaktadır.¹⁸

B. İNTİFA HAKKI VE KURU MÜLKİYET

İntifa hakkı, hak sahibine çok geniş yetkiler veren bir hak olmakla birlikte bu yetkiler arasında intifa konusu eşya, mal veya malvarlığı üzerinde hukuki tasarrufta bulunma yetkisi, bulunmamaktadır. Bu nedenle intifa hakkının kullanılması ile malik eşyanın veya hakkın öz değerini kendinde tutmakta diğer bir deyişle malik sadece kuru(çıplak) mülkiyet hakkına sahip olmakta ve intifa hakkı sahibi de özdeğere zarar verecek fiili tasarruflarda bulunmama yükümlülüğü altına girmektedir.¹⁹

II. İNTİFA HAKKININ VERGİLENDİRİLMESİ

A. GVK KAPSAMINDA İNTİFA HAKKI

GVK kapsamında intifa hakkı tesisi nedeniyle elde edilen bedelin vergilendirilmesi hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler ve bunlara ilişkin değerlendirme ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

¹⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 628.

¹⁵ Salih Polater, "İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi" C.8, S.2., 2018, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 43.

¹⁶ Mehmet Ayan, Eşya Hukuku: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.32.

¹⁷ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 798. maddesi uyarınca taşınmaz malikinin kamulaştırma bedelini aldığı bir durumda intifa hakkı kamulaştırma bedeli üzerinde devam edecektir. Bu konudaki detaylı açıklamalar için bakınız: Cihan Yaylak, "Kamulaştırmanın Sınırlı Aynı Haklara Etkisi", C.6, S.2, 2017, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 95.

¹⁸ İpek B. Aldemir Toprak, "İntifa Hakkının Sona Ermesi ve İade Yükümlülüğünün Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi" C.2, S.71., 2023, Adalet Dergisi, s. 918.

¹⁹ Oğuzman/ Seliçi/ Özdemir, s. 627, 629.

1. İntifa Hakkı Tesisi Karşılığında Elde Edilen Bedelin Gayrimenkul Sermaye İradı Olarak Değerlendirilmesi

GVK'nın 70. maddesinde gayrimenkul sermaye iradı, “*vakfın gelirinden hizmet karşılığı olmayarak alınan hisseler ile zirai faaliyete bilfiil iştirak etmeksizin sadece üründen pay alan arazi sahiplerinin gelirleri ile arazi, bina, maden suları, menba suları, madenler, taş ocakları, kum ve çakıl istihsal yerleri, tuğla ve kiremit harmanları, tuzlalar ve bunların mütemmim cüzleri ve teferruatı; voli mahalleri ve dalyanlar; gayrimenkullerin, ayrı olarak kiraya verilen mütemmim cüzleri ve teferruatı ile bilünum tesisatı, demirbaş eşyası ve döşemeleri; gayrimenkul olarak tescil edilen haklar; arama, işletme ve imtiyaz hakları ve ruhsatları, ihtira beratı, alameti farika, marka, ticaret unvanı, her türlü teknik resim, desen, model, plan ile sinema ve televizyon filmleri, ses ve görüntü bantları, sanayi ve ticaret ve bilim alanlarında elde edilmiş bir tecrübeye ait bilgilerle gizli bir formül veya bir imalat usulü üzerindeki kullanma hakkı veya kullanma imtiyazı gibi haklar ve bu hakların kullanılmasında için gerekli malzeme ve teçhizat bedelleri; telif hakları, gemi ve gemi payları ile bilünum motorlu tahmil ve tahliye vasıtaları; motorlu nakil ve cer vasıtaları, her türlü motorlu araç, makine ve tesisat ile bunların eklentilerinin sahipleri, mutasarrıfları, zilyedleri, irtifak ve intifa hakkı sahipleri ve kiracıları tarafından kiraya verilmesinden elde edilen gelir*” olarak tanımlanmıştır.

Söz konusu düzenlemeden de görüleceği üzere madde metninde zikredilen mal ve hakların intifa hakkı sahipleri tarafından kiraya verilmesi, gayrimenkul sermaye iradı olarak nitelendirilmiştir. Ancak vergi idaresi, anılan düzenlemeyi yanlış yorumlamakta ve intifa hakkı tesis edilmesi karşılığında elde edilen bedellerin gayrimenkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

“...Buna göre, söz konusu taşınmaz üzerinde ... A.Ş. adına tapu kütüğünde intifa hakkı tescil ettirilmesi karşılığında anılan şirket tarafından yapılacak ödemelerin, gayrimenkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesi gerekmektedir.”²⁰

Vergi idaresi, intifa hakkı tesis edilmesi karşılığında alınan bedelleri gayrimenkul sermaye iradı olarak değerlendiren yaklaşımını, “*intifa hakkı tesisinde satım akdinin en önemli unsuru olan mülkiyetin nakli*” söz konusu olmamakta sadece ilgili gayrimenkulü zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkileri belli süreyle sınırlı olarak kiracıya devredilmektedir. Dolayısıyla; kira akdi, kiralayanın kiracının ödediği veya ödeyeceği bir bedel mukabilinde bir şeyin veya bir hakkın kullanılmasını belli bir süre için kiracıya terk etmeyi taahhüt ve iltizam etmesi olarak tarif edilebileceğinden intifa hakkı tesisi işleminin de kiralama niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir.” şeklinde bir gerekçeye dayandırmaktadır.²¹

Vergi idaresi, intifa hakkı tesisi karşılığında elde edilen bedelin gayrimenkul sermaye iradı olarak değerlendiren bu yaklaşımı nedeniyle intifa hakkı tesisi karşılığında elde edilen bedeller bakımından verilecek

²⁰ Ankara Vergi Dairesi Başkanlığının B.07.1.GİB.4.06.16.01-2010-GVK-70-6-644 sayılı ve 20.10.2010 tarihli özelgesi. Aynı yönde verilmiş diğer bir özelge için bakınız: İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının B.07.1.GİB.4.34.17.01-KDV.10-2183 sayılı ve 20.07.2012 tarihli özelgesi;

²¹ Ankara Vergi Dairesi Başkanlığının B.07.1.GİB.4.06.16.01-2010-GVK-70-26-660 sayılı ve 22.08.2011 tarihli özelgesi.

beyannameye götürü gider usulünün dahi seçilebileceği sonucuna varmış²² hatta bedelsiz intifa hakkı tesis edilmesi durumunda GVK' nın 73. maddesi gereği emsal kira bedeli üzerinden yıllar itibarıyla ve GVK'nın 86. maddesinde belirtilen tutarlar dikkate alınarak geçmişe yönelik olarak beyan edilme zorunluluğunun olduğunu belirtmiştir.²³

Vergi idaresinin söz konusu bu yaklaşımına katılmak mümkün değildir. Zira daha önce de belirtildiği üzere intifa hakkı, mülkiyet hakkından sonra sahibine en geniş yetkiler veren mutlak haklar sınıfında yer alan sınırlı aynı bir hakken; intifa hakkı gibi kullanma veya yararlanma veya hem kullanma hem de yararlanma hakkının devri borcunu doğuran sözleşmeler arasında ve ücret karşılığında yapılan kira sözleşmesi,²⁴ nisbi haklar sınıflandırmasında ve şahsi haklar kategorisinde yer alır. Aynı haklar ile şahsi haklar arasında ise oldukça önemli farklar bulunmaktadır. Nitekim aynı haklar herkese karşı ileri sürülebilirken şahsi haklar, ilişkinin taraflarına karşı ileri sürülebilir; aynı hakkın herkes tarafından ihlali mümkünken şahsi haklarda ihlal, ancak hukuki ilişkinin tarafları arasında söz konusu olabilir; aynı hak sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya bir hak verdiği halde şahsi hak, hakkın mevzuu üzerinde borçlu vasıtasıyla tesis edilebilir; aynı haklarda bir değişiklik, aynı hakkın konusu olan şeyin hukuki mahiyetini değiştirirken, şahsi haklarda değişiklik, taraflar arasındaki hukuki ilişkide ortaya çıkar.²⁵ Söz konusu bu farklılıklar temelinde intifa hakkı tesisi ile kiralama işleminin kuruluşu, sona ermesi, tarafların hak ve yükümlülükleri, şekil şartları, sözleşmelere uygulanacak hükümler bakımından tamamen farklılıklar söz konusu olup;²⁶ kiralama işlemi ile intifa hakkı tesisinin aynı anlamda kullanılması mümkün değildir.

Bu sonuca GVK'nın 70. maddesinde yer verilen düzenlemenin lafzından ulaşmak da mümkündür. Söz konusu madde metninde yer verilen '*intifa hakkı sahipleri*' ifadesi, madde metninde zikredilen ve üzerinde intifa hakkı tesis edilen mal ve hakların intifa hakkı sahibi tarafından kiraya verilmesi durumunda gayrimenkul sermaye iradı oluşacağını düzenlemiştir ki intifa hakkı tesisi hem kullanma hem de yararlanma hakkı verdiği için üzerinde intifa hakkı tesis edilen bir gayrimenkulün kiraya verilmesi olası bir durumdur. Kaldı ki kanun koyucu intifa hakkı tesisi ile kiralamayı aynı şekilde nitelendirmiş olsa anılan madde metninde '*intifa hakkı sahipleri*' ile '*kiracıları*' ifadesini birlikte kullanmaya gerek duymazdı.

²² Samsun Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 13649056-120[74-2015/ÖZE-08]-6 sayı ve 21.01.2016 tarihli özelgesi.

²³ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın B.07.1.GİB.4.34.16.01-GVK 70-1437 sayı ve 26.08.2011 tarihli özelgesi.

²⁴ Ebu Ceylan/ Murat Doğan/ Şebnem Akipek Öcal vd., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.195.

²⁵ Erol Cansel/ Ali Naim İnan, "Aynı Hak Kavramı Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu", C.21, S.1,1964, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 352.

²⁶ Örneğin intifa hakkı tesisi bedelsiz de olabilirken kira sözleşmesinin ivazlı olması bir zorunluluk arz etmektedir. Zira kira bedeli kira sözleşmesinin objektif esaslı bir unsurdur. Bu nedenle sözleşme aşamasında kira bedelinin belirlenmemiş olması sözleşmenin kurulmamış olmasına neden olur.

İdarenin intifa hakkı tesisi karşılığında elde edilen bedelin gayrimenkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımı, 1982 Anayasası'nın 73. maddesinde teminat altına alınan vergilerin yasallığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira 1982 Anayasası her çeşit mali yükümlü yasa ile konulmasını öngörürken keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin yasa da yer alması amacını gütmüştür.²⁷ Bu bağlamda kıyas yolu ile yorum yapılması bu ilkeyi ve hukuki güvenlik ilkesini zedelemektedir.²⁸ Oysaki hukuki güvenlik ilkesinin bir yansıması olan genişletici yorum yasağı, kıyas yasağını zorunlu hale getirmekte²⁹ ve bu yasağa uyulmaması yasama fonksiyonunun gaspı sonucunu doğurmaktadır.³⁰ Bu nedenle yasa da açıkça gayrimenkul sermaye iradı olarak zikredilmeyen intifa hakkı tesisi karşılığında elde edilen bedelin gayrimenkul sermaye iradı olarak değerlendirilmesi ve bu yönde yükümlüler hakkında tarhiyat yapılması mümkün değildir.

a. Üzerinde İntifa Hakkı Tesis Edilen Mal ve Hakların Lehine İntifa Hakkı Tesis Edilen Kişi Tarafından Kiraya Verilmesi

Üzerinde intifa hakkı tesis edilen ve GVK'nın 70. maddesinde zikredilen bazı mal ve haklarda, intifa hakkı sahibi, kullanım hakkını bir başkasına bırakabilir. Örneğin üzerinde intifa hakkı tesis edilen bir arazi, intifa hakkı sahibi tarafından kiraya verilebilir. Zira TMK'nın 806. maddesinde, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa, intifa hakkı kullanımının başkasına bırakılabileceği düzenleme altına alınmıştır.

İntifa hakkı sahibinin Kanun metninde zikredilen mal ve hakları bir başkasına kiraladığı bu gibi durumlarda GVK'nın 70. maddesinde zikredilen mal ve hakların intifa hakkı sahipleri tarafından kiraya verilmesi gayrimenkul sermaye iradı olarak tanımlandığı için bu kiralama işleminde elde edilen gelir, elbette gayrimenkul sermaye iradı olacak ve GVK kapsamında vergiye tabi olacaktır.

2. Taşınmazlar Üzerinde Bir Bedel Karşılığı İntifa Hakkı Tesisinin Satış olarak Değerlendirilmesi

Bir taşınmazda bedel karşılığı intifa hakkı tesisi işleminin satış işlemi olduğu şeklinde bir fikir oluşabilir. Zira bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesisi kiralama olarak değerlendirilmeyecekse bu işlem, satış işlemi olarak görülebilecek ve böylece elde edilen gelir, GVK kapsamında

²⁷ Selim Kaneti, Vergi Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986/1987, s. 34.

²⁸ Mualla Öncel/ Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan vd., Vergi Hukuku, 31. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.34.

²⁹ Murat Batı, Vergi Hukuku, 3. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.135.

³⁰ 143 Seri No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde bu duruma ilişkin açıklamalar yapılmış ve kanun hükümlerinin kanuna hâkim olan hukuki düşüncenin sınırlarını aşacak şekilde genişletilerek yorumlanmaması ve kıyas yolu ile başka hadislere teşmil edilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

vergilendirilebilecek midir? Bu soruya cevap verebilmek için taşınmaz satış sözleşmesine ilişkin açıklama yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

a. Taşınmaz Satış Sözleşmesi

Satış sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun³¹ 207 ila 281. maddeleri arasında düzenlenirken; taşınmaz satış sözleşmesi, TBK'nın 237 ila 246. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde taşınmaz satış sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Ancak söz konusu bu sözleşme, öğretide "*Alıcının bedel ödemeyi üstlendiği, satıcının ise arazi tapu kütüğünde ayrı bağımsız sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli bir hakkı ya da Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 13. maddesi gereğince kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bir bölümün zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği bir sözleşme*" olarak tanımlanmıştır.³²

Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir taşınmaz satış sözleşmesinden bahsedebilmek için satış sözleşmesinin konusu bir taşınmaz mal olmalıdır. Taşınmaz mal ise TMK'nın 704. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, taşınmaza ilişkin bir tanım yapılmamış olmakla birlikte taşınmaz mülkiyetinin konusu belirlenmiştir. Buna göre arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler, taşınmazın konusunu oluşturacaktır.

Taşınmaz satış sözleşmesi mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşmedir. Bu sözleşmede alıcının borcu, satılanın bedelini ödemektir. Bu bedelin belirlenebilir olması yeterli olmayıp belirli olması gerekmektedir.³³ Bu nedenle alıcının bedel ödeme borcunun olmadığı bir sözleşme satış değil bağışlama sözleşmesi olacaktır.

b. İntifa Hakkı Tesis Karşılığında Alınan Bedelin Satış Bedeli Olup Olmadığına İlişkin Görüşümüz

Bedel karşılığı intifa hakkı tesisine ilişkin bir işlemin satış işlemi olarak değerlendirilmeyeceğini düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin gerekçesi aşağıdaki şekildedir.

aa. Bir Taşınmaz Üzerinde İntifa Hakkı Tesis Edilmesi Durumunda Mülkiyet Alıcıya Geçmez

Yukarıda da belirtildiği üzere satış sözleşmesi mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşmedir. Bu nedenle satış sözleşmesine konu olan taşınmazın mülkiyeti alıcıya geçmektedir. Bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı tesis edildiğinde ise mülkiyet alıcıya geçmemekte ve taşınmaz malikinde kalmaya devam etmektedir. Bu nedenle daha önce de belirtildiği üzere

³¹ Bundan sonra 'TBK' şeklinde kullanılacaktır.

³² Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 177; Selin Sert Sütçü, "Özel Borç İlişkileri, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.111, Turgut Öz(edr).

³³ Sütçü, s. 111.

lehine intifa hakkı tesis edilen kişinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda bu kişinin taşınmazı başkasına devretme veya taşınmaz üzerinde sınırlı bir aynı hak kurma yetkisi bulunmamakta ancak taşınmazdan faydalanma hakkı bulunmaktadır.

bb. İntifa Hakkı TMK Uyarınca Bir Taşınmaz Niteliğini Haiz Olmadığından Taşınmaz Satışı Sözleşmesine Konu Olamaz

Bir taşınmaz satışı sözleşmesine ancak bir taşınmaz konu olabilir. TMK'nın 704. maddesinde ise taşınmaz mülkiyetinin konusu, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler olarak belirlenmiştir.³⁴

İntifa hakkı tesisi işleminin satış olarak değerlendirilmesi için anılan Kanun metninde zikredilen arazi veya kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölüm veya tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli bir hak niteliğinde olması gerekmektedir. İntifa hakkının arazi veya kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölüm niteliğini haiz olmadığı izahıtan varestedir. Burada irdelenmesi gereken husus, intifa hakkının tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli bir hak olup olmadığıdır. Bu incelemenin yapılabilmesi için ise bağımsız ve sürekli hak kavramlarının açıklanması ihtiyacı bulunmaktadır.

aaa. Tapu Kütüğünde Ayrı Sayfaya Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Hak Kavramı

TMK'da bağımsız ve sürekli hak başlığı altında bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak anılan Kanun'un 998. maddesinde "*Bağımsız ve sürekli hakların kaydedilmesi için gerekli koşullar ve usul Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir. Süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için hakkın süresiz veya en az otuz yıl süreli olması gerekir.*" düzenlemesine yer verilmiştir.

Tapu Sicili Tüzüğü'nün 10. maddesinde de "*Süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan ve izne tâbi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları, hak sahibinin yazılı istemi üzerine tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak tescil edilir.*"

Tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli haklar, üçüncü kişilere devredilebilir, mirasçılara geçebilir ve üzerinde her türlü aynı veya kişisel hak kurulabilir." düzenlemesine yer verilerek bir hakkın bağımsız veya sürekli olması hususu, açıklamaya kavuşturulmuştur.

Söz konusu bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere bir hakkın bağımsız olarak nitelendirilebilmesi için üçüncü kişilere devredilebilmesi,

³⁴ 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin "5.6.2.2.1 "Taşınmazlar" başlıklı bölümünde de taşınmazların, Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz olarak tanımlanan ve esas niteliği bakımından bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olmayan dolayısıyla yerinde sabit olan mallar olduğu ve bu niteliğe haiz taşınmazların ise Türk Medeni Kanunu'nda arazi, tapu siciline ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olduğu belirtilmiştir.

mirasçılara geçebilmesi ve üzerinde her türlü aynı veya kişisel hakkın kurulabilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda intifa hakkının bağımsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira intifa hakkı zorunlu olarak hak sahibine ayrılmaz bir biçimde bağlanmakta ve devri veya mirasçılara intikali söz konusu olmamaktadır. İntifa hakkının bu özelliği emredici nitelikte olup aksi bir yönde sözleşme kurulması mümkün değildir.³⁵

İntifa hakkı, daimî olarak kurulması mümkün olmayan diğer bir deyişle süresiz olarak tesis edilemeyen bir irtifak hakkıdır. Bu nedenle belli bir süre için kurulabilir.³⁶ Tüzel kişiler lehine kurulan intifa hakkında azami süre, TMK'nın 797. maddesi uyarınca yüz yıl olarak belirlenmişken; gerçek kişilerde süre hak sahibinin ölümü ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle intifa hakkı otuz yılı aşkın bir süre için tesis edilebilir. Böyle bir durumda ise hakkın sürekli olduğu ve bu nedenle tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebileceği düşüncesi oluşabilirse de bu mümkün değildir. Zira hakkın sadece *bağımsız* veya sadece *sürekli* olması tek başına yeterli olmamakta; her iki özelliğin de bir arada bulunması gerekmektedir.

Yapılan bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere intifa hakkı bağımsız ve sürekli bir irtifak niteliğini haiz değildir. Bu nedenle bir satış sözleşmesine de konu olması mümkün değildir.

cc. İntifa Hakkı Tesisinin Bir Bedel Karşılığında Yapılma Zorunluluğu Bulunmaz

Satış sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından biri, satış işleminin bir bedel karşılığında yapılması ve bu bedelin belirli olmasıdır. Aksi bir durumda satış değil; bir bağışlama işlemi söz konusu olacaktır. Oysa intifa hakkı tesisine ilişkin bir işlemde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Zira intifa hakkı tesisi bir bedel karşılığında yapılabileceği gibi bedelsiz olarak da yapılabilmektedir.

3. İntifa Hakkı Tesisi Karşılığında Elde Edilen Bedelin Değer Artış Kazançları Kapsamında Vergilendirilmesi

GVK'nın 80. maddesinde “*Gelire giren diğer kazanç ve iratlar*” başlığı altında değer artış kazançları ve arızı kazançlar olmak üzere iki farklı gelir unsuruna yer verilmiştir. Söz konusu bu kazançlardan biri olan arızı kazançlar, GVK'nın 82. maddesinde belirtilen ve yapılması devamlılık arz etmeyen faaliyetlerden elde edilen kazançlar olarak belirlenmişken; değer artış kazançları ise GVK'nın Mükerrer 80. maddesinde zikredilen mal ve hakların elden çıkarılması sonucunda sağlanan kazançlar olarak düzenlenmiştir.³⁷ Söz konusu maddenin devamında ‘elden çıkarma’ deyimine açıklık getirilerek bu ifadenin madde metninde zikredilen mal ve hakların satılması, bir ivaz karşılığında devir ve temlik, trampa edilmesi,

³⁵ Toprak, s. 921.

³⁶ Toprak, s. 928.

³⁷ Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Beyanname Düzenleme Kılavuzu: Gelir Vergisi Kanunu, Acar Basım, İstanbul, 2022, s. 447.

takası, kamulaştırılması, devletleştirilmesi ve ticaret şirketlerine sermaye olarak konulmasını ifade ettiği düzenleme altına alınmıştır.

Anılan madde metninde değer artış kazancı kapsamında vergilendirilmesi öngörülen kazançlardan biri, ivazsız iktisap edilenler hariç iktisap şekli ne olursa olsun GVK'nın 70. maddesinin birinci fıkrasının (1), (2), (4) ve (7) numaralı bentlerinde yazılı mal ve hakların, iktisap tarihinden başlayarak beş yıl içinde elden çıkarılmasından doğan kazançlardır. Beş yıl içinde elden çıkarılması durumunda değer artış kazancı olarak vergilendirilen bu mal ve haklar; arazi, bina, maden suları, menba suları, madenler, taş ocakları, kum ve çakıl istihsal yerleri, tuğla ve kiremit harmanları, tuzlalar ve bunların mütemmim cüzleri ve teferruatı, voli mahalleri ve dalyanlar, gayrimenkul olarak tescil edilen haklar, gemi ve gemi payları ile bilumum motorlu tahmil ve tahliye vasıtalarıdır.

Öğretide intifa hakkının bağımsız ve sürekli bir hak olduğundan gayrimenkul olarak tescil edildiği ve intifa hakkı tesisleriyle birlikte malikin kullanma ve tasarruf etme, yararlanma gibi haklarından birini devrettiği ve bu durumun da elden çıkarma deyimi kapsamında kaldığı belirtilmektedir.³⁸ Söz konusu bu görüşe katılmamaktayız. Öncelikle bir intifa hakkı tesisinde tasarruf hakkı kendinde kalan malik, her ne kadar faydalanma hakkını, lehine intifa hakkı tesis edilen kişiye bıraksa da bu durumun intifa hakkının devri olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla 'elden çıkarma' kapsamında görülmesi mümkün değildir. Zira intifa hakkı, hak sahibine ayrılmaz bir biçimde bağlıdır ve bu nedenle devredilmesi veya mirasçılara intikali söz konusu değildir. Yine bu hak, daha önce de belirttiğimiz üzere bağımsız ve sürekli bir hak niteliğini haiz olmadığından gayrimenkul olarak tescil edilmesi de mümkün değildir.³⁹ Bu bağlamda lehine intifa hakkı tesis karşılığında elde edilen bedelin değer artış kazancı kapsamında vergilendirilmesi mümkün olmayıp aksi bir yorum vergilerin yasallığı ilkesini zedeleyecektir. Zira vergilerin yasallığı ilkesi, hem vergilerin genel nesnel işlemlerle ihdas edilmesini hem de vergi tarh ve tahsil işlemlerinin vergi yasaları ile düzenlenip yine bu yasalara uygun ve doğru bir biçimde yapılmasını zorunlu kılmaktadır.⁴⁰

B. KVK KAPSAMINDA İNTİFA HAKKI

Kurumlar, aktifine kayıtlı bir mal veya hak üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi nedeniyle bir bedel elde edebilir. Bir kurumun, lehine intifa hakkı tesis edilen bir mal veya hak üzerindeki intifa hakkının kullanımını bir başka

³⁸ Mehmet Ali Alp, "Gerçek Kişilerin Sahip Olduğu Taşınmazlar Üzerinde İntifa Hakkı Tesisinin Gelir Vergisi Açısından Durumu" C.35., S.282, 2012, Vergi Sorunları Dergisi.

³⁹ Daha önce aynı yönde ileri sürülen görüşler için bakınız: Harika Şahin, Ülkemizde İntifa Hakkının Vergilendirilmesi ve Değerlendirilmesi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi İstanbul, 2018, s. 94; Şenol TURUT, İntifa Hakkının Tesis ve Kullandırılmasından Sağlanan Kazançların Vergilendirilmesi, S. 34, 2006, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi s. 26.

⁴⁰ Gülşen Güneş, Vergilerin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.134.

kişiyi bırakma karşılığında bir bedel elde etmesi de olası bir durumdur. Bu durumlar, KVK bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

1. Kurumun Aktifine Kayıtlı Bir Mal veya Hak Üzerinde İntifa Hakkı Tesisi Karşılığında Bir Bedel Elde Etmesi

KVK'nın 1. maddesinde, kurum kazancının gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluşacağı düzenleme altına alınmıştır. Yine aynı Kanun'un 6. maddesinde, kurumlar vergisinin, mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı ve safi kurum kazancının tespitinde de GVK'nın ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Vergi idaresi, söz konusu düzenlemelere dayanarak; kurumlar vergisi mükelleflerinin kurum aktifine kayıtlı bazı mal ve haklar üzerinde intifa hakkı tesisi karşılığında bir bedel ettiği durumlarda bir kiralama işleminin söz konusu olduğunu belirtmiştir.⁴¹ Öğretide de aynı yönde görüş bulunmaktadır.⁴²

Vergi idaresinin ve öğretinin bu görüşüne katılmamaktayız. Şöyle ki; daha önce de belirtildiği üzere KVK'nın 1. maddesine göre; kurum kazancı, gelir vergisinin konusuna giren kazanç ve iratlardan oluşur. GVK'nın 2. maddesinde ise gelire giren kazanç ve iratlar; ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları ve diğer kazanç ve iratlar şeklinde düzenlenmiştir. Kurum kazancının gelir vergisinin konusuna giren kazanç ve iratlardan oluşacağını belirleyen düzenleme gereğince; bir kazanç veya iradın KVK kapsamında vergilendirilebilmesi için GVK'nın 2. maddesinde zikredilen yedi gelir grubundan birinin kapsamında bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda GVK kapsamında vergilendirilemeyecek bir kazanç veya irat, KVK kapsamında da kurum kazancı olarak nitelendirilemeyecek ve böylece kurumlar vergisine tabi olmayacaktır.

Bir kurumun intifa hakkı tesisi karşılığında elde ettiği kazancın, ticari kazanç, zirai kazanç, ücret, serbest meslek kazancı ve menkul sermaye iradı kapsamında olmadığı izahtan varestedir.⁴³ Yine bu kazancın, GVK kapsamında yaptığımız açıklamalar gereğince gayrimenkul sermaye iradı veya değer artış kazancı niteliğinde olması da mümkün değildir. Bu nedenle GVK'nın 1. maddesinde zikredilen yedi gelir unsuru kapsamında vergilendirilmesi mümkün olmayan intifa hakkı tesisi karşılığında elde edilen bedelin, KVK'nın 1. maddesi uyarınca da vergilendirilmesi mümkün değildir. Aksi bir yaklaşım vergilerin yasallığı ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

⁴¹ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının B.07.1.GİB.4.34.17.01-KDV.10-2183 sayı ve 20.07.2012 tarihli özelgesi.

⁴² Orhan Pala, "Taşınmaz Üzerinde Gerçekleştirilen İntifa Hakkı Tesisi Karşılığında Elde Edilen Gelirin Niteliği ve Beyanı: Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Resmi İnternet Sitesi'nde Yer Alan İki Zıt Özelge", S.365, 2012, Vergi Dünyası, s. 110.

⁴³ GVK'nın 6. maddesi, safi kurum kazancının tespitinde, GVK'nın ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağını ihtiva etmektedir. Söz konusu bu düzenleme, kurum kazancının ticari kazanç niteliğinde olduğunu belirtmemekte sadece ticari kazanç gibi hesaplanacağını belirtmektedir.

2. Kurum Lehine Üzerinde İntifa Hakkı Tesis Edilen Bir Mal veya Hak Üzerindeki İntifa Hakkı Kullanımının Bir Başka Kişiyeye Bırakılması Yoluyla Bir Bedel Elde Edilmesi

Bir kurum, lehine intifa hakkı tesis edilen bir mal veya hak üzerindeki kullanım hakkını bir başka kişiye bırakabilir. Örneğin üzerinde lehine intifa hakkı tesis edilen bir taşınmazı, bir başka kişiye kiralayabilir. Böyle bir durumda devredilen intifa hakkının kendisi değil, bu hakkın kullanımının bir başkasına bırakılmasıdır. Bu gibi durumlarda elde edilen kazanç, GVK'nın 70. maddesi gereğince gayrimenkul sermaye iradı niteliğindedir. Bu nedenle bu kazanç GVK'nın 1. maddesi gereğince kurum kazancı olacak ancak anılan Kanun'un 6. maddesinde yer verilen "*Safi kurum kazancının tespitiinde, Gelir Vergisi Kanunu'nun ticarî kazanç hakkındaki hükümleri uygulanır.*" düzenlemesi gereğince safi kazancın tespiti aşamasında, GVK'nın ticari kazanç hakkındaki hükümleri dikkate alınacaktır.

C. VİVK KAPSAMINDA İNTİFA HAKKI

Servet vergilerinin en tipik vergilerinden biri olan veraset ve intikal vergisi, ülkemizde ilk defa 797 sayılı Kanun⁴⁴ ile tesis edilmiş ve 1 Haziran 1926 yılında tatbik edilmeye başlanmıştır⁴⁵. Söz konusu bu vergi, hisse miktarlarını ve akrabalık derecelerini göz önünde tutan artan oranlı bir vergidir⁴⁶. 797 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "*Gerek veraset ve vasiyet ve hibe tarikle gerek bilâbedel herhangi bir tarzda hakiki veya hükmi bir şahıstan diğerine intikal eden menkul ve gayrimenkul bilcümle emval işbu kanun mucibince vergiye tâbidir...*" düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere ilk Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nda intifa hakkına ilişkin açık bir ifade bulunmamaktadır. Daha sonra 1357 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun⁴⁷ ile 797 sayılı Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu bu değişikliklerde de intifa hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

797 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, Medeni Kanun yürürlüğe girmeden önce hazırlandığı için Medeni Kanun'un mirasa ilişkin hükümlerine uyum sağlamamıştır. Bu nedenle 1836 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Hakkındaki Kanunun Bazı Maddelerinin Tadiline ve Bazılarının İlgasına Dair Kanun⁴⁸ ile 797 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nda büyük değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin temel amacı özellikle 743

⁴⁴ RG, 17.04.1926, S. 348.

⁴⁵ Bilinen en eski veraset vergisine, Milattan önce yedinci yüzyılda Mısır'da Ptolemy'ler devrinde rastlanırken; daha geliştirilmiş veraset vergisi, Roma'da İmparator Augustus devrinde uygulanmıştır. Usul ve furuun muaf tutulduğu Roma Veraset Vergisi, önceleri sadece vatandaşlardan alınırken; daha sonra imparatorluğun bütün hür sakinlerine teşmil ettirilmiştir. Bakınız: Sadun Aren, Veraset Vergisi Üzerine Bir Deneme, Güney Matbaacılık Ankara, 1952, s. 16.

⁴⁶ Aren, s. 22.

⁴⁷ RG, 26.11.1928, S.1050.

⁴⁸ RG, 16.7-12.08.1931, S. 1831-1871.

sayılı Türk Kanunu Medenisi⁴⁹ ile gerekli uyumu sağlamaktır. Özellikle 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 442. maddesinde yer verilen⁵⁰ ve dördüncü zümre mirasçılarının kanuni intifa hakkını kabul eden düzenleme ile 444. maddesinde yer verilen⁵¹ ve eşin kanuni intifa hakkını kabul eden düzenleme, 797 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nda değişiklik yapmayı zorunlu hale getirmiştir. Nitekim bu durum, TBMM 38 nolu Komisyon Raporunda “...veraset ve intikal vergisi kanunu, kanunu medeniden evvel kabul edilmiş olduğundan, bu vergiye ait hükümler bilâhare mevki mer'iyete giren kanunu medenî hükümleri ile de hemahenk bulunmamıştır. Bu ahenksizlik bilhassa karabet derecelerinde, mirastan mütevellit intifa haklarının vergiye sureti tabiiyetinde sarih bir tearuz ve haksızlık tevilit etmektedir.” şeklinde ifade edilmiştir.⁵²

Söz konusu bu değişiklikler sonucunda 797 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 1. maddesi “Gerek veraset ve vasiyet tarikile gerek bedelsiz herhangi bir tarzda ivazsız olarak hakiki veya hükmi bir şahıstan diğerine intikal eden menkul ve gayrimenkul umum emval ile veraset veya vasiyet suretile vaki intifaa hakları ve kanunlarına göre tescile tabi bütün hukuk ve menafi bu kanun mucibince veraset ve intikal vergisine tabidir.” şeklinde değiştirilmiştir.⁵³

⁴⁹ RG 04.04.1926, S. 339.

⁵⁰ İlgili düzenleme “Müteffanın son derecedeki kan mirasçıları, büyük babalar ve büyük analar ile onların fûrularıdır. Şu kadar ki büyük babalar ve büyük anaların baba ve analarından her biri, kendi fûruları müteffanın vefatında sağ bulursa idiler onlara ne hisse isabet edecek idise o hissenin intifa hakkına nail olurlar. intifa hakkına malik olan kimse, müteffadan evvel vefat etmiş bulunur ise bu hak, müteffanın büyük baba ve büyük analarının erkek ve kız kardeşlerine intikal eder.” Şeklinde dir.

⁵¹ İlgili düzenleme “Müteffanın karı veya kocası, furu ile içtima ettikte muhayyerdir. Dilerse terekeden yarısının intifa hakkını, dilerse dörtte birinin mülkiyetini alır. Müteffanın babası anası veya bunların furuile içtima eden karı veya koca, mirastan dörtte birin mülkiyeti ile beraber yarısının intifa hakkına; ve büyük babaları büyük anaları veya bunların fûruları ile içtima eden karı veya koca, terekeden yarısının mülkiyeti ile beraber dörtte birinin intifa hakkına ve bunlarda yok ise bütün mirasın mülkiyetine sahip olur.” Şeklinde dir.

⁵² TBMM <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c002/tbmm04002017ss0038.pdf> (e.t: 20.05.2024).

⁵³ Söz konusu bu değişikliğine ilişkin olarak 38 no'lu Komisyon raporunda “bir şahıstan diğerine ivazsız olarak herhangi bir suretle intikal eden mülkiyet hakkile nakit ile kabili temsil olan diğer her nevi hukuk ve menafiin vergi mevzuuna ir hali istihdaf edilmiştir. Ancak bu hukuk ve menafi tabirine çok vasi bir mana verilerek esasen vergi mevzuuna dahil olması maksut olmıyan ve takip ve tahkikında da müşkülât görülen ariyetler gibi bazı haklar ve menfaatlar bu mevzudan hariç bırakılmak üzere (kanunlarına göre tescile tabi kaydının ilâvesine lüzum görülmüştür. Verasettarikile vaki intifa hakları da bu hukuk ve menafiin aksamından madut ise de kanunu medeninin 719 uncu maddesi mucibince kanuni intifalar, tapu siciline kaydedilmemiş olsa bile ona muttali olanlara karşı dermeyan edilebilmesine ve menkul süs etmesine nazaran bu suretle vaki intifa hakfa edecek kimseye teslimi ve alacağın devrile teessüs etmesine nazaran bu suretle vaki intifa hakları (tescil) kaydının şumulünden ihraç edilebilmek için ayrıca tasrih olunmuştur⁵³.” şeklinde bir ifade yer almıştır. Bakınız: TBMM <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c002/tbmm04002017ss0038.pdf> (e.t:20.5.2024).

Değiştirilen yeni düzenleme sonrasında, intifa haklarıyla tescile tabi diğer haklar, ancak veraset veya vasiyet yoluyla intikal ederse vergilendirilebilir hale gelmiştir. Bu durum, anılan düzenlemede net bir şekilde belirtilmemişse⁵⁴ de Veraset ve İntikal Vergisi Nizamnamesi'nin⁵⁵ 1. maddesinin ikinci fıkrasında veraset ve vasiyet tarikile intikal eden intifa haklarının nizamname hükümlerine tabi olduğu belirtildikten sonra Nizamnamenin 5. maddesinde⁵⁶ Nizamname 'ye tabi intifa hakları açıklanmıştır. Buna göre “veraset tarikile vaki olan intifa haklarının, Medeni Kanun'un 442. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile 444. maddesinde yer verilen intifa hakları olduğu, vasiyet tariki ile vaki olan intifa haklarının ise vasiyet şekillerinden biriyle oluşturulan intifa hakları olduğu belirlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere o dönemde veraset ve intikal vergisine tabi olan intifa hakları, kanuni intifa hakları ile ölüme bağlı bir tasarrufla yapılan intifa haklarıdır. Bu bağlamda söz konusu düzenlemelerde kullanılan “*veraset tarikile*” ifadesi kanuni intifa hakları dışındaki intifa haklarının veraset yoluyla intikal edeceğini göstermemektedir.⁵⁷

1959 yılında kabul edilen ve hala yürürlükte bulunan VİVK ile verginin nispeti bakımından veraset ve vasiyet ayrımı kaldırılmış⁵⁸; Kanun'un birinci maddesinde, metnini genişletmemek amacıyla gayrimenkul, hak ve menfaat gibi kelimeler kullanılmayarak “mallar” tabirinin ifade ettiği mana da ikinci maddenin içine alınmış ve böylece VİVK'nin mevzuu, bir hakiki veya hükmi şahsın mamelekine girebilen her türlü menkul ve gayrimenkul umum emval ile intifa haklarını ve tescile tâbi olsun olmasın bütün hukuk menafii ihtiva eder şekle getirilmiştir.⁵⁹ Ayrıca

⁵⁴ Aren, s. 109.

⁵⁵ RG, 03.05.1931, S. 2088

⁵⁶ “Madde 5 — Birinci maddenin «2» numaralı fıkrasına dahil olan intifa hakları, veraset veya vasiyet tarikile vaki olur.

A-Veraset tarikile vaki olanlar:

Kanunu Medeninın miras faslında, kanunî mirasçılar tadat edilirken 442 inci maddesinin 2 ve 3 üncü fıkralarile 444 üncü maddelerinde mevzubahs intifa hakları, veraset tarikile vaki intifalardır.

B- Vasiyet tarikile vaki olanlar; Vasiyet eşkâlinin birile vukubulan intifa hakları bu kısma dahildir.

Gerek veraset gerek vasiyet tarikile intikal eden intifa hakları tecil edilmiş olsun olmasın bu vergiye tâbidir.”

⁵⁷ Nitekim anılan Komisyon Raporunda verginin nisbetine ilişkin 19 maddeyle⁵⁷ alakalı cümlelerde “*İntifa hakkı zata mahsus olduğu ve mirasçılara intikal edemeyeceği ve sahibinin vefatı ile bu hak çıplak mülkiyet sahiplerine rücu edeceği cihetle*” ifadesine yer verilmiştir.

⁵⁸ Söz konusu bu Kanun hakkındaki detaylı açıklamalar ve Kanun'un kabul edildiği döneme ilişkin özeller için bakınız: Yusuf Karakoç, Türk Miras Hukuku Açısından Veraset ve İntikal Vergisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İzmir, 1990; Mehmet Maç ve Tarık Jamali, Veraset Hibe ve Ölüm, Denet Yayınları, İstanbul, 1999.

⁵⁹ TBMM, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c009/tbmm11009078ss0315.pdf> (e.t: 03.05.2024).

kuru mülkiyet hali, anılan Kanun'un 4. maddesi ile istisna kapsamına alınmıştır⁶⁰. Ancak; kuru mülkiyetin tam mülkiyet haline dönüşmesi ihtimaline binaen⁶¹ “*bu halde kaldıkça...*” ibaresine madde metninde yer verilmiştir.⁶² Yine VİVK ile malların değerlerinin, Vergi Usul Kanunundaki hükümler dairesinde değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca 797 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'ndan farklı olarak bu Kanun, veraset suretiyle vaki intikallerde, verginin ne kadarının intifa hakkı sahibi ne kadarının da kuru mülkiyet sahibince ödeneceğini belirleyen düzenlemeye yer vermemiş bunun yerine VUK'un 296. maddesinde hem veraset hem de diğer suretlerle ivazsız ve bedelsiz bir tarzda intikal eden intifa haklarına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bu nedenle VUK'un 296. maddesi hem veraset (kanuni intifa hakkı) hem de diğer suretlerle bedelsiz bir şekilde elde edilen intifa hakları için uygulanabilir hale gelmiştir. Ancak 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanununun 83 üncü Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine, 3095 Sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna Bir Madde Eklenmesine, 2644 Sayılı Tapu Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun ile eşe mülkiyet hakkı yanında intifa hakkı da tanyan sistem uygulamada çeşitli sorunlara neden olduğu için kaldırılmış ve yine 4. zümre, mirasçı olmaktan çıkarılmıştır.⁶³ TMK, miras paylaşımında 3678 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikleri esas almış ve sağ kalan eşin intifa hakkını ve dördüncü zümrenin miras payını kabul etmiştir. Bu nedenle artık kanuni intifa hakkından ve dolayısıyla ölüm nedeniyle mirasçılardan intifa hakkına sahip olmasından bahsetmek mümkün değildir. Ancak buna rağmen vergi idaresi hatalı bir şekilde verdiği özgelelerde hala intifa hakkının mirasçılara geçeceği görüşüne yer veren özgelere vermektedir.

“Bu açıklamalar çerçevesinde, ve'in ölümü üzerine sahip oldukları intifa haklarının ilgili olduğu gayrimenkullerin kuru mülkiyet sahibi olan ve'a

⁶⁰ Söz konusu bu değişikliğin gerekçe olarak kuru mülkiyet sahibi adına tarh edilen verginin, intifa hakkı sahibinin vefatına veya bu hakkın herhangi bir suretle sona ermesine kadar ertelenmesi durumunun, mülkiyet hakkı sahibine düşen verginin takibi bakımından vergi dairesinin iş yükünü artırması ve yalnız kuru mülkiyete sahip olan bir kimsenin malî iktidarında veya diğer bir deyişle vergi ödeme gücünde değişiklik olmadığı ve intifa hakkı sahibinin ölümüne veya intifa hakkının herhangi bir suretle sona ermesine kadar bu değişikliğin gerçekleşmeyeceği gösterilmiştir. TBMM, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c009/tbmm11009078ss0315.pdf> (e.t:03.04.2024)

⁶¹ VİVK'nin çıplak mülkiyeti vergi kapsamı dışında tutan 4. maddesi, suistimale ve böylece vergi kaybına neden olduğu gerekçesi ile 2553 sayılı 7338 Sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değişikliğe uğramış ve 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 4. maddesinin ilgili fıkrası “*Sağlar arasında ivazsız bir tarzda vukubulan intikaller hariç olmak üzere kuru mülkiyet halinde intikal eden mallar (kuru mülkiyet halinde kaldığı müddetçe.)*” olarak düzenlenmiş ve böylece sağlar arası kuru mülkiyet intikali, verginin kapsamına alınmıştır.

⁶² Kuru mülkiyetin tam mülkiyet haline dönüşmesi, yeni bir iktisapmış gibi, beyan edilmesi gerekli bir intikal olarak nitelendirilmiştir.

⁶³ RG, 23.11.1990, S.20704.

intikali, ivazsız bir intikal olup, bu intikal nedeniyle veraset ve intikal vergisinin aranılması gerekmektedir."⁶⁴

İdarenin intifa hakkı intikali nedeniyle vergilendirme yapılması şeklindeki bu görüşüne katılmamaktayız. Zira intifa hakkı sahibinin ölümü ile intifa hakkı sona ermekte ve mirasçılara intikal etmemektedir. Bu nedenle bu gibi durumlarda intikal eden intifa hakkı değildir ve veraset ve intikal vergisine konu olması gereken tam mülkiyetin intikalidir.⁶⁵

Mülkiyet ve intifa hakkının ayrı ayrı ivazsız olarak iktisap edildiği durumlarda ise kuru mülkiyet sahibi ister mirasçı olsun ister olmasın intifa hakkının sona ermesi ile kuru mülkiyet tam mülkiyete dönüşeceğinden ve böylece kuru mülkiyet sahibi tarafından ivazsız bir iktisap söz konusu olacağından vergilendirme yapılması gerekecektir. Ancak daha önce tam mülkiyetine sahip olunan bir mal üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi nedeniyle tam mülkiyet kuru mülkiyete dönüşmüş ve daha sonra da intifa hakkı sahibinin ölümü veya başka bir sebeple intifa hakkı sona ermişse; böyle bir durumda veraset ve intikal vergisinin söz konusu olmaması gerekecektir.⁶⁶ Ancak idare böyle bir durumda da haksız bir şekilde intifa hakkının kuru mülkiyet sahibine devredildiği gerekçesiyle veraset ve intikal vergisinin söz konusu olduğunu⁶⁷ hatta intifa hakkı değerinin tespitinde kuru mülkiyet sahibinin yaşının esas alınması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁸

Vergi idaresinin özellikle ölüm ile birlikte intifa hakkının intikal edeceğine ilişkin yanlış uygulamasının temel sebebi, Türk Kanunu Medenisi'nden farklı olarak TMK'da ölüm ile birlikte söz konusu olan kanuni intifa hakkı bulunmamasına karşın VİVK'da ve yine bu Kanun'un yapmış olduğu atıf nedeniyle VUK'un veraset ve intikal vergisi kapsamında uygulanan hükümlerinde gerekli düzenlemelerin yapılmamasıdır. Elbette ki bu konuda, vergi idaresinin önüne gelen her olayda kendi lehine yorum yapmasının etkisi de oldukça fazladır.

⁶⁴ Gelir İdaresi Başkanlığının B.07.0.GEL.0.60/6000-2222/31305 sayı ve 15.07.2002 tarihli özelgesi. Aynı yöndeki diğer bir özelge için bakınız. Gelirler Genel Müdürlüğünün B.07.0.GEL.0.60/6000-2283 sayı ve 19.06.2003 tarihli özelgesi

⁶⁵ Burak Aslanpınar, Gayrimenkullerde Miras ve Bağışın Vergilendirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 134.

⁶⁶ İstanbul 5. BİM, E:2018/378, K: 2018/378, T: 10.04.2018(Lexpera.com) *"...tahakkuk ettirilen 43.019,85 TL veraset ve intikal vergisinin iptali istemiyle açılan davanın; intifa hakkı sahibinin ölümü, intifa hakkını sona erdiren bir neden olmakla birlikte ölüm halinde intifa hakkı miras yoluyla varislere intikal etmeyeceği gibi kuru mülkiyet sahibine ivazsız olarak devredildiğinden de bahsedilemeyecek olup davacının taşınmazları üzerinde intifa hakkı sahibi olan davacının annesi'in ölümü halinde, intifa hakkı kendiliğinden sona ereceği, tüm hak ve yükümlülükleriyle birlikte hukuk aleminden silineceği ve taşınmazların kuru mülkiyeti tam mülkiyete dönüşeceğinden ölüm nedeniyle intifa hakkının ivazsız olarak devredildiğinden bahisle ihtirazi kayıtla verilen beyan üzerine tahakkuk ettirilen veraset ve intikal vergisinde hukuka uyarlık bulunmadığı"*.

⁶⁷ Gelir İdaresi Başkanlığının B.07.1.GİB.0.60/6001-727 sayı ve 19.03.2009 tarihli özelgesi.

⁶⁸ Gelir İdaresi Başkanlığının 97895701-160[1-2012/5-1.4-4176]-855 sayı ve 14.06.2013 tarihli özelgesi.

SONUÇ

Eşya hukuku kapsamında oldukça önemli bir yer işgal eden ve sahibine başkasına ait bir eşya üzerinde tam yararlanma hakkı sağlayan intifa hakkına ilişkin düzenlemelere GVK, KVK, VİVK ve VUK başta olmak üzere birçok kanunda yer verilmiştir. Vergi idaresi, söz konusu bu düzenlemelere aykırı bir şekilde özeldeler vermekte ve mükellefler aleyhine tarhiyatlar yapmaktadır. Vergi idaresinin hatalı olduğunu düşündüğümüz bu yorumlarına katılmamaktayız. Şöyle ki;

Vergi idaresi, GVK kapsamında intifa hakkı tesisi karşılığında elde edilen bedeli gayrimenkul sermaye olarak nitelendirmektedir. Söz konusu bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira intifa hakkı, mülkiyet hakkından sonra sahibine en geniş yetkileri tanıyan sınırlı bir aynı hakken kira sözleşmesi, nisbi haklar sınıflandırmasında ve şahsi haklar kategorisinde yer almaktadır. Aynı haklar ile şahsi haklar arasında ise önemli farklılıklar söz konusudur. Bu nedenle vergi idaresi görüşünün aksine, işlemlerin kuruluşu, sona ermesi, tarafların hak ve yükümlülükleri, şekil şartları ve sözleşmelere uygulanacak hükümler bakımından tamamen farklılıkların söz konusu olduğu kiralama işlemi ile intifa hakkı tesisinin aynı anlamda kullanılması mümkün değildir.

GVK kapsamında intifa hakkı bakımından gayrimenkul sermaye iradı olarak vergilendirilebilecek tek husus, intifa hakkı sahibinin, intifa hakkı kullanımını bir başkasına bırakması durumudur ki böyle bir durumda da üzerinde intifa hakkı tesis edilen mal veya hakkın GVK'nın 70. maddesinde zikredilen mal ve haklardan olması gerekmektedir.

İntifa hakkı tesisi karşılığında elde edilen bedelin değer artış kazancı olduğu şeklindeki öğreti görüşüne de katılmamaktayız. Zira bir intifa hakkı tesisinde tasarruf hakkı kendinde kalan malik, her ne kadar faydalanma hakkını, lehine intifa hakkı tesis edilen kişiye bıraksa da bu durumun intifa hakkının devri olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla 'elden çıkarma' kapsamında görülmesi mümkün değildir. Çünkü intifa hakkı, hak sahibine ayrılmaz bir biçimde bağlıdır ve bu nedenle devredilmesi veya mirasçılara intikali söz konusu değildir. Yine bu hak, daha önce de belirttiğimiz üzere bağımsız ve sürekli bir hak niteliğini haiz olmadığından gayrimenkul olarak tescil edilmesi de mümkün değildir.

Vergi idaresi ve öğretinin görüşünün aksine kurumlarca intifa hakkı tesisi karşılığında elde edilen bedelin kurum kazancı olarak nitelendirilip KVK kapsamında vergilendirilmesi de mümkün değildir. Zira KVK'nın 1. maddesine göre; kurum kazancı, gelir vergisinin konusuna giren kazanç ve iratlardan oluşur. GVK'nın 2. maddesinde ise gelire giren kazanç ve iratlar; ticari kazançlar, zirai kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları ve diğer kazanç ve iratlar şeklinde düzenlenmiştir. Kurum kazancının gelir vergisinin konusuna giren kazanç ve iratlardan oluşacağını belirleyen düzenleme gereğince; bir kazanç veya iradın KVK kapsamında vergilendirilebilmesi için GVK'nın 2. maddesinde zikredilen yedi gelir unsurundan birinin kapsamında bulunması gerekmektedir. Yukarıda da detaylı bir şekilde izah edildiği üzere kurumların intifa hakkı tesisi karşılığında elde ettikleri kazançlar söz konusu gelir unsurlarından hiçbirinin kapsamına girmemektedir ve bu nedenle vergilendirilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle KVK kapsamında intifa

hakkı bakımından vergilendirilebilecek husus, bir kurum lehine tesis edilen intifa hakkı kullanımının, üzerinde intifa hakkı tesis edilen mal veya hakkın GVK'nın 70. maddesinde zikredilenlerden olması koşuluyla bir başkasına bırakılmasıdır ki böyle bir durumda da safi kurum kazancının tespiti bakımından KVK'nın 2. maddesi gereğince GVK'nın ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin esas alınması gerekmektedir.

Vergi idaresi, VİVK kapsamında da intifa hakkına ilişkin olarak vermiş olduğu özgelelerde hatalı olduğunu düşündüğümüz görüşlere yer vermekte ve mevcut düzenlemelere aykırı bir şekilde, bir ölüm durumunda intifa hakkının mirasçılara intikal edeceğini kabul etmektedir. Oysaki 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 4. zümre mirasçıları ile sağ kalan eşin kanuni intifa hakkını kabul eden düzenlemelerinde, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine, 818 Sayılı Borçlar Kanununun 83 üncü Maddesine Bir Fıkra Eklenmesine, 3095 Sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna Bir Madde Eklenmesine, 2644 Sayılı Tapu Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun ile değişiklik yapılarak 4. zümre mirasçı olmaktan çıkarılmış ve sağ kalan eşin kanuni intifa hakkı da kaldırılmıştır. TMK da miras paylaşımında 3678 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikleri esas almış ve sağ kalan eşin intifa hakkını ve dördüncü zümrenin miras payını kabul etmemiştir. Bu nedenle artık kanuni intifa hakkından ve dolayısıyla ölüm nedeniyle mirasçılara intifa hakkının intikal etmesinden bahsetmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda intikal eden intifa hakkı olmayıp kuru mülkiyetin tam mülkiyete dönüşmesi durumudur. Veraset ve intikal vergisi bakımından da bu gibi durumlarda her somut olay özelinde değerlendirilme yapılması ve buna göre veraset ve intikal vergisinin söz konusu olup olamayacağına karar verilmesi gerekmektedir.

Veraset ve intikal vergisi kapsamında hatalı olduğunu düşündüğümüz vergi idaresi uygulamasının temel nedeni, çok uzun zaman önce kanuni intifa hakkı müessesesinin kaldırılmasına karşın VİVK ve VUK gibi ilgili kanunlarda yapılan değişikliğe paralel düzenlemelerin yapılmamasıdır. Elbette ki vergi idaresinin önüne gelen her olayda hazineci bir yaklaşım sergilemesi de yapılan yanlışlığı oluşturan hususlardan bir diğeridir.

KAYNAKÇA

Akman İnce N / Öcal Apaydın B, “İsviçre ve Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Taşınmaz Lehine İrtifak Haklarının İçeriğinin İncelenmesi” C. XVIII, S. 2, 2021, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 813-842.

Alp M A, “Gerçek Kişilerin Sahip Olduğu Taşınmazlar Üzerinde İntifa Hakkı Tesisinin Gelir Vergisi Açısından Durumu” 2012, C.35, S. 282, Vergi Sorunları Dergisi.

Antalya O G, “Giriş Temel Kavram ve İlkeler”, Eşya Hukuku, Cilt: IV/1, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara, 2021, s. 115, Antalya O Gökhan(edr), ss. 47-186.

Apaydın Öcal B, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz lehine İrtifak Hakları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2013.

Aren S, Veraset Vergisi Üzerine Bir Deneme, Güney Matbaacılık, Ankara, 1952.

Aslanpınar B, Gayrimenkullerde Miras ve Bağışın Vergilendirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Ateş Gizem Z, “Eşya Üzerinde Kurulan İntifa Hakkının Konusunda Meydana Gelen Değişikliklere Dayalı Sonuçlar” C.31, S. 2, 2023, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ss. 907-948.

Batı M, Vergi Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Canarşlan G, “Tüketilebilen Eşya Üzerinde Kurulan Mülkiyet Hakkı” C. 14, S.1, 2019, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1-29.

Ceylan E/ Doğan M/Akipek Öcal Ş/ Özdemir H, vd. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Dereli Z, “Roma Hukukundan Günümüze İntifa Hakkı Sahibinin Hakları” C.1, S. 7, 2011, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 123-146.

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

Erişgen Söğütlü Ö, Roma Hukukuna Giriş, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

Erol C/ İnan A N, “Aynı Hak Kavramı Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu”, C.21, S.1, 1964, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 345-367.

Güloğlu N, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu Şerh ve İzahları, Özyürek Matbaası, İstanbul, 1955.

Kaneti S, Vergi Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1986/1987.

Karahasan M R, Yeni Türk Medeni Kanunu, II. Cilt, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

Karakoç Y, Türk Miras Hukuku Açısından Veraset ve İntikal Vergisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İzmir, 1990.

Maç M/ Jamali Tarık, Veraset Hibe ve Ölüm, Denet Yayınları, İstanbul, 1999.

Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Beyanname Düzenleme Kılavuzu: Gelir Vergisi Kanunu, Acar Basım, İstanbul, 2022.

Mehmet A, Eşya Hukuku: Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Oğuzman K / Seliçi Ö/ Özdemir O S, Eşya Hukuku 10. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2004.

Öncel M/ Kumrulu A/ Çağan N vd, Vergi Hukuku, 31. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Özbilen A B, “İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi” C.77, S. 2, 2019, İstanbul Hukuk Mecmuası, ss. 475-502.

Özen B, Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, 2008, İstanbul.

Pala O, “Taşınmaz Üzerinde Gerçekleştirilen İntifa Hakkı Tesisi Karşılığında Elde Edilen Gelirin Niteliği ve Beyanı: Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Resmi İnternet Sitesi'nde Yer Alan İki Zıt Özelge” S. 365, 2012, Vergi Dünyası, ss.103-113.

Polater S, “İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi” C. 8, S. 2, 2018, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 138-166.

Sütçü Sert S, “Özel Borç İlişkileri”, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, ss. 54-174, Turgut Öz(edr).

Şahin H, Ülkemizde İntifa Hakkının Vergilendirilmesi ve Değerlendirilmesi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

Toprak Aldemir İ, ‘İntifa Hakkının Sona Ermesi ve İade Yükümlülüğünün Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi’ C. 2, S.71, 2023, Adalet Dergisi, ss. 915-954.

Turut Ş, “İntifa Hakkının Tesisi ve Kullandırılmasından Sağlanan Kazançların Vergilendirilmesi”, S. 34, 2006, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi.

Yaylak C, “Kamulaştırmanın Sınırlı Aynı Haklara Etkisi” C.6, S. 2, 2017, Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 84-101.

İnternet Kaynakları

TBMM,<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c002/tbmm04002017ss0038.pdf> .

TBMM,<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c009/tbmm11009078ss0315.pdf> .

Mehmeti S, ‘Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law’. <https://www.researchgate.net/publication/362304429>

Metcalf Alex, “The Muslims of Sicily under Christian Rule” <https://www.researchgate.net/publication/236145055>.

Parry Bay Clive, “İngiliz Hukuk Sistemi”, Çev. Fazıl H. Sur), (A.Ü.H.F.D.) C. I. S. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944.

Pollock, Sir Frederic and Maitland, Frederic William, *The History English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge at the University Press, 1898, Volume I.

Potz Richard, “Islam and Islamic Law in European Legal History”. <https://www.semanticscholar.org/paper/Islam-and-Islamic-Law-in-European-Legal-History-and-Potz/f0db82b7ea5c2777a9800a22ae0cd402aa39ddfb>.

Power, David S, *Hukuk Toplum ve Kültür*, Çev. İsmail Eriş, Klasik Yayınları, (Birinci Basım) İstanbul 2014.

Stephens J E R, “İngiltere’de Jürili Mahkemenin Ortaya Çıkışı”, (Çev. Muzaffer Dülger) *İstanbul Hukuk Mecmuası, Yıl 2017, C. 75*.

Suleiman Haitam, “The Islamic Trust Waqf: a Stagnant or Reviving Legal Institution”, *Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law* | Vol. 4/32, (2016).

Şahin S, *Normonlar Döneminde Sicilya Adası, (11-12. Yüzyıllar)*, “Basılmamış Doktora Tezi”, Elazığ, 2012.

Vinogradoff Paul, *Ortaçağ Avrupası'nda Roma Hukuku*, Yayına Hazırlayan: Mehmet Tefik Özcan, Göçebe Yayınları, İstanbul 1997.

Watanabe Lisa, “The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe”, *the Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012.

Watt Montgomery, *İslâm'ın Avrupa'ya Tesiri*, Çev. Hulûsi Yavuz, Coşkun Ofset, İstanbul 1986.

Yelkenci I, “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 28, S. 2, Aralık 2022, Aralık 2022.

VAKIFLAR KANUNUNUN MAHLÜLİYETE İLİŞKİN 17. MADDESİNİN MİRİ ARAZİNİN AŞAR VE RÜSUMUNUN VAKFEDİLDİĞİ GAYRİSAHİH VAKIFLARDA UYGULANMASI SORUNU*

The Problem of the Implementation of Article 17 of Waqfs Law No. 5737 Regarding Escheat (mahlüliyet) on Gayrisahih Type of Waqfs in Which Devoted Tithe (Aşar) and Taxes (Rusum) of Miri Land

Arş. Gör. Dr. Mahmud Esad KALIPÇI**

Öz: 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesinde icareteynli ve mukataalı vakıf taşınmazların mahlül olmaları durumunda vakıflarına dönecekleri açıkça öngörülmüş iken, bazı yargı kararlarında vakfın türü ve niteliği hususu göz önünde bulundurulmadan, her türlü vakıf taşınmazın vakfa döneceği yönünde hüküm kurulmaktadır. Oysa taşınmazın vakıf ile ayna müteallik bir ilişkisinin bulunmadığı, ayn mülkiyetinin vakıfta değil de devlette olduğu miri arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıflarda, mutasarrıf veya maliklerinin mirasçı bırakmadan ölmeleri ya da gaiplikleri gibi durumlarda, taşınmazın vakfa dönmesi değil, Hazineye intikali söz konusu olmalıdır. İşte bu makalede, eski vakıflara ilişkin mahlüliyet meseleleri açısından vakfın türü ve niteliğinin önemi hususu merkeze alınarak miri arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıflar açısından 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesinin uygulanmasına ilişkin bazı sorunlar, tarihsel arka plan da gözetilerek ele alınacaktır. Uygulamadaki sorunun temel sebepleri ortaya konularak olması gerekene dair bir değerlendirme yapılacaktır. Böylelikle eski vakıf hukukuna ilişkin uygulamanın iyileştirilmesine katkı sağlanması umulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı vakıf hukuku, vakıf, eski vakıflar, sahih vakıf, gayrisahih vakıf, icareteyn, mukataa, mahlüliyet, Vakıflar Kanunu madde 17.

Abstract: While article 17 of Waqfs Law No. 5737 stipulates that the escheated (mahlül) immovable properties of icareteynli and mukataalı waqfs return to their waqfs, it is observed that some judicial decisions are made without taking into account the type and nature of the waqfs. The aforementioned regulation not pertains to gayrisahih type of waqfs in which devoted tax revenues of state miri land to charity. Because, in such waqfs, as in the miri land, bare ownership belongs to the state and the waqf does not have a right in rem on the immovables that bring income to the waqf. When a person who was the owner of this type of waqf land, died without leaving any heir or was absent, the land should be transferred to the treasury. In this article, by focusing on importance of the kind of waqf in terms of escheat problems related to old waqfs, especially I will be discuss some problems connected to practice of Article 17 of Foundations Law No. 5737 about gayrisahih type of waqfs in which devoted tax revenues of state miri land. In the meantime, the main causes of the problem in practice will be revealed and an assessment will be made about the ideal practice. In this way, it is hoped to contribute to the improvement of the practice regarding the old waqfs law.

Keywords: Ottoman waqf law, waqf, old waqfs, sahih waqf, gayrisahih waqf, icareteyn, mukataa, escheat (mahlüliyet), Article 17 of Waqfs Law No. 5737.

* Bu yazı temelinde, konu hakkında önceden hazırladığım bilirkişi raporlarına ve bunlar hakkında aldığım notlara dayanmaktadır. Uygulamadaki aksaklıkları görme fırsatı bulduğum bu süreçte, her bir bilirkişi raporunu akademik bir metin tarzında kaleme almıştım. Bu kapsamda, mahlüliyet konusu belli bir olgunluğa ulaştığında, 1 Haziran 2023 tarihinde 3. Uluslararası Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Kongresinde sunduğum “Eski Vakıflara İlişkin Mahlüliyet Meselelerinde Vakfın Nevinin Önemi” başlıklı bildiri ile meselenin önemine dikkat çekmişim. (Söz konusu bildirinin özeti için bkz. Mahmud Esad Kalıpçı, “Eski Vakıflara İlişkin Mahlüliyet Meselelerinde Vakfın Nevinin Önemi”, III. Uluslararası NEU Hukuk Kongresi Bildiri Özeti Kitabı, Konya, NEU Press, 2023, s. 446-448.) Bu makale, zikredilen bildiriye ele alınan hususların geliştirilmesi neticesinde oluşmuştur. Yazıyı okuyup tashih ve görüşlerini ileten Prof. Dr. Fethi Gedikli, Dr. Öğr. Üyesi Ali Adem Yörük, Arş. Gör. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş ve Arş. Gör. İbrahim Enes Onat’a teşekkür ederim.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kalipci@istanbul.edu.tr

GİRİŞ

Eski vakıflar, öğretilerde çeşitli tasniflere tâbi tutulmaktadır. Bunlardan biri, vakfa konu edilen şeyin niteliğine göre yapılan “sahih vakıf” ve “gayrisahih (tahsisat kabilinden/irsadi) vakıf” ayrımıdır. Buna göre sahîh vakıflar, mülk arazi ve taşınmazların vakfedilmesi yoluyla kurulan vakıflardır. Hakiki manada vakıf addedilen bunlardır. Gayrisahîh vakıflar ise mirî araziden bir kısmın menfaatinin yahut tasarruf hakkının veya her ikisinin birden, padişah ya da onun izniyle bir başkası tarafından devletin yerine getirmesi gereken hayrî bazı hizmetlere özgülenmesi şeklinde kurulan vakıflardır. Gayrisahîh vakıfların uygulamada en çok görüleni, mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği çeşididir.¹ Bunda, bir mülkün vakfedilmesi değil, bir kısım mali gelir kalemlerinin kamuya yararlı hizmetler için tahsisi söz konusudur. Bu yüzden, bu tür vakıflar hakiki manada vakıf addedilmez.²

Belirtilen şekilde yapılan bir sınıflandırma, ayrıntıya inildiğinde, ilişkili olduğu arazi veya onun üzerindeki yapılar hakkında, vakfın mülkiyet gibi ayna taalluk eden bir hakkı haiz olup olmadığı sorusuna verilecek cevaba etki edici hususiyetler arz etmektedir. Bundan dolayı, üzerinde vakıf şerhi bulunan bir taşınmaza ilişkin aynı taleplerin değerlendirilmesi noktasında, vakıf türlerinin taşıdıkları özellikleri göz önünde bulundurmamak elzemdir. Bu sebeptendir ki kanun koyucu 5737 sayılı Vakıflar Kanununu hazırlarken, vakıfların sınıflandırılması ile bağlantılı bazı düzenlemeler de yapmıştır. Örneğin 17. maddede, bir vakıf taşınmazın mahlûliyet durumunda vakfına dönmesi için icareteynli veya mukataalı bir taşınmaz olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bununla beraber, mevzuattaki açık hükme rağmen, uygulamada zaman zaman vakfın türüne dikkat edilmeksizin teknik anlamda vakıf olmayan -mesela, aşar ve rüsum vakfına konu edilmiş mirî bir arazi üzerindeki mülk nevili bir yapı gibi- bir taşınmazın dahi vakfa intikal ettirilebildiği görülmektedir. Bu türden hatalı kararlarda, vakıf şerhi taşımak, diğer şartlar mevcutsa anılan madde hükmünün uygulanması açısından yeterli görülebilmektedir. Hatta, taşınmaz üzerinde vakfın aynı bir hakkı olmadığı gerekçesiyle önceden vakıf şerhinin taviz bedeline tâbi olmaksızın terkin edildiğinin aktarıldığı bir

¹ Ali Himmət Berki, Vakıflar, 2. bs., Aydınlık Basımevi, İstanbul, 1946, s. 17-19, 131-135; Ebü'lülâ Mardin, Toprak Hukuku Dersleri, Stad Matbaası, İstanbul, 1947, s. 19-24; Hüseyin Hâtemî, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 112-115; Lütfü Dalamanlı, Eski-Yeni Vakıf Davaları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986, s. 26-27; Halil Cin, “Osmanlı Devletinde Arazi ve Vakıf Hukuku”, Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu Kitabı, VGM Yayınları, Ankara, 2004, s. 57-58; M. Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 18. bs., Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2021, s. 256-257.

² Berki, bu tür vakıfların hakiki manada vakıf addedilmemesini, vakfiyetin rakabe ile ilgisi olmamasına atıfla şu şekilde açıklıyor: “Hakiki vakıflarda rakabe vakfi canibine ve tahsisat kabilinden olan vakıflarda rakabe beytûlmâle ve suret-i tahsise göre rüsum ve hukuk-ı tasarrufiye muhassasunlehine aiddir. Buna vakf-ı gayr-ı hakiki ve tahsis denilmesi vakfiyyet rakabeye taalluk etmemek itibariledir.” Bkz. Berki, 1946, s. 134-135.

Yargıtay kararında, vakfın türüyle ilgili herhangi bir tartışmaya girilmeden aslı vakıf olan taşınmazların mahlûliyet durumunda vakıflarına dönecekleri kabulüne atıfla hüküm kurulduğuna şahit olunabilmektedir.³ Oysa söz konusu taşınmaz, üzerinde vakfın aynı bir hakkı yoksa ve Vakıflar Kanununun 18. maddesine göre tavize tâbi değilse 17. madde kapsamına da girmemesi gerekirdi. Zira belirtildiği üzere 17. madde, aslen vakıfla aynı bir bağı bulunan, taviz bedeline tâbi olan icareteynli ve mukataalı taşınmazlar hakkındadır. Belirtilen bu sorunu tabloya karşın, eski vakıflara ilişkin yapılan ayrımların arz ettiği öneme değinen kararlar da yok değildir. Bu bağlamda, 17. madde şartlarının tartışıldığı bir Hukuk Genel Kurulu kararı sonunda yer alan “... bu kez vakfın niteliği üzerinde durulmalı, sahih vakıf mı gayrisahih vakıf mı olduğu belirlenmeli, gayrisahih vakıf olması halinde (miri arazi söz konusu olmakla) mülkiyetin vakfına geçmeyeceği üzerinde durulmalıdır...” şeklindeki ifade önemlidir.⁴ Ancak, söz konusu ifadenin “karşı oy” yazısında yer alıyor olması, üzerinde düşünölmeye değerdir.

Belirtildiği üzere 17. madde hükmü açıktır; “icareteynli” ve “mukataalı” vakıfları kapsamaktadır. Bununla birlikte, uygulamada bazı aksaklıklar olduğu da bir gerçektir. Bu yüzden, makalede özellikle miri arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği vakıflar bakımından bahse konu aksaklığın niçin olmaması gerektiği, vakıf türlerinin taşıdığı özellikler ve bunlara bağlı hükümler merkeze alınarak ortaya konacaktır. Bu yolda, öncelikle mahlûliyet kavramı ve ilgili hukuk kuralları hakkında bilgi verilecek; ardından mahlûliyet meselelerinde vakfın nevinin önemi yansıtılacak ve nihayet uygulamadaki aksaklığın altında yatan nedenler tartışılacaktır. Yazının kaynaklarını, eski vakıflara ilişkin birincil ve ikincil literatür; mevzuat; mahkeme kararları ve eski hukukun esasında bugün de geçerli olan kurallarını yansıtıcı birtakım arşiv malzemesi oluşturmaktadır.⁵

³ Bu şekilde verilmiş bir karar, III. bölümde merkeze alınarak incelenmiştir.

⁴ Karar metninde, nakledilen karışit görüşe şu şekilde atıf yapılmıştır: “... Vakfının niteliği ile vakfiyesinin araştırılması, mülhak vakıf olduğunun anlaşılması durumunda mütevellî heyeti eliyle idare edileceğinden davanın usulden reddi gerektiği, mazbut vakıf olduğunun anlaşılması durumunda ise sahih ya da gayrisahih vakıf olup olmadığının da araştırılarak ondan sonra davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerektiği belirtilerek, temyize konu kararın bu gerekçe ile bozulması gerektiği görüşü ileri sürölmüş ise de bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.” Yargıtay H.G.K., E. 2017/1-2620, K. 2021/445, T. 8.4.2021. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-2620-k-2021-445-t-8-4-2021>, s.e.t. 10.8.2024).

⁵ Öğretide, Vakıflar Kanunu 17. madde uygulamasını vakıf türleri -özellikle de miri arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıflar- bakımından özel olarak inceleyen bir çalışma yoktur. Bununla birlikte, genel olarak Vakıflar Kanununun 17. maddesini inceleyen şu yazılar bağlantılı olduğu için burada zikrolunmalıdır: 1. Ekrem Kurt, “Vakıf Kökenli Taşınmaz Mülkiyetinin (Mahlûliyet Halinde) Vakfına Dönmesi”, C. XXII, S. 2, Temmuz 2023, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 285-326. Söz konusu yazıda, 17. maddenin uygulanmasına ilişkin şartlar ayrı ayrı ele alınmış; bu sırada icareteynli ve mukataalı vakıf taşınmazların yanı sıra gayrisahih vakıflar açısından da inceleme yapılmıştır. Ne var ki yazıda, miri arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih nitelikli vakıflarda 17. madde hükümlerinin teknik olarak uygulanmaması gerektiği konusunda herhangi bir vurgu yoktur. Aksine, “miri

I. MAHLÛLİYET KAVRAMI VE İLGİLİ MEVZUAT

Kâmûs-ı Türki'de mahlûl sözcüğü “1. Çözölmüş, dağılmış, hal olunmuş; 2. Doğrudan varisi olmadığı halde vefat eden adamın vakfa veya mîriye ait mirası: Mahlûl ev, arsa, bağ.” şeklinde tanımlanarak kelimenin hem sözlük hem de terim anlamı ortaya konmuştur.⁶ *Türk Hukuk Lugatı*'nda ise “mutasarrıfının intikal sahibi bırakmaksızın vefatından dolayı vakfı canibine rücû eden müstegallât-ı vakfiyedir.” denerek kelimenin yalnızca vakıf hukuku bağlamındaki terim anlamına yer verilmiştir.⁷ Eski vakıf hukukumuzun önde gelen isimlerden olan Ömer Hilmi Efendi'nin icareteynli vakıf malların intikali hakkında kullandığı “... mutasarrıf bilâ-veled vefat ederse mahlûl ve taraf-ı vakfa ait olup...” şeklindeki ifade, söz konusu tabirin bu manasına dahildir. Böylece mahlûl tabiri, ele alınan konu bağlamında, mutasarrıfının mirasçı bırakmadan ölmesi durumunda vakfa dönmesi gereken vakıf taşınmazı nitelendirmek için kullanılan bir sıfat olarak dikkat çekmektedir.⁸ Bu şekilde mahlûl olma durumu ise bir bütün olarak “mahlûliyet” tabiri ile ifade edilmektedir. Nitekim *Kâmûs-ı Türki*'de mahlûliyet “doğrudan varisi olmadığı halde vefat eden adamın evkâf veya

araziden vakfa tahsis edilen taşınmazların taviz bedeline tâbi olmaksızın mutasarrıflarına geçtiği” ve bunların “mahlûliyeti halinde de icareteynli veya mukataalı olmaları halinde” mahlûlen vakıflarına dönecekleri belirtilmekte; neticede “sahih veya gayrisahih yolla vakfedilmiş olsun, icareteynli ve mukataalı vakıf taşınmazlarının” madde kapsamına girdiği savunulmaktadır. Oysa yazının ilerleyen kısımlarında görüleceği üzere, mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği türden gayrisahih vakıf arazilerde, icareteyn ve mukataa usullerinin işletilmesi söz konusu olmadığından, 17. madde hükümlerini bunlara da teşmil edici söz konusu değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. 2. Ömer Çınar, “Vakıflar Kanunu'nun 17. Maddesi Çerçevesinde İcareteynli ve Mukataalı Taşınmazların Vakfına Dönmesi”, 11th Global Waqf Conference: New Generation Waqfship, IHU Press, İstanbul, 2023, s. 59-61. 7 Eylül 2023 tarihinde düzenlenen “11th Global Waqf Conference: New Generation Waqfship” sempozyumunda sunulan bu bildiri, yüksek yargı kararlarıyla bağlantılı olarak Cumhuriyet döneminde konuya ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin özeti şeklindedir ve maddenin uygulanması açısından vakıf türlerinin önemi hakkında özel bir vurgu içermez. 3. Eski vakıf hukukuna ilişkin bazı kitaplarda da mahlûliyet meselesi incelenmekle beraber bunlarda da mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği türden gayrisahih vakıflar hakkında özel bir inceleme yoktur. Örneğin bkz. Eraslan Özkaya, *Eski Vakıf Hukuku*, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 124, 147; M. Serhat Yener, *Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Mazbut Vakıf Taşınmazların Gayrimenkul Hukuku Meseleleri*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 57-61.

⁶ Ş. Sami, *Kâmûs-ı Türki*, İkdâm Matbaası, Dersaadet, 1317, s. 1304.

⁷ *Türk Hukuk Lugatı*, 3. bs., Ankara, 1991, s. 215.

⁸ Ömer Hilmi, *Ahkâmü'l-Evkâf*, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1307, s. 88. Ancak şu yazıda, mahlûl tabirinin mutasarrıfı vasıflandırmak için kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Kurt, s. 288, 292. Yargıtay kararlarının çoğunda, “mahlûl” sözcüğünün sözlüklerdeki tanıma uygun şekilde taşınmaz hakkında kullanıldığı görülmekle birlikte, şu kararda “... toplanan bu delillere dayanılarak da kayıt malikinin mahlûl-metruk olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” denilmiştir ki bu da az önce atf verilen kaynakta benzer, yanlış bir kullanımdır. Bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2012/1586, K. 2012/4277, T. 12.4.2012. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2012-1586-k-2012-4277-t-12-4-2012>, s.e.t. 10.8.2024).

mîriye ait olan emlakının hali” olarak tanımlanmıştır.⁹ Bu bağlamda, bir vakıf taşınmazın mahlûl olup olmadığı ve bu kapsamda intikal etmesi gereken yerin tartışıldığı bir davada temel sorun, mahlûliyet meselesi olarak belirmektedir. Bugün uygulamada söz konusu davaların konusu, netice-i talepler doğrultusunda tapu iptali ve tescil şeklinde belirlemekle birlikte, bu tür davaların bu çalışma bakımından “mahlûliyet davası” olarak adlandırılmasında bir beis yoktur.¹⁰

Vakıf taşınmazların mahlûliyeti, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun “taşınmazların vakfına dönmesi” başlıklı 17. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“Tasarruf edenlerin veya maliklerin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk veya mübadil gibi durumlara düşmeleri halinde icareteynli ve mukataalı taşınmaz malların mülkiyeti vakfı adına tescil edilir.”

Söz konusu madde hükmü gereğince bir taşınmazın vakfına dönmesi için mutasarrıf ya da malik mirasçı bırakmadan ölmeli veya kaybolmalı yahut ülkeyi terk eden (firarı vb.) ya da mübadil gibi bir duruma düşmelidir. Ayrıca icareteynli veya mukataalı bir vakıf taşınmaz var olmalıdır. Yazıda, ilk şart ile ilgilenilmeyecektir;¹¹ odaklanılacak temel husus, ikinci şartın yani vakfın türü meselesinin öneminin vurgulanmasıdır.

Aktarılan madde, Türk hukukunda mahlûliyet konusunda yapılan ilk düzenleme değildir. Nitekim mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanununun “mukataalı ve icareteynli vakıf mallar” başlıklı dördüncü bâbı altındaki 29. maddesine 22.9.1983 kabul/24.9.1983 yürürlük tarihli 2888 sayılı Kanun ile eklenen şu ikinci fıkra hükmü, 17. madde düzenlemesine paraleldir:

“Bu madde gereğince mülkiyeti mutasarrıflarına geçmiş olan gayrimenkullerde maliklerin Hazineye başka varis bırakmadan ölümleri halinde, mülkiyet mahlûlen vakfına rücû eder. Bu kanunun yayımı tarihine kadar maliklerinin ölümleri üzerine son mirasçı sıfatıyla Hazineye intikal edip de bu husus tapu kaydına işlenmemiş bulunan gayrimenkuller de yukarıdaki fıkra hükmüne tabidir.”

Bu düzenleme, mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanununun icareteynli ve mukataalı vakıf taşınmazların tasfiyesini düzenleyen dördüncü bâbının - taviz bedeli, faiz ve tasfiye müddetine ilişkin hükümleri içeren- ikinci faslı altındadır. Maddenin birinci fıkrası da taviz bedeli ödenmediği için icareteyn ve mukataa kayıtları terkin olunmamış olan taşınmazların mülkiyetinin on yıllık süre sonunda mutasarrıflarına geçmesi hakkındadır.¹²

⁹ Ş. Sami, s. 1304.

¹⁰ Nitekim Sungurbey de bu isimlendirmeyi kullanmaktadır. Bkz. İsmet Sungurbey, Eski Vakıfların Yeni Sorunları, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 495.

¹¹ Söz konusu şart kapsamında, mirasçısız ölüm, gaiplik, terk ve mübadillik durumları hakkında bilgi için bkz. Kurt, s. 295-297.

¹² İcareteynli ve mukataalı vakıflar, mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile taviz bedelleri mukabilinde tasfiye edilerek mutasarrıfların mülkü haline gelmiştir. Taviz bedeli ödenmediği için mukataa ve icareteyn kayıtları terkin edilmemiş taşınmazların mutasarrıflarının mülkiyetine geçmesi için öngörülen 10 yıllık süre

Kanun koyucu, tasfiye süreci neticesinde mutasarrıflarının mülkü hükmüne giren vakıf taşınmazların mahlûliyet durumunda Medeni Kanun hükümleri gereği son mirasçı sıfatıyla Hazineye geçmesine razı olmamış -ancak kanunun yayımı tarihine dek tapu siciline işlenmiş kazanımları saklı tutarak- bu defa vakıflar lehine bir düzenleme getirmiştir.¹³ Benzer bir sistematik 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. madde düzenlemesi için de mevcuttur. Şöyle ki söz konusu düzenlemenin hemen ardında, yine icareteynli ve mukataalı taşınmazların taviz bedeli karşılığında serbest tasarrufa terki hususu düzenlenmiştir. Dolayısıyla her iki hükmün merkezinde, tasfiyeye ilişkin kurallar gereğince mutasarrıflarının mülkiyetine geçmiş olan icareteynli ve mukataalı taşınmazlar bulunmaktadır. Zaten bu ilgi birçok yargı kararına da yansımış; söz konusu düzenlemenin tasfiye sürecinin bir neticesi olarak mutasarrıflarının mülkü haline gelmiş taşınmazların mahlûliyetleri durumuna ilişkin olarak yapılmış olduğu vurgulanmıştır.¹⁴ Yeni kanun döneminde de aynı minvaldeki değinmelere, 17. maddenin tarihsel arka planını anlatan yargı kararlarında eski kanunun 29/2 maddesine atıfla devam olunmaktadır.¹⁵

ise kanunun yürürlük tarihi olan 13 Aralık 1935'te başlamış; 13.6.1945 tarih ve 4755 sayılı Kanun ile 13.12.1955 tarihinde sona erecek şekilde on yıl daha uzatılmıştır. Bkz. Hüseyin Hâtemî, Medenî Hukuk Tüzelkişileri I: Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979, s. 744-747, 749-750.

¹³ Özkaya, s. 124.

¹⁴ "... 1935 tarihli, 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 27, 28, 29. maddeleri mukataalı ve icareteynli vakıf malların tasfiyesine ilişkin olup özellikle 29. maddesinde de belirtildiği gibi ne suretle mutasarrıflarına geçeceğine dair hüküm taşımaktadır (...) olay ve dava konusu itibarıyla MK'nın 530. maddesi gereğince taşınmazın Hazineye geçeceğine dair genel hükmün uygulama yeri yoktur. Öyleyse vakfa ilişkin özel hükümlere yer vermek gerekir. İcareteynli vakfın asıl maliki mutasarrıfı değil, vakıf hükmü şahsiyetidir (...) Nitekim 1983 tarihli ve 2762 sayılı Yasanın 29. maddesine ek fıkra getiren 2888 sayılı Yasa gereğince, 'mülkiyeti mutasarrıflarına geçmiş olan gayrimenkullerde maliklerin Hazineden başka varis bırakmadan ölümleri halinde mülkiyet mahlûlen vakfına rücu eder'..." Yargıtay HGK., E. 1983/1-253, K. 1985/1997, T. 6.12.1985. (Aktaran: Özkaya, s. 306). Benzer vurgular içeren kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD., E. 1989/15135, K. 1990/721, T. 25.1.1990. (Aktaran: Özkaya, s. 367). Yargıtay HGK., E. 1994/2-696, K. 1995/1, T. 25.1.1995. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-1994-2-696.htm>, s.e.t. 10.8.2024). Yargıtay HGK., E. 2001/2-1068, K. 2001/1115, T. 5.12.2001. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/hgk-2001-2-1068.htm>, s.e.t. 10.8.2024). Yargıtay 1. HD., E. 2002/7607, K. 2002/8350, T. 1.7.2002. (Aktaran: Ali Em, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 599-600.) Yargıtay 1. HD., E. 2005/2753, K. 2005/3878, T. 31.3.2005. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/lhd-2005-2753.htm>, s.e.t. 10.8.2024).

¹⁵ "... 2762 sayılı Vakıflar Yasası 5.6.1935 tarihinde kabul edilmiş, 13.6.1935 tarihinde yayınlanmış, 6 ay sonra 13.12.1935 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu kanun ile vakıf taşınmazların icareteyn ve mukataaya bağlanması yasaklanmış, daha önce kurulmuş bu tür vakıfların tasfiyesi yoluna gidilmiştir. (...) Anılan bu vakıf yasalalarının hükümlerine göre taviz bedeli ödendikten veya taviz bedeli ödenmesi dahi öngörülen yirmi yıllık süre geçtikten sonra vakıf taşınmazların tam mülkiyeti mutasarrıfa geçmiş, diğer bir söyleyişle vakıf taşınmaz özel mülk,

Şu halde, 17. maddenin vakıf türüne ilişkin vurgusu, sistematığı ve geçmişi dikkate alındığında, icareteynli ve mukataalı vakıfları konu edildiği, mîrî arazinin aşar ve rüsumunun hayrî bir cihete tahsis edildiği gayrisahih vakıfları kapsamına almadığı anlaşılmaktadır. Aşağıda, bu yargının teorik alt yapısını ortaya koymak için eski hukukumuzdaki bazı vakıf türleri ve bunlara ilişkin mahlûliyet hükümleri hakkında bilgi verilecektir.

II. ESKİ HUKUKUMUZDA VAKIF TÜRLERİ VE MAHLÛLİYET

A. İCARETEYNLİ VE MUKATAALI VAKIFLAR

Bir önceki başlık altında ele alınan hükümler, Türk hukukunda aslı vakıf olan taşınmazların vakıflarına dönmesi konusunda yapılan ilk düzenlemeler değildir. Zira eski hukukumuzda da aslı vakıf olan taşınmazların belirli şartlarda vakıflarına dönmesi söz konusu olabilmekteydi. Hatta Cumhuriyet döneminde bu hükümlerin uygulamasına devam edilmiştir. Dolayısıyla gerek yürürlükteki ve gerekse mülga vakıflar kanunlarında yer alan ilgili düzenlemeler, bir bakıma bunların devamı ve teyidi niteliğindedir. Bununla beraber, söz konusu hukuki esasların anlaşılması, eski vakıflar hakkında yapılan tasniflerin bilinmesine bağlıdır. Bu bakımdan, eski hukukumuzda mahlûliyet konusu bakımından önem arz

mutasarrıf malik olmuştur. Mutasarrıf iken malik olan kişilerin mirasçı bırakmadan ölmeleri üzerine taşınmazları MK'nın 501. (eski 448.Md.) maddesi uyarınca son mirasçı sıfatıyla Hazineye kalmıştır. Ancak, yasa koyucu öncesi vakıf olan taşınmazların vakfına (aslına) dönmesini daha uygun görmüş, bazı ayrıcalıklar dışında, Hazineye intikal yolunu kapatmak istemiştir. İşte bu nedenle 22.9.1983 tarih 2888 sayılı yasanın 2. maddesiyle 2762 sayılı yasanın 29. maddesini değiştirip ayrıca ikinci bir fıkraya ekliyerek Medeni Kanunun 501. maddesinin Hazinesinin mirasçı olacağı yönündeki genel hükümden ayrılmış, 'mülkiyeti mutasarrıfa geçmiş olan taşınmazlarda maliklerin bu yasanın yürürlük tarihine kadar ölmeleri üzerine son mirasçı sıfatıyla Hazineye intikal edipte bu husus tapu kaydına bağlanmış bulunanlar ayrıık bırakılarak işlenmemiş olan taşınmazların mahlulen vakfına rücu edeceği' kuralını getirmiştir. (...) Hemen belirtmek gerekir ki; bütün bu yasal düzenlemeleri içerin 2762 sayılı Vakıflar Kanunu 27.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı Yasanın 80. maddesi ile iptal edilmiş ve yeni 5737 sayılı Yasanın 17. maddesi ile 'Tasarruf edenlerin veya maliklerin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk ve mübadil gibi durumlara düşmeleri halinde icareteynli ve mukataalı taşınmaz malların mülkiyeti vakfı adına tescil edilir.' düzenlemesine yer verilerek suretiyle taşınmazların Hazineye intikal yolunu kapatmış bulunmaktadır....' Yargıtay 1. HD., E. 2009/4411, K. 2009/5521, T. 11.5.2009. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2009-4411-k-2009-5521-t-11-5-2009>, s.e.t. 10.8.2024). Benzer tarzda yazılan kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2010/2265, K. 2010/5184, T. 3.5.2010 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2010-2265-k-2010-5184-t-3-5-2010>, s.e.t. 10.8.2024); Yargıtay 1. HD. E. 2016/18417, K. 2017/185, T. 12.1.2017. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/lhd-2016-18417.htm>, s.e.t. 10.8.2024); Yargıtay HGK., E. 2022/401, K. 2023/1235, T. 13.12.2023. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2022-401-k-2023-1235-t-13-12-2023>, s.e.t. 10.8.2024).

eden bazı vakıf türleri ve bunların konuya ilişkin hususiyetleri hakkında bilgi sahibi olunması, bugünün uygulamasına da katkı sağlayacaktır.

Vakıf taşınmazları “aynı ile intifa olunan” ve “aynı ile intifa olunmayan” taşınmazlar şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Buna göre medrese, cami, imaret gibi aynı ile intifa olunan hayrî müesseselere “müessesât-ı hayriye” denirken; bunlara gelir getirmek için vakfedilen mallara “müstegallât-ı vakfiye” denir. Bunlar da tâbi oldukları işletilme usulüne göre icare-i vahideli, icare-i vahide-i kadimeli, icareteynli ve mukataalı vakıflar şeklinde dörde ayrılmaktadır. Burada, incelenen konu bakımından önemi nedeniyle icareteynli ve mukataalı vakıflar üzerinde durulacaktır.¹⁶ Ancak bundan evvel, icareteyn ve mukataanın *kural olarak* mülk arazi ve taşınmazların vakfedilmesi yoluyla kurulan, rakabenin (ayn mülkiyeti/çıplak mülkiyet/kuru mülkiyet) vakfa ait olduğu sahih vakıflar hakkında geçerli usuller olduğu belirtilmelidir.¹⁷

¹⁶ Şu içtihadı birleştirme kararında da vakıflar sahih vakıflar ve gayrisahih vakıflar şeklinde ikiye ayrılmış; uygulamadaki öneminden ötürü, sahih vakıflar kapsamında icareteynli ve mukataalı vakıflar anlatılmıştır: Yargıtay İBBGK., E. 2003/1, K. 2004/1, T. 2.4.2004. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ibbgk-e-2003-1-k-2004-1-t-2-4-2004>, s.e.t. 10.8.2024).

¹⁷ Bu konuda öğretinin genel temayülü şu şekildedir: Mardin, icareteyn ve mukataa dahil olmak üzere yukarıda sayılan dört işletim usulünü “arazi-i mevkufe-i sahiha” (sahih vakıf arazileri) üst başlığı altında ele almaktadır. (Mardin, 1947, s. 55-56.) Köprülü, söz konusu usulleri “Evvelki hukukta sahih vakıf nev’ileri” başlığı altında incelemektedir. (Bülent Köprülü, “Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcareteynli Vakıflar,” C. XVII, S. 3-4, 1951, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 707-712.) Sungurbey, şu eserindeki mütalaalarında, icareteynli ve mukataalı vakıfların sahih vakıflardan olduğunu sıklıkla vurgulamaktadır. (Sungurbey, s. 173-175, 177, 185, 225-227, 230-231, 251, 260). Şu kaynaklarda da icareteyn ve mukataa usullerinin sahih vakıflarda uygulanabileceği belirtilmektedir. (Özkaya, s. 151; Ömer Çınar, “Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi”, C. XV, S. 1-2, 2011, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 116). Buna karşın Berki, mîrî arazi üzerindeki tasarruf hakkının vakfa konu edildiği gayrisahih vakıflarda icareteyn ve mukataa usullerinin görülebileceğini; ancak aşar ve rüsum vakfının icareteyne veya mukataaya raptının asla söz konusu olamayacağını belirtmektedir. (Ali Himmet Berki, “İslâmda Vakıf, Sahih ve Gayrisahih Nevileri II”, C. VII, S. 1, 1958, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 3). Her ne kadar, gayrisahih vakıfların -Arazi Kanunnamesinin 4. maddesinde de geçtiği üzere- uygulamada en çok görülen türü, yalnız aşar ve rüsumun vakfedildiği nevi olsa da Berki’nin tasarruf hakkının vakfa konu edildiği durumlar hakkındaki uyarısı önemlidir. Bu yüzden, yukarıda icareteyn ve mukataanın sahih vakıflar hakkında uygulanışından bahsederken, istisna bildirir bir tabir olan “kural olarak” ifadesini vurgulayarak kullandık. Böylece, mîrî arazinin yalnız tasarruf hakkının veya aşar ve rüsumu ile birlikte tasarruf hakkının vakfedildiği türden olan gayrisahih vakıfların özel duruma atıfta bulunmuş olduk. Bu noktada, bazı Yargıtay kararlarında yer alan “Gerek sahih gerekse sahih olmayan vakıf mallarının onarılması ya da yeniden yaptırılması önceleri vakfı tarafından yerine getirilmekteyken zamanla vakıfların buna gücü yetmemesi nedeniyle mukataa ve icareteyn usulü doğmuştur.” şeklindeki -vakfın aynıyla ve tasarruf hakkıyla hiçbir şekilde ilgisi bulunmayan mîrî arazinin aşar ve rüsumunun tahsisini de içine alabilecek şekilde anlaşılmaya müsait olan- ifadenin yanlış olduğu belirtilmelidir. Bkz. Yargıtay HGK., E. 2022/401, K. 2023/1235, T.

Osmanlı hukukunda, daha önce de örneklerine rastlanmakla beraber icareteynli vakıfların XVII. yüzyılda yaygınlaştığı söylenebilir.¹⁸ Bu usul, zaruret nedeniyle kabul edilmiştir. Şöyle ki vakıf malların harap olması halinde, tamirleri veya yeniden inşaları mümkün olmadığında, icareteyn usulü işletilerek harap olan taşınmaz bir kereye mahsus olarak kıymetine yakın peşin alınan para (*icare-i muaccele*) ve senelik belirli bir meblağ (*icare-i müeccele*) karşılığında süresiz olarak kiraya verilmiştir. Böylece süresiz olarak kurulan kira ilişkisi, kiracıların ölümü halinde belirli şartlarla mirasçılar hakkında da geçerli olmuştur. İcareteynli vakıflarda, hem arazinin hem de arazi üzerindeki muhdesâtın, yani bina ve ağaçların mülkiyeti vakfa aittir. Mukataalı vakıflar da icareteyn usulüne benzer şekilde zarureten caiz görülmüşlerdir. Bunlarda da arsanın kıymetine yakın bir meblağ (*icare-i muaccele*) ve yine her sene alınan (*icare-i müeccele*) olmak üzere iki tür icare alınması söz konusudur. Bu tür vakıflara mukataalı vakıflar denilmesi sebebi, bu mülk bina ve ağaçların varlığından ötürü vakfa verilmek üzere arazi için tayin olunan senevî icarenin (*icare-i müeccele*) mukataa olarak adlandırılmasıdır. Mukataalı vakıflarda, icareteynli vakıflardan farklı olarak arazi üzerindeki bina ve ağaçlar vakfın değil, mutasarrıfın mülküdür.¹⁹ Burada önemli bir not olarak, mîrî arazinin aşar ve rüsumun vakfedildiği gayrisahih vakıf araziler hakkında, ziraata elverişli olmama, yapılaşmaya konu olma gibi sebeplerden ötürü, artık alınamayacak olan öşüre²⁰ bedel, vakıf için senevî belirli bir miktar mukataa tahsis edilmesinin usulden

13.12.2023. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2022-401-k-2023-1235-t-13-12-2023>, s.e.t. 10.8.2024). Sungurbey, aktarılan ilamdakiyle aynı kalıp ifadeleri içeren 1996 senesine ait bir Yargıtay kararını, “sahih vakıflardan icareteynli ve mukataalı vakıflardan farklı olarak, sahih olmayan (tahsis ve irsad kabilinden) vakıfların (arazi-i emiriye-i mevküfenin) konusu olan tarla, mer’a gibi taşınmazların vakfı tarafından onarımı, yeniden yapılması (inşası) diye bir şey söz konusu olmadığından, buradaki ‘gerekse sahih olmayan vakıf malların...’ ibaresi yersiz ve yanlışır.” diyerek eleştirmektedir. Bkz. Sungurbey, s. 237/n., 540/n.

¹⁸ Bu hususta öğretilerde çeşitli görüşler bulunmaktadır. İcareteyn uygulamasının tarihsel gelişimini farklı görüşlerle birlikte yansıtan iki çalışma için bkz. Süleyman Kaya, Osmanlı Hukukunda İcareteyn, 1. bs., Klasik, İstanbul, 2014, s. 74-88; Kenan Yıldız, “Osmanlıda İcareteynin Başlangıç Tarihi Meselesi: İlk Uygulamalara Dair Tespitler”, C. V, S. 2, 2019, Cihannüma, s. 28-33, 39.

¹⁹ Hüseyin Hüsnü, Ahkâm-ı Evkâf, Mekteb-i Mülkiye-i Şahane Litoğrafya Destgâhı, İstanbul, 1313, s. 43; Mardin, 1947, s. 57, 59-70; Köprülü, 1951, s. 707-712; Bülent Köprülü, “Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev’iyetleri ve İcareteynli Vakıflar,” C. XVIII, S. 1-2, 1952, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 215; Cevat Abdürrahim Gücün, Nazari ve Ameli Hukuk Davaları-Gayrimenkuller Hakkında, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1944, C. I, s. 394-395, 397-399; Cin, s. 66.

²⁰ Öşür, aşar sözcüğünün tekili olup onda bir manasındadır. Genelde, ziraî ürünlerden alınan vergileri ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Erkal, “Öşür”, DİA, İstanbul, TDV, 2007, c. XXXIV, s. 97-100; Ahmet Tabakoğlu, “Öşür: Osmanlılar”, DİA, İstanbul, TDV, 2007, c. XXXIV, s. 100-103.

olduğunun²¹ ve bunun sahih vakıflardaki mukataayla karıştırılmaması gerektiğinin altı çizilmelidir.²²

İcareteyn ve mukataa usullerinin kendilerine has özellikleri mahlûliyet konusu bakımından önemli neticeler doğurmaktadır. Şöyle ki eski hukukumuzda icareteynli taşınmazlarda gerek arsanın ve gerekse üzerindeki bina ve ağaçların rakabesi vakfa ve tasarruf hakkı mutasarrıfa ait olduğundan, mutasarrıf geride intikal hakkı sahibi bir yakınını bırakmadan öldüğünde taşınmaz mahlûlen vakfına dönerdi.²³ Mukataalı vakıf taşınmazlarda ise durum bir nebze farklılık arz etmekteydi. Zira mukataalı vakıf arsa üzerindeki bina ve ağaçlar mutasarrıfın mülkû sayıldığından, bunların diğer sırf mülkler gibi serbest tasarrufları caizdi ve mutasarrıf öldüğünde şer'î miras hukuku (*feraiız*) kurallarına göre paylaşımları söz konusu olurdu. Bu yüzden, mutasarrıf mirasçı bırakmadan öldüğünde bu tür taşınmazlar vakfa dönmezler; diğer sırf mülkler gibi Hazineye intikalleri

²¹ Söz konusu usulü yansıtan bir örnek olarak bir Şura-yı Devlet mazbatasında yer alan şu ifadeleri, önemli gördüğümüz yerlerini vurgulayarak aktaralım: "... vâkıf-ı müşârunileyh hazretlerinin *tahsisat kabilinden olan arazi-i mevkufesinden a'şâr-ı şer'iyeli* Bağçıvan Todori uhdesinde bulunan müfrez bir kıt'a bağın yedi yüz zira miktariyle kezalik mehall-i mezkûrda merkûm Fredrik'in taht-ı tasarrufunda bulunan altı bin sekiz yüz otuz altı zira tarlanın ziraat ve hirâsete kabiliyeti olmadığı gibi arsaya tahvilinde bir güne mahzur mutasavver bulunmadığı ve mebâni-i mukaddeseye de râci' mahallerden olmadığı beyanıyla mezkur mahallerin *mukataaya rabtıyla arsaya tahvili...*" Cumhuriyet Başbakanlığı Osmanlı Arşivi, İ.DFE., 22/36:4, 13 Şevval 1325/19 Kasım 1907.

²² Berki, 1946, s. 146. Mukataanın bu türü için mukataa sözcüğünün yanı sıra, "bedel-i öşür", "bedel-i öşür mukataası", "öşre muadil icâre-i zemin", "öşre muadil senevî mukataa-i zemin", "icâre-i maktua", "icâre-i zemin", "mukataa-i zemin", "icâre-i müeccele" gibi tabirlerin de kullanıldığı yönünde bkz. Sungurbey, s. 184, 254-255.

²³ "İcareteynlü akarât-ı mevkûfenin rakabesi ve zevâtı vakfı tarafına hakk-ı tasarrufu bi'l-icareteyn müste'cirine aittir. Akarât-ı mezkûreye bi'l-icareteyn mutasarrıf olan kimse hayatta oldukça ol akarın mutasarrıfı olur. Vefat ettiği takdirde yalnız mutasarrıfının evlad-ı zükûr ve inâsına bilâ-bedel intikal eder. Mutasarrıf bilâ veled vefat eder ise mahlûl ve taraf-ı vakfa aid olup evladdan maada vereseye intikal etmez..." Ancak ilerleyen dönemlerde, farklı tarihlerde çıkarılan intikal kanunlarıyla hak sahiplerinin zümresi genişletilmiş; çocuklar dışındaki bazı yakınların da hak sahibi olmaları sağlanmıştır. Bkz. Ömer Hilmi, 1307, s. 88; Berki, 1946, s. 164; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukî İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, t.y., C. V., s. 22.

Bir örnek olarak şu belgede, Kıbrıs Lefkoşa'da bulunan Ayasofya ve Ömeriye Camileri mütevellisi Hasan "... vakf-ı mezkûrların musakkâfâtından medine-i mezbûrede otuz iki bâb dekâkin ve üç rub' âb-ı leziz ile beraber bir bâb su değirmenine mutasarrıf olan Derviş Ağa bilâ-veled fevt olup dekâkin ve değirmen-i mezbûr mahlûl ve taraf-ı vakf-ı şerife aid ve sük-ı sultânide bi'l-müzâyede taraf-ı kullarından bi'l-icareteyn taliplerine icar olunmak iktiza eder iken..." demesi de yollarında aktarılan kaidenin uygulamaya bir yansımasıdır. (Belge, söz konusu vakıf mallarına haksız yapılan müdahalenin menî talebini arz için kaleme alınmıştır. Üzerinde yer alan buyurulduda, meselenin mahallinde Lefkoşa kadısı tarafından görülmesine hükmolunmuştur.) Cumhuriyet Başbakanlığı Osmanlı Arşivi, C.EV., 461/23333, 25 Şevval 1204/8 Temmuz 1790.

gündeme gelirdi.²⁴ Bu çeşit vakıflarda arsa, üzerindeki bina ve ağaçlara tabi olurdu.²⁵ Bununla beraber, mutasarrıfın tasarruf ettiği mukataaya bağlı arsa boş halde ise -bu tür vakıflarda arsanın rakabesi vakfa ait olduğundan- iş te o zaman bunun mahlûlen vakfa dönmesi söz konusu olabilmekteydi.²⁶

Görüldüğü üzere, eski hukukumuzda mahlûliyet durumunda taşınmazın vakfına dönmesi, zemin ve muhdesâtın vakfa ait olduğu icareteynli taşınmazlarda tam olarak gerçekleşebilmektedir. Mukataalı taşınmazlarda ise zemin vakfın ve muhdesât mutasarrıfın mülkü sayıldığından, ancak muhdesâtın (ve tabiatıyla özel mülkiyetten) ârî olan boş haldeki arsaların vakıflarına dönmesi söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesi, icareteynli taşınmazlar açısından eski hukukun mahlûliyete ilişkin hükümleriyle tam uyum, mukataalı taşınmazlar açısından ise muhdesâtın varlığı durumuna göre kısmen farklılık arz etmektedir.²⁷

Gayrisahih vakıflara geçmeden önce, sahih vakıflar hakkında mahlûliyet konusunda aktarılan hükümlerin Cumhuriyet döneminde - hukuk devriminden sonrasını ve 1983 tarihli değişiklikten öncesini de içine alacak şekilde- eski hukukun cârî esasları kapsamında uygulanmasına devam olunduğunu belirtmek gerekir.²⁸

²⁴ Eski hukuka göre böyle mahlûl bir taşınmaz satılırsa elde edilen bedelin 1/3'ünün arsa dolayısıyla vakfa, 2/3'ünün bina ve ağaçlar dolayısıyla Hazineye verilmesi gerektiği yönünde bkz. Lütfü Dalamanlı, Gayrimenkul Davaları: Vakıflar-Miras, İstanbul, Kurtulmuş Basımevi, 1952, s. 183-184; Ahmet İşeri, "Vakıflar-Medenî Kanundan Önceki ve Sonraki Vakıf Nevileri ve Mahiyetleri", S. 21, 1964, AÜHFD, s. 220.

²⁵ Nazif Öztürk, "Mukâtaalı Vakıf", DİA, Ankara, TDV, 2020, c. XXXI, s. 132-133.

²⁶ Bilmen, C. V, s. 19, 21-22; Muhammed Emin Durmuş, Osmanlı Vakıf Hukukunda Mukâtaa, 1. bs., İktisat Yayınları, İstanbul, 2021, s. 139-141. Ayrıca bkz. Hüseyin Hüsnü, Arazi Kanunnamesi Şerhi, 2. bs., Kanaat Kitabhanesi, Dersaadet, 1324, s. 180-181.

²⁷ Her ne kadar sonradan "... mevcut mukataalı veya icareteynli vakıf taşınmaz malların mülkiyetleri..." şeklinde değiştirilmiş olsa da 2762 sayılı Vakıflar Kanununun icareteynli ve mukataalı vakıf mallarının taviz bedeli karşılığında tasfiyesini öngören 27. maddesinin ilk halindeki "Mevcut mukataalı toprakların veya icareteynli gayrimenkullerin mülkiyetleri..." şeklindeki başlangıç ifadesi, icareteyn ve mukataa arasındaki muhdesâtın aidiyetine ilişkin farklılığın bir yansıması olarak okunabilir.

²⁸ Örnekler: "Kanunu Medeninın meriyetinden evvel vücuda getirilen vakıflar hakkında esasat-ı cariyeye hükümlerinin tatbiki lazım gelmesine ve icareteyne merbut vakıf gayrimenkullerinin mutasarrıfı olan kimse bunların rakabesine malik olmadığı cihetle bilâvaris vefatında vakfolan rakabenin vakfı canibine rücu cârî esaslar ahkâmından bulunmasına ve mahlûlen Maliye Hazinesine intikal etmiyeceğine mebni bu hususlara müteallik Hazine vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir." Temyiz 1. HD.'nin 5.12.1936 tarihli 1120 nolu kararı. (Aktaran: Gücün, s. 400). "... Firdevs'in 1336 senesinde mirasçı bırakmaksızın öldüğü ve ancak ölümünden biraz evvel haricen kendisine sattığını bildirmesine göre Ahkâmülevkafın 188'inci meselesinde gösterildiği veçhile 336 senesinden itibaren gayrimenkulün vakfına rücu ettiği anlaşılmasına..." Yargıtay HGK., E. 1956/6-8, K. 1956/23, T. 6.6.1954. (Aktaran: Özkaya, s. 311). "... ve icareteynli vakıf olduğu bu suretle sabit olan mezkûr iki hisse sahibinin meçhul olması bu iki

B. MİRİ ARAZİNİN AŞAR VE RÜSUMUNUN VAKFI

MİRİ arazinin aşar ve rüsumunun hayrî bir cihete tahsis edildiği türden gayrisahih vakıf arazilerde ise mahlûliyet durumu, arazinin vakfa dönmesi sonucunu doğurmazdı²⁹. Şöyle ki bu çeşit arazilerde rakabe devlete ait olup vakfa gelir getiren taşınmazlar üzerinde vakfın aynı bir hakkı bulunmamaktadır. Vakıf ile taşınmaz arasında, arazi üzerine isabet eden aşar ve rüsum merkezli bir ilişki mevcuttur. Bu çeşit vakıf araziler, mİRİ arazi rejimine tâbidir ve haklarında Arazi Kanunnamesi hükümleri uygulanır³⁰.

hissenin Hazineye intikalini istilzam etmeyip varissiz fevt kabilinden olarak mahlûlen canibi vakfa rücu edeceğine mebni..." Temyiz 1. HD.'nin 31.12.1936 tarihli kararı. (Aktaran: Gücün, s. 400). "... Kanunu Medeninun Sureti Mer'iyet ve Şekl-i Tatbiki Hakkındaki Kanunun 8 ve 18. maddeleri muvacehesinde ve Ahkamül Evkafın 188. meselesinde yazılı hüküm gereği olarak icareteynli taşınmazların mutasarrıflarının gaip olmaları halinde bunlara ait tasarruf hakkı mahlûl sayılarak rakabesi sahibi olan vakfına rücu eder..." (Yargıtay 14. HD., E. 1975/3, K. 1975/3, T. 28.5.1975. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-hd-e-1975-3-k-1975-3-t-28-05-1975>, s.e.t. 10.8.2024). "... Medeni Kanunun Sureti Mer'iyet ve Şekl-i Tatbiki Hakkındaki Kanun hükümlerine göre olayda ahkam-ı sabıkanın uygulanması gerekir (...) Medeni Kanunun Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkındaki Kanunun 8 ve 18. maddeleri hükmü ve Ahkamül Evkafın 188. meselesi gereğince icareteynli taşınmazın mutasarrıflarının mirasçı bırakmaksızın ölmeleri halinde bunlara ait tasarruf hakkı mahlûl sayılarak rakabesi sahibi olan vakfa rücu eder. Hazine'nin bu paylar üzerinde herhangi bir hakkı bulunmamaktadır..." Yargıtay 6. HD., E. 1982/7387, K. 1982/9452., T. 26.10.1982. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6hd-19827387.htm&kw=vakf%C4%B1na+r%C3%BCcu&cr=yargitay#fm>, s.e.t. 10.8.2024).

²⁹ Giriş kısmında, gayrisahih vakıflar tanımlanıp türleri hakkında genel bilgi verildiğinden, tekrara düşmemek amacıyla burada ek bir açıklama yapılmadan doğrudan, incelememizin odak noktası olan mahlûliyet meselesi bakımından konu ele alınmıştır. Gayrisahih vakıflar hakkında genel bilgi için giriş kısmına bakınız.

³⁰ Bu hukuki statü gereği, böyle araziler üzerine izin alınarak dikilen ağaçlar ve yapılan binalar (muhtesât), mutasarrıfın mülkü sayılırdı. Muhtesâtın mülk niteliğinin bir sonucu olarak, bunların diğer sırf mülkler gibi satım ve benzeri hukuki işlemlere konu edilmesi mümkündü. Ayrıca bunların mirasçılara intikalinde, örfî intikal kuralları değil, şer'î intikal (ferai) kuralları geçerli idi ve maliklerinin mirasçı bırakmadan ölmesi durumunda Hazinesinin mirasçılığı söz konusu olurdu. Bunların arzı da intikalde üzeridekilere tâbi olurdu. Bu usule hakir usulü denirdi. Bununla beraber, 30 Mart 1329/12 Nisan 1913 tarihli Emval-i Gayrimenkûlenin Tasarrufu Hakkındaki Kanun-ı Muvakkatin kabulü ile hakir usulü ilga edilmiş ve kanunun neşrinden sonra yapılan bina ve dikilen ağaçların arza tabi olup örfî intikal kurallarına göre hak sahiplerine geçeceği öngörülmüştür. Sungurbey, söz konusu değişikliğin intikale ilişkin olduğunu, değişiklikten sonra da bu çeşit arazi üzerindeki bina ve ağaçların mutasarrıflarının mülkü olacaklarının kabulünün gerekliliğini belirtiyor; öğretilerdeki aksi yöndeki görüşü eleştiriyor. Bkz. Sungurbey, s. 290-292, 292/n. Ayrıca bkz. Macit Kenanoğlu, "MİRİ Arazi", DİA, Ankara, TDV, 2020, c. XXX, s. 158. Cin, muvakkat kanunla muhtesâtın tasarruf ve intikalde araziye tâbi olması yönünde yapılan değişikliğin mİRİ arazinin mülkleşmesini engellemek için konduğunu; ancak kanunun mutasarrıfa mâlik yetkileri bahşeden diğer maddelerine bakıldığında, mİRİ arazinin mülkleşmesini kolaylaştırıldığını ve zaten arazi üzerindeki muhtesâtın mütemmim cüz veya teferruat kabul edilmesinin de bugünkü mülk arazi hükümlerine uygun bir durum

Kanunname hükümleri gereğince, bu çeşit bir arazinin mutasarrıfı intikal ve tapu hakkı sahibi bir yakınını bırakmadan öldüğünde, arazi rakabe sahibi olan Hazineye intikal ederdi.³¹ Bu durumda vakfa yalnızca devletin kendisine intikal eden araziye başkasına tefviz etmesiyle elde edilen “bedel-i mahlûlât” denilen meblağ ödenirdi.³² Cumhuriyet döneminde aşar ilga edilince bu tür arazilerden vakıflarına olan tahsisin -mahlûlât bedeli hariç³³-içinin boşaldığı ve 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi ve ilgili mevzuatın

olduğunu belirtmektedir. Bkz. Halil Cin, *Mirî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, 3. bs., Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Adana, 2005, s. 302-305.

³¹ Mirî arazide mahlûliyet mutlak ve nispî olarak ikiye ayrılır. Mutasarrıfın intikal ve tapu hakkı sahibi bırakmadan ölmesi durumunda mutlak mahlûliyet söz konusu olur. Arazi Hazineye döner; açık arttırma yoluyla bir başkasına tefviz olunur. Nispî mahlûliyet ise mutasarrıfın intikal hakkı sahibi yakınını bırakmadan ölmesi durumunda, arazinin tapu hakkı sahibi olan kanunen belirlenmiş kişilere intikali durumudur. Bu halde, arazi açık arttırmaya çıkarılmadan bilirkişilerce belirlenen bedelle tapu hakkı sahiplerine geçer. Ancak, tapu hakkı sahipleri haklarını kullanmaktan vazgeçerlerse arazi hakkında yine mutlak mahlûliyet hükümleri cari olur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cin, 2005, s. 249-251.

³² Arazi Kanunnamesinin 4. maddesinde bu husus şöyle ifade edilmektedir: “... ve böyle tahsisat kabîlinden olan arazi-i mevkûfenin arazi-i emîriye-i sırfa gibi rakabesi beytûlmâle aid olmasıyla bunlar hakkında bundan sonra zikir ve tafsil olunacak muamelât-ı kanuniye tamamıyla cârî olur. Fakat resm-i ferâğ ve intikal ve bedel-i mahlûlât arazi-i emîriye-i sırfada cânib-i mîriye aid olduğu gibi bu makûle arazi-i mevkûfede dahi vakfı tarafına aid olur...” Hüseyin Hüsnü, 1324, s. 26-27.

³³ Sungurbey, Cumhuriyet döneminde aşarın ilgası ve Türk Kanunu Medenisinin kabulüyle meydana gelen değişiklikler neticesinde, esas itibarıyla özü boşalan tahsisin bedel-i mahlûlâtın ibaret kaldığını ve mahlûlen devlete intikal eden arazi ve rüsumu vakfedilmiş bir arazinin Hazine tarafından başkasına satıldığında elde edilecek olan satış bedelinin mahlûlât bedeli kapsamında değerlendirilerek vakfa ödenmesi gerektiğini bildiriyor. Ayrıca, devletin bu çeşit mahlûl araziyle “güvenilir kişi” olarak ilgili bulunduğunu ve araziye satışa çıkartarak bedelini vakfa ödemekle yükümlü olduğunu vurguluyor. Bkz. Sungurbey, s. 40, 216, 294. Şu kaynakta da aynı görüş tekrar edilmektedir. Bkz. Necla Giritlioğlu, “Sahih ve Gayrisahih Vakıflar ile Sultan Vakıfları ve Taviz Bedeli”, *Eski Vakıfların Günümüze Ulaşan Uygulamaları Sorunları ve Çözümleri Semineri 7-8 Aralık 1999*, Ed. Suat Ballar, İstanbul, 2001, s. 28-29. (Şahsi arşivimizde bu yönde verilmiş bir karar mevcuttur. Beyoğlu 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1993/130 E. 1994/12 K. 27.1.1994 tarihli kararında, taşınmazın aşar ve rüsumu vakfedilmişken, taviz bedeline tâbi olmadığı halde kendisinden tâviz bedeli alındığından ötürü iadesini dava eden Hazinesin talebi “...*Vakıflar İdaresinin taviz bedeli nâmı altında bir tahsilat yapmış olması yanlış ise de zaten satış bedelinin mahlûlât bedeli nâmı altında kendisine verilmesi gereği karşısında tahsil edilen bedelin mahlûlât bedelinin bir kısmı olarak değerlendirilmesi...*” yönündeki bilirkişi raporuna dayanılarak reddedilmiş ve ayrıca mahlûlât bedelinin haksız tahsil edilen taviz bedeli düşüldükten sonra vakfa ödenmesine hükümlenmiştir. Söz konusu kararın onanması üzerine başvuru karar düzeltme talebi, yukarıda özetlenen gerekçeler vurgulanarak Yargıtay 13. HD.’nin 20.10.1994 tarih ve 1994/8967 K. sayılı ilamı ile reddolunmuştur.)

öngördüğü yeni mülkiyet rejimiyle bunların sırf mülke dönüştükleri kabul edilmiştir.³⁴

Neticede, mirî arazinin menfaatlerinin vakfedildiği gayrisahih vakıflarda gerek Osmanlı hukukunda geçerli olan nizam, gerek aşarın ilgası ve Türk Kanunu Medenisinin kabulüyle cari olan yeni mülkiyet rejimi ve gerekse günümüz mevzuatı dikkate alındığında, mahlûliyet durumunda taşınmazın aynı ve tasarruf hakkı üzerinde hiçbir hakkı olmayan vakfa dönmesinin değil, Hazineye intikalinin gündeme geleceği belirtilmelidir.³⁵

Esasında aktarılan bu hususlar, eskiden beri uygulan hukuki nizama karşılık gelmekte olup önceden uygulayıcıların çoğunluğu tarafından bilinen ve doğruluğu teslim edilen gerçeklerdir. Vakıflar Genel Müdürlüğü bile vergi geliri tahsisi mahiyetinde olan gayrisahih vakıflarla ilişkili taşınmazların mahlûl olmaları durumunda vakfa dönmelerinin savunulmasını şu şekilde eleştirebilmekteydi:

“... Her iki gayrimenkul yukarıda anılan vakıf çeşitlerinden gayrisahih vakıf kapsamına girmekte olup, Sultan Beyazıt Vakfından bedel-i öşür mukataalıdır. Yani vakfedilen şey gayrimenkulün kendisi değil sadece öşürdür. Olayımızda bu öşür Sultan Beyazıt Han Vakfına tevcih edilmiştir. Daha sonra aşarın kaldırılması ile bu gayrimenkuller sırf mülk haline dönüşmüş ve mutasarrıfın veresesine Arazi Kanunu hükümlerine göre intikal etmiştir. Aşarın kalkması ile mülk haline dönüşen gayrimenkulün vakfına dönmeyeceği tatbikatın ve Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları ile belirlenmiş olması karşısında kazanılması mümkün olmayacak bir davayı açmak ya da açtırmak haksız bir fiil olacağı gibi, dava kaybından dolayı da İdarenin zarara uğrayacağı açıktır. Söz konusu her iki gayrimenkulün Sultan Beyazıt Vakfına dönmesi gerektiği yolundaki beyan ve mütalâalar vakıf hukukunu iyi bilmemekten ya da yeterince tetkik etmemekten kaynaklanmaktadır...”³⁶

Açıklamada, mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıf taşınmazların mahlûliyetleri durumunda vakfa dönmesi gerektiğini

³⁴ Hâtemî, 1979, s. 706-707; Sungurbey, s. 181-182, 183/n., 238, s. 574, 575/n.; Özkaya, s. 154.

³⁵ Gayrisahih vakıfların diğer çeşitlerini teşkil eden mirî arazinin yalnız tasarruf hakkının veya tasarruf hakkıyla birlikte aşar ve rüsumunun vakfedildiği türden vakıflarda ise vakıf tasarruf hakkına sahip olduğundan mahlûliyet durumu farklılık arz etmektedir. Eski hukukumuzda, böyle bir vakıftaki tasarruf hakkının mahlûliyet durumunda vakfına rücû edeceği yönünde dolaylı bir değinme için bkz. Sungurbey, s. 302-303.

³⁶ Cumhuriyet Gazetesi, 20 Mart 1981, s. 1, 7. Söz konusu açıklama Uğur Mumcu'nun “Gözlem” adlı köşesindeki “Açıklama” adlı yazıdan alınmıştır. Mumcu, Vakıf Genel Müdürlüğündeki bazı işlemler hakkında yazdığı yazılarla ilgili Vakıflar Genel Müdürlüğünden bir açıklama geldiğini, açıklamanın genel müdür adına İ. Hukuk Müşaviri Avukat Hüseyin Salepçi imzasıyla yazıldığını girişte belirtip açıklamayı nakletmiştir. Biz bu açıklamadan, Sungurbey'in aktarımı vasıtasıyla haberdar olduk. Sungurbey, açıklamada geçen gayrimenkulün sadece öşürünün vakfedildiği yönündeki ifadenin yanlış olduğunu, çünkü taşınmazın Hazineye intikalinin ardından başkasına tefvizi neticesinde alınacak olan bedel-i mahlûlâtın da vakıf kapsamına girdiğini belirtmektedir. Bkz. Sungurbey, s. 294.

savunmanın “vakıf hukukunu iyi bilmemekten ya da yeterince tetkik etmemekten kaynaklanan” haksız bir fiil olarak görülmesi vurguya değerdir. Bununla birlikte, bugün konuya ilişkin bazı davalarda, yanlış ya da eksik birtakım gerekçeler ve kalıp ifadeler üzerinden, mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfa konu edildiği gayrisahih vakıflarla ilişkili taşınmazlar hakkında, mahlûliyet nedeniyle vakfa rücû taleplerine ve bu yöndeki hükümlere rastlanabilmektedir. Aşağıda, bu tür kararlardaki yanlış ya da eksik gerekçeler irdelenerek uygulamadaki aksaklığın altında yatan nedenler ortaya konmaya çalışılacaktır.

III. UYGULAMADAKİ AKSAKLIĞIN ARKA PLANI: YARGI KARARLARINDAKİ BAZI HATALI YAKLAŞIMLAR

Yargı kararlarının gerekçesiz olmasının yanında, yazılan gerekçenin hukuk tekniği bakımından yetersiz veya kalıplaşmış ifadelerden ibaret kalması, adalet ilkesini zedeleyici bir haldir.³⁷ Bununla beraber, konuyla ilişkili bazı yargı kararlarındaki hukuki açıdan eksik ya da hatalı gerekçeler, bazı basmakalıp ifadeler bu kabildendir. Şimdi, bu bakımdan temsil edici nitelikteki bir karar merkeze alınarak, 17. maddeye ilişkin olarak uygulamada görülen aksaklıkların altında yatan sebepler tespit edilecektir. İncelenen karar, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi tarafından 21 Haziran 2021’de verilmiştir. Tapu iptali ve tescil konulu davanın süreci şöyledir:

1. Davacı, dava konusu iki taşınmazın, malikinin mirasçı bırakmadan vefatı nedeniyle Hazine adına tescil edildiğini, ancak taşınmazların aslı vakıf olduğundan mülkiyetin vakfına dönmesi gerektiğini belirterek taşınmazların tapu kayıtlarının iptaliyle 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesi gereğince vakfı adına tesciline hükmedilmesini talep etmiştir. Davalı ise taşınmazların gayrisahih vakıflardan yalnızca aşar ve rüsumu vakfedilen yerlerden olup tasarruf hakkı vakfedilen yerlerden olmadığını, ayrıca taşınmazlar üzerindeki vakıf şerhlerinin de terkin edildiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

2. İlk derece mahkemesi, 17. madde şartlarının gerçekleştiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Verilen karara karşı davalı tarafça istinaf yoluna başvurulmuştur.

3. İstinaf yargılaması neticesinde, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, taşınmazlar üzerindeki vakıf şerhinin terkin edildiği, taşınmazların vakıf ile ilişkisi kalmadığı gerekçesi ile istinaf başvurusunu kabul ederek, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır. Bunun üzerine davacı tarafça temyiz yoluna başvurulmuştur.

³⁷ Mustafa Alp, “Anayasa Hukuku Bakımından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 425-426; Hayrettin Ökçesiz, “Devlet ve ‘Gerekçe’si”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi: 10. Kitap, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004, s. 11-13; Hilal Albal Ulaş, “Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme”, C. XI, S. 2, 2021, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1265-1266.

4. Temyiz yargılamasına ait ilamda, öncelikle dava konusu iki taşınmazdan birinin 1993, diğerinin 1996 senesinde Hazine adına tescil edildiği tespit edilmiştir. Ardından, Vakıflar İdaresinin vakfın sahih ve mazbut vakıflardan olduğunu bildirdiği not edilmiştir. Bununla beraber devamında, Adalar Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.3.2013 tarih ve 2012/77 Esas-2013/58 Karar sayılı ilamıyla taşınmazlardan biri üzerindeki vakıf şerhinin Vakıflar İdaresinin taşınmazda aynı bir hakkı olmadığı gerekçesiyle taviz bedeline tâbi olmaksızın terkin edildiği; diğer taşınmaz hakkında da Vakıflar İdaresinin talebi üzerine resen terkin işlemi gerçekleşmiş olduğundan karar verilmesine yer olmadığı bilgileri aktarılmıştır.³⁸ Burada ekleyelim ki Adalar Asliye Hukuk Mahkemesinin birçok taşınmaz hakkında verdiği yukarıda zikredilen kararında, terkin hadisesi anlatılırken, yargılama sürecinde bizzat Vakıflar İdaresince söz konusu taşınmaz üzerindeki vakıf şerhinin “aşar ve rüsumu vakfedildiği için resen terkin edildiği” hususunun bildirildiği vurgulanmaktadır.³⁹

Dava konusu iki taşınmazın da tavize tâbi olmadığı, Vakıflar İdaresinin bunlar üzerinde aynı bir hakkı bulunmadığı, mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği taşınmazlardan oldukları kesinleşmiş mahkeme kararına atıfla yüksek mahkeme tarafından nakledilmekle birlikte, bu bilgi hiçbir şekilde kararda tartışılmamış; hükme esas alınmamıştır. Halbuki bu husus, davalı tarafından da ileri sürülmüştür.

5. Yüksek mahkeme hükmünü şu şekilde gerekçelendirmiştir. Diğer bazı kararlarda da geçen kalıp ifadeler ve gerekçeler içermeleri nedeniyle önemlerine binaen bunları, aşağıda değerlendirmek üzere, kısmen alıntılarla aktarıyoruz:

a. “... Bilindiği üzere 2888 sayılı Yasanın 2. maddesiyle değiştirilen 2762 sayılı Yasanın 29. maddesinde, Medeni Kanununun 501. maddesindeki Hazinesinin mirasçı olacağı yönündeki genel hükmünden ayrılmak suretiyle

³⁸ “... Zemini ... Vakfından Mukataalı şerhinin 206 ada 5 parsel sayılı taşınmaz yönünden Adalar Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.3.2013 tarih, 2012/77 Esas, 2013/58 Karar sayılı ilamı ile vakfın tahsisat türü vakıflardan olmayıp [olup] Vakıflar idaresinin aynı hakkı bulunmadığından taviz bedeli ödenmeksizin terkinine karar verildiği, 206 ada 4 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki şerhin ise ... İstanbul 2. Bölge Müdürlüğünün talebi ile terkin edildiğinden, bu taşınmaz üzerindeki şerhin terkinini yönünden Adalar Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/77 Esas, 2013/58 Karar sayılı ilamı ile karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği anlaşılmaktadır...” Yargıtay 1. HD., E. 2021/1843, K. 2021/3409, T. 21.6.2021. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-1843-k-2021-3409-t-21-6-2021>, s.e.t. 10.8.2024). Alıntılanan kısımdaki köşeli parantez içindeki düzeltme tarafımızca yapılmıştır. Söz konusu kısım, ilk derece mahkemesi kararında sehven “olmayıp” yazılmış; bu yanlışlık Yargıtay kararında da sürdürülmüştür. Cümlelerin devamından ve kararın esasından, yazımın hatalı olduğu açık bir biçimde anlaşılmaktadır.

³⁹ “... Davalı vekili cevap dilekçesinde davanın reddine karar verilmesini talep etmiş, 29.1.2013 tarihli dilekçesinde ve 30.1.2013 ve 13.3.2013 tarihli duruşmada, dava konusu (...) sayılı taşınmazlardan vakıf şerhlerinin idare tarafından resen terkin edildiğini, bunun sebebinin de aşar ve rüsumu vakfedildiği için resen terkin edildiğini...” Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2012/77, K. 2013/58, 13.3.2013. (Kararın bir örneği şahsî arşivimizde mevcuttur.)

‘mülkiyeti mutasarrıfa geçmiş olan taşınmazlarda maliklerin bu yasanın yürürlük tarihine kadar ölmeleri üzerine son mirasçı sıfatıyla Hazineye intikal edip de bu husus tapu kaydına bağlanmış bulunanlar ayrıık bırakılarak işlenmemiş olan taşınmazların mahlûlen vakfına rücu edeceği’ kuralı getirilmiştir.”

b. “Bu nedenle 2888 sayılı Yasanın yürürlük tarihi 24.9.1983 tarihinden sonra aslı vakıf olan taşınmazların Hazineye geçmesine yasal olanağın kalmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.”

c. “Öte yandan, daha önce Hazine üzerine oluşan tapu kayıtlarının iptal edilememesi için de; taşınmazın önce mutasarrıfına geçip özel mülk haline gelmesi, mal sahibinin mirasçı bırakmadan ölmesi ve 2888 sayılı yasanın yürürlüğünden önce tapuda Hazine üzerine yazılması gibi üç koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir...”

d. “... Hemen belirtilmelidir ki; bütün bu yasal düzenlemeleri içeren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu 27.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 sayılı Kanunun 80. maddesiyle iptal edilmiş ve yeni 5737 sayılı Yasanın 17. maddesi ile ‘Tasarruf edenlerin veya maliklerin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk ve mübadil gibi durumlara düşmeleri halinde icareteynli ve mukataalı taşınmaz malların mülkiyeti vakfı adına tescil edilir.’ düzenlemesine yer verilmek suretiyle taşınmazların Hazineye intikal yolunu kapatmış bulunmaktadır. Esasen, anılan bu hükmün kamu düzeniyle ilgili kazanılmış hakları bertaraf etmeyeceği tartışmasız olup, çekişmelerde bu hususun göz ardı edilemeyeceği de kuşkusuzdur.”

e. “Somut olaya gelince, dava konusu taşınmazların 24.09.1983 tarihinden sonra, 206 ada 4 parsel sayılı taşınmazın 4.08.1993 tarihinde, 206 ada 5 parselin ise 22.08.1996 tarihinde davalı Hazine adına tescil edildiği anlaşılmaıla vakfına rücu edecekleri açıktır. Hâl böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.”

f. “Davacı vekilinin yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulüyle 6100 sayılı HMK’nun 371/1-a maddesi gereğince İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararının bozulmasına, HMK’nun 373/2. maddesi gereğince dosyanın kararı veren İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesine gönderilmesine, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 21.06.2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.⁴⁰”

Söz konusu kararın ardından, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, bozma kararına uymuş ve davanın kabulüne, yani dava konusu taşınmazların vakfına dönmesine hükmetmiştir. Bu karar, davalı tarafça vakfın türü ve niteliğinin ve gayrisahih olup olmadığının yeterince araştırılmadan, vakfiye aslı dosyaya eklenmeden sonuca gidilmesinin hatalı olduğu belirtilerek temyiz edilmiştir.⁴¹ Dava, ikinci temyiz ayağında tekrar

⁴⁰ Yargıtay 1. HD., E. 2021/1843, K. 2021/3409, T. 21.6.2021.

(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-1843-k-2021-3409-t-21-6-2021>, s.e.t. 10.8.2024).

⁴¹ Temyiz kararında bu husus, şu şekilde aktarılmaktadır: “Davalı Hazine vekili temyiz dilekçesinde özetle; Mahkemece, dava konusu taşınmazlarda vakfın niteliğinin ve türünün araştırılmadığını, Türkçeleştirilmiş ve sadeleştirilmiş metne

önüne gelen Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, yine aynı yönde karar vermiştir. Kararın gerekçe kısmında, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesi ile Medeni Kanunun gaibin mirasçılığına ilişkin 588. maddesi hükmü aktarıldıktan sonra, 2888 sayılı Yasa ile gelen değişiklik vurgulanmış ve “2888 sayılı Yasanın yürürlük tarihi 24/9/1983 tarihinden sonra aslı vakıf olan taşınmazların Hazineye geçmesine yasal olanağın kalmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” kabulüne atıfla -bu tarihten sonra Hazineye geçmiş olan- dava konusu taşınmazların vakıflarına rücu edeceklerine ilişkin istinaf mahkemesi kararı onanmıştır.

Görüldüğü üzere, burada yüksek mahkemenin odaklandığı nokta, 2888 sayılı Kanunla mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 29. maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girme tarihidir. Karar temelde, bu tarihten (24.9.1983) sonra “aslı vakıf olan taşınmazların Hazineye geçmesine yasal olanak kalmadığı” kabulüne dayandırılmıştır (a, b, e bentleri). Bu yapılırken de değişiklikten önce Hazine lehine yapılmış olan tescillerin geçerliliği hakkındaki istisnai kazanım koşulları zikredilmiştir. Diğer bir deyişle vakıf taşınmazların ancak, taşınmazın önce mutasarrıfına geçip özel mülk olması, malikin mirasçı bırakmadan ölmesi, 2888 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce Hazine adına tescil edilmesi şartlarının varlığı halinde Hazine adına olan kaydın sahih görülebileceği belirtilmiştir (c bendi). Devamında ise 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesiyle de vakıf taşınmazların Hazineye intikal yolunun kapanmış olduğu vurgulanarak mevcut hukuki düzenlemeye atıfta bulunulmuştur (d bendi). Neticede, dava konusu taşınmazların 2888 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra Hazine adına tescil edildiğinden bahisle vakfına dönecekleri bildirilmiş ve bu yönde oybirliği üzere hüküm kurulmuştur (e, f bentleri).

Dikkat edilirse dava konusu taşınmazların Vakıflar İdaresiyle aynı bir bağı olmadığından taviz bedeline tâbi olmadıkları, kesinleşmiş mahkeme kararına atıfla yüksek mahkeme tarafından aktarılmış ve davalı tarafca vakfın nevinin araştırılması gerekliliği davanın farklı aşamalarında ileri sürülmüş olmasına karşın, karara gerekçe oluşturan bentlerde, vakfın türü ve niteliği bahis mevzuu edilmemiştir.⁴² Oysa yazının önceki başlıklarında

sahip vakfiyenin getirilmediğini, vakfiyenin geçerliliği, türü, gayrisahih olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesinin hatalı olduğunu belirterek, kararın bozulmasını istemiştir.” Yargıtay 1. HD., E. 2021/10512 K. 2022/1899 T. 9.3.2022. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-10512-k-2022-1899-t-9-3-2022>, s.e.t. 10.8.2024).

⁴² Bu şekilde, vakfın türünün hiç tartışılmadığı ya da icareteynli veya mukataalı olma hususu madde hükmü çerçevesinde bir kez aktarıldıktan sonra, vakfın türü ve niteliğine yahut mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıfların durumuna, davanın çözümü açısından asli bir ehemmiyet atfedilmediği benzer örnekler arttırılabilir. Bir fikir vermesi amacıyla birkaç örnek kararı kısaltarak aktarıyoruz:

Davacının “... tapu kütüğü ve kadastro beyannamesinde ‘Damat İbrahim Paşa Vakfından’ olduğunun açıkça yazıldığını, ayrıca 2888 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi olan 24/09/1983 tarihinden sonra vakıf taşınmazın Hazine’ye intikalinin mümkün olmadığını, 5737 sayılı Kanun’un 17. maddesine göre aslı vakıf olan taşınmazın vakfına dönmesi gerektiğini ileri sürerek...” taşınmazın vakfi adına tescilini talep ettiği bir dava önüne

geldiğinde Yargıtay'ın, cevap dilekçesinde "... vakıf tarafından mülk edinilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması (...) yine vakfın sahih mi yoksa gayri sahih mi olduğunun belirlenmesi..." gerektiği belirtilerek davanın reddinin savunulduğunu; ilk derece mahkemesince "... tapu kaydına göre taşınmaz aslının vakıf olduğu, Vakıflar Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca taşınmazın vakfa ait olduğu, Hazine adına 24/09/1983 tarihinden önce tescil edilmediği, bu tarihten sonra da tescil edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne..." karar verildiğini; davalının taşınmazın "... tapu kaydında vakıf olduğunun belirtilmiş olmasının onun mutlaka vakıf olduğunun kabulünü gerektirmediğini, vakfın muteber bir vakıf olup olmadığının, sahih mi yoksa yoksa gayri sahih vakıf mı olduğunun araştırılmadığını..." belirterek istinafa başvurduğunu; ancak istinaf başvurusunun "... 5737 sayılı Yasa'nın 17. maddesindeki şartların gerçekleştiği, taşınmazın vakfi adına tescili için aranan başkaca bir koşula yasal düzenlemede yer verilmediği..." gerekçesiyle reddedildiğini; davalının temyiz dilekçesinde vakfın türü ve niteliğini vurgulayarak "... vakfın muteber bir vakıf olup olmadığına Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünden ve Vakıflar Genel Müdürlüğünden sorularak bilhassa vakıf türüne tam olarak açıklık getirilerek hüküm kurulması gerekirken bu husus üzerinde durulmadan sonuca gidildiğini, taşınmazın tapu kaydında vakıf olduğunun belirtilmiş olmasının o taşınmazın mutlaka vakfa ait olduğunun ispatı için yeterli neden oluşturmadığını..." belirterek kararın bozulması isteminde bulunduğunu aktardıktan sonra, kararı gerekçelendirirken, vakfın türü ve niteliği veya davanın halli açısından bunun önemi hakkında herhangi bir tartışmaya girmeden, 17. madde hükmü ile Medeni Kanunun gaibin mirasına ilişkin 588. maddesi hükmünün nakledip, ardından mahlül vakıf mallarının vakfa rücûuna ilişkin 2888 sayılı Yasa ile gelen değişikliği aktardıktan sonra "... 2888 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi 24/9/1983 tarihinden sonra aslı vakıf olan taşınmazların Hazineye geçmesine yasal olanağın kalmadığı sonucuna ulaşılmalıdır..." kabulüne atıfla istinaf kararını onadığı bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2021/10491 K. 2022/1692 T. 2.3.2022 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-10491-k-2022-1692-t-2-3-2022>, s.e.t. 10.8.2024). Vakfın aynı bir hakkı olmadığından taviz bedeline tâbi olmaksızın taşınmaz üzerindeki vakıf şerhinin kesinleşmiş mahkeme kararı gereği terkin edildiğinin aktarıldığı; ancak taşınmazın vakfiyetinin nevi ve mahiyetine ilişkin bu bilgi hiç tartışılmadan "...2888 sayılı yasanın yürürlük tarihi olan 24.09.1983 sonra aslı vakıf olan taşınmazların Hazineye geçmesine yasal olanağın kalmadığı" vurgulandıktan sonra "dava konusu taşınmazların 24.09.1983 tarihinden sonra Hazine adına tescil edildiği anlaşılmakla vakfına rücu edecekleri açıktır..." denilerek bu yönde hüküm kurulan yukarıda merkeze alınana çok benzer bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2022/684, K. 2022/859, T. 8.2.2022. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2022-684-k-2022-859-t-8-2-2022>, s.e.t. 10.8.2024). İlk derece mahkemesince vakfın gayrisahih vakıf olduğu ve 17. madde şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddedildiğinin, ancak bu kararın istinaf aşamasında kaldırılarak davanın kabulüne hükümlü olduğunun ve ayrıca taşınmaz üzerindeki vakıf şerhinin mahkeme kararıyla taviz bedeli ödenmeksizin kaldırıldığı aktarıldığı; bunun ardından 17. madde hükmü aktarılarak "... anılan yasal düzenleme uyarınca taşınmazın vakfi adına tesciline karar verilebilmesi için mukataalı ya da icareteynli olup olmadığı, kayıt malikinin gaip kişilerden olup olmadığı, mirasçılarının bulunup bulunmadığının saptanması gerektiğinde kuşku yoktur..." şeklinde kalıp ifade ile vakfın türüne de vurgu yapar şekilde madde esasının nakledildiği ve fakat devamında "O halde, bir taşınmazın vakfi adına tescil edilebilmesi veya bedele hükmedilebilmesi, mutasarrıfının mirasçı bırakmadan öldüğünün ya da kaçak yitik olduğunun belirlenmesine bağlıdır." denip neticede, mahkemenin izlemesi gereken yol olarak -üstteki icareteyn mukataa meselesine temasın hilafına- vakfın türü ve niteliğinin araştırılmasına hiç değinilmeden "... öncelikle çekişme konusu 1 ada 11 parsel sayılı taşınmazın kadastro tespitine dayanak tüm belgelerin temini, ayrıca kayıt maliki ya da mirasçılarının kimliğinin tespitine ilişkin başkaca bilgi ve belge bulunup

ortaya konduğu üzere, söz konusu düzenleme, icareteynli ve mukataalı vakıflar hakkındadır. Mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıfların icareteyne veya mukataaya raptı hukuken söz konusu olmayacağından, gerek eski ve gerekse yeni vakıflar kanunlarının

bulunmadığının sorulması, getirilecek belgelerdeki verilerden yararlanmak suretiyle Nüfus Müdürlüğünde (tereddüt hasıl olması halinde Nüfus ve ... İşleri Genel Müdürlüğü'nde) ve zabita marifetiyle araştırma yapılarak kayıt malikinin mirasçı bırakmadan ölüp ölmediği ya da gaip kişilerden olup olmadığının açıklığa kavuşturulması ile sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir..." şeklinde değerlendirilme içeren bir karar için bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2021/975, K. 2021/1900, T. 31.3.2021. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-975-k-2021-1900-t-31-3-2021>, s.e.t. 10.8.2024). Temelde, davacının aslı vakıf olan taşınmazın mahlûlen vakfına dönmesi gerekirken Hazineye intikal ettiğini belirterek, Hazinesinin taşınmazı satmasıyla bedele dönüşen vakfın hakkının tahsilini talep ettiği bir dava, ilk derece mahkemesi tarafından vakfın gayrisahih olduğu gerekçesiyle reddolunmuş; istinaf aşamasında ise taşınmazın 2888 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra Hazine adına tescil edildiği vurgulanarak "...22.09.1983 tarihinden sonra aslı vakıf olan taşınmazların taviz bedeli ödensin ya da ödenmesin Hazine adına tesciline yasal imkân bulunmadığından ve taşınmazın taviz bedelinin ödenmiş bulunmasının vakfın mülkiyetini ortadan kaldırmayacağından, vakıf şerhinin kütükten terkin edilmiş olmasının vakfın varlığı ve aslı vakıf olan taşınmazın aidiyetini değiştirmeyeceğinden mülkiyetinin mahlûlen vakfına rücu etmesi asıl olduğu" yargısı üzerine davanın kabulüne karar verilmiştir. İlk derece mahkemesinin vakfın gayrisahih olduğuna yönelik tespiti, temyiz aşamasında sorgulanmadan ve tartışılmadan istinaf kararı onanmıştır. Oysa burada, yine davanın halinde esas nokta, taşınmazın vakıflığının (vakfiyetinin) türü ve mahiyetidir. Şayet ilk derece mahkemesi kararında vurgulandığı şekilde, mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih bir vakıf söz konusuysa bunun mahlûlen Hazineye intikali doğru olacaktır. Ancak, Hazine tarafından taşınmazın satışından elde edilen bedelin, taşınmazın vakıfla ilişkili kısmına isabet eden nispette, mahlûlât bedeli kapsamında değerlendirilerek vakfa verilmesi söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla bu inceliklere dikkat edilmemesi, kararı ve gerekçesini hukuki açıdan malul kıyor. Karar için bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2020/655 K. 2020/2509 T. 10.6.2020. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, s.e.t. 10.8.2024). Benzer başka kararlar için bkz. Yargıtay 1. HD., E. 2022/5635 K. 2023/5540 T. 16.10.2023. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2022-5635-k-2023-5540-t-16-10-2023>, s.e.t. 12.8.2023); Yargıtay 1. HD., E. 2022/6335, K. 2023/2800, T. 23.5.2023. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2022-6335-k-2023-2800-t-23-5-2023>, 12.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2022/7027, K. 2023/3523, T. 21.6.2023. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2022-7027-k-2023-3523-t-21-6-2023>, s.e.t. 12.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2013/16896, K. 2015/3657, T. 17.3.2015. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2013-16896-k-2015-3657-t-17-3-2015>, s.e.t. 12.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2021/10513, K. 2022/1898, T. 9.3.2022. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-10513-k-2022-1898-t-9-3-2022>, s.e.t. 12.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2023/3287, K. 2024/1323, T. 20.2.2024. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2023-3287-k-2024-1323-t-20-2-2024>, s.e.t. 12.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2014/16874, K. 2015/422, T. 15.1.2015. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=lhd-2014-16874.htm>, s.e.t. 12.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2017/3089, K. 2020/3678, T. 9.7.2020. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=lhd-2017-3089.htm>, s.e.t. 12.8.2024).

mahlûliyete ilişkin düzenlemelerinin bu tür vakıflar hakkında uygulanması düşünülemez.⁴³ Olayda mahkeme, yukarıda nakledilen gerekçelere geçmeden, en başta bu çeşit davalar açısından taşınmazın vakıflığının (vakfiyetinin) türü ve niteliğinin tespitinin önemi üzerinde durmalı ve bu yönde bir inceleme yaparak bunu karara yansıtmalıdır.

Benzer bazı yargı kararlarında atıfta bulunulan “2888 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 24.9.1983’ten sonra aslı vakıf olan taşınmazların Hazine adına tesciline yasal olanak kalmadığı” kabulü üzerinden, Hazine adına tescili bu tarihten sonra yapılan taşınmazları türlerini önemsemeyen mutlak manada vakfa döndürme fikri, hem vakıf hukukumuzun eskiden beri uygulanagelen temel esaslarına hem de kanun koyucunun vakfın türünü özellikle vurgulayan iradesine aykırıdır.⁴⁴ Zira böyle bir gerekçe, hukuk

⁴³ Bu tür aşar ve rüsum vakıfları ile ilişkili taşınmazların tapu belgelerinde görülebilen mukataa tabirinin bedel-i öşür mukataasına karşılık geldiği, bu kavramın 17. madde kapsamına giren mukataalı vakıflardaki mukataa ile karıştırılmaması gerektiği yukarıda anlatılmıştı. Bilgi için bkz. II/A ve dipnot 21.

⁴⁴ Belirtelim ki bu bakışa dayalı yanlış formül kullanımı, her zaman Hazine aleyhine netice vermemekte; bazen Vakıflar aleyhine de sonuç doğurabilmektedir. Örneğin, şu davada davacı “... *Arazi Kanunnamesinin 4/2 madde ve fıkrası ile Ahkam’ül-Evkaftın 137. maddesi gereği aşar ve rüsumu vakfedilmiş olan arazilerden mutasarrıfın mirasçı bırakmadan ölümü halinde son mirasçı olan Devlete intikal etmesi ve Devletin kendisine intikal etmiş olan taşınmazı satışa çıkartıp üçüncü kişilere devretmesi halinde elde edilecek bedelin mahlûlât bedelini oluşturduğunu...*” belirterek “*Sultan Beyazıt Vakfından mukataalı taşınmazın*” satış bedelinin mahlûlât bedeli kapsamında davalı Hazineden tahsili istemiyle dava açmıştır. Yukarıda II/B’de anlatıldığı üzere, eski hukukumuzda göre aşar ve rüsumu vakfedilmiş arazilerin mahlûlen Hazineye intikali neticesinde, arazinin Hazineye bir başka kişiye tefviziyle elde edilen mahlûlât bedelinin vakfa verilmesi esastır. Bu yüzden, zemini aşar ve rüsum vakfı ile ilişkili olan bir taşınmazın mahlûlen Hazineye intikalinin ardından yapılan satış işleminden elde edilen bedelin -taşınmazın vakıfla ilişkili kısmına isabet eden nispette- vakıf tarafına verilmesi doğrudur. Buna karşın, söz konusu davada mahkeme olaya tamamen farklı bir cihetten bakmış; mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıflar hakkında uygulanmaması gereken, aslen sahih vakıflardan icareteynli ve mukataalı vakıflar hakkında uygulanması söz konusu olan 2888 sayılı Kanuna atıfla “2888 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 24/09/1983 tarihinden sonra aslı vakıf olan taşınmazların Hazineye geçmesine yasal olanağın kalmadığı, aynı yasa kuralına göre taşınmazın önce mutasarrıfına geçip özel mülk haline gelmesi, mal sahibinin mirasçı bırakmadan ölmesi ve 2888 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce tapuda Hazine üzerine tapu kaydının oluşturulması durumunda da tapu kaydının iptali istenerek taşınmazın vakfına dönüşü talep edilemeyeceği taşınmazın vakfa dönüşü talep edilemeyeceğinden satışından elde edilen gelirin de Hazine tarafından talep edilebilmesinin hukuki dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle, asıl ve birleştirilen davaların reddi” yönündeki ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Böylece, taşınmazın 2888 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce Hazine üzerine geçtiği bilgisi çözüm için anahtar kılınarak dava reddedilmiştir. Oysa davacının iddia ettiği gibi gerçekten bir aşar ve rüsum vakfının olup olmadığı araştırılmalı -bu kapsamda tapu kayıtlarında geçen mukataa tabirinin mirî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği taşınmazlarda görülen bedel-i öşür mukataası anlamına gelip gelmediği de sorgulanmalı- ve neticede aşar ve rüsum vakfı söz konusuysa taşınmazın vakıfla ilişkili olan kısmı nispetinde, satıştan elde edilen bedelin vakfa ödenmesine hükümlenmelidir. Ancak, taşınmazın vakfiyetinin nevi ve mahiyetine ilişkin böyle bir sorgulama yapıldığı ya da buna önem verildiği, incelenen mahkeme kararına

teknîği bakımından ancak aslı gerçekten vakıf olan icareteynli taşınmazlar veya mukataalı arsalar açısından geçerli olabilir. Aksi yöndeki bir uygulama ise gerek eski hukukumuzun ve gerekse yürürlükteki hukukumuzun vakıf türlerine bağladığı hukuki sonuçları ortadan kaldıracı ve hakiki manada vakıf addedilmeyen -mesela mîrî arazinin aşar ve rüsumunun tahsisinden ibaret olan gayrisahih vakıf arazi yahut bunun üzerindeki vakıflığı söz konusu dahi olmayan mülk nevinden bir yapı gibi⁴⁵- bir taşınmazı bile aslında rücu mahalli olmayan bir vakıf kapsamına sokmak gibi yanlış neticelere götürücü, haksız iktisaba yol açıcı, hukuka aykırı, abes bir iş olacaktır. Mevzuyu biraz daha açmak gerekirse, eski vakıf hukukumuzla ilişkin, bugün de geçerli olan en temel hukuki esaslara göre mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği türden gayrisahih evkaftan olan bir taşınmazın aslının vakıf olmasına imkan yoktur; zira onda vakfa konu şey, asıl ve aynı değildir. Taşınmazın vakıf ile ilişkisi, arz (zemin) merkezlidir ve temelde bu kısmı üzerine isabet eden birtakım mali kaynakları (aşar ve rüsum) konu edinmektedir.⁴⁶ Dolayısıyla vakıf şerhi taşımak ile kanunun aradığı icareteynli veya mukataalı taşınmaz olmak ya da aslı ve aynı vakıf bir taşınmaz olmak aynı şeyler değildir. Bu bakımdan, yargı kararlarında sıklıkla geçen -“aslı vakıf olmak” gibi- kalıp ifadelerin kullanımında, bu tabirlerin hukuki anlamda içinin boş olmadığına emin olmak gerekir. Bu ise yukarıda belirtildiği üzere, vakıf şerhi taşıyan her bir taşınmazı “aslı vakıftır” şeklinde kalıp bir yargıya tâbi tutmadan; teorik ve pratik alt yapıyı ayrıntılı bir biçimde bilerek; tapu ve kadastra belgeleri, vakfiye, hudutname, mahkeme kararı vb. aslı kaynaklara müracaatla türe ve niteliğe ilişkin olarak yapılacak ince bir tahkik ve tahlil neticesinde mümkün olabilecektir.⁴⁷

yansımamıştır; aksine 2888 sayılı Kanuna atıfla uygulanan formülle hükme varıldığı görülmektedir. Buradaki hata, taşınmazın vakfa dönüp dönmediğini temel sorun kabul ederek, vakfa döndü ise satım nedeniyle vakfin hakkının bedele dönüştüğü varsayımı üzerinden meseleye yaklaşılmasından kaynaklanmaktadır. Karar için bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2022/2909, K. 2022/6666, T. 13.10.2022. (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2022-2909.htm>, s.e.t. 10.8.2024).

⁴⁵ Mîrî arazi üzerindeki bina ve ağaçların (muhdesât) hukuki durumu hakkında bilgi için bkz. yukarıda dipnot 30.

⁴⁶ Taşınmazın arzının ziraata elverişli olmama, yapılaşmaya konu olma gibi bir sebepten ötürü öşüre bedel mukataaya bağlanması söz konusu olduysa, belirtilen ilişki, zemin üzerinden vakıf için takdir olunan mukataa merkezli bir mahiyet arz edecektir.

⁴⁷ Bu yolda, eski vakıf hukuku alanındaki uzman bilirkişilerden yardım almak uygun bir yoldur. Bu konuda, Vakıflar İdaresinden de bilgi almak mümkün ise de bu tür davalarda İdare taraf olduğundan bununla yetinilmemelidir. Bu yüzden, 17. madde metninde geçen icareteyn ve mukataanın varlığının sorgulanması gerektiğini bildiren bazı mahkeme kararlarında, izlenmesi gereken yol olarak vurgulanan “vakfin icareteynli ya da mukataalı olup olmadığının Vakıflar İdaresinden sorulması” şeklindeki usul, tek başına sıhhatli ve âdil bir netice elde etmeye elverişli değildir. Alıntılanan sakıncalı usulü içeren örnek kararlar için bkz. Yargıtay HGK, E. 2017/1-1240, K. 2021/444, T. 8.4.2021. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1240-k-2021-444-t-8-4-2021>, s.e.t. 13.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2013/10471, K. 2013/13709,

SONUÇ

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesi, icareteynli ve mukataalı taşınmazların mahlûliyetleri durumunda vakıflarına dönmesini öngörmektedir. Söz konusu hüküm, bu konuda Türk hukukundaki ilk düzenleme olmayıp mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 29. maddesine 2888 sayılı Kanunla eklenen ikinci fıkra hükmünün devamı niteliğindedir. Her iki düzenlemenin de merkezinde, tasfiyeye tâbi tutulan icareteynli ve mukataalı taşınmazlar yer almaktadır. Bununla beraber, eski hukukumuzda da icareteynli vakıf akarların ve muhdesâtan âri boş haldeki mukataalı toprakların mahlûlen vakıflarına dönmeleri cari olmuştur ve bu esaslar Cumhuriyet döneminde varlığını sürdürmüştür. Kanun koyucu, 2888 sayılı Kanunla yaptığı değişiklikte tasfiye süreci sonunda, mutasarrıflarının mülkü vasfını kazanan eski vakıf taşınmazların mahlûliyet durumunda, Medeni Kanunun hükümleri gereği son mirasçı sıfatıyla devlete geçmesini engellemek istemiştir.

T. 30.9.2013. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2013-10471-k-2013-13709-t-30-9-2013>, s.e.t.13.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2022/3735, K. 2022/7218, T. 3.11.2022. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2022-3735-k-2022-7218-t-3-11-2022>, s.e.t. 13.8.2024). Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin şu kararında bu gerçek, 17. madde şartları ile de ilişki kurularak isabetle şu şekilde belirtilmiştir: “... 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesi gereğince ‘Tasarruf edenlerin veya maliklerinin mirasçı bırakmadan ölümleri, kaybolmaları, terk ya da mübadil gibi durumlara düşmeleri halinde, icareteynli ya da mukataalı taşınmaz malların mülkiyeti vakıf adına tescil edilir’ (...) Bu halde somut uyuşmazlığın çözümü için ‘Mahmut Çelebi Vakfının’ mukataalı veya icareteynli vakıf olup olmadığının yöntemince araştırılması gerekir (...) Vakfiye kapsamındaki her taşınmazın coğrafi konumu ve hukuki durumu farklı olacağından bu taşınmazların kadim köy, kasaba ya da şehir içindeki mülk topraklar içinde olup olmadığı keşfen ve uzman bilirkişiler marifetiyle saptanmalıdır. Vakfın niteliğinin belirlenmesi noktasında *yalnızca davacı kurum olan Vakıflar Genel Müdürlüğü’nden gelen yazı cevabına göre tespit yapılması yeterli değildir*. Tüm bu açıklamalar ışığında; vakıf türünün belirlenmesi ve belirlenen vakıf türüne göre çekişmeli taşınmazda vakfın bir hakkının kalıp kalmadığının, taşınmazın vakfiyesine göre tespit edilen gayeye uygun kullanılıp kullanılmadığının hiçbir kuşkuya yer bırakmadan saptanması bu tür davalarda önem kazanmaktadır...” Yargıtay 3. HD., E. 2016/8587 K. 2017/2963 T. 13.3.2017. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2016-8587-k-2017-2963-t-13-3-2017>, s.e.t. 13.8.2024). Söz konusu karar, her ne kadar mirî arazinin aşar ve rûsumunun vakfedildiği gayrisahih vakıflar hakkında açık ve özel bir temas içermese de çizdiği usulün yanında, 17. maddenin uygulanması noktasında vakfın türü ve niteliğinin önem arz ettiğini takdir etmesi itibarıyla oldukça önemlidir. (17. maddeye ilişkin olarak vakfın türünün, icareteynli veya mukataalı olup olmadığının tespit edilmesi gerekliliğine değinen başka kararlar da vardır. Örneğin bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2021/917, K. 2021/1701, T. 24.3.2021. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-917-k-2021-1701-t-24-3-2021>, s.e.t. 13.8.2024); Yargıtay 1. HD. E. 2021/805, K. 2021/1551, T. 17.3.2021. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2021-805-k-2021-1551-t-17-3-2021>, s.e.t. 13.8.2024); Yargıtay 1. HD., E. 2014/11356, K. 2014/18999, T. 4.12.2014. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2014-11356-k-2014-18999-t-4-12-2014>, s.e.t. 13.8.2024).

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 17. maddesinin metnine ve tarihsel arka planına bakıldığında durum açık olsa da söz konusu düzenleme, zaman zaman icareteynli ve mukataalı taşınmazları aşacak; mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfa konu edildiği cinsten gayrisahih vakıf bağlantılı taşınmazları da kapsayacak şekilde uygulanmaktadır. Oysa bu tür bir taşınmazın vakıfla aynı bir bağı olmayıp 17. maddenin aradığı tarzda icareteyn veya mukataaya bağlı olması mümkün değildir.

Yargı kararlarından anlaşıldığına göre belirtilen yanlış uygulamanın temel sebebi, vakıf türlerine ilişkin ayrımların vakıf ile taşınmaz arasındaki ilişkinin mahiyetini belirlemede asli rolü olduğunun takdir edilemeyeşidir. Bu bağlamda, en çok “2888 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 24.9.1983’ten sonra vakıf taşınmazların Hazine adına tesciline olanak kalmadığı” kabulünün tür ve nitelik bilgisi önemsemeden, tüm vakıf taşınmazlar hakkında uygulandığı görülmektedir. Vakfın türü ve niteliğinin önemi ortaya konduktan sonra, icareteynli ve mukataalı vakıflar hakkında atıfta bulunulabilecek olan bu kabule “taşınmazın aslının vakıf olduğu” gibi -mîrî arazinin aşar ve rüsumunun vakfedildiği cinsten gayrisahih vakıf bağlantılı bir taşınmaz için kullanıldığında hiçbir hukuki karşılığı olmayan-vasıflandırmalar da eşlik etmektedir. Böylece çözüm yolunda, adeta bir formül olarak tekrarlanan hukuki manada içi boş kalıp ifadeler, yanlış ya da yetersiz gerekçeler odak noktasında olunca, 17. maddenin metnindeki açık icareteyn ve mukataa vurgusu perdelenmiş olmaktadır. Bu durumun ise eski vakıf hukukumuzun temel esaslarıyla ve bugün için de kanun koyucunun iradesiyle çelişen, asli ve aynı vakıf olmayan bir taşınmazı bile rücû yeri olmayan bir vakfa nakledici, hukuka aykırı bir iş olduğu pek açıktır.

Mîrî arazinin aşar ve rüsumu vakfedilmiş arazilerle ilişkili taşınmazlar hakkında Vakıflar İdaresi, mahlûl taşınmazın vakfa rücûu için değil de; mahlûl arazinin tefvizi sürecinde tahsil edilen mahlûlât bedelinin vakfa aidiyeti esasına atıfla, taşınmazın Hazineye intikalinin ardından satılarak elde edilecek olan satış bedelinin -taşınmazın vakıfla ilişki kısmı nispetinde-tahsili için çabalmalıdır. Uygulamada örnekleri olan bu tarz bir tavır, diğeriyle kıyaslandığında eski vakıf hukukumuzun bugün de cari olan ilkeleriyle uyumlu, hukuk tekniği bakımından içi boş olmayan, haklı ve makul bir talep olacaktır.

KAYNAKÇA

1. Arşiv Belgeleri ve Gazeteler

- Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi, C.EV., 461/23333, 25 Şevval 1204/8 Temmuz 1790.
- Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi, İ.DFE., 22/36:4, 13 Şevval 1325/19 Kasım 1907.
- Cumhuriyet Gazetesi, 20 Mart 1981.

2. Mahkeme Kararları*

- Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 2012/77, K. 2013/58, 13.3.2013.
- Beyoğlu İ. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 1993/130, K. 1994/12, T. 27.1.1994.
- Yargıtay 1. HD.: E. 1989/15135, K. 1990/721, T. 25.1.1990; E. 2002/7607, K. 2002/8350, T. 1.7.2002; E. 2005/2753, K. 2005/3878, T. 31.3.2005; E. 2009/4411, K. 2009/5521, T. 11.5.2009; E. 2010/2265, K. 2010/5184, T. 3.5.2010; E. 2012/1586, K. 2012/4277, T. 12.4.2012; E. 2013/10471 K. 2013/13709 T. 30.9.2013; E. 2014/11356, K. 2014/18999, T. 4.12.2014; E. 2014/16874, K. 2015/422, T. 15.1.2015; E. 2013/16896 K. 2015/3657 T. 17.3.2015; E. 2016/18417, K. 2017/185, T. 12.1.2017; E. 2020/655 K. 2020/2509 T. 10.6.2020; E. 2017/3089, K. 2020/3678, T. 9.7.2020; E. 2021/805, K. 2021/1551, T. 17.3.2021; E. 2021/917, K. 2021/1701, T. 24.3.2021; E. 2021/975, K. 2021/1900, T. 31.3.2021; E. 2021/1843, K. 2021/3409, T. 21.6.2021; E. 2022/684, K. 2022/859, T. 8.2.2022; E. 2021/10491 K. 2022/1692 T. 2.3.2022; E. 2021/10513 K. 2022/1898 T. 9.3.2022; E. 2021/10512 K. 2022/1899 T. 9.3.2022; E. 2022/2909, K. 2022/6666, T. 13.10.2022; E. 2022/3735 K. 2022/7218 T. 3.11.2022; E. 2022/6335 K. 2023/2800 T. 23.5.2023; E. 2022/7027 K. 2023/3523 T. 21.6.2023; E. 2022/5635 K. 2023/5540 T. 16.10.2023; E. 2023/3287 K. 2024/1323 T. 20.2.2024.
- Yargıtay 3. HD., E. 2016/8587 K. 2017/2963 T. 13.3.2017.
- Yargıtay 6. HD., E. 1982/7387, K. 1982/9452., T. 26.10.1982.
- Yargıtay 14. HD., E. 1975/3, K. 1975/3, T. 28.5.1975.
- Yargıtay H.G.K.: E. 1956/6-8, K. 1956/23, T. 6.6.1954; E. 1983/1-253, K. 1985/1997, T. 6.12.1985; E. 1994/2-696, K. 1995/1, T. 25.1.1995; E. 2001/2-1068, K. 2001/1115, T. 5.12.2001; E. 2017/1-1240, K. 2021/444, T. 8.4.2021; E. 2017/1-2620, K. 2021/445, T. 8.4.2021; E. 2022/401, K. 2023/1235, T. 13.12.2023; E. 2022/401, K. 2023/1235, T. 13.12.2023.
- Yargıtay İBBGK., E. 2003/1, K. 2004/1, T. 2.4.2004.

3. Bildiri, Makale ve Kitaplar

- Alp M, "Anayasa Hukuku Bakımından Mahkeme Kararlarında Sözde (Görünürde) Gerekçe", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, ss. 425-441.
- Aydın M Â, Türk Hukuk Tarihi, 18. bs., Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2021.
- Berki A H, Vakıflar, 2. bs., Aydınlık Basımevi, İstanbul, 1946.

* Mahkeme kararlarının alıntılandığı kaynaklar ve veri tabanları, metinde parantez içerisinde gösterilmiş, burada ayrıca aktarılmamışlardır.

Berki A H, “İslâmda Vakıf, Sahih ve Gayrisahih Nevileri II”, C. VII, S. 1, 1958, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 1-10.

Bilmen Ö N, Hukukî İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C. V., Bilmen Yayınevi, İstanbul, t.y.

Cin H, “Osmanlı Devletinde Arazi ve Vakıf Hukuku”, Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu Kitabı, VGM Yayınları, Ankara, 2004, s. 49-70.

Cin H, Mirî Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, 3. bs., Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Adana, 2005.

Çınar Ö, “Taviz Bedeli ve İcareteynli ve Mukataalı Vakıfların Tasfiyesi”, C. XV, S. 1-2, 2011, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 105-117.

Çınar Ö, “Vakıflar Kanunu'nun 17. Maddesi Çerçevesinde İcareteynli ve Mukataalı Taşınmazların Vakfına Dönmesi”, 11th Global Waqf Conference: New Generation Waqfship, IHU Press, İstanbul, 2023, ss. 59-61.

Dalamanlı L, Gayrimenkul Davaları: Vakıflar-Miras, İstanbul, Kurtulmuş Basımevi, 1952.

Dalamanlı L, Eski-Yeni Vakıf Davaları, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1986.

Durmuş M E, Osmanlı Vakıf Hukukunda Mukâtaa, 1. bs., İktisat Yayınları, İstanbul, 2021.

Em A, Türk Hukuk Sisteminde Vakıflar, 2. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Erkal M, “Öşür”, DİA, İstanbul, TDV, 2007, c. XXXIV, ss. 97-100.

Giritlioğlu N, “Sahih ve Gayrisahih Vakıflar ile Sultan Vakıfları ve Taviz Bedeli”, Eski Vakıfların Günümüze Ulaşan Uygulamaları Sorunları ve Çözümleri Semineri 7-8 Aralık 1999, Ed. Suat Ballar, İstanbul, 2001, ss. 18-29.

Gücün C A, Nazari ve Amelî Hukuk Davaları-Gayrimenkuller Hakkında, C. I, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1944.

Hâtemî H, Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969.

Hâtemî H, Medenî Hukuk Tüzelkişileri I: Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979.

Hüseyin H, Ahkâm-ı Evkâf, Mekteb-i Mülkiye-i Şahane Litoğrafya Destgâhı, İstanbul, 1313.

Hüseyin H, Arazi Kanunnamesi Şerhi, 2. bs., Kanaat Kitabhanesi, Dersaadet, 1324.

İşeri A, “Vakıflar-Medenî Kanundan Önceki ve Sonraki Vakıf Nevileri ve Mahiyetleri”, S. 21, 1964, AÜHFD, ss. 199-280.

Kalıpcı M E, “Eski Vakıflara İlişkin Mahlûliyet Meselelerinde Vakfın Nevinin Önemi”, III. Uluslararası NEU Hukuk Kongresi Bildiri Özeti Kitabı, Konya, NEU Press, 2023, ss. 446-448.

Kaya S, Osmanlı Hukukunda İcareteyn, 1. bs., Klasik, İstanbul, 2014.

Macit K, “Mirî Arazi”, DİA, Ankara, TDV, 2020, c. XXX, ss. 157-160.

Köprülü B, “Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcareteynli Vakıflar,” C. XVII, S. 3-4, 1951, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 685-717.

Köprülü B, “Evvelki Hukukumuzda Vakıf Nev'iyetleri ve İcareteynli Vakıflar,” C. XVIII, S. 1-2, 1952, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 215-257.

Kurt E, “Vakıf Kökenli Taşınmaz Mülkiyetinin (Mahluliyet Halinde) Vakfına Dönmesi”, C. XXII, S. 2, Temmuz 2023, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 285-326.

Mardin Ebü'lülâ, Toprak Hukuku Dersleri, Stad Matbaası, İstanbul, 1947.

- Ökçesiz H, “Devlet ve ‘Gerekçe’si”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi: 10. Kitap, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004, ss. 11-13.
- Ömer H, Ahkâmü'l-Evkâf, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1307.
- Özkaya E, Eski Vakıf Hukuku, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Öztürk N, “Mukâtaalı Vakıf”, DİA, Ankara, TDV, 2020, c. XXXI, ss. 132-134.
- Sungurbey İ, Eski Vakıfların Yeni Sorunları, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.
- Ş[emseddin] Sami: Kâmûs-i Türki, İkdâm Matbaası, Dersaadet, 1317.
- Tabakoğlu A, “Öşür: Osmanlılar”, DİA, İstanbul, TDV, 2007, c. XXXIV, ss. 100-103.
- Türk Hukuk Lugatı, 3. bs., Ankara, 1991.
- Ulaş H A, “Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme”, C. XI, S. 2, 2021, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1243-1283.
- Yener M S, Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Mazbut Vakıf Taşınmazların Gayrimenkul Hukuku Meseleleleri, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.
- Yıldız K, “Osmanlıda İcâreteynin Başlangıç Tarihi Meselesi: İlk Uygulamalara Dair Tespitler”, C. V, S. 2, 2019, Cihannüma, ss. 25-46.

CİNSEL SALDIRI VE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇLARINDA SARKINTILIK DÜZEYİ (TCK m. 102/1-c. 2 ve TCK m. 103/1-c. 2)

*Molestation Level of Sexual Assault and Child Sexual Abuse
(TPC art. 102/1-s. 2 and TPC art. 103/1-s. 2)*

Dr. Enver KAŞLI*

Öz: Sarkıntılık fiilleri, eski dönemlerden günümüze kadar birçok toplumda suç olarak kabul edilmiştir. Sarkıntılık Türk Ceza Hukukuna ilk kez 1933 yılında girmiştir. 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde sarkıntılık kavramına yer verilmemiş olup 2014 yılında cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarına "sarkıntılık düzeyi" olarak eklenmiştir. Sarkıntılık düzeyinin en belirleyici iki özelliği bulunmaktadır. İlk husus, fiilin mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal edip etmediğidir, yani temastır. Sarkıntılık, bedensel temas yönüyle cinsel saldırı ve istismar suçlarına benzese bile "ani nitelikli" olması yönüyle suçun temel halinden ayrılmaktadır. Mağdura anlık olarak gerçekleştirilen sarkıntılıkta, failin cebre başvurması gerekir. Sarkıntılık ile basit cinsel saldırı veya istismar suçlarının iç içe olması bu suçlar arasında ayırım yapmayı zorlaştırmaktadır. Eğer fail, cinsel davranışı gerçekleştirirken mağdurun direnişini kırmaya çalışıyorsa sarkıntılık düzeyinin aştığı kabul edilmelidir. Sarkıntılığın ayrı bir suç olarak düzenlenmemesi beraberinde suçun nitelikli hal hükümlerinin uygulanmasında, teşebbüsün değerlendirilmesinde, suçun muhakemesinde, zamanaşımı süresinde tartışmalara neden olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: sarkıntılık, cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz.

Abstract: Acts of molestation have been punished as crimes in many societies from ancient times to the present. Molestation was first introduced into Turkish criminal law in 1933. The concept of molestation was not included in the first version of Turkish Penal Code No. 5237, but after 2014, it was re-included in the law as the "level of molestation" for both sexual assault and sexual abuse of children. There are two determining features of the level of molestation. The first issue is whether the act violates the bodily integrity of the victim, that is, contact. Although molestation is similar to sexual assault and abuse crimes in terms of physical contact, it differs with "sudden nature". The perpetrator should not resort to force when molesting the victim in a momentary space. The intertwining of molestation and simple sexual assault or abuse makes it difficult to distinguish between these crimes. If the perpetrator tries to break the victim's resistance while performing sexual behavior, it should be accepted that the level of molestation has been exceeded. The fact that molestation is not regulated as a separate crime causes debates in the application of the qualified state provisions of the crime, the evaluation of the attempt, and the statute of limitations.

Keywords: molestation, sexual assault, sexual abuse, sexual harassment.

* Ankara Emniyet Müdürlüğü, kaslienver@gmail.com

ÖRCID: 0000-0001-7738-1233

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573669

Makale Geliş Tarihi: 18.05.2024, Makale Kabul Tarihi: 19.09.2024

GİRİŞ

Cinsel suçlar çok eski dönemlerden beri cezalandırılabilir bile cinsel suçlarla ilgili düzenlemeler beraberinde birçok tartışmayı getirmektedir. Hukuk-ahlak ilişkisi, toplumun hassasiyetleri, ailenin ve çocukların korunması gibi değerler, bu tartışmaları etkilediği gibi mevcut cinsel suçlar arasındaki benzerlik ve farklılıklar da suç teorisi bakımından tartışılmaktadır. Türk Ceza Hukukunda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kişiler karşı suçlar kısmında altıncı bölümde cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104) ve cinsel taciz (TCK m. 105) suçları olmak üzere dört madde halinde düzenlenmiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar düzenlenirken mağdurun yaşı dikkate alınmıştır. Çocukların cinsel istismarı(kısaca istismar olarak yazılacaktır) ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları çocuk mağdurlara karşı işlenmektedir. Cinsel taciz hem yetişkinlere hem çocuklara karşı işlenebilirken cinsel saldırı suçunun mağdurları sadece yetişkin kişiler olabilmektedir.

Cinsel saldırı ve istismar suçu içinde düzenlenen sarkıntılık, yeni bir kavram değildir. Uzun bir zamandır ceza hukuku terminolojisinde ve günlük Türkçede sarkıntılık kavramı kullanılmaktadır. Cinsel saldırı ve istismar suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen en ağır suçlardır. Sarkıntılık, mülga Türk Ceza Kanununda (TCK) ayrı bir suç olarak düzenlenmişken bu fiiller, yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı ve istismar suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olarak kanuna daha sonra eklenmiştir. Dolayısıyla sarkıntılığı, 765 sayılı(mülga) TCK dönemi, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarih arası dönem ve 6545 sayılı kanun sonrası dönem olarak incelemek gerekir.

Sarkıntılık bir suç olarak mülga TCK'ya ilk kez 08.06.1933 tarihli 2275 sayılı Kanunla eklenmiştir.² Mülga TCK'nın "söz atma ve sarkıntılık" başlıklı 421. maddesinde yer alan hükümde açıklanmayan sarkıntılık, Yargıtay tarafından yapılan tanımlamaya göre "belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren, şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışları" kapsamaktadır.³ Öğretide yapılan tanımlamalarda ise sarkıntılıkla ilgili olarak; mağdurun rızasına aykırı olma, temelinde cinsel dürtünün(şehvetin) bulunduğu sözle, yazıyla veya diğer hareketlerle işlenme, vücuda temasın şart olmaması, irza tecavüz ve tasaddi suçlarını oluşturmama hususlarına vurgu yapılmıştır.⁴ 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da ise "söz atma ve sarkıntılık" fiilleri ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. 01.06.2005 tarihinden 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarih

¹ Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", S.57, 2005, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.244.

² Eylem Baş, "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu", C.65, S.4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.1144

³ Yargıtay CGK, E: 1990/5-343, K: 1990/361, T: 24.12.1990.

⁴ Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Hususi Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s.190.

arası dönemde, daha önceden sarkıntılık oluşturduğu kabul edilen fiillerden vücuda temas etmeyen cinsel davranışlar, cinsel taciz; vücuda temas eden cinsel davranışlar ise yetişkin mağdurlara karşı basit cinsel saldırı ve çocuk mağdurlara karşı istismar suçu kapsamında cezalandırılmıştır.⁵ Vücuda temas içeren sarkıntılık fiillerinin de cinsel taciz olarak cezalandırılması gerektiği öğretilmiş öne sürülmüşse de⁶ bu görüş Yargıtay uygulamasında hayat bulmamıştır. Sarkıntılık düzeyindeki vücuda temas içeren cinsel davranışların, basit cinsel saldırı ve istismar kapsamında cezalandırılması suç ve ceza arasındaki dengeyi bozduğu için 6545 sayılı Kanunla sarkıntılık yeniden ceza hukukuna dahil olmuştur.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki çalışmamızın konusu olan sarkıntılık, mülga TCK'da mevcut olmasına rağmen anlamı günümüzdeki TCK'dan farklıdır.⁷ İlk önemli fark, daha önceleri söz ve yazı ile gerçekleştirilen cinsel davranışlar da sarkıntılık kapsamında kabul edilebilirken bu fiiller hali hazırda cinsel taciz suçu kapsamında olduğu için sarkıntılıkla ilgili verilen önceki tarihli kararlar yürürlükteki düzenlemeyle örtüşmemektedir.⁸ İkinci önemli fark ise mülga TCK'da sarkıntılık ayrı bir suç maddesi şeklinde yer alırken hali hazırda cinsel saldırı ve istismar suçunun basit hali içinde sarkıntılık düzeyi olarak nitelendirilmektedir. Sarkıntılıkla ilgili hükümler cinsel saldırı ve istismar suçları olmak üzere iki farklı maddede yer almasına rağmen Yargıtay kararlarında sarkıntılıkla ilgili olarak hem mülga TCK dönemindeki öğretisi ve kararlara da sıkça atıf yapılmakta hem de benzer değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir.⁹ Dolayısıyla cinsel saldırı ve istismar suçu ayrı suçlar olsa da sarkıntılık

⁵ Selman Dursun “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, S.24, 2014, Ceza Hukuku Dergisi, s.61; Yargıtay 5. CD, E:2007/3085, K:2007/2893, T:16.04.2007 kararında mağdurenin arkasından bacağına ellenerle okşanması fiilini basit cinsel saldırı olarak kabul etmiştir. Bkz. Mehmet Emin Artuk/ Mehmet Emin Alşahin, “Sarkıntılık Fıili”, C.65, S.4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.3244.

⁶ Veli Özer Özbek/ Nihat Kanbur/ Koray Doğan vd., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.355.

⁷ Mevzuat incelendiğinde 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu m.12’de sarkıntılık suçundan dolayı mahkûm olanların sözleşmeleri feshedilmek suretiyle Türk Silahlı Kuvvetleri ile ilişkileri kesileceği düzenlenmektedir. Yine 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu m. 109’da astsubaylıktan subay olmaya engel haller arasında sarkıntılık suçundan dolayı mahkûm olma sayılmaktadır. 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce bahse konu kanunlarda yer alan sarkıntılık ifadesinin karşılığı olarak 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.3’de yer alan “Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır” hükmü doğrultusunda bahse konu kanun maddelerindeki sarkıntılık suçuna karşılık olarak yürürlükteki TCK m.102/1, 103/1 ve m.105 olarak kabul edilmesi gerekir.

⁸ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.299-300.

⁹ Yargıtay CGK E:2019/172, K:2020/294, T:16.06.2020; CGK E:2019/256, K:2020/295, T:16.06.2020; CGK E: 2019/45, K:2020/62, T:06.02.2020; CGK E:2019/47, K:2020/244, T:28.05.2020.

hükümleri bakımından ortak bir bakış açısı olduğu görülmektedir. Makalenin amacı hem cinsel saldırı hem çocukların cinsel istismarı suçunda yer alan sarkıntılık fiillerini suçun unsurları bakımından incelemektir.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Her suç, hukuk düzeni tarafından korunan bir değeri veya menfaati ihlal etmektedir.¹⁰ Suçlar da, suçun ihlal ettiği hukuki değere göre ceza kanununda gruplandırılmaktadır. Cinsel suçlarla korunan hukuki değeri açıklarken mağdurun kişi dokunulmazlığı, genel adap, cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlük gibi birden fazla hukuki değerden bahsedilmektedir.¹¹ Cinsel suçlarla ilgili olarak ceza kanununun temel felsefesine göre cinsellik, bir özgürlük olup¹² cinsel suçlar ağırlıklarıyla orantılı olarak cezalandırılmaktadır. Cinsel suçlar içinde yer alan sarkıntılığın cezalandırılmasıyla korunan hukuki yarar, cinsel saldırı ve istismar suçuyla korunan hukuki değerle aynı olup cinsel özgürlük¹³ ve cinsel dokunulmazlıktır.¹⁴ Cinsel özgürlük, kişinin cinsel hayatındaki özgürlüğünü ifade ederken cinsel dokunulmazlık kişinin hukuka aykırı cinsel davranışlara karşı korunmasıdır.¹⁵ Cinsel özgürlük ve dokunulmazlık, kişi dokunulmazlığının daha dar bir görünümüdür. Zira sarkıntılık cinsel saldırı ve istismar suçunun temel hali içinde düzenlenmektedir. Cinsel saldırının ve istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde suçun temel haline göre daha az bir ceza öngörülmektedir.

Sarkıntılık düzeyindeki fiillerin cezalandırılmasıyla cinsel dokunulmazlığın yanı sıra aynı zamanda mağdurun vücut bütünlüğü ve ruhsal bütünlüğü de korunmaktadır. Sarkıntılık oluşturan fiil ile mağdura fiziksel temas gerçekleştiğinden dolayı bu fiil, mağdurun cinsel özgürlüğünün yanında mağdurun fiziksel ve ruhsal bütünlüğü(kişi dokunulmazlığı) de ihlal etmektedir.¹⁶

¹⁰ Sunay Fırat/ Yiğit İltaş/ Ş. Berfin Işık Yılmaz, Ruhsal ve Hukuki Yönleriyle Çocuk İstismarı Çocukların Cinsel Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.101

¹¹ Sefa Şişman, Cinsel Saldırı Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2010, s.55.

¹² Eski TCK'da cinsel saldırı fiilleri, genel ahlakı ve nizamı ilgilendiren suçlar arasında düzenlenmekteydi.

¹³ Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.325.

¹⁴ Yargıtay CGK, E: 2019/14-38, K: 2021/233, T:01.06.2021 sayılı kararında "Korunan hukukî değer, kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığıdır" denilmektedir.

¹⁵ Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 47.

¹⁶ M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 358.

II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

Sarkıntılık ayrı bir suç olarak düzenlenmemektedir. Sarkıntılıkla ilgili hükümler cinsel saldırı ve istismar suçları olmak üzere iki farklı maddede yer almaktadır. Her iki kanun maddesinde de suçun “sarkıntılık düzeyinde” kalmasından bahsedilmekte, sarkıntılık kavramının tanımı ve sınırları belirlenmemektedir. Cinsel saldırı suçu, TCK m.102’de beş fıkra halinde düzenlenmektedir. Madenin ilk fıkrasında suçun temel hali ve sarkıntılık yer almaktadır. Cinsel saldırı suçunun temel halinde vücuda organ veya sair bir cisim sokulmadan vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında vücuda organ veya sair cisim sokularak vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi cezalandırılmaktadır. Devam eden fıkralarda ise suçun nitelikli halleri düzenlenmektedir. Benzer şekilde çocukların cinsel istismarı suçu TCK m.103’de altı fıkra halinde düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında suçun temel hali ve sarkıntılık yer almaktadır. İstismar suçunun temel halinde vücuda organ veya sair bir cisim sokulmadan vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir.¹⁷ Maddenin ikinci fıkrasında vücuda organ veya sair cisim sokularak vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi cezalandırılmaktadır. Maddenin devam eden fıkralarında ise suçun nitelikli halleri düzenlenmektedir.

Cinsel saldırı ve istismar suçunun temel hali ve daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hali arasındaki ayırmada vücuda organ veya sair bir cisim sokulması ölçütü dikkate alınmaktadır.¹⁸ Vücuda organ veya sair bir cisim sokulmadan cinsel amaçlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi bahsedilen suçların basit halini oluşturmaktadır. Sarkıntılık, suçun basit halinden de daha az cezayı gerektiren bir hal (düzey) olarak düzenlenmektedir.

Sarkıntılıkla ilgili olarak TCK m.102/1’de yer alan hükümde “Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir” denilmektedir. Yine TCK m.103/1’de “Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır” denilmektedir.

¹⁷ TCK m.103/1’e göre cinsel istismar deyiminden “a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır”.

¹⁸ Abbas Kılıç, “Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, S. 78, 2008, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.180

A. FAİL

Sarkıntılık fiilleri, hem cinsel saldırı hem cinsel istismar suçu bakımından herkes tarafından işlenebilir. Fail; mağdur ile aynı veya ayrı cinsten her yaşta kadın veya erkek olabilir.¹⁹ Suç failinde bulunması gereken koşullarla ilgili olarak kanunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Çocukların cinsel istismarı suçunda tartışmalı noktalardan birisi suçun failinin de çocuk olmasıdır. Bu suçun faili çocuk olabilir.²⁰ Ancak hem fail hem mağdur on beş yaşından küçükse ve rızalarıyla sarkıntılık kabul edilebilecek davranışlar gerçekleştirmişse nasıl bir değerlendirme yapılacağı kanunda öngörülmemektedir. Öncelikle bu olayda “suç” gerçekleşip gerçekleşmediği, suç gerçekleştiği kabul edilirse failin belirlenmesi konusunda farklı görüşler öne sürülmektedir.²¹ Bununla birlikte TCK m. 103/1’e göre “Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır”.²²

Cinsel saldırı suçu bakımından sarkıntılığın eşe karşı işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Eşler arasında gerçekleştirilen cinsel davranışlar mülga TCK döneminde suç olarak kabul edilmemekteydi. Bu yaklaşımın temelinde ise cinsel suçlarla korunan hukuki değerlerin genel adap olduğu belirtilmektedir. Yürürlükteki TCK’da ise cinsel suçlar, cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü güvence altına aldığı için cinsel suçların eşler arasında da işlenebileceği kabul edilmektedir.²³ Nitekim TCK m.102/2’de bu anlamda açık bir düzenleme bulunmaktadır. Vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı suçu, eşe karşı işlenirse suçun muhakeme usulü değişmekte mağdurun şikâyeti aranmaktadır. Basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenip işlenemeyeceği ise halen tartışmalıdır. Bir görüşe göre sarkıntılık düzeyini de kapsayan basit cinsel saldırı maddesinde suçun eşe karşı işlenmesi hali açıkça düzenlenmediği için kanunilik ilkesi gereği suçun eşe karşı işlenmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay’a göre de TCK m.102/1’de tanımlanan cinsel saldırı suçunun basit hali (TCK m. 102/1-c.1) eşe karşı işlenmemektedir.²⁴ Bu görüşe göre evleviyet kuralı gereği, eşe karşı cinsel saldırı suçunun temel hali işlenemiyorsa daha az cezayı gerektiren sarkıntılık fiilleri de işlenemez.²⁵ Dolayısıyla eşlerin bu suçun faili olması mümkün

¹⁹ İhsan Akçin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Ocak-Nisan, S. 1-2, Ankara, 2006, Yargıtay Dergisi, s.101-102; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2006, s.171; Sevük, s.251.

²⁰ Merve Aygül Atakaya, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarında Sarkıntılık Fiili (Yargıtay Kararları Işığında)”, C. 5, S. 1, 2022, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, s.118.

²¹ Murat Aydın, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 26-29.

²² Bu düzenlemenin sınırlı kapsamını eleştiren görüşler mevcuttur. Bkz. Yokuş Sevük, s.365.

²³ Dursun, s.65; Taner, s.88.

²⁴ Yargıtay 14. CD. E: 2012/4276, K: 2014/1689, T:13.02.2014.

²⁵ Artuk/Alşahin, s.3261-3262.

değildir.²⁶ Başka bir görüşe göre ise yürürlükteki TCK'da ise cinsel suçlar, cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü güvence altına aldığı için hem basit cinsel saldırı suçu hem nitelikli hali eşe karşı işlenebilir, nitelikli cinsel saldırı durumunda suçun takibi şikayete bağlı tutularak sadece devletin doğrudan müdahalesi engellenmektedir.²⁷

Sarkıntılık başlı başına bir suç normu olarak düzenlenmediği için sarkıntılıkla ilgili değerlendirme basit cinsel saldırı ve istismar hükümlerine göre değerlendirme mecburiyeti vardır. Suçun faili açısından bakıldığında basit cinsel saldırı suçunda fail-mağdur ilişkisine göre cezanın artırılmasını öngören nitelikli hali (TCK m.102/3-b, c) işlenmesi halinde daha fazla ceza öngörülmektedir. Fail; kamu görevinden, vesayet veya hizmet ilişkisinden doğan nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle sarkıntılık suçu işlemişse daha ağır cezalandırılması öngörülmektedir (TCK m.102/3-b). Fail ile mağdur arasında üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi varsa ya da sarkıntılık; üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmişse de daha ağır cezalandırılması öngörülmektedir(TCK m.102/3-c). Cinsel istismar suçunda da cinsel saldırı suçunda olduğu gibi fail-mağdur ilişkisine göre cezanın artırılmasını öngören nitelikli hali (TCK m.103/3-c, d) işlenmesi halinde daha fazla ceza öngörülmektedir. Fail; vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişilerden ise daha fazla ceza verilmesi öngörülmektedir (TCK m.103/3-d). Yine suç üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından işlenmişse de ceza artırılmaktadır (TCK m.103/3-c).

Sarkıntılık olaylarında basit cinsel saldırı ve istismar suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Nitelikli hallere ilişkin hükümlerin sarkıntılık için de uygulanacağı hem öğretide hem Yargıtay kararlarında hakim görüştür. Ancak bazı kararlarda yer verilen karşı oy gerekçelerinde sarkıntılık için nitelikli hal hükümlerinin uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir.²⁸ Cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinin sarkıntılık için uygulanmasında bazı tartışmalı kararlar bulunmaktadır.

İlk tartışma sarkıntılık kavramının basit cinsel saldırı içinde olmadığı dönemde fail-mağdur ilişkisini düzenleyen nitelikli hükümlerin, sarkıntılık suçunun takip usulünü değiştirip değiştirmediğine ilişkindir. Yargıtay uygulamasında cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinin sarkıntılık için uygulanması halinde suçun takip usulünün resen takip olacağı kabul edilmekte ve bu uygulama Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir karara dayanmaktadır.²⁹ Bahse konu karardaki olay basit cinsel saldırı suçuna

²⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s.361.

²⁷ Dursun, s.65-66; Yokuş Sevük, 326.

²⁸ Yargıtay 9. CD. E:2021/27907, K:2022/3354, T:11.04.2022.

²⁹ Yargıtay CGK E:2006/5-193 K:2006/203 T:03.10.2006 sayılı kararında "...5237 sayılı TCY.nın 102/1. maddesinde ise, suçun basit hali şikayete tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, bunlar arasında yer alan suçun evlilik birliği içinde işlenmesi hali şikayet

ilişkindir. Kararın verildiği tarihte sarkıntılık kavramı, TCK'da yer almamaktadır. Yürürlükteki mevzuatta sarkıntılık, mülga TCK'dan farklı olduğu için bu kararda yapılan değerlendirmelerin gözden geçirilmesi gerekirken aynen uygulanmaya devam edilmesi hatalıdır. Nitekim bir kararda yer alan karşıt oy gerekçesinde “...Sarkıntılık aşamasında kalan cinsel saldırı suçunun nitelikli şekilde işlenmesinin mümkün olup olamayacağı üzerinde durulmalıdır. Cinsel saldırı suçunun sarkıntılık şekli, sürpriz dokunuşla, kısa süreli, ani ve kesik hareketlerle işlenebilen cinsel davranışlar olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre sarkıntılık şekli nitelikli olarak işlenemez. Çünkü eğer nitelikli olarak işlenmiş bir sarkıntılık varsa bu ancak mantıken cinsel saldırının basit şekli olabilir. TCK'nun 102/3 fıkrasında yazılı nitelikli haller sarkıntılık şekli düşünülerek düzenlenmiş değildir. Bu haller daha çok TCK'nun 102/2 fıkrasındaki organ veya cisim sokma düşünülerek kanuna konulmuştur... Kanun cinsel suçlarda şikayet kurumu düzenlenmesinde sistemine uygun, tutarlı ve mantıklı uygulanmalı ve kanun metnindeki açık olmayan konular buna göre yorumlanmalıdır...” denilerek haklı bir eleştiri yapılmaktadır.³⁰ Suçun muhakeme usulünün değişip değişmeyeceğiyle ilgili olarak benzer değerlendirme hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılması suretiyle işlenen sarkıntılık için de geçerlidir.³¹

İkinci tartışma sarkıntılık fiillerinde kamu görevinden, vesayet veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanıldığı iddiasının somut olayda uygulanma şekliyle ilgilidir. Bir olayda fail-mağdur arasındaki hısımlık ilişkisi objektif olarak belirlidir. Ancak kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sarkıntılık için nüfuz sağlayıp sağlamadığı, nüfuzun kötüye kullanılıp kullanılmadığı tartışmalı olabilmektedir. Örneğin bir kararda sanık röntgen teknisyeni olarak çalışmaktadır, sanık olay günü film çekimi sırasında (kamu görevini ifa ettiği esnada) mağdura sarkıntılık yapması olayında kamu görevinden kaynaklanan nüfuzunun olmadığına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde sanığın nüfuzunun bulunduğu kabulü için kamu görevinin mağdur üzerinde güç ve otorite oluşturması, bu otoritenin mağdurun direncini kırması ve mağdurun bu nedenle çekinerek

koşuluna bağlanmış, diğer nitelikli hallerde ise suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm serdedilmemiştir. Bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olması, nitelikli hallerinin de şikayete tabi olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan suç türleri, yasa maddelerinde açık olarak belirtildiğinde bu kapsamın dışında kalan suç türlerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına yapılacağı kabulü zorunludur. Yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda değerlendirilmesi yasa oluşturma biçimine uygun düşer... Çoğunluk görüşüne katılmayan üç Kurul Üyesi ise, "5237 sayılı TCY'nın 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun basit halinin şikayete tabi olduğu nazara alındığında, aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen suçun nitelikli hallerinde ceza artırımı öngörülmesi karşısında, birinci ve üçüncü fıkra kapsamında kalan bir eylemin soruşturulması ve kovuşturulmasının da şikayete tabi olacağı, Özel Daire bozma kararının isabetli bulunduğu;... görüşüyle karşı oy kullanmışlardır..."

³⁰ Yargıtay 9. CD. E:2021/27907, K:2022/3354, T:11.04.2022.

³¹ Yargıtay 9. CD. E:2021/1591, K:2021/8584, T:21.10.2021.

karşı koyamamasının gerektiği ifade edilerek suçun sarkıntılık düzeyinde gerçekleştiği ve nitelikli hal nedeniyle ceza artırımının hatalı olduğu ifade edilmiştir.³² Başka bir olayda ise sanık okulda hizmetli sıfatıyla görev yapmaktadır, sanık tarafından okulda öğrenci olan mağdurlara karşı sarkıntılık gerçekleştirilmiştir. Karar gerekçesinde bahsedilen karardakine benzer şekilde kamu görevinden kaynaklanan nüfuzunun bulunmadığı, sanığın görevinin mağdurlar yönünden zorunlu ve icbar edici nitelik taşımadığından dolayı sadece görevinin sağladığı kolaylıktan faydalanarak eylemin gerçekleştirilmesi halinde nüfuzun kötüye kullanıldığı kabulünün mümkün olmadığı ifade edilerek nitelikli hal hükümlerine göre cezanın artırılmasını kanuna aykırı bulmuştur.³³ Başka bir olayda ise tam aksine çocuğun basit cinsel istismarı olayında mağdurların devam ettiği ilköğretim okulunda hizmetli olarak çalışan sanığın eylemlerini hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanıldığı kabul edilmiştir.³⁴ Yine bir olayda ise sanık tarafından yanında çalışan mağdura yönelik sarkıntılıkta hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanıldığı değerlendirilerek suçun nitelikli haline göre cezası artırılmıştır.³⁵ Öğretide de basit cinsel saldırı suçu bakımından kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılması nedeniyle ceza artırılması için nüfuzun suçun işlenmesinde kolaylaştırıcı olması yeterli olduğu ifade edilmektedir.³⁶

Görülebileceği üzere sarkıntılık olaylarında kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasına göre ceza artırımı konusunda farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Sarkıntılık fiillerinde fail, mağdurun rızası olmadan bir anlık boşluktan faydalanarak basit bir şekilde³⁷ cinsel davranışlar gerçekleştirildiğinden dolayı bu olaylarda herhangi bir şekilde nüfuzun kötüye kullanıldığını iddia etmek mantığa aykırıdır. Sarkıntılık fiilleri ani nitelikli olduğu için bu temaslarda suçun nitelikli halleri, sarkıntılık bakımından faile kolaylık sağlamamaktadır. Fail, anlık olarak mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal etmektedir. Dolayısıyla sarkıntılık olaylarının “ani” olma özelliği, kararlarda ifade edildiği üzere bu olaylarda nüfuzun otorite oluşturması, otoritenin mağdurların direncini kırması gibi hususların değerlendirmesini engellemektedir. Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli halleri suçun temel hali esas alınarak kanuna eklendiği için ani, kısa süreli ve devamlı olmayan fiilleri kapsayan sarkıntılık için uygulanması mantıklı olmadığı gibi adaletli de değildir. Sarkıntılık durumunda nitelikli hal hükümlerinin uygulanması hem suça verilen ceza miktarını artırmakta hem suçun muhakeme usulünü değiştirmektedir. Sarkıntılık fiillerinde nitelikli hal hükümlerinin uygulanmamasına yönelik görüşüm, fail-mağdur arasındaki hısımlık ilişkisi bakımından da geçerlidir. Sarkıntılık düzeyindeki olaylarda hısımlık ilişkisi

³² Yargıtay 14. CD E:2020/7953, K:2020/4860, T: 10.11.2020.

³³ Yargıtay 14. CD E:2020/3141, K:2021/2145, T:17.03.2021

³⁴ Yargıtay 14. CD E:2013/7510, K:2015/7287, T:16.06.2015

³⁵ Yargıtay 9. CD E:2021/1591, K:2021/8584, T:21.10.2021

³⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s.365.

³⁷ Koca/Üzülmez, s. 342.

nedeniyle ceza artırılmaması gerekir. Özellikle sarkıntılık düzeyindeki cinsel saldırı olaylarında suçun takip usulü, şikayete bağlı olmalıdır.

B. MAĞDUR

Sarkıntılıkta mağdurun yaşı büyük önem taşımaktadır. Sarkıntılık yetişkin mağdura yönelikse cinsel saldırı, çocuk mağdura yönelikse çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında cezalandırılmaktadır.³⁸ Cinsel davranışın sarkıntılık olması için davranışın, belirli bir mağdura yönelmiş olması gerekmektedir. Mağdura fiziksel temasın olmadığı veya sarkıntılığın herhangi bir kişiye yönelik olmadığı durumlarda cinsel davranışlarla kanunda tanımlanan cinsel taciz (TCK m.105), hayasızca hareketler (TCK m.225) veya başka bir suç işlenebilir.³⁹

Cinsel saldırı suçu bakımından sarkıntılık, yetişkin kadın veya erkeğe⁴⁰ karşı işlenebilir.⁴¹ Eğer mağdur, suç işlenirken beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunuyorsa verilecek ceza yarı oranda artırılmaktadır (TCK m.102/3). Sarkıntılık suçunda mağdurun eş olup olamayacağına ilişkin olarak suç faili kısmında açıklanan görüşlere bakmak yeterlidir. Cinsel dokunulmazlığı ihlal eden sarkıntılık, kişinin mutlak tasarruf hakkının olduğu cinsel özgürlükle ilgilidir. Kanuni sınırlarına uymak koşuluyla cinsel özgürlüğün kullanılması suç değildir.

Sarkıntılık, çocuk mağdura yönelikse çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında cezalandırılmaktadır. Çocuk mağdurlar da kendi içinde yaşlarına göre ayrılmaktadır. On beş yaşını doldurmamış veya doldurmuş olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar kapsamındadır (TCK m.103/1). Bu çocuklara karşı cebir veya tehditle cinsel istismarda bulunulması halinde suçun nitelikli hali oluşmaktadır (TCK m.103/4). Diğer çocuklara (on beş yaşını tamamlamış on sekiz yaşını tamamlamamış) karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar kapsamındadır (TCK m.103/1). Suç mağduru çocuk, hukuken ergin kılınmış olabilir. Bu durumda uygulamada eş tarafından işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırı (TCK m.102), üçüncü kişiler tarafından işlenen cinsel

³⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s.367-369.

³⁹ Artuk/ Alşahin, s.3263.

⁴⁰ 765 sayılı TCK döneminde m.421'de sarkıntılık suçunun "genç erkeklere" karşı işlenebileceği düzenlenmişti. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından E:2000/39, K: 2002/35, T: 20.3.2002 kararda "... Genç olmayan erkek mağdurlara sarkıntılığın suç oluşturmaması bu eylemlerin onların namus, iffet ve edep duygularının zedelemeyeceğinin kabulü anlamına gelir... Eşitlik ilkesi temelinde adil bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan bir hukuk devletinde de aynı hukuksal konumda bulunanlar arasında genç yaşlı, kadın erkek ayırımına yer verilemez..." denilerek "genç" ifadesinin anayasaya aykırı olduğunu ifade etmiştir.

⁴¹ Akçin, s.103; Yokuş Sevük, s.326.

suçlarda çocukların cinsel istismarı suçu (TCK m.103) kapsamında ceza verilmektedir.⁴²

C. SUÇUN KONUSU

Sarkıntılık düzeyindeki cinsel davranışlar, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmektedir. Bu durumda suçun konusu mağdurun vücududur.⁴³

D. FİİL

1. Sarkıntılık Düzeyindeki Fiiller

Sarkıntılık, yeni bir kavram olmasa da mülga TCK'da⁴⁴ da yürürlükteki TCK'da da tanımlanmış değildir. Mülga TCK'da sarkıntılık bir suç ismi olarak yer aldığı için sarkıntılık, ayrı bir suç teşkil etmekteydi. Ancak yeni düzenlemede sarkıntılık; başlı başına bir suç olarak değil cinsel saldırı ve istismar suçu içinde düzenlenmiştir. Basit cinsel saldırı; cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etme olarak tanımlanmaktadır. Çocukların cinsel istismarı suçunun basit hali de basit cinsel saldırıya benzer şekilde cinsel ilişki düzeyine ulaşmayan cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir.⁴⁵ Sarkıntılık, basit cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında daha az ceza verilmesi öngörülen bir düzey olarak belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle sarkıntılık, basit cinsel saldırıya ve çocukların cinsel istismarı suçuna kıyasla daha hafif bir ihlal durumu olarak kabul edilmekte ancak kanunda tanımlanmamaktadır.⁴⁶ Sarkıntılığın kapsamı ve sınırları yargı kararları ve öğretideki görüşlere belirlenmektedir.

Yargıtay tarafından verilen kararlarına göre sarkıntılık; cinsel amaçlarla mağdura yönelik gerçekleştirilen, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden(temas koşulu), ani-kesintili, devamlılık arz etmeyen (ani olma koşulu) fiillerdir. Bir kararda sarkıntılık, "Belirli bir kimseye karşı cinsel arzuları tatmin amacıyla işlenen, vücut dokunulmazlığını ihlal eden, ani ve kesiklik gösteren devamlılık arzetmeyen

⁴² Yargıtay 14.CD, E: 2014/582, K: 2014/14622, T:22.12.2014 sayılı kararda "Bu sebeple onsekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı; a) Eşi tarafından vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı, b) Eşi dışında başka bir kişi tarafından vücuduna organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacağı" denilmektedir.

⁴³ Koca ve Üzülmez, s. 367.

⁴⁴ Ayşe Nuhoglu, "Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar", Çetin ÖZEK Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul 2004, s. 628

⁴⁵ Yargıtay CGK E:2019/221, K:2020/312, T:23.06.2020.

⁴⁶ Aygül Atakaya, s.124-125

hareket ya da hareketler" olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷ Sarkıntılık olarak kabul edilecek fiillere elleme, okşama, vücudun belirli yerlerine dokunma, öpme, sürtünme gibi fiiller örnek verilmektedir.⁴⁸ Sarkıntılıkla ilgili hükümler cinsel saldırı ve istismar suçları olmak üzere iki farklı maddede yer almasına rağmen Yargıtay kararlarında sarkıntılıkla ilgili benzer değerlendirmeler yapılmaktadır. Dolayısıyla cinsel saldırı ve istismar suçu ayrı suçlar olsa da sarkıntılık hükümleri bakımından ortak bir bakış açısı olduğu görülmektedir.

Sarkıntılık, ceza kanuna dahil edilirken de ortak bir değerlendirme yapılmıştır. TCK m.102'ye sarkıntılık ifadesinin eklenmesiyle ilgili olarak "Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105 inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105 inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır. Tasarıyla, bu iki maddede tanımlanan suçların temel şeklinden dolayı verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şeklinden daha az bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır" denilmektedir. TCK m.103'e sarkıntılık ifadesinin eklenmesiyle ilgili olarak kanun gerekçesinde "Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak 102 nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır"⁴⁹ denilmektedir.

Kanun gerekçesinde, mahkeme kararlarında ve öğretideki tanımlamalara göre sarkıntılık düzeyinin en belirleyici iki özelliği bulunmaktadır. İlk husus, fiilin mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal edip etmediğidir, yani temastır. Sarkıntılıkta mağdurun bedenine temas şarttır.⁵⁰ Mağdurun vücuduna temas içermeyen cinsel davranışlar ise cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla cinsel organ göstermek cinsel içerikli resim göstermek gibi fiiller cinsel taciz suçu kapsamında kalmaktadır.⁵¹ İkinci olarak sarkıntılık oluşturan fiiller, ani nitelikli olmalıdır.

⁴⁷ Yargıtay 14. CD E:2014/2661, K:2015/2230, T:26.02.2015.

⁴⁸ Koca / Üzülmez, s.290.

⁴⁹ Kanun gerekçesi,

"<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-44d4-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6545#step-2>" (S.e.t.: 04 Nisan 2024)

⁵⁰ Suat Çalışkan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.4

⁵¹ Yargıtay 14. CD. E:2014/3380, K:2016/2793, T:22.03.2016 kararında "...sanığın, mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdureye ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğinden bahisle mağdureyi tehdit ederek internetten görüntülü görüşme yaptığı mağdurenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını

Bu fiiller sürekli hale gelirse sarkıntılık yerine basit cinsel saldırı/ çocukların cinsel istismarı suçu oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁵² Bu hususlar 6545 sayılı kanun gerekçesinde de “*Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105 inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105 inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir... somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şeklinden daha az bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır... ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır... “suçun ani hareketle işlenmesi”⁵³ ibaresi tercih edilmiştir” denilerek vurgulanmıştır.⁵⁴*

Sarkıntılık suçunun oluşabilmesi için mağdurun vücudunun herhangi bir bölgesine cinsel davranışlarla temas etmek gerekir. Mülga TCK’daki sarkıntılık suçunda temas zorunlu değilken yürürlükteki kanuna göre sarkıntılık düzeyi için “temas” koşulu zorunlu olması önemli bir farktır. Bir kararda sarkıntılık süreklilik arz etmeyen ani dokunuşla gerçekleşen mağdurun erojen bölgelerine yönelik hareketler⁵⁵ olarak tanımlansa bile temasın erojen bölgelere olması zorunlu değildir. Fail; mağdurun saçına, yüzüne, koluna, bacağına, erojen bölgelerine veya başka kısımlarına temas edebilir. Dolayısıyla mağdurun cinsel bölgelerine temas zorunlu değildir.⁵⁶ Sarkıntılık suçunun elle⁵⁷ veya vücudun başka bir bölgesi ile işlenmesi mümkündür. Yine başka bir alet kullanarak da bu suç işlenebilir. Örneğin baston şemsiye veya başka bir alet ile cinsel amaçlı dokunmak sarkıntılık suçunu oluşturabilir. Sarkıntılık oluşabilmesi için failin mağdurun tenine doğrudan temas etmesi de şart değildir. Mağdurun kıyafetleri üzerinden

temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 Sayılı TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, ... karar verilmesi...”

Yargıtay 14. CD. E:2015/703, K:2016/601, T:22.01.2016 kararında “Sanığın ... müştekiyi görünce “yavrum” deyip pantolonunun fermuarını açması ... tekrar aynı sokakta gördüğü müştekinin üzerine yürüyüp fermuarını açtığı... anlaşıldığından, sanığın eylemlerinin bütün halinde zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun kabulüyle TCK’nın 105/1, 43/1. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken, ...” denilmektedir.

⁵² Artuk/ Alşahin, s.3254

⁵³ Bu ifadenin uygulamada belirsizliklere yol açabileceği ifade edilerek kanuni düzenlemede sarkıntılık ifadesi benimsenmiştir. Bkz. Artuk/ Alşahin, s.3249-3251; Aygül Atakaya, s. 116

⁵⁴ 6545 sayılı kanun gerekçesi

“<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-44d4-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6545#step-2>”

⁵⁵ Yargıtay CGK E:2019/221, K:2020/312, T:23.06.2020.

⁵⁶ Aygül Atakaya s. 127.

⁵⁷ Sarkıntılık yaygın olarak elle gerçekleşmektedir. Hatta Asur hukukunda bile elle sarkıntılık etmek açık bir şekilde suç olarak kabul edilmiştir. Cahit CAN, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.296

temas edilmesi de suç oluşturmaktadır.⁵⁸ Sarkıntılık düzeyinde mağdura temas koşulu bu suçta, cinsel tacizden ayırmaktadır.

Sarkıntılık, bedensel temas yönüyle basit cinsel saldırı-çocukların cinsel istismarı suçuna benzese bile “ani nitelikli” olması yönüyle suçun temel halinden ayrılmaktadır.⁵⁹ Nitekim sarkıntılık kavramının ceza hukukuna dahil edilmesinin amacı da mağdura temas eden ani hareketlerle işlenen cinsel davranışlara daha az ceza verilmesini sağlamaktır. Sarkıntılık düzeyini ayırt etmek için kullanılan “ani” olma hususu; tekrar etmeyen, süreklilik arz etmeyen, bir defaya(o ana) mahsus, o anki duruma göre gerçekleşen, devam etmeyen anlamında kullanılmaktadır. Fail, mağdurun rızası olmadan bir anlık boşluktan faydalanarak basit bir şekilde⁶⁰ cinsel davranışlarla mağdurun vücuduna temas etmektedir. Sarkıntılığın ani özellikli olması; fiilin kesiklik göstermesi, kesik olması olarak da ifade edilmektedir.⁶¹ Sarkıntılık fiillerinin ani olma özelliği değerlendirilirken cinsel davranış öncesi, varsa, hazırlık hareketleri(bir yere götürme gibi) de dikkate alınmalıdır. Belirli bir hazırlık sonrasında mağdura sarkıntılık yapılmışsa fiilin suçun basit hali kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Yargıtay tarafından sarkıntılık düzeyinde kabul edilen bazı fiiller şöyledir:

- ağzını kapatma⁶²
- bacağı ile göğsüne dokunma⁶³
- bacağına okşama⁶⁴
- bacaklarına dokunma⁶⁵
- belinden sarılarak göğsüne dokunma⁶⁶
- dudaklarından öpme⁶⁷
- elini tutup telefon numarasını istemesi⁶⁸

⁵⁸ Yargıtay 14. CD E:2016/10214, K:2021/424, T:25.01.2021 kararda “sanığın, olay gecesi katılanın kıyafeti üzerinden kalçası ile vajinasına dokunduktan sonra kaçması şeklindeki ... eyleminin sarkıntılık düzeyinde kaldığı...” denilmektedir.

Yargıtay 14. CD E:2014/4817, K:2016/4551, T:03.05.2016 kararında “...mağdurenin arkasından yaklaşarak kıyafetinin üzerinden, elini bacağına arasına sokup cinsel organına bastırması şeklinde gerçekleşen” olayı sarkıntılık olarak kabul etmektedir.

⁵⁹ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2019, s.392.

⁶⁰ Koca/Üzülmez, s.342.

⁶¹ Taner, s.161.

⁶² Yargıtay 14. CD E:2017/3867, K:2021/4026, T:03.06.2021

⁶³ Yargıtay 9. CD E:2021/1643, K:2021/9795, T:07.12.2021

⁶⁴ Yargıtay 14. CD E:2019/4275, K:2021/1043, T:09.02.2021

⁶⁵ Yargıtay 9. CD E:2021/2746, K:2022/4496, T:16.05.2022

⁶⁶ Yargıtay 14. CD E:2020/3905, K:2020/4651, T:03.11.2020

⁶⁷ Yargıtay 14. CD E:2017/3519, K:2021/4491, T:23.06.2021

⁶⁸ Yargıtay 14. CD E:2015/2556, K:2016/5496, T:03.06.2016

- göğüslerine dokunma⁶⁹
- kalçasına dokunma⁷⁰
- kalçasına vurup sıkarak kaçma⁷¹
- kalçasını elleme⁷²
- kalçasını sıkma⁷³
- kucağına oturtarak dudağından öpme⁷⁴
- mağdurenin diziyle bacağına okşama⁷⁵
- mağdurenin dudağından öpmesi⁷⁶
- mağdurenin göğsünü sıkma⁷⁷
- otobüste mağdurenin arkasına yaklaşarak bacaklarına ve kalçasına dokunmak⁷⁸
- saç ile boynunu okşama⁷⁹
- sarılarak dudağından öpme⁸⁰
- sarılarak öpme⁸¹
- vücuduna dokunma⁸²
- yanakları ile dudağından öpme⁸³
- yüzünden öpme⁸⁴ sarkıntılık düzeyinde kalan fiillerdir.

⁶⁹ Yargıtay 14. CD E:2017/3355, K:2021/4191, T:10.06.2021

⁷⁰ Yargıtay 14. CD E:2015/5054, K:2019/564, T:30.01.2019; Yargıtay 14. CD E:2016/155, K:2020/817 T:05.02.2020; Yargıtay 14. CD E:2017/4421, K:2021/4022, T:03.06.2021; Yargıtay 14. CD E:2016/9924 K:2021/212 T:18.01.2021; Yargıtay 14. CD E:2017/2400, K:2021/3430, T:17.05.2021.

⁷¹ Yargıtay 14. CD E:2016/8655, K:2020/5286, T:26.11.2020

⁷² Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2015/10126 2016/2774 22.03.2016

⁷³ Yargıtay 9. Ceza Dairesi 2021/2652 2022/1147 14.02.2022; 14. Ceza Dairesi 2016/10305 2021/133 13.01.2021

⁷⁴ Yargıtay 14. CD E:2016/10552, K:2021/1800, T:03.03.2021

⁷⁵ Yargıtay 14. CD E:2017/682, K:2021/2769, T:06.04.2021

⁷⁶ Yargıtay 14. CD E:2016/1883, K:2020/1438, T:24.02.2020

⁷⁷ Yargıtay 14. CD E:2020/4899, K:2021/1780, T:03.03.2021

⁷⁸ Yargıtay 14. CD E:2018/10820, K:2019/9062, T:15.04.2019

⁷⁹ Yargıtay 14. CD E:2020/3905, K:2020/4651, T:03.11.2020

⁸⁰ Yargıtay 9. CD E:2021/6074, K:2022/7451, T:05.07.2022

⁸¹ Yargıtay 14. CD E:2017/2401, K:2021/4248 T:14.06.2021

⁸² Yargıtay 9. CD E:2021/11608, K:2022/1510, T: 22.02.2022

⁸³ Yargıtay 14. CD E:2018/3055, K:2021/4265, T:14.06.2021

⁸⁴ Yargıtay 9. CD E: 2021/1906, K:2021/10197, T:21.12.2021

2. Sarkıntılık Düzeyini Aşan Fiiller

Sarkıntılık ile basit cinsel saldırı veya istismar suçlarının iç içe olması bu suçlar arasında ayırım yapmayı zorlaştırmaktadır. Sarkıntılık fiillerinin hangi durumlarda basit cinsel saldırı veya istismar suçu sayılacağı veya tam tersine basit cinsel saldırı veya istismar suçlamalarının hangi durumda sarkıntılık düzeyinde kalacağını belirlemek oldukça zordur. Sarkıntılık ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olsaydı bile bu zorluk devam edecekti. Ancak sarkıntılığın cinsel saldırı veya istismar suçlarının içinde bir düzey olarak belirlenmesi bu suçların nitelikli halleriyle ilgili de tartışmalara neden olmaktadır.

Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının temel hali ile sarkıntılık düzeyi ayırt edilirken fiilin niteliği önem taşımaktadır. Tek başına sarkıntılık olarak kabul edilebilecek fiillerin birbiri ardına işlenmesi halinde sarkıntılık değil suçun temel hali işlenmektedir. Cinsel davranışın “ani” olup olmadığı belirlenirken suçun ne kadar süre içinde işlendiği de önem taşımaktadır. Sarkıntılık, kısa bir sürede anlık olarak gerçekleşmelidir. Cinsel ilişkiye yönelik bazı fiillerin de zaman olarak kısa bir sürede gerçekleşebileceği dikkate alındığında sarkıntılık olarak kabul edilecek fiillerin bir özelliği de cinsel ilişkiye yönelik olmamasıdır. Dolayısıyla cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde olup olmadığına davranışın yoğunluğunu, davranışın mağdura etkisine ve ne kadar devam ettiğine bağlı olarak her olayda yapılacak değerlendirmeye belirlenmesi gerekir.⁸⁵ Örneğin mağdurun vücuduna ardı ardına dokunma, belirli zaman içinde farklı bölgelerine dokunma, kucığına oturtup art arda öpme, elbiselerini çıkarıp öpme-dokunma gibi ani nitelikli olmayan fiiller cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının temel halini oluşturmaktadır.

Vücuda organ veya başka bir cisim sokulmasına yönelik fiiller de sarkıntılık düzeyini geçen fiillerdir. Bu fiiller, kısa bir süre içinde bile işlenmiş olsa sarkıntılık fiili olarak değil nitelikli cinsel saldırı ve istismar suçu olarak kabul edilmelidir. Mağdurun elbiselerini çıkarıp çıplak mağdurun cinsel bölgelerine sürünme, girmeye çalışma, kendi cinsel organını çıkarıp mağdurun elbiselerini çıkarma, mağduru cinsel ilişki amaçlı olarak götürme⁸⁶ gibi fiiller suçun nitelikli hali kapsamında değerlendirilmelidir.

Yargıtay tarafından sarkıntılık düzeyini aştığı kabul edilen bazı fiiller şöyledir:

- evde uyumakta olan kızı mağdurun pijamasının içinden tenine temas edecek şekilde göğüslerini okşaması,⁸⁷

⁸⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 392-393; Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 80.

⁸⁶ Yargıtay 9. CD E:2021/2051, K:2021/9950, T: 13.12.2021 kararında sanığın olay günü on beş yaşından küçük mağduru kolundan tutarak cinsel ilişkiye girme teklifinde bulunup, banyoya götürmek istediği sırada bağırması üzerine bırakması eylemini çocuğun nitelikli cinsel istismarına teşebbüs yerine sarkıntılık olarak kabul etmesi hatalı bir değerlendirmedir.

⁸⁷ Yargıtay 9. CD E:2021/19697, K:2022/3562, T:18.04.2022

- mağduru kucağına oturtup zaman zaman kıyafetinin içinden zaman zaman kıyafet üzerinden penisini okşaması,⁸⁸
- mağdurun dudağından öpme, elini tutup pantolondan dışarı çıkarttığı cinsel organına elletme, apartmanın içinde mağdura sarılıp, göğüslerini elleme, cinsel organına dokundurtma ve akabinde yine mağdurun dudağından öpme,⁸⁹
- uyumakta olan mağdurun bacağı ile cinsel organını okşama,⁹⁰
- dudağının üzerinden öperek kazağını çıkartmaya çalışması,⁹¹
- mağduru oturduğu sandalyeden kucaklayarak ranzaya sırt üstü yatırdıktan sonra bacaklarını açıp arasına girerek vücudunun çeşitli yerlerini ellemek,⁹²
- mağdurun yatağına girip arkadan sarılarak cinsel organını okşama ve yatağına çıplak vaziyette yatarak vücudunu mağdura yaslama şeklindeki eylemleri⁹³
- mağdura "sen büyüünce manken olursun" diyerek yanına yaklaşp, üzerinde bulunan askılı tişörtün kolunu sıyrarak göğüslerinden öptüğü ve mağdurun donup kalması üzerine "merak etme ben sana kötü bir şey yapmıyorum" diyerek mağdurun cinsel bölgesine eliyle dokunma⁹⁴
- mağduru kucağına oturtup, göğsüne dokunması, yanağını yalaması ve ısırması⁹⁵
- mağdurun önce bacaklarının üst tarafına, daha sonra diz kapağı kısmına, ardından tekrar bacağına dokunma, mağdurun beline dokunma, odadan çıkmak isterken kendisine çekip kıyafetleri üzerinden cinsel organıyla kalçasına temasta bulunma⁹⁶
- mağdurun tek elini tutarak okşama, sonrasında ayağa kalkarak iki eliyle onun beline sarılıp saçlarını okşama, mağdurun önce alnından sonra iki yanağından öpme, tekrar belinden sarılarak kendi yanağını öptürme,⁹⁷
- mağdura sarılarak göğüslerini sıkma, poposunu okşama ve zorla yatağı yatırarak üzerine abanma⁹⁸
- on iki yaşından küçük mağduru kucağına alarak on beş dakika kadar oturtma ve mağdurun pantolonunu çıkararak cinsel organını kalçasına sürme⁹⁹

⁸⁸ Yargıtay 9. CD E:2021/28993, K:2022/8450, T:29.09.2022

⁸⁹ Yargıtay 9. CD E:2022/1205, K:2022/8369, T:28.09.2022

⁹⁰ Yargıtay 14. CD E:2016/102, K:2018/4754, T:27.06.2018

⁹¹ Yargıtay 14. CD E:2015/9043, K:2016/464, T:20.01.2016

⁹² Yargıtay 14. CD E:2016/346, K:2016/3086, T:29.03.2016

⁹³ Yargıtay 9. CD E:2021/14638, K:2022/547, T:31.01.2022

⁹⁴ Yargıtay 14. CD E:2018/5342, K:2020/954, T:06.02.2020

⁹⁵ Yargıtay 9. CD E:2021/10717, K:2022/6090, T:15.06.2022

⁹⁶ Yargıtay CGK E:2019/45, K:2020/62, T:06.02.2020

⁹⁷ Yargıtay CGK E:2019/47, K:2020/244, T:28.05.2020

⁹⁸ Yargıtay 9. CD E:2021/24789, K:2022/4656, T:18.05.2022

• mağduru odaya çağırıp, kendisine masaj yaptırdığı sırada kıyafet üzerinden mağdurun göğüsleri ile bacak arasını okşayıp, kendi cinsel organına dokundurma,¹⁰⁰

• ormanlık alana götürüp soyunmasını istediği on eş yaşından küçük mağdurun kabul etmemesi üzerine boğazına bıçak dayayarak ölümle tehdit edip, kıyafetleri ile kendi pantolonunu çıkardıktan sonra yere yatırdığı mağdurun vücudunu okşayarak cinsel organını sürme,¹⁰¹

• mağdura arkadan sarılarak göğüslerini tutmasının ardından önden sarılarak omuzlarını sıkması ve daha sonra elini tutarak kıyafeti üzerinden kendi cinsel organına dokundurma,¹⁰²

• mağduru yatak odasına götürdüğü, mağdurun iç çamaşırını indirerek ön ve arka cinsel organına dokunduğu, elbisesi üzerinden göğüslerini ellediği, dudağından öptüğü, yine farklı zamanlarda da birden fazla kez dudağından öpme,¹⁰³

• mağdura sarılarak göğüslerini sıkma, poposunu okşama ve zorla yatağa yatırarak üzerine abanma¹⁰⁴ fiillerinin sarkıntılık düzeyini aştığı kabul edilmektedir.

3. Sarkıntılık Fiillerinde Cebre ve Tehdide Başvurulup Başvurulamayacağı

Basit cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçu işlenirken cebir ve tehdide başvurulması halinde cebir ve tehdit için ayrı ceza verilmemektedir, suç kapsamında değerlendirilmektedir. Sarkıntılık düzeyindeki fiiller işlenirken cebir ve tehdide başvurulmasıyla ilgili farklı kararlarla karşılaşılmaktadır. Basit cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçu ile sarkıntılık düzeyi ayırt edilirken suç esnasında cebre ve tehdide başvurulması yönünden ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyim.

Sarkıntılığın daha hafif cezalandırılmasının temelinde bu fiillerin ani olarak işlenmesi bulunmaktadır. Mağdurun bir anlık boşluğunda gerçekleştirilen sarkıntılıkta, failin cebre başvurmaması gerekir. Eğer fail, cinsel davranışı gerçekleştirirken mağdurun direnişi kırılmaya çalışılıyorsa,¹⁰⁵ mağdura vuruluyorsa, çekiliyorsa, fail mağduru belirli cinsel davranışları gerçekleştirmeye zorluyorsa anlık bile olsa sarkıntılık yerine

⁹⁹ Yargıtay 9. CD E:2021/14738, K:2022/370, T:18.01.2022

¹⁰⁰ Yargıtay 9. CD E:2021/1517, K:2021/8582, T:21.10.2021

¹⁰¹ Yargıtay 9. CD E:2021/14148, K:2022/3634, T:19.04.2022

¹⁰² Yargıtay 14. CD E:2020/4112, K:2020/4479, T:27.10.2020

¹⁰³ Yargıtay 9. CD E:2022/1210, K:2022/8183, T:26.09.2022

¹⁰⁴ Yargıtay 9. CD E:2021/24789, K:2022/4656, T:18.05.2022

¹⁰⁵ Yargıtay 14. CD E:2013/337, K:2014/8581, T:24.06.2014 kararında mağdurenin önüne geçerek kolundan tutup arkadaşlık teklif etme, mağdurenin bu teklifi kabul etmemesi üzerine öpmeye çalışması, mağdurenin direnmesi üzerine öpme eylemini tamamlayamaması olayını basit cinsel istismarına teşebbüs suçu olarak değerlendirmiştir.

basit cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçundan(on beş yaşını tamamlayan mağdurlara yönelik) cezalandırılması gerekir.¹⁰⁶ Başka bir görüşe göre ise fail, mağduru cinsel temaslarda bulunmaya zorlarsa, örneğin fail mağduru zorlayarak kendini öptürürse, sarkıntılık oluşmaktadır.¹⁰⁷ Oysaki bu olayda ani nitelikli öpme sarkıntılık olarak kabul edilebilse de mağdurun öpmeye zorlanması sarkıntılık düzeyini aşmaktadır.

Yargıtay uygulamasında da yaygın¹⁰⁸ olarak cebir ve tehdidin olduğu sarkıntılık fiillerini basit cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı olarak kabul etmekte olup bazı kararlar şöyledir:

- mağdurun omuzlarından tutup belden aşağı kısmını iki üç kez dokundurma¹⁰⁹

- uyuyan mağdurun yanına gidip elinden tutup çekerek kıyafetinin dışında bulunan penisini elletmesi¹¹⁰

- mağdurun boğazına dayadığı çakı ile mağduru salona götürerek, mağdurun bacakları üzerine oturup cinsel organını dışarıya çıkarmadan pantolonun içerisinden mağdurun karnına doğru sürmesi ve mağduru dudaklarından öpmesi¹¹¹

- mağdurun ayağına basarak dudağından öptüğü ve bu esnada kalçasına dokunduğu, yine değişik tarihlerde dükkana gelen mağdurun kolundan tutup zorla dudağından öptüğü ve pantolonunun içinden kalçasına ve vajinasına dokunduğu,¹¹²

- mağdurun değişik tarihlerde zorla dudağından öptüğü ve bir defasında dükkân içerisinde zorla yere yatırarak elini pantolonunun bel kısmından sokarak kalçasına dokunduğu¹¹³

- mağduru kolundan tutarak boğazını sıktığı ve kendisine direnince bıraktığı, mağdurun uzaklaşmak istediğini görünce kendisine çekerek

¹⁰⁶ Doğukan Nişancı, “6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, 120, 2015,TBB Dergisi, s.229; Alahattin Şimşek, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, 28, CHD, 2015, s. 329

¹⁰⁷ Artuk/ Alşahin, s.3255

¹⁰⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi E:2014/2661, K:2015/2230, T:26.02.2015 sayılı kararında “mağdureyi merdiven altına çekip kilodunu çıkarmaya çalışarak bacağına dokunma” fiilini sarkıntılık olarak kabul etmişse de bu kararın hatalı olduğu değerlendirilmektedir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi E:2021/2721, K:2022/1938, T:03.03.2022 reşit katılımı kollarından tutarak yatak odasına iteklemesi şeklinde ani ve kesintili gerçekleşen eylemi, Nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs yerine sarkıntılık olarak değerlendirmiştir.

¹⁰⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi E:2015/2931, K:2015/9733, T:22.10.2015

¹¹⁰ Yargıtay 9. Ceza Dairesi E:2021/25901, K:2022/2137, T:09.03.2022

¹¹¹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi E:2021/19461, K:2022/4224, T:09.05.2022

¹¹² Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E:2021/22360, K:2021/7962, T:23.09.2021

¹¹³ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E:2021/22360, K:2021/7962, T:23.09.2021

dudağından öpmeye çalışıp tokatladıktan sonra tekrar yüzü ile dudağının kenarından öptüğü¹¹⁴

• mağdurun boynundan tutarak fidan kartonlarının üzerine yatırmasından sonra dizlerinin üzerine oturup kıyafetlerinin üzerinden göğüsleriyle bacaklarına dokunması şeklinde sübuta eren eyleminin cebirle gerçekleştirilmesi nedeniyle sarkıntılık düzeyini aştığı kabul edilmiştir.¹¹⁵

III. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Sarkıntılık, kasten işlenebilir. Sarkıntılık fiillerinin olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususunda da görüş farklılığı vardır. Bir görüşe göre sarkıntılık olası kastla işlenebilir.¹¹⁶ Başka bir görüşe göre ise bu suç olası kastla işlenemez.¹¹⁷ Kanundaki düzenlemeye failin özel kastına yönelik bir ifade bulunmadığı için genel kastın yeterli olduğu öne sürülmektedir.¹¹⁸ Başka bir görüşe göre ise failin cinsel tatmin amacıyla, şehvet hissiyle hareket etmesi gerekir, ancak suçun oluşumu açısından bu tatminin gerçekleşmesi aranmaz.¹¹⁹ Sarkıntılıkta cinsel arzuların tatminine yönelik kast bulunması gerektiği kanun gerekçesinde de ifade edilmektedir.

Sarkıntılık olarak kabul edilebilecek davranışların, cinsel amaçla işlenip işlenmediğini ayırt etmek nitelikli cinsel saldırı suçundaki kadar kolay olmadığı için bu fiiller işlenirken cinsel saik bulunmalıdır.¹²⁰ Kasten yaralama gibi başka bir suçu işlemek için mağdura temas etmek,¹²¹ cinsel arzuları tatmin etmeye yönelik olmadığı bilinen gündelik hayattaki temaslar, intikam alma veya küçük düşürme gayesiyle¹²² yapılan fiiller de sarkıntılık olarak değerlendirilemez. Yargıtay kararlarında da cinsel arzuları tatmin amacına vurgu yapılmaktadır.¹²³

¹¹⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesi E:2021/1809, K:2021/9895, T:09.12.2021

¹¹⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesi E:2021/16943, K:2022/5745, T:07.06.2022

¹¹⁶ Sevük, s.252; Tezcan/Erdem/Önok, s.368; Çetin Akkaya, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.251.

¹¹⁷ Memiş Kartal, s.215.

¹¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s.276

¹¹⁹ Sevük, s.248; Koca/Üzülmez, s. 332.

¹²⁰ Yargıtay CGK E:2019/168, K:2021/220, T:25.05.2021 kararında “Sanığın mağdure Melisa’nın omzuna 2-3 saniye süreyle elini atması şeklindeki bedensel temasın cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olduğu hususunun şüphede kaldığı, ...” denilmektedir.

¹²¹ Yargıtay 14.CD, E:2016/5744, K:2019/11343 T:07.10.2019 kararında “...sanığın, suç tarihinde cinsel saik bulunmayacak şekilde katılanın göğüslerini sıkarak kasten acı vermekten ibaret eyleminin değişen suç vasfına göre kasten yaralama suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti yerine, ...”.

¹²² Tezcan/Erdem/Önok, s.340.

¹²³ Yargıtay 14.CD, E:2013/337, K:2014/8581, T:24.06.2014 kararında “...mağdurenin önüne geçerek kolundan tutup arkadaşlık teklif ettiği, mağdurenin bu teklifi kabul etmemesi üzerine öpmeye çalıştığı, mağdurenin direnmesi üzerine öpme eylemini tamamlayamadığı ve mağdurenin kolundan tutması şeklindeki eylemin ise cinsel

IV. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Yetişkinler arasında cinsel birliktelikler, herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın, tarafların karşılıklı istekleri ile gerçekleşmesi gerekir. Yetişkinler arası cinsel faaliyetler, eğer taraflardan birinin rızası olmadan gerçekleşiyorsa bu fiilin hukuk düzeni tarafından korunması mümkün değildir.¹²⁴ Rızanın etkisi incelenirken zaman bakımından ikili bir ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyim. Sarkıntılık öncesinde mağdurun rızası, tipikliği ortadan kaldırmaktır.¹²⁵ Bununla beraber mağdur sarkıntılığa daha sonra rıza göstermişse, artık suçun haksızlık yönü gerçekleşip, hukuka aykırılık unsuru eksik olacağından bu rıza hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir.¹²⁶ Nitekim mağdurun yetkili makamlara başvurarak şikayetinden vazgeçmesi suçun cezalandırılmasını önlemektedir. Çocuklar bakımından rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılabilecek haller daha sınırlıdır. On beş yaşını doldurmamış veya doldurmamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların rıza gösterme ehliyetleri yoktur. On beş yaşını doldurmuş on sekiz yaşını doldurmamış fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocukların rızaları geçerlidir.¹²⁷

Vücuda tıbbi müdahale amaçlı temaslar da sarkıntılık suçunu oluşturmamaktadır.¹²⁸ Sağlık mensupları tarafından tıbbi amaçlı olarak kişinin genital bölgeleri de dahil olmak üzere vücuda temas edilmesi gerekebilmektedir. Ancak bu temasların tıbbi müdahalenin maçına uygun ve gerekli olması zorunludur.

Sarkıntılık suçuna karşı kanunun hükmü de bir hukuka uygunluk sebebidir. Şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerle ilgili olarak beden muayenesi, vücuttan örnek alma (CMK m. 75 ve 76) ve arama (CMK m.116 ve 117) gibi işlemlerde de kişinin vücuduna yapılan temaslar hukuka uygundur. Bununla birlikte kadının muayenesinin mümkünse kadın hekim tarafından yapılması (CMK m. 77), yoklama suretiyle kontrol ve üst aramasında cinsiyet uyumuna dikkat edilmesi gerekmektedir.

tatmin amacına yönelik olmadığına anlaşılması karşısında, sanığın çocuğun basit cinsel istismarına teşebbüs suçunu işlediği sabit olduğu halde, ..." denilmektedir.

Yargıtay 14.CD, E:2014/762, K:2015/11015, T:25.11.2015, "...ayağa kalkan mağdurenin omuzlarından bastırarak koltuğa oturtmak suretiyle mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş ise de, dosya kapsamına göre bu eylemin cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmadığı anlaşıldığından ... basit cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyetine karar verilmesi yerine ..." denilmektedir.

¹²⁴ Murat Volkan Dülger, "Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerinde Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler", C. 80, S.2, 2006, İstanbul Barosu Dergisi, s.544

¹²⁵ Koca ve Üzülmmez, s.374; Taner, s.173.

¹²⁶ Yargıtay CGK, E: 2019/14-38, K: 2021/233, T:01.06.2021 sayılı kararında "Bu suçla korunan hukuki yarar üzerinde tasarrufta bulunabilen cinsel özgürlük olduğundan hukuki sınırlar içerisinde kalması şartıyla rızaya ehil mağdurun cinsel davranışa göstereceği rıza, fiili hukuka uygun hale getirecektir" denilmektedir.

¹²⁷ Artuk/ Alşahin, s. 3263, Aydın, s. 30.

¹²⁸ Taner, s. 170.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Bir fiilin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı değerlendirilirken suçun tamamlanmış hali dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla sarkıntılık fiilleriyle ilgili teşebbüs durumu değerlendirilirken suç fiilinin sarkıntılığa teşebbüs mü basit cinsel saldırıya/ çocukların cinsel istismarına teşebbüs mü olduğunun belirlenmesi gerekir.¹²⁹ Sarkıntılık, cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edildiği anda suç tamamlanmaktadır.¹³⁰ Cinsel davranışların kısmen yapılmış olması suçun teşebbüs aşamasında kaldığı anlamına gelmemektedir. ¹³¹ Dolayısıyla suçun icra hareketlerinin kısımlara ayrılması mümkünse teşebbüs söz konusu olabilir. Yargıtay kararlarında da sarkıntılığa teşebbüs kabul edilmektedir.¹³² Başka bir görüşe göre sarkıntılıkta teşebbüs mümkün değildir, suçun basit haline teşebbüs edilebilir.¹³³ Bu ihlalin devamlılık göstermesi halinde suçun niteliği değişmekte basit cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçu oluşmaktadır.¹³⁴ Cinsel davranışla mağdura temas edilip suç tamamlandıktan sonra mağdurun direnmesi veya karşı koyması üzerine failin suç işlemeyi

¹²⁹ Yargıtay 14.CD, E:2014/762, K:2015/11015, T:25.11.2015, "...ayağa kalkan mağdurenin omuzlarından bastırarak koltuğa oturtmak suretiyle mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmiş ise de, dosya kapsamına göre bu eylemin cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olmadığı anlaşıldığından ... basit cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyetine karar verilmesi yerine ..." denilmektedir.

¹³⁰ Yokuş Sevik, s.348.

¹³¹ Yargıtay 14. CD, E:2019/4091, K:2020/1305, T:18.02.2020 "... sanığın olay günü ellerini katılanın omzuna koyarak öpmek istediği sırada katılanın ittirmesi nedeniyle eylemini gerçekleştirmediğinin anlaşılması karşısında; sanığın sarkıntılık ... eyleminin tamamlanmış olduğu gözetilmeden fiilin teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle hüküm kurulması ..." denilmektedir.

¹³² Yargıtay 14.CD, E:2016/2584, K:2016/4499, T:03.05.2016, "...sanığın, kendi kızını, mağdure ile kardeşini dondurma almak amacıyla arabaya bindirdikten sonra yolda giderken aracı durdurduğu, mağdureyi araçtan indirip uzaklaştırarak ormanlık alana doğru götürdüğü, yalnız kaldıkları esnada önce mağdureye video izlettikten sonra kendi pantolonunu ve iç çamaşırını çıkartıp, mağdurenin cinsel organına dokunmasını istediği, mağdurenin kabul etmemesi ve o esnada araçta bulunan mağdurenin kardeşinin kornaya basması üzerine eylemini tamamlayamadığı anlaşıldığından, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 103/1-2.cümlede yer alan sarkıntılık suçuna teşebbüs eylemini oluşturduğu ..." denilmektedir.

Bahse konu kararda yer alan olayda, failin mağdura cinsel tacizde bulunduğu ve mağdurun cinsel davranışa(dokunmaya) zorlandığı anlaşıldığından olayın hukuki niteliğinin sarkıntılık yerine suçun temel haline göre ceza belirlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

¹³³ Koca/Üzülmez, s.344.

¹³⁴ Yargıtay 14. CD, E:2016/4900, K:2016/7037, T.13.10.2016 kararında mağdurun önce göğüslerini elleme, ardından boynundan öpme, mağdurun da elini kendi cinsel organı üzerine götürme fiillerini basit cinsel saldırı olarak değerlendirmiştir.

sonlandırması hali de teşebbüs olarak değerlendirilmemektedir.¹³⁵ Sarkıntılık düzeyindeki cinsel davranışların ani niteliği dikkate alındığında sarkıntılığa teşebbüs ve sarkıntılıktan gönüllü vazgeçmenin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

B. İŞTİRAK

Sarkıntılık suçuna her türlü iştirak mümkündür. Sarkıntılık başlı başına bir suç maddesi olarak düzenlenmediği için sarkıntılıkla ilgili değerlendirme basit cinsel saldırı hükümlerine göre değerlendirmek gerektiğinden dolayı müşterek fail hükümleri uygulanması gereken durumlarda daha fazla ceza öngörülmektedir. Eğer sarkıntılık, birden fazla kişi tarafından birlikte(102/3-d; 103/3-a) işlenirse cezalar yarı oranında artırılmaktadır. Ancak nitelikli hal hükmünün sarkıntılık için uygulanıp uygulanmayacağı hususu sistematik olarak gözden geçirilmesinde fayda olduğu değerlendirilmektedir.

C. İÇTİMA

Failin aynı zaman diliminde mağdurun birden fazla vücut bölgesine temas etmesi halinde tek suç oluşmaktadır.¹³⁶ Bununla beraber bu temasların, ani niteliğini kaybedip kesintisiz hale gelmesi durumunda sarkıntılık suçu yerine cinsel saldırı suçu ortaya çıkacaktır.¹³⁷ Dolayısıyla tek başına sarkıntılık olarak kabul edilebilecek fiillerin birbiri ardına işlenmesi halinde sarkıntılık değil suçun temel hali işlenmektedir.

Sarkıntılık suçuyla birlikte başka bir suç işlenirse gerçek içtima kuralı uygulanması gerekir. Böyle bir durumda fail hem sarkıntılık suçundan hem diğer suçlardan cezalandırılması gerekir. Örneğin sarkıntılık suçuyla birlikte cinsel taciz oluşturan sözlerin söylenmesi durumunda iki ayrı suç oluşmaktadır.¹³⁸ Fail, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçunun

¹³⁵ Yargıtay 14. CD, E:2016/102, K:2018/4754, T:27.06.2018 kararında “Dosya kapsamına göre sanığın, uyumakta olan mağdurenin bacağı ile cinsel organını okşadığı sırada uyanan mağdurenin bağırması üzerine eylemine son verdiği ve mevcut haliyle eylemin sarkıntılık düzeyinde kalmayıp 5237 sayılı TCK’nın 103/1-c.1. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturmamasına karşılık eylemin sarkıntılık düzeyinde kabul edilmesi” denilmektedir.

¹³⁶ Yargıtay 14. CD, E:2016/1585, K:2019/9088, T:15.04.2019 kararında “... sanığın olay gecesi otobüste seyir halinde olduğu sırada ön koltukta yolculuk yapan mağdurenin bacağına kısa aralıklarla iki kez dokunması şeklindeki eyleminin ani ve kesintili şekilde gerçekleşip, süreklilik arz etmemesi nedeniyle sarkıntılık düzeyinde kaldığının anlaşılması karşısında...” denilmektedir.

¹³⁷ Artuk/ Alşahin, s.3266

¹³⁸ Yargıtay CGK E:2019/256, K:2020/295, T:16.06.2020 kararında “...Diğer taraftan failin bedensel temas içeren davranışının sarkıntılık mı yoksa çocuğun basit cinsel istismarı (veya basit cinsel saldırı) suçunu mu oluşturduğu tespit edilirken bedensel temas içermeyen mağduru ısrarla takip etme, taciz içeren sözler söyleme gibi davranışlar değerlendirmeye esas alınmayacaktır. Başka bir deyişle söz konusu davranışlar diğer unsurlarının da bulunması hâlinde kişilerin huzur ve sükununu bozma veya cinsel taciz gibi müstakil suçları oluşturabilecek ise de bedensel temas

temel veya nitelikli halinden dolayı cezalandırılmışsa geçitli suç söz konusu olduğundan sarkıntılıktan dolayı cezalandırılmaz.

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı sarkıntılık fiillerinin işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir.¹³⁹ Sarkıntılık fiillerinin bir suç işleme kararının icrası kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek şekilde değişik zamanlarda gerçekleştirilmesi fiilin “ani olma” özelliğini değiştirmemektedir. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki ve sonraki suç arasında ne kadar zaman geçtiği önem taşımaktadır. Yargıtay bir kararında bir yıl sonra işlenen suç ayrı bir suç olarak değerlendirmiştir,¹⁴⁰ başka bir kararında ise bir yıl sonra işlenen suç zincirleme suç kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁴¹

içermeyen bu fiillerin sarkıntılık suçu yönünden değerlendirmesinde "eylemin devamlılık göstermesi" olarak yorumlanması mümkün değildir..." denilmektedir.

Yargıtay 14. CD, E:2014/11794, K:2017/4826, T:17.10.2017 kararında "...sanığın, müştekinin arkasından yaklaşarak kalçasına dokunma şeklinde gerçekleştirdiği bedensel temas içeren eyleminin sarkıntılık ...suçunu ve 12.06.2012 günü müştekiye öpücük atmasının ise cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek sanığın ... ayrı ayrı cezalandırılması yerine..." denilmektedir.

Yargıtay 14. CD, E:2015/10126, K:2016/2774 kararında "22.03.2016... merdivenden aşağıya inerken dönüp öpücük atması... eylemin gerçekleşen sarkıntılık eyleminin devamı olmadığı gibi, unsurları bakımından sarkıntılık suçunu da oluşturmayıp cinsel taciz suçunu oluşturacağından, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı..." denilmektedir.

¹³⁹ Yargıtay CGK E:2019/256, K:2020/295, T:16.06.2020 "...sanığın cinsel organını kendisine değdirmesi eylemini üç farklı günde yaptığını, ...zincirleme biçimde sarkıntılık suretiyle çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir..." denilmektedir.

Yargıtay CGK E:2019/221, K:2020/312, T:23.06.2020 "...sanığın, yolda yürüyen katılan mağdureye yönelik göğsünü sıkma ve 22.03.2017 tarihindeki elini katılan mağdurenin omzuna atıp göğüslerini elleme şeklindeki TCK'nın 43. maddesi kapsamında zincirleme biçimde gerçekleştirdiği eylemlerinin ... zincirleme şekilde ... sarkıntılık suretiyle çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir" denilmektedir.

Yargıtay 14. CD, E:2019/6239, K:2020/3755, T:07.10.2020 "... sanığın farklı zamanlarda mağdurenin cinsel organına dokunması ve arkasına geçip sarılarak kalçası ile cinsel organına dokunması şeklindeki fiziksel temas içeren eylemlerinin ... zincirleme sureti ile sarkıntılık düzeyinde kaldığı gözetilmeyip..." denilmektedir.

¹⁴⁰ Yargıtay 14. CD, E:2016/5627, K:2016/6907, T:10.10.2016 "...suça sürüklenen çocuğun 2014 yılı içerisinde bir gün evde yalnız kaldığı onyediy yaşındaki kız kardeşi mağdurenin göğüslerine dokunduğu ve ertesi yıl içinde bir gece mağdureyi odasına çağırarak suça sürüklenen çocuğun tehditle göğüslerine dokunduğu ... iki eylem arasındaki zaman gözetildiğinde suç kastının yenilendiği nazara alınarak ... maddelerinin iki kez tatbiki suretiyle cezalandırılması..." denilmektedir.

¹⁴¹ Yargıtay 14. CD, E:2017/9980, K:2018/3689, T:15.05.2018 "...İhbar tarihinden bir yıl önce mağdurun yanına gelen sanığın, ...mağdurun kolundan tutup sıkarak zorla verdiği esnada göğsünü eliyle sıkığı ve olay tarihinde de sanığın yine mağdurun

Suç fiili kısmında bahsedildiği üzere sarkıntılık fiillerinde sarkıntılığın daha hafif cezalandırılmasının temelinde bu fiillerin ani olarak işlenmesi ve mağdurun bir anlık boşluğunda gerçekleştirildiği için failin cebre ve tehdide¹⁴² başvurmaması gerektiği ifade edilmişti. Dolayısıyla sarkıntılık suçlamalarında cebir iddiası varsa basit cinsel saldırı suçuna göre yapılması gerekir.¹⁴³ Bununla birlikte sarkıntılık esnasında mağdurun hareket etme kabiliyetinin sınırlandırılmışsa suçun temel haline göre ceza belirlenmesi gerektiği değerlendirilmekte olup suçun temel hali açısından, bu durum kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu olarak kabul edilmemekte, suçun konusu kişinin vücudu olduğu için ayrı bir ceza verilmemektedir.¹⁴⁴

VI. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilmektedir. Cinsel saldırı suçu kapsamındaki sarkıntılığın soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından şikayete tabi suçlardan olup olmadığı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kanuna göre cinsel saldırı suçunun basit şekli şikayete tabi suçlardandır. Cinsel saldırı suçunun temel şekli şikayete tabi suçlardan olduğu ve cinsel saldırının sarkıntılık düzeyinde kalması halinde de takibin şikayete tabi olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁵ Ancak sarkıntılık fiilleri açısından TCK m.102/3'de yer alan nitelikli haller söz konusu ise suçun takibi resen yapılacaktır. Konuyla ilgili olarak kanun gerekçesi "Maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suçun temel şekli, yürürlükteki hükümde olduğu gibi şikâyete tabi bir suç olarak düzenlenmektedir. Kanunda açıkça belirtilen hallerde soruşturma ve kovuşturmanın şikâyete tabi olduğu, temel şekli şikâyete bağlı olan suçun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda artık şikâyet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapılabileceği ilkesi karşısında, suçun maddenin birinci fıkrasında düzenlenen temel şekliyle üçüncü fıkrasında tanımlanan

yanına gelerek elini omzuna atıp göğüslerine dokunduğu ... TCK'nın 103/1-c.2, 43. maddelerine göre cezalandırılması gerekirken,..." denilmektedir.

¹⁴² Yargıtay 14. CD, E:2015/7567, K:2019/7839, T:05.03.2019 "... mağdurenin, yanına yaklaşan sanığın, mağdureye yönelik olarak aniden kalçasına dokunup, akabinde sırtına vurarak, ardından "seni s...m, elimden kurtulamazsın" diyerek tehdit etmesi şeklindeki eylemlerinin sarkıntılık ve tehdit suçlarını oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi,..." denilmektedir.

¹⁴³ Sarkıntılıkta cebir veya tehdide başvurulabileceğini kabul eden görüşler için bkz. Aygül Atakaya, s.136.

¹⁴⁴ Yargıtay 14. CD, E:2016/12737, K:2019/13107, T:09.12.2019 "Sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçunun işlendiği sırada ve eylemle sınırlı süreyle mağdurenin iradesiyle hareket edebilme imkanının ortadan kaldırılmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı, kişinin vücudunun suçun konusu olması sebebiyle mağdurenin hareket edebilme özgürlüğü ortadan kaldırılmadan bu suçun işlenemeyeceği, ... cinsel eylem süresince mağdurenin ahkonulması sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçu kapsamında kalıp ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı anlaşıldığından, ..." denilmektedir.

¹⁴⁵ Koca/Üzülmez, s.349

nitelikli hallerinin birlikte gerçekleşmesi durumunda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı olmayacaktır¹⁴⁶ denilmektedir. Sarkıntılık durumunda suçun nitelikli hali hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı gerçekten tartışılmalıdır. Kanun gerekçesinde geçen “...birinci fıkrasında düzenlenen temel şekliyle üçüncü fıkrasında tanımlanan nitelikli hallerinin...” cümlesindeki “temel şekliyle” ifadesi de sarkıntılık durumunu kapsamamaktadır. Zira sarkıntılık suçun temel hali olmayıp daha az cezayı gerektiren nitelikli halidir. Dolayısıyla sarkıntılık suçundaki bu belirsizliklerin kaldırılması için mülga TCK dönemindeki gibi sarkıntılık “bir düzey” olarak değil ayrı bir “suç” olarak düzenlenmelidir. Ayrıca soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, sarkıntılık suçunda uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK m. 253/3).

Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Çocukların cinsel istismarı kapsamında düzenlenen sarkıntılık, resen soruşturulmaktadır. Bununla birlikte sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.¹⁴⁷ Suçun soruşturulması için bahse konu kişilerden birinin şikayeti soruşturma için yeterlidir, her biri kendi şikayetini geri alabilir.¹⁴⁸ Bununla birlikte kanunda birden fazla kişiye şikayet hakkı tanınması, şikayetin akıbetiyle ilgili irade çatışmasına sebep olabilecektir. Mağdur şikayet etmişse veli-vası şikayeti geri alamaz, veli-vası şikayet etmişse mağdur şikayeti geri alamaz.¹⁴⁹ Ayrıca soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, sarkıntılık suçunda uzlaştırma yoluna gidilemez (CMK m. 253/3). Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde muhakemenin şikâyete tabi tutulması, ceza miktarını azaltmadığı için eleştirilmektedir. Ayrıca 15-18 yaş aralığındaki çocuklar, TCK m.104 bağlamında cinsel ilişki bakımından şikayet hakkını kendisi kullanabilirken, sarkıntılık için şikayet hakkının veliye veya vasiye verilmesi bir çelişki olarak değerlendirilmektedir.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Kanun Gerekçesi

“<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bf-44d4-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6545#step-2>” (S.e.t.: 04 Nissan 2024)

¹⁴⁷ Yargıtay 9. CD, E:2021/24181, K:2021/10410, T:29.12.2021 kararında “...nüfus kaydına göre suç tarihi ile bozma öncesi kovuşturma evresinde ifadesi alındığında on beş yaşından küçük olan mağdurenin bozma sonrası süreçte reşit olması karşısında, ifadesi alınırken suça sürüklenen çocuktan şikayetçi olup olmadığı hususunda da beyanının alınması gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırı...” denilmektedir.

¹⁴⁸ Yargıtay 9. CD, E:2021/6074, K:2022/7451, T:05.07.2022 kararında “...mağdurenin velayet hakkına sahip annesi müşteki ...'nin ilk derece mahkemesindeki duruşmada şikayetinden vazgeçtiğini beyan ettiği gözetilerek bu davanın düşmesine karar verilmesi gerekirken...” denilmektedir.

¹⁴⁹ Koca/Üzülmez, s.370-371.

¹⁵⁰ Aydın, s.28-29.

Cinsel saldırı suçu kapsamındaki sarkıntılık için uygulanacak zamanaşımı süresi belirlenirken suçun temel haline göre değerlendirme yapılması gerekir.¹⁵¹ TCK m.66/3'de yer alan "Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur" hükme göre suçun daha hafif cezayı gerektiren nitelikli halleri zamanaşımı hesaplamasında dikkate alınmamaktadır. Aynı bir suç olarak düzenlenmeyen sarkıntılık, daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak cinsel saldırı içinde yer aldığından zaman aşımında suçun temel hali gözetilmesi gerekir.¹⁵² Dolayısıyla sarkıntılık ve nitelikli hal hükümlerinin uygulanacağı sarkıntılık suçlarında zaman aşımı on beş yıldır. Çocukların cinsel istismarı kapsamında düzenlenen sarkıntılık için de zamanaşımı aynı şekilde hesaplanmalıdır. Çocukların cinsel istismarı kapsamında düzenlenen sarkıntılık için zaman aşımı on beş yıldır, nitelikli haller uygulanacaksa zaman aşımı yirmi yıldır.

Polis; çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sarkıntılık edenleri herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engelleme, davranışlarının devamını durdurarak yasaklama yetkisine sahiptir.¹⁵³

Sarkıntılık düzeyinde kalan suçları yargılama görevi Asliye Ceza Mahkemelerindedir.

SONUÇ

Sarkıntılık bir suç olarak mülga TCK'ya ilk kez 1933 yılında girmiş yeni TCK'ya daha sonra eklenmiştir. Kanuna sonradan dahil edilen sarkıntılık, mülga TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenmişken yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı ve istismar suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Yargıtay kararlarında sarkıntılıkla ilgili olarak cinsel saldırı ve istismar suçlarındaki sarkıntılık fiilleri için ortak bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Sarkıntılık düzeyinin en belirleyici iki özelliği bulunmaktadır. İlk husus, fiilin

¹⁵¹ Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Adalet Yayınevi, 2021, s. 2368; Yargıtay CGK 20.12.2011 gün ve 3-220/274 sayılı kararında kasten yaralama suçu bakımından yaptığı değerlendirmede dava zamanaşımının hesabında suçun hafif nitelikli halinin yerine temel şeklinin cezasının esas alınacağına karar vermiştir.

¹⁵² Yargıtay 14. CD E:2018/2603, K:2020/1060, T:11.02.2020 "...sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçunun 5237 sayılı TCK'nın 102/1-c.2. maddesinde düzenlenip, öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla aynı Kanunun 66/1-e. maddesinde belirtilen 8 yıllık olağan dava zamanaşımına tabi bulunduğu" hükmetmiştir. Mahkeme kararında sarkıntılık ayrı bir suç gibi değerlendirilerek hatalı bir değerlendirme yapılmıştır.

¹⁵³ Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu m.11; Bu kanun maddesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi E: 1985/8 K: 1986/27, T:26.11.1986 kararında "...Genel asayiş, konut dokunulmazlığını, halkın ırz, can ve malını korumak, ammenin istirahatını, kamu düzenini ve kamu güvenliğini sağlamak, yasalara hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce, önünü almak, Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 1. ve 2. maddelerine göre esasen polisin asli görevidir" değerlendirmesiyle bu düzenlemenin anayasaya uygun olduğunu belirtmiştir.

mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal edip etmediğidir, yani temastır. Sarkıntılık, bedensel temas yönüyle basit cinsel saldırı-çocukların cinsel istismarı suçuna benzese bile “ani nitelikli” olması yönüyle suçun temel halinden ayrılmaktadır. Sarkıntılık, fail tarafından cinsel davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığı ihlal edildiği anda tamamlanmaktadır. Teşebbüs aşamasında kalan fiillerin sarkıntılığa teşebbüs mü basit cinsel saldırıya/çocukların cinsel istismarına teşebbüs mü olduğu belirsiz kalmaktadır. Sarkıntılık suçuyla birlikte başka bir suç işlenirse gerçek içtima kuralı uygulanması gerekir. Sarkıntılık düzeyinde fail tarafından cebir ve tehdide başvurulmaması gerekir. Cinsel saldırı suçu kapsamındaki sarkıntılık, soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından şikayete tabi suçlar arasında sayılmalıdır. Sarkıntılık için uygulanacak zamanaşımı süresi belirlenirken suçun temel haline göre değerlendirme yapılması gerekir. Sarkıntılığın ayrı bir suç olarak düzenlenmemesi beraberinde suçun nitelikli hal hükümlerinin uygulanmasında, teşebbüsün değerlendirilmesinde, suçun muhakeme usulünde, zamanaşımı süresinde tartışmalara neden olmaktadır. Sonuç olarak sarkıntılık ayrı bir suç olarak, mülga TCK’da olduğu gibi, cinsel saldırı suçu ile cinsel taciz suçları arasında ceza öngörülen ayrı bir suç olarak düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akçin İ, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, C. 32, S. 1-2, 2006, Yargıtay Dergisi, ss. 99-144.
- Akkaya Ç, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Artuk M E / Alşahin M E, “Sarkıntılık Fiili”, C. 65, S. 4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.3243-3270.
- Artuk M E/ Gökcan A / Alşahin M E/ Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aydın M, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Aygül Atakaya M, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarında Sarkıntılık Fiili (Yargıtay Kararları Işığında)”, C: 5, S: 1, Yıl 2022, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, ss.113-147.
- Baş E, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, C.65, S.4, 2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1135-1215.
- Can C, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Çalışkan S, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Dönmezer S, Ceza Hukuku Hususi Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- Dursun S, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, S. 24, 2014, Ceza Hukuku Dergisi, ss. 57-73.
- Dülger M V, “Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerinde Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler”, C. 80, S.2, 2006, İstanbul Barosu Dergisi, ss. 543-575.
- Gökcan H T/ Artuç M, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Cilt, Adalet Yayınevi, 2021.
- Kılıç A, “Cinsel Hâkimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, S. 78, 2008, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 167-204.
- Koca M/ Üzülmüş İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Memiş Kartal P, Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- Nişancı D, “6545 Sayılı Kanun İle Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, 120, 2015, TBB Dergisi, ss. 209-260.
- Nuhoğlu A, “Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, Çetin ÖZEK Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004, ss. 609-640.
- Özbek V Ö/ Kanbur N/ Doğan K/ Bacaksız P/ Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Sevük, H Y, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, S.57, 2005, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 203-282.
- Şimşek A, “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, 28, 2015, Ceza Hukuku Dergisi, ss.309-359.
- Şişman S, Cinsel Saldırı Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2010.
- Taner F G, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Tezcan D/ Erdem M R/ Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Tezcan D/ Erdem M R/ Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Yokuş Sevük, H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

HANEFİ GELENEĞİNDE MÜFTÜNÜN HAREKET TARZI

Die Methode des Muftis in der hanafitischen Tradition

Arş. Gör. Dr. Serhan YILDIRIM*

Öz: Bu makale, Hanefi geleneğinde müftünün fetva verme sürecini ve hareket tarzını teorik düzeyde incelemektedir. Hanefi geleneğinde fetva verme pratiği, kurucu İmam Ebu Hanife ve öğrencileri Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'in görüşlerine dayanan bir hiyerarşi içinde şekillenmiştir. Bu hiyerarşi, mezhebin içtihat sistematığında ve fetva verme sürecinde belirleyici olmuştur. Müçtehit müftüler, içtihatla bulunma yetkinliğine sahip oldukları için zamanın şartlarına ve toplumsal ihtiyaçlara uygun fetvalar verebilmek için esnekliğine sahiptir. Buna karşın mukallit müftüler, önceki müçtehitlerin görüşlerini esas alarak ve mezhebin kurucuları tarafından belirlenen ana ilkeler doğrultusunda fetva verirler. Çalışmanın bulguları, Hanefi geleneğinde fetva verme sürecinin dinamik ve evrimsel bir yapıya sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Sosyal, ekonomik ve siyasi koşulların değişmesiyle birlikte, fetva verme süreci de bu değişimlere uyum sağlamaktadır. Müftünün fetva verirken toplumsal değerler, zaruret halleri ve amme maslahatı gibi unsurları dikkate alması, fetvaların güncel koşullara uygun olmasını ve mezhebin temel prensiplerine sadık kalmasını temin etmektedir. Özellikle müçtehit ve mukallit müftüler arasındaki farklar, bir taraftan fetva verme sürecinin esnekliğini ve değişen şartlara duyarlılığını gösterirken mezhep içi tutarlılık ve duraganlığı da gözler önüne sermektedir. Bu bağlamda, Hanefi geleneğinde fetva verme sürecinin mezhep içi gelenekte duraganlık ve dinamiklik arasında nasıl bir denge-düzen ortaya koyduğu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hanefi Geleneği, Fetva, Ebu Hanife, İmameyn, İctihat, Müçtehit ve Mukallit Müftüler, Dinamiklik ve Duraganlık.

Abstract: Dieser Artikel untersucht auf theoretischer Ebene den Prozess und das Vorgehen des Muftis bei der Fatwa-Erteilung in der hanafitischen Tradition. Die Praxis der Fatwa-Erteilung in der hanafitischen Tradition hat sich innerhalb einer Hierarchie geformt, die auf den Ansichten des Gründers Imam Abu Hanifa und seiner Schüler Abu Yusuf und Imam Muhammad basiert. Diese Hierarchie war bestimmend für das System der Ijtihad und den Prozess der Fatwa-Erteilung innerhalb der Rechtsschule. Mujtahid-Muftis haben aufgrund ihrer Befähigung zum Ijtihad die Flexibilität, Fatwas zu erlassen, die den Bedingungen der Zeit und den gesellschaftlichen Bedürfnissen entsprechen. Im Gegensatz dazu stützen sich Muqallid-Muftis auf die Ansichten früherer Mujtahids und erteilen Fatwas im Einklang mit den von den Gründern der Rechtsschule festgelegten Grundprinzipien. Die Ergebnisse der Studie zeigen, dass der Prozess der Fatwa-Erteilung in der hanafitischen Tradition eine dynamische und evolutionäre Struktur aufweist. Mit den sich ändernden sozialen, wirtschaftlichen und politischen Bedingungen passt sich auch der Prozess der Fatwa-Erteilung an diese Veränderungen an. Die Berücksichtigung von gesellschaftlichen Werten, Notwendigkeiten und dem Gemeinwohl durch den Mufti bei der Fatwa-Erteilung gewährleistet, dass die Fatwas den aktuellen Bedingungen entsprechen und den Grundprinzipien der Rechtsschule treu bleiben. Insbesondere die Unterschiede zwischen Mujtahid- und Muqallid-Muftis verdeutlichen einerseits die Flexibilität und Sensibilität des Fatwa-Erteilungsprozesses gegenüber sich ändernden Bedingungen und andererseits die Konsistenz und Stabilität innerhalb der Rechtsschule. In diesem Zusammenhang wurde untersucht, wie der Prozess der Fatwa-Erteilung in der hanafitischen Tradition ein Gleichgewicht zwischen Stabilität und Dynamik innerhalb der Rechtsschule aufrechterhält.

Keywords: Hanafitische Tradition, Fatwa, Abu Hanifa, Imameyn, Rechtsfindung, Mujtahid- und Muqallid-Muftis, Dynamik und Stabilität.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, serhanyildirim@cu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-9946-5726

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573717

Makale Geliş Tarihi: 19.04.2024, Makale Kabul Tarihi: 12.07.2024

GİRİŞ

Hanefi mezhebi içerisinde en muteber addedilen görüşler sırasıyla kurucu İmam Ebu Hanife ile öğrencileri Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşleridir. Bunlardan sonra İmam Züfer ve Hasan b. Ziyad'ın görüşleri gelir. Bu hiyerarşi, herhangi bir mesele hakkında hukuki-dinî fetva istendiğinde önem arz eder. Pek tabii burada siyasi otoritenin bu hukukçuların görüşlerinden kimini diğerine üstün tutma, birini diğerine tercih etme yetkisi bulunmaktadır. Buradaki temel ölçüt genellikle amme maslahatıdır. Örneğin, Osmanlı uygulamasında vakıflar hakkında Ebu Hanife'nin değil de öğrencileri Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'in görüşü benimsenmiştir.¹ Burada Ebu Hanife ile İmameynin resmî görevlerde bulunup bulunmadığı konusu önem teşkil eder. Ebu Hanife defalarca kendisine baş kadılık teklif edilmesine rağmen bu görevi kabul etmemiştir.² Öncesi Ebu Yusuf ise, hocasının ölümü sonrası bu görevi kabul etmiştir.² Neticede her iki âlimin görüşleri, içinde buldukları durum ve konumdan etkilenmiştir. Ebu Hanife daha çok siyasi otoritenin müdahalesine müsaade etmeksizin içtihat yapmıştır. Ancak Ebu Yusuf usulde hocasını taklit etmekle birlikte, bulunduğu konum ve tecrübesi itibarıyla farklı yönde içtihatlarında bulunmuştur. Ebu Yusuf'un baş kadılık görevini yerine getirmesi, dolayısıyla tecrübesi nedeniyle kaza kurumu hakkındaki meselelerde onun görüşleri diğer mezhep içi görüşlerden üstün tutulmuştur. Bunun gibi birçok ölçüt Hanefi geleneğinde müftünün sistematik olarak takip edeceği yolu ifade eder. Aşağıda müftünün hareket tarzı, teorik düzeyde; yani siyasi otoritenin fetva kurumuna müdahil olmadığı, Hanefi geleneğinde fetva usulü çerçevesinde ele alınacaktır.

I. HANEFİ GELENEĞİNDE MÜÇTEHİT VE MUKALLİT MÜFTÜNÜN HAREKET TARZI

Hanefi geleneğinde müçtehit ve mukallit müftünün izleyeceği yol birbirinden farklıdır.³ Müçtehit ile mukallit müftü arasındaki fark, Hz.

¹ Mehmet Âkif Aydın, Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye'nin Temeli, İSAM Yayınları, İstanbul, 2020, s. 135, 136, 140.

² Ebu Yusuf'un baş kadı olarak tayin edilmesi ile mezhep görüşünün uygulama ve yayılma alanı bulunduğu söylenilebilir. Bkz. Aydın, s. 246.

³ Fetvada taklidin şeri hükmü hakkında mezheplerde görüş farklılığı bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, taklide dayalı fetva vermek caiz görülmez. Nitekim taklidin ilmî bir değeri olmadığı gibi mukallidin de âlim olması mümkün değildir. Hanbeli ve Şafii mezhebine mensup âlimlerin çoğunluğu ilmî birikim olmadan fetva vermeye cevaz vermemektedir. İkinci görüş, kişinin kendisi ile ilgili konularda taklit yöntemiyle fetva vermesini caiz görür. Burada takliden fetva verme sadece kişinin şahsı ile sınırlıdır. Yani kamusal alanda herkes için fetva vermesi caiz görülmez. Üçüncü görüşe göre ise müçtehit müftülerin bulunmadığı bir dönemde, zorunlu olarak taklit ile fetva vermek caizdir. Hanefi ulemânın çoğunluğu üçüncü görüşü benimser. Osmanlı dönemi uygulamasına bakıldığında da genellikle bu görüşün benimsediğini söyleyebiliriz. İbn Kayyım el-Cevziyye, İ'lamü'l-Muvakkî'in, C. I-II, Çev. Pehlül Düzenli, Muhammed Enes Topgöl (tahk.), 2. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, 2017, s. 80.

Peygamber dönemine yakın olmak ve ilmi derinlik unsurlarıyla ifade edilebilir. Mütেকaddim ulemâya, yani zaman bakımından önce gelenlere mezhep geleneğinde saygı duyularak onların görüşleri üstün tutulur.

Hanefilerde fıkıh usulü, kurucu imam Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in içtihat ederken kullandıkları yöntemin bir çerçevesini sunar. Kurucu imamların görüşleri, tarihsel süreç içerisinde Hanefî ekolünün temel hareket noktasını teşkil etmiştir.⁴ Dolayısıyla fetva faaliyetinde birincil müracaat kaynağı kurucu müçtehitlerin görüşleridir. Şöyle ki; bu görüşler dikkate alınmaksızın doğrudan kıyas yöntemine başvurulamaz. Kurucu imamların görüşleri, fıkıhın fûru kurumlarında belirgindir. Dolayısıyla doğrudan nassı temel alarak meseleye kıyas etmek Hanefî usulünde mümkün değildir. Hanefî müftü/fakih, karşılaştığı sorunları mezhebin fûru kurumlarına indirgeyerek (kıyas ederek) çözer. Kıyasta mana bakımından birbirine yakın iki olgu, şey kıyas edilir. Pratik söz konusu olduğunda, zaman bakımından yakınlık önem arz eder. Dolayısıyla sahabe naslara, tabiin sahabe görüşlerine, sonrakiler de tabiin görüşlerine kıyas edebilirler. Ancak burada mezheplerin teşekkül devrinde söz konusu dönemlerin eş sayıldığını ifade etmek gerekir. Müçtehit imamlar devrinde nasların anlamları etraflıca tartışılmış, tetkik edilmiş ve nihayetinde belirli bir kalıba oturtulmuştur. Bu bakımından doğrudan nassa müracaat ile kıyasta bulunma yöntemi sonraki âlimler için tercih edilmemiş, kurucu müçtehitlerin çizdiği çerçeveden, gösterdiği yoldan gitmek tercih edilmiştir.⁵ Dolayısıyla müftüden fıkıh usulü kuralları doğrultusunda hüküm istinbat etmesi beklenmez. Müftü, geleneğe, geleneksel otoriter hiyerarşiye nazaran fetvasını verir. Onun mezhebin temel metinleri ile ilişkisi, mezhep sahibi imamın nasla ilişkisi gibidir.⁶ Nitekim İbn Haldun'a göre, kurucu imamlar istinbat kurallarını şer'i

⁴ Hanefî geleneğinde mezhep usulü hakkında yazılmış muteber ve sistematik addedilen eserlerden İbn Âbidin'in *Şerhu Ukûdi resmî'l-müftî* adlı risalesini anmakta fayda var. İbn Âbidin eserinde Hanefî geleneğindeki otorite görüşlerin hiyerarşik değerlendirmesini yapar. Buradaki amaç, müftü için otorite olan *râcih* görüşün nasıl tespit edilebileceğini göstermektir. İbn Âbidin âdeta müftüye mezhep içi teorik-pratik bir rehber sunar. Ayrıca mezhep içi içtihadın şeklini ve sınırlarını tutarlı bir yapıda ifade eder. Ona göre, mezhepte otorite olan görüşe uymak dinî bir gerekliliktir. Şenol Saylan, "Hukuki Modernleşme Öncesi Fıkıhın Geleneksel Yapısını Koruma Çabası: Şerhu Ukûdi Resmî'l-Müftî", İbn Âbidin, Hanefilerde Mezhep Usulü: Şerhu Ukûdi Resmî'l-Müftî, Çev. Şenol Saylan (ed.), 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2020, s. 62 vd.

⁵ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, 5. Baskı, Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, İstanbul, 2002, s. 331-332; Murteza Bedir, "Fetva ve Değişim: Geleneksel Fıkıh Yönteminde Büyük Kırılma", Hanefilerde Mezhep Usulü: Şerhu Ukûdi Resmî'l-Müftî, Çev. Şenol Saylan (ed.), 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2020, s. 36-37.

⁶ Norman Calder, "İbn Âbidin'in Ukûdü resmî'l-müftî Adlı Risalesi", *Osmanlı Hukukunda Fetva*, Çev. Şenol Saylan, Süleyman Kaya (ed.)/ Yunus Uğur (ed.)/ Mustafa Demiryay (ed.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, s. 70, 80-81; Norman Calder, "Al-Nawawi's Typology of Muftis and Its Significance for a General Theory of Islamic Law", C. 3, S. 2, 1996, *Islamic Law and Society*, s. 155-156.

delillerden hüküm çıkarmada kullanılırken, sonraki fakihler mezhep içi yerleşik görüşlerin muhafazası işlevinde kullanmışlardır.⁷

Müçtehit müftü, amme maslahatı ve örf ve âdeti dikkate alarak şer'i hukuk çerçevesinde fetva verir. Mezhep sahibi müçtehidin fetvaları, zaruret, zamanın bozulması ve örf ve âdet nedeniyle değişime açıktır. Şartlar oluşmuşsa müçtehit müftü, önceki âlimlerden farklı yönde fetva verebilir. Örf ile değişen hükümler mezhep dışı sayılmaz.⁸ Kural olarak “*örfle sabit olan nasla sabit kılınmış gibidir*”.⁹ Dolayısıyla müftü talak, itak, eyman ve benzeri

⁷ İbn Haldûn, Tercüme-i Mukaddime-i İbn Haldûn, C. III, Çev. Ahmed Cevdet Paşa, Yavuz Yıldırım (haz.)/ Sami Erdem (haz.)/ Halit Özkan (haz.) vd., Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2015, s. 85. Fıkıh usulü terimi olarak taklit “*hiçbir delile dayanmadan söylenmiş bir sözü kaynak kabul etmektir*”. Yani taklit delile dayanmayan bilgidir. Mukallit ise faaliyeti gerçekleştiren kişiye denir. İttiba ise *delile dayalı görüş* anlamına gelmektedir. Mukallit kabul etmesini gerekli kılacak hiçbir delil bulunmadığı halde bir görüşü benimsemekte ve ona tâbi olmaktadır. Kabule zorlayıcı bir delili bulunan herhangi bir görüşü benimseyen kişi de *müttebi* olarak nitelendirilir. Mezheplerin teşekkülü döneminde ve öncesinde kural olarak taklit ancak zorunluluk halinde caiz görülmekteydi. Yani müftü, Kur'an, sünnet, sahabe görüşünü delilleriyle bilmeye çabalamalı bu konuda emek sarf etmelidir. Ancak müçtehit müftünün bulunmadığı dönemde, bunlar bir kenara bırakılıp mezhep içerisinde doğrudan otorite kabul edilen görüşler taklit edilmiş, böylelikle zaruret hali sürekli bir hal almıştır. Bu bağlamda Kur'an ve sünnete tâbi olmak için olanca gücüyle çabaladığı halde bazı konuları ihâta etmekte zorluk çeken ilmî açıdan zayıf olan kişilerin, kendilerinden daha bilgili kimseleri taklit etmesi caiz görülür. Hatta bu yerilmeyen, övülen bir davranış olarak zikredilmektedir. Fakat mukallit, taklit ettiği kişinin bir görüşünün nassa aykırı olup olmadığını bilemez. Şayet taklit ettiği görüş nassa aykırı ise vahyedilenden başka bir görüşe tâbi olmuş olur. Aynı şekilde ilmî açıdan daha üstün olduğu için mezhep imamını ya da onun öğrencilerinin görüşünü taklit eden bir kimse hakkında, taklit ettiği âlimin görüşünü tercih etmediği âlimlerden ilmî açıdan üstün olduğunu nasıl bildiği, bir mezhebin görüşünü diğer bir mezhebin görüşüne niçin tercih edilmeye değer gördüğü sorularının cevapları belirsizdir. Bu belirsizlik Hanefi geleneğince tarihsel süreç içerisinde teşekkül ve tekâmül eden mezhep usulü dairesinde giderilmeye çalışılarak, müftüye sağlam bir yol-rehber sunulmaya gayret edilmiştir. Esasen müttekaddim ulemâya duyulan saygı, mezhebin tarihsel süreç içerisinde kurumsallaşması ve ilmî yetkinliği görece zayıf âlimlerin bulunması taklidi zorunlu kılmıştır denilebilir. Neticede mukallit müftüler için nas yerini kadim ulemânın görüşlerine bırakmıştır. İbn Kayyım, s. 47, 625, 617-618, 628-629, 690; Eyyüb Said Kaya, “Taklid”, C. 39, 2010, DİA, s. 461 vd. Kanaatimizce, bu vaziyetin olumlu sonucu mezhep içi tutarlılık ve istikrar şeklinde ifade edilebilir. Olumsuz sonucu ise mezhep taassubu nedeniyle şer'i alanın daraltılması, dolayısıyla hükümlerdeki değişimin fevkalâde sıkı şartlara tâbi tutulmasıdır.

⁸ Hasan b. Ziyad'ın hür ergen kadının denk olmayan biriyle evliliği sahih değildir yönündeki görüşü, paranın peşin olarak verilmesi suretiyle malın veresiye satışı, mahsullerin toptan satışa konu edilmesi, fesâd'ü-z-zaman nedeniyle şahitlerin tezkiesi uygulamaları bu türden hükümlerdir. Hanefi geleneğinde zamanın gerekleri, zaruret ve örfün değişmesi ile değişen hükümler mezhep dışı kabul edilemez. Saylan, s. 67-68; Wael B. Hallaq, “Bir Osmanlı Reform Öncüsü: Örf ve Hukukî Değişim Üzerine İbn Âbidîn”, Çev. Ömer Faruk Ocaoglu, C. 3, S. 3, 2005, Usul İslam Araştırmaları, s. 184-185; İbn Âbidîn, s. 118-126, 258.

⁹ Mecelle madde 45'teki “Örf ve âdet ile tayin ve tahsis nass ile tayin ve tahsis gibidir” külli kaidesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-

hususlarda kullanılan ifadelerde *müsteftinin* (fetva isteyen kişi) örfünü bilmelidir. Nitekim kullanılan tabirler örfte farklı bir anlama gelebilir. Bu nedenle müftü çağının muteber örf ve âdetini terk ederek mezhebin zâhirine göre fetva veremez. Ancak nassın zâhirini terk etmeyi gerektiren örfte itibar edilmez.¹⁰ Müftü, bir hadise nasıl beyan edilmişse ona göre fetvasını verir. Ayrıca hadisenin doğruluğunu araştırması gerekmez. Müftü kelam ilmi ile ilgili konularda ayrıntılı fetva vermemelidir. Bu konular halkın nüfuz edemeyeceği derinlikte olup onları yanlış anlamaya sevk edebilir. Müftüden henüz gerçekleşmemiş olan farazi bir mesele hakkında fetva istenirse buna cevap vermesi gerekli değildir.¹¹ Esasen müftü, hüküm koyan kişi değildir. Gelişigüzel bir şekilde fetva veremez. Müçtehit müftü, deliller doğrultusunda Allah'ın hükmünü arar. İlgili hükmü bulunca da sorana cevabı bildirir.¹²

Mezhep geleneğinde müçtehidin görüşü onun vefatından sonra da geçerliliğini korur. Bu konuda icmâ olduğu ifade edilmektedir.¹³ Netice olarak müçtehit sıfatına sahip olmayanlar malum ve muteber olan müçtehitlerden birinin mezhebine tâbi olmalıdır. Mukallit, müçtehitlerden birisini taklit eder. Nitekim onlar, müçtehitlerden birinin görüşünü diğerine tercih edecek nazara sahip değildir. Onun için o bir mezhebe tâbi olur ve o mezhebin görüşleri dairesinde mukallit olarak hareket eder.¹⁴

Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C. 1, 2. Baskı, Mehmet Emin Özafşar (ed.) / Raşit Gündoğdu (haz.) / Osman Erdem (haz.), DİB Yayınları, Ankara, 2017, s. 110-111.

¹⁰ İbn Âbidîn, s. 252-254, 268; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslâmiyye Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu, C. 8, 2. Baskı, Ravza Yayınları, İstanbul, 2018, s. 261 vd.; Ali Haydar Efendi, s. 94-98.

¹¹ Bilmen, s. 262-263.

¹² Atar, 2002, s. 327; Hacı Yunus Apaydın, İslam Hukuk Usulü, 2. Baskı, Kimlik Yayınları, Kayseri, 2016, s. 343-344; Bedir, s. 18.

¹³ Bilmen, s. 264. Burada ifade edilmek istenen içtihadın içtihat ile nakz olunamayacağı (Mecelle m. 16) kaidesidir. İlgili kaide hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ali Haydar Efendi, s. 73-74. Bu yerleşik kaideyle müçtehitlerin içtihatları mezhep içinde canlı tutulup istikrar sağlanırken, aynı zamanda hukukun dinamik yapısının korunması hedeflenmiştir.

¹⁴ Bilmen, s. 264-265. İbn Kayyım, taklide reddiye yaparak bu konudaki görüşlerini ortaya koyar. Ona göre, mezhep imamlarının taklit edilmesi şer'î bir temele dayandırılmalıdır. Ancak "*Ashabım yıldızlar gibidir. Hangisine uyarırsanız hidayeti bulmuş olursunuz*" anlamındaki hadis rivayetini taklit yöntemine delil olarak göstermek tutarsızdır. İbn Kayyım'a göre bu hadis, mezhep imamlarını taklidin dört halifeyi taklitten daha önemli olduğunu göstermez. Ayrıca sahabenin kendi aralarında da birçok konuda ihtilaf ettiği bilinmektedir. İbn Kayyım, s. 672-673; Mezheplerin kurumsallaşması sonrası taklidin yaygın bir yöntem olarak benimsenmiş olması bir gerçek olsa da dört mezhebin kurucu imamları, kendi görüşlerinin delillerine bakılmaksızın taklit edilmesini eleştirmişlerdir. İbn Kayyım'ın Beyhakî'nin *Menâkibu's-Şâfiî* adlı eserinden aktardığına göre, Şafii mezhebinin kurucusu İmam Şafii, delilsiz bilgi edinenleri gece odun toplayan kişilere benzetir. Bu kişiler, doğruyu yanlıştan ayırmaksızın gelişigüzel bilgi toplayan kimseler olarak tasvir edilir. Aynı doğrultuda, Ebu Yusuf'un "Herhangi bir kişinin, bizim nereden söylediğimizi bilmeden, görüşlerimizi nakletmesi helâl

Müçtehit ve mukallit müftünün kendisine sorulan bir mesele hakkında nasıl hareket edeceği usul eserlerinde ayrıntılı olarak ele alınır. Bu doğrultuda görüşlerinden istifade edilecek âlimler yetkinliklerine göre derecelendirilip sınıflara ayrılmıştır. Derecelendirmedeki temel ölçüt, zaman bakımından öncelik ve ilmî derinliktir. Dolayısıyla mütekaddimîn ulemâ, müteahhirinden daha yetkin¹⁵, daha ehil kabul edilir. Hanefi mezhebinin kurucu imamı Ebu Hanife mutlak müçtehit kabul edilir. Onun görüşlerinin konumu, kural olarak birinci sıradadır. Hanefi usul eserlerinde, müçtehit ve mukallit müftünün görüşüyle fetva verdiği kişinin fakihler sınıfında hangi konumda olduğunu ve rivayetlerini bilmesi zorunlu görülür.¹⁶ Şeyhülislâm İbn Kemal fakih/müftüleri ilmî derinlik bakımından yedi sınıfa (tabakaya) ayırır:

1. Sınıf: Şeriatla müçtehit olanlar. Mezhep kurucusu dört imam ile usul ve fûruda mukallit olmayanlar da bu sınıftadır. Mezhep kurucu dört imam, Ebu Hanife, İmam Malik, İmam Şafii ile Ahmet b. Hanbel'dir.

2. Sınıf: Mezhepte müçtehitler. Ebu Yusuf, İmam Muhammet, Züfer vd. bu sınıfta kabul edilir. Bunlar usulde mukallit olup fûruda mukallit değildir.

değildir" dediğini aktarmaktadır. İbn Kayyim, s. 630-631; İbn Kayyim'in aktardığına göre, ulemâdan Kufe ekolünün kurucusu İbn Mes'ûd yaşadığı çağda taklidi yermiştir. Mukallitlere *imma*e yakıştırmayı yapmış, yani mukallitler hakkında "dinini başkasının sırtına yükleyen kişi" nitelendirmesinde bulunmuştur. Aynı şekilde mütekaddim ulemâ tarafından mukallitler "basiretsiz körler" olarak da nitelendirilmiştir. İbn Kayyim, s. 689. Taklit hakkında Hanefi mezhebi göz önüne alındığında ilmî açıdan kurucu İmam Ebu Hanife'nin görüşlerinin üstün kabul edildiği, ancak İmameynin birçok konuda ona muhalefet ettiği bilinmektedir. Dolayısıyla Hanefi mezhebi içerisinde mutlak bir taassup ve taklidin var olduğunu söyleyemeyiz. Kanaatimizce, Hanefi mezhebinin teşekkül devrinde mutlak anlamda taklitten bahsetmek mümkün görünmemektedir. Fakat müçtehit âlimlerin kalmadığı dönemde mezhep içi taassup ve taklidin zirve yaptığını söyleyebiliriz. *Hâtibu Leyl* terimi hakkında bkz.: Necmi Sarı, "Tenkit Terimi Olarak Hâtibu Leyl", S. 61, Kış 2015, EKEV Akademi Dergisi, s. 317, 320. İmam Şafii'nin, müçtehidin sahabeyle taklit etmesinin caiz olmadığı hakkındaki görüşü ve Gazali'nin bu konudaki değerlendirmesi için bkz.: İmam Gazâlî, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi (El-Mustasfa), C. 1, Çev. Hacı Yunus Apaydın, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1994, s. 320-326.

¹⁵ Tabakat yazarları Hanefi fakihleri yaşadıkları dönem mezhepteki konumlarını dikkate alarak mütekaddim-müteahhir gibi kronolojik ayrımla değerlendirir. Özellikle geç dönemde kaleme alınan eserlerde dörtlü bir ayrıma gidilir. Buna göre hicri 710 senesinden önce yaşamış âlimler sonrakilerden ayrılır. Hanefi fakihler kronolojik sırayla *selef*, *halef* ve *müteahhirin* şeklinde üç dönemde ele alınır. Selef, Ebu Hanife ile öğrencilerinin dönemini; halef, Ebu Hanife'ye yetişmemiş ilk dönem müçtehit fakihlerden başlamak suretiyle müçtehit Halvani'nin (ö. 448/1056) vefatına kadar olan dönem; müteahhirin ise, Halvani'nin vefatıyla başlayan ve genellikle Hanef mezhebinin son müçtehidi farzedilen Hafızuddin en-Nesefi'nin (ö. 710/1310?) vefatına değin yaşayan fakihleri ifade eden dönemdir. Eyyüb Said Kaya, "Hanefi Mezhebinde Nevazil Literatürünün Doğuşu ve Ebu'l-Leys es-Semerkindi'nin Kitâbu'n-Nevâzil'i", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996, s. 39-41.

¹⁶ İbn Âbidin, s. 104-108; Bedir, s. 18.

3. Sınıf: Mezhep kurucusundan görüş bulunmayan meselelerde müçtehit olanlar. Bu sınıfta değerlendirilenler yeni konular, hadiseler hakkında içtihat edenlerdir. Usulde mukallit olup fūruda sınırlı bir alanda müçtehitler. Serahsî, bu sınıfa örnek gösterilebilir.

4. Sınıf: Mukallit olanlardan tahrir ashabı olanlar. Bunlar içtihatatta yetkin değildirlir.

5. Sınıf: Mukallit olanlardan tercihte bulunanlar. Kudūrî, Mergînânî bu sınıfta kabul edilir.

6. Sınıf: Mukallit olanlardan kuvvetli, zayıf ve *zâhir'ü'r-rivâye* görüşü ayırt edebilenler. *Sahib-i Kenz*, *Sahib-i Muhtasar-Vikaye*.

7. Sınıf: Geceleyin bulduğu odunları yaş kuru ayırt etmeksizin küfesine dolduran mukallitler. Bu sınıfta olanları taklit etmek uygun görülmez.¹⁷

İlmî yetkinlik bakımından yapılan bu tasnif, aynı zamanda hiyerarşik görüşler tasnifidir. Kural olarak, birinci sınıftan alt sınıflara doğru görüşlerin ilmî seviyesi hiyerarşik bir yapıda görülür. Dolayısıyla, görüş sahibi bakımından hiyerarşi Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, İmam Züfer ve Hasan b. Ziyad'dır. Bunlardan sonra tahrir ve tercih ehli ve ondan sonrakiler gelir.¹⁸ Taklit döneminin ayırt edici özelliğini yansıtan bu tür tasniflere diğer hukuk mezheplerinde de tesadüf edilir. Tasnifler ile mukallit müftüye takip edeceği yol ve yöntem sunularak aradığı hükmü kolayca bulması ve hukuki istikrar amaçlanmıştır. Ancak İbn Kemal'in bu tasnifi, kendinden sonraki âlimler tarafından eleştirilmiştir. Eleştiriler kısaca bazı tabakalar arasında belirsizlik olması ve ulemâdan bazılarının üst tabakada yer alması gerekirken alt tabakalara yerleştirilmeleri noktasında yoğunlaşmıştır. Ayrıca Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve İmam Züfer'in, hocası Ebu Hanife'yi usulde mutlak manada taklit etmedikleri, onların da kendi usullerinin bulunduğu, istihsab ve mesalih-i mürsele gibi delilleri kabul etmedikleri ve ona birçok konuda muhalefet ettikleri, ancak saygılarından dolayı Ebu Hanife'ye tâbi oldukları ifade edilmektedir.¹⁹

¹⁷ Ahmet İnanır, "İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlı'da İslam Hukuku", yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul, 2008, s. 83-84; Ahmet İnanır, "İbn Kemal'in Tabakâtü'l Fukahâsi ve Değerlendirilmesi", S. 37, 2012, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 75-77; İbn Âbidîn, s. 110; Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, Fethi Gedikli (ed.), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, 211.

¹⁸ İbn Âbidîn, s. 118.

¹⁹ eş-Şihâb el-Mercânî'nin (ö. 1888) İbn Kemal'in tasnifine itirazları kabaca bu ekseninde yapılmıştır. İnanır'ın değerlendirmesine göre İbn Kemal'in tasnifi yaşadığı devir ve üzerinde yükseldiği ilmî miras dikkate alınarak anlaşılabilir. İnanır'a göre bazı hukuki konularda Hanefi geleneğindeki farklı görüşlerin tatbik edilmesi toplumun adalete olan güvenini sarsmaktaydı. Bu nedenle Yavuz Sultan Selim İbn Kemal'den uygulamada birlik ve müftülere kolaylık sağlaması için vakıflar hukukunda tartışma konusu olan *evlâdu'l-evlâd* meselesini aydınlatmasını ve fakihlerin derecesini tespit etmesini istemiştir. Söz konusu tarihsel hadise dikkate alındığında İbn Kemal'in tasnifinin arka planı da anlaşılacaktır. Ayrıca İbn Kemal'in yetiştiği muhit ve miras aldığı ilmî gelenek dikkate alındığında özellikle Mâverâünnehir bölgesi âlimlerinin görüşlerine ilk dönem fıkıh eserlerine nispeten öncelik verdiği görülür. İnanır'a göre zikredilen etmenler İbn Kemal'in tasnifinin

A. HANEFİ MEZHEBİNDE GÖRÜŞLERİN HİYERARŞİK TASNİFİ

Hanefi mezhebinde görüşler bazı ölçütlere göre hiyerarşik biçimde sıralanır. Müftü üst sınıftaki âlimlerin görüşlerinden usul eserlerinde belirtilen hiyerarşik sıraya göre istifade eder. Müftünün takip edeceği yolun başlangıcını teşkil eden görüş ölçütleri şöyledir: Rivayet değeri, rivayet sahibi, rivayet konusu, meşâyih'in tercihi, tashihi ve tahriri... Bu ölçütler istifade edilecek görüşlerin sistematik bir yapısını sunar. Bu noktada rivayet değeri bakımından görüşler hiyerarşisinde, Hanefi mezhebinin temel yapıtaşını teşkil eden kurucu müçtehitlerin zâhirü'r-rivâye görüşleri birinci sıradadır. Ondan sonra *nâdirü'r-rivâye/nevâdir*, ondan sonra *vâkıâtlar/nevâzil/fetâvâ* gelir. *Mercuh* (zayıf görüş) ile fetva vermek uygun görülmez. *Mercuhun, râcih* (kuvvetli görüş) karşısında hükmü yoktur. Mukallit müftü için râcih olan dışında fetva vermek uygun değildir.²⁰ Ancak fevkalade haller ile zaruret gerektiren durumlarda, fitne ihtimalinde ya da maslahat gereğince genel kanaat terkedilerek *mercuh* görüş ile fetva verilebileceği bazı âlimlerce dile getirilmiştir.²¹ Bu istisnai halin sınırlı bir uygulama alanı bulunduğunu ifade etmeliyiz.

I. Rivayet Değeri Ölçütüne Göre Müftünün Hareket Tarzı

Zâhirü'r-rivâye diğer bir tabirle usul (asıllar), mezhep imamlarından rivayet edilen meselelerdir. Mezhep imamlarıyla kastedilen genellikle Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'dir. Zâhirü'r-rivâye görüşler, İmam Muhammed'in *el-Asl (el-Mebsût)*, *el-Câmiu's-sağir*, *ez-Ziyâdât*, *el-Câmiu'l-kebir*, *es-Siyerü's-sağir* ve *es-Siyerü'l-kebir* adlı altı eserinde yer almaktadır. Bu eserlere *Kütüb-i Usul* bunlardaki meselelere de *Rivayetü'l-Usul* denilir. Söz konusu eserler, *mütevâtiren* ve *meşhuren* yani güvenilir isnatla İmam Muhammed'den nakledilmiş kabul edilir.²² Bu görüşler, Hanefi geleneğinde

anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: İnanır, 2008, s. 84-91; İnanır, 2012, s. 65-86; Ahmet İnanır, "İbn Kemal'in 'Risâle Fi Duhûli Veledi'l-Bint Fi'l-Mevkûf Ala Evlâdi'l-Evlâd' Adlı Risalesi Bağlamında Osmanlı Zürrî (Evlâtlık-Evladiye) Vakıf Uygulamasında 'Evlâd'ül-Evlâd' Meselesi", C. 7, S. 2, 2012, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, s. 44-62.

²⁰ İbn Âbidîn, s. 104-108, 130. Hanefi fakih Kâsım b. Kutluboğa (ö. 879/1474) *mercuh* görüş ile fetva vermenin icmâya aykırılık teşkil edeceğini söylemiştir. Bkz.: Ahmet Yaman, *Fetva Usûlü ve Âdâbı*, 3. Baskı, Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, İstanbul, 2019, s. 93-94.

²¹ *Mercuh* görüş ile fetva verilen istisnai haller hakkında ayrıntılı bilgileri için bkz.: Yaman, s. 94-99.

²² Ebu Hanife yaşadığı dönemde somut farazi hukuki problemler hakkında içtihatla bulunmuştur. Kurucu imam hukuki problemleri ders halkasında öğrencileriyle tartıştıktan sonra çözüme kavuşturmuş ve bu görüşleri öğrencilerine yazdırmıştır. İmam Muhammed'in kaleme aldığı söz konusu altı eser bu türdendir. Bunlar tevâtür derecesinde olduğu için Hanefi geleneğinde en güvenilir kaynaklar kabul edilir. Calder, 2018, s. 76; Muhammed Ebu Zehra, Ebu Hanife, Çev. Osman Kesioğlu, DİB Yayınları, Ankara, 2005, s. 235-236; Hilal Özay, *Fıkıh Literatüründe Tüm Konuları İçeren Yazım Türleri*, İKSAD Yayınevi, Ankara, 2019, s. 28-29; Ahmet Özel, "Fıkıh", C. 13, 1996, DİA, s. 15; Eyyüb Said Kaya, "Zâhirü'r-Rivâye", C.

birincil dereceden kaynaklardır. Kural olarak, müftü bir mesele hakkında kendi mezhebindeki zâhirü'r-rivâyeye denilen görüşler mevcutsa *rivâyât-ı şazze'*ye göre yani genel kurala uymayan şekilde fetva veremez. Ancak şaz bir rivayetin *müftâbih* olduğu fakihler tarafından ortaya konulmuş ise onunla fetva verir. Bu durumda zâhirü'r-rivâyeye görüş kurucu vasıfta temel alınmaz, meşâyihın tercihi belirleyici rol oynar.²³ İmam Muhammed'in zikredilen rivayetleri Hâkimü's-Şehîd'in *el-Kâfi* adlı eserinde toplanmıştır. Zamanla *el-Kâfi* mezhep görüşlerini nakleden güvenilir bir kitap olarak kabul görmüştür. Meşâyihattan birçok kimse, bahse konu esere şerh yazmıştır. Bu şerhlerden en meşhur ve muteberi Serahsî'nin *Mebûsât*'udur. Hanefi geleneğinde bu esere aykırı fetva vermek uygun görülmez.²⁴

İkinci sırada olan *nâdirü'r rivâyeye/nevâdir*, mezhep imamlarından ahad yolla nakledilen, zâhir olmayan mezkûr altı kitapta yer almayan görüşlerdir. Bunlar açık, sabit ve sahih rivayetler değildir. Bu görüşler de mezhebin temel görüşlerini ifade eder. Ancak hiyerarşik bakımdan zâhirü'r-rivâyeye görüşlerin altında yer alır.²⁵ Nevâdir meselelerin yer aldığı eserlere Ebu Yusuf'tan rivayet edilen *Kütübü Emâlî*, İmam Muhammed'in *Keysaniyât*, *Haruniyât*, *Cürcaniyât*, *Rakkıyât* ile Hasan b. Ziyâd'ın eserleri örnek gösterilebilir.²⁶ Hiyerarşide üstte yer alan görüş ile alttaki görüş farklı olduğunda birincil olan tercih edilir. Meğerki meşâyih tarafından hiyerarşik düzende ikincil olan nâdirü'r-rivâyeye görüş tercih edilmiş olsun. Karşılaşılan hukuki problem hakkında zâhirü'r-rivâyeye görüş bulunmuyorsa nâdirü'r-rivâyeye görüşler birincil konuma yükselir. Nâdirü'r-rivâyeye olarak zikredilen görüşler genellikle *nevâdir* adıyla yapılan derlemelerde yer alır.²⁷ Mecellenin 39. maddesinde ifade edildiği üzere²⁸, ahkâmın zamana göre değişmesi örneği, Hanefi geleneğinde meşâyihın nâdirü'r-rivâyeye müracaat etmesi

44, 2013, DİA, s. 101-102; Bilmen, s. 259; Saylan, s. 63, dp.17; İbn Âbidîn, s. 140; Mahmud Esad Efendi, s. 218.

²³ Zâhirü'r-rivâyeye görüşlerin *temel-kurucu* konumu, tespit edilip derlenmesini gerekli kılmıştır. Bu maksatla *muhtasar* adı verilen derlemeler ortaya konulmuştur. Bedir, s. 37-38; Bilmen, s. 258-259; Calder, 2018, s. 77.

²⁴ İbn Âbidîn, s. 146; Ali Şafak, *İslam Hukukunun Tedvini*, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1977, s. 97; Ali Şafak, "İslam Hukukunun Tekevünü ve Tedvini Konusunda Gösterilen Faaliyetler", S. 1, 1975, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 149. ss.137-151; Ahmet Özel, *Hanefi Fıkıh Âlimleri*, 3. Baskı, TDV Yayınları, Ankara, 2013, s. 40; Osman Keskioglu, *Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku*, DİB Yayınları, Ankara, 1999, s. 94-95.

²⁵ Hanefi geleneğinde kural olarak ikinci dereceden kaynak seviyesinde olan İmam Muhammed'in nâdirü'r-rivâyeye eserleri için bkz.: Özay, s. 31-32; Eyyüb Said Kaya, "Nâdirü'r-Rivâyeye", C. 32, 2006, DİA, s. 278-280.

²⁶ İmam Muhammed, zikredilen nevâdir eserleri Abbasi Halifesi Harun Reşid ile seyahatlerinde yazdığı için, bu eserlerin onun tarafından yazıldığı tevatüren sabit değildir. Bu nedenle söz konusu eserlere "*kütüb-i gayr-ı zâhirü'r-rivâyeye (zâhir rivayet edilmemiş kitaplar)*" denilmiştir. Mahmud Esad Efendi, s. 218.

²⁷ İbn Âbidîn, s. 131-132.

²⁸ Ali Haydar Efendi, s. 102-103.

şeklinde değişime ayak uydurmuş, böylece mezhep içi istikrar korunarak fetvada keyfilğin önü kesilmiştir.²⁹

Hiyerarşide son sırada yer alan *nevâzil*, *vâkıât* ya da eşanlamda *havâdis* adıyla anılan görüşlerdir.³⁰ Nevâzil, sonraki dönem müçtehitlerinin karşılaşılan yeni olaylar hakkında içtihat ettikleri meseleler şeklinde ifade edilse de³¹ sadece yeni olaylar hakkındaki hükümlerden ibaret değildir. Nitekim nevâzil meseleler, mezhep imamlarından görüş rivayet edilmediği daha önce vuku bulmuş olaylar hakkında olabileceği gibi farazi fıkıh hükümlerini de ihtiva eder. Ayrıca mezhep imamlarına muhalif görüşler de bu kategori altında değerlendirilir.³²

Bazı müellifler nevâzil meseleleri fetva olarak nitelendirmişlerdir. Ancak fetva kurumu, bir mesele hakkında sorulan sorulara verilen cevap şeklinde ve müftü-müstefti formunda işleyen yapıdadır. Ayrıca fetva kavramı, güncel fihhi meseleler hakkında verilen müftü-müstefti formuna dayanmayan hükümleri ihtiva eden eserler için de kullanılmıştır. Bu eserler teorik düzeyde furû fıkıh eserleridir. Ancak nevâzil meseleler kapsam yönünden fetva kavramından farklıdır. Nevâzil, belirli bir dönemde, içtihat, tahric ve tercih yöntemleriyle ulaşılan fihhi hükümlerdir. Dolayısıyla nevâzil meseleler, güncel sorulara cevap niteliğinde hükümler ihtiva etse de farazi birçok meseleyi de ihtiva eder. Bu yönüyle nevâzil meseleler fetvadan ayrılır. Ayrıca nevâzil, mukallit müftünün nakil düzeyindeki fetvasından, kullanılan yöntem ve takip edilen yol bakımından ayrılır.³³

Nevâzil görüşler, kurucu imamların görüşleri ve sistematığı doğrultusunda ortaya konulan meşâyihın tercihi ya da kendi görüşüdür. Bu görüşler, kurucu müçtehitlerin görüşleri ile teoride çelişmez, çatışmaz. Mukallit müftü ise, muteber kabul edilen fetva mecmualarını kullanarak yetkin görüşü belirler ve ardından kendi fetvasını buna göre formüle eder. Hanefi geleneğinde bu şekilde ortaya konulan görüşlerin derlendiği eserler sayıca çoktur. Bunlardan meşhur olanları Ebu'l-Leys es-Semarkandî'nin (ö. 373/983) *Kitabu'l-Nevâzil*'i³⁴, Nâtukî'nin *Mecmû'-ı Nevâzil*'i ile *Vâkıât*'ı, Hâkimuş-Şehîd'in *Vâkıât*'ıdır. Kadıhan'ın (ö. 592/1196) *Fetâvâsı* ile *Fetava-yı Hindiye*'dir. Osmanlı döneminde bu türden örnekler ise *nuküllü* fetva mecmualarıdır.³⁵

²⁹ Bedir, s. 38-39.

³⁰ Özay, s. 85.

³¹ İbn Âbidîn, s. 131-132.

³² Kaya, 1996, s. 44.

³³ Kaya, 1996, s. 45-47.

³⁴ Eser nevâzil türünün Hanefi mezhebindeki ilk örneği kabul edilir. Bkz.: İshak Yazıcı, "Semarkandî, Ebü'l-Leys", C. 36, 2009, DİA, s. 474; Kaya, 1996, s. 6.

³⁵ İbn Âbidîn, s. 134, dp. 72; Bedir, s. 39-40; Mahmud Esad Efendi, s. 219; Colin Imber, Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, Çev. Murteza Bedir, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2004, s. 35. Nuküllü fetva mecmuaları, soru-cevapların yanı sıra fetvanın istinad ettiği delillerin muteber addedilen fıkıh kaynaklarından ekseriyetle olduğu gibi alıntı şeklinde yer aldığı eserlerdir. Fetvalara olan güvenin geri kazanılmasını temin amacıyla bazı dönemlerde Padişah fermanıyla fetvalarda nükul yazılması, delil zikredilmesi emredilmiştir.

Dönem bakımından eski eserlerde zâhirü'r-rivâye, nevâdir ve nevâzil meseleler ayrı ayrı bulunmaktadır. Sonraki fakihlerden bazıları meseleleri bir araya getirmiştir. Hatta bazı fakihler eserlerinde bu meseleleri birbirine karıştırarak hangisinin zâhir, nevâdir ya da nevâzil olduğunu beyan etmemişlerdir. Kadıhan'ın *Fetâvâ'sı*³⁶ ile *Hülâsatü'l Fetâvâ'sı* bu kabildendir. Bazı fakihler ise zikredilen üç tür meseleyi ayrı ayrı yazmışlardır. Bunlar hiyerarşik sıraya uygun olarak, zâhirü'r-rivâye, nevâdir ve nevâzil meseleler şeklinde yazılmıştır. Radiyyuddîn Serahsî'nin (ö. 571/1176) *Muhît* adlı eseri bu şekildedir.³⁷

2. Görüş Sahibi Bakımından Müftünün Hareket Tarzı

Müftünün hangi görüşle fetva vereceği konusunda bir diğer değerlendirme ölçütü görüşlerin sahibi bakımından hiyerarşisidir. Ebu Hanife'nin görüşleri kural gereği birincil olarak tercih edilir. Şayet ondan, aynı konu hakkında iki farklı görüş nakledilmişse, zaman bakımından sonra gelen tercih edilir. Bunun tespiti mümkün değilse tercih ettirici nedenin gerekçe sunduğu görüş, o da yoksa meşâyih kalbini dinler ve kendine doğruluğu yakın gelene göre fetva verir.³⁸ Burada meşâyih müçtehit müftüdür, mukallidin tercih yetkisi bulunmaz. Mukallit müftü meşâyih'in tercihi doğrultusunda fetva verir. Dolayısıyla mezhep imamlarının birleştiği bir meselede örf ve âdet, zaruret, zamanın gerekleri, zamanın bozulması gibi etmenlerden dolayı müçtehit müftülerin farklı bir görüş, fetva ortaya koymaya Hanefî geleneğinde müsaade edilir. Bu fetvalar mezhep içi görüş olarak nitelendirilir. Meşâyih'in zikredilen nedenlerle muhalif bir görüş

Şeyhülislâm Bostanzade Mehmed Efendi (ö. 1598) de aynı konuda iki fetva vermiştir. Böylece 16. yy. sonlarında kenar müftülerinin nükul yazması zorunlu hale getirilmiştir. Literatürde dört kategori olarak değerlendirilen nuküllü fetva mecmuaları şu şekildedir: 1. Sadece soru-cevapların yer aldığı mecmualar. 2. Her fetvanın hizasında nakil bulunan mecmualar. 3. Her fetvanın devamında nakil bulunan mecmualar. 4. Sadece nükülün yer aldığı mecmualar. Bunun yanı sıra Osmanlı'da bazı fetva mecmualarının Fetvahâne tarafından daha çok itibar gördüğü hakkında genel bir kanı bulunmaktadır. Bu muteber mecmualar şunlardır: *Netice*, *Ali Efendi*, *Behce*, *Abdürrahim Efendi*, *İbn Nüceym* ve *Feyzullah Efendi*. Burada İbn Nüceym dışındaki bütün mecmualar Osmanlı şeyhülislâmlarına aittir. Berki, *fetâvâ-yı erba'a* olarak; *Ali Efendi*, *Behce*, *Fezziyye*, ve *Neticetü'l-fetâvâ'yı* anmaktadır. Ali Himmet Berki, "Osmanlı Türklerinde Yüksek İfta Makamı", Osmanlı Hukukunda Fetva, Süleyman Kaya (ed.)/ Yunus Uğur (ed.)/ Mustafa Demiray (ed.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, s. 308; Emine Arslan, "Osmanlı Dönemi Nuküllü Fetva Mecmuaları ve Özellikleri", Osmanlı Hukukunda Fetva, Süleyman Kaya (ed.)/ Yunus Uğur (ed.)/ Mustafa Demiray (ed.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, s. 167, 169, 172 vd.

³⁶ Kadıhan'ın fetvaları yazma gayesi kendi ifadesine göre gündelik hukuki ihtilafların çözümünde hukukçulara yardımcı bir kaynak sunmaktır. Kadıhan'ın, eserinde öz itibarıyla Hanefî geleneğine bağlı kaldığı görülür. Burada esas önemli olan husus eserdeki sistematik yapıdır. Bunun hukukçulara kolaylık sağladığı ifade edilmektedir. Imber, s. 35-36.

³⁷ Atar, 2002, s. 404; Mahmud Esad Efendi, s. 219.

³⁸ İbn Âbidîn, s. 152-154.

ortaya koyması ya da Ebu Hanife'ye muhalif olan görüşü tercih ederek onunla fetva vermesi mezhep dışı bir faaliyet sayılmaz. Zira görünüşte örf ve âdet, zaruret, zamanın gerekleri gibi amiller gerekçe gösterilerek hiyerarşik bakımdan üstün görülen görüşle çelişen fetvaların verildiği izlenimi oluşsa da Hanefi geleneğinde, mezhep imamı bu çağda yaşasaydı o da kendileri gibi içtihatla bulunurdu anlayışı hâkimdir. Özetle, sonraki dönem müçtehitlerinin zaman içerisinde kabul gören görüşleri, fetvaları mezhebe nispet edilir.³⁹

Yaman'a göre, fetvanın yukarıdaki gerekçelerle değişmesi ile ilgili üç yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, mezhepteki yerleşik fetvalar çekincesiz ve mutlak olarak âdeta nas telakki edilir. Yaşanılan çağda hangi gerekçeler bulunursa bulunsun fetvanın değişmesi söz konusu değildir. Bu yaklaşım sahipleri, mezhepteki yerleşik fetvaları neredeyse nas olarak görürler. Dolayısıyla bu yaklaşımda, yerleşik fetvaların tarihsel vechesi göz ardı edilerek fetvanın kalıplaşması, dondurulması söz konusudur. İkinci yaklaşıma göre, ferî nitelikteki bütün fetvalar, içtihatlar tarihseldir. Hatta Kur'an ve sünnetin tayin ettiği hükümler de tarihsel koşullarla kayıtlıdır. Bu bakımdan değişen zamana ve toplumsal şartlara uygun olarak ferî hükümler de değişebilir. Üçüncü ve mutedil addedilebilecek yaklaşıma göre ise, genel nitelikteki naslar ile ferî hüküm ihtiva eden nasların çoğunluğu tarihsellikten âridir, yani zamanla kayıtlı değildir. Fetvada değişim, tarihsel ve kültürel alanda sınırlı düzeyde mümkündür. Prensipte olarak ibadete ilişkin alan değişime kapalıdır. Değişim bu yaklaşıma göre aklen temellendirilebilir olan muamelata ilişkin alanla kayıtlıdır. Hanefî geleneğinde genel kabul gören yaklaşım *mutedil* tabiriyle ifade edilen üçüncü görüştür. Bu bağlamda fetvada değişim ancak zikredilen gerekçelere dayanarak mümkündür.⁴⁰ Böylece bir tarafta mezhebin ilmî birikimi muhafaza edilerek istikrar sağlanırken; öte tarafta, fetvada değişim ile hükümlerin zamana ve toplumsal koşullara uygun düşme kabiliyeti sağlanmış olmaktadır. İbn Âbidîn'in ifade ettiği şekliyle *"Müftü, zamanının şartlarını göz ardı edip mezhebin zâhirü'r-rivâye nakilleri üzerinde donup kalmamalıdır. Böyle yaparsa, birçok hakkın çiğnenmesine sebep olur ki fayda vereceğim derken kat kat fazlasıyla zarar vermiş olur"*.⁴¹

3. Mezhep İmamlarının İhtilaf Ettiği Meselelerde Müftünün Hareket Tarzı

Görüşler, sahibi bakımından değerlendirilirken mezhep imamlarının ittifak ya da ihtilaf ettiği meselelerin belirlenmesi önem arz eder. Bu bağlamda mezhep imamlarının ittifak ettiği bir konuda (mezhep icmâsı) kural olarak müçtehit kendi reyile onlardan farklı bir görüş ileri süremez.⁴² Ancak örf ve âdet, zamanın gerekleri, zaruret hali gibi mezkûr etmenler istisna teşkil eder. Mezhep imamlarının ihtilafında dört durum söz konusudur:

³⁹ İbn Âbidîn, s. 162-166.

⁴⁰ Yaman, s. 182-187 vd.

⁴¹ İbn Âbidîn, "Neşru'l-arf", C. II, s. 130-131'den aktaran Yaman, s. 182.

⁴² İbn Âbidîn, s. 170.

a) İmameynden birinin Ebu Hanife'yle aynı görüşte olması. Zaruret hali dışında kural olarak bu görüş tercih edilir. Mukallit müftü için *meşâyih* olarak adlandırılan sonraki dönem müçtehitlerinin fetvalarındaki tercih tatbikata yön verir. Nitekim tarihsel süreçte meşâyih'in tercihi, *müftâbih* görüş olarak mezhepte yerleşir. Buradaki tercih elbette mutlak belirleyici değildir. Sonra gelen meşâyih'in takdirine bağlı olarak değişebilir. Bu değişim imkânı fetvaların dinamik yapısını teşkil eder.⁴³

b) Üç mezhep imamının da ayrı ayrı görüşte olmaları. Ebu Hanife'nin zâhir olan görüşü tercih edilir.

c) İmameyn muhalif görüşte ittifakla bir tarafta, Ebu Hanife bir tarafta, iki tarafın farklı görüşte olduğu mezhep içi ihtilaf durumu. Kural olarak imamın görüşü tercih edilir. Ancak mukallit müftü için meşâyih'in fetvalarında tercih ettikleri görüş belirleyici konumdadır. Meşâyih tercihte muhayyerdir. O, delilin kuvvetine, görüşlerin zâhirine bakarak tercihte bulunur. Meşâyih'in hususi bir tercihi söz konusu değilse mukallit müftü Ebu Hanife'nin görüşünü tercih eder.

d) Üç kurucu imam bir tarafta, İmam Züfer'in bir tarafta olduğu durum. Meşâyih yaklaşık 20 meselede Züfer'in görüşünü tercih etmiştir. Bunların dışındaki meselelerde üç kurucu imamın içtihadı kabul edilmiştir.⁴⁴

4. Fetvanın Konusu Bakımından Müçtehidin Değeri

Zikredilenler dışında müçtehit imamların görüşlerini tercihte bir dizi ölçüt ortaya konulmuştur. Hukuki mesele konu bakımından değerlendirildiğinde, ibadette Ebu Hanife'nin, kaza kurumunda tecrübesinden dolayı Ebu Yusuf'un, feraizde İmam Muhammed'in görüşü

⁴³ Fahrettin Atar, "İftâ Teşilâtının Ortaya Çıkışı", S. 3, 1985, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 43; Hanefi geleneğinde müftâbih olan fetva doğrultusunda fetva verilir. Yahut gelenekteki fetvalardan biri tercih edilir. Kaya'ya göre müftâbih fetvadan dönülüp zayıf addedilen görüşle veya geçmişte verilen fetvaya aykırı ya da fetva bulunmayan bir konuda fetva verildiğinde değişimden bahsedilir. Müftâbih fetvadan dönülerek zayıf fetvanın tercih edilmesi ya da hakkında hüküm bulunmayan bir konuda fetva vermeyi fetvada değişimin yanı sıra mezhep içi içtihat kapsamında değerlendirebiliriz. Nitekim değişim, mezhebin müsaade ettiği ölçüde sınırlı bir alanda söz konusu olabilir. Dolayısıyla Hanefi geleneğinde mezhep içi istikrarın değişimde merkezde konumlandığını ifade edebiliriz. Süleyman Kaya, "Osmanlı Örneğinde Fetvada Süreklilik ve Değişim", Osmanlı Hukukunda Fetva, Süleyman Kaya (ed.)/ Yunus Uğur (ed.)/ Mustafa Demiray (ed.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, s. 533-547.

⁴⁴ İbn Âbidin, s. 118-126, 172-174, 180; Bilmen, s. 258-259; Yaman, s. 111-112; Bedir, s. 37-38. Arasoğlu, çalışmasında bazı kaynaklarda 15, bazı kaynaklarda 18 bazılarında ise 20 olarak İmam Züfer'in müftâbih olan görüşlerinin tespit edildiğini ifade etmektedir. Arasoğlu'na göre, İmam Züfer ile Hanefi mezhebinin diğer imamları arasındaki görüş ayrılıkları ve İmam Züfer'in görüşlerinin tercih edilme nedenleri genellikle maslahat ilkesine ve imamların yaşadıkları dönem ile coğrafi farklılıklara dayanmaktadır. Mustafa Arasoğlu, "İmam Züfer'in Hanefi Mezhebinde Müftâbih Olan Görüşleri", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2017, s. 62-63.

öncelenir. Ayrıca istisnaları olmakla birlikte istihsan ile elde edilen hükümler kıyas ile elde edilene, zâhir rivayet edilen de diğerlerine tercih edilir.⁴⁵

II. MUKALLİT/MECAZEN MÜFTÜNÜN HAREKET TARZI

Zikredildiği üzere, müçtehit müftünün kalmadığı dönemde mukallit müftüden, diğer bir tabirle *mecazen müftüden* bahsedilir. Mukallit müftünün fetva verirken takip edeceği yol müçtehit müftüden farklıdır. Nitekim mukallit, içtihadı ehil değildir. Mezhepte müçtehitlerin zamanın gerekleri, zaruret hali, örf ve âdet vb. gerekçelerle mezhep imamlarının görüşünü tahsis ettikleri durumda, mukallit müftü tashih edilen görüşü tercih etmelidir. Yani mukallit râcih görüşe tâbidir. Onun için mercuh görüşün hükmü yoktur.⁴⁶ Mukallit müftü görüşlerin aktarıcısı konumundadır. Ondan görüşün delilini bilmesi beklenmez. Mukallit müftünün, görüşüyle fetva verdiği kişinin, fakihler tasnifindeki konumunu ve rivayetlerini bilmesi yeterli görülür.⁴⁷

Mezhepte müçtehit olanlar, fakihler tasnifinde yedi sınıftan üçüncü sınıftır. İkinci sınıftakiler Ebu Hanife'nin öğrencileridir. Onlar mutlak olarak içtihadı yetkindirler. Ancak onlar da usulde genellikle hocalarını taklit ederler. Özetle mukallit müftünün, 3., 4. ve 5. sınıftaki müçtehitlerin görüş ve tercihlerine uyması gerekir.⁴⁸ Meşâyihün ihtilaf ettiği meselede ise, çoğunluğun görüşü dikkate alınır.⁴⁹ Ayrıca meşâyihün tashihinde kullandığı lafız, nakledilen görüşün değerini gösteren bir nitelemedir. Dolayısıyla nakledilen görüş, tashih lafzı ile (*aleyhi'l-fetvâ, fetvâ meşâyihanâ...*) niteleniyorsa, diğer görüşlerden üstün kabul edilir. Şayet hukuki problemin konusu hakkında birden fazla tashih lafızlı görüş varsa bunların hangisinin tercih edileceği kullanılan lafza göre belirlenir. Örneğin, *el-esah es-sahih'e, fetva* lafzı diğer tashihlere tercih edilir. Görüldüğü üzere, Hanefi geleneğinde meşâyihün tercihi belirleyicidir. Nitekim zâhirü'r-rivâye görüşle çatışsa dahi meşâyihün tercih ettiği görüş mutlak otorite kabul edilir. Bunun mümkün olabilmesi için, hiyerarşik bakımdan üstte yer olan görüşün zayıf delilli olması, örf ve âdet ya da zaruret ile ilgili bir konu olması, zamanın gerekleri gibi gerekçelerin mevcut olması gerekir.⁵⁰ Bahse konu üç görüş türü, mezhep içi hiyerarşi ve bütünlük açısından önem arz eder. Bu bağlamda görüşlerin hiyerarşik konumunun belirlendiği eserler uygulamada büyük önem taşımaktadır. Nitekim mukallit müftü fetva verirken doğrudan nassa ya da mutlak müçtehitlerin eserlerine müracaat edemez. Mukallit müftü ancak meşâyihün kaleme aldığı eserlerden istifade edebilir. Rivayet değeri bakımından görüşler hiyerarşisinde üçüncü sırada yer alan eserler, mukallit müftünün baş müracaat kaynağıdır. Eserler türlerine göre *metin, muhtasar, serh-haşiye* ve *fetâvâ*lardan müteşekkildir. Zikredilen türler arasında da bir

⁴⁵ İbn Âbidîn, s. 208; Atar, 2002, s. 331.

⁴⁶ İbn Âbidîn, s. 180; Yaman, s. 107-108.

⁴⁷ İbn Âbidîn, s. 104-108, 188.

⁴⁸ İbn Âbidîn, s. 192-196.

⁴⁹ İbn Âbidîn, s. 200.

⁵⁰ Saylan, s. 65.

hiyerarşi mevcuttur. Eserler arasındaki hiyerarşi, metin, şerh ve fetâvâlar şeklindedir.⁵¹

Metin ve şerhler ile hangi eserlerin kastedildiği önemlidir. Söz konusu hiyerarşi esasen büyük ölçüde zâhir, nâdir ve fetâvâ ayırımına denk gelmektedir. Metinlerde genel olarak zâhirü'r-rivâyeye görüşlere, şerhlerde zâhir, nâdir ve fetâvâ görüşlere yer verilir. Fetâvâ meşâyihün fetvalarını ihtiva eder. Terim olarak *metinler* genellikle zâhirü'r-rivâyeyi öz biçimde bir araya getiren eserlerdir. Geniş anlamıyla metin, ilkten yazılan bütün Hanefî eserlerdir. Ancak hiyerarşide kastedilen metinler tabiri, dar anlamda kullanılmakta olup, sınırlı sayıda eseri imlemektedir. Dolayısıyla metinler arasında da bir hiyerarşi söz konusudur. Buna göre mezhep kitapları (*kutubu'l-mezheb*) şeklinde adlandırılan eserler, *muteber metin* kabul edilir. Hanefî mezhebindeki yerleşik kanaate göre muteber dört metin (*mutun-ı erbaa*); *Vikâye*, *Kenz*, *Muhtâr* ve *Mecma*'dır.⁵² Bunlardan başka *Bidâye*, *Nikâye*, *Mültekâ*, *Muhtasar-ı Kudurî* de muteber metinlerden sayılır. *Gurer* ve *Tenvir* gibi metinler ise ikincil derecede önemi haizdir. Bu bilgiler ışığında kural olarak metinlerdeki görüşler, fetva kitaplarındaki ve şerhlerdeki görüşe tercih edilir. Meşâyih fetva kitaplarındaki veya şerhlerdeki görüşleri tashih etmişse, müftü onunla fetva vermelidir (iltizamen-sarihen).⁵³

Müftülerin isabetli fetva verebilmeleri için şu iki hususa dikkat etmeleri gerekmektedir: Meseleyi ve meselenin özünü anlama; fetva vermede acele etmeme.⁵⁴ Fetva verme yetkinliği ilmî birikim gerektirmektedir. Şayet müftü kendi arzusuna göre fetva verirse bu durumun dinî sorumluluğu bulunmaktadır.⁵⁵ Dolayısıyla isabetli fetva vermeye ehil görülmeyen mukallit müftü, zikredilen ilkeler ve yöntem çerçevesinde fetva vermelidir.

⁵¹ İbn Âbidîn, s. 216-220; Tashih lafızları ile tashih edilmiş görüşlerin tercih hiyerarşisi hakkında ayrıca bkz.: İbn Âbidîn, s. 226-230, 232; Bedir, s. 39-40.

⁵² Osman Bayder, *El-Hidâye: Bir Fıkıh Metninin Hanefî Geleneğe Etkisi*, Hacıvevizade İlim ve Kültür Vakfı Yayınları, Konya, 2020, s. 41-49.

⁵³ Calder, 2018, s. 81-82; Mahmud Esad Efendi, s. 221-222; 10. ve 11. yy. Hanefî mezhebinin sistematik eserlerinden Kudurî'nin *Muhtasar*'ı ile Serahsi'nin *Mepsût*'u önemli iki eserdir. Bu eserler Hanefî hukuk ilminde âdetâ temel addedilmiştir. Sonraki dönemlerde kaleme alınacak eserlerin bu iki eserin ruhundan ayrılmadığı ifade edilir. Nitekim Kasani (1189) *Mepsût*'u sistematik-biçimsel açıdan yeniden düzenlemişti. Merğınani (1197) de *Muhtasar*'ı temel alarak onu genişletti ve *Bidaye*'yi akabinde ise onun şerhi *Hidaye*'yi kaleme aldı. Bu eser belli bir döneme kadar Hanefî fıkhnın en çok kullanılan eseridir. *Hidaye*'nin yaygın kullanımı, muteber hale gelmesi onun üstüne çok sayıda şerhin kaleme alınmasına neden olmuştur. Bkz.: Imber, s. 32-33.

⁵⁴ İbn Kayyım, s. 121-122; Muhammed Ebu Zehra, *İslâm Hukuku Metodolojisi*, Çev. Abdülkadir Şener, Fecr Yayınları, Ankara, 1990, s. 350.

⁵⁵ Fahrettin Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, 4. Baskı, DİB Yayınları, Ankara, 1999, s. 31; Ebu Zehra, 1990, s. 348.

SONUÇ

Bu çalışma, Hanefi geleneği bağlamında müftünün fetva verme sürecini ve hareket tarzını teorik bir perspektifle incelemektedir. Hanefi mezhebinde fetva verme pratiği, Ebu Hanife ve öğrencileri Ebu Yusuf ile İmam Muhammed'in görüşlerine dayanan bir hiyerarşi içerisinde şekillenmiştir. Bu hiyerarşi, mezhebin içtihat sistematığında ve fetva verme sürecinde belirleyici olmuştur.

Hanefi geleneğinde müçtehit ve mukallit müftüler arasındaki farkların anlaşılması, mezhebin teorik yapısını ve fetva verme sürecinin işleyişini kavramak açısından büyük önem taşımaktadır. Müçtehit müftüler, içtihat yapma yetkinliğine sahip oldukları için, zamanın şartlarına ve toplumsal ihtiyaçlara uygun fetvalar verebilme esnekliğine sahiptir. Buna karşın, mukallit müftüler, önceki müçtehitlerin görüşlerini esas alarak ve mezhebin kurucuları tarafından belirlenen ana ilkeler doğrultusunda fetva verirler.

Çalışmanın teorik bulguları, Hanefi geleneğinde fetva verme sürecinin dinamik ve evrimsel bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Sosyal, ekonomik ve siyasi koşulların değişmesi, fetva verme sürecinin de bu değişimlere uyum sağlayacak şekilde evrilmesini gerektirmiştir. Bu bağlamda, müftülerin fetva verirken toplumsal değerler, zaruret halleri ve amme maslahatı gibi unsurları dikkate alarak hareket etmeleri, fetvaların hem güncel koşullara uygun olmasını hem de mezhebin temel prensiplerine sadık kalmasını sağlamıştır.

Müçtehit müftüler, içtihat yeteneklerini kullanarak karşılaştıkları yeni meseleler hakkında fetva verirken, mukallit müftüler, daha önceki müçtehitlerin görüşlerine dayanarak hareket ederler. Bu süreçte, müftülerin takip ettikleri yöntemler ve kullandıkları içtihat kuralları, mezhebin dinamik yapısının korunmasında ve fetva sürecinde tutarlılığının sağlanmasında önemli bir role sahiptir. Müçtehit müftüler, içtihat ederken toplumsal örf ve âdetleri, zaruret hallerini ve zamanın gereklerini dikkate alarak, önceki içtihatlardan sapmalar gösterebilirler.

Hanefi mezhebinde, müftülerin fetva verirken takip ettikleri hiyerarşik yapı, mezhebin kurucuları tarafından belirlenen ana ilkeler ve içtihat kuralları çerçevesinde şekillenmiştir. Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşleri, fetva verme sürecinde öncelikli olarak dikkate alınan görüşlerdir. Ancak zamanla meşâyih'in, toplumsal ve hukuki değişimlere uygun şekilde fetva vermeleri, mezhebin dinamik yapısının korunmasında ve gelişmesinde önemli bir etken olmuştur.

Sonuç olarak, Hanefi geleneğinde fetva pratiği, tarihsel ve kültürel değişimlere uyum sağlama kabiliyeti ile dikkat çekmektedir. Müftülerin fetva verirken takip ettikleri hiyerarşik yapı ve içtihat kuralları, mezhebin dinamik yapısını korumada ve toplumsal ihtiyaçlara cevap vermede önemli bir rol oynamaktadır. Bu çalışmanın teorik bulguları, Hanefi geleneğinde fetva verme sürecinin nasıl işlediğini ve bu sürecin mezhebin temel prensiplerine sadık kalırken aynı zamanda değişen şartlara nasıl uyum sağladığını göstermektedir. Kısaca özetlemek gerekirse, Hanefi geleneğinde fetva pratiği, hem ilmî birikimin korunması ve aktarılması hem de dönemin ihtiyaçlarına cevap verme amacını taşır.

KAYNAKÇA

Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, C. 1, 2. Baskı, Mehmet Emin Özafşar (ed.)/ Raşit Gündoğdu (haz.)/ Osman Erdem (haz.), DİB Yayınları, Ankara, 2017.

Apaydın H Y, İslam Hukuk Usulü, 2. Baskı, Kimlik Yayınları, Kayseri, 2016.

Arasoğlu M, "İmam Züfer'in Hanefi Mezhebinde Müftâbih Olan Görüşleri", yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2017.

Arslan E, "Osmanlı Dönemi Nuküllü Fetva Mecmuaları ve Özellikleri", Osmanlı Hukukunda Fetva, Süleyman Kaya (ed.)/ Yunus Uğur (ed.)/ Mustafa Demiray (ed.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 167-200.

Atar F, "İftâ Teşilâtının Ortaya Çıkışı", S. 3, 1985, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 19-48.

Atar F, Fıkıh Usulü, 5. Baskı, Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, İstanbul, 2002.

Atar F, İslâm Adliye Teşkilâtı, 4. Baskı, DİB Yayınları, Ankara, 1999.

Aydın M Â, Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye'nin Temeli, İSAM Yayınları, İstanbul, 2020.

Bayder O, El-Hidâye: Bir Fıkıh Metninin Hanefi Geleneğe Etkisi, Haciveyisade İlim ve Kültür Vakfı Yayınları, Konya, 2020.

Bedir M, "Fetva ve Değişim: Geleneksel Fıkıh Yönteminde Büyük Kırılma", Hanefilerde Mezhep Usulü: Şerhu Ukûdi Resmî'l-Müftî, Çev. Şenol Saylan (ed.), 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2020, s. 36-37.

Berki A H, "Osmanlı Türklerinde Yüksek İftâ Makamı", Osmanlı Hukukunda Fetva, Süleyman Kaya (ed.)/ Yunus Uğur (ed.)/ Mustafa Demiray (ed.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 303-308.

Bilmen Ö N, Hukuk-ı İslâmiyye Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu, C. 8, 2. Baskı, Ravza Yayınları, İstanbul, 2018.

Calder N, "Al-Nawawi's Typology of Muftis and Its Significance for a General Theory of Islamic Law", C. 3, S. 2, 1996, Islamic Law and Society, ss. 137-164.

Calder N, "İbn Âbidîn'in Ukûdü resmî'l-müftî Adlı Risalesi", Osmanlı Hukukunda Fetva, Çev. Şenol Saylan, Süleyman Kaya (ed.)/ Yunus Uğur (ed.)/ Mustafa Demiray (ed.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 63-84.

Hallaq W B, "Bir Osmanlı Reform Öncüsü: Örf ve Hukukî Değişim Üzerine İbn Âbidîn", Çev. Ömer Faruk Ocakoğlu, C. 3, S. 3, 2005, Usul İslam Araştırmaları, ss. 159-189.

Imber C, Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, Çev. Murteza Bedir, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2004.

İbn Âbidîn, Hanefilerde Mezhep Usulü: Şerhu Ukûdi Resmî'l-Müftî, Çev. Şenol Saylan (ed.), 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2020.

İbn Haldûn, Tercüme-i Mukaddime-i İbn Haldûn, C. III, Çev. Ahmed Cevdet Paşa, Yavuz Yıldırım (haz.)/ Sami Erdem (haz.)/ Halit Özkan (haz.) vd., Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2015.

İbn Kayyım, el-Cevziyye, İ'lâmü'l-Muvakkî'in, C. I-II, Çev. Pehlül Düzenli, Muhammed Enes Topgöl (tahk.), 2. Baskı, Pınar Yayınları, İstanbul, 2017.

İmam Gazâlî, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi (El-Mustasfa), C. 1, Çev. Hacı Yunus Apaydın, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1994.

İnanır A, “İbn Kemal’in ‘Risâle Fî Duhûli Veleğî'l-Bint Fî'l-Mevkûf Ala Evlâdî'l-Evlâd’ Adlı Risalesi Bağlamında Osmanlı Zürrî (Evlatlık-Evladiye) Vakıf Uygulamasında ‘Evlâd’ül-Evlâd’ Meselesi”, C. 7, S. 2, 2012, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, s. 44-62.

İnanır A, “İbn Kemal’in Fetvaları Işığında Osmanlı’da İslam Hukuku”, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul, 2008.

İnanır A, “İbn Kemal’in Tabakât’ül Fukahâsı ve Değerlendirilmesi”, S. 37, 2012, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss. 65-86.

Kaya E S, “Hanefi Mezhebinde Nevazil Literatürünün Doğuşu ve Ebu’l-Leys es-Semerkandî’nin Kitâbu’n-Nevâzil’i”, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.

Kaya E S, “Nâdiru’r-Rivâye”, , C. 32, 2006, DİA, ss. 278-280.

Kaya E S, “Taklid”, C. 39, 2010, DİA, ss. 461-465.

Kaya E S, “Zâhirü’r-Rivâye”, C. 44, 2013, DİA, ss. 101-102.

Kaya S, “Osmanlı Örneğinde Fetvada Süreklilik ve Değişim”, Osmanlı Hukukunda Fetva, Süleyman Kaya (ed.)/ Yunus Uğur (ed.)/ Mustafa Demiray (ed.), Klasik Yayınları, İstanbul, 2018, ss. 533-547.

Keskioglu O, Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, DİB Yayınları, Ankara, 1999.

Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, Fethi Gedikli (ed.), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Muhammed Ebu Zehra, Ebu Hanife, Çev. Osman Keskioglu, DİB Yayınları, Ankara, 2005.

Muhammed Ebu Zehra, İslâm Hukuku Metodolojisi, Çev. Abdülkadir Şener, Fecr Yayınları, Ankara, 1990.

Özay H, Fıkıh Literatüründe Tüm Konuları İçeren Yazım Türleri, İKSAD Yayınevi, Ankara, 2019.

Özel A, “Fıkıh”, C. 13, 1996, DİA, ss.14-22.

Özel A, Hanefi Fıkıh Âlimleri, 3. Baskı, TDV Yayınları, Ankara, 2013.

Sarı N, “Tenkit Terimi Olarak Hâtibu Leyl”, S. 61, Kış 2015, EKEV Akademi Dergisi, ss. 315-342.

Saylan Ş, “Hukuki Modernleşme Öncesi Fıkıhın Geleneksel Yapısını Koruma Çabası: Şerhu Ukûdi Resmî'l-Müftî”, İbn Âbidîn, Hanefilerde Mezhep Usûlü: Şerhu Ukûdi Resmî'l-Müftî, Çev. Şenol Saylan (ed.), 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2020, ss. 55-70.

Şafak A, “İslam Hukukununun Tekevünü ve Tedvini Konusunda Gösterilen Faaliyetler”, S. 1, 1975, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ss.137-151.

Şafak A, İslam Hukukunun Tedvini, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum, 1977.

Yaman A, Fetva Usûlü ve Âdâbı, 3. Baskı, Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, İstanbul, 2019.

Yazıcı İ, “Semarkandî, Ebü'l-Leys”, C. 36, 2009, DİA, ss. 473-474.

MECLİS-İ MEBUSAN'DAKİ ADLİYE NEZARETİ BÜTÇESİ
GÖRÜŞMELERİ ÇERÇEVESİNDE
OSMANLI ADALET SİSTEMİNİN DURUMU (1910-1912)

*The Situation of the Ottoman Justice System within the Framework of the Budget
Discussions of the Ministry of Justice in the Chamber of Deputies (1910-1912)*

Dr. Faysal MAYAK*

*Fransızlar adalet topaldır, derler.
Avrupa memalikine göre doğru olan bu sözü
Şark'a tatbik edersek adaletin topal değil
kötürüm olduğunu maalesef görürüz. ***

Öz: II. Meşrutiyet döneminde Meclis-i Mebusan'da Adliye Nezâreti bütçesi için 1910, 1911 ve 1912 yıllarına ait yapılan görüşmelerde, Osmanlı adalet sisteminin eksiklerini gidermek ve daha düzgün çalışmasını sağlamak için görüş ve öneriler mebuslar tarafından ortaya konmuştur. Kendi seçim bölgelerinde gördükleri adliye teşkilatının aksayan yönlerini Meclis'te gündeme getirerek halkın taleplerini dile getirmişlerdir. Kısıtlı bütçe imkânları ölçüsünde adalet sistemini düzeltmek için atılması gereken adımları tartışan mebuslar, iyi yetişmiş adliye personelinin azlığından ve adliye teşkilatının birçok bölgede kurulmamış olmasından şikâyet etmişlerdir. Bütçe görüşmelerinde mebusların üzerinde durduğu diğer bir konu, adliye çalışanlarına ödenen maaşların azlığı ve orantısızlığı olmuştur. Düşük maaşlı adliye mensuplarının karar verirken geçim derdini düşünerek haktan sapabileceklerine dikkat çekmişlerdir. Meclis'teki görüşmelere katılan Adliye nazırları da adalet sisteminin durumunu kendi açılarından ele almışlar, düzenli işleyen bir hukuk yapısı kurmak için yaptıkları çalışmalardan bahsetmişler ve kendilerine yöneltilen eleştirilere cevap vermişlerdir. Meclis-i Mebusan'da adliye teşkilatının düzeltilmesi için alınan kararlardan kısa sürede istenen verim alınamadı diye hemen vazgeçilmesi ve eski uygulamalara dönülmesi istikrarsız bir yapının oluşmasına sebep

Abstract: During the meetings held in the Chamber of Deputies in the Second Constitutional Era for the Ministry of Justice's budget in 1910, 1911, and 1912, opinions and suggestions were put forward by deputies to address the deficiencies in the Ottoman justice system and ensure its smoother functioning. The deputies conveyed the demands of the public by raising the issues they observed in the judicial organization in their constituencies during parliamentary sessions. Discussing the steps that needed to be taken to improve the justice system within the constraints of the limited budget, the deputies complained about the shortage of well-trained judicial personnel and the fact that the judicial organization had not been established in many regions. Another issue emphasized during the budget negotiations was the low and disproportionate salaries of judicial employees. Deputies warned that poorly paid court officials might deviate from justice, considering their financial difficulties when making decisions. The ministers of justice, who participated in the discussions in the Chamber of Deputies, also addressed the state of the justice system from their perspectives, elaborating on their efforts to establish a regularly functioning legal structure and responding to criticisms directed at them. However, the immediate abandonment of the decisions taken to reform the judicial organization due to the failure to

* Tarih Öğretmeni, Antalya Lisesi, faysalmayak@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-0048-0273

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573688

** Babanzade İsmail Hakkı, "Hükkam Hakkında: Necip Melhame'nin Muhakemesi Münasebetiyle", Tanin, 26 Şubat 1909, No: 206, s.1.

Makale Geliş Tarihi: 14.02.2024, Makale Kabul Tarihi: 15.09.2024

olmuştur. Mevcut adliye çalışanlarının yeterli nitelikte olmadığı gerçeğinden hareketle tedbir alma yoluna gidilmiş, hukuk eğitimi alan ve mesleki tecrübe edinen personel yetiştirilmek istenmiştir. Bu çalışmanın amacı; 1910-1912 yılları arasında Meclis-i Mebusan'da adliye bütçesi için yapılan görüşmeleri esas alarak adalet sisteminin durumunu ortaya koymaktır. Çalışma oluşturulurken ana kaynak olarak Meclis-i Mebusan Zabıt Cerideleri kullanılmıştır. Buna ek olarak, dönemin gazetelerinden ve arşiv belgelerinden yararlanılmış, adliyeyle ilgili gelişmelerin basına nasıl yansdığı ve resmi belgelerde durumun hangi biçimde görüldüğü gösterilmeye çalışılmıştır. Zabıt cerideleri, gazeteler, arşiv belgeleri ve araştırma eserler kimi zaman birbirini desteklemek kimi zaman da karşılaştırma yapmak amacıyla kullanılmış ve çalışma vücuda getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adliye, bütçe, Meclis-i Mebusan, müfettiş,

achieve desired results in a short time and the return to previous practices led to the formation of an unstable system. Based on the fact that the existing courthouse employees are not qualified, the way to take precautions has been taken, and it has been requested to train personnel who have received legal education and gained professional experience. The aim of this study is to analyze the state of the justice system based on the discussions held in the Chamber of Deputies for the judicial budget between 1910 and 1912. The main source for this study is the Parliamentary Minutes of the Chamber of Deputies. In addition, period newspapers and archival documents were utilized to illustrate how developments related to the judiciary were reflected in the press and how the situation appeared in official documents. Parliamentary minutes, newspapers, archival documents, and research works were used to support one another at times, and for comparative purposes at other times, to construct the study.

Keywords: Courthouse, budget, Chamber of Deputies, inspector, court

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nde yüksek mahkeme hüviyetinde bulunan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye 14 Şubat 1870 tarihinde nezarete dönüştürülerek ilk kez Adliye Nezareti kurulmuştur. Zaman içerisinde nazırlıkta birtakım değişiklikler yapılmıştır. Önceden Ticaret Nezaretine bağlı olan ticaret mahkemeleri 30 Kasım 1875'te Adliye Nezaretine bağlanacaktır. Adliye Nezaretinin ilk teşkilat nizamnâmesi 21 Mayıs 1879 tarihinde, Said Paşa'nın nazırlık yaptığı dönemde kaleme alınmıştır. Bu nizamnâme ile nazırlığın teşkilat yapısı oluşturulduğu gibi o zamana dek Hariciye Nezaretine bağlı olan gayrimüslimlerin mezhep işleri Adliye Nezaretinde görülmeye başlanmıştır. Bundan sonra nazırlığın adı Adliye ve Mezâhib Nezâreti olarak değişmiştir.¹

Adliye teşkilatı 1879 nizamnâmesiyle daha düzenli bir biçime sokulmaya çalışılmıştır. Nizamnameyle oluşturulan birimler arasında Adliye Müsteşarlığı ve Mektupçuluğunun yanında Havale, Umur-u Cezaiye, Umur-u Hukukiye, Sicill-i Memurin, Mezahip, Evrak ve Muhasebe müdürlükleri yer almıştır. Zaman içinde teşkilatta değişiklikler yapılmış yeni müdürlükler eklenmiş veya kaldırılmıştır.² Adalet işlerini düzene sokmak ve işlevsel hale getirmek amacıyla kâğıt üzerinde oluşturulan sistemin uygulamada arzu edilen faydayı vermediği görülmektedir. Taşrada mahkemeler kurulsa bile en ciddi sıkıntı yetişmiş personelin azlığında çekilmiştir. Merkezden hukuk eğitimi almış hâkimlerin taşraya gönderilememesinden dolayı yerli nüfuz

¹ Hulusi Yavuz, "Adliye Nezareti", Diyanet İslam Ansiklopedisi, C.I, 1988, s.389-390.

² Fatmagül Demirel, Adliye Nezareti'nin Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2003, s.29-30.

sahibi kimseler yargılama işlerini yürütmüştür ki bu da çok fazla yanlış karar verilmesine ve dolayısıyla şikâyete sebep olmuştur.³ Mahkemelerin sağlıklı işlemediğine dair özellikle II. Abdülhamit döneminde hazırlanmış çok sayıda layiha mevcuttur. Bunlar incelendiği zaman taşraya gönderilen müfettişlerin donanım sahibi olmadıklarına, yargılama ve temyiz süreçlerinde sıkıntılar yaşandığına, ticaret mahkemelerinde düzenlemelere gidilmesine yönelik tavsiyeler verildiğine şahit olunmaktadır.⁴

Osmanlı adli düzeninde önemli değişimler II. Meşrutiyet döneminde yaşanmıştır. “Devr-i sâbık”ta yaşanan hukuksuzluklara karşı adaleti tüm memlekete yayacakları iddiasıyla iş başına gelen İttihatçılar, adliye teşkilatında çeşitli reformlar yaparak sözlerini yerine getirmeye çalışmışlardır. Ele aldıkları ilk konu kadrolarda tensikata gitmek ve oluşan boşluğu mektepli adliye çalışanları ile doldurmak olmuştur. Üzerinde en fazla durdukları konu ise hukuk eğitimi almış personelin göreve getirilmesidir. Adaletin gecikmemesi için de kurum içi bazı yazışmaları çabuklaştıracak adımlar atılmıştır. II. Meşrutiyet döneminde adliye düzeni konusunda en kayda değer icraat ise 1911 yılında yürürlüğe giren Adliye ve Mezâhib Nizamnâmesi olmuştur. Toplam altı bölüm ve 42 maddeden oluşan nizamname teşkilat yapısını düzenlediği gibi Cumhuriyet dönemi adli yapısına kaynaklık edecektir.⁵

Adliye teşkilatında II. Meşrutiyet döneminde müşavir sıfatıyla yabancı hukukçulardan yararlanma yoluna da gidilmiştir. Bu isimlerden olan Leon Ostrorog, Mebusan Meclisinin 9 Ağustos 1909 günkü oturumunda onay vermesiyle Adliye Nezareti Müşavirliği görevine başlamıştır. Ostrorog, 31 Mart 1911’de istifasını vererek görevinden ayrıldığı zaman zarfında, adliye teşkilatının düzenli bir biçime sokulması, avukatlık mesleğinin nitelik kazanması, ticaret hukuku ve kapitülasyonların incelenmesi gibi konularda çalışmalar yapmıştır.⁶ Leon Ostrorog daha bu göreve getirilmeden önce Osmanlı adli yapısının bozuk durumu ve bunun düzeltilmesine yönelik önerilerini içeren bir lâiyhayı dönemin Adliye Nazırı Manyasizade Refik Bey’in talebi üzerine hazırlamıştır. Bu layihada, adliyeyi ıslah etmek için yüksek maaşlı muktedir hukukçulara gerek olmadığını, eldeki insan kaynağı ve mali olanaklarla ancak doğru icraatlar yaparak sorunların çözüleceğini dile getiren Ostrorog, rüşvet ve ihmale son verecek kanunlar yapılmasını ve

³ Bu sorunları ve çözüm önerilerini dile getiren bir çalışma için bkz. Osman Köksal, “Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit’e Sunulan Bir Layiha”, S.9, 1998, OTAM, ss. 263-285.

⁴ Kemal Saylan, “II. Abdülhamid Döneminde Mahkemelerin Islahına Dair Hazırlanan Layihalar ve İsimsiz Bir Layiha Örneği”, S.31, 2016, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, ss. 265-278.

⁵ Erkan Tural, “II. Meşrutiyet Dönemi’nde Adliye ve Mezahip Nezareti’nde Bürokratik Reform”, C.57, S.2, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 232-242.

⁶ M. Emin Elmacı, “Osmanlı Hukuk Reformunda Bir Öncü: Kont Leon Ostrorog”, S.29, 2011, OTAM, s.7-11.

önüne gelenin avukatlık yaptığı düzenin değiştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁷

II. Meşrutiyet döneminde adliye teşkilatında düzenlemeye gidilmesi gerektiği hükümet programlarında da görülmektedir. Adliye Nazırlığını Hüseyin Fehmi Paşa'nın yaptığı Kamil Paşa hükümetinin programında, adliyeye yönelik kanunların yeniden tanzimi çalışmalarına başlanarak Mebusan Meclisinin onayına sunulacağı belirtilmiş ve mahkemelerin bağımsızlığı kaidesine dokunulmayarak halkın güvenini sağlayacak yapıya kavuşturulacağı vaat edilmiştir.⁸ Said Paşa tarafından kurulan hükümetin programında da adliye teşkilatının genişletileceğinden, hâkimlerin bağımsız ve tarafsız karar alacak kimselerden seçileceklerinden ve davaların mümkün mertebe en kısa sürede bitirileceğinden bahsedilmiştir.⁹ Mebusan Meclisinde de özellikle bütçe müzakereleri esnasında Adliye teşkilatı hakkında önemli tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmalar incelendiği zaman Osmanlı Devleti'nde adliye işlerinde görülen aksaklıklara şahit olunmakta ve bunları gidermek için yasama organında üretilen çözüm önerilerine rastlanmaktadır.

Meşrutiyet'in ilanıyla birlikte Osmanlı Devleti'nde sorunların çözüm yeri olarak Mebusan Meclisi görülmeye başlamıştır. Halkın temsilcileri, Meclis'te halkın yaşadığı zorlukları gündeme getirerek çözüm yolları bulacaklardır. Çalışma konusunun seçilmesinde belirleyici unsur bu olmuş, mebusların adliye teşkilatının aksayan yönlerini düzeltme çabaları bütçe müzakereleri üzerinden aktarılmaya çalışılmıştır. Çalışma konusu sadece bütçe müzakereleri ile sınırlandırılmış, adliyeyle ilgili yasa görüşmeleri veya diğer tartışmalara yer verilmemiştir. II. Meşrutiyet dönemi adliye teşkilatıyla alakalı birçok çalışma yapılmasına karşın, tamamen Mebusan Meclisi zabıtlarına dayalı ve 1910-1912 yılları bütçe müzakerelerine odaklanmış bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu çalışmayla, bahsi geçen zabıt tutanakları ve zaman aralığı esas alınarak söz konusu boşluğu doldurmak amacı güdülmüştür.

I. 1910 YILI ADLİYE NEZARETİ BÜTÇESİ GÖRÜŞMELERİ

A. ADLİYE MÜFETTİŞLERİ, MÜSTEŞAR VE ÇEŞİTLİ KONULAR ÜZERİNE TARTIŞMALAR

Mebusan Meclisinin 1910 yılı Adliye Nezareti Bütçesi müzakereleri 17 Mayıs 1326 (30 Mayıs 1910) Pazartesi günü başlamıştır. Bütçenin birinci faslı müzakereye alınınca mebusların ilk temas ettikleri konu adliye müfettişleri olmuştur. Adliye Nezaretinin bir birimi olarak 1879'daki nizamnameyle kurulan adliye müfettişliği sistemi her vilayete müfettiş tayin edilecek

⁷ Ali Adem Yörük, "Hukuk Reformu Metinleri 2: Kont Ostrorogun Adliye Nazırı Manyasizade Refik Bey'e Sunduğu 6 Şubat 1909 Tarihli Rapor", S.22, Güz-2016, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, s.54.

⁸ İhsan Güneş, "II. Meşrutiyet Dönemi Hükümet Programları (1908-1918)", C.1, S.1, 1990, OTAM, s.200.

⁹ Güneş, s.232.

şekilde kurulmuştur. Bunların görevleri mahkemeleri teftiş etmek ve adli işleyişin düzenli yürümesini sağlamaktır. Sorumlu oldukları bölgede mahkemeleri istedikleri zaman teftiş etme yetkileri olan müfettişler aynı zamanda teftiş raporlarını hazırlayıp merkeze göndermekle mükellefler.¹⁰

Taşrada adliye teşkilatının düzenli çalışması ve şikâyetler vuku bulduğunda bunları incelemek üzere müfettiş kadrosu oluşturulmuştur. Bu müfettişler merkezde istihdam edildiği için bazı mebusların buna yönelik eleştiri ve önerileri olmuştur. Bu konuda ilk sözü alan Aydın Mebusu İsmail Sıtkı Bey, müfettişlerin merkezde bulunmalarının olumsuzluğu üzerinde durmuş, merkezden taşraya yapılan teftişlerde çok fazla harcırah masrafi çıktığına dikkat çekmiştir. İstihdam edilen müfettiş sayısının da yeterli olmadığını belirterek, her vilayette ayrı ayrı müfettişler olmasını önermiş bunun zaman ve paradan tasarruf sağlayacağını, teftiş işlerinin de hakkıyla yürütüleceğini savunmuştur.¹¹

Müfettişlik konusunda öneri sunan isimlerden biri Malatya Mebusu Mehmet Tevfik Bey olmuştur. Teftiş görevinin adli teşkilatın bulunduğu yerlerde istinaf savcılarının yanına birer yardımcı verilerek bunlara yaptırılmasının daha doğru olacağını söylemiş, bu sayede adliye müfettişlerine gerek kalmayacağını eklemiştir. Mehmet Tevfik Bey'e göre zaten adliye müfettişleri taşrada teftişe gittikleri zaman ilk olarak bu istinaf savcılarında uğramakta ve onlardan bilgi almaktadır. Savcılar olaya müfettişten daha vakıf oldukları için müfettiş uygulamasına son verilmeli ve bütçe masrafı bu sayede azaltılmalıdır.¹²

Müfettişlere maaş ödenmesini gereksiz bulan mebuslardan Sinop Mebusu Hasan Fehmi Efendi, müfettişler için elli bin kuruş ödenek ayrıldığını, adalet için bunun çok olmadığını ancak merkezden taşraya yapılan seyahatlerde harcırah yüzünden bu miktarın üzerine çıkılacağını söyleyerek, bu yıl için müfettiş maaşlarının kaldırılmasını önermiştir. Teftiş işleri konusunda farklı önerisi bulunanlardan diğeri Tokat Mebusu İsmail Paşa olmuş, Nüvvab Mektebi'nde¹³ öğrencilere hukuk dersleri hatta devletler hukuku okutulduğundan bahisle buradan mezun olup taşraya atanan memurlara teftişin yaptırılmasının daha iyi olacağını söylemiştir.¹⁴

¹⁰ Bu bilgiler ve adliye müfettişlerinin çalışma esaslarıyla ilgili daha fazlası için bkz. Demirel, s.187-198. Örnek olması açısından adliye müfettişlerinin hangi koşullar altında görev yaptıklarını gösteren bir çalışma için bkz. Abdulhamit Kırmızı, "1880'de Diyarbakır Vilayetine Gelen İlk Adliye Müfettişinin Sergüzeşti", S.VII, Nisan 2012, e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi, ss.73-90.

¹¹ Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (MMZC), 17 Mayıs 1326 (1910), s.568-569.

¹² MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.569.

¹³ Şeriye Mahkemelerinde görev yapacak memurları yetiştirmek amacıyla 16 Ağustos 1855 tarihinde açılan okulun 1908 sonrası ders programına bakıldığı zaman Tokat Mebusu İsmail Paşa'nın söylediğine paralel olarak Hukuk-u Düvel, Usul-u Muhakemat-ı Cezaiyye, Usul-u Muhakemat-ı Hukukiye ve Teşkilat-ı Mehakim gibi derslerin yer aldığı görülmektedir. Bu bilgi ve Nüvvab Mektebi'nin tarihsel gelişimi için bkz. Emel Bengü Bal, Tanzimattan Sonra Kadı ve Naip Yetiştirmek Amacıyla Kurulan Okul: Mekteb-i Nüvvab, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2016.

¹⁴ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.570.

Müfettişlik konusunda Adliye Nezaretinin istikrarlı bir politika izleyemediği anlaşılmaktadır ki yaklaşık 25 yıllık süre içinde kimi zaman tesis edilmiş kimi zaman da kaldırılmıştır.¹⁵ 1910 yılı bütçe görüşmelerinde de bazı mebusların karşı çıkıp bazılarının müfettiş uygulamasını desteklemesi kafa karışıklığını göstermektedir. Müfettişlere karşı çıkanların aksine destekleyenler Osmanlı Devleti'ndeki adliye teşkilatının teftişe muhtaç olduğu konusunda görüş belirtmişlerdir.

İzmir Mebusu Aristidi Paşa teftiş sistemine ihtiyaç duyulduğunu savunan isimlerdendir. Osmanlı adli teşkilatının mükemmel bir duruma getirilmesi halinde bunlara gerek kalmayacağını buna karşın taşranın bazı yerlerinde hâkimler hakkında ciddi şikâyetlerin olduğunu ve bunların dikkatle incelenmesi için müfettişlere ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir.¹⁶ Müfettişliği destekleyen diğer isim Çorum Mebusu Mehmet Münir Bey olmuş, teftiş işleri için müfettişlere ayrılan paranın çok görülmemesini istemiş şayet bu uygulama ile istenen sonuç alınmıyorsa, müfettişliği kaldırmak yerine yeni düzenlemeye gidilmesini tavsiye etmiştir.¹⁷

Muş Mebusu Keygam Efendi de müfettişlere gerek olduğu görüşündedir. Bazı bölgelerde mahkemelerde çok fazla suiistimal olduğunu, bu yüzden özellikle Anadolu'da hakkını almaya çalışan fakara köylünün İstanbul'a geldiğini ve perişan olduğunu söylemiştir. Müfettiş sayısının artırılmasını savunan Keygam Efendi sırf bu fakir insanlar için bile müfettişliğin kaldırılmasına karşı çıkmıştır.¹⁸ Teftiş sistemini savunan Erzincan Mebusu Osman Fevzi Efendi ise meseleye müfettişlerin işlerini ne derece hakkıyla yaptıkları açısından bakmış, bazı müfettişlerin gittiği mahkemenin sadece cetvelini incelemekle yettiğinden bahsetmiştir. Bu tip müfettişlerin detaylı inceleme yapmadan harcırahlarını alıp geri döndüklerinden dert yanmıştır.¹⁹

Mebusan Meclisinin aynı oturumunda adliye müşaviri ve müsteşarı hakkında görüş belirten mebuslar çıkmıştır. Isparta Mebusu Eşref Efendi, bunlardan birinin gereksiz olduğunu söylemiş, önceki yıl altı bin kuruş olan tahsisatlarının bu bütçede bin beş yüz kuruş daha zam almasına itiraz etmiştir.²⁰ Eşref Bey'in aksi düşüncede olan Denizli Mebusu Gani Bey ise müsteşarların varlığının elzem olduğunu belirtmiştir. Bunların işlerle nazırdan daha fazla meşgul olduklarını, nazırın çoğu zaman Mecliste ya da hükümette bulunduğunu hatta Şura-yı Devlet başkanı olduğu için Adliye Nezaretine sık sık gidemediğini hatırlatmıştır. Adliye müsteşarlarının önemli fonksiyonları olduğunu belirten Gani Bey, İstanbul gibi bir yerde altı bin kuruşla geçinmenin zor olduğunu söyleyerek yapılacak zamma destek vermiştir.²¹ Zammı destekleyen Aristidi Paşa, diğer nezaretlerdeki

¹⁵ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.570.

¹⁶ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.570-571.

¹⁷ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.571.

¹⁸ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.571.

¹⁹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.571-572.

²⁰ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.568.

²¹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.569.

müsteşarlar yedi bin beş yüz kuruş maaş alırken adliyedekilerin altı bin almasının haksızlık olduğunu dile getirmiştir.²²

Adliye müsteşarlarına zam yapılmasına ekseriyetle karşı çıktığı görülmektedir. Denizli Mebusu Ahmet Muhib Efendi, meşrutiyet öncesinde memurların altı ayda bir maaş aldıklarını, yeni dönemde aydan aya ödemenin yapıldığını fakat bunun da bütçede on milyonluk bir açığa yol açtığını ifade etmiş, her maaşa bu kadar zam yapılmamasını, geçen yıl bu parayla nasıl geçindilerse bu yıl da geçinebileceklerini söylemiştir.²³ Bursa Mebusu Ömer Fevzi Efendi ile Sinop Mebusu Hasan Fehmi Efendi de geçen yılki maaş miktarının bu yılda da devam etmesini istemiş ve zamma karşı çıkmıştır.²⁴

Adliye bütçesinin birinci faslı görüşülürken mebuslar farklı konularla ilgili de görüş belirtmişlerdir. Örneğin Çorum Mebusu Mehmet Münir Bey, Adliye Nezareti Evrak Müdürlüğünün önemli bir görev yürüttüğünü buna karşın maaşının az kaldığını söylemiştir. Nezaretteki diğer müdürler dört bin kuruş öteki nazırlıklardaki müdürler üç binden aşağı maaş almazken evrak müdürlüğünün iki bin beş yüz kuruş almasını haksızlık olarak görmüş ve beş yüz kuruş zam yapılmasını talep etmiştir.²⁵ Münir Bey'in bu talebine itiraz ise Bursa Mebusu Ömer Fevzi Bey'den gelmiştir. Evrak müdürü maaşının iki bin beş yüz kuruş olmasını hem Adliye Nezareti hem de bütçe encümeni kabul etmişken zam yapılmasını teklif etmenin doğru olmadığını söylemiştir. Aynı zamanda bu müdürlüğün hukuk işleri veya ceza işleri müdürlükleri gibi iş yükünün fazla olmadığını, evrak kayıt ve numarasını yazmaktan ibaret olduğunu eklemiştir.²⁶

Bingazi Mebusu Yusuf Şetvan Bey Meclis'teki konuşmasında, Adliye Nezaretinin bir süredir ihmal ettiği istatistik kalemini yeniden işlevsel hale getirme talebine değinmiştir.²⁷ Bunu olumlu karşılayarak, tutulacak

²² MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.571. Osmanlı memurlarının maaşlarıyla ilgili düzenleme 1880'de Maaşat Kararnamesi ile yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre müsteşarlıklar üç dereceye ayrılmış ve Adliye müsteşarlığı ikinci derecede yer alarak maaşın on bin kuruş olmasına karar verilmiştir. Belirlenen maaşın zamanla azaldığı görülmektedir ki 1913 yılında 7500 kuruşa kadar inmiştir. Bu bilgi ve adliye müsteşarlığı hakkında daha fazlası için bkz. Demirel, s.38-40.

²³ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.571.

²⁴ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.569-570.

²⁵ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1912), s.568.

²⁶ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.569-570. Evrak Müdürlüğünün iş yoğunluğunu göstermek amacıyla şu örneğe bakmakta fayda vardır. Evrak Odasına, 15.10.1894 tarihinde gerek resmi gerek gayri resmi gelen evrak sayısı 166 olmuşken ertesi gün bu sayı 321'e çıkmıştır. Bunun için bkz. Demirel, s.60.

²⁷ Yusuf Şetvan Bey, 1888'de Adliye Nezaretinde memurluğa başlamış ve 16 yıl farklı birimlerde görev almıştır. Bu sebepten dolayı Nezaretin durumu ve işleyişi hakkında tecrübe sahibidir. Görev yaptığı birimlerden biri İstatistik Kalemi olmuş ve bu kalemde 1894'te mümeyyiz olarak işe başlamıştır. İstatistik Kalemini işlevsel hale getirme talebini burada görev yapmasına bağlamak mümkündür. Şetvan Bey hakkında detaylı bilgi için bkz. Sezai Balcı, "Panislamist Bir Mebusun Biyografisi: Bingazili Yusuf Şetvan (1868-1949)", Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Demokratik

istatistikler sayesinde adliyenin verimliliğinin daha iyi takip edileceğine vurgu yapmıştır. Buna karşın bu iş için sadece üç kâtabin görevlendirilmesini yeterli bulmamıştır. Üstelik bu kalemin sorumluluğu ceza işleri müdürlüğüne verilmiştir ki yanlış bir tercih olmuştur. Yusuf Şetvan Bey ceza işleri zaten yoğun çalıştığı için istatistik kalemine beş yüz kuruş maaşla iki kâtabin ilave edilmesini ve ceza işleri müdürünün maaşına bu yükü de omuzlayacağı için bin kuruş zam yapılmasını teklif etmiştir.²⁸

Mebusan Meclisinde mebusların bu konuşmaları sonrası dönemin Adliye Nazırı Necmettin Molla Bey sözü alarak tartışılan konularla ilgili görüşlerini beyan etmiştir. Nazırın ilk değindiği konu müfettişler meselesi olmuştur. Kendisi göreve geldiği zaman müfettişlerin sadece Rumeli’de görev yaptıklarını görünce bunu yeterli bulmamış, Osmanlı ülkesinin tamamına yaymaya çalışmıştır. Bu amaçla toplam dört kişi olan müfettişleri Anadolu ve Rumeli’de belirli bölgelerde görevlendirmiştir. Boş yere harcırah aldıkları ve iş yapmadan geldikleri yönündeki iddiaları da reddetmiştir.²⁹

Müfettişlerin görev almasının nedenine dair Necmettin Molla Bey’in dikkate şayan bir açıklaması olmuştur. Adli teşkilatı ülke geneline yaymak için alınan karar gereğince 12 vilayet ve kazalarına birçok memur görevlendirilmiştir. Bunlar için ehli olmakla beraber tecrübesiz olduklarından hata yapma ihtimalleri yüksektir. İşte müfettişlerin görevlerinden biri bunlara rehberlik etmek ve kusurları görülenleri düzeltmektir. İkinci görevleri ise tayin edilen bu altı yüz memurun vazifedeki tavır ve davranışları hakkında nezarete bilgi vermektir. Necmettin Molla Bey bu gerekçelerden ötürü müfettiş uygulamasının devamından yana olduğunu söylemiştir.³⁰

Müsteşarlar konusuna da değinen Nazır, bunların seçimi yapılırken adliyedeki işleyişi bilen tecrübeli kimselerin tercih edileceğini, bu yönüyle ilk akla gelenlerin temyiz mahkemesi üyeleri olduğunu dile getirmiştir. Bu üyeler hâlihazırda altı bin kuruş maaş aldıkları için müsteşar vazifesinin gereği olarak maaşlarına bin beş yüz kuruş zam yapılmasının çok olmayacağını söylemiştir. Bu noktada Kudüs Mebusu Es-Said Efendi’nin adliye müşavirinden nasıl fayda sağladıkları sorusuna muhatap olan Nazır, çok fazla katkı aldıklarını, Meclise gelen kanunları onun hazırladığını, Avrupa kanunlarından yararlanma konusunda da fayda elde ettiklerini sözlerine eklemiştir.³¹

Bütçe müzakerelerinde yer alan fasıllarda yurtdışına hukuk eğitimi alması için gönderilen öğrencilere dair yapılan konuşmalarda, ülkenin nitelikli hukukçulara ihtiyacı olduğu vurgusu yapılmış ve daha fazla öğrenci gönderilmesi gerektiği görüşü ağır basmıştır.³²

Kesitler, ed. Eminalp Malkoç-İ. Arda Odabaşı, Derlem Yayınları, İstanbul, 2016, ss.77-116.

²⁸ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.569.

²⁹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.572.

³⁰ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.572.

³¹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.573.

³² MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.575.

Bütçenin, cam kırılması, havagazı ödemesi gibi ufak çaplı harcamaları için ayrılan parasında hediye adı altında bir kalemin olması Serfice Mebusu Yorgo Boşo Efendi'nin dikkatini çekmiş ve Adliye Nazırından bu konuda açıklama istemiştir.³³ Necmettin Molla Bey hediye kaleminin din değiştirenlere yani Müslüman olanlara verilmek için konulduğunu söyleyince Boşo Efendi bunun nifaka yol açacağını, bütçeye din değiştirenler için para koymanın caiz olmadığını ileri sürmüştür. Necmettin Molla Bey bundaki amacın din değiştirmeyi teşvik olmadığını ancak insanların hür iradeleriyle İslamiyet'e geçtiklerini, bunu yapan kadınların tesettüre girmelerinden ötürü paranın kıyafet gibi masraflara harcandığını dile getirmiştir. Buna ek olarak din değiştirmesinden ötürü ailesinin tepkisinden çekindiği için birkaç gün bu para ile hayatını sürdürmesinin sağlandığını belirtmiştir. Bu açıklamayı destekleyen yorum ise Canik Mebusu Mehmet Ali Bey'den gelmiş ve Patrikhaneye nasıl tahsisat veriliyorsa bu ihtiyaç için de para verilebileceğini söylemiştir. Meclisin oyuna sunulan fasıl kabul edilmiştir.³⁴

B. ADLİYE MEMURLARININ DÜŞÜK MAAŞI VE MAAŞLARDA EŞİTSİZLİK MESELESİ

Adliye Nezaretinin 1910 yılı bütçe müzakerelerinin sekizinci faslı mübaşırlar ve odacılara ödenecek maaş hakkındadır. Bu konuda söz alan Kırkkilise Mebusu Mustafa Arif Bey, mübaşırların maaşlarının çok az olduğunu, birçoğunun 160 kuruş maaş aldıklarını, bu parayla hademe bile çalıştırılmayacağını söylemiştir. Mübaşırların maaşlarında bir orantısızlık olduğuna da vurgu yaparak, kiminin 500 kuruş kiminin 150 kuruş aldığına dikkat çekmiş, maaşlardaki bu eşitsizlik var olduğu sürece adliyede işlerin sağlıklı yürümeyeceğini belirtmiştir. Mustafa Arif Bey mübaşırların maaşının en az 300 lira olmasını önermiştir.³⁵

Selanik Mebusu Artas Yorgaki Efendi konuyla ilgili konuşmasında bütçenin darlığı yüzünden az maaş alan her memura zam yapamayacaklarını ancak "açlıktan ölen memurlar" varsa zammın şart olduğunu söylemiştir. Artas Efendi'nin "açlıktan ölen memur" kategorisinde gösterdiği grup ise mübaşırlardır. Bunların taşraya gittikleri zaman 160 kuruş maaşla hayvanlarının bile karnını doyuramadıklarını, maaş zammının ötesinde açlıktan ölmeleri için en azından 50 kuruş zam yapılmasını istirmiştir.³⁶ Ergiri Mebusu Yanko Mamopulo Efendi de hademelerin ve kâtiplerin maaşlarının azlığına değinmiş, ayda 150 kuruş maaş alan hademelerin, 300 kuruştan aşağı maaşı olan kâtiplerin bulunduğuna vurgu yapmıştır. Mamopulo Efendi'ye göre bu paralarla bu insanların ailelerini geçindirmek bir tarafa kuru ekmek yemelerine bile imkân yoktur. Bu

³³ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.575-576.

³⁴ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.576.

³⁵ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.577.

³⁶ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.578.

bağlamda kâtip maaşının 400, hademe maaşının da 250 kuruşa yükseltilmesini teklif etmiştir.³⁷

Bütçe müzakerelerinin bu aşamasında söz adliye çalışanlarının Meşrutiyetin ilanından beri doyurucu bir zam almadıklarına gelmiş, yaptıkları işin önemine paralel ücret almadıkları vurgulanmış hatta diğer kurum çalışanları ile kıyaslanarak düşük maaşlarına işaret edilmiştir. Bu konuda en hararetle tepkinin Canik Mebusu Mehmet Ali Bey'den geldiği görülmektedir. Bir kimsenin idamına kadar karar verme yetkisi olan ceza memurları 1260 kuruş maaş alırken yanındaki muhasebecinin 3000 kuruş almasını doğru bulmayan Mehmet Ali Bey, benzer biçimde istinaf reisleri 2700 kuruş alırken defterdarın 5000 kuruş almasının adil olmadığını söylemiştir. Adliyenin taşrada yeni teşkilat kurmak için 40 bin lira parası olduğunu belirterek bu paranın 9000 lirasının maaş mağduru olan adliye çalışanlarına zam olarak dağıtılmasını önermiştir.³⁸ Mehmet Ali Bey şayet bu orantısız maaş düzeni devam ederse mahkemelerde adil kararlar çıkmayacağı riskine dikkat çekmiş, hâkimlerin belki de idam cezası verilecek bir cinayet davasında rüşvet alma yolunu seçerek adaletin dışına çıkmalarının mümkün olduğunu belirtmiştir. Maaş konusunda en fazla mağdur olan kesimin Anadolu adliye memurları olduğunu hatırlatarak zam konusunda ısrarcı olduğunu göstermiştir.³⁹

Adliye teşkilatında Rumeli ile Anadolu çalışanları arasında görülen maaş eşitsizliği de gündem olmuştur. Kütahya Mebusu Abdullah Azmi Bey, Görice, Serfice gibi livalarda maaşlar 2000 kuruş iken Kastamonu, Kengiri gibi yerlerde 1200 kuruş olmasını doğru bulmamıştır. Aynı işi yapıp farklı maaş almanın önlenmesi için Adliye Nezaretinin düzgün bir tasnif yapması gerektiğinden bahsetmiştir. Bunu yaparken de uzaklık, bölgesel fiyat farkları, yakacak gibi kriterleri dikkate almasını dilemiştir.⁴⁰ Buna ilk destek de Kırkkilise Mebusu Mustafa Arif Bey'den gelmiş, söz konusu tasnife İstanbul'un da dâhil edilmesini zira burada bir hâkim 5000 kuruş alırken taşrada 2000 kuruş almasının uygun olmadığını ifade etmiştir.⁴¹

Maaşların eşitsizliği hakkında olaya farklı pencereden bakan Malatya Mebusu Mehmet Tevfik Efendi, ceza reisi ya da savcı yardımcısı olmak için insanların hukuk mektebinde dört yıl eğitim gördüklerini buna karşılık 3000 kuruş maaş alan muhasebecinin bu kadar uzun tahsil görmediğini hatırlatmıştır. Daha az eğitim alan birinin daha fazla eğitim alandan çok maaş almasını doğru bulmayarak, maaşların eğitim seviyesine ve yapılan işin önemine göre verilmesi gerektiğini savunmuştur.⁴²

Maaş konusunda zam yapılması taraftarlarının yanında buna itiraz eden mebuslar da olmuştur. Kastamonu Mebusu Ahmet Mahir Efendi esas itibariyle maaş eşitsizliği olduğunu kabul etmekle, Rumeli ve Anadolu

³⁷ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.581.

³⁸ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.577.

³⁹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.578.

⁴⁰ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.580.

⁴¹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.580.

⁴² MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.581-582.

mahkemelerinde ve Anadolu'da adliye teşkilatı olanla olmayan yerler arasında ücret konusunda fark bulunduğunu onaylamakla beraber, on milyon kuruş açığı bulunan bir bütçeyle bahsi geçen maaş zam tekliflerini gerçekleştirmenin güç olduğunu söylemiştir.⁴³

II. Meşrutiyet'le beraber en çok vurgu yapılan konulardan biri eski yönetim zamanında maaşların tam ve zamanında ödenmediğidir. Kendi halinde sıradan memurlara doğru dürüst maaş ödenmezken bazı ayrıcalıklı kimselerin yüksek maaşlarını peşin aldıkları hatırlatması yapılmıştır. Yeni dönemle birlikte bunun önüne geçmek amacıyla tüm kurum muhasebecileri Maliye Nezaretine bağlanmış ve ayrıcalıklı zümreler kaldırılarak maaşların eşit dağıtılması düzenine geçilmiştir. Devletin gelirleri azaldığında da eksik maaş ödemesinin bütün memurlara yapılması sağlanmış, birileri az alırken birilerinin tam almaya devam etmesi son bulmuştur.⁴⁴ Bu mantıkla hareket eden Sinop Mebusu Hasan Fehmi Efendi ise meşrutiyete geçildikten sonra adliye dâhil tüm memurların maaşlarını aydan aya düzenli aldıklarını, eskiden para verilse bile bunun ihsan şeklinde verildiğini ancak hâlihazırda bunun ücret olarak ödendiğini belirtmiştir. Bu sebeple memurların şikâyeti bırakmalarını istemiş, memurlardan da fedakârlık beklediklerini eklemiştir. Hasan Fehmi Efendi olaya başka bir açıdan bakmış, II. Abdülhamit döneminden kalma birçok memurun görevine son verildiğinden ancak adliyede açıkta kalan kimsenin olmadığından bahsetmiştir. Yeni teşkilat yapılanması çerçevesinde personel ihtiyacı yüzünden iyi kötü demeden herkes kadroda kalınca adli işlerin kalitesi düşmüştür. Bu yüzden paranın teşkilata değil hukuk mekteplerine harcanmasını, nitelikli insan yetiştirerek kalitenin artırılmasını istemiştir.⁴⁵

Zam meselesine sıcak bakmayan İpek Mebusu İbrahim Efendi, Meclisteki konuşmasında her kurum memurunun en önemli işi kendilerinin yaptıklarını söyleyerek zam talep ettiklerini dile getirmiştir. Kaymakamların görev yaptıkları yerin idaresinden sorumlu oldukları için zam istediklerini, adliye memurlarının idam gibi ciddi kararlara imza attıkları için fazla maaş almaları gerektiğini söylediklerini ayrıca askerlerin kendi canlarını ortaya koydukları için herkesten fazla para almalarının şart olduğunu ifade ettiklerini söylemiştir. Bu sarmalı kendilerinin yarattıklarını hatırlatan İbrahim Efendi, Osmanlı Devleti'nin Avrupa'ya 120 milyon lira borcu olduğunu ve sadece sekiz milyon faize ödediklerini, böyle giderse yakında ülke arazisini bile rehin vermek durumunda kalacaklarını dile getirmiştir. İbrahim Bey'e göre paralar önce adliyenin önemini bilen insanlar yetiştirmek için harcanmalıdır.⁴⁶

Kengiri Mebusu Behçet Bey için ise önemli olan maaşın miktarı değil memurun ahlaklı olup olmadığıdır. Bir adliye mensubu 250 kuruş maaş olsa bile yirmi yıl boyunca dürüstçe çalışmış, 1260 kuruş maaş alan bir ceza reisi ise bir iki yıl çalışıp on bin lirayı alarak kaybolmuştur. Bu mantıkla hareket

⁴³ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.578.

⁴⁴ "Maaş Meselesi", Tanin, No:10, 28 Temmuz 1324, s.3.

⁴⁵ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.578-579.

⁴⁶ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.581.

eden Behçet Bey ceza reislerine yapılacak zammın vebal olduğunu söylemiştir.⁴⁷

Adliye Nazırı Necmettin Molla Bey mebusların maaşlar konusunda yaptıkları konuşmalar sonucunda soruna çözüm olarak, taşrada adliye teşkilatı oluşturmak için ayrılan paranın 10 bin lirasının kullanılmasını göstermiştir. Şayet Meclis bu paranın kullanılmasına izin verirse her türlü maaş eşitsizliğinin son bulacağını söyleyen Nazır, bütçeye zam yapılmadan sadece paranın bir kısmının başka amaçla kullanılmasyla meselenin halledileceğini belirtmiştir. Her ne kadar Kastamonu Mebusu İsmail Mahir Efendi bu teklife karşı çıkıp talep edilen paranın adliye teşkilatına harcanmasını, halkın dört gözle bunu beklediğini söylese de yapılan oylama ile Adliye Nazırının teklifi kabul edilmiştir.⁴⁸

Adliye çalışanlarının zam talepleri ilerleyen yıllarda da devam etmiştir. Bidayet savcı baş muavinleri ile sıra muavinleri işlerinin yoğunluğu ve mevcut maaşlarının azlığı yüzünden artış talep etmişlerdir. Bu bağlamda baş muavinliğe iki bin, sıra muavinliklerine de bin beş yüz kuruş maaş verilmesi kararlaştırılmış ve bunun bir sonraki yılın bütçesine ilavesi için Adliye Nezareti İstinaf Savcılığı tarafından bir tezkere yazılmıştır.⁴⁹ Maaşlarda eşitsizlik meselesi sadece Adliye memurları için geçerli değildir. Osmanlı ülkesinde çok düşük maaşlarla çalışmak ve ailesini geçindirmek zorunda kalan çok sayıda memur olduğu anlaşılmaktadır. Düşük maaşlı memurların maişet derdine düşerek işlerine konsantre olamayacakları hatırlatılmış ve çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur. Bunlardan en kayda değeri yüksek maaş alan memurlardan kesinti yaparak, maaşı bin kuruşun altında olanlara bu paraları eşit şekilde dağıtmak olanıdır.⁵⁰

Osmanlı ekonomisinin kötü durumu, mebusların bütçe görüşmelerinde elini zayıflatan bir yapı ortaya çıkarmıştır. Adliye sisteminde yaşanan aksaklıklardan bazılarını seçip düzeltme yoluna gitmişler, bazılarının bozuk durumda kalmasına göz yummak mecburiyetinde kalmışlardır. Kimi mebuslar personelin maaş azlığını öncelikli çözülmesi gereken sorun olarak gördükleri için teşkilatın genişletilmesi amacıyla ayrılan paranın bir kısmından feragat edilmesini savunurken, kimisi de her yere adaleti götürmenin önemine vurgu yaparak maaş konusunda memurlardan fedakârlık beklemişlerdir. Bu durum ne adliye memurlarının doyurucu maaş almalarını ne adliye teşkilatının ülke çapında tam olarak genişletilmesini sağlamıştır.

C. TİCARET MAHKEMELERİNİN KALDIRILMASI VE ADLİYE TEŞKİLATINI GENİŞLETME TARTIŞMALARI

Adliye Nezareti bütçesinin Mebusan Meclisi müzakerelerinde ele alınan konulardan biri ticaret mahkemelerinin kaldırılması olmuştur. İş

⁴⁷ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.581.

⁴⁸ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.580-582.

⁴⁹ “Adliye Maaşatı”, No:32, 24 Eylül 1912, Hikmet, s.2.

⁵⁰ Macid Faik, “Köyümün Memurlarının Sefaleti (Maaşlarda Haksızlık)”, No:8, 1 Eylül 1911, Millet ile Musahabe, s.2.

azlığı nedeniyle bu mahkemelerin kaldırılması ve iş yükünün diğer mahkemelere aktarılması görüşü ortaya atılmıştır. Bu mahkemelerin kaldırılması ile asıl amaçlanan şey ise bütçe için kaynak yaratmak ve paradan tasarruf etmektir.

Ticaret mahkemelerinin kaldırılmasına yönelik konuyu gündeme getiren ilk isim Kırkkilise Mebusu Mustafa Arif Bey olmuştur. Elinde bulunan istatistikleri okuyarak dava sayısı ile teşkilata harcanan parayı karşılaştırmıştır. Antalya Ticaret Mahkemesine yılda 62 dava gelirken harcanan para 31800 kuruştur ya da Yanya'da bulunan mahkemede yılda 78 dava görülürken 50 bin kuruşun üzerinde tahsisat verilmiştir. Mustafa Arif Bey, ticaret mahkemesi bulunan yerlerin bu şekilde tek tek sayılarını vermiş ve bunların kapatılıp davalarının hukuk mahkemelerine devrini önermiştir. Buradan yapılacak tasarrufla elde edilecek paranın da Anadolu'nun mahkeme yüzü görmemiş yerlerine adliye teşkilatı kurmak amacıyla harcanmasını istemiştir.⁵¹

Mekke Mebusu Şerif Abdullah Bey de kendi seçim bölgesinden örnek vermiş, işlerinin azlığından dolayı Hudeyde'de bulunan ticaret mahkemesinin kapatılmasını söylemiştir.⁵² Adliye Nazırı Necmettin Molla Bey, ticaret mahkemelerinin kapatılmasından yana bir tavır ortaya koymuştur. Haftada neredeyse sadece bir dava gören ticaret mahkemeleri için lüzumsuz para harcamanın doğru olmadığını ifade etmiştir ki buradan gelecek parayla normal mahkeme kurup çok fazla insana adalet dağıtmanın daha akıllıca olacağını beyan etmiştir.⁵³

Bu noktada bazı mebuslar Mersin gibi limanı işlek olan yerlerde de ticaret mahkemelerinin kapatılıp kapatılmayacağını sorunca, Necmettin Molla Bey bu şehirde dava sayısının yıllık yetmiş adetle çok az kaldığını hatırlatmış buna karşın Selanik, İzmir, Beyrut, Bağdat gibi ticaret muamelesi çok fazla olan yerlere dokunulmayacağı bilgisini vermiştir.⁵⁴ Ticaret muamelesi fazla olan bu şehirlere ait 1868 tarihli ve Ticaret Nezaretine gönderilen cetvellere bakıldığında en yoğun çalışan ticaret mahkemesinin İstanbul olduğu görülmektedir. İzmir ise 80 davaya bakarak hükmolunan dava sayısı açısından üçüncü sırada yer almıştır. Beyrut Ticaret Mahkemesi 35 ve Selanik Ticaret Mahkemesi 22 davaya bakarak faaliyetini sürdürmüştür.⁵⁵ Zaman içerisinde bu mahkemelerin dava sayılarını artırmaları ihtimal dâhilinde olmakla beraber İstanbul ve İzmir gibi önemli ticaret şehirleri bir tarafa bırakılacak olursa Beyrut, Selanik ve Bağdat'ın dava sayılarının az kaldığı ortaya çıkmaktadır. Ancak bahsi geçen şehirlerdeki yabancı tüccarların fazla sayıda olması Adliye Nezaretinin buralardaki ticaret mahkemelerini kapatma konusunda temkinli davrandığını göstermektedir.

⁵¹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.583-584.

⁵² MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.584.

⁵³ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.585.

⁵⁴ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.585.

⁵⁵ Akmandar Demirci, "Osmanlı Devleti'nde Taşra Ticaret Mahkemeleri", S.75, Kasım-Aralık 2019, Akademik Bakış Dergisi, s.123.

Ticaret mahkemelerinin kaldırılmaması yönünde görüş belirten mebuslar ise çeşitli gerekçeler ileri sürmüştür. İzmir Mebusu Nesim Mazilyah Efendi, bu mahkemelerin uzmanlık mahkemeleri olduğunu, burada dava görece hâkimlerin teknik anlamda bilgi sahibi olmalarının gerektiğini söylemiştir. Normal hukuk mahkemelerine bakan hâkimlerin polişe gibi ticari kavramlara uzak olduklarını belirttiği gibi ticaret davalarına diğer mahkemelerin bakacak olmasının iş yüklerini artıracığına dikkat çekmiştir. Mersin'den örnek vererek, buradaki yabancı tüccarların itiraz ve şikâyetlerinin hukuk mahkemesinde görülmesinin mümkün olmadığına işaret etmiştir.⁵⁶

Yorgo Boşo Efendi konuyla ilgili yaptığı konuşmada ticaret mahkemelerinin kara ve deniz ticareti olmak üzere ikiye ayrıldığını, kara ticaretine mahsus davaların hukuk mahkemelerinde görülebileceğini ancak deniz ticareti davalarının görülemeyeceğini dile getirmiştir. Deniz ticareti davalarının hızlı sonuçlanması gerektiğini, yirmi dört saatte bitirilmesinin şart olduğunu zira vapurların çok uzun süre beklemelerinin söz konusu olamayacağını anlatmıştır. Deniz ticareti ile meşgul olan ve Adalar'da bulunan mahkemelerin bu karardan muaf tutulmasını istemiştir.⁵⁷ Meclis'te yapılan müzakereler neticesinde iş yükü az görülen ticaret mahkemelerinin kapatılması kararı oya sunulmuş ve kabul edilmiştir.⁵⁸

Mebusan Meclisinde Adliye Nezareti bütçesi görüşülürken mahkeme teşkilatının özellikle Anadolu'nun birçok yerinde kurulmamış olması büyük bir eksiklik olarak görülmüştür. Gümölcine Mebusu İsmail Hakkı Bey gerek Anadolu'nun muhtelif yerlerini temsil eden mebusları ile yaptığı konuşmalardan gerek adliye teşkilatında yaptığı incelemelerden çok fazla yerde mahkeme eksikliği olduğunu tespit etmiş ve bu iş için bütçeye 25 bin lira ilave edilmesini istemiştir.⁵⁹ Serfice Mebusu Yorgo Boşo Efendi ise teşkilat kurulacak yerlerin hangi kriterlere göre seçileceğini sormuştur. İhtiyaca göre mi yoksa mebusların iltimasına göre mi seçileceğini belirterek şayet ikinci şıkka göre hareket edilecekse buna karşı olduğunu vurgulamıştır. Teşkilat kurulması planlanan yerlerin mebuslar tarafından görülmesinden sonra bütçeye takviye yapılmasını daha doğru bulmuştur.⁶⁰

Mahkeme teşkilatının önemini kabul etmekle beraber halkın öncelikli ihtiyaçlarının olduğunu söyleyen Bursa Mebusu Ömer Feyzi Efendi ve Çorum Mebusu Ali Osman Efendi, birçok bölgede jandarmanın azlığından, asayişin olmamasından hatta yolların bulunmadığından bahsetmiştir. Böyle bir ortamda mahkeme bulunan yerlerde bile evrakların doğru düzgün tebliğ ettirilemediğini belirterek, taşrada önceliğin adliyeye değil jandarmanın ıslahına ve yol yapımına verilmesini istemiştir.⁶¹ Teşkilattan önce kaliteli adliye memuru yetiştirmenin daha öncelikli iş olduğunu savunan mebuslar

⁵⁶ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.584.

⁵⁷ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.587.

⁵⁸ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.588.

⁵⁹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.590.

⁶⁰ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.590.

⁶¹ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.590-591.

da olmuştur. Ankara Mebusu Hacı Mustafa Efendi bunlardan biridir ki, Ankara'ya gönderilen ceza reislerinin beceriksiz ve aciz olduklarını söylemiştir. Nitelikli personel olmadıktan sonra adliye teşkilatı kurmanın gereksiz olduğunu savunmuştur.⁶² Adliye Nazırı adliye çalışanlarının niteliksiz olduklarına dair eleştirilere cevap vererek, altı yüz memuru göreve aldıklarını ve içlerinden birkaçının vasıfsız çıkabileceğini söylemiştir. Diğerlerinin iyi bir imtihandan geçtikten sonra atandığını ekleyerek, teşkilatın olduğu yerlerdeki ahalinin memnun olduklarından bahsetmiştir. Önceden savcılık görevini polis memuru yaparken hâlihazırda Hukuk Mektebi mezunlarının bu işi yaptıklarını dile getirmiştir.⁶³ Bu tartışmalara noktayı koyan isim ise Gümölcine Mebusu İsmail Hakkı Bey olmuştur. Jandarma, asayiş ya da yeteri derecede yol yok diye adliye teşkilatı kurmamayı savunmanın hata olacağını, zamanla bütün bu eksiklerin aynı oranda giderilmesiyle topyekûn gelişme gösterileceğini ifade etmiştir.⁶⁴ Mecliste gerçekleşen bu müzakereler neticesinde yapılan oylamada Adliye bütçesinin tamamı kabul edilmiştir.⁶⁵

II. 1911 YILI ADLİYE NEZARETİ BÜTÇE GÖRÜŞMELERİ

A. ADLİYE NAZIRI NECMETTİN MOLLA BEY'İN İCRAATLARI HAKKINDAKİ KONUŞMASI

Necmettin Molla Bey, Hakkı Paşa Hükümetinde Adliye Nazırı ve Şura-yı Devlet Başkanı olarak atandıktan sonra⁶⁶ İngiliz mahkemelerinin çalışma sistemlerini incelemek amacıyla İngiltere'ye gitmek istemiştir. Bu talebe İngiliz makamlarından onay gelmiş ve istinaf mahkemesini, yüksek mahkemeyi, ağır ceza mahkemelerini hatta ilçe ve polis mahkemelerini incelemesi için görevlilerden gereken kolaylığı sağlamaları emri verilmiştir.⁶⁷ Adli kurumlara ek olarak Londra'da iki hapisaneyi ziyaret etmesi ya da İngiltere'nin başka yerlerinde ve Galler'de başka hapisanelere gitmek isterse kendisine yardımcı olunacağı belirtilmiştir.⁶⁸ Osmanlı adliye

⁶² MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.591. Hukuk Mektebinden mezun olacak öğrencilerin niteliklerini artırmak ve teorik bilgilerini pratiğe dökmelerini sağlamak amacıyla haftada üç gün okul sonrasında mahkemelerde ve adliye dairelerinde bulunmaları sağlanmıştır. Bu uygulama tecrübesine sahip olarak mezun olan öğrencilerin atamada öncelik kazanmaları üzerine Selanik Hukuk Mektebi Müdürü Adil Muslihiddin Bey Maarif Nezaretine 17 Şubat 1910 tarihiyle yazdığı yazıda bu uygulamalı eğitimin şehirlerinde de yapılması için Adliye Nazırlığı ile iletişime geçilmesini talep etmiştir. Maarif Nezareti bu talebi uygun bulmuş Selanik Adliye Müdürlüğüne gereken yazıyı göndermiştir. Bu bilgi için bkz. Başkanlık Osmanlı Arşivi (BOA), MF.MKT, 1148/64, H.15 Safer 1328/26 Şubat 1910. Buradan nitelikli adliye personeli yetiştirmek amacıyla gereken adımların atıldığı anlaşılmaktadır.

⁶³ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.591-592.

⁶⁴ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.592.

⁶⁵ MMZC, 17 Mayıs 1326 (1910), s.593.

⁶⁶ BOA, DH.MUİ, 54/34, H. 3 Muharrem 1328/15 Ocak 1910.

⁶⁷ BOA, HR.SFR.3, 614/23, 15 Temmuz 1910.

⁶⁸ BOA, HR.SFR.3, 619/30, 15 Temmuz 1910.

teşkilatında yapılan düzenlemelerde daha ziyade Fransız modeli esas alınmasına karşın İngiliz modelinden de istifade etmek amacıyla yapıldığı anlaşılan bu seyahat, bütçe darlığı yaşanan dönemde çok mu gerekliydi sorusunu akıllara getirirse de yeni bir teşkilat oluşturma çabasının bir sonucu olarak görülmelidir.

Yerinde görerek yapılan bu ziyaret esnasında Necmettin Molla Bey, İngiliz makamlarına verdiği bilgilerde Osmanlı adliye sisteminde Meşrutiyetle birlikte yaşanan gelişmelerden bahsetmiştir. Nazırın üzerinde durduğu nokta, eski yönetimden kaynaklı aksaklıkların giderilmesi yönünde yapılan reformlardır. Bu bağlamda kadıların yerine hukuk bilgisi olan hâkimler atanmış, taşra teşkilatına nitelikli personel gönderilmiş, müfettişlik uygulamasıyla mahkemeler denetlenerek halkın adalete olan güveni artırılmıştır. Adli sistem konusunda İngiliz makamlarına pembe bir tablo çizen Necmettin Molla Bey bir yıl gibi kısa sürede atılan adımlardan fazlasıyla verim alındığından bahsetmiş, bir sonraki yıl en küçük köylere kadar kadı gönderilerek yargı teşkilatının muntazam hale getirileceğinden söz etmiştir.⁶⁹

Mebusan Meclisinde de 1911 yılı Adliye Nezareti bütçesi müzakereleri başladığı zaman Adliye Nazırı Necmettin Molla Bey, Osmanlı Devleti'nin yakın döneminden başlayarak adli yapısı hakkında genel değerlendirmelerde bulunmuştur. Nazırlık görevine başladıktan sonra adliye teşkilatında üç önemli eksiklik olduğundan bahsetmiştir. Bunlardan ilki, ihtiyacı karşılayacak düzeyde kanunların olmadığıdır. İkinci eksik ise kanunları uygulayacak nitelikte hâkimlerin azlığıdır. Nazıra göre, üçüncü eksik adliye teşkilatının azlığı ve dolayısıyla halkın adalete güveninin zayıflığıdır.⁷⁰

Necmettin Molla Bey bu eksikleri gidermek için hemen kolları sıvadığını belirtmiş ve uzmanlardan oluşan bir ekip kurarak titiz biçimde çalışmaya başlamıştır. Bunun sonucunda kanunların kimisi ıslah edilmiş kimisi de güncellenmiştir. Yapılan çalışmalarla önce hukuk kuralları ve ticaret hukukuna ait maddeler düzenlenmiş, sonra ceza hukukuyla ilgili maddelerde düzeltmeler yapılmış ve nihayet diğer adli konuları ilgilendiren kanunlarda layihalar hazırlanmıştır. Bunlar içerisinde en kayda değer olanı halkın şikâyetçi olduğu eski mahkeme usullerinin terk edilerek basit ve kolay sisteme geçilmesidir.⁷¹

Halkın hakkını daha kolay araması için kurulan sulh mahkemelerine dair yapılan düzenlemede ise uzak köy ve nahiyelerde yaşayan insanların işini kolaylaştırmak amacıyla sulh hâkimleri sistemine geçilmiş ve artık adalete vatandaşın ayağına gider bir yapıya sokulmuştur. Ticaret kanunu kara ve deniz ticareti olarak ikiye ayrıldığından ilk olarak kara ticaretine önem verilmiştir. Adliye Nazırı bir asır öncesinden kalma eski ticaret kanunlarıyla hâlihazırın işlemeyeceğini söyleyerek, bu alanda da güncel düzenlemeler yapıldığına işaret etmiştir. Osmanlı icra kanununun çok karmaşık ve bölgesel

⁶⁹ Necmettin Molla Bey'in açıklamalarının tamamı için bkz. BOA, HR.SFR.3, 619/59, 31 Aralık 1910.

⁷⁰ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.43-44.

⁷¹ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.44.

farklılık arz ettiğini söyleyen Nazır, bunu da ıslah ettiklerini ancak yürürlüğe girmesinin bir sonraki yıla kaldığını anlatmıştır.⁷²

Kanuni düzenlemelerde en kapsamlı çalışmanın ceza kanununda yapıldığı görülmektedir. Güncel esaslara göre 455 maddeden oluşan yeni bir ceza kanunu hazırlanmıştır. Taslak incelenmek üzere Şura-yı Devlet'e⁷³ gönderilince gerek içeriğinin yoğunluğu gerekse zaman darlığı yüzünden bu yeni kanun onay görmemiştir. Mevcut ceza kanununun iş gördüğü ancak üzerinde gerekli düzeltmelerin ve eklemelerin yapılmasının yeterli olacağı kararı çıkmıştır. Meşrutiyet yönetimine uygun biçimde atılan en kayda değer adım ise bireysel özgürlükler alanında olmuştur. Tutuklama emri ve tahliye gibi konular önceden sorgu hâkimlerinin uhdesindeyken, bunlardan istenen verim alınmayınca bu görev müstakil biçimde çalışacak özel bir heyete verilmiştir.⁷⁴

Halkın adli mercilere başvururken ödemek zorunda olduğu çeşitli vergi ve harçların hafifletilmesi ya da kaldırılması konusu da bahsi geçen düzenlemeler arasında yer almıştır. Sorun teşkil eden konulardan başkası dava vekilliği olmuştur. Necmettin Molla Bey'e göre, adliyenin önemli parçalarından biri olan bu görevi, Osmanlı Devleti'nde isteyen herkes yapabildiği için, iş çoğu zaman ehil olmayan kimselere kalmış ve bunların yanlış icraatları yüzünden bu görevi ifa edenler halk nazarında itibarını yitirmiştir. Dava vekilliğini hak ettiği seviyeye çıkarmak amacıyla yeni çalışmalar yapılmış ve bunlar Mebusan Meclisinin onayına hazır hale getirilmiştir.⁷⁵ Dava vekilliği ya da avukatlığa II. Meşrutiyet döneminde muhami denmeye başlanmıştır ki Adliye Nezareti, dava vekilliğiyle ilgili sorunları ortadan kaldırmak ve bu işleri yasal bir çerçeve içine almak amacıyla Muhami Kanunu adıyla bir kanun hazırlamıştır. Bu kanun 11 Ekim 1910'da Vükela Meclisinde görüşüldükten sonra Mebusan Meclisine gönderilmiştir ancak yürürlüğe girmesi mümkün olmamıştır.⁷⁶ Osmanlı adliye sisteminin aksayan yönleriyle ilgili doğru tespitler yapılmış hatta düzeltmeye yönelik adımlar atılmış fakat bunların uygulamaya geçirilmesinde ya da uygulama aşamasında sıkıntılar yaşanmıştır.

Necmettin Molla Bey'in kayda değer icraatlarından diğeri eski kanunların toplanarak bir araya getirilmesi ve kullanışlı hale sokulmasıdır. Tanzimat Döneminden beri hazırlanmış olan kanunların herhangi bir tasnife tabi tutulmamış olmasını adliye için eksik olarak gören Nazır, mevcut düsturun gelişigüzel ve ilmi ciddiyetten yoksun şekilde hazırlandığı bilgisini vermiştir. Hangi kanunun yürürlükte olduğu, hangisinin kaldırıldığı gibi önemli konuların bu düzensizlik yüzünden belirsiz olması, mahkemelerin doğru karar vermesine engel teşkil ettiği için Adliye Nezareti bir çalışma

⁷² MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.44-45.

⁷³ II. Meşrutiyet döneminde Şura-yı Devlet'te yaşanan gelişmeleri gösteren bir çalışma için bkz. Erkan Tural, "II. Meşrutiyet Dönemi'nde Danıştay (Şura-yı Devlet)", V/13, Güz 2006, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss.79-89.

⁷⁴ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.45.

⁷⁵ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.45-46.

⁷⁶ Demirel, 227, 1192. Dipnot.

başlatmıştır. İlk adım olarak, Meşrutiyetin ilanından sonra Mebusan Meclisi tarafından çıkarılan kanunlar bilimsel bir tasnifle bir araya getirilmiştir.⁷⁷

Nezaretin ikinci adımı düsturu birinci tertip ve ikinci tertip şeklinde tasnif etmek olmuştur. Birinci tertip Tanzimat'tan 1884 yılına kadar olan ikinci tertip ise Meşrutiyetin ilanından itibaren hazırlanmış kanun, nizamnâme, mukavele, antlaşma hatta padişah iradelerini kapsamıştır. İki ciltten oluşan bu eser, kanunların Takvim-i Vakayi'de hangi tarihte yayımlandığı gibi detaylı biçimde hazırlanarak kullanışlı biçime sokulmuştur. Bunun dışında düsturdaki kanunlar ve kanun düzenlemeleri çıkarılarak mecelle şeklinde ayrı olarak tasnif edilmiştir. Bunların basım işi elde edilecek gelir kendisinde kalmak üzere Donanma Cemiyetine bırakılmıştır.⁷⁸

Hâkimlerin niteliğini ve alanlarındaki bilgi ve tecrübelerini artırmak için Adliye Nezaretinin birtakım plan ve girişimleri olmuştur. Önceki dönemde hâkim atamasında standart bir düzen olmadığını belirten Necmettin Molla Bey, Hukuk Mektebinden⁷⁹ mezun olanların Adliyeye geldikten sonra altı ay süren yetersiz bir staj gördüklerini ve doğru dürüst tecrübe kazanmadan mahkeme reisi ya da savcı olarak atandıklarını dile getirmiştir. Bu durumu düzeltmek amacıyla atama ve terfi kanun layihası hazırlayan Nezaret, okuldan mezun olanların Adliyede uygun bir ücret karşılığında ve farklı mahkemelerde bir buçuk yıl staj yapma zorunluluğu getirmeyi planlamıştır. Bunun sonunda da liyakatlerine uygun mahkemelere atanmaları gerçekleştirilecektir.⁸⁰

Nitelikli hâkim yetiştirme konusunda atılan yurtdışına öğrenci gönderme adımı konusunda da Necmettin Molla Bey Meclise bilgi vermiştir. Önceki yıl toplam 15 öğrenciyi hukuk eğitimi için Avrupa'ya gönderen Nezaretin bu konuda seçici davrandığı görülmektedir zira sonraki yıl yapılan sınavı sadece iki öğrenci kazandığı için bunlar gönderilmiştir. Hukuk

⁷⁷ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.46.

⁷⁸ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.47.

⁷⁹ Hukuk Mektebi, Osmanlı Devleti'nin yargı teşkilatında yaptığı yeniliklerin bir sonucu olarak ortaya çıkmış, yeni hukuk sisteminin ihtiyacı olan personeli yetiştirmek amacıyla kurulmuştur. Yüksek öğrenim düzeyinde eğitim veren ilk hukuk mektebi, Mekteb-i Hukuk-u Sultani adıyla Mekteb-i Sultani'ye bağlı olarak faaliyetine başlamıştır. 1880 yılında ise Adliye Nezaretine bağlı olarak Mekteb-i Hukuk-u Şahane adıyla başka bir okul açılacak ve daha sonra bu iki okul birleştirilecektir. 1909 yılına kadar Darülfünuna bağlanmadan eğitim veren okul 1909'da Darülfünuna bağlı bir fakülte haline gelecektir. Hukuk Mektebi hakkında detaylı bilgi için bkz. Nuran Koyuncu, "Hukuk Mektebinin Doğuşu", C.16, S.3, 2012, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.163-186.

⁸⁰ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.47. II. Meşrutiyet döneminde Hukuk Mektebi'ne öğrenci alımı konusunda seçici olmak için bazı adımlar atılmıştır. Önceden okula mekteb-i âliye diplomalı öğrenciler ile mekteb-i idadi mezunları ve talebe-i ulum sınavla kabul edilmiştir. Maarif Nezareti 1910 yılında bu teamülü değiştirmiş ve sadece idadi mektebi öğrencilerinin kaydını yapmıştır. Bu durum bazı şikâyetlere yol açmış ve talebe-i ulumun da bazı uygun şartlar dairesinde okula kaydının yapılması hazırlığında olduğu Maarif Nezaretince duyurulmuştur. Bkz. "Müteferrika", 31 Ocak 1910, No:53, Beyan-ül Hak, s.2.

eğitiminde dikkat edilen diğer nokta, okuldaki teorik eğitimle beraber uygulamalı eğitime de önem verilmesidir. Okul saatlerinin dışında her gün öğleden sonraları öğrenciler mahkemelere gidip adliyenin işleyişi hakkında kendilerini geliştirmişlerdir.⁸¹

Adliye çalışanları için zengin bir kütüphane kurulması yine Necmettin Molla Bey'in icraatları arasındadır. Meclis-i Ayan'ın müzakere salonunda 200 lira tahsisat ile geniş bir kütüphane açılmış, buraya yüzden fazla Türkçe hukuk kitabı, 280 cilt fıkıh kitabı ve 120 civarında Fransızca kaynak konmuştur. Adliye çalışanlarına yönelik başka bir hizmet ise Ceride-i Adliye dergisinin çıkarılmasıdır. Hukuki konuları içeren ve Nezaretin resmi yayın organı olan dergi, 4250 abone sayısına ulaşarak önemli bir başarı sağlamıştır. Bütün bu çalışmaların ortak amacı ise adliye çalışanlarının kendilerini geliştirmeleri, niteliklerini artırmaları olarak gösterilmiştir.⁸²

Necmettin Molla Bey'in üzerinde hassasiyetle durduğu en önemli konu hâkimlerin azledilemezlik zırhına sahip olmalarının sakıncasıdır. Kanunuesasiye göre, hâkimlerin azledilmesi mümkün değildir.⁸³ Bağımsız ve korkusuzca karar almak için bunun şart olduğunu düşünen Nazır öte yandan bu zırha bürünen kimi hâkimlerin görevlerini suiistimal ettiklerinden yakınmıştır. Hazırladıkları atama ve terfi kanun layihası ile bu duruma bir düzenleme getirmeyi düşündüklerini söyleyen Nazır, işini iyi yapmayan hâkimleri cezalandırmak hatta işten çıkarmak için temyiz mahkemesi kararıyla hareket edeceklerini söylemiştir. Bu sayede Kanunuesası ile çelişmeden ama aynı zamanda hâkimlerin ahlaklı davranmalarını sağlayacak bir adım atılmış olacaktır.⁸⁴

B. ADLİYE BÜTÇESİ HAKKINDA MEBUSLARIN GÖRÜŞLERİ

Adliye bütçesinin fasıllarına dair müzakereler başladığında birinci fasılda bulunan Mezahip Müdüriyetine yönelik, Serfice Mebusu Yorgo Boşo Efendi'nin eleştirileri olmuştur. Gayrimüslim unsurların arasındaki ihtilafları çözmekle görevli olan bu müdüriyetin çalışma biçiminden memnun olmayan Boşo Efendi, söz konusu ruhani liderlerin Hükümete herhangi bir konuda tezkere yazmaları durumunda, Adliye Nezareti tarafından buraya havale edildikleri bilgisini vermiştir. Ruhani liderler Mezahip Müdüriyetine yaptıkları müracaattan istedikleri sonucu alamayınca

⁸¹ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.48.

⁸² MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.48-49.

⁸³ Kanunuesasının hâkimlerin azledilemeyeceğini belirten 81. Maddesi şöyledir: *“Kanun-u mahsusuna tevfikân taraf-ı devletten nasb olunan ve yedlerine berat-ı şerif verilen hâkimler layenazıldır. Fakat istifaları kabul olunur. Hâkimlerin terakkiyatı ve meslekleri ve tebdil-i memuriyetleri ve tekaüdüleri ve bir cürüm ile mahkûmiyet üzerine azlolunmaları dahi kanun-u mahsusu hükmüne tabidir ve hâkimlerin ve mehakim memurlarının matlup olan evsafını işbu kanun irae eder.”* Bunun için bkz. Suna Kili, Türk Anayasaları, Tekin Yayınevi., İstanbul, 1982, s.20.

⁸⁴ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.49-50.

Sadarete ya da diğer nezaretlere durumu şikâyet etmek zorunda kalmışlardır.⁸⁵

Yorgo Boşo Efendi bu şikâyetlerin kimi zaman gayrimüslim mebuslar aracılığıyla kimi zaman da basın yoluyla gündeme getirilmesiyle, Hükümet ile gayrimüslim cemaatler arasındaki çekişmenin sürüp gittiğine dikkat çekmiştir. Soruna çözüm olarak da bütün müracaatların Mezahip Müdüriyetinde çözüme kavuşturulması fikrini sunmuş, müracaatın Mezahip Müdüriyeti tarafından ilgili nezarete aktarılmasından bir fayda görülmediğine işaret etmiştir. Bu çalışma sistemi devam edeceksé Mezahip Müdüriyetinin kapatılmasını isteyen Boşo Efendi, görevi sadece evrak alıp vermekten ibaret olan müdürlüğe boşuna tahsisat ayrılmamasını talep etmiştir.⁸⁶

Boşo Efendi'nin bu serzenişine Adliye Nazırı cevap vermek durumunda kalmış ve mezheplerin sahip olduğu imtiyazların Kanunuesası ile korunduđu⁸⁷ bilgisini vererek söze başlamıştır. Adliye Nezareti içinde bulunan Mezahip Müdürlüğünün cemaat reislerinin tek muhatabı olduğunu, bütün işlemlerini buradan gerçekleştirmek zorunda olduklarını diğer Nezaretlerle iletişime geçme haklarının bulunmadığını hatırlatmıştır. Tek istisna olarak ise ruhani liderlerin Mezahip Müdüriyetini, Sadarete şikâyet etme durumlarının olabileceğinden bahsetmiştir. Buna ek olarak, cemaat liderlerinin özel surette diğer nezaretlere müracaat ettiklerini ama bunun resmi kanaldan yapılmasının mümkün olmadığını söylemiştir.⁸⁸

Gayrimüslim mebusların bu memnuniyetsizliğine karşın bazı Müslüman mebusların da farklı konularda çeşitli rahatsızlıkları olduğu görülmektedir. Hama Mebusu Halit el-Berazi Efendi, Osmanlı Devleti'nin temel anlayışında İslamiyet'in olduğunu, bu yönden en önemli kaynaklarının Kuranikerim olması gerektiğini ancak özellikle Hükümeti oluşturan nazırlarda Batı kaynaklarına aşırı meyil olduğunu ileri sürmüştür. Hemen her konuda Batı kanun ve uygulamalarına başvurmanın sosyal yapıya zarar vereceğini hatta dini anlayışın sekteye uğrayacağını dile getirmiştir.⁸⁹

Halit el-Berazi Efendi, harbiye, dâhiliye, maliye ya da siyaset gibi alanlarda Batı'dan istifade etmenin sakıncası olmadığını ancak yabancı devletlerin ceza kanunlarının İslam Devleti olan Osmanlı'da tatbik edilmesinin caiz olmadığını belirtmiştir. Yürürlükteki ceza kanununun Fransa'dan alındığını örnek olarak göstermiştir. Elllerinde İslam şeriatı varken ecnebi kanunlarını tercüme ederek iş yapmanın hata olduğunu söyleyen Berazi Efendi, şer'i hukuku temel alan kendi ceza kanunlarını

⁸⁵ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.52-53.

⁸⁶ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.53.

⁸⁷ Kanunuesasının mezhep imtiyazlarını içeren 11. Maddesi şöyledir: “Devlet-i Osmaniye'nin dini, din-i İslam'dır. Bu esası vikaie ile beraber asayiş-i halkı ve adab-ı umumiyeyi ihlal etmemek şartıyla memalik-i Osmaniye'de maruf olan bilcümle edyanın serbesti-i icrası ve cemaat-ı muhtelifeye verilmiş olan imtiyazat-ı mezhebiyenin kemakân cereyanı devlet'in taht-ı himayesindedir.” Bunun için bkz. Kili, s.10.

⁸⁸ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.53-54.

⁸⁹ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.56.

yapabileceklerini ifade etmiştir. Bunun için bir öneri sunarak dört İslam mezhebine uygun biçimde ceza yasası hazırlayacak komisyon kurulmasını gündeme getirmiş, komisyona Bâb-ı Meşihattan, Mısır ve taşrada isim yapmış İslam âlimlerinden 10, ilmiye mensubu mebuslardan 5 ve İstanbul'daki hukukçulardan 5 olmak üzere toplam 20 kişinin katılmasını teklif etmiştir.⁹⁰

Şer'i hükümlerin uygulanmasını talep edenler mürteci ilan edilecekse kendisinin iftiharla mürteci olmayı kabul edeceğini belirten Halit el-Berazi Efendi'ye cevap veren kişi Adliye Encümeni Başkanı ve Kastamonu Mebusu Ahmet Mahir Efendi olmuştur. Şer'i hükümlerin kendilerine emrettiği şeyin insanlar için faydalı olacağına diğer milletlerin uygun ve meşru kanunlarını alabilecekleri olduğunu belirten Ahmet Mahir Efendi, çıkarılan tüm kanunların şeriata ters düşmemesi için titizlik gösterildiğini eklemiştir.⁹¹ Halit el-Berazi'nin sözleri Meclis'te tepkiyle karşılınca ortamı yumuşatmak amacıyla Akka Mebusu Esat Efendi söz istemiş ve Adliye Nazırının birçok icraatında şeriata uygun davrandığını bizzat müşahade ettiğini dile getirmiştir. Mebusan Meclisinde çok sayıda din âlimi, müftü ve kadı kökenli mebus bulunduğunu, bunlar varken şeriata aykırı kanun çıkamayacağını söyledikten sonra Halit el-Berazi'nin niyetinin fesat çıkarmak değil sadece Adliye Nazırının bu konudaki hassasiyetini yüksek tutmasını sağlamak olduğunu ifade etmiştir.⁹²

Adliye Bütçesi görüşmelerinde üzerinde en fazla tartışılan meselelerden birisi adliye müfettişleri olmuştur. Bunlara ihtiyaç olup olmadığı konusunda mebuslar arasında farklı görüşler benimsendiği görülmektedir. 1911 yılı bütçesinde Adliye Nazırı Necmettin Molla Bey, müfettişlerin gereksiz olduğundan bahisle lağvedilmesi gerektiğini söylemiştir. Bu işi taşrada bulunan savcılarının yapmasının daha sağlıklı olacağını zira görev yaptıkları bölgedeki memurlarla ortak mesaide buldukları için onları daha iyi tanıdıklarını eklemiştir. Bu sebeple müfettişlere gerek kalmadığını dile getirerek bütçede bunlara ayrılan paranın başka icraatlarda kullanılması amacıyla mebuslardan onay istemiştir.⁹³ Müfettişlik uygulamasının kaldırılması örneği Osmanlı Devleti'nde kurumsal istikrar anlayışına riayet edilmediğini göstermesi açısından önemlidir. Bir önceki yıl da Adliye Nazırı olan Necmettin Molla Bey o dönemdeki bütçe müzakerelerinde müfettişlerin adliye için elzem olduğundan bahsetmiş ve çalışmalarına devam etmelerini istemişken aynı Nazırın sonraki yıl, müfettişlerin gereksiz olduğundan bahsetmesi çelişkiyi ortaya koymaktadır. Bu da II. Meşrutiyet dönemi Osmanlı idare tarzının ileriye dönük değil günü kurtarmaya yönelik kısa vadeli olduğunu göstermektedir. Nazırı bu şekilde davranmaya iten sebebin bütçe darlığı olduğunu da unutmamak gerekmektedir. Savunduğu bir şeyden sonradan vazgeçmek zorunda kalması kaynak yetersizliğinin bir sonucu olarak görülmektedir.

⁹⁰ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.57.

⁹¹ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.57-58.

⁹² MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.58-59.

⁹³ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.55.

Necmettin Molla Bey'in müfettişlerden gelecek paranın bir miktarını nereye harcayacakları konusunda yaptığı açıklamaya göre, yeni bir kalem kurulacak ve bu kendi içinde üç şubeye ayrılacaktır. Bunlardan ilki düstur kalemi olacak, diğeri temyiz kararlarını içeren mecmuayla ilgilenen şube ve üçüncüsü de istatistik çalışmalarıyla meşgul olacak kalemden teşekkül edecektir. Özellikle istatistik konusundaki çalışmaların on yıldan beri yapılmadığını söyleyen Adliye Nazırının bu teklifi mebuslar tarafından kabul edilmiştir.⁹⁴

Osmanlı adliye teşkilatının çağın gereksinimlerine ulaşamadığını gösteren en güzel örneklerden birisi dolap meselesidir. Bunun için bütçeye konan parayı açıklayan Necmettin Molla Bey, adliyelerde resmi evrakların 10 kuruşluk basit sandıklarda muhafaza edildiğini ve bunların çirkin görüntü oluşturduğunu söylemiştir. Bütçeye eklenecek parayla 100-150 kuruş fiyatla kilitli dolaplar yaptırılarak düzenli ve düzgün bir evrak koruma sistemine geçeceklerini bildirmiştir.⁹⁵

İpek Mebusu İbrahim Efendi ise meseleye farklı bir açıdan bakmış, halkın önce eğitim seviyesinin yükseltilmesi gerektiğini, ondan sonra adliye teşkilatına hız verilmesini savunmuştur. Bu amaçla seçim bölgesindeki tüm adliye teşkilatının kapatılmasını ve yerine okul açılmasını istemiştir. Okuma yazması olmayan insanlara mahkeme kâğıdı gönderildiği zaman daha onun ne işe yaradığını bilmediklerini ileri süren İbrahim Efendi, göstermelik ve niteliksiz bir iki adliye memuru atamanın seçmenlerin gözünü boyamaktan başka amaç gütmeyişini sözlerine eklemiştir.⁹⁶ Adliye Nazırı Necmettin Molla Bey de nitelikli hâkim yetiştirmeden taşraya alalecele adliye çalışanı göndermenin doğru olmadığını, istenen seviyede hâkimler yetiştikçe bunların görevlendirilmesinin daha sağlıklı olduğunu söylemiştir.⁹⁷ Nitelikli hukukçu yetiştirme söz konusu olunca dikkatler Hukuk Mektebine çevrilmiştir. Kendi çocuğu da bu okulda eğitim gören Aydın Mebusu İsmail Sıtkı Bey, Maarif Nezaretinin bahsi geçen okulla yeterince ilgilenmediğinden şikâyet etmiş ve okulun Adliye Nezaretine bağlanmasını teklif etmiştir. Bu sayede Nezaretin istediği gibi öğrenci yetiştirebileceğinden bahseden İsmail Sıtkı Bey'in teklifi kabul görmemiştir.⁹⁸

⁹⁴ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.56 ve 59.

⁹⁵ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.63.

⁹⁶ MMZC, 26 Mart 1327 (1911), s.127.

⁹⁷ MMZC, 26 Mart 1327 (1911), s.125.

⁹⁸ MMZC, 23 Mart 1327 (1911), s.63-64.

III. 1912 YILI ADLİYE NEZARETİ BÜTÇE GÖRÜŞMELERİ

A. ADLİYE NAZIRI MEMDUH BEY'İN AÇIKLAMALARI

Adliye Nezaretinin 1912 yılına ait bütçesi hakkında Mebusan Meclisinde yapılan müzakereler, dönemin Adliye Nazırı Memduh Bey'in⁹⁹ açıklamaları ile başlamıştır. Memduh Bey'i müzakere başlar başlamaz bu şekilde söz almaya iten hadise ise İstanbul Mebusu Kirkor Zöhrap Efendi'nin bütçe encümünde görüşülürken Osmanlı adliye sisteminde yapılması gereken ıslahatları belirten bir yazıyı kaleme almasıdır. Memduh Bey, mahkemelerin oluşturulması, yaygın hale getirilmesi, hâkimlerin yetiştirilmesi gibi konulara temas eden bu yazı üzerinden Adliye Nezaretinin çalışma prensiplerine değinen izahatta bulunmuştur.¹⁰⁰

Memduh Bey'in konuşmasında değindiği ilk nokta, Osmanlı adliye teşkilatının ülkenin her tarafına yayılamamış olduğudur. Kirkor Zöhrap Efendi'nin bu soruna çare olarak önerdiği seyyar hâkimlik sistemi üzerinden sözlerine devam eden Memduh Bey, Osmanlı Devleti'nde adli teşkilatın yaygın hale getirilememesini iki gerekçeye dayandırmıştır ki, ilki ihtiyacı karşılayacak sayıda hâkim yetiştirilememesi ve ikincisi para azlığıdır. İki sene içinde imkânlar dâhilinde birçok kazada mahkeme açıldığı ve mevcut mahkemelerin de büyük kısmının yenilendiği bilgisini veren Memduh Bey, bunun yeterli olmadığını ve sorunu gidermek için Sulh Mahkemeleri kurulacağını dile getirmiştir.¹⁰¹

Adliye Nazırı Memduh Bey'in Mebusan Meclisine teklif edeceğini söylediği Sulh Mahkemeleri usulünde, Mahkeme Teşkilat Kanunu ile Köy İhtiyar Meclislerine verilen görev tadil edilecek ve bunların çözmekte yetersiz kaldığı veya yetkilerini aşan durumlarda söz konusu Sulh Mahkemelerine müracaat etme durumu olacaktır. Bu sebeple de her nahiyeye ve birçok kaza merkezine Sulh Mahkemesi açılması planlanmıştır. Bu uygulama ile Bidayet Mahkemelerinde bulunan davaların çoğu Sulh Mahkemelerine kaydırılacak ve iş yükü hafifletilecektir. Aynı zamanda en küçük yerleşim birimine kadar adli teşkilat götürülmüş olacaktır.¹⁰²

Meclis konuşmasında sözü yeniden Zöhrap Efendi'nin seyyar hâkimlik önerisine getiren Memduh Bey, bunun üç sebepten dolayı

⁹⁹ Mehmet Memduh Bey 1911'de yapılan İstanbul ara seçimlerinde İttihat ve Terakki'nin adayı olarak Tahir Hayrettin Bey'in karşısına çıkmış ancak seçimi kaybetmiştir. Buna karşılık 1912 seçimlerinde İstanbul'dan seçilecek ve Adliye Nazırı görevine getirilecektir. Bkz. Feroz Ahmad, İttihat ve Terakki 1908-1914, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2004, s.212. Mehmet Memduh Bey'in 1919'daki kalp sekmesinden kaynaklı vefat haberini veren gazetede, onun, memleketin yetiştirdiği en önemli hukuk âlimlerinden biri olduğu, Hukuk Fakültesinde uzun süre eğitim vererek birçok öğrenci yetiştirdiği, başsavcılık yaptığı ve nazırlık görevini ifa ettiği bilgileri yer almıştır. Bkz. "İrtihal-i Müessif", 10 Mart 1919, No:157, Ceride-i Sufiye, s.534.

¹⁰⁰ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.300.

¹⁰¹ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.300-301.

¹⁰² MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.301.

uygulanabilir olmadığını belirtmiştir. Birinci sebep olarak, Osmanlı topraklarının genişliğinden bahisle yolların yeterince gelişmemesini ve ulaşım araçlarının yetersizliğini göstermiştir. İkinci sebep ise bütçenin seyyarlığa engel teşkil edeceğidir. Her vilayette yüzlerce hâkimin kâtipleriyle beraber dolaşmasının harcırah yükünü artıracığını hatırlatan Memduh Bey, bu miktarın öngörülemez olduğunu ve bütçe planlaması için sorun teşkil ettiğini söylemiştir. Üçüncü sebep de konaklama problemi. Hâkimlerin gittikleri köy ve nahiyelerde otel ve lokanta olmayacağından o bölgenin ileri gelenlerinden birinin evinde konaklayacaklardır. Bu konaklamanın bedeli hâkim tarafından ödenmek istense bile Osmanlı misafirperverliği buna engel olacaktır. Hâkimin konakladığı hane sahibi ile onun çevresindekilerin bir davası ortaya çıkınca da hâkim ne kadar adil olursa olsun karşı tarafın şaibe söylemleri şüpheye yol açacaktır.¹⁰³

Kirkor Zöhrap Efendi'nin adliyenin ıslahı için sunduğu tekliflerden bir diğeri Temyiz Mahkemeleri hakkında olmuştur. Bu mahkemelerin faydaları konusunda şüpheleri olan Zöhrap Efendi, hukuk ve istida dairelerinin ya kapatılmasını ya da yenilenmesini gündeme getirmiştir. Temyiz Ceza Dairesinin cinayet hükümleri için istinaf derecesinde olduğunu hatırlatarak, yenilenmesinin zaruri olduğuna vurgu yapmıştır. Adliye Nazırı Memduh Bey bu teklife de sıcak bakmamış, bütün medeni ülkelerde temyiz mahkemelerinin yürürlükte olduğunu söylemiş, bazı dairelerinin kapatılmasının isabetli bir karar olmadığına vurgu yapmıştır. Buna ek olarak ceza dairesinin cinayet hükümleri için istinaf derecesinde konumlandırılmasına da imkân görmemiştir.¹⁰⁴

Mahkemelerin dağılımına da eleştiri getiren Zöhrap Efendi, çeşitli vilayetlerdeki ahalinin ihtiyaçları gözetilmeden mahkeme kurulduğunu ve bundaki orantısızlığın adalet sistemine zarar verdiğini ifade etmiştir. Nazır Memduh Bey'in bu eleştiriye de haksız bulduğu yönünde açıklamaları olduğu görülmektedir zira adliye teşkilatı düzenlenirken mahalli durum ve ihtiyaçların göz önünde tutulduğuna vurgu yapmıştır. Yerleşim yerinin özelliğine ve ihtiyaca göre mahkeme açıldığına işaret eden Nazır, kimi kaza, liva ve vilayetlerde ticaret mahkemeleri, kimisinde de istinaf mahkemeleri kurulmasının yapılan incelemeler sonucunda gerçekleştiği bilgisini vermiştir.¹⁰⁵

Zöhrap Efendi'nin bazı hâkimlerin görevlerini suiistimal ettiği ya da keyfi kararlar verdikleri yönündeki iddiasına Memduh Bey'in verdiği yanıt daha ziyade adliye teşkilatını korumak biçiminde olmuştur. Kasıtlı biçimde yanlış ve keyfi karar verecek herhangi bir hâkimin olacağına ihtimal veremeyen Nazır, insani sebeplerden dolayı bazı hatalı kararların verilebileceğini bunun da kanuni yollarla düzeltilmesini talep etme yolunun açık olduğunu belirtmiştir. Bazı hâkimler ve adliye memurları hakkında halktan ve amirlerinden gelen delile dayalı şikâyet ve ihbarlar karşısında, gereken hamleleri yaptıklarını ve suçu tespit edilenleri cezalandırma konusunda müsamaha göstermediklerini eklemiştir. Memduh Bey konuyla

¹⁰³ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.302.

¹⁰⁴ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.302-303.

¹⁰⁵ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.304.

ilgili bir bilgi de vermiş, 1327 (1911) yılının başından itibaren bütün adliye sınıfı hakkında 274 memurun mahkemeye verildiğini paylaşmıştır. Adliye memurlarının tamamının on bine yakın olduğunu hatırlatarak söz konusu 274 sayısının çok cüzi kaldığına vurgu yapmıştır.¹⁰⁶

Memduh Bey'in konuşmasında üzerinde durduğu iki önemli konudan biri adliye müfettişleri diğeri ise hâkimlerin ve adliye memurlarının yetiştirilmesi olmuştur. Müfettişlerin işlerin sağlıklı yürütülmesinde önemli bir rol oynadıklarına atıfta bulunan Adliye Nazırı, mevcut durumda bu işi istinaf savcılarının yaptığını ancak bunların asli görevlerinin yoğunluğunun, teftiş görevini sağlıklı biçimde yerine getirme konusunda engel olduğunu söylemiştir. Bu eksiği gidermek amacıyla bir sonraki yıl adliye müfettişliği oluşturulması için kanun hazırlığında olduklarını da belirtmiştir.¹⁰⁷ Önceki yılın bütçe görüşmelerinde adliyenin birikmiş sorunlarından bazılarını çözmek için yeni kaynak yaratmak amacıyla adliye müfettişliğinin kaldırılıp, buradan gelecek paranın kullanılmak istenmesi geçici çözümlerin işe yaradığını göstermektedir. Bu şekilde sorunlar kökünden çözülemediği gibi bulunan çözümler yeni sorunların çıkmasına yol açmıştır. Sürekli bir şeylerin değiştirilip yeni uygulamalara geçilmesi, adliye görevlilerinin bağlı oldukları nezaretin işleyişine duydukları güveni sarsıcı bir sonuç ortaya çıkarma ihtimaline sahiptir.

Hâkimlerin yetiştirilmesi meselesinde ise Zöhrap Efendi'nin, Hukuk Mektebi'nin ıslah edilmesi, ders programlarının güncellenmesi, ders veren hocaların vasıflı kimselerden seçilmesi¹⁰⁸ tavsiyelerine Memduh Bey verdiği cevapta, söz konusu işlerin Maarif Nezaretinin uhdesinde olduğunu, bu yüzden bu tavsiyelerin bahsi geçen bakanlığın bütçe görüşmesinde dile getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna karşın Memduh Bey, Adliye Nezaretinin hâkim olmak için sadece Hukuk Mektebi'nden mezun olmayı yeterli görmediğini, hakimlerin seçimlerinde ve terfilerinde yeni kriterler uygulamak istediklerini söylemiştir. Darülfünunun bir şubesi olan Hukuk Mektebi'nden mezun olmak için yeterlilik sınavının kaldırılmasından dolayı hâkim adaylarının özel bir sınavdan geçirilmesi gerektiği düşüncesini savunmuştur.¹⁰⁹

¹⁰⁶ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.305.

¹⁰⁷ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.306.

¹⁰⁸ Hukuk Mektebi muallimlerinden Mehmed Cemil Bey tarafından okul hakkında kaleme alınan bir yazıda; öğretmenlerin kendilerini yenilemeleri ve geliştirmeleri konusuna önem vermeyerek sadece derslerini anlatıp gitmekle yetinirlerse kaliteli öğrenci yetişmeyeceği üzerinde durulmuştur. Mehmed Cemil Bey'in hem okul hem de okulun programlarına dair yazısı için bkz. Mehmed Cemil, "Mekteb-i Hukuka ve Programlarına Bir Nazar", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, Sene:2, No:17, 1326 (1910), ss.339-347. Bu konuda Selanik Hukuk Mektebi öğrencilerinin bir şikâyeti vaki olmuş, öğretmenlerinin yetersiz kaldıkları yönünde rahatsızlıklarını belirtmişlerdir. Bu şikâyet üzerine 2 Eylül 1909 tarihli yazıyla Selanik Maarif Müdürlüğüne şikâyetle ilgilenilmesi ve şayet tespit edilen yetersiz öğretmen varsa Nezarete bildirilmesi emri verilmiştir. Bkz. BOA, MF.MKT, 1139/53, H.16 Şaban 1327/2 Eylül 1909.

¹⁰⁹ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.306.

Osmanlı Devleti'nde hâkimlerin azledilmeleri durumu söz konusu olmadığı için böyle yüksek bir imtiyaza sahip bir zümrenin seçilmesinde özel şartlar aranması gerektiğini vurgulayan Memduh Bey, hâkim olduktan sonra bile gelişimlerini sağlayacak uygulamalara ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir. Adliye personelinin seçimine dair bazı kanun ve nizamlar olsa da bunların eskidiğini ve ihtiyacı gidermekte yetersiz kaldığını hatırlatmıştır. Bu eksikliği gidermek isteyen Adliye Nezareti, hazırlamakta olduğu yeni bir kanunla değişik bir yöntem izlemeyi amaçlamıştır. Buna göre, hâkim adayları Hukuk Mektebinden mezun olduktan sonra birtakım eğitim ve sınava tâbi tutulacaktır. Teorik bilgilerini tatbiki hale getirmek için Nezaret içinde kurulan uygulama dersliğinde eğitim alacak, kendi alanlarıyla ilgili açık olarak yapılacak sözlü ve yazılı sınava gireceklerdir. Bu eğitim ve sınavlarda başarı gösterenler göreve başlayacaktır.¹¹⁰

Adliye Nazırı Memduh Bey, bütçe müzakerelerinde yaptığı konuşmada adaleti temin edecek yeni kanunların yapılmasıyla ilgili çalıştıklarını, mevcut kanunları yenilemenin de gündemlerinde olduğunu, bunun için esas aldıkları kriterin Kanunuesasînin 118. maddesi olduğunu belirtmiştir.¹¹¹ Zöhrap Efendi'nin bu konuda mevcut kanunlara bir iki madde ilave edilerek sorunun çözüleceği yönündeki görüşüne katılmayan Nazır, fıkıh hükümleri ve medeni kanunlar çerçevesinde adam akıllı çalışmalar yapılmasını savunmuştur.¹¹²

B. HALEP MEBUSU ALİ CENANİ BEY'İN ADLİYE TEŞKİLATINA YÖNELİK ELEŞTİRİLERİ

Mebusan Meclisindeki Adliye Nezareti bütçesi müzakerelerinde Memduh Bey'in açıklamaları sonrası verilen aranın akabinde ilk sözü Halep Mebusu Ali Cenani Bey almış ve Osmanlı adliye sisteminde durumun hiç de anlatıldığı kadar parlak olmadığını dile getirmiştir.

Ali Cenani Bey, Memduh Bey'in adliye memurları içinde keyfi hüküm ve karar verecek kimsenin olmadığı ifadesini çok iddialı bulmuş, gerek kendi seçim bölgesinde ve gerek çevre vilayetlerde yaptığı geziler sırasında halkın adliye çalışanlarından çokça şikâyet ettiğini söylemiştir. Bahsi geçen şikâyetler arasında irtikâp, adil karar vermeme, kuruma sürekli gitmeyip devamsızlık yapma gibi örnekler vardır. Buna ilaveten halk, diğer kurum memurları ve zaptiye görevlileri ile adliye personeli arasındaki uyumsuzluk ve didişmeden de epeyi rahatsız vaziyettedir. Özellikle zaptiye görevlileri

¹¹⁰ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.306.

¹¹¹ Kanunuesasînin söz konusu 118. Maddesi şöyledir: “*Elyevm düsturul-amel bulun nizamât ve teamül ve âdât ileride vazolunacak kavanin ve nizamât ile tadil veya ilga olunmadıkça meriyyül-icra olacaktır. Kavanin ve nizamâtın tanziminde muamelat-ı nasa erfak ve ihtiyacat-ı zamana evfak ahkâm-ı fihhiyye ve hukukiye ile âdâb ve muamelat esas ittihaz kılınacaktır.*”, Bkz. Kili, s.31.

¹¹² MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.306-307.

yakaladıkları suçluların adliye memurları tarafından kollanmasından ve serbest bırakılmasından rahatsız olduklarını anlatmışlardır.¹¹³

Davaların uzun sürmesinden ve insanların mahkeme kapısında sürünmesinden dert yanan Ali Cenani Bey, adliye memurlarının doğru dürüst görevlerine devam etmediklerini hatırlatarak Adliye Nezareti binasında yer alan mahkemelerde bile devamsızlık yüzünden davaların zamanında görülemediğinden bahsetmiştir. Bu durum Adliye Nazırının da dikkatini çekmiş ve kapıya bir kâtip koyarak gelen gelmeyen kim varsa tespit ettirmeye ve devamsızlığı önlemeye çalışmıştır. Ali Cenani Bey bu örnekten hareketle şayet merkezde hal böyleyse taşrada kim bilir nasıldır sorusunu sormaktan da kendini alamamıştır.¹¹⁴

Taşranın durumunu içler acısı biçimde tasvir eden Cenani Bey, adliye memurlarının suistimaline dair birçok valiyle görüşüğünü, bazı valilerden de rüşvetle alakalı mektuplar aldığını söylemiştir. Seçim bölgesi olan Halep'ten örnek vererek, kaza adliye heyeti hakkında üç yıldan beri ahalinin şikâyetçi olduğunu ve kendisi başta olmak üzere ısrarlı çalışmalar neticesinde bir savcı yardımcısına dava açıldığını belirtmiştir. Aynı mahkemenin ceza reisiyle ilgili şikâyetler de söz konusu olunca Ali Cenani Bey, Adliye Nazırına giderek durumu aktarmış ve reisin görev yeri değiştirilmiştir. Buna karşın beklentinin görev yeri değiştirme değil bu tip rüşvet alan görevlilerin cezalandırılması ya da hakkında dava açılması olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁵

Adli kurumların teftiş konusunda eksik kaldığı meselesi de Ali Cenani Bey'in gündeminde yer almıştır. Önceden mevcut olan adliye müfettişliğinin kaldırılmasını ve bu görevin istinaf savcılarına bırakılmasını hatalı bulmuştur. Bu uygulamaya üç dört yıl önce geçilmesine rağmen henüz bir istinaf savcısının teftiş vazifesini yaptığına şahit olmadıklarını belirten Cenani Bey, istinaf savcısı ya da yardımcısının şikâyet konusu olan mahkemeye gitmesinin altı ay belki bir yıl ya da daha fazla zaman aldığını, bunun da halkın adalete olan güvenini sarstığını dile getirmiştir. Bu yönüyle teftiş işinin üzerine düşülmesi gereken önemli bir konu olduğuna vurgu yapmıştır.¹¹⁶

¹¹³ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.307-308. II. Meşrutiyet dönemi Osmanlı taşrasında mahkemelerin durumunu örnek olaylarla aktaran bir çalışma için bkz. Arcimet Sarıay, "Tanin Gazetesi Muhabiri Ahmet Şerif Bey'in Osmanlı Mahkemelerine Dair Gözlemleri (1908-1913)", Aksaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 3, S. 2, 2019, ss. 279-297. Adliye mekanizmasının iyi işlemediğine dair kimi yazı ve haberler basında da kendine yer bulmuştur. Yeni Tasvir-i Efkâr gazetesinde mahkemelerin ağır aksak işlediği, birçok insanın beş altı yıldır tutuklu oldukları halde sorgu hâkiminin karşısına çıkarılmadıklarını, çıkma şansı bulanlardan bazılarının suçsuzluğu anlaşılınca kendilerine "pardon" denerek salıverildikleri anlatılmıştır. "İdare-i Vilayat", Yeni Tasvir-i Efkâr, 11 Teşrinisani 1910, No:410, s. 1. Adliye Nezareti de bu haber üzerine yalanlama yazısı yazmak mecburiyetinde kalmıştır. Söz konusu yazı için bkz. BOA, DH.H, 25/15, H.19 Zilhicce 1328/22 Aralık 1910.

¹¹⁴ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.308.

¹¹⁵ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.308.

¹¹⁶ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.309.

Adliye teşkilatının yanlış planlandığı, mahkemeler kurulurken coğrafi şartların göz önünde tutulmadığı Ali Cenani Bey tarafından yine bir eksiklik olarak görülmüştür. Kendi seçim bölgesi olan Halep'ten örnek vererek meseleyi Meclisin gündemine getirmiştir. Rakka kazasında yaşanan cinayet ve küçük cürüm davaları Halep'te görülmektedir ki iki yerleşim yeri arasındaki mesafe 35 saattir. Merkezden uzak köylerin mesafesi de eklenince 55 saati bulan süre ortaya çıkmaktadır. Benzer biçimde Münbiç kazası Bab kazasına bağlandığı için Münbiç'in 250 köyünün işi görülemediği gibi Bab'da da işler yürümektedir. Ali Cenani Bey bu durumda adalete ulaşmanın imkânsız hale geldiğinden dert yanmış, ahalinin bu durumu göz önünde bulundurarak hakkını aramaktan vazgeçtiğine işaret etmiştir.¹¹⁷

Teşkilattaki bu düzensiz planlamanın çaresi olarak, köy sayısı az olup da fazla tahsisat alan yerlerin değiştirilmesini Adliye Nezaretine bildirdiklerini söyleyen Ali Cenani Bey, önce bu çareye onay aldıklarını ancak icraata dökülmediğini belirtmiştir. Adliye Nezaretinin para temin etme konusunda diğer bakanlıklar kadar aktif olmadığına da değinerek, adaletle harcanacak paranın önemine vurgu yapmıştır. Halep'in diğer mebusu Mehmet Bahaeddin Bey de bu konuda Ali Cenani Bey'e destek vermiş, üç yıl önce teşkilat konusunda nazırdan söz aldıklarını hatta durumu mahalline müjdelediklerini ancak verilen vaadin tutulmadığını eklemiştir.¹¹⁸

Halkın üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiğini, nakdi ve bedeni mükellefiyetini verdiğini söyleyen Ali Cenani Bey, gerekirse bundan daha fazlasını vermeye razı olduklarını çünkü uzak mahkemeye giderken harcadıkları paranın daha yüksek geldiğini söylemiştir. 50 saatlik mesafeden Halep'e gitmek için hanlarda konaklama bedelinin bile zorlayıcı olduğunu vurgulayarak, Adliye Nezaretini her konuda olduğu gibi bu konuda da umursamazlıkla suçlamış, bu ihmalkâr anlayışla hareket edilirse şikâyetlerin bitmeyeceğine aksine sükûnet içinde olan bölgelerde dahi kötü manzaralarla karşılaşılacağına dikkat çekmiştir.¹¹⁹

Ali Cenani Bey'in Adliye Nezaretine ve adli teşkilatın işleyiş biçimine yönelik bu sert açıklamaları sonrasında Adliye Nazırı Memduh Bey söz konusu eleştirilere cevap vermiştir. Nezaretin ihmalkâr davrandığı, adliye memurlarının zan ve şüphe altında oldukları, diğer kurumların memurları ile sürekli zıtlık yaşadıkları ve rüşvetle iş gördükleri yönündeki genel ithamlar, Memduh Bey tarafından kesin bir dille reddedilmiştir. Görevde bulunduğu yedi aylık süre içinde adliye işlerini düzene sokmak için çalıştığını belirterek, kendinden önce başlatılmış işleri tamamlama gayretinde olduğunu eklemiştir.¹²⁰

Memduh Bey adliye memurlarının geneli hakkında yapılan suçlamaları kabul etmemiş, nezaret için birtakım yolsuzluğa bulaşmış memurların olabileceğine onay vermiş ancak bunların azınlıkta kaldığına vurgu yapmıştır. Şikâyet hâsıl olan memurlar hakkında da kanun ve nizama

¹¹⁷ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.309.

¹¹⁸ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.309-310.

¹¹⁹ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.310.

¹²⁰ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.311.

uygun olarak gerekli soruşturmanın yapıp lüzum eden cezaların verildiğine işaret etmiştir. Birkaç kötü niyetli memur yüzünden tüm adliye teşkilatının karalanmasına müsamaha göstermeyeceğine atıfta bulunmuştur. Bir adliye memuru hakkında Adliye Nezaretine bir şikâyet olmuş ve bu dikkate alınmıyışsa bunun sorumluluğunu kabul edeceğini sözlerine eklemiştir.¹²¹

Ali Cenani Bey'in diğer nezaretlerin teşkilatlarını ülke geneline yaymak ve geliştirmek için tahsisat alma konusunda daha girişken davranmalarına rağmen Memduh Bey'in pasif kalmasına eleştiri getirmiştir ki Nazır bu eleştiriye de reddetmiştir. Anadolu teşkilatını güçlendirmek için maliyeye yaptığı başvuruda bütçe darlığından bahsedilince Memduh Bey ısrarda devam etmeyi doğru bulmadığını belirtmiştir. Bir sonraki yılın bütçesinde teşkilat konusunda ne kadar paraya ihtiyaç duyulduğuna dair inceleme yapmak üzere bir komisyon kurduğu bilgisini vererek 1329 (1913) yılı bütçesinde bu işi halledecekleri vaadinde bulunmuştur.¹²²

Adliye Nezareti bütçe tartışmalarına Meclis oturumlarında katılmayıp Tanin gazetesindeki köşesinde bu konuyu ele almayı tercih eden Bağdat Mebusu Babanzade İsmail Hakkı Bey yazısında, hem Adliye Nazırının hem de mebusların adliye teşkilatına yönelik sözlerinde haklılık payının yüksek olduğunu belirtmiştir. Adliyedeki bozuklukları gidermek için iki yol olduğunu ileri süren Babanzade; ilkinin, mevcut yapının kökünden kaldırılıp yerine sıfırdan yenisini kurmak olduğunu yazmıştır. İkinci yol olarak ise mevcut yapının aksayan kısımlarının düzeltilmesi olduğu üzerinde durmuştur. Babanzade'nin kendi tercihi ise ikinci yoldan yana olmuştur. İlk yolun hem pahalı hem zaman gerektirdiğine hem de riskli olduğuna işaret etmiştir.¹²³

Babanzade açısından adliyede yapılacak öncelikli iş, hâkim yetiştiren okulların ıslahıdır. Hukuk Mektebinin açıldığı zaman daha nitelikli personel yetiştirdiğini iddia eden Babanzade, II. Meşrutiyet döneminde kaliteden uzaklaşıldığını, okulun ilmi seviyesinin düştüğünü ve mezunlarının ortalamasının altında kaldıklarını yazmıştır. Yapılması gereken ikinci iş ise adliye memurlarının görevde gösterdikleri performansı adil biçimde ölçecek bir sistemin kurulmasıdır. Bunlar yapıldıktan sonra eksik görülen kısımlarda atılacak mütevazı adımların adliye teşkilatında işleri biraz daha yoluna sokacağından bahsetmiştir.¹²⁴ Babanzade İsmail Hakkı Bey örneğinde olduğu gibi hemen her mebusun Adliye teşkilatının düzeltilmesine yönelik görüş ve tavsiyeleri olmuştur. Lazistan Mebusu Yusuf Ziya Bey de temyiz mahkemelerinin gereksiz olduğundan bahsetmiş ve kaldırılmasını teklif etmiştir. O dönemin Osmanlı hukuk sisteminde mahkeme silsilesi bidayet, istinaf ve temyiz sırasıyla ilerlemiştir. Yusuf Ziya Bey'e göre, bidayette alınan kararların istinafta temyiz edilmesi yeterlidir.¹²⁵ Yozgat Mebusu Şakir Bey ise işi daha da ileri götürerek Şura-yı Devlet'in kaldırılması gerektiğini

¹²¹ MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.311.

¹²² MMZC, 2 Temmuz 1328 (1912), s.312.

¹²³ Babanzade İsmail Hakkı, "Adliye Esas-ı Devlettir", 17 Temmuz 1912, No:1394, Tanin, s.1.

¹²⁴ Babanzade, s.1.

¹²⁵ MMZC, 3 Temmuz 1328 (1912), s.342.

söylemiştir. Bütçesi üç milyon olan Şura-yı Devlet kaldırılınca bu para adliye teşkilatını genişletmek için harcanacaktır.¹²⁶

Mebusları Osmanlı adliye teşkilatı için son derece önem arz eden kurumların kaldırılması düşüncesine götürülen ilk neden bütçe darlığıdır. Ekonomisini dış borçlanmayla ayakta tutmaya çalışan devletin bu durumunun farkında olan mebuslar, tasarruf amacıyla sürekli alternatifler üretmek durumunda kalmışlardır. Tasarruf amacıyla atılan kimi adımlar ise hem istikrarsız bir hukuk yapısının ortaya çıkmasına yol açmış hem de iyi niyetle atılan adımlardan fayda sağlanmasını engellemiştir.

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde II. Meşrutiyet yıllarında Meclis-i Mebusan'da yapılan bütçe müzakerelerinde en fazla görüş beyan edilen ve öneri sunulan bütçelerden biri Adliye Nezaretine ait olanıdır. Devletin ayakta kalmasını sağlayacak en önemli unsurlardan biri olan adaletin, memleketin tamamında doğru tecelli etmesi amacıyla mebuslar gündeme gelen konularla ilgili fikir sunmuşlardır. Mebusların görüşleri incelendiği zaman şahit olunan ilk nokta, adliye teşkilatının ülkenin tamamına yayılmadığıdır. Kimi yerleşim bölgelerinde mahkeme teşkilatı kurulmuşken kimisinde kurulamamıştır. Mahkeme olmayan bölgelerde yaşayan halk, haklarını aramak amacıyla uzun mesafeler kat etmek zorunda kalmıştır. Bunun zorluğunu tecrübe eden birçok insan benzer müşkül duruma düşmemek için uğradığı haksızlığı sineye çekmek zorunda kalmıştır ki bu da adalete olan güvenin sarsılmasına yol açmıştır. Bu vahim durumun farkında olan mebuslar en kısa sürede adliye teşkilatının yaygın hale getirilmesi için ısrarlı konuşmalar yapmışlardır.

Bu durumun ortaya çıkmasının en temel nedeni Osmanlı ekonomisinin kötü olmasıdır. Avrupa'dan dış borç alarak ayakta durmaya çalışan devlet, nezaretlere olması gerektiği kadar para gönderemediği için kurumlar faaliyetlerini yarım yamalak yürütmek mecburiyetinde kalmışlardır. Meclis-i Mebusan'da adliyeye ayrılan bütçeyi daha efektif kullanmak amacıyla çoğu kez mebuslar farklı görüşler ileri sürmüştür. Adliye müfettişliği uygulamasına son verilmesi, ticaret mahkemelerinin kaldırılması, müsteşarların gereksiz görülmesi gibi konuların görüşülmesi, bunların kaldırılmasıyla yapılacak tasarrufla adalet sistemini yayma çabasının sonucudur. Bütçe imkânlarının dar olması maaş konusunun da gündeme getirilmesine sebep olmuştur. İnsanca yaşama standartlarının altında kalan adliye personelinin acınacak durumu, Meclis'te tartışıldığı gibi adliye çalışanlarının yaptıkları işin öneminin tersine, öteki kurumlarda çalışan muadillerinden daha az para aldıkları sıklıkla vurgulanmıştır. Tasarruf etme mantığıyla bazı birimlerin kaldırılması ve kısa süre sonra bundan vazgeçilip tekrar faaliyete geçirilmesi yani adeta yap-boz mantığıyla hareket edilmesi istikrarsız bir tablonun ortaya çıkmasına yol açmıştır. İyi yapılan icraatlardan kısa sürede verim alma beklentisinin boşa çıkması üzerine yeni düzenlemelere geçilmesi ve sistemin oturması için gereken

¹²⁶ MMZC, 3 Temmuz 1328 (1912), s.346.

sabrın gösterilmemesi, adalet sisteminin durumunun daha da kötüye gitmesi sonucunu doğurmuştur.

Meclis-i Mebusan'daki bütçe görüşmelerinden çıkarılan sonuçlardan bir diğeri de ülkenin genelinde görülen nitelikli insan azlığıdır. Adliye teşkilatında ihtiyaç duyulan donanımlı hâkim ve görevlilerin yetiştirilememesi sorun olarak görülmüştür. Her ne kadar hukuk mektepleri açılarak bu açık kapatılmak istenmişse de yeterli olmamıştır. Osmanlı coğrafyasının genişliği ve kaliteli insan yetiştirecek okulların azlığı adalet sisteminde arzu edilen seviyeye çıkılmasını engellemiştir. Buna bir de sık sık nazır değişikliğini eklemek mümkündür. İstikrarı engelleyen söz konusu durum bir nazırın yaptığı icraatı sonraki nazırın devam ettirmemesi sonucunu doğurmuştur. Tek başına adliye sistemini düzeltmek için atılan adımlar yeterli görülmemiş, eğitimin, bayındırlık işlerinin, ulaşımın, asayişin de aynı oranda düzeltilmesi gerektiği mebuslar tarafından vurgulanmıştır. Topyekûn bir kalkınma hamlesi yapacak durumda olmayan Osmanlı Devleti, geçici ve günü kurtarıcı politikalar izleyerek kamuoyu tepkisini hafifletmeye çalışmıştır. Mebuslar bütçe görüşmelerinde kendi seçim bölgelerinde seçmenlerinden gördükleri tepkileri Meclis'e taşımışlardır. Bu yönüyle Meclis-i Mebusan'da konuşulan konular üzerinden Osmanlı taşra yapısının belli ölçülerde fotoğrafını çekmek mümkün olmuştur.

Bütçe görüşmelerine katılan Adliye nazırları, faaliyet alanlarına yönelik mebuslar tarafından yöneltilen eleştirileri cevaplamaya çalıştıkları gibi görev süreleri içinde gerçekleştirdikleri icraatları da anlatmışlardır. İcraat makamında oldukları için mümkün merteye pembe bir tablo çizmeye çalışan Adliye nazırları, başarılı yönetim sergilediklerini göstermeye yönelik söylemlerde de bulunmuşlardır. Buna karşın adliye sisteminin bozukluğunu kabul eden nazırlar, bütçe azlığının ellerini zayıflattığını anımsatma gereği duymuşlardır. 1910-1912 yılları arasındaki üç yıla ait adliye bütçesi görüşmeleri incelendiği zaman birikmiş sorunların çözümü için yapılanların çok sınırlı bir etki yarattığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

1- Arşiv Belgeleri ve Resmî Yayınlar

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri Başkanlığı Osmanlı Arşivi (BOA)

Maarif Nezareti Mektubî Kalemî (MF.MKT), 1139/53, H.16 Şaban 1327/2 Eylül 1909, 1148/64, H.15 Safer 1328/26 Şubat 1910.

Dahiliye Muhaberat-ı Umumiye İdaresi (DH.MUİ), 54/34, H. 3 Muharrem 1328 /15 Ocak 1910.

Dahiliye Hukuk (DH.H), 25/15, H.19 Zilhicce 1328/22 Aralık 1910.

Hariciye Nezareti Londra Sefareti (HR.SFR.3), 614/23, 15 Temmuz 1910, 619/30, 15 Temmuz 1910, 619/59, 31 Aralık 1910.

Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi (MMZC) (tarihleri ilgili sayfalarda belirtilmiştir).

2- Gazeteler ve Araştırma Eserleri

“Adliye Maaşatı”, No:32, 24 Eylül 1912, Hikmet.

Ahmad F, İttihat ve Terakki 1908-1914, 6. Baskı, Kaynak Yay., İstanbul, 2004.

Babanzade İsmail Hakkı, “Hükkam Hakkında: Necip Melhame'nin Muhakemesi Münasebetiyle”, 26 Şubat 1909, No: 206, Tanin.

Babanzade İsmail Hakkı, “Adliye Esas-ı Devlettir”, 17 Temmuz 1912, No:1394, Tanin.

Bal E B, Tanzimattan Sonra Kadı ve Naip Yetiştirmek Amacıyla Kurulan Okul: Mekteb-i Nüvvab, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2016.

Balcı S, “Panislamist Bir Mebusun Biyografisi: Bingazili Yusuf Şetvan (1868-1949)”, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Demokratik Kesitler, Ed. Eminalp Malkoç/İ. Arda Odabaşı, Derlem Yayınları, İstanbul, 2016, ss.77-116.

Demirci A, “Osmanlı Devleti'nde Taşra Ticaret Mahkemeleri”, S.75, Kasım-Aralık 2019, Akademik Bakış Dergisi, ss.95-129.

Demirel F, Adliye Nezareti'nin Kuruluşu ve Faaliyetleri (1876-1914), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2003.

Elmacı M E, “Osmanlı Hukuk Reformunda Bir Öncü: Kont Leon Ostrorog”, S.29, 2011, OTAM, ss.1-30.

Güneş İ, “II. Meşrutiyet Dönemi Hükümet Programları (1908-1918)”, C.1, S.1, 1990, OTAM, ss.171-269.

“İdare-i Vilayat”, 11 Teşrinisani 1910, No:410. Yeni Tasvir-i Efkâr.

“İrtihal-i Müessif”, 10 Mart 1919, No:157, Ceride-i Sufiye.

Kırmızı A, “1880'de Diyarbekir Vilayetine Gelen İlk Adliye Müfettişinin Sergüzeşti”, S.VII, Nisan 2012, e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi, ss.73-90.

Kili S, Türk Anayasaları, Tekin Yayınevi, İstanbul, 1982.

Koyuncu N, “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, C.16, S.3, 2012, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.163-186.

Köksal O, “Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit'e Sunulan Bir Layiha”, S.9, 1998, OTAM, ss.263-285.

“Maaş Meselesi”, No:10, 28 Temmuz 1324, Tanin.

Macid Faik, “Köyümün Memurlarının Sefaleti (Maaşlarda Haksızlık)”, No:8, 1 Eylül 1911, Millet ile Musahabe.

Mehmed Cemil, “Mekteb-i Hukuka ve Programlarına Bir Nazar”, Sene:2, No:17, 1326 (1910), İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, ss.339-347.

“Müteferrika”, 31 Ocak 1910, No:53, Beyan-ül Hak,

Sarıay E, “Tanin Gazetesi Muhabiri Ahmet Şerif Bey’in Osmanlı Mahkemelerine Dair Gözlemleri (1909-1913)”, C.3, S.2, 2019, Aksaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss.279-297.

Saylan K, “II. Abdülhamid Döneminde Mahkemelerin İslahına Dair Hazırlanan Layihalar ve İsimli Bir Layiha Örneği”, S.31, 2016, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, ss.165-278.

Tural E, “II. Meşrutiyet Dönemi’nde Danıştay (Şura-yı Devlet)”, V/13, Güz 2006, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, ss.79-89.

Tural E, “II. Meşrutiyet Dönemi’nde Adliye ve Mezahip Nezareti’nde Bürokratik Reform”, C.57, S.2, 2008, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.223-252.

Yavuz H, “Adliye Nezareti”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, C.1, 1988, ss.389-390.

Yörük A A, “Kont Ostorogun Adliye Nazırı Manyasizade Refik Bey’e Sunduğu 6 Şubat 1909 Tarihli Rapor”, S.22, Güz-2016, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, ss.51-62.

2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE KAMU HİZMETİ KURMA YETKİSİ

*Authority to Establish Public Service within the Framework of the Principle of
Legality of the Administration, after the 2017 Constitutional Amendments*

Arş. Gör. Berk YILMAZ*

Öz: İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin faaliyetlerinin kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmamasını gerektiren hukuk devletinin gereklerinden bir tanesidir. 1982 Anayasası'nda kabul edilen bu ilke Anayasa'nın (AY.) 123. maddesinde (md.) düzenlenmektedir. 2017 anayasa değişikliğinde bu madde aynen korunmuştur.

Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin (CBK) konu sahasının genişlemesiyle ilkenin kapsamı öğretilerde tartışılabilir hale gelmiştir. Kamu hizmeti, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararı amacını gerçekleştirmek için yetkili organların yaptıkları çeşitli düzenlemelerle kurulur. İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kamu hizmeti kanunla kurulur. 2017 Anayasa değişikliği sonrası CBK ile kamu hizmeti kurulması ise tartışmalıdır. Kamu hizmeti, merkezi idare içinde idari teşkilatlanma veya kamu tüzel kişiliği kurmak suretiyle tanımlanabilir. Bunun yanında var olan bir idarenin yetkili organlarca bir veya birkaç faaliyet alanında yetkilendirilmesiyle kurulabilir. Kamu hizmeti kurulmasıyla temel hak ve özgürlükler bakımından bir sınırlama meydana gelip gelmediği yetkili organın tespitinde önemlidir. Bu çalışmada idarenin faaliyetlerinin kamu hizmeti olması dolayısıyla idarenin teşkilatlanması ve görevleri bakımından idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kamu hizmeti kurmaya yetkili organların tespiti amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Kanuniliği İlkesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kamu Hizmetinin Kurulması, Kolluk Yetkisi.

Abstract: The principle of legality of the administration is one of the requirements of the state governed by rule of law, which requires that the activities of the administration be based on the law and not contrary to the law. This principle, accepted in the 1982 Constitution, is regulated in Article 123 of the Constitution. This article was preserved exactly as it was in the 2017 constitutional amendment. However, with the expansion of the subject area of the Presidential Decree (CBK), the scope of the principle has become controversial in doctrine. Public service is established by various regulations made by authorized bodies in order to meet general and common needs and to realize the purpose of public interest. In accordance with the principle of legality of the administration, public service is established by law. Establishing a public service by presidential decree after the 2017 Constitutional amendment is controversial. Public service can be established by establishing an administrative organization within the central administration or a public legal person. In addition, it can be established by authorizing an existing administration in one or more areas of activity by authorized bodies. In this study, it is aimed to determine the bodies authorized to establish public services in accordance with the principle of legality of the administration in terms of the organization and duties of the administration, since the activities of the administration are public services.

Keywords: The Principle of Legality of the Administration, Presidential Decree, Establishment of Public Service, Law Enforcement Authority.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, berkuyilmaz@baskent.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-5401-9183

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573741

Makale Geliş Tarihi: 02.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 10.10.2024

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin gelişimiyle birlikte modern anlamda idare hukuku ortaya çıkmıştır. İdare, kendisini sınırlayan kurallara uygun hareket etmek, bu kuralların dışına çıkmamakla yükümlüdür. Nitekim hukuka aykırı hareket eden bir idarenin varlığı söz konusu olamaz. Bununla birlikte kamu gücünü elinde bulunduran ve idareyi temsil eden kamu görevlilerinin gerçek kişiler olduğu düşünüldüğünde idarenin yargısal denetime tabi olması esas da benimsenmiştir. Günümüzde idare, toplumsal yaşamın hemen her noktasında yer alarak sürekli bir şekilde hizmet sunumunu, toplumsal düzenin sağlanması ve korunmasını üstlenmektedir.

İdare, varlık sebebi kamu yararının ortaya çıkması için kamu hizmeti sunmakla yükümlüdür. Bu kapsamda kamu hizmeti, kamu yararı amacıyla yerine getirilen faaliyetlerdir. Bir diğer ifadeyle kamu yararının somutlaşması kamu hizmetleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmeti kavramı idare hukukunda sürekli gelişim halinde olan bir kavram olup zaman içerisinde kapsamının genişlediği görülmektedir. Nitekim geçmişte idarenin yükümlü olmadığı birçok faaliyet, günümüzde idare için yerine getirmekle yükümlü olduğu ve yerine getirmediği hallerde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olduğu kamu hizmetleri şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Kamu hizmetinin içeriğine ilişkin öğretide tartışmalar söz konusu olsa da bu konular çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu çalışmada kamu hizmeti kurmakla yetkili organlar 2017 Anayasa değişiklikleri kapsamında idarenin kanuniliği ilkesi ele alınarak tespit edilmeye çalışılmaktadır. Nitekim değişiklik öncesinde hukuk sisteminde ismen yer almakla birlikte hukuki niteliği farklı olan CBK, değişiklik sonrasında idarenin kuruluşu ve yetkilerinin düzenlenmesi bakımından ilk elden ve asli düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. CBK bu yönü itibarıyla idarenin kanuniliği ilkesi bakımından farklı tartışmalar ile gündeme gelmiştir.

Çalışmanın devamında 2017 Anayasa değişikliği sonrası idarenin kanuniliği ilkesine ilişkin birtakım tespitler yapıldıktan sonra Anayasa hükümleri esas alınarak bir sınıflandırma önerisi sunulmakta, bu sınıflandırma neticesinde idarenin kamu hizmeti faaliyetlerini tanımlamakla yetkili organların tespiti amaçlanmaktadır. Bunlar, idari teşkilat kurmak ve idareye faaliyette bulunma yetkisi vermek suretiyle kamu hizmeti tanımlamaya yetkili organlar şeklinde iki başlık altında incelenmektedir. Anayasa'ya göre hem idari teşkilat kurmak hem de idareye faaliyette bulunma yetkisi vermeye ilişkin hükümler uyarınca bu kuralların sınırlamaları esas alınarak kamu hizmeti kurmakla yetkili organların tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmada idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kanun ve CBK ayırımında yetkili organ/organların tespiti kamu hizmeti kavramı esas alınarak yapılmaya çalışılacaktır.

I. İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ¹

İdare, kamu gücünü elinde bulundurarak bireyler üzerinde icrai işlemler yapma yetkisini haizdir. Bununla birlikte günümüzde hukuk devletinde kamu gücünü elinde bulunduran idarenin icrai işlemlerini ancak kamu yararı amacıyla hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kullanması gerekir. Kanunilik ilkesi, idare içerisinde karar almaya yetkili makamların keyfi işlem yapmalarının önüne geçmek ve kendilerini sınırlayan kurallara riayet ederek eylem ve işlemlerde bulunmalarını zorunlu kılar. Buna göre idare, faaliyetlerini önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde yerine getirir. Bir diğer ifadeyle kanunilik, idarelerin kanundan doğrudan yetki almaksızın yetki kullanamamaları anlamına gelir.² Hukuk devletinin gereklerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesi de idarenin hareket tarzının önceden belirli olmasını gerektirir. Bu şekilde bireyler karşı karşıya kalacakları mevcut durumu tespit edebilecek ya da tesis edilen işlemin keyfi değil kanunla önceden belirlenmiş olduğunu görerek hukuki güvenlikleri sağlanmış olacaktır.

İdarenin kanuniliği ilkesi, temellerini Fransız İhtilali'nden almaktadır. Fransız İhtilali sonrası genel iradenin üstünlüğüne verilen önem ve kralın kanunla sınırlandırılmasıyla birlikte idarenin kanuna tabi olması yükümlülüğü doğmuştur.³ Bu anlam günümüzde hukuk devletinin temel gereklerinden biri haline gelerek idarenin kanuna dayanması ve kanuna aykırı davranmaması şeklinde somutlaşır. İlki idarenin faaliyetlerinin olumlu niteliği olarak da ifade edilen “secundum legem”, ikincisi olumsuz niteliği olarak “intra legem” olarak karşımıza çıkar.

Kanuna dayanma ilkesine göre, idarenin herhangi bir alanda faaliyette bulunabilmesi için mutlaka kanundan aldığı bir yetkiye ihtiyacı vardır. Bir diğer söyleyişle idare, kanundan kaynaklanan yetkileri kullanmaktadır. Kanunun olmadığı yerde idarenin yetkisinin varlığından bahsedilemez.⁴

Kanuna dayanma ilkesinin iki önemli sonucu bulunmaktadır. Birincisi idarenin kuruluşu kanuna dayanmalıdır. İkincisi idarenin görev ve yetkileri kanuna dayanmalıdır. Birinci sonuca göre, idarenin kendi kendine örgütlendirme yetkisi olmayıp kanun koyucu tarafından idarenin kuruluşunun veya örgütlenmesinin yapılması gerekir. İkinci sonuca göre ise idare, kendisine herhangi bir alanda yetki veremez. Bu yetki devletin genel

¹ Kavram öğretide “Kanuni İdare İlkesi”, “İdarenin Yasallığı İlkesi”, “Yasallık” gibi farklı isimlendirmelerle ifade edilse de tüm bunlar aynı kavramı işaret etmektedir. Çalışmamızda “İdarenin Kanuniliği İlkesi” tercih edilmiştir.

² Ali D. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 127.

³ “Egemenliğin kullanımına ve yürütme organının konumuna ilişkin bu kısımla 1791 Anayasasında açık bir biçimde görülmektedir: “Fransa’da kanunun üzerinde bir otorite yoktur.” ” Halil Altındağ, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 34.

⁴ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 152.

karar organı olan yasama organına aittir.⁵ Ancak bu sonucun, katı şekilde kabul edilmemesi gerektiği, bir alanda idarenin faaliyette bulunabilmesi için o alanın ana hatlarıyla da olsa kanunla düzenlenmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir.⁶ İdare, kanunun ana hatlarıyla da olsa düzenlediği alanın dışına çıkmamak suretiyle günün koşullarına uygun, kendi işleyiş esasları, teknik ve uzmanlık gereklerine ve hizmetin niteliğine bağlı olarak faaliyette bulunabilir. Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) göre “yürütmenin, yasama tarafından çerçevesi çizilmiş alanda düzenleyici birtakım işlemler yapabilmesi gerekir.”⁷ Nitekim böyle bir sonuç yasama yetkisinin devri anlamına gelmemekte, idare yine önceden kanunla belirlenmiş alanın dışına çıkmamaktadır. Dolayısıyla kanuna dayanma ilkesi koşullarını sağlamaktadır. Bununla birlikte kanunun esasa ilişkin tüm hususları düzenlemesi gerektiği ve idarenin içini dolduramayacağı bazı istisnai durumların varlığı da kabul edilmektedir.⁸

Kanuna aykırı olmama ilkesine (kanunun önceliği ilkesine) göre idare, faaliyetlerinde kanuna aykırı hareket edemez. Eylem ve işlemleri kanuna

⁵ Gözler, 2019a, s. 156-157.

⁶ Metin Günday, İdare Hukuku, On Birinci Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 45; Gözler, 2019a, s. 157.

Danıştay'a göre idare işlem tesis ederken Anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahiptir. “Hukuk devletinin gerekleri arasında yer alan kanuni idare ilkesinin görünümülerinden biri olan düzenli idare ilkesi; idarenin düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu alanlarda, bu alanları yönetmelik gibi idari metinlerle objektif bir şekilde düzenlemesini gerektirmektedir. İdarelerin işlem tesis ederken kendilerine Anayasa ve yasalarla çizilen çerçeve içinde takdir hakkına sahip oldukları da açıktır.

Mevzuat belirleme tekniği açısından da, idarenin kanunla kendisine verilmiş olan görevleri idari metinlerle düzenlerken, bir başka ifadeyle kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla yönetmelikler ihdas ederken; bu görevlerin gerektirdiği teknik detayların belirlenmesi noktasında da takdir hakkına sahip olduğu ancak bu takdir hakkının keyfiyeti ifade etmediği açık olup, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması gerektiği tartışmasızdır.” Danıştay 8. Dairesi, E: 2020/6651, K: 2023/4502, K.T.: 10.10.2023 (<https://www.kazanci.com.tr>, s.e.t. 10.06.2024).

⁷ “Yürütme ve idarenin Anayasada belirtilen ayrık durumlar dışında düzenleme yetkisi aslı değil, ikincildir; yani, sınırları yasayla çizilmiş bir alandadır. Anayasanın 123 üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesi, yasamanın, bir alanı temel ilkeleriyle belirlemesi, düzenlemesi; ondan sonra da, yürütmenin, bu çerçevesi çizilmiş alanda düzenleyici birtakım işlemler yapabilmesini gerektirir. Anayasanın 7 nci maddesine göre yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir ve bu yetki devredilemez.” AYM, E: 2011/149, K: 2012/187, K.T.: 22.11.2012, RG, 04.12.2013, S. 28841

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 15.06.2024)

⁸ Ulusoy'a göre günümüzde yargı kararlarıyla da şekillenen dört istisnai konuda CBK'ler dahil idari düzenlemelerle düzenleme yapılması mümkün değildir. Bunlar “Anayasayla güvenceye alınmış bir temel hak ve özgürlüğün doğrudan sınırlanması, idari ceza öngörülmesi, vergi veya benzeri mali yükümlülük öngörülmesi ve kamu görevlilerinin özlük haklarında değişiklik yapılması” şeklinde ifade edilmektedir. Ulusoy, s. 131.

uygun olmak zorundadır. Buna göre kanuna uygun hareket etmek idare için bir yükümlülük getirmektedir. İdare işlem ve eylemlerinde hukuka aykırı davranamaz.⁹

A. 1982 ANAYASASI'NDA İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

1982 Anayasası'nda yürürlüğe girdiği ilk günden günümüze dek birçok değişiklik yapılmıştır. Başlangıçta 177 madde içerisinde günümüze kadar 96 maddede değişiklik yapılmıştır. Bu 96 maddenin 31'i yeniden yazılmış, 45 tanesinde ise esaslı değişiklikler söz konusu olmuştur. Anayasa'da yapılan en son değişiklik ise 21.01.2017 tarih 6771 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ve 16 Nisan 2017'de halk oylaması ile kabul edilen değişikliklerdir. Nitekim bu değişikliklerle birlikte hükümet sistemi değişmiş, çalışma konumuzla bağlantılı olarak önceden oldukça sınırlı konularda mevcut olan CBK'nın hukuki niteliği değişmiştir. Bu başlık altında 1982 Anayasası'nda 2017 değişikliği öncesi mevcut olan hükümler idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında incelenecektir. 2017 değişiklikleri sonrası idarenin kanuniliği ilkesi bakımından ortaya çıkan sonuçlar ise bir sonraki başlık altında değerlendirilecektir.

Anayasa'nın çeşitli hükümleri uyarınca idarenin kanuniliği ilkesi Türk idare hukukunda anayasal düzeyde kabul edilen bir ilkedir. Her şeyden önce AY. md. 2'de Türkiye Cumhuriyeti devletinin hukuk devleti olduğu; md. 6'da hiçbir kimsenin veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacakları hüküm altına alınmaktadır.¹⁰

Yasama yetkisinin "*Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi*"ne ait olduğu belirtilen AY. md. 7 ve yürütme yetkisinin "*kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*" hükmünün yer aldığı md. 8, idarenin kanuniliği ilkesinin Anayasa metnindeki tespiti olarak karşımıza çıkar. Bu düzenlemelerin yanında AY. md. 123'te "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmü Türk idare hukukundaki idarenin kanuniliği ilkesinin temelini oluşturur. Yine madde hükmünün devamında 2017 değişikliği öncesinde bir idarenin de kuruluşu anlamına gelen "*Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak...*" kurulacağı hükmü bulunmaktaydı. Bu hüküm uyarınca idare, hem kuruluş hem de görev ve yetkileri bakımından ancak kanunla düzenlenebilirdi. Ayrıca bir kamu tüzel kişiliğinin kuruluşunda kanunun yanı sıra idari işlemle kamu tüzel kişiliği kurulması bakımından kanunun verdiği yetki şartı aranmaktaydı.

⁹ Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, On Yedinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 148.

¹⁰ AY. md. 2 - Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. AY. md. 6 - ... Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.

Kanun, yasama organı tarafından kanun adı altında ve belli şekilde yürürlüğe konulan yazılı hukuk kurallarıdır.¹¹ Belirtilen Anayasa hükümleri çerçevesinde AY. md. 123'te yer alan kanun ifadesinden şekli anlamda kanun çıkarımı yapılabilir. Kanaatimizce AY.'nin bu hükümleri uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) dışında hiçbir organın, idarenin kuruluş, görev ve yetkilerini belirleyemeyeceği ifade edilebilir. TBMM'nin de bu yöndeki düzenlemeleri "kanun" adı altında tesis etmesi gerektiği belirtilebilir. Eş bir söyleyişle 2017 değişikliği öncesi idare, TBMM tarafından kanunla kurulması veya kendisine görev ve yetki tanınması durumunda faaliyette bulunabilecektir.

B. 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

2017 yılında halk oylaması sonucunda kabul edilen Anayasa değişikliği ile hemen yürürlüğe giren üç madde dışında değiştirilen diğer hükümler 24 Haziran 2018'de yapılan Cumhurbaşkanı ve Milletvekili Genel Seçimi'yle birlikte yürürlüğe girmiştir. Değişiklik sonucunda cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sağlanarak AY. md. 8 uyarınca yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır. AY. md. 123/1'de, değişiklik yapılmaksızın idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükmü mevcut haliyle yer almaktadır.

Çalışma konumuz bakımından en önemli değişikliklerden bir tanesi kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna dair AY. md. 123/3'te yapılan değişikliktir. Madde hükmünde kamu tüzel kişiliğinin *kanunla veya CBK ile kurulacağı* düzenlenmiştir. Dolayısıyla değişiklikle birlikte TBMM tarafından kanunla herhangi bir yetki verilmesine gerek olmaksızın CBK ile ilk elden ve asli bir yetki olarak kamu tüzel kişiliği kurulması mümkün hale gelmiştir.

İdarenin kanuniliği ilkesi bakımından yapılan önemli değişikliklerden bir diğeri ise hükümet sistemiyle bağlantılı olarak CBK'nın düzenlendiği AY. md. 104/17 hükmüdür. Değişiklikle birlikte yürütme yetkisine ilişkin konularda cumhurbaşkanının CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmaktadır. Anayasa değişikliği öncesi yürütme organı olarak Bakanlar Kurulu'nun sahip olduğu kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi TBMM tarafından verilmekte ve yine TBMM'nin onayına tabi olmakta ve tali bir yetki olarak karşımıza çıkmaktaydı. Değişiklik kapsamında yürütme organına verilen asli düzenleme yetkisiyle birlikte bu alanda köklü bir değişiklik yaşanmıştır. Bununla birlikte AY. md. 104/17'de CBK'ya ilişkin birtakım sınırlamalar bulunmaktadır.¹²

¹¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, On Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 107.

¹² CBK yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda ve Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin çıkarılamaz. Ayrıca Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunla daha önce açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz. CBK ile kanunlarda

Söz konusu madde hükümlerine baktığımızda idarenin kanuniliği ilkesi anayasal düzeyde bir ilke olarak kabul edilmiştir. Anayasa, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini belirttiikten sonra kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabileceğini hüküm altına almaktadır. Yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılacağı hükmünü de göz önüne aldığımızda kanaatimizce Anayasa idarenin kuruluş ve görevlerine ilişkin kanunilik şartını genel kural olarak öngörmekte, ancak Anayasa’da belirtilen hallerde yürütme organına da yetkiler verilmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca, yasama organı asli düzenleme yetkisine sahip olmaktadır. Bunun yanında Anayasa’da belirtilen hallerde ise yürütme organının da asli düzenleme yetkileri bulunmaktadır. Nitekim öğretilerde de ifade edildiği üzere cumhurbaşkanı, başka herhangi bir organdan yetki almadan ya da çıkardığı kararnamelerin başka bir organ tarafından onaylanmasına gerek olmadan yürütme yetkisine ilişkin konularda asli ve sınırlı düzenleme yetkisine sahiptir.¹³

2017 değişiklikleri öncesi Türk hukukunda idarenin kuruluş ve görevleri bakımından kanunla düzenlenme şartının şekli anlamda kanun olarak anlaşılması gerektiği ifade edilebilir. Buna göre idarenin kanuniliği ilkesinden yasama organı olan TBMM’nin kanun adı altında belli şekil kurallarına uygun olarak çıkardığı yazılı hukuk kuralları anlaşılmaktadır. 2017 değişiklikleri sonrası ise CBK ile ilgili yapılan düzenlemelerle AY md. 123’te yer alan şekli anlamda kanun bu niteliğini CBK’nın konu sahasının genişlemesiyle yitirmiştir. Yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılması düzenlemesi, kamu tüzel kişiliğinin kanunun yanı sıra CBK ile de kurulabiliyor oluşu ve bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının CBK ile düzenlenmesi hükümleri karşısında CBK, idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında kabul edilebilir. Bir diğer ifadeyle 2017 değişiklikleri sonrası idarenin kanuniliği ilkesinden TBMM tarafından belli şekil şartlarına uygun kanun adıyla çıkarılan düzenlemelerin yanı sıra yürütme organı olan Cumhurbaşkanlığı’nın yürütme yetkisine ilişkin çıkarmış olduğu CBK’ler de anlaşılabilir. Dolayısıyla idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin işlem ve eylemlerinin kanuna veya CBK’ye dayanması ve kanuna ya da CBK’ye aykırı olmaması anlamına gelir. Kanun ve CBK, idarenin örgütlenmesi ve faaliyetlerinin hem şartı hem de sınırı olup idarenin bireysel ve düzenleyici işlemleri üst norm olan kanuna ve CBK’ye uygun olması gerekir.¹⁴ Öğretilerde ise idarenin kanuniliği ilkesinin tamamen kalkmış olduğu yönünde görüşlerin¹⁵ yanı sıra idarenin kuruluş ve

farklı hükümler olması halinde kanun uygulanır. Öte yandan TBMM daha sonra çıkaracağı kanun ile CBK’yi hükümsüz hale getirebilir.

¹³ Hasan Tahsin Fendoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sınırları”, S. 71, 2023, Adalet Dergisi, s. 611.

¹⁴ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 156.

¹⁵ “... kamu tüzel kişiliği kanunla olduğu gibi Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasadan aldığı yetkiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) ile de düzenlenebilir. Bu bağlamda “idarenin kanuniliği” ilkesi de ortadan kaldırılmıştır.”

görevlerinin kanunla düzenleneceğine dair kanunilik ilkesine Anayasa ile istisna getirildiği de ifade edilmektedir.¹⁶ Bize göre yasamanın iradesi olan kanunla yürütme altında teşkilatlanan idareye 2017 Anayasa değişikliği sonrası yürütmenin başı olan cumhurbaşkanının da CBK ile müdahale edebilir duruma gelmiştir.

II. TÜRK İDARE HUKUKUNDA KAMU HİZMETİ KURMA ARAÇLARI

İdare hukukunun temel kavramlarından olan kamu hizmeti, aynı zamanda idare hukukuna ilişkin birçok kavramın belirlenmesinde önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. İdare işlevinin temelinde kamu hizmetinin bulunması nedeniyle kavram kurucu bir niteliğe sahiptir. Klasik anlayışa göre idare, varlık sebebi kamu yararı amacıyla kamu hizmeti sunmak için faaliyet gösterir. Bu anlayışta idarenin tüm faaliyetleri kamu hizmeti olarak adlandırılır. Bununla birlikte günümüzde idarenin özel hukuka tabi olduğu hukuki ilişkileri veya kamu düzenini koruyucu faaliyetleri de bulunmakta ve bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabul edilip edilemeyeceği öğretide tartışmalıdır.

Kamu hizmeti, idare hukukunun geleneksel ekollerinden “kamu hizmeti doktrinine” adını veren önemli bir kavram olarak karşımıza çıkar. Léon Duguit’in temsilcisi olduğu bu görüşe göre idare hukuku kamu hizmetlerinin hukukudur. İdare hukukunun amacından hareketle, idarenin kamu yararına etkinliklerini yürütmesi esas alınır.¹⁷ DUGUIT’ye göre modern devletlerde kamu hizmetleri çoğalmakla birlikte bazı kamu hizmetleri vardır ki bunlar öteden beri kamu hizmeti olarak kabul edilmekte ve gelecekte de kabul edilmeye devam edecektir. Bunlar savaş, polis ve adalet hizmeti olarak ifade edilmektedir. İdare, topluluğun savunmasını dışarıdan gelecek saldırılara karşı korumalı, içeride de barış ve güvenliğin sağlandığı adil bir düzen kurmalıdır.¹⁸ Kamu hizmeti doktrinine karşılık HAURIOU, idare hukukunun konusunun belirlenmesinde temel ölçütün kamu hizmeti değil, kamu kudreti olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre idare hukuku, idari etkinliklerin hukuki araçları ön plana çıkarılarak tanımlanmaktadır.¹⁹

Korkut Kanadoğlu, “Yeni Siyasal Rejimin Yerel Yönetimlere Yansımaları”, C. 16, S. 1, 2019, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 46.

¹⁶ Kemal Gözler/ Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Yirmi Beşinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2023, s. 73; Ulusoy, s. 127; Yavuz Atar, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, C. 39, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 256; Halit Yılmaz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, C. 78, S. 1, 2020, İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 233.

¹⁷ Atay, s. 24.

¹⁸ Leon Duguit, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara, 1954, s. 76.

¹⁹ Atay, s. 24.

Türk idare hukuku öğretisinde kamu hizmeti okulunun etkisi görülmekle birlikte bu ekolün eleştirildiği görüşler de bulunmaktadır. İdare hukukunun konusundan hareketle ONAR kamu hizmeti, kamu gücü ve bunları tamamlamak üzere kamu yararı kavramlarını idare hukukunun temel konuları olarak ifade etmektedir.²⁰ DERBİL'e göre kamu hizmeti kavramı idare hukukunun en önemli esaslarından biri olup kamu idareleri kamu hizmeti yapmak için kurulur, işletilir ve idari teşkilat kamu hizmeti tesis etmek amacıyla faaliyette bulunur.²¹ Hatta yazara göre parlamentolar ve mahkemeler de kamu hizmeti yaparlar. Parlamentolar yasama kamu hizmetleri, yargı yerleri yargı kamu hizmetleri yerine getirirler.²²

DURAN, kamu hizmeti kavramının tanımı ve içeriği konusunda görüş birliğine varılamaması nedeniyle idare hukukunun konu sahasının kamu hizmetiyle belirlenmesi görüşünü eleştirmektedir. DURAN'a göre kamu hizmeti ölçütü çok geniş bir alanı kapsayabileceği gibi; belli ve sınırlı konuları da belirleyebilir.²³ Dolayısıyla kavramın belirlenmesinde netlik yoktur ve bu durum idare hukukunun sahasını da net olarak ortaya koyamaz. TAN'a göre de devletin, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla giriştiği tüm faaliyetlerin kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve bu kapsam içinde idarenin işlem ve eylemlerinin idare hukukunun konusunu oluşturduğu şeklinde özetlenebilecek bu görüş zaman içerisinde yaşanan değişimler karşısında geçerliliğini kaybetmiş görünmektedir.²⁴

Kamu hizmeti kavramının genel kabul gören bir tanımı bulunmamaktadır. Anayasa veya kanunlarda tanımlanmamakla birlikte yargı yerleri ve öğretilerde kamu hizmetine dair çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. AYM'ye göre en geniş tanımıyla kamu hizmeti, *“devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”*²⁵

AYM'ye benzer şekilde Danıştay'a göre kamu hizmeti, *“devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında*

²⁰ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1967, s. 13.

²¹ Süheyy Derbil, İdare Hukuku Cilt:II, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara, 1952, s. 421.

²² Derbil, s. 422.

²³ Duran idare hukukunu tek bir kavrama indirmeye karşı çıkar. “İdare Hukukunu tek bir kavram veya kurama indirgemek yerine, İdarenin her türlü yanlarını ve faaliyetlerini, bunlara özgü ortak nitelikleriyle belirleyerek, çeşitli kategoriler halinde ve değişik açılardan incelemekte her bakımdan yarar vardır. Bu yöntemle, İdare olgusu, gerçeğe daha uygun biçimde ortaya konmuş ve düzeltilme çarelerinin araştırılıp bulunması kolaylaşmış olur.” Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Fakülter Matbaası, 1982, s. 27-28.

²⁴ Turgut Tan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, C. 8, S. 1, 1991, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 233.

²⁵ AYM, E: 2004/114, K: 2007/85, K.T.: 22.11.2007, RG 24.12.2007, S. 26736 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 04.07.2024).

*ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*²⁶

Öğretideki bir görüşe göre kamu hizmeti, devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin veya bunların gözetim ve denetimleri altında kamu yararı amacıyla umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek için umuma arz edilen sürekli faaliyetler olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Benzer bir görüşe göre bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından kamu yararı amacıyla yönelik faaliyetler kamu hizmetidir. Buna göre kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyettir.²⁸

Kamu hizmetinin tanımlanmasında kavramın organik, maddi ve biçimsel veçhelerinden hareket eden öğretideki bir diğer görüşe göre ise kamu hizmeti, *organik anlamda* belirli bir hizmeti yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilen vasıta ve ajanlar; *maddi anlamda* giderilmesinde toplumsal bir yarar olan ve toplumsal bir ihtiyacı gideren eylem ve girişimler; *biçimsel anlamda* ise kamusal yönetim usullerine tabi tutulan hizmetler şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre günümüz anlayışında kamu hizmetinin doğru tanımlanabilmesi için bu üç görüşün birlikte düşünülmesi gerekir.²⁹

Sonuç olarak kamu hizmeti, idare hukukunun en temel kavramlarından birisi olarak kamu yararının somutlaşmış idarenin faaliyette bulunduğu alanlar şeklinde karşımıza çıkar. Kamu hizmeti ancak yetkili organların ya bir idareyi kurma iradesiyle veya var olan bir idareye görev ve yetki tanımlamasıyla söz konusu olabilir. İdareyi kurma iradesi (teşkilatlanma), kamu tüzel kişiliği kurmak suretiyle veya merkezi idare içerisinde idari bir örgütlenme kurmak suretiyle mümkün olabilir. Ayrıca AY. md. 47 uyarınca kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler kanunla devletleştirilerek TBMM tarafından kamu hizmeti kurulabilir.

Öğretide niteliği itibariyle kamu hizmeti kabul edilebilecek alanların var olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretideki bazı görüşler kamu hizmetinin yetkili organlar tarafından belirlenebileceğini ifade etmekle beraber bazı hizmetlerin niteliği itibariyle kamu hizmeti olarak sayılması gerektiğini belirtmektedir.³⁰ AY. md. 47'de yer alan "*Kamu hizmeti niteliği taşıyan...*" düzenlemesiyle kamu hizmetlerinin belirlenmesinde niteliğin önemli olduğu ve kanun koyucunun sınırsız düzenleme yetkisinin olmayacağı ifade

²⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E: 2021/113, K: 2021/111, K.T.: 15.12.2021 (<https://www.kazanci.com.tr>, s.e.t. 10.06.2024).

²⁷ Onar, Cilt I, s. 13.

²⁸ Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt II, Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, s. 255.

²⁹ Atay, s. 629.

³⁰ Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", C. 9, S. 1-3, 1988, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 155; Naci Münci Çakmak, "Sanatsal Kamu Hizmetleri", C. 14, S. 1, 2010, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 256.

edilmektedir.³¹ AYM'ye göre “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez.” Yüksek mahkemenin bu kararında toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmetleri olarak kabul edilmektedir.³²

Öğretideki bazı görüşler ise daha pozitivist bakış açısıyla niteliği itibariyle kamu hizmetlerinin söz konusu olamayacağını ve kamu hizmetinin ancak yetkili organ/organlar tarafından belirlenebileceğini ifade etmektedir.³³ DUGUIT'ye göre bir ihtiyaç sadece kanun koyucu tarafından çıkarılan kanunla kamu hizmeti halini almaz. Kanun koyucunun bir ihtiyacın kamu hizmeti mahiyeti aldığını kabul etmesi veya fark etmesi ve buna bağlı olarak kanunla düzenleme yapması gerekir.³⁴ ONAR'ın yaklaşımına göre ise kanunun açık veya sarıh bir düzenlemesi olmadıkça idare kamu hizmeti ihdas edemez. Nitekim bu görüşe göre kamu hizmeti kurulması demek aslında bir idari teşkilatın kurulması, kamu görevlilerinin görev almaları, kamu mallarının o hizmete tahsis edilmesi gibi şartları içerisinde barındırır ve bu ancak TBMM'nin kararıyla mümkündür.³⁵ Öğretide ayrıca kamu hizmeti kurulmasının özel girişimcinin faaliyet alanını kısıtlayacağı için bunun AY. md. 48'de düzenlenen özel teşebbüs hürriyeti bağlamında temel hak ve özgürlük sınırlandırılması anlamına geleceği ve AY. md. 13 uyarınca ancak kanunla yapılabileceği ifade edilmektedir.³⁶ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin husus ilerde CBK başlığı altında tekrar incelenecektir.

AYM'nin bir kararına göre yasama organı, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti meydana getirebilir.³⁷ Başka bir

³¹ Yıldırım Uler, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, C. 15, 1998, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 253.

³² AYM, E: 1994/43, K: 1994/42, K.T.: 09.12.1994, RG 24.01.1995, S. 22181 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 06.07.2024).

³³ Duran, s. 313-314; Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Yedinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 681-683; Günday, s. 333; Atay, s. 630-633; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 588-589; Ulusoy, s. 510; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Onuncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 254-255; Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 279; Oğuz Sancakdar/ Lale Burcu Önüt/ Eser Us Doğan vd., İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Onuncu Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 558; Ebru Zeybek Cebeci, “Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist ve Subjektivist Yaklaşımlar”, C. 25, S. 1, 2019, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 93.

³⁴ Aktaran Onar, Cilt I, s. 27.

³⁵ Onar, Cilt I, s. 38-39.

³⁶ Ulusoy, s. 480-481; Çınar Can Evren, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu”, C. 11, S. 1, 2007, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 683.

³⁷ AYM, E: 1985/7, K: 1985/22, K.T.: 28.11.1985, RG 21.01.1986, S. 18995

kararında ise yüksek mahkeme, yasama organının yetkili olduğunu ifade ettikten sonra *“Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını, saptamanın olanağı...”* olmadığını ifade ederek AY. md. 47 hükmünü de göz önüne alarak anayasa yargısı bakımından bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptarken niteliğine bakmak gerektiğini belirtmiştir.³⁸

Kanaatimizce niteliği itibariyle kamu hizmeti olsun ya da olmasın yetkili organ/organlar tarafından bir idari birim kurmak veya var olan idareye görev ve yetki tanımlamak suretiyle kamu hizmeti meydana getirilebilir. Çünkü kamu hizmeti, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yürütülebilir. İdarenin kanuniliği ilkesi uyarınca bir teşkilat kurmak veya var olan teşkilata görev ve yetki tanımlamak ancak kanunla veya CBK ile mümkündür. Dolayısıyla kamu yararı amacıyla meydana getirilecek bir kamu hizmetinin ancak yetkili organlar eliyle tanımlanmış olması gerekir. Bunun yanı sıra 2017 Anayasa değişikliği sonrası CBK'nın düzenleme sahasının genişlemesiyle idarenin kanuniliği ilkesi yeni bir anlam kazanmış ve bu kapsamda idarenin kuruluşu ve görev ve yetkilerine ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır.

A. KAMU HİZMETİ KURMA YETKİSİNE İLİŞKİN GENEL KURALLAR

İdareye kamu hizmeti görme yetkisi veren, bir hizmetin kamu yararı amacı taşıdığını ortaya koyan yetki genel olarak yasama organına ait bir yetki olarak karşımıza çıkar. Yasama organı, yasama yetkisinin genelliği uyarınca anayasal kurallara uygun olmak kaydıyla kamu yararına gördüğü düzenlemeleri yapabilir. Öte yandan 2017 Anayasa değişikliği sonrası yürütmenin başı olan cumhurbaşkanı AY. md. 104 uyarınca Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla ilk elden kamu yararına uygun düzenlemeler yaparak kamu hizmeti kurabilir.

Kamu hizmeti, siyasal bir tercihin sonucunda kamu yararının somutlaştığı idarenin faaliyetleri olarak karşımıza çıkar. Burada yetkili organların toplumsal ihtiyacın tatmininde zorunluluk gördükleri alanda düzenlemeler yaparak siyasal tercihlerini ortaya koymaları gerekir. Aksi halde kamu düzeni zarar görebilir, toplumsal gerginlikler meydana gelebilir. Karar, bir siyasal tercih sonucunda ortaya çıktığı için yetkili organların tercihlerini kullanmasında yargı eliyle zorlanmasının kabulü güç olup

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 08.07.2024).

³⁸ “Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler.... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.” AYM, E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.T.: 09.12.1994, RG 24.01.1995, S. 22181

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 08.07.2024)

tercihin ortaya konmaması veya ihtiyacı tamamıyla karşılayıp karşılamadığına toplum karar vermeli ve yaptırımı da siyasi anlamda olmalıdır.³⁹ Elbette yargısal denetim bakımından anayasa yargısı hükümleri saklıdır. AYM, yetkili organların siyasal tercihleri sonucu çıkardıkları kamu hizmetine dair kanun veya CBK'ların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyecektir.

Kamu hizmetinin kurulması, her şeyden önce bir faaliyetin, ilk kez ve doğrudan kamu kesimi tarafından yürütülmeye başlanması ya da özel kesimden kamu kesimine aktarılması şeklinde gerçekleşebilir.⁴⁰ Ayrıca kamu hizmetinin kurulması için o hizmeti yürütmekle yetkili ya bir idari teşkilat kurulmalıdır ya da var olan idari teşkilata görev ve yetki tanımlanması gerekir. Kamu hizmeti kurmakla yetkili organın tespitinde ise Anayasa hükümlerinin yanı sıra idarenin faaliyette bulunup özel kesimin girişim özgürlüğüne ilişkin kısıtlama olup olmaması bağlamında temel hak ve özgürlük sınırlandırılması, idari teşkilat kurmaya yetkili organlar ve idari teşkilatın kamu harcaması yapmasına ilişkin yetkiler esas alınabilir. Bir diğer ifadeyle kamu hizmetinin kurulması ile idarenin "bir alanda fiilen örgütlenmesi ve faaliyette bulunmasının anlaşıldığı görülmektedir."⁴¹

B. KAMU HİZMETİ KURMA YETKİSİNİN SINIRLARI

Kamu hizmeti bir idari teşkilat kurmak ya da var olan idareye veya bir özel hukuk kişisine herhangi bir faaliyet alanında yetki tanımlamak suretiyle tesis edilebilir. Kamu hizmeti kurma yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kural olarak kanunla TBMM'ye veya CBK ile Cumhurbaşkanı'na aittir. Genel kural bu olmakla birlikte Anayasa'da hem kanunla hem de CBK ile yapılacak düzenlemelere ilişkin sınırlamalar öngörülmektedir. Kamu hizmeti kurmakla yetkili organların tespit edilebilmesi için bu sınırların ortaya konması gerekir. Kanaatimizce Anayasa'da yer alan sınırlar çerçevesinde kamu hizmeti kurmakla yetkili organların yetkilerinin sınırları tespit edilebilir.

1. İdari Teşkilat Kurmak Suretiyle Kamu Hizmeti Kurma Yetkisinin Sınırları

İdari teşkilat ya devlet tüzel kişiliği içerisinde bir idare kurmak ya da bir kamu tüzel kişisi kurmak şeklinde oluşturulabilir. Devlet tüzel kişiliğini temsil eden ve bir kamu hizmeti alanında faaliyet gösteren idareler, bakanlıklardır. Bakanlıklar devletin üstlendiği milli kamu hizmetlerinin konularına göre uzmanlaşmış ve örgütlenmiş bölümleridir. Her bakanlık bir kamu hizmeti alanında uzmanlaşarak devlet tüzel kişiliğini temsil eder.⁴² Bakanlıklar merkez teşkilatından taşra/bölge teşkilatlarına bir hiyerarşi

³⁹ Atay, s. 631.

⁴⁰ Günday, s. 333.

⁴¹ Onur Karahanogulları, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 258.

⁴² Atay, s. 246.

içerisinde sıralanır ve bu kapsamda uzmanı oldukları kamu hizmeti alanında faaliyette bulunurlar.

AY. md. 106 uyarınca “*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*” Düzenlemeye bakıldığında bakanlıkların kurulmaları ve görev ve yetkileri ile teşkilat yapılarının CBK ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. CBK ile bu alanda düzenleme yapılabileceğine dair herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak bu düzenleme uyarınca TBMM’nin kanunla bakanlık kurabilmesi, bakanlıklara görev ve yetki tanımlayabilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Nitekim Türk hukukunda yasamanın genelliği ilkesi mevcut olup yasama organı Anayasa’da öngörülen sınırlamalara uymak kaydıyla dilediği alanlarda kanunla düzenleme yapabilir. Dolayısıyla yasama organının yasamanın genelliği ilkesi çerçevesinde bakanlıkların kuruluşları ile görev ve yetkileri bakımından yetkili oldukları ifade edilebilir. Bununla birlikte AY. md. 106’nın yasamanın genelliği ilkesine bir istisna getirdiği kabul edilirse bu takdirde TBMM’nin bu alanlarda düzenleme yapamayacağı, yapması halinde Anayasa’ya aykırılığın ortaya çıkabileceği ifade edilebilir.

Öğretide bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir taraf AY. md. 106 ile CBK’ya mahfuz bir alan tanındığı ve bu anlamda yasama yetkisinin genelliği ilkesine bir istisna getirildiğini ileri sürmektedir.⁴³ Buna göre AY. md. 106 uyarınca bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilat yapısı kanunla düzenlenemez. Yalnızca CBK ile düzenlenebilir. Bu alanda kanunla düzenleme yapılması halinde Anayasa’ya aykırılık gündeme gelecektir.

Öğretideki diğer taraf ise bu madde hükmünde yasamaya bir istisna getirilmediği genellik ilkesi uyarınca yasamanın yine düzenleme yapabileceği, bununla birlikte bu konularda cumhurbaşkanının da CBK ile düzenleme getirebileceğini öne sürmektedir.⁴⁴ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre AY. md. 123 uyarınca idarenin, kuruluş ve görevleriyle kanunla düzenlenmesi gerekir. Ayrıca Anayasa’da bazı hükümlerde özel olarak CBK ile düzenleneceği öngörülen konularda CBK ile düzenleme yapılabilir. Ancak bu hükümler AY. md. 123 uyarınca kanunla düzenleme bakımından bir istisna getirmemekte, kanunun yanı sıra CBK ile de düzenleme yapılabilme imkanı getirmektedir.

Bu iki görüşün getirdiği önemli bir sonuç bulunmaktadır. Eğer CBK’nın AY. md. 106 bakımından mahfuz bir yetkisinin varlığı kabul edilirse bu takdirde yasama organı bu alanları kanunla düzenleyemez, düzenlemesi durumunda Anayasa’ya aykırılık söz konusu olur. Eğer mahfuz alan kabul edilmezse bu takdirde CBK’nın yanı sıra kanunla da bakanlıkların kurulmaları, kaldırılmaları, görev ve yetkileri ya da teşkilat yapısına ilişkin düzenleme yapılabileceği kabul edilir. Böyle bir durumda kanun ile CBK

⁴³ Gözler, 2019a, s. 1321; Karahanoğulları, 2022, s. 36-37; Turan Yıldırım, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 300; Atar, s. 246.

⁴⁴ Atay, s. 76; Fendoğlu, 2023a, s. 791; Ulusoy, s. 510-512; M. Artuk Ardıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 75, S. 3, Y. 2017, s. 37.

aynı konuda farklı hükümler içerebilir ve sorunun çözümünde AY. md. 104/17 uygulanabilir.

Türk hukukunda kamu tüzel kişiliği, kanunla veya CBK ile kurulur. Kamu tüzel kişiliğinin kurulması her zaman bir kamu hizmeti kurmak anlamına gelmemektedir. Daha önce yetkili organın kamu hizmeti olarak tanımladığı bir alanda kamu tüzel kişiliği de kurulabilir. Bunun yanında bir kamu tüzel kişiliği kurularak bir hizmetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi de mümkün olabilir. Bu kapsamda kanunla kurulan kamu tüzel kişilerinin önceden kamu hizmeti olarak nitelendirilmeyen bir alanda yetkilendirilmek suretiyle kamu hizmeti kurulmasında bir sorun yoktur. Asıl soru CBK ile kurulan kamu tüzel kişilikleriyle, kamu hizmeti ihdas edilebilir mi, yoksa bunlar önceden yasama organı tarafından kamu hizmeti olarak adlandırılan alanlarda mı yetkilendirilir? Sorunun yanıtı bize göre AY. md. 104/17'deki sınırlamalara uygun olmak kaydıyla⁴⁵ CBK ile kamu tüzel kişiliği kurularak bir kamu hizmeti de ihdas edilebilir.

2. İdareye Faaliyette Bulunma Yetkisi Vermek Suretiyle Kamu Hizmeti Kurma Yetkisinin Sınırları

Anayasa'da idarenin faaliyetleri bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiş, idarenin kamu yararı amacıyla kamusal usullerle gerçekleştirdiği faaliyetler kamu hizmeti olarak isimlendirilmiştir. Buna göre devletleştirmenin düzenlendiği AY. md. 47 uyarınca devletleştirilebilecek özel teşebbüsler kamu hizmeti niteliği taşıyanlar olarak hüküm altına alınmaktadır. Kamu hizmetlerine girme hakkı başlığı altında AY. md. 70 ve 71'de herhangi bir ayrıma gidilmeksizin her Türk'ün kamu hizmetine girme hakkına sahip olduğu ve kamu hizmetine girenlerin mal beyanında bulunmaları zorunluluğu düzenlenmekte; Milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin AY. md. 71'de "kamu hizmetinden yasaklananlar" hükmü yer almaktadır. AY. md. 126'da Türkiye'de merkezi idarenin kuruluşu bakımından "kamu hizmetlerinin gereklerine göre" illere ve diğer kademeli bölümlere ayrılacağı, kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyumu sağlamak amacıyla" birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatı kurulabileceği düzenlenmektedir. Mahalli idarelerin düzenlendiği AY. md. 127'de "belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile" birlik kurmalarına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Kamu görevlilerine ilişkin genel hükümlerin yer aldığı AY. md. 128, "kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" başlığı altında yer alır. İlgili hükümde "kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği düzenlenmektedir.

Görüldüğü üzere Anayasa koyucu idarenin genel idare esaslarına göre yürüttüğü faaliyetlerin tümünü kamu hizmeti olarak kabul etmektedir.

⁴⁵ AY. md. 104/17 uyarınca yürütme yetkisine ilişkin konularda, münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmeyen veya daha önce kanunla düzenlenmeyen ve Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler dışında kalan alanlarda kamu tüzel kişiliği kurulması suretiyle CBK ile kamu hizmeti tanımlanabilir.

İdarenin kamusal usullere göre yürüttüğü kamu hizmeti dışında herhangi bir faaliyet alanından bahsedilmemektedir. Öğretideki bazı görüşlerde, idarenin faaliyetlerinin büyük bir kısmının kamu hizmeti olmasının yanı sıra bazı faaliyetlerini kamu hizmetinden ayırmaktadır. Buna göre idarenin faaliyetlerinden kamu hizmetinden farklı nitelikleri olduğu kabul edilen kolluk faaliyeti ayrımına gidilmektedir.⁴⁶ Buna göre idarenin kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerinin yanında kolluk ve özendirme-destekleme faaliyetleri de bulunmaktadır. Öğretideki bazı görüşler ise idarenin tüm faaliyetlerinin kamu hizmeti adı altında kabul edilmesi gerektiği yönündedir.⁴⁷ ULER'e göre Anayasa'da kamu hizmeti ya idarenin görevleri ya da yasama, yürütme ve yargıyı da kapsayacak şekilde idari teşkilatlanma bakımından yer almakta ve Anayasa'ya göre devletin örgütlenmesi ve tüm görevleri kamu hizmetidir.⁴⁸

Bir kamu hizmeti, var olan idareye bir faaliyet alanında yetki tanımlanarak oluşturulabilir. Bunun gerçekleştirilmesi iki yöntemle mümkün olup ya o zamana kadar hiç mevcut olmayan bir faaliyet ilk defa kamu hizmeti olarak kurulur ya da özel teşebbüsün yürüttüğü özel faaliyet, kamu hizmeti haline getirilir.⁴⁹ Anayasa'daki düzenlemeler dikkate alındığında idareye faaliyette bulunma yetkisi vermekle yetkili organlar, yasama organı olarak TBMM ve yürütme organı olarak cumhurbaşkanıdır. Nitekim Türk hukukunda yasamanın genelliği ve asliliği kabul edilmiş, yürütme yetkisi ve görevinin ise Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede faaliyette bulunma yetkisi vermekle genel yetkili organ yasama organı olarak karşımıza çıkar. Ancak AY. md. 104/17 uyarınca bu yetki Cumhurbaşkanı'na da aittir. TBMM kanun yaparak, cumhurbaşkanı CBK çıkararak kamu hizmeti kurabilir. Anayasa, CBK'nın konu bakımından yetki alanını "yürütme yetkisine ilişkin konularla" sınırlamıştır. Dolayısıyla yürütme yetkisine ilişkin konuların tespit edilmesi, sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Anayasa'da yürütme yetkisi doğrudan tanımlanmamakla birlikte AY. md. 8. ve 104/1'de yürütme yetkisi ve görevinin cumhurbaşkanı tarafından yerine getirileceği düzenlenmektedir.⁵⁰ AYM, kararlarında yürütme yetkisine ilişkin genel bir tanım vermemekte, konu bakımından genel siyasetin yürütülmesi gösterilerek her somut olayda uyumsuzluk konusu esas alınmak suretiyle o konunun yürütme yetkisi kapsamında kabul edilip edilmeyeceği

⁴⁶ Günday, s. 289 vd.; Gözübüyük/ Tan, s. 664-665; Gözler, 2019b, s. 477; Çağlayan, s. 279.

⁴⁷ Atay, s. 689; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 587; Karahanoğulları, 2022, s. 289.

⁴⁸ Uler, s. 253.

⁴⁹ Gözler, 2019b, s. 356.

⁵⁰ AY. md. 8 - Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

AY. md. 104/1 - Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanıya aittir.

değerlendirilmektedir. Burada uygulanan genel bir kıstas olmayıp her somut olay kendi özelinde incelenmektedir.⁵¹

Öğretide ise genel olarak yasama ve yargı organlarının görev ve yetkileri, yapısı ve kuruluşu dışında kalan konular yürütme yetkisi içerisinde değerlendirilmektedir.⁵² Öğretideki bir başka görüş Anayasa’da açıkça Cumhurbaşkanına verilen yetkilerin yürütme yetkisine ilişkin olduğu yönündedir. Buna göre Anayasa’nın 104/9, 106/11, 108/4, 118/6 ve 123/3 veya sosyal ve ekonomik hak ve ödevlere ilişkin maddeler yürütme yetkisine ilişkindir ve Cumhurbaşkanı bu alanlarda CBK çıkarabilir.⁵³ Öğretideki bir diğer görüş ise yürütme yetkisinin, geleneksel olarak ve maddi anlamda kanunların ve hukukun icrası, yani yürütme fonksiyonu olarak somutlaştığı yönündedir.⁵⁴ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, yürütme fonksiyonu esas alınarak yürütme yetkisine ilişkin konular belirlenebilir. Bu belirleme AYM’nin kararlarında kullandığı çözüm yolu esas alınarak yapılabilir. Buna

⁵¹ “Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı’nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle yürütme yetkisine ilişkin olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı’na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı’nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.” AYM, E: 2019/78, K: 2020/6, K.T.: 23.01.2020, RG 13.05.2020, S. 31126

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 20.07.2024).

“İçişleri Bakanlığının bağlı kuruluşu olan AFAD’ın il afet ve acil durum müdürlüğü ile afet ve acil durum arama ve kurtarma birlik müdürlüğü personelinin görevlendirilmesi, çalışma usul ve esasları ile bu personele ilişkin diğer hususların Başkanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesini öngören kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu anlaşılmaktadır.” AYM, E: 2018/123, K: 2022/138, K.T.: 9.11.2022, RG 05.04.2023, S. 32154

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 20.07.2024).

“Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir.” AYM, E: 2018/119, K: 2020/25, K.T.: 11.06.2020, RG 09.11.2020, S. 31299

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 20.07.2024).

AYM’nin yürütme yetkisine ilişkin farklı kararları için bkz.: AYM, E: 2019/71, K: 2020/82, K.T.: 30.12.2022, RG 24.02.2021, S. 31405; AYM, E: 2020/65, K: 2023/187, K.T.: 8.11.2023, RG 12.03.2024, S. 32487; AYM, E: 2018/118, K: 2023/180, 26.10.2023, RG 27.02.2024, S. 32473

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 20.07.2024).

⁵² Atar, s. 247.

⁵³ Erdal Şahin, Yasalık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 69-70.

⁵⁴ Osman Can, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, C. 37, S. 1, 2020, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 141.

göre her somut olay kendi özelinde incelenerek kullanılan yetkinin yürütme fonksiyonu niteliği değerlendirilerek yürütme yetkisine ilişkin bir konu olup olmadığı tespit edilebilir.

CBK ile kamu hizmeti kurma yetkisinin sınırlarında önemli bir diğer konu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallardır. Nitekim kamu hizmeti kurulması demek genel olarak özel teşebbüs hürriyetinin sınırlanması anlamına gelir.⁵⁵ Ayrıca idarenin kamu düzenini sağlamaya ve korumaya ilişkin yetkileri kolluk yetkileri olarak somutlaşır ve genel anlamda kamu düzeni, toplumun bir arada huzurla yaşayabildiği, güvenliğinin sağlandığı, kuralsızlığın olmadığı, genel sağlığının bulunduğu organizasyonu ifade eder. Bu bakımdan kamu düzenine ilişkin faaliyetler de sınırlandırıcı mahiyette karşımıza çıkar. Bu bağlamda özel teşebbüs hürriyetini sınırlayan yetkiler ile kamu düzeninin somutlaştığı kolluk yetkileri, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran yetkililerdir. Dolayısıyla idare, bu yetkilerini kullanırken aslında temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran mahiyette yetkiler kullanmaktadır. Bu kapsamda ele alındığında idareye yasal düzenlemelerle verilen kolluk yetkilerinin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmaya ilişkin kurallara tabi olması gerektiği açıktır.

AY. md. 13 uyarınca temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlandırılabilir. AYM bir kararında temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların öncelikle kanunla yapılması ve bu kanun hükmünün hukuki güvenlik ilkesine uygun olması gerektiğini vurgulamaktadır. Yüksek mahkemeye göre bu husus hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir ve kanunilik ilkesi hukuk devleti esas alınarak yorumlanmalıdır.⁵⁶

⁵⁵ Gözler, 2019b, s. 360; Evren, s. 683.

⁵⁶ “Anayasa'nın 13. maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmektedir. Buna göre toplu iş sözleşmesi ve grev haklarına sınırlama getiren düzenlemelerin öncelikle kanunla yapılması gerekir.

Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında, toplu iş sözleşmesi ve grev haklarını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kanuni düzenlemelerin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir.

Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk

Bu çerçevede temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran mahiyette kamu hizmeti yetkisi tanımlanması durumunda yetkili organ yalnızca TBMM olmaktadır.⁵⁷ Ayrıca bu yetkinin kullanımı, sınırlandırılacak temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte AY. md. 104/17'de "*Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin*" Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Hükümün mefhumu muhalifinden Anayasa'nın İkinci Kısım Üçüncü Bölümü'nde düzenlenen "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevlerin*" CBK ile düzenlenebileceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede AY. md. 104/17 hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek temel hak ve özgürlükler bakımından bir tartışma olmamakta, cumhurbaşkanı olumlu anlamda dahi olsa bir düzenleme yapamayacaktır. CBK ile sosyal ve ekonomik hak ve ödevlere ilişkin bir sınırlandırma getirilebilir mi, sorusunun cevaplandırılması gerekir. Eğer cevap olumlu olursa sosyal ve ekonomik haklara ilişkin CBK ile kolluk yetkisi tanınabileceği ifade edilebilir. Ancak bu alanlarda CBK ile sınırlandırıcı nitelikte bir düzenleme getirilemeyeceği kabul edilirse o takdirde CBK ile kolluk yetkisi tanınamayacağı belirtilebilir.

Düzenleme kavramı, sınırlamayı da içerisine alan bir kavram olup hem hakkın kullanımını güçlendiren olumlu nitelikteki hem de hakkın sınırlandırılmasını içeren olumsuz nitelikteki düzenlemeleri kapsar. AY. md. 13'te ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin özel hüküm yer almaktadır. Bu kapsamda AY. md. 104/17 uyarınca kişi hak ve ödevleriyle siyasi haklar ve ödevlerin münhasıran kanunla düzenleneceği, olumlu da olsa Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme getirilemeyeceği açıktır. Öte yandan öğretilerdeki görüşler AY. md. 13 uyarınca temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğini ve buradaki kanun ifadesinin şekli anlamda, yasama organı tarafından kanun adı altında çıkarılan genel, soyut, kişilik-dışı normlar olarak anlaşılması gerektiği noktasında birleşmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, AY. md. 104/17'den sosyal ve ekonomik hak ve ödevlere yönelik yalnızca bu hakları güçlendiren olumlu nitelikte düzenlemeler getirilebilir; sınırlandırma niteliğinde bir düzenleme getirilemeyeceği ifade edilmektedir.⁵⁸ Dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir yetki olarak kolluk yetkisinin

devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır." AYM, E: 2021/27, K: 2023/26, K.T.: 16.02.2023, RG 21.07.2023, S. 32255

(<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, s.e.t. 25.07.2024).

⁵⁷ Karahanoğulları, 2015, s. 261.

⁵⁸ Fendoğlu, 2023a, s. 786-787; Atay, s. 74; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Dördüncü Baskı, 2021, s. 998; Sancakdar/ Önüt/ Us Doğan vd., s. 90; Atar, s. 248; Melikşah Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri", C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 324; Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 39.

CBK ile tanınması mümkün olmayıp yalnızca kanunla düzenlenebileceği ifade edilebilir. Ayrıca özel teşebbüs tarafından yürütülmesi mümkün olan bir alanın kamu hizmeti olarak tanınması temel hak ve özgürlük sınırlandırması anlamına geleceği için bu alanda da kanunla düzenlenme şartı ifade edilebilir. Özel teşebbüsün yürütmediği ve yürütme ihtimalinin de olmadığı bir faaliyet ise CBK ile kamu hizmeti haline getirilebilir.⁵⁹

SONUÇ

İdarenin kanuniliği ilkesi hukuk devletinin temel gereklerinden bir tanesidir. Bu ilke uyarınca idare, faaliyetlerinde kanuna dayanmalı ve idarenin faaliyetleri kanuna aykırı olmamalıdır. İdarenin kanuniliği ilkesi Anayasa'da 2017 değişikliği öncesi yasama organının kanun adı altında genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı kurallarla idareye yetki ve görev tanımlaması şeklinde karşımıza çıkmaktaydı. 2017 Anayasa değişikliği sonrası ise CBK'nın konu sahasının genişlemesiyle idarenin kanuniliği ilkesi farklı bir boyut kazanmıştır. CBK'ya ilişkin genel kuralların yer aldığı AY. md. 104/17'ye göre bazı sınırlara uygun olmak kaydıyla Cumhurbaşkanlığı tarafından CBK çıkarılabilir. Değişiklik sonrası yasama organının yanı sıra maddede belirtilen sınırlar dahilinde cumhurbaşkanına asli düzenleme yetkisi tanınmıştır. Dolayısıyla cumhurbaşkanı, yasama organından yetki almadan ve getirdiği kararnamenin onaylanmasına gerek olmadan CBK çıkarabilir. Bu çerçevede Türk hukukunda idareye tanınan yetkiler Anayasa'da belirtilen sınırlara uygun olmak kaydıyla kanunla veya CBK ile verilmelidir. Aksi halde idarenin işlem veya eylemi hukuka aykırı olur.

Anayasa'ya göre idare kamu hizmeti sunmakla yetkilendirilmiştir. Bir kamu hizmeti, idare içerisinde idari teşkilatlanma kurularak ya da kamu tüzel kişiliği kurulma yöntemleriyle oluşturulabilir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesine bir istisna getirilmediği kabul edildiği takdirde ve kamu tüzel kişiliğinin kanunla kurulacağı düzenlemesi karşısında her iki yöntemle de kamu hizmeti kurulabileceği ifade edilebilir. Ayrıca bakanlıkların kurulması, görev ve yetkilerinin CBK ile düzenleneceğini belirten AY. md. 106/11 hükmü ve kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulacağını düzenleyen AY. md. 123/3 hükmü uyarınca CBK ile bakanlık içerisinde herhangi bir yapıya yeni görev ve yetki tanımlamak veya bir kamu tüzel kişiliği kurmak suretiyle kamu hizmeti kurulabileceği söylenebilir.

Kamu hizmeti var olan bir idareye görev veya yetki tanımlamak şeklinde de kurulabilir. Buna göre ya daha önce var olmayan bir faaliyet ilk defa kamu hizmeti olarak kurulur ya da özel teşebbüsün yürüttüğü özel faaliyet, kamu hizmeti haline getirilerek kamu hizmeti kurulur. AY'de idarenin faaliyetleri bakımından bir ayrıma gidilmemekte, idarenin tüm faaliyetleri kamu hizmeti şeklinde yer almaktadır. Bununla birlikte idarenin bazı faaliyetleri kamu düzenini sağlamaya veya korumaya yöneliktir. Bu faaliyetler genel olarak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı faaliyetler olarak karşımıza çıkar. Ayrıca bazı kamu hizmetleri kurulmalarıyla birlikte özel girişim özgürlüğünü sınırlandırıcı nitelikte karşımıza çıkabilir. Bu tür

⁵⁹ Gözler, 2019b, s. 360.

durumlarda AY. md. 13 ve 104/17 birlikte düşünöldüğünde sınırlandırmanın kanunla yapılması gerektiği ve CBK ile temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı mahiyette düzenleme getirilemeyeceği, diğör bir ifadeyle bu niteliklere sahip bir kamu hizmeti de kurulamayacağı tespiti yapılabilir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B/ Sezginer, M/ Kaya, C, Türk İdare Hukuku, On Yedinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Altındağ H, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Ardıçoğlu M A, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, C. 75, S. 3, 2017, Ankara Barosu Dergisi, s. 19-51.

Atar Y, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, C. 39, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 241-259.

Atay E E, İdare Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.

Can O, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, C. 37, S. 1, 2020, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 133-192.

Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri, Onuncu Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

Çakmak N M, “Sanatsal Kamu Hizmetleri”, C. 14, S. 1, 2010, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 251-262.

Derbil S, İdare Hukuku Cilt:II, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara, 1952.

Duguit L, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ortaklığı, Ankara, 1954.

Duran L, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Eren A, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İctihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 1-72.

Evren Ç C, “Bir Danıştay Kararı Üzerine Kamu Hizmetinde Bedel Sorunu”, C. 11, S. 1, 2007, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 679-692.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, On Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023(a).

Fendoğlu H T, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sınırları”, S. 71, 2023(b), Adalet Dergisi, s. 607-629.

Gözler K, İdare Hukuku Cilt I, Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019(a).

Gözler K, İdare Hukuku Cilt II, Üçüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019(b).

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku, Dördüncü Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.

Gözler K/ KAPLAN, G, İdare Hukuku Dersleri, Yirmi Beşinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2023.

Gözübüyük Ş/ Tan T, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Yedinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Gülan A, “Kamu Hizmeti Kavramı”, C. 9, S. 1-3, 1988, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 147-159.

Günday M, İdare Hukuku, On Birinci Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.

Kanadoğlu K, “Yeni Siyasal Rejimin Yerel Yönetimlere Yansımaları”, C. 16, S. 1, 2019, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 39-54.

Karahanoğulları O, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Üçüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Karahanoğulları, O, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.

Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1967.

Sancakdar O/ Önüt, L B/ US Doğan E/ Kasapoğlu Turhan M/ seyhan S, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Onuncu Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Şahin E, Yasallık İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

Tan T, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, C. 8, S. 1, 1991, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 233-252.

Uler Y, “Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti”, C. 15, 1998, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 252-256.

Ulusoy A D, Türk İdare Hukuku, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Yasin M, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 315-333.

Yıldırım T, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, C. 36, S. 1, 2019, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 293-314.

Yılmaz H, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, C. 78, S. 1, 2020, İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 225-263.

Zeybek Cebeci E, “Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist ve Subjektivist Yaklaşımlar”, C. 25, S. 1, 2019, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 86-96.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI:

AYM, E. 2011/149, K. 2012/187, K.T.: 22.11.2012, RG, 04.12.2013, S. 28841.

AYM, E. 2004/114, K. 2007/85, K.T.: 22.11.2007, RG 24.12.2007, S. 26736.

AYM, E. 1994/43, K. 1994/42, K.T.: 09.12.1994, RG 24.01.1995, S. 22181.

AYM, E. 1985/7, K. 1985/22, K.T.: 28.11.1985, RG 21.01.1986, S. 18995.

AYM, E. 2019/78, K. 2020/6, K.T.: 23.01.2020, RG 13.05.2020, S. 31126.

AYM, E. 2018/123, K. 2022/138, K.T.: 9.11.2022, RG 05.04.2023, S. 32154.

AYM, E. 2018/119, K. 2020/25, K.T.: 11.06.2020, RG 09.11.2020, S. 31299.

AYM, E. 2019/71, K. 2020/82, K.T.: 30.12.2022, RG 24.02.2021, S. 31405.

AYM, E. 2020/65, K. 2023/187, K.T.: 8.11.2023, RG 12.03.2024, S. 32487.

AYM, E. 2018/118, K. 2023/180, 26.10.2023, RG 27.02.2024, S. 32473.

AYM, E. 2021/27, K. 2023/26, K.T.: 16.02.2023, RG 21.07.2023, S. 32255.

DANIŞTAY KARARLARI:

Danıştay 8. Dairesi, E. 2020/6651, K. 2023/4502, K.T.: 10.10.2023.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2021/113, K. 2021/111, K.T.: 15.12.2021.

NAMIK KEMAL VE OSMANLI'DA ANAYASAL DÜŞÜNCENİN GELİŞİMİ

Namık Kemal and the Development of Constitutional Thought in the Ottoman Empire

Arş. Gör. Mustafa Fatih SARI*

Öz: Osmanlı, 18. yüzyılda yaşanan askerî kayıplar neticesinde gözünü Batı'ya çevirmiş ve askerî reform girişiminde bulunmuştur. İlerleyen yıllarda sorunların askerî reformlarla çözülemeyeceği anlaşılmış ve özellikle II. Mahmud döneminin sonlarında devlet düzeninde birtakım reformlara girişilmiştir. O dönemde yapılanların Batı'nın siyasi ve idarî kurumlarından izler taşıdığı açıktır. Bununla beraber esas kırılmanın Mustafa Reşid Paşa ve Tanzimat Fermanı ile gerçekleştiği kabul edilmektedir. "Devlet nasıl kurtarılacak?" sorusu hâlâ herkesin düşüncesinin merkezinde durmaktadır ancak artık bu soruya verilen cevaplar değişmeye başlamıştır. Reşid Paşa, ideal devletin oluşturulmasının "iyi hükümdar" yetiştirmekle ilgili bir mesele olmadığını düşünmektedir. Ona göre devlet idaresinde muvazeneyi sağlamak maddi varlıklar, müesseselerden geçmektedir. Tanzimat'ın ilerleyen yıllarında ise çarpıcı itirazlara sahip Yeni Osmanlılar hareketi filizlenmiştir. Bu hareketin belki de en önemli ismi Namık Kemal'dir. Onun düşüncesi gelenek/din ve Batı arasında bir sentez arayışının yansımasıdır. Bu doğrultuda İslâmî kavram ve kurumlarla Batı siyasi ve hukuki düşüncesinin ürettiği kavram ve kurumlar arasında bağ kurmak için yoğun bir çaba harcamıştır. Ona göre Batı düşüncesinde öne çıkan halk egemenliği, temel hak ve özgürlükler, hürriyet, parlamento, eşitlik gibi kavramların hepsinin İslâm düşüncesinde karşılığı bulunmaktadır. Her ne kadar söz konusu sentez çabası çelişkili bir muhtevaya sahip olmakla eleştirilse de, ilgili dönemin askerî, siyasi ve düşünce ortamı koşulları birlikte değerlendirildiğinde, bizzat bu çabanın kendisinin bile ne kadar kıymetli olduğu görülecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasal düşünce, Osmanlı anayasacılığı, Namık Kemal, halk egemenliği, parlamento.

Abstract: The Ottoman Empire turned itself to the West due to the military losses during the 18th century and attempted to make military reforms. In the following years, it was understood that the problems could not be overcome through military reforms and it was undertaken new reforms regarding the state order, especially towards the end of the Mahmud II period. It is apparent that what was done in that period had traces of the Western political and administrative institutions. Along with this, it is accepted that the turning point happened with Mustafa Reşid Paşa and the Tanzimat Edict. The question of "How will the state be saved?" was still at the center of everybody's mind; however, the answers to this question had started to change. Reşid Paşa thought that creating the ideal state was not a matter of raising a "good ruler". For him, ensuring the balance in the state administration was about the material assets and institutions. In the upcoming years of Tanzimat, on the other hand, the New Ottoman movement that had striking power of opposition occurred. The most critical name for this movement was probably Namık Kemal. His thought was mainly a reflection of the search for a synthesis between tradition/religion and the West. In this regard, he spent an intensive effort to establish a tie between the concepts and institutions that were produced by Islamic concepts and institutions and also Western political and legal thought. For him, the concepts prominent in Western thought such as popular sovereignty, fundamental rights and freedoms, liberty, parliament, and equality all had a place in Islamic thought. Even though the efforts for synthesis in question are being criticized as having contradictory content, in an altogether evaluation of the military, political, and intellectual environment conditions of that period, it will be seen how important this effort itself is.

Keywords: Constitutional thought, Ottoman constitutionalism, Namık Kemal, popular sovereignty, parliament.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mustafafatihisari@hacettepe.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6803-669X DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573705
Makale Geliş Tarihi: 03.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 12.09.2024

GİRİŞ

Kurumsal ve düşünce tarihimiz bakımından Osmanlı ve Cumhuriyet dönemleri arasındaki süreklilik ve kopuşların belirlenmesi bugüne dek pek çok çalışmanın konusunu oluşturmuştur. Anayasal kurumlar ve kavramlar bakımından da her iki dönem arasında bir süreklilik ve kopuş ilişkisinden bahsetmek pekâlâ mümkündür. Bu noktada genellikle Sened-i İttifak (1808)-Tanzimat Fermanı (1839)-İslahat Fermanı (1856)-I. Meşrutiyet (1876)-II. Meşrutiyet (1908) şeklinde Osmanlı özelinde kurulan hat, Cumhuriyet (1923) ile kavuşturulmaktadır. İlerlemeci tarih anlayışının bir yansıması kabul edilebilecek bu hattın söylemsel düzeydeki tutarlılığına hanel gelmemesi adına ise tarihsel süreç belli bir elekten geçirilmektedir. Bu kurguya görece tezat teşkil eden tarihsel durumlar ya halının altına süpürülmekte ya da kurgunun inşa ettiği forma uyum sağlaması adına tıraşlanmaktadır. Özellikle bizim gibi tarihsel meseleleri olduğu haliyle anlamaya çalışmaktan ziyade, tarihi güncel ve popülist siyasal tarafgirliklere malzeme taşıyan bir cephanelik olarak gören toplumlar için bahsedilen yaklaşım sosyolojik bir realiteye karşılık gelmektedir. Toplumsal düzlem için yapılan bu tespitin entelektüel yahut akademik düzlemde de belirgin karşılıkları bulunmaktadır.

Düşünce tarihimizde bazı isimler vardır ki, bir yerde konumlandırılması diğerlerine kıyasla fazlasıyla zordur. Namık Kemal, Ahmed Hamdi Tanpınar, Nurettin Topçu gibi isimler bu meyanda zikredilebilir. Bu tip isimler bir nevi “arafta kalma” akıbetiyle karşı karşıyadırlar. Yukarıda izah edilmeye çalışılan, herkesi ve her şeyi ziyadesiyle indirgemeci bir tavırla kaba taslak inşa edilmiş kategorilere dahil etme alışkanlığı, onlar için de iki ihtimal ortaya çıkarmıştır: Halının altına süpürülme/görmezden gelinme veya ilgili kategoriye/forma dahil etme adına düşüncelerinin tıraşlanmaya maruz kalması. İşte bu çalışmada konu edinilecek olan Namık Kemal’in de yer yer her iki tercihe maruz kaldığı söylenebilir. Açmak gerekirse, yukarıda bahsedilen, Osmanlı-Türk anayasal gelişme hattına kendisine kolayca yerleştirmek kolay olmadığından Cumhuriyet tarihi boyunca bazen görmezden gelinmiş, bazen sert bir reddetme tavrıyla karşılaşmış, bazen de belli tarafları görmezden gelinip belli tarafları da aşırı derecede öne çıkartılmıştır. Burada yapılmak istenen ise her iki ihtimalden de mümkün olduğunca uzak durup, Namık Kemal’in anayasal düşünce tarihimiz bakımından durduğu yeri ve önemini olanca berraklığıyla anlamaya çalışmak olacaktır.

Aşağıda öncelikle Namık Kemal’in düşüncelerini kaleme aldığı dönemden önceki tarihsel süreçte ortaya çıkan anayasal gelişmeler ve anayasal düşünce serüveni; devamında Namık Kemal’in düşünce dünyasının genel hatları ve sonrasında ise Namık Kemal’in anayasal düşüncelerinin merkezî kavramlarının neler olduğu, bu kavramların içini nasıl doldurduğu ele alınacaktır.

I. OSMANLI’DA ANAYASAL DÜŞÜNCENİN SERÜVENİ

Osmanlı Devleti, özellikle 1453’te İstanbul’un fethedilmesinden sonraki süreçte inşa etmiş olduğu siyasi ve idari organizasyonla dikkate değer bir başarı ortaya koymuştur. Klasik tasnifte “yükselme dönemi” olarak ifade edilen ilgili dönemde ardı ardına gelen askerî fetihler sayesinde

topraklar alabildiğine genişlerken devlet yapısı bu zorlu sürecin üstesinden bir şekilde gelmeyi başarabilmiştir. Geleneksel düşünce yapısında aslanan değişim değil, kurulu düzenin olduğu şekliyle devam ettirilmesidir ve bir şeylerin değişmesi gerektiğini akla getirebilecek düzeyde hiçbir olumsuzluk yok gibidir. Bununla beraber tarih dinamiktir ve Osmanlı'da her şey var olduğu şekliyle, ideal ölçüleriyle devam ediyor olsa dahi -ki öyle olmamıştır- dışındaki dünyada pek çok şey değişmektedir ve bu da tabiatıyla Osmanlı Devleti'ni etkileyecektir. Anadolu'yu kasıp kavuran Celali İsyanları aslında bir şeylerin ters gittiğine dair sinyalleri vermeye başlamıştır. Yine ilerleyen zamanda savaş meydanlarında yaşanan ağır kayıplar, bu alanda sahip olunan üstünlüğün ortadan kalktığını hissettirmektedir. Ters giden bir şeyler vardır ve değişim fikri yavaş yavaş zihinlerde yerleşmeye başlamıştır. Ancak yanlış gidenin ne olduğunun, değişimin içerik ve boyutlarının belirlenmesi başlı başına temel bir sorunsaldır. Batı karşısında güç dengesinin değişimi ilk kez askerî alandaki mağlubiyetlerle net bir biçimde fark edilmiş olduğundan reform düşüncesi de haliyle başlangıçta bu alanla sınırlı olarak tartışılmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda 18. yüzyıla beraber Batı'dan farklı rütbelere askerî personelin Osmanlı tarafından çeşitli görevlere getirildiğini görmekteyiz. Ancak belli bir zaman geçtikten sonradır ki, var olan problemlerin askerî alanda yapılacak reformlarla sınırlı kalınarak üstesinden gelinemeyeceği fikrine varılacaktır.

18. yüzyıl sonlarında padişah III. Selim'in çeşitli kişilerden var olan sorunların ve daha da önemlisi çözümlerinin ne olacağına dair raporlar istemesi söz konusudur. Ancak bu noktada ilgili raporların var olan sorunları bütünsel ve derinlikli bir analize tabi tuttuğunu söylemek kolay değildir. Yine başta yeniçeriler olmak üzere devletin farklı unsurlarının da potansiyel reform sürecini baltalamaya dönük bir eğilimi vardır -ki zaten bir süre sonra III. Selim bu unsurların rahatsızlıklarının kurbanı olacaktır. Esasında 17. yüzyıldaki *Koçi Bey Risalesi* ve yine mesela III. Selim'e sunulan layiha/raporlarda benzer bir eğilim bulunmakta olduğu söylenebilir. Tımar sisteminin bozulması, taşrada güvenlik ve düzenin sağlanamaması, askerler arasında görülen gevşeklikler gibi çeşitli somut göstergeler üzerinden mevcut durum kötülenmekte ve eskinin ideal düzenine dönülmek suretiyle sorunların çözüleceği varsayılmaktadır. Bir anlamda kendi içine kapanmış bir düşünce dünyasının ürünü olan bu raporlar, büyük oranda birbirini tekrar etmektedir. Yakın bir zamana kadar yabancı ülkelerde büyükelçi bulundurma gerekliliği hissedilmemesi de aynı içine kapanma halinin bir tezahürüdür. Nitekim dışarıda olan biteni anlama ihtiyacı, Batı karşısındaki üstünlük duygusunun sebep olduğu içe kapanma halinin değişmeye başlamasıyla ortaya çıkacaktır.

III. Selim'in Nizam-ı Cedid teşebbüsünün tahtını ve dahi canını kaybetmesiyle sonuçlanması II. Mahmud'u yeniçeriler karşısında daha dikkatli olmaya sevk edecektir. Aşamalı bir şekilde ayanlar karşısında merkezîyetçi politikalarını icraata geçirmesi (nitekim 1808'de akdedilen Sened-i İttifak da zamanla unutulmaya yüz tutacaktır) ve 1826'da yeniçeri ocağını kaldırması (Vaka-i Hayriye) söz konusudur. II. Mahmud'un devlet düzeni içerisinde önemli değişiklikleri planlaması ise tahtının ve ömrünün son zamanlarında görülecektir. Sadrazamlığın başvekalet haline getirilmesi; Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye, Meclis-i Vükela, Dâr-ı Şûrâ-yı Bâbîali gibi görece temsilî niteliğe sahip meclisleri ihdas etmesi bahsedilen hedeflerine

dair verilebilecek örneklerdendir. Burada Batı'daki muadil kurumların belli düzeyde örnek alındığı görülmektedir. Ancak bu tarz reformlarla padişahın otoritesinin, yetki alanının sınırlandırılmasının amaçlanmadığı hatırlatılmalıdır.

II. Mahmud döneminin en önemli meselesi kuşkusuz Mısır ve Kavalalı Mehmed Ali Paşa olmuştur. Devlet, kendi kapasitesiyle bahsedilen sorunun üstesinden gelemeyince bu bir iç mesele olmaktan çıkmıştır. Ruslar, Fransızlar ve İngilizlerin sürece doğrudan/dolaylı dahil olduğu uluslararası bir mesele halini almıştır. Nitekim II. Mahmud'un ölümü de Kavalalı'ya ait askerî güçlerin ilerlemesinin durdurulamamasına dair başkente gelen haberler neticesinde olmuştur. Tahta çıkan ve yaşı oldukça genç olan Abdülmecid ise önünde ciddi sorunlar bulmuştur. İşte Tanzimat Fermanı'nın ilanı ve Mustafa Reşid Paşa'nın devlet içerisindeki önlenemez yükselişi böyle bir ahvalde ortaya çıkacaktır. 1808, Sened-i İttifak'ı hazırlayan süreçte ayanların öne çıktığı içsel dinamikler daha baskınken, 1839'da Tanzimat Fermanı'nın ilan edilme sürecinde içsel dinamiklerden ziyade dışsal dinamiklerin baskın olduğu söylenebilir. 1838 Balta Limanı Ticaret Antlaşması'nın muhtevası ve Kavalalı meselesinin içsel kapasiteyle çözülememesi Osmanlı'nın özellikle Batı karşısındaki güçsüz konumunu açık bir şekilde ortaya koyan örneklerdir.

Tanzimat Fermanı'nın ilan edildiği dönemde devletin yöneticileri arasında Mustafa Reşid Paşa ile benzer doğrultuda düşünen isimlerin sayısı oldukça azdır. Ve Ferman'la ilgili tartışmaları teorik zeminde sürdüren, bu bağlamda öne çıkan bir isme de rastlanmaz. Ulemanın güncel meselelerle olan bağı büyük oranda kopmuş vaziyettedir. Dolayısıyla o taraftan Tanzimat tartışmalarına ufuk açıcı bir perspektif sunulmasından ziyade, geri yahut karşı durma olarak tarif edilebilecek bir tavır söz konusudur. Nitekim Ahmed Cevdet Paşa'nın¹ da mensubu olduğu ulema sınıfının çağın meselelerine uzak kalışına dair önemli eleştiriler getirdiğini görmekteyiz. Gencer'in ifadesiyle, siyaset artık "ulemanın aklının ermediği devlet işlerinin yürütülmesi" sanatı anlamına geliyordu. Ulemanın meslekî bilgisinin reel, politik dünyada bir karşılığı kalmamıştı ve bu da ulema bakımından siyasî yabancılaşma sonucunu doğurmaktaydı. Ulema sınıfı içerisinde siyasî gerçeklikle bağı kuvvetli olan pek az kişi kalmıştı ki Cevdet Paşa bunların başında geliyordu.² Ulemanın dışında aydın/entelektüel denilen ve bu meselelere kafa yoran isimler de yine Tanzimat başlarında ortada yoktu. Dolayısıyla geriye yalnızca Babialı içerisinde Mustafa Reşid Paşa'nın başını çektiği ve Tercüme Odası çevresinin görece öne çıktığı dar bir grup kalıyordu. Bu bağlamda Reşid Paşa'ya ayrı bir parantez açmak gerekmektedir.

¹ "Ahmet Cevdet Paşa, ilmiyeden gelen bir Paşa olmasına rağmen, idari yapının batılılaşmasını çok isteyenlerden biriydi. Genelde Tanzimat bürokratları Hariciye bölümünden ise de, Ahmet Cevdet Paşa ilmiyedendi. Klasik dönemde umera, asker kökenli iken giderek sivilleşmişti. Ahmet Cevdet Paşa kazaskerlikten mülkiyeye geçip vezir olduğunda bu durum Osmanlı'da ilk kez gerçekleşiyordu." Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, Türk Anayasa Hukuku Tarihi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 754.

² Bedri Gencer, İslâm'da Modernleşme, 4. Baskı, Doğu-Batı Yayınları, Ankara, 2017, s. 225-226.

Namık Kemal'in düşünce dünyasını kavramak bakımından elimizde pek çok yazılı materyal olmakla beraber aynı şeyi Reşid Paşa için söylemek mümkün değildir. Defalarca sadrazamlık, Hariciye Nazırlığı gibi görevlerde bulunmuş üst düzey bir devlet görevlisi olarak paşanın düşüncelerinin izi ya Tanzimat Fermanı gibi öncülük ettiği hukukî düzenlemelerinin içeriğinde ya kaleme aldığı bazı raporlarda (ki en meşhuru İslahat Fermanı döneminde sürecin mimarları Ali ve Fuad Paşa'yı yerden yere vurduğu metni olsa gerektir) ya da başka birtakım yan kaynaklarda takip edilebilecektir. Nitekim Tanzimat Fermanı'nın ilanından üç ay kadar önce Londra'da İngiliz Dışişleri Bakanı Palmerston ile yaptığı görüşme bu bakımdan son derece dikkate değerdir. Bu görüşmede Reşid Paşa, söz konusu meseleyi birkaç yıldır düşündüğünü ve Sultan Mahmud'un ölümüyle beraber artık bunları açıkça ifade etmekten endişe etmediğini dile getirmektedir. İlgili görüşmede Mardin'e göre en dikkat çekici nokta, M. Reşid Paşa'nın "değişmez müesseseler"lere gösterdiği ilgidir. Reşid Paşa'yı farklı kılan, Osmanlı'nın kötü gidişatından ilk kez hoşnutsuzluk duyan ya da bunu ifade eden kişi olması değildir. Nitekim uzunca bir zamandır devlet ricaline sunulan pek çok layiha kaleme alınmıştır. Reşid Paşa'yı farklı kılan ise ilk kez padişahlık müessesesinin bu denli küçümseyen ve hatta devletin inkırazının sebepleri arasında görülüyor oluşudur. Farkın anlaşılması adına Mardin, Reşid Paşa'nın fikirlerini 18. yüzyılda Sarı Mehmet Paşa tarafından kaleme alınmış *Nesaih'ül Vüzera ve'l Ümera* adlı ıslahat lâyihasındaki görüşler ile kıyaslamaktadır. Sarı Mehmet Paşa için devletin mevcut durumunun nasıl düzeleceği bellidir: "İyi hükümdar" yetiştirmek. Ve metninin odaklandığı husus, söz konusu "iyi hükümdar"ın nasıl yetiştirileceğidir. Oysa Reşid Paşa için ideal devletin oluşturulması "iyi hükümdar" yetiştirmekle ilgili bir mesele değildir. Ona göre devlet idaresinde muvazeneyi sağlamak maddi varlıklar, müesseselerden geçmektedir. Mardin, paşanın bu tutumunun liberalizm cereyanının arkasında yatan ideoloji ve dünya görüşüyle bütünüyle uyumlu olduğu düşüncesindedir. Özetle, Reşid Paşa'nın temel amacı padişahın hareketlerini sınırlayacak bazı müesseselerin kurulmasıydı. Bu ise 19. yüzyıl başlarındaki liberalizm ve ona en önemli özelliklerini bağışlayan Anayasacılık cereyanının güttüğü gayelerden biriydi. Söz konusu Anayasacılık hareketiyle Reşid Paşa'nın elde etmek istedikleri arasında tam bir uyum söz konusuydu.³ Gerçekten de Reşid Paşa'nın Batı'nın çeşitli ülkelerinde görev yaptığı sıralarda Batı düşüncesiyle belli seviyede irtibat kurduğu, bu düşüncenin kurumsal düzeydeki yansımalarını müşahade etme imkânı bulduğu söylenebilir. Bununla beraber, aşağıda irdelenmeye çalışılacak olan Namık Kemal'in düşünce dünyasındaki derinliğin bir benzerinin Reşid Paşa'da bulunduğunu söylemek güçtür. Paşa'nın düşüncelerine bir taraftan dar anlamda kendisi ve çevresinin, geniş anlamda ise Babıali'nin menfaatlerinin kurumsal düzeyde sağlanması amacı; diğer taraftan ise uluslararası arenada imparatorluk için Batı'nın desteğini alabilmek adına hukukî alandaki reformların bir araç olarak kullanılması planı eşlik etmektedir. Yani Kemal'in anayasal düşüncelerinde idealizm daha

³ Şerif Mardin, "Tanzimat Fermanı'nın Manası: Yeni Bir İzah Denemesi", Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Halil İnalcık-Mehmet Seyitdanlıoğlu (ed.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, s. 149-154.

baskinken, Reşid Paşa'nınkilerde pragmatizm daha baskın gibidir. Bunda ikisinin buldukları konumlardaki farklılıkların da önemli oranda payı olsa gerektir.

1856 yılında Islahat Fermanı'nın ilan edildiği süreçte ise artık göz önündeki isimler Ali ve Fuad Paşalar olacaktır. Her ne kadar Mustafa Reşid Paşa'nın yetiştirdiği isimler de olsalar söz konusu tarihlere araları açılmış vaziyettedir. Nitekim Reşid Paşa, belki de kişisel hırslarının da etkisiyle, Islahat Fermanı'nın ziyadesiyle sorunlu bir metin olduğuna dair padişaha detaylı bir rapor sunacaktır. 1856'ya gelindiğinde dışsal baskılar 1839'a kıyasla son derece açık bir hâl almıştı. Ve tıpkı Tanzimat Fermanı'nda olduğu gibi Islahat Fermanı'nda da uluslararası konjonktürde devletin aleyhinde olan durumları kısmen de olsa lehe çevirebilmek adına hukukî reformların bir koz olarak kullanılmaya çalışıldığını görmekteyiz. Batı karşısındaki asimetrik güç ilişkisinin iyiden iyiye ayyuka çıkması ve bu durumun siyasî, iktisadî, hukukî, idarî ve toplumsal alandaki reformlara dair yansımaları Ali ve Fuad Paşalara (ve pek tabii ki onların temsil ettiği reform sürecine) ciddi bir muhalefetin doğmasına sebep olmuştu. Esasında Yeni Osmanlılar'ın ve dahi Namık Kemal'in öne çıkışları da tam da burasıyla alakalıdır.

Bir düşünce insanının düşünce dünyasını, düşünce dünyasını oluşturan merkezi kavramların işaret ettiği somut gerçekliği vs. kavramak için öncelikle ilgili dönemin hâkim atmosferini kavramak gerekir. Gerek dönemin atmosferi gerekse ilgili kişinin biyografik kırılmaları ilgili kişinin ne düşündüğü, ne hakkında düşündüğü, kullandığı kavramlarla neye işaret ettiği gibi pek çok hususu etkileyecektir. Marx'ı anlamak Sanayi İnkılabı'nı anlamaktan ya da Machiavelli'yi anlamak dönemin siyasal parçalanmışlığını anlamaktan geçer. Namık Kemal'in burada bahsedilecek düşünceleri bağlamında etkin olduğu yıllar daha ziyade 1860'lar ve 1870'lerdir. Öncesinde Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı süreçleri yaşanmıştır. Devletin siyasî ve ekonomik alandaki güçsüzleşme süreci artık iyice belirginleşmiş durumdadır. Dış borç döngüsüne girilmiş ve Rus tehdidi karşısında Batılı devletler üzerinden sağlanan dengeyle toprak bütünlüğü korunmaya çalışılmaktadır. Aynı zamanda gayrimüslim tebaada siyasal bağımsızlık hareketleri hızla ivmelenmektedir. Böyle bir tarihsel bağlamda devlet adamlarından aydınlara herkesin üzerinde kafa yorduğu temel mesele açıktır: Devlet, içerisine düştüğü bu durumdan nasıl kurtulacak? Bu soruya verilen cevaplar ise temelde ikiye ayrılır: a) Eskinin ideal/geleneksel düzenine dönüş; b) İlerleyen Batı'nın örnek alınması. İşte Namık Kemal'in de düşünsel serüveni bu temel mesele üzerine bina edilmiştir denilebilir.

II. NAMIK KEMAL'DE ANAYASAL DÜŞÜNCE

Türk toplumunda Namık Kemal'den bahsedilince akla ilk olarak onun edebî kişiliği ve bununla ilintili olarak da *Vatan yahut Silistre* oyunu gelmektedir. Bu genel algının bir devamı olarak sosyal bilimler literatüründe de onun edebî yönünü ele alan çalışmaların daha geniş bir hacim kapladığından bahsedilebilir. Ve fakat o, özellikle Şinasi ile tanışmasından sonra siyasî, hukukî, iktisadî ve toplumsal meselelere yoğun bir alaka duymaya başlamış olup, bu alakası Avrupa'da geçirdiği/geçirmek zorunda olduğu dönem boyunca daha kapsamlı ve derinlikli bir bilgi düzeyine

ulaşmıştır. Edebî eserlerinde belirgin bir şekilde görülen duygu yoğunluklu tarafı, düşünsel serüvenini baltalamaktan ziyade beslemiş gibidir. Bu başlık altında da onun özellikle anayasal meseleler hakkındaki yaklaşımı ve düşünceleri ile bu bağlamda düşünce tarihimizde durduğu yer değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ve fakat bundan evvel, Kemal'in düşünce dünyasının genel hatları hakkında bazı açıklamalar yapılması yararlı olacaktır.

A. NAMIK KEMAL'İN DÜŞÜNCE DÜNYASININ GENEL HATLARI

Kemal'in metinleriyle hemhâl olanların ilk gözüne çarpan hususların başında onun düşünce dünyasının zenginliği gelecektir. Bir taraftan İslâmî düşünceye bir taraftan da Batı düşüncesine dair dikkate değer bir bilgi seviyesine sahiptir. Ulema mensubu değildir ve fakat zamanın büyük ulemasından tefsir, hadis, fıkıh ve tasavvuf dersleri aldığı oğlu Ali Ekrem tarafından dile getirilmektedir. Tercüme Odası geçmişi, Şinasi ile yollarının kesişmesi ve Avrupa günleri ise onun Batı düşüncesiyle olan irtibatını sağlamış gözükmektedir. Montesquieu, fikirlerini en çok benimsediği Batılı isimdir.⁴ Yine Locke, Hobbes, Rousseau gibi isimlerden de yararlanmaktaydı.⁵ Farklı kaynaklardan beslenmesinin bilgi düzeyinde sebep olduğu bu zenginlik, biraz da önyargılı ve kompleksli bir zihinsel tutumdan uzak olmasıyla alakalıdır. Dinî ilimlere vakıf olan ulemanın - yukarıda değinilen- Batı düşüncesi ve sosyal bilimlere olan kayıtsızlığı açıktır. Ulema içerisinde Ahmed Cevdet Paşa bir istisna teşkil eder -ki onun da ulemadan çekindiği için Fransızca'yı gizli gizli öğrenmeye çalışması, esasında ulemanın o dönemdeki ahvalini ortaya koymaktadır. Batı düşüncesine eğilimli olan devlet görevlileri ve aydınların önemli bir kısmı ise dinî ilimlere uzak görünmektedir. İşte böyle bir tablo içerisinde Namık Kemal, oldukça özel bir yerde konumlanmaktadır.

En başta onun düşünsel özgünlüğü, söz konusu iki uçtan herhangi birine odaklanmayıp, bu uçlar arasında bir denge kurmaya çalışmasından ileri gelmektedir. Körü körüne bir Batıcılığa da körü körüne bir gelenekçiliğe de karşıdır.⁶ Batı'da bir süre yaşamış ve bu ülkelerin siyasî ve iktisadî düzenlerini yerinde inceleme fırsatını bulmuştur. Bu bağlamda Batı'nın anayasacılık akımlarından, parlamento kurumundan, halkın egemenliği teorisinden, tabii/doğal haklar düşüncesinden ve liberal ekonomik düzeninden etkilenmiştir. Ancak Batı düşüncesindeki bu temel sütunları düşüncesine dahil ederken bunların zaten bizim geleneğimizde var olan şeyler olduğu şerhini düşmeyi ihmal etmemektedir. Onun düşüncesinde

⁴ Ömer Faruk Akün, "Nâmik Kemal", İslâm Ansiklopedisi C. 32, TDV Yayınları, İstanbul, 2006.

⁵ Cemil Koçak, "Namık Kemal", Modern Türkiye'de Siyasî Düşünce: Tanzimat ve Meşrutiyetin Birikimi C. 1, Tanıl Bora-Murat Gültekinil (ed.), 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009b, s. 248.

⁶ Berkes'in sözleriyle "...Namık Kemal kayıtsız şartsız şeriatçı ya da Doğucu olmadığı gibi, kayıtsız Batıcı da değildir. Tutucu 'eski'lerle, taklitçi 'yeni'ler arasında açılan uçurumun tehlikeleri üzerinde durur." Bkz. Niyazi Berkes, Türkiye'de Çağdaşlaşma, 27. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018, s. 300.

eski-yeni, gelenek-modern arasında adeta bir fark olmadığı iddia edilmektedir. Namık Kemal, yeni rejimin İslam fıkhı üzerine kurulabileceğini söylemektedir. Örneğin, bu meyanda meşveret usulü, biat akdi, şura gibi kavramlarla Batılı kavram ve kurumlar arasında özdeşlik kurmaktadır. Böyle bir vaziyet alışı sebeplerinden birisi de toplumsal desteğin sağlanmasının gerekliliğine duyduğu inanç gibi durmaktadır. Zira Osmanlı siyasî ve toplumsal yapısının yegâne meşruluk kaynağı dindi ve haliyle din söz konusu tartışmada önemli bir meşruluk referansı olmaktadır.⁷ Ancak son kertede bahsedilen bu uçları dengeleme/buluşurma çabası düşüncesinde birtakım uzlaşmaz çelişkiler ortaya çıkaracaktır. Osmanlı'da dinin en azından söylem düzeyinde bile olsa yapılanları, düzenlemeleri meşrulaştırmasının bir zorunluluk mesabesinde oluşunu tarihsel süreçteki örfî hukuk uygulamalarında veya şeyhülislamın hal' fetvalarında görmek mümkündür. Ve din o derece baskındır ki, hukukî reformlardan evvel, değer yüklü olmadığı kabul edilen maddî reform alanında dahi (sanayileşme çabaları, askeri reformlar vs.) dine ve geleneğe (bu ikisi arasındaki sınır çoğu zaman müphemdir) dayanarak reddetme tavrı söz konusu olmuştur. Dolayısıyla Namık Kemal'in metinleri eklektik olmakla, çelişkili olmakla eleştirilirken, onun düşüncesinin böyle bir tarihsel atmosferde ifade edildiğinin de dikkatten kaçmaması gerekmektedir. Zira düşüncelerini derinleştirme çabasına ilginç bir şekilde dar ve elit bir zümreye hapsolmaktan kaçma yönünde bir hassasiyet eşlik etmektedir. Kamuoyu (efkâr-ı umumiye) merkezi bir öneme sahiptir. Ali ve Fuad Paşalara dönük eleştirilerinin de başında kamuoyunu ve dinî temelleri dikkate almama gelmektedir.⁸ Basın yoluyla, rutin gazete yazılarıyla düşüncelerini aktarma yolunu seçmesi ve dilini mümkün olduğunca sadeleştirmiş olması da esasında kamuoyuna verdiği önemi ortaya koymaktadır.⁹ Ek olarak, burada Kemal'in düşüncesindeki çelişkili tarafların

⁷ Yusuf Tekin, "Osmanlı'da Demokrasi Tartışmalarının Miladı Olarak Meşrutiyet Öncesi Tartışma Platformu", C. 55, S. 3, 2000, AÜSBFD, s. 146.

⁸ Bir not olarak belirtmek gerekirse Kemal'in Tanzimat Babialî'si açısından hedefe oturttuğu isimler en başta Fuad ve Ali Paşalardır. M. Reşid Paşa hakkında ise fazlasıyla olumlu görüşlere sahiptir. Reşid Paşa'nın Tanzimat'ı ilân ederek devleti kurtardığını söylemekte, onun gösterdiği dirayet ve cesareti övmektedir. Tanzimat sayesinde ki, Mısır meselesi tesviye edilebilmişti, Karadağ ve Sırbistan'da başarılar elde edilebilmişti ve dahi Kırım savaşından galip çıkmıştı. Bkz. Reşat Kaynar, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1985, s. 195-197

⁹ Ögün, N. Kemal'in meşruiyet sağlama çabasının önemini şöyle ifade etmektedir: "O, bek'a sorununun sadece kanun koymakla atlatılamayacağını, "meşruluk" zeminine oturmayan hiçbir restorasyonun uzun ömürlü olamayacağını kavramıştı. Kanunların bir "ruhu" olması gerekirdi. Kolektif değerlerle uyumlu olmayan, başka bir ifade ile "kimlik" ile tutarlı olmayan bir kanuniliğin, çıkmazları üretmekten başka bir işe yarayacağı yoktu. Osmanlı için bu kimlik, ya da kanunları meşrulaştıracak olan yüksek ilke "İslâmiyet" olabilirdi." Bkz. Süleyman Seyfi Ögün, Türk Politik Kültürü, 1. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2010, s. 93. Neumann, bu çabayı "özselleştirme (ortogenez)" kavramıyla karşılamaktadır. Buna göre özselleştirme yoluyla alınmak istenen "yeniliğin ingelem ufkuna dahil edilebilmesi için o yenilikle kişinin "kendi" geleneğinden gelen tanıdık bir unsurla bağlantısı" kurulmaktadır. Özselleştirme, bir anlamda önce ve sonra arasındaki farklılıkları örtmektedir. Namık Kemal'in İngiltere'de hayran kaldığı

önemli sebeplerinden birisinin de onun söz konusu “sentez” çabasında bir nevi ilk olma, öncü olma özelliğine sahip olması olduğu ileri sürülebilir. Zira ne önceki dönemlerde ne de kendi döneminde düşüncelerinin sağlamasını yapabileceği yahut izinden gidebileceği benzer bir profile rastlanmamaktadır. Bir başka ifadeyle, Kemal’in düşüncesinde eleştirilere tâbi tutulan kısım, tam da onun özgün ve öncü pozisyonunun kaçınılmaz sonucu gibidir.

Ülken, Namık Kemal’i “İslam-Türk geleneğine bağlı, muhafazacı bir meşrutiyetçi” olarak tanımlamaktadır. Batılı siyasî fikirlerle olan yüzleşmesinde kuvvetini gelenekten alan Kemal, Batılılaşmanın bu temel üzerine bina edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Bu özelliği dolayısıyla ki, hem geleneğe kökten hücum edenlerle hem de Batı fikirlerini beğenmeyen gelenekçilerle anlaşamamıştır. Siyasî fikirleri Aydınlanma ve Fransız ideologlarına bağlı olup, Batı medeniyetinin siyasî devrimlerini ve teknik ilerlemelerini benimsemiştir. Ve fakat kendi varlığımızdan, Türk-İslâm tarihinden kuvvet alınmadığı takdirde yeni medeniyete kuru bir taklitçilikle gidilemeyeceğini vurgulamaktadır. Kaldı ki, konuşulan yeni fikirler de esasında geleneğe yabancı değildir. Ona göre yapılması gereken, geleneği çağdaş fikirlerle tazelemek ve Batı milletlerinin seviyesine ulaşmaktır.¹⁰ Benzer şekilde Akün de N. Kemal’in “millî ve İslâmî değerleri muhafaza etmek şartıyla Avrupalılaşma fikrini” benimsediğini söylemektedir. Kemal’e göre İslâmiyet ile medeniyet ve ilerleme arasında bir tezat bulunmamaktadır. Yapılması gereken, Batılı müesseselerle İslâmî ve millî esasların telif edilmesidir. Bu doğrultuda, örneğin, meşrutiyet rejiminin hukukî esaslarını İslâm’da aramıştır.¹¹

Gencer’e göre N. Kemal, iki bakımdan 19. asır Osmanlı fikir dünyasının kilit şahsiyetidir. Birincisi, onun düşünce tarihimizdeki ilk sosyal teorist oluşudur. İkincisi ise bu sosyal teoriyi Batı’daki gibi geleneği eleştirmek/yıkmak için değil, tam aksine “ulemanın geri çekilişinde modernliğin eleştirisine dayalı olarak yerli, İslâmî geleneği savunma amacıyla geliştirmiş, belki de ilk kez Müslüman bir aydın işlevi” görmüş olmasıdır.¹² Bir anlamda modernlik eleştirisine dayalı olarak İslâmî geleneği savunmak, ulemanın geri çekildiği bir tarihsel bağlamda alim değil aydın kimliğiyle öne çıkan Kemal’e düşmüştür. Mardin ise Kemal’in dava arkadaşlarından daha felsefî eğilimli olduğunu, temel teorik meselelerin tartışılması üzerinde yoğunlaştığını, böylelikle kendi dönemi içerisinde kayda değer yegane siyasî felsefeyi vücuda getirdiğini söylemekte ve eklemektedir: “Şu halde, Kemâl’in siyasî felsefesi, iki bakış açısından incelenebilir: İlki, İslâmî ve Batılı siyaset kavramları

pek çok kuruluşun esasında İslâm kaynaklı olduğunu, Avrupalıların bunları alarak geliştirdiğini söylemesi de aynı bağlamdadır. Bkz. Christoph K. Neumann, Araç Tarih Amaç Tanzimat, Çev. Meltem Arun, 1. Baskı, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2000, s. 148-149.

¹⁰ Hilmi Ziya Ülken, Türkiye’de Çağdaş Düşünce Tarihi, 14. Baskı, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2018, s. 141.

¹¹ Akün, s. 375-376.

¹² Bedri Gencer, “Namık Kemal’in Modern Devlete Karşı ‘Hak’ Arayışı”, C. 3, S. 5, 2006, İnsan Hakları Araştırmaları Dergisi, s. 136.

arasında amaç, kaynak ve iç tutarlılık bakımından gerçekleştirmeye çalıştığı sentez; ikincisi ise, Türk düşünürlerinin sonraki kuşaklarını etkileyen birtakım önemli siyasî kavramların Türkiye'ye sokulmuş olması açısından."¹³ Koçak da Mardin'e benzer şekilde, Kemal'in Yeni Osmanlılar'ın diğer mensuplarından siyasî teori ve felsefe geliştirme çabası bakımından ayrıldığını söylemektedir. Ona göre bu çaba bile başlı başına takdire şayandır. Temelinden farklı iki alana tekabül eden geleneksel İslâm/Doğu/Osmanlı siyasî düşüncesi ile Batı siyasî düşüncesi/teorisi/felsefesi arasında bir uzlaşma teşebbüsünde bulunmak, Osmanlı entelektüel hayatı bakımından bir dönüm noktası olmuştur. Kemal'e göre Batı liberal siyaset felsefesi, özünde "gerçek" İslâmî yönetim esasları ile uyumluydu. Unutulmuş geçmiş hatırlandığı takdirde sorun çözülecekti. Öte yandan bu sayede Batı'dan alınacak kurum ve kavramların "ithal" yahut "kopya" damgası yemesi de önlenmiş olacaktı. Zira bunlar zaten Osmanlı/İslâm toplumunun öz değerlerini yansıtmış oluyordu. O, bahsedilen düşünsel hamlesi doğrultusunda, kendisini haklı çıkaracak şekilde yeniden gözden geçiriyor ve yorumluyordu. Yazar ayrıca o dönemin öne çıkan isimleriyle N. Kemal'i orta noktada buluşturan bir özellikten bahsetmektedir. Bu da onlar için siyasî teorinin tek başına önemli bir hareket noktası olmamasıdır. Önce siyasî endişeler gelmekte olup, bu endişeleri giderecek teori arkadan gelmektedir. Yani siyaset siyasî teoriyi tayin etmekteydi, tersi değil. Temel hedef sorunların çözülmesi olduğu için, teorinin iç tutarlılığı birincil bir öneme sahip değildi. Bu denklemde teoriye düşen, sorunların çözülebilir olduğunu kanıtlamaktı. İşte Kemal'in siyasî teorisi de bu temel çerçeve içinde inşa edilmişti.¹⁴

Kemal'in bu düşünsel yetkinliğini ve düşünsel plandaki görece rahat tutumunu biraz da yüksek düzeyli devlet görevlerinde bulunmamış olmasına borçlu olduğu düşünülebilir. Her ne kadar Cevdet Paşa, bu önermeyi yanlışlayan bir istisna olsa da; anayasal meselelere kafa yoran Mustafa Reşid Paşa, Ali Paşa, Fuad Paşa, Midhat Paşa gibi isimlerin Namık Kemal düzeyinde bir yetkinliğe sahip olduğunu söylemek zordur. Yine bu bağlamla ilintili olarak, Kemal'in güncel meselelerin kısa vadeli çözümlerine odaklanmaktan ziyade, görece uzun vadeli bir perspektifle daha temel meselelere kafa yordığı eklenebilir. Dönemin öne çıkan bütün şahsiyetlerinin temel meselesi kabaca devletin nasıl kurtarılacağıdır belki ama bu soruya verilen cevaplar içerisinde onunki pek çok bakımdan dikkate değer farklılıklar içermektedir.

B. NAMIK KEMAL'DE ANAYASAL DÜŞÜNCE

Bu kısımda Namık Kemal'in anayasal düşüncelerinin merkezî kavramlarının neler olduğu, bu kavramların içini nasıl doldurduğu irdelenmeye çalışılacaktır. Öncesinde bir hususun altını çizmek gerekmektedir. O, ele aldığı kavramların birbiriyle ilişkisini kurma hususunda dikkate değer bir başarı göstermiştir. Bir başka ifadeyle, aşağıda

¹³ Şerif Mardin, Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu, Çev. Mümtaz'er Türköne-Fahri Unan-İrfan Erdoğan, 12. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 318-319.

¹⁴ Koçak, 2009b, s. 246-249.

her ne kadar kavramlar farklı başlıklar altında ele alınıyor olsa da, N. Kemal'in düşünce dünyasında bu kavramların birbiriyle sıkı bir irtibat içerisinde olduğu söylenmelidir. Bu doğrultuda hürriyet, eşitlik, meşveret, halk egemenliği, kuvvetler ayrılığı gibi kavramlar birbiriyle yakın bir ilişki içerisinde. Örneğin, "halk egemenliği"nin "meşveret usulü" çerçevesinde tecessüm edeceği "parlamento"da "halkın temsili" "eşitlik ilkesi" gereğince olmalıdır ki Osmanlı coğrafyasının bütünlüğü muhafaza edilebilsin diye düşünülmektedir.

1. Halk Egemenliği

N. Kemal'in düşüncesinde "halk egemenliği" kavramı temel bir öneme sahiptir. Bunun gerekliliğini, hürriyet fikri ve tabii haklar doktrini üzerinden meşrulaştırmaktadır. Buna göre, her fert yaratılış gereği, bağımsızdır. İşte halk egemenliği de bu bağımsızlığın bir gereğidir.¹⁵ Devlet ise tabii haklar üzerinden meşrulaştırılmaktadır. Buna göre devletin görevi, tabii hakların korunmasını sağlayacak bir otorite olmaktan ibarettir. Halkın iradesinin dışında ve üstünde olan bir iradeye dayanan bir egemenlik olamaz. Nitekim bir yerde şöyle söylemektedir: "*Hakikatte hükümet ümmetin hakkıdır, zira hükümet ümmet ile kaimdir. Hükümete akçe veren ve asker ve iktidar veren ümmettir. Demektir ki hükümet, ümmet tarafından icra-yı nüfuz u ahkama memur hizmetkardır. Asıl hakim, heyet-i ümmettir.*"¹⁶ Burada ümmet ile kastedilen, dil ve din fark etmeksizin Osmanlı tebaasıdır. Nitekim içerisinde gayrimüslimlerin de bulunduğu halk meclisine şura-yı ümmet diyecektir.

Bu noktada bir hususun altını çizmek elzemdir. Namık Kemal, konu bağlamındaki görüşlerini serdederken E. Sieyes tarafından kullanıldığı şekliyle soyut bir siyasî heyet olarak *ulusu* kastetmemektedir. Sieyes, ulus kavramını soyut devletin egemenliğini alacağı soyut bir heyet olarak Fransız Devrimi sürecinde icat etmişti. Bu, Batı'nın siyasî modernleşme sürecinin ürünü olan kurmaca bir varlıktı. Kemal, bir cemiyetin hiçbir zaman kendini terkip eden azadan ayrı bir mevcut hükmünü bulamayacağını söylüyordu. İnsanlar dışında bir *kişi* olamazdı. Egemenlik halktan ayrı bir kişiliği bulunmayan devlet ve ulus gibi sözde, tüzel kişilere atfedilemezdi.¹⁷ Görüldüğü üzere, o, Batılı kavramları kendi düşüncesine dahil ederken filtresiz bir yaklaşıma sahip değildir. Geleneğe ve İslâm düşüncesine yaslanan son derece eleştirel bir tutum söz konusudur.

Halk ve egemenlik kavramlarından oluşan tamlamayı kurgulama biçimindeki özgünlük farklı bağlamlardan da ele alınabilir. Örneğin, bu kavramlara dair yaklaşımı onu din/şeriat ve saltanat karşıtlığı sonucuna götürmemektedir. Aşağıda daha detaylı irdeleneceği üzere, onun ne dinle ne de saltanatla temelden bir problemi vardır. Ki bu, ilgili kavram ve kurumlara kaynaklık eden Batı düşüncesiyle arasındaki temel farklılıklardan birisidir.

¹⁵ Ülken, s. 128.

¹⁶ Namık Kemal'den akt. Ferhat Korkmaz, "Anayasal Düzen ve Namık Kemal", C. 5, S. 2, 2021, Edebî Eleştiri Dergisi, s. 437.

¹⁷ Gencer, 2006, s. 137, 141-142.

Onun bir taraftan halk egemenliği kavramını öne sürerken, bir taraftan da devletin dinî temellerinin korunmasından ve saltanatın devamından bahsetmesi akla bazı soruları getirir. Birincisi, şeriat ile halk egemenliğine dayalı meşveret/meşruta usulü arasında bir uyumsuzluk yok mudur? N. Kemal bu konuda kabaca şöyle bir mantık izlemektedir: Öncelikle, egemenliğin sahibinin halk olması, halkın çoğunluğunun (ve hatta tamamı da olsa) istediği düzenlemeyi yapabileceği anlamına gelmez. Bir diğer ifadeyle, bir rejimin meşruluğunun bir ölçütü halk egemenliği olsa da başka bir ölçütü daha vardır, o da adalettir. Hakların sınırlandırılmasında kullanılacak bir diğer ölçüt de Tanrı'nın tabiatta yarattığı "iyi" (hüsn) ölçüsüdür. Bu soyut iyiye uymayan kurallarla temel hak ve özgürlükler sınırlandırılmaz. Yani siyasi bir egemenliğin meşruiyeti şu iki koşula bağlıdır: a) Halkın rızasına dayanmak, b) Soyut haktan gelen kanuna uygun olmak. Soyut hak, doğrunun en üstün ölçüsü ise şeriattır. Berkes, Namık Kemal'in bu ve benzeri uzlaştırma çabalarının büyük çelişkiler doğurduğunu söyleyecektir. Zira bu uzlaştırma çabası içerisinde halk iradesi ve şeriat arasında zorunlu bir beraberlik olduğunu kanıtlamak imkânsızlaşacaktır. İkinci soru ise şudur: Böyle bir durumda Osmanlı hükümdarının egemenlik hakkı nereye konulacaktır? Bu soru için de kabaca şöyle bir cevaba sahiptir: Şeriat gereği "biat" akdi ile egemenlik hakkı zaten cumhura aittir. Bu hak ise Osmanlı hanedanına cumhur tarafından devredilmiştir (bkz. toplumsal sözleşme). "*Bu itibarla 'meşruta' rejimi İslamlık'la bir bid'at değil, ümmetin (yani toplumun) icması (yani rızası) ile olan bir şeydir. Biatle yapılan bir devri ancak ümmetin icması kaldırabilir.*"¹⁸ Yani N. Kemal -başka pek çok başlıkta yapacağı gibi- halk egemenliği kavramının da bir yenilik olmadığını, tam aksine zaten bizim geleneğimizde mevcut bulunduğunu ifade etmiş olmaktadır. Dolayısıyla *eskiden olduğu gibi* şimdi de saltanat ve halk egemenliği arasında bir tezat olmayacaktır.

Konu bağlamında, halkın egemenliğini nasıl kullanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Halk, egemenlik hakkını doğrudan değil, temsilcileri aracılığıyla kullanacaktır. Bu da dolaylı temsilin gerçekleşeceği kurumsal mekanizma olarak parlamentoyu ortaya çıkarır.

¹⁸ Berkes, s. 291-293. Namık Kemal'in halk egemenliği ile biat kavramları arasında bir çelişki bulunmadığı iddiasını gerekçelendirme biçimine dair şu pasajı örneklik olması bakımından aktarılabilir: "*Halkın hakimiyeti demek bigayrı hakk nakz-ı bey'at mi demektir? Sözün doğrusu mülkümüzde hakim biziz, hepimizin hükümete iştiraki vardır. Fakat hükümetin emr-i icrasını bey'at-ı meşru'a ile Al-i Osman'a tevdi' ettik. Daima Al-i Osmanı isteriz. Daima idare-i meşruta talebindeyiz. Acaib şey! Hakimiyet-i halkın muvafığı şer'i olduğunu emniyetim var mıdır diye soruyor. Subhanallah. Bendin içindeki mesele-i fihhiyeyi okumamış mı? Hazreti Siddik (radiyallahü anh) halife olubta İmam Ali (kerremellahu veche) hakk-ı karabete istinaden beyan-ı inkisar eylediği zaman Hazreti Faruk (radiyallahü anh) hazretlerinin 'sizin fazlınız müsellemdir fakat halk onu istedi' yollu bir yerdeki cevabı tarihlerde görmemiş mi? Hükümet benim sizin vesair vatanın ebna-yı kuvvetinden ibaret değil midir? Benim kuvvetime benden veyahut ihtiyar veya ekseriyete tabi'yet suretile tevdi' ettiğim zatdan başka bihakk kim malik olabilir?" Bkz. Namık Kemal, "Usul-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 1", *Hürriyet*, 26 Eylül 1869.*

2. Parlamento, Meşveret, Meşrutiyet

Kuvvetler ayrılığının sağlayacağı denge ve denetime dair katkılar için kilit yer, halkın egemenliğinin tecessüm edeceği yasama organı olacaktır.¹⁹ Öncelikle N. Kemal'in meşrutî yönetimin meşruiyetini nereden kurduğuna bakılmalıdır. N. Kemal, meşrutî yönetimin/parlamentonun dinî dayanağı olarak Al-i İmran/159'da istişarenin emredilmesini (bkz. “*ve şavirhum fil emr*”) göstermektedir. Öyle ki, pek çok defa Hz. Peygamber ahabın reyine uyum sağlamıştı. Buna göre bu ayet meşveret usulünü emretmektedir.²⁰ Burada ayet üzerinden bazı tartışmalar da gerçekleşmiştir. Ayetteki “hum” zamiri ile kimler kastedilmektedir? N. Kemal'e göre kapsamı geniştir, zira gayrimüslimleri de dahil etmiştir. Kimilerine göre sadece Müslümanlar, kimilerine göre da Müslümanların içerisinde daha dar bir grup kastedilmektedir ayette. Öte yandan N. Kemal, meclis ihdasını bidat olduğu için kabul etmeyenleri de sert bir şekilde eleştirir. Ona göre her bidat kategorik olarak kötü değildir. Şöyle söyler: “*Vapurlar da bidat, almayalım da Yunan'ın limon kayıkları Girit'i zapt etsin? İğneli tüfekler de bidat, kullanmayalım da palikaryalar İstanbul'u mu alsın? Dünyada öyle bidatler vardır ki bidat-ı hasene değil, bidat-ı bedia denilse sezadır.*”²¹

Batılı ülkelerin rejimlerini inceledikten sonra Osmanlı Devleti için en uygun modelin III. Napolyon'un 1852 Fransız modeli olduğuna karar vermiştir. Bu doğrultuda üç meclisli bir yapı öngörüyordu. 40-50 üyeden oluşacak “Devlet Şurası” kanun tasarılarını hazırlayacak ve yönetim kanunlarının yürütülmesi için gerekli kararları alacaktır. “Ümmet Şurası” (Halk Meclisi), Devlet Şurası'nın hazırladığı tasarıları kanunlaştırma ve hükümet bütçesini kontrol etme görevlerini ifa edecektir. “Ayan Meclisi” (Senato) ise temel kanunun ve halkın haklarının korunmasını sağlayacak, yasama ve yürütme organları arasında uzlaştırıcılık rolünü yerine getirecek, yalnız bu şartları sağlayan kanunların yürürlüğünü onaylayacaktır. Senato üç sınıf üyeden oluşur. Birincisi, 18 yaşına gelmiş hükümdar ailesinden ibarettir. Ancak meclise girmeleri imparatorun iradesine bağlıdır. İkincisi, din başkanları, mareşaller ve kaptanpaşalardır. Üçüncüsü, imparatorun istediği kişilerdir. Burada meclisin kanunlar için yapacağı denetimin içeriğinin saptanması da ehemmiyet arz etmektedir. Öne sürülen modelde esas nizamlar, mezhep usulü, ahlak, mezhep hürriyeti, şahsi hürriyet, mahkemelerde eşitlik, mülkün taarruzdan masun olması, hakimlerin azledilemezliği, memleket savunması gibi başlıklar denetim kriterlerini oluşturmaktadır. Öte yandan halktan bir kimse eğer yeni bir nizam tasarlarsa veya hükümetin esas nizamlara aykırı bir hareketini tespit ederse bunları dilekçe ile meclise bildirebilecektir. Esasında bu meclisler sayesinde hem hükümetin keyfi yönetimi önlenecek ve halkın hakları korunacak hem

¹⁹ “*Kemâl'in makalelerinin çoğu, doğal olarak ortak bir sonuca, yani Osmanlı İmparatorluğu'nda “meşveret -Kemâl'in temsili hükümeti karşılamak için icat ettiği kelime-sistemi”nin kurulmasının gerekliliğine götürecektir biçimde kurgulanmıştır.*” Mardin, 2015, s. 341.

²⁰ Namık Kemal, “İhtilafü Ümmeti Rahmetün”, *Hürriyet*, 14 Haziran 1869; Fendoğlu, 2021, s. 588, 803.

²¹ Namık Kemal'den akt. Korkmaz, s. 441.

de bunun sağlanması Osmanlı egemenliğinin varlık nedeni ile amacı olacaktır.²²

Reform önerilerini meşrulaştırmak için dinî söylemi kullandığı gibi, geleneğe de sıklıkla başvurmuştur. Bu bağlamda önerdiği meşveret usulünün ve denetim işlevinin yeni bir şey olmadığını ispatlamak adına Osmanlı tarihine uzanmaktadır. Buna göre aslında devlet Yeniçeri Ocağı kalkmadan önce “irade-i ümmet” ve bir nevi “usul-ü meşveret” ile yönetilmekteydi. Kendi önerdiği sistemde mebusanın sahip olacağı denetim hakkını o dönemde ahalî kendisi icra etmekteydi. Öyle ki “her kışla bayağı bir silahlı meclis-i şura-yı ümmet hükmünde idi”. Ancak bu usul uygulama birçok sorunu da beraberinde getirmişti. Bu usul neticesinde pek çok fitne gerçekleşmiş ve kanlar dökülmüştü.²³ Nihayetinde Yeniçeri Ocağı’nın ilga edildiği bir ahvalde halk haksız gördüğü hususlara karşı muhalefet edecek gücü kendinde bulamıyordu. Halk, bir anlamda sesini kaybetmişti. Dolayısıyla bu denetim eksikliğini, kaldırılan ocağın siyasi işlevini telafi etmek için Kemal bir model arayışındaydı.

3. Kuvvetler Ayrılığı

Kemal’in anayasal düşüncelerinin tamamlayıcı parçalarından birisi de devletin temel işlevlerinin belli bir yerde toplanmasını önleyecek “kuvvetler ayrılığı” kavramına dair yaptığı vurgudur. Mardin, onun Batı düşüncesinde bu kavramdan neredeyse “halk egemenliği” fikri kadar etkilenmiş olduğunu söyler. Kemal, yasama faaliyeti ve kanunların uygulanmasının aynı organ tarafından yürütüldüğü takdirde bu sistemin mutlak yetçili bir sistem olacağı düşüncesindedir.²⁴ Örneğin, yasama ve yürütme gücünün aynı elde toplanmaması gerektiğini şöyle açıklar: “*Devlet bir şahs-ı manevidir. Kanun yapmak onun iradesi, icra etmek efali hükmündedir. Bunların ikisi bir elde oldukça hareket-i hükümet bir vakit ihtiyar-ı mutlaktan kurtulamaz. İşte şura-yı ümmetin lüzumu bundan terettüb eder.*”²⁵ Esasında temel denge bozulmadan önce de geleneksel düzende böyle bir yapının söz konusu olduğunu savunmaktadır. Ona göre Osmanlı rejimi daima meşrut (*charte*’li = şartlı)²⁶ bir hükümet olmuştu. Bu düzende teşriî görevi ulemanın, yürütme gücü padişah ve vezirlerindir. “Silahlı halk” mesabesindeki Yeniçeri Ocağı ise yürütme gücünü denetlemekteydi.²⁷ Ancak bu denge pratikte her zaman iyi işlemiyordu. Hükümet ile yeniçeriler arasında sürekli sürtüşmeler ve saray ayaklanmaları yaşanmakta, fuzulî yere kan dökülmekteydi. Gelinek noktada yapılması gereken, yönetimi devlet işlerine bakacak sınırlı sayıda “iyi nitelikli bir grubun” ellerine vermektir. Yönetimdekiler ise “seçilmişlerin yardımına başvurarak” kontrol edilmeliydi.²⁸

²² Berkes.

²³ Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 1”, *Hürriyet*, 26 Eylül 1869.

²⁴ Mardin, 2015, s. 370.

²⁵ Namık Kemal’den akt. Korkmaz, s. 435.

²⁶ Hükümdarın mutlak yetkilerinin şartlı yetkiler haline getirilmesi.

²⁷ Berkes, s. 294.

²⁸ Mardin, 2015, s. 344.

4. Eşitlik

N. Kemal'in parlamentoda gayrimüslimlerin de temsil edilmesi gerektiğini düşündüğünü söylemiştik. Aslında bu yaklaşımı anlamak kolaydır, zira anayasal gelişmelerle amaçlanan biraz da gayrimüslimlerin bağımsızlık hareketlerine ket vurmaktır. Böylelikle Batı nüfuzunun azaltılacağı da tahayyül edilir. Kurulacak parlamentoda temsil edildikleri takdirde Batı'nın Osmanlı'ya karşı kullanacağı bir aparat olmaktan da çıkacaklardır. Tam da burada Osmanlıcılık düşüncesinden bahsedilebilir. Gayrimüslimlerin ayaklanma hareketleri karşısında din ve dil farklılıklarını aşan bir Osmanlılık düşüncesi üretilmiştir. Bu bağlamda N. Kemal Osmanlı cemiyetinin "hukukta birbirine eşit, menfaatte ortak fakat dilde, cinsiyette, fikirlerde birbirine aykırı parçaların birleşmesinden meydana gelmiş heyet" olduğunu düşünmektedir. Hatta bu birliği sağlamak için her cins ve mezhepten çocukların kabul edileceği okullar açılması gerektiğini, yine eşitliğin sağlanması bağlamında gayrimüslimlerin askerlik hizmetine alınmalarını gerektiğini de savunmaktadır.

Eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi konusundaki itirazların önemli bir kısmı dinî söyleme yaslanmaktadır. Oysa N. Kemal böyle düşünmemektedir: "*Şeriat umumun müsavâtına hükmeder, onu bıraktık. Akıl ve hikmet umumun müsavâtına hükmeder, onu da bıraktık. Yalnız birkaç kişinin hevesat-ı nefsanîyesi müsavât ve adaletin aleyhinde bulunur kıyamete kadar onlara mı tabî' olalım?*"²⁹

Ortada şöyle bir soru vardır: Kanunların dini kaidelere göre hazırlanacağı söylenirken, bir taraftan da gayrimüslim mebusların mecliste olacağı söylenmektedir. Bu mebuslar fıkıh kaidelerine nasıl uyacaklardır? N. Kemal, dünyada bundan daha sade bir mesele olmadığını söyler. Zira İslam'ın siyasi kaideleri adalete, medeniyete, terakkiye tamamen uygundur. Böyle makul bir durumu başkaları neden kabul etmesin? Öte yandan Hıristiyanlık siyasete karışmadığı için İslam siyasetiyle çatışması da imkân dahilinde değildir: "*Din-i İslam'ın kavaid-i siyasetini adalete, medeniyete, terakkiye tamamilen muvafık bulduk. Böyle bir emri ma'kulun sairleri tarafından kabulünde tereddüd olunmasına niçin ihtimal verelim Hıristiyanlık siyasete karışmaz ki siyaset-i İslamiye ile ta'arruzundan korkulsun bir şey ki ma'kuldur nafi'dir İslamiyet'de meşru' olmasile edyan-ı saire ashabının kabulden istinkaf etmesi neden lazım gelsin.*"³⁰

Son olarak, gayrimüslimler konusundaki bu yaklaşımının belli bir iç dengeye sahip olduğu söylenebilir. Bunu şuradan anlayabiliriz ki, özellikle 1856 İslahat Fermanı bağlamında Babıali'ye yönelttiği sert eleştirilerin başında Hıristiyanlara ayrıcalıklar verilmesi geliyordu.³¹ Haklarda eşitlik olduğu gibi, görevlerde de eşitlik olmalıydı. Oysa gayrimüslimler eşitlikten ziyade, ayrıcalık talep ediyordu ve bu da meselenin çetrefilli kısımlarının başında geliyordu.³² Bir başka ifadeyle, onun gayrimüslimleri Osmanlı ortak

²⁹ Namık Kemal, "Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 8, *Hürriyet*, 5 Aralık 1869.

³⁰ Namık Kemal, "Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 6, *Hürriyet*, 8 Ekim 1869.

³¹ Roderic H. Davison, *Osmanlı-Türk Tarihi (1774-1923)*, Çev. Mehmet Moralı, 1. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2016, s. 190.

³² Roderic H. Davison, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform (1856-1876)*, Çev. Osman Akinhay, 1. Baskı, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2021, s. 275-276.

paydasında tutacak teklifleri, imparatorluğun Müslüman unsurları karşısında başka bir taraftan “eşitsizlik” meydana getirecek ayrıcalıklar sunma ucuna savrulmuyordu.

5. Seçme ve Seçilme Hakkı

Gayrimüslimlerin temsili dışında, konu hakkındaki tartışmalı hususlardan birisi de seçilme hakkının öznesi olacak kişilerin yetkinliği meselesiydi. Konu hakkında “medrese mahsulleri ve çiftlik ağaları”nın siyasetin inceliklerini devlet görevlilerinden daha iyi bilmeyeceği eleştirileri yapılmaktaydı. Oysa Kemal’e göre memlekette bu işlerin altından hakkıyla kalkabilecek pek çok cevherler vardı: “*Hele bir kere meydanı imtihan olan meclisi hürriyet açılışın görülür ki kimsenin hayal ve hatırına gelmeyen efendilerden, ağalardan nice muhayyeri akul olacak hutaba ve ezkiya zuhur eder.*”³³

Tartışmanın bir başka boyutunu ise seçme hakkı oluşturmaktaydı. Buna göre seçme hakkı verilecek halkın hakkı batıldan yahut zalimi adilden ayırmaya muktedir olup olmadığı konusunda çekinceler bulunmaktaydı. Aslında bu yaklaşım, bırakalım gelenek yanlısı olanları, 19. yüzyılın Batıcı kanadında bile hâkim tona karşılık geliyordu. Mesela Tanzimat’ın mimarı kabul edilen M. Reşid Paşa, Batı’daki meşrutiyetçiliği taklit etmeye çalıştığı iddialarını reddediyor ve cahil, gerçek çıkarlarını anlama yeteneğinden yoksun bir halkın meşrutî yöntemlerle yönetilmesinin imkânsız olduğunu belirtiyordu. Yine Ali Paşa da halkın eğitim düzeyinin parlamenter yönetim için yeterli olmadığı gerekçesiyle anayasaya ve parlamento kurumuna karşı çıkıyordu.³⁴ Fakat Kemal, bu tartışmanın seçme hakkını kabul etmeme gibi bir sonuca evrilmesini kabul etmez. Konu bağlamında Avrupa köylüsünü örnek verir ve onların da bu konularda muktedir olmadığını söyler.³⁵ Nihayetinde seçme hakkının erkek ve ergin Osmanlılara verilmesi gerektiğini söylüyordu. Bir not olarak belirtmek gerekirse, N. Kemal burada seçme hakkından bahsederken zihninde köylü canlanırken, seçilme hakkından bahsederken ise toplumsal statüsü yüksek kimseler canlanmaktadır.

6. Din-Devlet İlişkileri

Namık Kemal’in düşüncesinin en çetrefilli kısımlarından birisi, din-devlet ilişkileri bahsidir. Batılı kavram ve kurumların din ve gelenek üzerinden meşrulaştırılması çabasının ötesinde, şer’i kavram ve kurumların, hatta bizzat şeriat’ın tasarlanan modelde konumunun tutarsızlığa düşmeden belirlenmesi işi, ince bir fikir işçiliğine ihtiyaç duymaktaydı. Bu konuda Yeni Osmanlılar arasında da mutabakat sağlandığını söylemek güçtür. Ali Suavi laikliği savunur ve dünyanın dini kanunlarla idare edilmesine karşı çıkarken;

³³ Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 4, *Hürriyet*, 24 Ekim 1869.

³⁴ Davison, 2021, s. 70, 132-133.

³⁵ Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 2”, *Hürriyet*, 3 Ekim 1869.

N. Kemal ve Ziya Paşa ise devletin şeriate dayanması gerektiğini söylemekte ve fihri savunmaktadır.³⁶

N. Kemal, *medenileşmek* için dinden uzaklaşmak gerektiğini reddeder. Nitekim Tanzimat dönemine dair eleştirilerinin başında da bu bağlam gelecektir. Ona göre Tanzimatçılar din-devlet ayrımıyla devletin dini temelini zedelemekteydi. Yapılan hukukî reformlar da bunu gösteriyordu. Yabancı kaynaklardan aşırılan kanunlar marifetiyle fikhin bütünlüğü bozulmuştu. Oysa fikh bir okyanustu, en modern kanunları bile bu ummandan çıkarmak mümkündü. Ona göre eğer Ceza Kanunu Fransa'dan iktibas edileceğine, fikh merkeze alınarak inşa edilseydi, Avrupa'da medeniyet ile İslâmiyet arasında tezat bulunduğu dair görüşün yanlışlığı da ortaya çıkacaktı. Zaten fikhin "ukubat" bölümü toplanmış olsa İslâmiyet ile medeniyet arasında bir tezat olmadığını Avrupa görecekti. Fikh, hukuka manevî ve ahlakî bir destek sağlamaktaydı. Oysa Avrupa hukuku bu destekten yoksundu. Avrupa'da şeriat olmadığından onlar hukukun temel ilkelerini ancak felsefî düşünceyle, akıl yoluyla bulmuşlardı. İslâmiyet'te ise bunlar Kur'an ve sünnet yoluyla önceden belirlenmişti. Dolayısıyla insan aklıyla yapılan kanunlar bu derece evrensel olamazdı.³⁷ Benzer şekilde Davison, Kemal'in İslâm hukukunu siyasî reformların ve parlamentonun kendisine uyacağı temel çerçeve olarak gördüğünü söylemektedir. Ali ve Fuad Paşalara dair eleştirilerinin başında onların şeriatı terk ederek sığ bir laisizm sergilemeleri gelmektedir. Bu, geçmişle bağı koparmanın dışında, bürokratik otokrasiyi denetleme işlevinin kaldırılması anlamına da

³⁶ Yeni Osmanlılar arasındaki ihtilaflara dair Fendoğlu şöyle söylemektedir: "Avrupa'yı tanımayan Yeni Osmanlıların, kendi aralarında, kişisel çekişme ve entrika vardı. Bu görüşü savunanlar arasında modern, İslamcı, Türkçü ve sosyalist kişiler vardı. 1850'lerdeki Osmanlı aydını daha demokratik bir ülke istiyordu. Ali Suavi, daha çok öz Türkçe, tek evlilik ve olaylar karşısında ulusçu bir yaklaşım içerisindeydi. Abdullah Cevdet, laik, radikal ve total Batıydı." Bkz. Fendoğlu, 2021, s. 812. Konu hakkında Koçak'ın değerlendirmeleri ise şöyledir: "Yeni Osmanlılar hareketi, belki de genellikle sanıldığı gibi, homojen bir siyasî grubun açıkça deklare ve formüle edilmiş siyasal fikriyatını pek az yansıtır. Ortada bir hareketten ziyade, değişik genç elit adaylarının kendilerince geliştirdikleri bazı önermeler vardır. Söz konusu önermelerin birbirine ne ölçüde benzediği ya da ne ölçüde örtüşüp çeliştiği de ayrı bir konudur. Yeni Osmanlılar denildiğinde, siyasal ve ideolojik fikriyat olarak kendi içinde tutarlı, örgütsel bir dayanışma içinde, baştan kesin olarak belirlenmiş siyasî iktidar hedefleri olan bir gruptan söz etmek mümkün değildir. Olsa olsa, Yeni Osmanlılar namı altında, birbirleriyle zaman zaman yoğunlaşan, zaman zaman da uzaklaşan ilişkiler içinde bulunan, Osmanlı yönetici elit adaylarından söz edebiliriz." Bkz. Cemil Koçak, "Yeni Osmanlılar ve Birinci Meşrutiyet", Modern Türkiye'de Siyasî Düşünce: Tanzimat ve Meşrutiyetin Birikimi C. 1, Tanıl Bora-Murat Gültekingil (ed.), 8. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009a, s. 72. Yazar, grubun bulunduğu ortak paydayı ise şöyle ifade etmektedir: "Öncelikle, ilke olarak, kendilerinden önce başlamış olan modernleşme projesinin içinde yer alıyorlardı. Fakat kendilerinden önceki sürecin mirasını kısmî olarak reddetme konusunda birlikte tavır almışlardı. Modernleşme projesi, onlara göre, yeniden gözden geçirilmeli ve geçmişte yapıldığını ileri sürdükleri yanlışlardan ve abartılardan da kaçınılmalıydı. Modernleşme projesi, "taklit" gibi yanlış olduğunu iddia ettikleri bir yörüngeden çıkarılmalı ve mevcut coğrafyanın ve toplumun özellikleri dikkate alınarak, yeniden ve kendilerince tanımlandığı "doğru" bir şekilde geliştirilmeliydi." Bkz. Koçak, 2009a, s. 73.

³⁷ Berkes, s. 296-298.

geliyordu. Şeriat doğru yorumlanıp uygulandığında bütün gereksinimleri karşılayacak bir kaynak olmasına rağmen, Tanzimat bürokratları devleti hukuk ikiliğine sokmuştu. Oysa şeriat ilerleme yolunun siyasi temelini sağlıyordu. Osmanlı'nın tek gerçek anayasasının şeriat olduğunu; devletin dayandığı dini ilkeler çiğnenirse siyasi varlığının tehlikeye düşeceğini yazıyordu.³⁸ Özetle, o, şeriatın bir anayasa olarak telakki edilebileceği için hem yönetimin temel yapısını hem de tebaanın temel haklarını tamamıyla kapsadığını düşünmekteydi.³⁹

7. Saltanat, Toplumsal Sözleşme, Biat

Kategorik olarak meşruti monarşiyi savunan N. Kemal'in padişahla, padişahlık makamıyla, saltanatla temelde bir sorunu bulunmamaktadır.⁴⁰ "Biat" kavramını kullanışı da esasında bunu doğrulamaktadır. Osmanoğullarına hükmetme yetkisi egemenliğin sahibi olan halk tarafından bir toplumsal sözleşmeyle verilmiştir. Ancak bu hükmetme yetkisi, mutlak bir yetki değil, şartlı, sınırlandırılmış bir yetki olmalıdır. Padişahın da yetki alanını belirleyen bir anayasa hazırlanması, parlamento ihdas edilmesi gibi fikirleri zaten bunu ortaya koymaktadır. Yine mesela Kanun-i Esasi encümeninde padişaha "şüpheli gördüğü her vatandaşı memleketten uzaklaştırma hakkı"nı veren meşhur maddeye itiraz edenlerden birisidir.⁴¹ Namık Kemal, yapılacak kanunların anayasaya (nizam-ı esasiye) aykırı olamayacağını vurgular. Anayasanın üstünlüğü, padişahı da bağlayacaktır.

Tasarladığı modelde kuvvetler ayrılığına, denge ve denetime merkezî bir önem atfettiğinden yukarıda bahsedilmişti. Ve fakat burada denetimin asıl muhatabının ilk anda düşünüldüğü gibi padişah değil, vükela olduğu vurgulanmalıdır. Aslında burada kuvvetler ayrılığını, denge ve denetimi düşünürken zihninde padişahlık makamından ziyade Babıali somutlaşmaktadır. Kemal'e göre Tanzimat'la meşrutiyete değil, aksine

³⁸ Davison, 2021, s. 315-317. Berkes (s. 298), hem Cevdet Paşa hem de Namık Kemal devletin temel yasasının şeriat olduğunu düşünmesine rağmen, ikisinin arasında bir tutarlılık farkı olduğunu söyler. Zira Cevdet Paşa *kanun-i esasi*ci değildir. Zira Cevdet Paşa kabaca şöyle düşünür: İslâm şeriatı devletin temel yasası ise kanun-i esasi yapmaya ne gerek vardır? Ortada birbirine kaynaştırılması imkân dahilinde olmayan iki ayrı sistem, iki ayrı uygarlık ve dahi anlam dünyası vardır. "*Saltanatın ve hilafetin meşruluğunu sağlamak için Batı düşününün 'tabii haklar' ve 'toplumsal sözleşme' doktrinlerini, şeriatın kendine özgü başka anlamları olan terimlerini bükerek çıkarmaya lüzum yoktu. Onlar, ancak şeriat hukukunun ve Osmanlı yasa hukukunun anlamları içinde meşrulaştırıldı. Bu düşünce zinciri ile Cevdet Paşa, Kanun-i Esasi'ye son dakikaya kadar karşı çıkmıştı.*"

³⁹ Mardin, s. 347.

⁴⁰ Bu cümleden onun meşruti monarşi ile İslâmiyet arasında doğrudan ve katı bir bağ kurduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira ona göre İslâmî bir hükümetin aldığı özel biçim önemli değildi. Örneğin, bir rejim monarşik sıfatını aldığında kaçınılmaz olarak bir İslâmî siyasi rejim olmuş oluyordu. Bu, ancak onun muhtemel bir İslâmî siyasi rejim olduğu anlamına geliyordu. Bkz. Şerif Mardin, 2015, s. 329-330. Bir başka ifadeyle, rejim hususunda şeriat'ın standart bir form vaz'ettiğini düşünmüyordu.

⁴¹ Fendoğlu, 2021, s. 811, 822.

bürokratik istibdada giden bir süreç başlamıştı. İletin kaynağı halkı dikkate almayan, kanuna ve hakka uymayan mutlak ve keyfi yönetimdi.⁴² Babialı'nın ulaştığı hudutsuz güç hakkında bir yerde şöyle söylemektedir: “*Ya şimdi ne zamandayız? Öyle bir zamandayız ki Bab-ı Ali kanun yapıyor, Bab-ı Ali hükmediyor, Bab-ı Ali icra eyliyor. İcraatına yine Bab-ı Ali nazır oluyor; padişah desek Bab-ı Ali anlaşılıyor. Kanun desek kezalik, meclis-i mahkeme desek kezalik; ahali desek hiçbir şey anlaşılmıyor.*”⁴³ Babialı'nın devlet düzeni içerisinde ulaştığı güç şuradan da anlaşılabilir: Gerçekten de söz gelimi 1826-1839 arasını analiz etmeye odaklanmış bir çalışmada daha ziyade II. Mahmud'un adı geçecek iken, 1839-76 arası dönem için ise dönemin padişahlarından ziyade Mustafa Reşid Paşa, Ali Paşa, Fuad Paşa, Midhat Paşa gibi isimlerin adı geçecektir.⁴⁴ Bir bakıma Tanzimat da padişahın gücünün Babialı lehine sınırlandırılması olarak yorumlanabilir. Öte yandan Yeni Osmanlıları buluşturan ortak paydalardan birisi de Babialı'nın içerisinde bulunduğu bu duruma gösterdikleri itirazdır.⁴⁵ Babialı, bir taraftan da Batı nüfuzunun bir aracı olarak görülmektedir.

Kemal'e göre mevcut düzen içerisinde bütün sorumluluğun padişaha irca edilmiş olması esasında idarenin sorumluluğunu azaltma amacına matuf bir “desise-i siyasiye”dir. Ancak bununla İngiltere'deki modelden mülhem, padişahın her şeyden müstesna tutularak idareyi yalnız vükelaya bırakma maksadını gütmeye açık bir şekilde belirtmektedir. Zira “*padişah vazifeyi adaletin icrasına şer'an memurdur.*” Daha ziyade yapılması gereken, Fransa'da

⁴² Gencer, 2017, s. 579.

⁴³ Namık Kemal'den akt. Korkmaz, s. 442.

⁴⁴ Örneğin Davison (2021, s. 129), Ali Paşa'nın otokratlığını şöyle tasvir etmektedir: “*Astlarından itaat bekliyor, Sarayla sürdürülen bütün ilişkilerin kendi kanalıyla yapılmasını istiyordu ve hayatının sonuna doğru bir hayli otokratça tavırlar sergilemeye başlamıştı. Bu bir ölçüde hesaplı bir politikaydı, çünkü Ali idari hiyerarşiyi padişahın ve saray çevresinin müdahalesinden kurtarmak için kararlı bir çaba harcamaktaydı; Bab-ı Ali'nin bağımsızlığını savunuyordu o. Bir ölçüde de mevkisine duyduğu kıskançlıktı: Hiçbir rakibe tahammül edemez, tek bir halef yetiştirmezdi. Abdülaziz 1860'ların sonlarında bu engel karşısında rahatsızlık duyuyor, kendini vazgeçilmez kılımsı devlet adamını azletme gücünden yoksun olduğunu hissediyordu: Ali'nin azledilmesinde ısrar eden saraydaki etkili bir kişiye, “Yerine kimi getirebilirim ki?” diye sormuştu Abdülaziz.*”

⁴⁵ Yeni Osmanlıların şikayetlerinin esas muhatabının Babialı oluşu hakkında Mardin'in (2015, s. 124-125) açıklamaları şöyledir: “*Yeni Osmanlıların hücumlarının nadiren sultanın şahsına yöneldiğini ve hiçbir zaman monarşi kurumu aleyhinde olmadığını görmek, bu yüzden çok şaşırtıcıdır. Yeni Osmanlılar, saltanata karşı daima en derin saygıyı gösterdiler. Namık Kemal, “Bugüne kadar, sultan kendisinden istenilen ve halk için faydalı olan herhangi bir şey yapmayı asla reddetmedi” demektedir. Yeni Osmanlıların tenkitlerinin hedefi, monarşi değil, aksine Bâb-ı Ali idi; özellikle Osmanlı yönetiminin iki temel direği olan, Türkiye'de imparatorluğun modernleştiricileri, modern Türk idaresinin temellerini atan devlet adamları sayılıp “iyi insanlar” olarak hatırlanan Fuad ve Ali Paşa'lardı. Söz konusu hücumlar, aynı zamanda Ali ve Fuad'ın “nazır adayı” meslektaşlarına, bu kişilerin etrafına toplanan ve devletin yüksek memuriyetlerini tekellerine almış bulunan dar bir devlet adamı çevresine de yönelikti. Ancak, ilk bakışta Yeni Osmanlıların tuhaf bir marazî takıntısı gibi görünen şey, Sultan Abdülaziz'in Osmanlı İmparatorluğu'nun günlük politikasının hazırlanmasında çok az veya hemen hemen hiç yetkisi bulunmadığını görünce, anlaşılır olmaktadır. Devlet politikasının belirlenmesi hususunda Sultan, Fuad ve Ali'nin adeta esiri idi.”*

olduğu gibi, padişahın sorumluluk alanını daraltmak adına görevlerinin bir kısmının başkalarına devredilmesidir.⁴⁶

O dönem yapılan tartışmalar bağlamında meşrutiyet rejimini kabule padişahın yanaşıp yanaşmayacağı, istiklaline dokunacak bir şeyi kendi isteğiyle yapıp yapmayacağı da son derece ehemmiyet arz etmektedir. Kemal ise bunun gerçekleşmesi konusunda herhangi bir endişe taşıyor gibi değildir. Zira ona göre bu rejim devlet için faydalıdır ve padişahın da o güne dek faydalı olan herhangi bir şeyi yapmaktan kaçındığı görülmemiştir. Bunun da altında, daha temelde, hanedanın tebaasına “pederane” bakıyor oluşu yatmaktadır. Kemal’in padişahı ikna etmek için sunduğu argümanlar bununla sınırlı kalmaz. Kendi egemenliği altındaki Mısır Hidivliği’nde meşveret usulünün herhangi bir talep olmamasına rağmen ilan edildiği ortadayken ve kendi halkının yoğun arzusu var iken “*gasb-i hukukda devam etmeyi Osmanlı padişahı kendinin ve hanedanın şanına*” düşürmeyecektir. Kaldı ki, padişahın istiklali denilen şey de gerçekliği olmayan, vehmedilen bir şeyden ibarettir. Zira padişah bundan yararlanmakta değildir. Padişah, fiiliyatta bir kaza müdürü kadar bile kanunu ihlal etmemektedir. Dolayısıyla meşveret usulünün fiiliyatta sağlayacağı şey padişahın istiklaline haleb getirmesi değil, onun dışındaki devlet görevlilerinin kanun sınırları içerisinde kalmasına hizmet etmek olacaktır.⁴⁷ Kemal’in yazdıklarında, padişahın bahsedilen reformları kabul edeceğine dair aşırı iyimser bir tonun hâkim olduğu varsayımların izleri görülebilir. Ve fakat, daha farklı bir açıdan, onun padişahı ikna etmek için ziyadesiyle incelikli bir dil kullandığı da düşünülebilir.

Toplumsal sözleşme düşüncesinin bir sonucu olarak N. Kemal, halifenin ilahî hukuku tatbik etmeye dair sorumluluklarını yerine getirmemesi durumunda toplumun sözleşmeyi bozma hakkı olduğunu söylüyordu. Bu görüşü, İslâm hukukçularının yaklaşımıyla paralellik arz etmekteydi. Ancak bahsedilen bozma hakkı yahut isyan hakkının hangi koşullarda, hangi usullerle vs. işletileceğine dair somut çerçevenin çizilmemesi yönündeki İslâm hukukçularının tavrı, N. Kemal’de de devam etmekteydi.⁴⁸

8. Tabii Haklar

N. Kemal, devletin meşruiyeti ile tabii haklar arasında bağ kurmaktadır. Ona göre en iyi yönetim kişilerin özgürlüğünü en az baskıya sokanıdır. Ancak bunu yaparken, devletin varlığının tabii hakların kullanılmasının zemini/garantörü olduğunun da farkındadır. Zira doğaları gereği zarar verme eğiliminde olan insanların hürriyetlerinin temini için birbirlerinin saldırılarından korunmaları gerekiyordu. Bunu sağlayacak “kuvve-i galebe” ise toplumsal sözleşme ile belirlenmekteydi. Yani

⁴⁶ Bkz. Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 1”, *Hürriyet*, 26 Eylül 1869.

⁴⁷ Bkz. Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 5”, *Hürriyet*, 31 Ekim 1869.

⁴⁸ Mardin, 2015, s. 327-328.

toplumların nüfusunun çokluğu ve işbölümü çerçevesinde herkesin farklı işlerle meşgul olması dolayısıyla bu gücü kullanacak organ (hükümet) toplumsal sözleşme marifetiyle oluşmaktaydı. Bir diğer ifadeyle, fertler ihkak-ı hak yetkisi gibi bazı haklarından feragat ederek, yetkilerini toplumsal sözleşme marifetiyle devretmekteydi. Dolayısıyla devlet/hükümet/padişah ve hürriyet arasında temel bir ilişki vardı ve bu ilişki toplumsal sözleşme marifetiyle sağlanıyordu. Nitekim Osmanoğullarına yönetim hakkının da bir nevi bir toplumsal sözleşme marifetiyle devredilmişti. Hürriyeti ilâhî bir ihsan olarak telakki eden Kemal, “ümme”in şahsî ve siyasî haklar teminat altına alındığı takdirde hür olabileceğini düşünmekteydi. Buna göre siyasî haklar kuvvetler ayrılığı ve temsili hükümet marifetiyle; şahsî haklar ise tarafsız ve yetkili mahkemelerin kurulmasıyla emniyet altına alınabilirdi.⁴⁹ Görüldüğü üzere, düşünce dünyasında kavramların birbiriyle ilişkilerini dikkate değer biçimde tesis edebilmişti.

Mesela düşünce özgürlüğü konusunda şöyle söyler: “*Bir adamın, velev taşlarla beyni ezilsin, fikrinde kanaat ettiği tasdikata tağyir etmek kabil midir? Velev hançerle yüreği paralansın, vicdanınca tasdik ettiği mutekadati gönlünden çıkarmak mümkün olabilir mi? Demek ki naklî, aklî, hikemî, siyasî, ilmî, zevkî her nevi efsar zaten serbest zaten tabiidir. Değişirse kimsenin icbarıyla değil, tabiatın ilcasıyla değişir.*”⁵⁰ Yine basın özgürlüğü konusuna özel önem atfetmektedir. Ancak düşünce özgürlüğü konusunda her zaman aynı müsamahakarlıkta olduğunu söylemek zordur. Örneğin, *İttihat* gazetesindeki yazılarında meşrutiyet aleyhinde faaliyette bulunanların muhakeme yapılmaksızın sürülmesini hararetle savunabiliyordu.⁵¹

N. Kemal’in *hak* tasavvuru hakkında literatürde en derinlikli okumalardan biri Gencer’e aittir. Bu okumaya göre Kemal’in düşüncesinin *leitmotifi* “hak müdafaasına dayalı modernlik eleştirisi”dir. Kemal, modern dünyada devlete tüzel kişilik atfedilmesi neticesinde *hak* kavramının anlamını kaybettiğini, bizde de Tanzimat denilen modernleşme sürecinde devletin padişahın şahsından ayrılarak tüzel kişilik kazanması ile aynı doğrultuda bir risk ortaya çıktığını düşünmektedir, ki temel itirazı da bunadır. *Tüzel kişilik* kavramının kişiler üzerinde görünmez bir tahakküm aracı hâline getirilmesi modernizmin en tehlikeli sonuçlarından birisidir. Devlet, tüzel kişi olamaz; çünkü fertlerin toplamından (heyet-i umumiye) ayrı ve onların üstünde olacak şekilde devlet gibi *hakikî* varlıklar yoktur. Yine hak, irade, hakimiyet gibi nitelikler fertlere özgü olup, tüzel kişilere atfedilemez. Nitekim İslâm’da *hak* şeriat içerisinde somut bir anlama sahiptir. *Hak*, ilahî kökenidir, özsel bir niteliktir (cevherî hassa) ve insandan ayrılmaz; zira ruhlar aleminde Allah ve insanlar arasında yapılan *misak* neticesinde kazanılmıştır. Oysa İslâm tasavvurundan farklı olarak, Batı’da *devletin haklarını* tanıyarak kilise karşısında devleti kutsal bir konuma yükselten Machiavelli, Hobbes, Hegel gibi isimler, neticede totalitarizmin kapılarını açmıştır. Hak, irade, egemenlik gibi fertlere özgü hassalar devlete atfedildikten sonra, devletin anonim gücü istismara açık hâle geliyordu. İşte

⁴⁹ Mardin, 2015, s. 322-323, 341-342.

⁵⁰ Namık Kemal’den akt. Korkmaz, s. 443.

⁵¹ Akün, s. 369.

N. Kemal de kavramların içeriğinin bu şekilde doldurulması halinde devletin perde ardındaki öznelerin, bürokratların elinde bir iktidar aygıtı hâline gelmesinden endişe etmekteydi. “Devletin menfaatleri” denilen şeyler, esasında kamuya ait olmayıp, bu kişilerin şahsî menfaatleriydi. Vakt-i zamanında *İbret* gazetesinin “*menfâfi’-i devlete ve adab-ı umumiyeye mugayir bir meslek ittihaz ve onda ısrar ettigi*” gerekçesiyle kapatılması, soyut nitelikteki “devlet menfaatleri” kavramının kötüye kullanılmasına dair çarpıcı bir örnekti. Menfaatlerine hâle gelen devlet değil, devleti sahiplenen yönetici seçkinlerdi. İşte anayasa teklifinin stratejik amacı tam da burada anlam kazanmaktaydı. Zira böylelikle iktidar sınırlandırılacak ve yönetilenlerin hakları muhafaza edilecekti. Artık geleneksel dönemin “adil padişaha bağlı patrimonyal devlet”i aşınmıştı ve iktidarın kötüye kullanımını önleme amacına matuf yazılı bir anayasa ile nispî bir adaleti sağlamak ehven-i şer görünüyordu.⁵² Esasında burada N. Kemal’in Batı düşüncesine körü körüne bağlı olmamasının dikkate değer bir örneğini görmekteyiz. Batılı kavramlar düşüncesinin merkezinde konumlanırken, içerikleri titizlikle sorgulanmaktadır. Bu sorgulama geleneksel ve İslâmî kavramlar üzerinden yapılmaktadır ve fakat geleneksel düzenin eğitim sürecinin ürünü ulemanın onun ilgili metinleriyle irtibat kurabiliyor olduğunu düşünmek de zordur. Bir yönüyle geleneği modernlikle uyumlu hale getirme çabasına sahip olduğu düşünülebilecekken, bir yönüyle modernliği modernliğe (yahut Batı düşüncesini Batı düşüncesine karşı) koruyor gibidir. Temel hak ve özgürlükleri korumak için yine Batı düşüncesinden neşet eden devletin tüzel kişiliği kavramına olan karşı çıkışı bunu gösteren bir örnek olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla her ne kadar söz konusu düşünsel üretim faaliyetinin sonuçları “eklektik”, “uzlaşmaz” gibi hükümlerle eleştirilebilir olsa da, bu üretim sürecinin bizatihi kendisi bile başlı başına takdire şayan olsa gerektir.

9. Namık Kemal ve Kanun-i Esasi Süreci

Namık Kemal’in Kanun-i Esasi’ye giden sürece kaleme aldığı metinlerle önemli katkı sunduğu aşıkardır. Hatta Berkes’e göre “*Yanlış olarak Mithat Paşa’ya atfedilen ünlü Kanun-ı Esasi, gerçekte Namık Kemal’in ideolojisinden geliştirilen fikirlere dayanır.*”⁵³ Bununla beraber o, Kanun-i Esasi’ye yalnızca yazmış olduğu yazıları ile fikrî katkı sunmamış, aynı zamanda hazırlanma sürecinde ilgili komisyonlarda aktif görev de almıştır. Önce II. Abdülhamid’in cülusundan kısa bir süre sonra Şûrâ-yı Devlet üyeliğine getirilmiş, akabinde ise anayasa komisyonuna üye yapılmıştır. Bu süreçte Abdülhamid’in komisyonun hazırladığı taslak metinde yapmayı düşündüğü değişiklikler hakkında padişaha arzular da sunmuştur. Padişah kanadının en çok rahatsızlık duyduğu maddelerden birisi, padişahın hak ve yetkilerinin belirlenmesine dair olanıdır. Zira böyle bir madde dolayısıyla padişahın hak ve yetkilerinin kısıllacağından çekiniliyordu. Oysa Kemal’e

⁵² Gencer, 2006. Konu hakkında Mardin’in dikkate değer değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Mardin, 2015, s. 446-448.

⁵³ Berkes, s. 294.

göre durum tam tersiydi. Yani eğer böyle bir madde olmaz ise hükümdarın bazı önemli yetkileri başka ellere (Babiali) geçme riski taşıyordu.⁵⁴

SONUÇ

Namık Kemal, genel planda Osmanlı düşünce hayatı, daha özelde ise Osmanlı'da anayasal düşüncenin gelişimi noktasında son derece kilit bir yerde konumlanmaktadır. Devletin nasıl kurtarılacağı sorusu, onun düşüncesinin her yanına sirayet eden bir temel çıkış noktasıdır. Eşitlik, halk egemenliği gibi ilkelerin yahut parlamento gibi kurumların gerekliliğini savunurken ve içeriğini doldururken adeta zihninin arka planında hep bu soru durmaktadır. Bu soruya, merkeze aldığı din ve geleneği Batılı kavram ve kurumlarla sentezlemek suretiyle birtakım cevaplar bulma arayışındadır. Böylesine zorlu bir fikrî ameliyeyi gerçekleştirirken toplumsal meşruiyetin sağlanması kaygısı da bu sürece eşlik etmektedir. Esasında bahsedilen sentez çabası, biraz da bu meşruiyet kaygısının bir neticesidir.

Batılı kavram ve kurumları toptancı bir kabul/red yaklaşımıyla ele almayan N. Kemal, bunları kendi düşüncesine dahil ederken kaçınılmaz olarak değişime uğratmaktadır. Bir başka ifadeyle, Batılı kavramları kendi düşüncesine dahil ederken filtresiz bir yaklaşıma sahip değildir. Batılı kavramlar düşüncesinin merkezinde konumlanırken, içerikleri titizlikle sorgulanmaktadır. Bu sorgulama geleneksel ve İslâmî kavramlar üzerinden yapılmaktadır ve fakat aynı zamanda geleneğe ve İslâm düşüncesine yaslanan son derece eleştirel bir tutum da söz konusudur. Bu sentezleme çabasında -kendisi amaçlamamış olsa bile- yer yer İslâm düşüncesinden uzaklaştığı durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Zira sentez gerçekleştirmeye çalışırken her iki unsur açısından da birtakım yontma teşebbüslerinde bulunmaktadırlar. Nihayetinde düşüncesinde uzlaşmaz çelişkiler ortaya çıktığı eleştirilerine maruz kalmaktadır.⁵⁵ Söz konusu tutarsızlıkların en önemli sebeplerinden birisi, onun temel çıkış noktasının ve esas meselesinin teoriden ziyade pratik alanla alakalı oluşudur. Devlet kurtarma kaygısının merkezde olduğu bir düşüncede pratik ihtiyaçlar/gereklikler uğruna teorik tutarlılıktan kısmî tavizler verilmesi ikincil bir sorun mesabesinde görülmekte gibidir. Bir diğer ifadeyle, siyasî teori tek başına önemli bir hareket noktası oluşturmayıp, teori, siyasî endişelerin arkasından gelmektedir. Ek olarak, onun düşünsel üretiminin içeriğinin tutarlılık zemininde tartışılmasının ötesinde burada gösterilen tavra ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Zira düşünce geleneğimizde pek çok örneği görüldüğünün aksine, N. Kemal, teorik bir zeminden hareket ederek ulaştığı sonucu/formu devlete/topluma giydirmeye çalışmamıştır. Teori ve pratik arasında sürekli bir geçiş halindedir. Öte yandan kendi toplumundan,

⁵⁴ Akün, s. 369.

⁵⁵ “Nâmık Kemâl, kendi İslâmî kültürünün temelleri üzerinde, ondokuzuncu yüzyıl ortalarında Avrupa’da geçerli olan liberalizm tipinin ön-gereklere oldukça uygun olma üstünlüğüne sahip bir sistem geliştirdi. Ancak bu, İslâmî siyaset düşüncesindeki bazı faktörleri vurgulamak ve diğerlerine arka-planda uygun bir şekilde atıfta bulunmak suretiyle yapıldı. Nâmık Kemâl’in sistemiyle İslâm’ın sistemi arasındaki uyumsuzluk zaman zaman oldukça belirgindir.” Bkz. Mardin, 2015, s. 321.

ülkesinin gerçeklerinden hareket etmekle beraber, kendi toplumunun düşünce dünyasına, kavramsal sınırlarına, düşünsel ön yargılarına ve kalıplarına hapsolmuş da değildir. Dolayısıyla ulaştığı sonuçlardan bağımsız olarak, bizatihi çabanın kendisi takdire şayan olarak görülmektedir.⁵⁶

N. Kemal düşüncesindeki özgün taraflar, geleneği savunan ulema ile Batı düşüncesine yakın aydın-bürokratlar gibi belli bir uca takılı kalmaktan özellikle imtina etmesi onun Osmanlı-Türk düşünce geleneğindeki özel konumunun anlamını ortaya koymaktadır. Onun düşüncesinin genel hatlarına dair bu hususiyetler, hukuk ve anayasacılık bağlamlarındaki yaklaşımını da belirlemiştir. O, anayasal meseleler bakımından verili bir tartışmaya dahil olmaktan ziyade, bir bakıma tartışmanın zeminini kuran isimdir. Öte yandan ilân edilen anayasa, kaleme aldığı metinlerin etkilerinin yalnızca Osmanlı-Türk düşünce geleneğiyle sınırlı kalmadığını, bu etkilerin somut/kurumsal düzlemde de yansıma bulduğunun kanıtıdır. Kanun-i Esasi'nin gerçekte Namık Kemal'in ideolojisinden geliştirilen fikirlere dayandığına dair literatürde yer alan görüşler de bunu ortaya koymaktadır.

⁵⁶ Örneğin, Koçak (2009b, s. 249) şöyle söylemektedir: “*Namık Kemal, geleneksel İslâm/Osmanlı siyasi felsefesini, Batılı bir teorik çerçeve içinde sunarken, aslında, gelenek ile modern arasında, geleneksel olanı modern bir kap içinde sunmanın çabası içindeydi. Tutarlı olmayabilir, ama çabası takdire değerdir.*”

KAYNAKÇA

- Akün Ö F, “Nâmîk Kemal”, İslâm Ansiklopedisi C. 32, TDV Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 361-378.
- Berkes N, Türkiye’de Çağdaşlaşma, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018.
- Davison R H, Osmanlı-Türk Tarihi (1774-1923), Çev. Mehmet Moralı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2016.
- Davison R H, Osmanlı İmparatorluğu’nda Reform (1856-1876), Çev. Osman Akınhay, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2021.
- Fendoğlu H T, Türk Anayasa Hukuku Tarihi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Gencer B, “Namık Kemal’in Modern Devlete Karşı ‘Hak’ Arayışı”, C. 3, S. 5, 2006, İnsan Hakları Araştırmaları Dergisi, ss. 135-146.
- Gencer B, İslâm’da Modernleşme, Doğu-Batı Yayınları, Ankara, 2017.
- Kaynar R, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1985.
- Koçak C, “Yeni Osmanlılar ve Birinci Meşrutiyet”, Modern Türkiye’de Siyasî Düşünce: Tanzimat ve Meşrutiyetin Birikimi C. 1, Tanıl Bora-Murat Gültekinil (ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2009a, ss. 72-82.
- Koçak C, “Namık Kemal”, Modern Türkiye’de Siyasî Düşünce: Tanzimat ve Meşrutiyetin Birikimi C. 1, Tanıl Bora-Murat Gültekinil (ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2009b, ss. 244-264.
- Korkmaz F, “Anayasal Düzen ve Namık Kemal”, C. 5, S. 2, 2021, Edebî Eleştiri Dergisi, ss. 429-447.
- Mardin Ş, “Tanzimat Fermanı’nın Manâsı: Yeni Bir İzah Denemesi”, Tanzimat: Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Halil İnalcık-Mehmet Seyitdanlıoğlu (ed.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 145-165.
- Mardin Ş, Yeni Osmanlı Düşüncesinin Doğuşu, Çev. Mümtaz’er Türköne-Fahri Unan-İrfan Erdoğan, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.
- Namık Kemal, “İhtilafü Ümmeti Rahmetün”, *Hürriyet*, 14 Haziran 1869.
- Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 1”, *Hürriyet*, 26 Eylül 1869.
- Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 2”, *Hürriyet*, 3 Ekim 1869.
- Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 4”, *Hürriyet*, 24 Ekim 1869.
- Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 5”, *Hürriyet*, 31 Ekim 1869.
- Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 6”, *Hürriyet*, 8 Ekim 1869.
- Namık Kemal, “Usûl-ü Meşveret Hakkında Mektuplar 8”, *Hürriyet*, 5 Aralık 1869.
- Neumann C K, Araç Tarih Amaç Tanzimat, Çev. Meltem Arun, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2000.
- Öğün S S, Türk Politik Kültürü, Alfa Yayınları, İstanbul, 2010.
- Tekin Y, “Osmanlı’da Demokrasi Tartışmalarının Miladı Olarak Meşrutiyet Öncesi Tartışma Platformu”, C. 55, S. 3, 2000, AÜSBFD, ss. 145-173.
- Ülken H Z, Türkiye’de Çağdaş Düşünce Tarihi, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2018.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA TCK M. 297/4’TE DÜZENLENEN “ETKİN PİŞMANLIK” HÜKMÜNÜN UYGULANABİLME ŞARTLARI

*Conditions for the Applicability of the ‘Active Remorse’ Provision Regulated in
Article 297/4 of the Turkish Penal Code in Light of Court of Cassation Decisions*

Medet AKCAN*

Öz: Türk Ceza Kanunu’nun 297. maddesi ile bazı eşyaların infaz kurumuna veya tutukevine sokulması, buralarda bulundurulması veya kullanılması yasaklanmış ve bu fiiller suç olarak kabul edilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların konusunu oluşturan eşyayı yanında bulunduran veya kullanan hükümlü veya tutuklunun, bunu kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda bilgi vermesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında indirileceği öngörülmüştür. Bu çalışmada, öğretide yer alan görüşler ve yargı içtihatları ışığında dördüncü fıkrada düzenlenen bu hükmün hukuki niteliği ve uygulanabilme şartları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnfaz Kurumu, Tutukevi, Hükümlü, Tutuklu, Etkin Pişmanlık, Nitelikli Hal.

Abstract: Article 297 of the Turkish Penal Code prohibits the introduction, possession, or use of certain items in penal institutions or detention centers and considers these actions as a crime. However, the fourth paragraph of the article stipulates that if a convict or detainee who possesses or uses an item that constituting the subject of the crimes defined in the first and second paragraphs provides information about from whom and how they obtained it, the sentence to be given shall be reduced by half. In this study, the legal nature and applicability conditions of this provision regulated in the fourth paragraph have been examined in the light of the opinions in the doctrine and judicial precedents.

Keywords: Penal Institution, Detention Center, Convict, Detainee, Active Remorse, Qualified Case.

* Edremit Cumhuriyet Başsavcısı, Bursa Uludağ Üniversitesi Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, medetakcan88@hotmail.com

ORCID: 0009-0009-5136-0181

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573711

Makale Geliş Tarihi: 02.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 16.09.2024

GİRİŞ

İnfaz kurumları, hapis cezası, adli para cezasından çevrilen hapis cezası, disiplin hapsi ve tazyik hapsi kararları ile tutukevi bulunmayan yerlerde tutuklama kararlarının yerine getirildiği tesislerdir. Tutukevi ise sadece tutuklama kararlarının infaz edildiği yerlerdir. İnfaz kurumunda ve tutukevinde disiplin, düzen ve güvenliğin sağlanabilmesi amacıyla, kurumlarda bulundurulabilecek veya kullanılacak eşyaların belirli kurallara tabi olması şarttır. Bu amaçla Türk Ceza Kanunu(TCK)'nun "*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*" kısmının "*Adliyeye Karşı Suçlar*" adlı ikinci bölümünde yer alan 297. maddesinde dört fıkra şeklinde infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçu da tanımlanmıştır. Kanun koyucu bu maddede, infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçunun iki farklı tipini düzenlemiştir. Birinci fıkrada tanımlanan suçun oluşabilmesi için kişinin infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokması veya buralarda bulundurması gerekmektedir. İkinci fıkrada tanımlanan suç ise, birinci fıkra kapsamı dışında kalan firarı kolaylaştırıcı her türlü alet ve malzemenin, her türlü saldırı ve savunma araçlarının, yangın çıkarmaya yarayan malzemenin, alkol içeren her türlü içeceğin, kumar oynanmasına olanak sağlayan eşya ve malzemenin, yeşil reçeteye tabi ilaçların, mahkemelerce yasaklanmış veya suç örgütlerini temsil eden yayın, afiş, pankart, resim, sembol, işaret, doküman ve benzeri malzemelerin, örgütsel haberleşme araçlarının ve ses ve görüntü almaya yarayan araçların ceza infaz kurumuna veya tutukevine sokulması, buralarda bulundurulması veya kullanılması ile oluşmaktadır. Maddenin dördüncü fıkrasında ise bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan bu suçların konusunu oluşturan eşyayı yanında bulunduran veya kullanan hükümlü veya tutuklunun, bunu kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda bilgi vermesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında indirileceği öngörülmüştür. Öğretide, dördüncü fıkrada düzenlenen bu hükmün hukuki niteliği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu(CGK)'nun ve 2017 yılından itibaren infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçu ile ilgili temyiz talepleri hakkında karar veren 8. Ceza Dairesi'nin güncel içtihatları göz önüne alındığında, hükmün uygulanabilme şartlarının oluşup oluşmadığı hususunda yargı mercileri tarafından hatalı kararlar verildiği de anlaşılmaktadır. Bundan dolayı çalışmada, öğretide yer alan görüşler ve Yargıtay içtihatları çerçevesinde dördüncü fıkrada düzenlenen hükmün hukuki niteliği ve uygulanabilme şartları incelenmiştir. Sonuç bölümünde ise hükümde yapılması gereken değişiklikler ile ilgili önerilerde bulunulmuştur.

I. HÜKMÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Madde gerekçesinde bu hükmün suç konusu yasak eşyayı infaz kurumu veya tutukevinde bulunduran kişiler açısından bir etkin pişmanlık hükmü olduğu belirtilmiştir.¹ Ancak buna rağmen öğretide hükmün hukuki

¹ Madde gerekçesi.

niteliği konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu fıkarda bir etkin pişmanlık hükmü değil, daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal düzenlenmiştir.² Diğer görüşe göre ise madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere burada bir etkin pişmanlık hükmü söz konusudur.³ CGK da m. 297/4'te özel bir etkin pişmanlık hükmünün düzenlendiği görüşündedir.⁴

Etkin pişmanlık kurumu, TCK'nın genel hükümler kitabında düzenlenmemiştir. Bu hükümlerin bir kısmı özel hükümler kitabında, bir kısmı ise özel ceza kanunlarında veya ceza içeren kanunlarda sadece bazı suçlar bakımından öngörülmüştür. Öğretide ise etkin pişmanlığın çeşitli şekillerde tanımı yapılmıştır. Özgenç'e göre yeni TCK sisteminde etkin pişmanlık, sadece suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bağlamında cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiş olan bir kurumdur.⁵ Akbulut etkin pişmanlığı, bazı suç tipleriyle bağlantılı olarak düzenlenen ve cezada indirim yapılmasının ya da cezanın kaldırılmasını sağlayan şahsi sebep niteliğini taşıyan bir müessese olarak tanımlamıştır.⁶ Koca/Üzülmez'e göre etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık duyarak suçun işlenmesinin meydana getirdiği sonuçları gidermeye yönelik davranışlarda bulunmasıdır.⁷ Soyaslan etkin pişmanlığı, failin suçu tamamladıktan ve netice

² Şeyda Alegöz, "Ceza İnfaz Kurumuna Yasak Eşya ve Özellikle Uyuşturucu Madde Sokma Suçu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 30; Yener Ünver, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 679; Sami Gören, En Son Değişikliklerle Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 1493.

³ Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 453; Necati Meran, "Avukatların İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokma Eylemleri", C.2, S.13, 2007, Terazi Hukuk Dergisi, s. 132; Gökhan Taneri, "İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak", C.14, S.151, 2019, Terazi Hukuk Dergisi, s. 584; Osman Yaşar/ Hasan Tahsin Gökcan/ Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI Madde 252-345, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 8593; Ali Parlar/ Mustafa Öztürk, Uygulamada Adliye Karşı Suçlar (TCK MD. 267-298), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 584-585; Zeki Hafızoğulları/ Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017a, s. 281; Hamide Zafer, "İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak", Özel Ceza Hukuku Cilt X Adliye Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 613; Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 5330.

⁴ "...TCK'nın 297. maddesinin 4. fıkrasında infaz kurumunda bulunan hükümlü veya tutuklular için özel bir etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir..." (Yargıtay CGK, E: 2017/10-973, K: 2019/54, T: 24.01.2019).

⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 525.

⁶ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 665.

⁷ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 443.

gerçekleştikten sonra işlediği suçtan dolayı pişman olması, suçun doğurduğu zararın daha da ağırlaşmasını önlemesi veya hafifletmesi veya tazmin etmesi olarak ifade etmiştir.⁸ *Hakeri*'ye göre etkin pişmanlık, suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısıyla faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden bir kurumdur.⁹ *İçel* ise TCK'da genel ve özel nitelikli iki etkin pişmanlığın düzenlendiği görüşündedir. *Yazar*'a göre TCK m. 36'da düzenlenen genel nitelikli etkin pişmanlık, failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra işlemeyi kastettiği suçtan vazgeçerek sonucun gerçekleşmesini önlemesidir.¹⁰ Özel nitelikli etkin pişmanlık ise TCK'nın özel hükümler kısmında çeşitli suçlarla ilgili olarak düzenlenmiş olan ve suç işlendikten sonra uygulanabilen hükümlerdir.¹¹ *Baba*'ya göre etkin pişmanlık, kanunda gösterilen bazı suçların tamamlanmasından sonra, failin işlediği suçtan pişmanlık duyması ve belli bir muhakeme aşamasına kadar bu suçun olumsuz etkilerini gidermesi hâlinde, cezasını azaltan ya da kaldıran şahsi bir sebeptir.¹² *Sümer* etkin pişmanlığı, failin suçun tamamlanmasından sonra işlediği suçtan pişmanlık duyarak, kanunda öngörülen belirli bir süre içinde suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırma veya adli makamlarla işbirliği yaparak verdiği bilgilerle suçun aydınlatılmasına katkı sağlama gibi aktif bir edimde bulunması koşuluyla, cezanın ortadan kaldırılması veya azaltılması sonucunu doğuran şahsi sebep olarak tanımlamıştır.¹³ *İçer*'e göre ise etkin pişmanlık, hukuki değeri ihlale yönelen davranış tamamlandıktan sonra, niteliği ve yapısı gereği etkin pişmanlığa müsait olan ve yasada açıkça belirtilen suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeptir.¹⁴

Genel hükümler kitabında düzenlenmemesine rağmen öğretide, tüm etkin pişmanlık hükümleri için geçerli ortak unsurların bulunduğu kabul edilmektedir. *Baba*'ya göre etkin pişmanlığın objektif ve sübjektif unsurları bulunmaktadır. Objektif unsurlar, kanunun etkin pişmanlığa imkan tanıdığı bir suçun bulunması, suçun tamamlanması, failin aktif bir tutum sergilemesi ve etkin pişmanlığın kanunun öngördüğü muhakeme aşamasında gerçekleşmesidir. Sübjektif unsurlar ise failin bizzat gerçekleştirdiği iradi bir

⁸ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 314.

⁹ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 521.

¹⁰ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 524.

¹¹ İçel, s. 526.

¹² Yasemin Baba, "Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, s. 5-6.

¹³ Arif Emre Sümer, "Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık", C.11, S.2, 2023, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1232.

¹⁴ Zafer İçer, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK.m.110)", C.23, S.3, 2017, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 774.

davranışın bulunması ve failin suçtan pişmanlık duymasıdır.¹⁵ *Baki*'ye göre etkin pişmanlığın fiile ve faile ilişkin şartları vardır. Fiile ilişkin şartlar, tamamlanmış bir suçun olması ve tamamlanmış suça ilişkin olarak etkin pişmanlık hükmünün münhasıran düzenlenmiş olmasıdır. Faile ilişkin şartlar ise failin bizzat pişmanlık göstermesi, pişmanlığın etkin olması, failin suçun tamamlanmasından sonra pişmanlık göstermesi ve pişmanlığın kanunda öngörülen zamanda gösterilmiş olmasıdır.¹⁶ *Gödeklî*'ye göre etkin pişmanlığın maddi ve manevi unsurları bulunmaktadır. Maddi unsurlar, bir suçun bulunması, suçun tamamlanmış olması, pişmanlığın etkin olması ve pişmanlığın yasal süresi içinde gösterilmesidir. Manevi unsurlar ise failin işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyması, pişmanlığın iradi olması ve pişmanlığın doğrudan doğruya failden kaynaklanmasıdır.¹⁷ *Sümer*'e göre de etkin pişmanlığın maddi ve manevi unsurları bulunmaktadır. Maddi unsurlar, tamamlanmış bir suçun olması, tamamlanmış bu suça ilişkin etkin pişmanlık hükmünün kanunda münhasıran düzenlenmiş olması, etkin pişmanlık gösteren failin pozitif bir edimde bulunması ve pişmanlığın kanunda öngörülen süre içerisinde gösterilmiş olmasıdır. Manevi unsurlar ise failin işlediği suçtan pişmanlık duyması, failin gösterdiği pişmanlığın iradi ve gönüllü olması ve failin bizzat pişmanlık göstermesidir.¹⁸ CGK da tüm etkin pişmanlık hükümleri bakımından ortak olan unsurların varlığını kabul etmektedir. CGK'ya göre ortak olan unsurlar, kanunda etkin pişmanlığa imkân tanıyan bir düzenleme bulunması, suçun tamamlanmış olması, failin kanunda öngörülen biçimde aktif bir davranışı gerçekleştirmesi ve failin bu davranışının iradi olmasıdır.¹⁹

Öğretide nitelikli hal veya unsurların da çeşitli şekillerde tanımları yapılmıştır. *İçel*'e göre suçun temel şekline nazaran cezanın artırılmasını ve azaltılmasını sonuçlayan unsurlara nitelikli unsurlar denir.²⁰ *Hakerî*'ye göre nitelikli haller, suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen ve suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını ve bunun sonucu olarak da temel cezanın artırılıp indirilmesini gerektiren fakat bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen ve buldukları zaman da suçun hukuki vasfının değişmesine yol açmayan sebeplerdir.²¹ Suça tesir eden haller terimini kullanan *Soyaslan*'a göre nitelikli unsurlar, suçun varlığından bağımsız olarak bir suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını, dolayısıyla cezanın artırılması veya azaltılmasını gerektiren hallerdir.²² *Centel/Zafer/Çakmut*'a göre ağırlatıcı veya hafifletici nedenler,

¹⁵ Baba, s. 41-110.

¹⁶ Ensar Baki, "Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık", C.0, S.2, 2016, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s. 42-48.

¹⁷ Mehmet Gödeklî, "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", Y.7, S.29, 2017, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 294-338.

¹⁸ Sümer, s. 1241-1252.

¹⁹ Yargıtay CGK, E: 2021/8-344, K: 2023/665, T: 13.12.2023; Yargıtay CGK, E: 2021/8-255, K: 2023/703, T: 26.12.2023.

²⁰ İçel, s. 294.

²¹ Hakerî, s. 143.

²² Soyaslan, s. 472.

suçun varlığı için bulunmaları zorunlu olan kurucu unsurlara eklenen, cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren, bulunmamaları halinde suçun varlığına zarar vermeyen sebeplerdir.²³ *Koca/Üzülmez*'e göre nitelikli unsurlar, kanun koyucu tarafından haksızlık içeriğini etkilediği kabul edilen ve suçun temel şekline eklenerek cezanın artırılmasını veya indirilmesini sağlayan hallerdir.²⁴ *Akbulut*'a göre nitelikli unsurlar, suçun temel şeklinin yanında daha ağır veya daha az ceza verilmesini gerektiren ve tipikliğin maddi unsurları içerisinde yer alan unsurlardır.²⁵ *Özgenç* nitelikli unsurları, suçun temel şekline nazaran cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren unsurlar olarak tanımlamıştır.²⁶ Suça etki eden neden terimini tercih eden *Toroslu/Toroslu*'ya göre nitelikli unsurlar, tipik kurucu unsurları yönünden suçun yapısını değiştirmeyen, sadece suçun daha ağır veya hafif hale gelmesi sonucunu doğuran nedenlerdir.²⁷ *Artuk/Gökçen/Yenidünya*'ya göre ise nitelikli haller, suçun temel şekline ilaveten aranan ve onun daha ağır veya daha hafif sayılmasını sonuçlayarak, cezanın artırılması veya eksiltilmesini gerektiren hallerdir.²⁸ Cezanın artırılmasını veya indirilmesini sağlayan bu haller, failin veya mağdurun sıfatından, fail ile mağdur arasındaki ilişkilerden, suçun konusuna ait bir özellikten, hareketin gerçekleştirildiği yer ve zamandan, hareketinden işleniş şeklinden, suçun işlenmesindeki amaç veya saikten kaynaklanabilmektedir.

Madde metninde ve gerekçesinde dördüncü fıkranın konuluş amacı konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Öğretide ise suç konusu eşyayı kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda bilgi elde edilmesi ile infaz kurumu veya tutukevi idaresinin bu konuda önlem almasının amaçlandığı ifade edilmektedir.²⁹ Kanımızca bu hüküm ile eşyanın infaz kurumuna veya tutukevine nasıl sokulduğu, kurum içerisinde nasıl yayıldığı hususunda bilgi elde edilerek hem önlem alınması hem de diğer suç ortaklarının tespitinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hükmün konuluş amacı, etkin pişmanlığın tanımı ve unsurları ile nitelikli hal kavramı göz önüne alındığında, kanımızca dördüncü fıkrada yer alan hükmün nitelikli hal olduğu görüşü isabetli değildir. Zira burada fail, fiil, konu veya diğer kurucu unsurlara eklenen yeni bir hal söz konusu değildir. Sadece suçun işlenmesinden sonra failin pişmanlık duyarak bilgi vermesi halinde faile cezasında indirim yapılmasını sağlayacak bir imkan tanınmıştır. Madde gerekçesinde bu hükmün etkin pişmanlık hükmü olduğunun açıkça belirtilmesi, hükmün

²³ Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2006, s. 581.

²⁴ Koca/Üzülmez, s. 139, 140.

²⁵ Akbulut, s. 389.

²⁶ Özgenç, s. 226.

²⁷ Nevzat Toroslu/ Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Savaş Yayinevi, Ankara, 2018, s. 278.

²⁸ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, *5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Turan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 28.

²⁹ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 8594; Zafer, s. 614; İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu Cilt 3*, 2. Baskı, Yetkin Yayinevi, Ankara, 2020, s. 3760.

suçun işlenmesinden sonra pişmanlık duyularak bilgi verilmesi halinde uygulanabilecek şekilde düzenlenmiş olması, belirli şartlara tabi olması ve suçun kurucu unsurlarına eklenen yeni bir halin söz konusu olmaması dikkate alındığında, kanımızca dördüncü fıkrada yer alan hükmün özel bir etkin pişmanlık hükmü olduğu kabul edilmelidir.

II. HÜKMÜN UYGULANABİLME ŞARTLARI

A. MADDEDE TANIMLANAN SUÇLARDAN BİRİNİN İŞLENMİŞ OLMASI

Etkin pişmanlık imkanı sadece maddenin bir ve ikinci fıkralarında tanımlanan suçlar bakımından öngörülmüştür. Bundan dolayı m. 297/4'te düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için mutlaka maddenin bir ve ikinci fıkralarında tanımlanan suçlardan birinin işlenmesi ve işlenen bu suç nedeniyle kişinin cezalandırılabilmesi gerekmektedir. İşlenen fiilin maddede tanımlanan suçlardan birini oluşturmaması, suçun tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının oluşmaması, kişinin cezalandırılmasını engelleyen bir halin varlığı gibi hallerde etkin pişmanlık hükmü de uygulanamayacaktır. Örneğin hükümlünün kasten hareket etmemesi nedeniyle suçun manevi unsurunun oluşmaması, hakkın kullanılması nedeniyle suçun hukuka aykırılık unsurunun oluşmaması veya kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hükümlünün cezalandırılmaması hallerinde hükümlü hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanamayacaktır.

B. HÜKÜMLÜ VEYA TUTUKLU OLARAK BULUNMA

Kanun koyucu, m. 297/4'te düzenlenen etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilecek kişiler bakımından bir sınırlama getirmiştir. Hükme göre etkin pişmanlıktan herkes değil, sadece infaz kurumunda veya tutukevinde barındırılan hükümlü veya tutuklular faydalanabilmektedir. Hükümlü, kesinleşen hapis cezası, adli para cezasından çevrilen hapis cezası, tazyik hapsi veya disiplin hapsi nedeniyle infaz kurumunda bulunan kişidir. Tutuklu ise hakkında verilen tutuklama kararı nedeniyle tutukevinde, tutukevinin mevcut olmaması halinde ise infaz kurumunun bu amaca ayrılmış bölümünde barındırılan kişidir. Hükümlü veya tutuklu olarak barındırılmayan kişilerin bu hükümden faydalanması mümkün değildir.³⁰ Örneğin hakkında verilen hapis cezasının infazı için kurumda kalan hükümlü A'dan ele geçirilen bir cep telefonu ile ilgili olarak hükümlü A hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanabilir. Fakat kurumda infaz koruma memuru olarak görev yapmakta olan B'den ele geçirilen bir cep telefonu ile ilgili olarak memur B hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanamaz.

³⁰ Aynı görüşte Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 8594; Ünver, s. 680; Hafızoğulları/ Özen, 2017a, s. 281; Zafer, s. 614.

C. YASAK EŞYAYI BULUNDURMA VEYA KULLANMA

TCK m. 297'de tanımlanan infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokma suçları sokma, bulundurma ve kullanma fiilleri ile işlenebilmektedir. Sokma, kurum olarak tahsis edilen yapının dışında bulunan yasak bir eşyanın maddi varlığının herhangi bir şekilde bu yapının içerisine girmesinin sağlanmasıdır.³¹ Bulundurma, kişinin yasak eşyayı hâkimiyet alanında veya üzerinde makul bir süre tutmasıdır.³² Kullanma ise, yasak bir eşyanın yapılış amacına uygun olarak tüketilmesi veya eşyanın özelliklerinden belli bir amaçla yararlanılmasıdır.³³ Etkin pişmanlık hükmüne göre, bu hükümden infaz kurumunda veya tutukevinde barındırılan tüm hükümlü ve tutuklular değil, sadece yasak eşyayı yanında bulunduran veya kullanan hükümlü ve tutuklular faydalanabilir. Yasak eşyayı bulundurmamış veya kullanmamış olan bir kişinin bu hükümden faydalanması mümkün olmadığı gibi, yasak eşyayı kuruma sadece soka hükümlü veya tutuklu da bu hükümden yararlanamayacaktır.³⁴ Örneğin açık ceza infaz kurumunda hükümlü olarak barındırılan bir kişinin özel izin dönüşü kuruma uyuşturucu madde sokmaya çalışırken yakalanması halinde bu hükümlü hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanamayacaktır. Fakat bir şekilde kuruma sokulan uyuşturucu maddeyi bulundurup kullanan hükümlü bu hükümden faydalanabilecektir. 8. Ceza Dairesi de aynı görüştedir. Örneğin Daire, Sivas Açık Ceza İnfaz Kurumu'na sokmaya çalışırken yakalanan eşyaları kendisi gibi dışarıda bir okula devam eden diğer bir hükümlü Musa N.'den temin ettiğini beyan eden sanık hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasını hukuka aykırı bulmuştur.³⁵

Yasak eşyayı bulundurmaya ya da kullanmaya teşebbüs eden hükümlü veya tutukluların pişmanlık göstererek bilgi vermesi halinde haklarında etkin pişmanlık hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı konusuna da değinmek gerekmektedir. Zira öğretilde, yeni TCK sisteminde etkin pişmanlık kurumunun sadece suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bakımından uygulanabilecek şekilde düzenlendiği, teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı, suçun tamamlanmasından önce şartları oluşmuşsa gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabileceği savunulmaktadır.³⁶ CGK da aynı

³¹ Taneri, s. 571; *Şahbaz*'a göre ise yasak eşyaların infaz kurumu veya tutukevine sokulmasından maksat, binanın dış dünya ile ilişkisinin kesildiği an, içeri sokulmasıdır (*Şahbaz*, s. 3760); *Gündel*'e göre maddenin sokulması, arama noktalarından geçildikten sonra maddenin içeriye dahil edilmesidir (*Gündel*, s. 5330).

³² Aynı görüşte bkz. Zafer, s. 608; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 8591; Hafizoğulları/ Özen, s. 279; *Şahbaz*'a göre ise bulundurma belli bir devamlılık gerektirir ve failin yasak eşyayı ulaşabileceği bir yere koyması ve orada tutması bulundurma için yeterlidir (*Şahbaz*, s. 3761).

³³ Aynı görüşte bkz. Zafer, s. 608; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 8593.

³⁴ Aynı görüşte Parlar/ Öztürk, s. 585; Meran, 2006, s. 453.

³⁵ Yargıtay 8. CD, E: 2021/1605, K: 2023/108, T: 18.01.2023.

³⁶ Aynı görüşte bkz. Özgenç, s. 525; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 330; Soyaslan, s. 314; Hakeri, s. 521; Toroslu/ Toroslu, s.

görüştürür.³⁷ Kanımızca, her etkin pişmanlık hükmü bakımından aynı sonuca ulaşmak isabetli değildir. TCK sisteminde etkin pişmanlığın genel hükümlerde düzenlenmemiş olması nedeniyle hükmün kanuni tarifi göz önüne alınarak değerlendirme yapılması gerekir. Hükmün kanuni tarifinde suçun tamamlanması gerektiğine dair özel bir ifade söz konusu ise suçun tamamlanmış olması hükmün uygulanabilme şartları arasında kabul edilebilir. Örneğin TCK m. 168’de “...suçları tamamlandıktan sonra...”, m. 293’te “...kaçtıktan sonra...” şeklinde özel ifadeler söz konusudur. Fakat kanuni tarifte bu şekilde açık bir ifadenin söz konusu olmaması ve suçun da teşebbüse elverişli olması halinde etkin pişmanlık hükmünün teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bulundurma ve kullanma fiillerinin teşebbüse elverişli olması ve dördüncü fıkrada fiillerin tamamlanması gerektiğine dair bir ibarenin bulunmaması nedeniyle fiillerin teşebbüs aşamasında kalması halinde de kişi hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanmalıdır. Fakat kişinin suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlemesi söz konusu ise öncelikle gönüllü vazgeçme hükümleri değerlendirilmelidir. Örneğin infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan A’nın içmek için alkol temin etmesi ancak kullanmaktan vazgeçerek alkolü idareye teslim etmesi halinde gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Fakat A’nın temin ettiği alkolün kullanmadan görevliler tarafından yakalanması şeklinde gerçekleşen olayda diğer şartların varlığı halinde hükümlü hakkında etkin pişmanlık indirimi yapılmalıdır.

312; Demirbaş’a göre TCK m. 36’da gönüllü vazgeçme adı altında genel etkin pişmanlığa da yer verilmiştir. Bu genel hüküm dışında bazı suçlar açısından suç tamamlandıktan sonra, henüz soruşturma başlamadan önce veya soruşturma evresinde, hüküm verilmeden önce, hatta cezanın infazı aşamasında etkin pişmanlık gösterilmesi ise özel olarak düzenlenmiştir (Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 479); İçel, s. 526; Hafizoğulları/Özen’e göre yeni TCK’da gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık aynı şey sayılmış, aynı hükümlere tabi kılınmıştır (Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017b, s. 320); Centel/Zafer/Çakmut’a göre yeni TCK sisteminde failin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemesi hali gönüllü vazgeçme başlığı altında düzenlendiğinden etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için suçun tüm unsurlarıyla tamamlanması gerekmektedir (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 471); Özbek/ Doğan/ Bacaksız vd.’ye göre TCK m. 36’dan da anlaşılacağı üzere suçun tamamlanmasından önceki pişmanlık gönüllü vazgeçme başlığı altında, suç sonrası pişmanlık ise her bir suç tipi altında ayrıca düzenlenmiştir (Veli Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 506); Baba, s. 48; Gödekli, s. 299; Baki, s. 42; Sümer, s. 1241, 1242; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 82; Akbulut, s. 665; Koca/ Üzülmez, s. 443; İçer, s. 774.

³⁷ “...Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için suçun tamamlanmış olması gerekir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından etkin pişmanlıktan söz edilemez ancak şartları var ise gönüllü vazgeçme gündeme gelebilir...” (Yargıtay CGK, E: 2021/8-255, K: 2023/703, T: 26.12.2023).

D. FAİLİN İRADİ OLARAK BİZZAT BİLGİ VERMESİ

Yasak eşyayı bulandıran veya kullanan hükümlü veya tutuklunun etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için gerekli son şart, kişinin bizzat iradi bir şekilde yasak eşyayı kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda bilgi vermesidir.³⁸ Fıkra bu koşul, ‘...*bunu kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda bilgi verirse...*’ şeklinde ifade edilmiştir. Bilginin hükümlü veya tutuklu tarafından iradi olarak verilmemesi, araştırmalar sonucu elde edilmesi veya başkası tarafından verilmesi hallerinde kişinin etkin pişmanlık hükmünden faydalanması mümkün değildir. Kişinin suçun konusunu oluşturan yasak eşyayı kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda iradi bir şekilde bilgi vermesi ve diğer şartların da varlığı halinde kişi hakkında mutlaka indirim yapılması gerekmektedir. Örneğin açık ceza infaz kurumunda hükümlü olarak kalmakta olan A’nın ele geçirilen uyuşturucu maddeyi aynı koşu kalan diğer hükümlü B’den para karşılığı aldığı hususunda bilgi vermesi halinde hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanmalıdır. 8. Ceza Dairesi de aynı görüştedir. Örneğin Daire, Bayburt M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu’nda hükümlü olarak kalmakta olan sanığın, kurumda bulundurduğu 1 adet kıl testeresi ve 1 adet çekiç ile ilgili olarak bu eşyaları koşu aynı koşu daha önce hükümlü olarak kalan Eyüp K.’nin çöpe attığını, kendisinin söz konusu eşyaları çöpten çıkardığını ve bu malzemeleri maket gemi yapımında kullandığını beyan etmesi,³⁹ Felahiye Kapalı Ceza İnfaz Kurumu’nda hükümlü olarak barındırılan kişinin, kurumda bulundurduğu cep telefonunu diğer hükümlü Güngör I.’dan temin ettiği hususunda bilgi vermesi,⁴⁰ Ceyhan Açık Ceza İnfaz Kurumu’nda hükümlü olarak bulunan sanık Medet H.’nin kurumda bulundurduğu uyuşturucu maddeyi diğer hükümlü Oğuzhan K.’dan temin ettiği hususunda bilgi vermesi,⁴¹ Ödemiş M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu’nda tutuklu olarak kalmakta olan sanık Ali T.’nin kurumda bulundurduğu esrar maddesini cezaevine girmeden önce Serkan M. isimli bir şahıstan temin ettiği ve cezaevine girişte fark edilmemesi sayesinde kuruma sokarak bulundurduğu hususunda bilgi vermesi,⁴² Kale K2 Tipi Ceza İnfaz Kurumu’nda hükümlü olarak barındırılan Yılmaz Y.’nin kurumda bulundurduğu cep telefonunu diğer hükümlü Ersin E.’den, sim kartı ise kendisine eşya getiren eşi Çiğdem Y.’den temin ettiği hususunda bilgi vermesi,⁴³ Burdur Ceza İnfaz Kurumu’nda hükümlü olarak barındırılan sanık Ali K.’nin kurumda bulundurduğu cep telefonunu diğer hükümlü Ali S.’den temin ettiği hususunda bilgi vermesi,⁴⁴ İskenderun Açık Ceza İnfaz Kurumu’nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Cem D.’nin, kurumda bulundurduğu esrar maddesini diğer hükümlüler Yusuf G. ve Cemil K.’nin yönlendirmesi

³⁸ Ünver, s. 680.

³⁹ Yargıtay 8. CD, E: 2017/8278, K: 2017/12156, T: 31.10.2017.

⁴⁰ Yargıtay 8. CD, E: 2017/14143, K: 2018/1763, T: 20.02.2018.

⁴¹ Yargıtay 8. CD, E: 2017/9563, K: 2018/5096, T: 09.05.2018.

⁴² Yargıtay 8. CD, E: 2017/26365, K: 2018/5475, T: 16.05.2018.

⁴³ Yargıtay 8. CD, E: 2017/11209, K: 2018/5471, T: 16.05.2018.

⁴⁴ Yargıtay 8. CD, E: 2017/8069, K: 2018/5851, T: 23.05.2018

ile temin ettiği hususunda bilgi vermesi,⁴⁵ Ayaş Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda başka bir suçtan dolayı hükümlü olarak bulunan sanığın, kurumda bulundurduğu ADB-FUBINACA niteliğindeki uyuşturucu maddeyi Mehmet Ü. isimli kişiden temin ettiği hususunda bilgi vermesi,⁴⁶ Çorum L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda başka suçtan hükümlü olarak bulunan sanık Adem Ali Ç.'nin, kurumda bulundurduğu silah niteliğindeki tıgı diğer hükümlü Coşkun Y.'den temin ettiği hususunda bilgi vermesi,⁴⁷ Edirne Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık İsmet D.'nin, kurumda bulundurduğu ADB-FUBINACA etken maddesini ihtiva eden uyuşturucu maddeyi Murat M. isimli kişiden temin ettiği hususunda bilgi vermesi⁴⁸ ve Elmalı Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Murat A.'nın, kurumda bulundurduğu uyuşturucu maddeyi diğer hükümlüler Hakan M. ve Serdar Y.'nin talimatı ve yönlendirmesi ile temin ettiği hususunda bilgi vermesi⁴⁹ şeklinde gerçekleşen tüm olaylarda, kişinin yasak eşya ile ilgili verdiği bilgileri yeterli kabul etmiş ve kişi hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.

Öğretide, *“bunu kimden ve ne suretle elde ettiği”* ifadesinde her ne kadar (ve) bağlacı kullanılmış ise de bunun (veya) olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşte olan yazarlara göre, örneğin başkasından elde etmeyip, bir şekilde kendisi tarafından oluşturulan bir silahı ne suretle elde ettiği hususunda bilgi vermesi halinde de kişinin etkin pişmanlıktan faydalanması gerekir.⁵⁰ Kanaatimizce, burada kanun koyucunun bilinçli bir tercihi söz konusudur ve bu tercihi yorum yoluyla genişletmek isabetli değildir.⁵¹ Hükümde değişiklik yapılmadığı sürece, kişinin etkin pişmanlık hükmünden faydalanabilmesi için yasak eşyayı kimden temin ettiği hususunda da mutlaka bilgi vermesi gerekir. Kişinin bu eşyaları sadece nasıl elde ettiği hususunda bilgi vermesi veya ikrarda bulunması etkin pişmanlık hükmünün uygulanması için yeterli değildir. İkrarda bulunan, yasak eşyayı nasıl elde ettiği veya oluşturduğu konusunda bilgi vererek soruşturma ve kovuşturmaya yardımcı olan kişiler hakkında m. 62 gereği takdiri indirim yapılabilir.⁵² 8. Ceza Dairesi de sadece yasak eşyayı nasıl elde ettiği hususunda bilgi veren veya ikrarda bulunan kişiler hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanarak eksik ceza tayin edilmesinin hukuka aykırı olduğu görüşündedir. Örneğin Daire, Uşak Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak bulunan sanığın, kurumda bulundurduğu kesici aletleri cezaevinde bulunan sandalyenin altında bulunan demirlerden elde ettiği yönünde bilgi vermesi,⁵³ Burhaniye C Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak

⁴⁵ Yargıtay 8. CD, E: 2017/13456, K: 2018/8571, T: 10.09.2018.

⁴⁶ Yargıtay 8. CD, E: 2019/657, K: 2019/11742, T: 02.10.2019.

⁴⁷ Yargıtay 8. CD, E: 2019/10996, K: 2020/18880, T: 01.12.2020.

⁴⁸ Yargıtay 8. CD, E: 2020/8686, K: 2022/12440, T: 20.09.2022.

⁴⁹ Yargıtay 8. CD, E: 2022/4043, K: 2023/6396, T: 20.09.2023.

⁵⁰ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 8594.

⁵¹ Aynı görüşte bkz. Zafer, s. 614, dipnot 56.

⁵² Aynı görüş için bkz. Ünver, s. 680.

⁵³ Yargıtay 8. CD, E: 2017/6621, K: 2017/10557, T: 28.09.2017.

kalmaktan olan sanık İlhan T.'nin, kurumda bulundurduğu ağaç saplı, gri renkli plastik boruya geçirilmiş 21 cm uzunluğunda, sivri uçlu ve delici aleti kendisinin aramadan 4 gün önce koğuş içindeki buzdolabının altında temizlik esnasında bulunduğunu, Harun D. isimli hükümlünün yattığı yatağın altına koyduğunu ve daha sonra bu aleti memurlara teslim etmeyi unuttuğunu beyan etmesi,⁵⁴ Konya Açık Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan sanık İbrahim Ç.'nin, kurumda bulundurduğu uyuşturucu maddenin bahçeye atılacağını diğer hükümlü Satılmış G.'den öğrendiğini ve Satılmış G.'nin kendisinden maddeyi getirmesini istediğini beyan etmesi, ancak daha sonra bu beyanından dönmesi,⁵⁵ Amasya E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Umut P.'nin, kurumda bulundurulup kullanıldığı uyuşturucu madde konusunda birbirinden farklı ifadeler vermesi, kimden ve ne suretle temin ettiği hususunda çelişkili beyanlarda bulunması,⁵⁶ Burdur E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak bulunan sanık Alaattin A.'nın, kurumda bulundurduğu şişi cezaevi idaresine yönelik yazmış olduğu dilekçelerinde ikrar etmesi ve bu eşyayı cezaevi idaresine vermek istediğini beyan etmesi,⁵⁷ Bafra T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Tolga E.'nin, permatikten bozma jilet parçasını avukat görüşme katında bulunan memurların kullandığı lavaboda bulunduğunu beyan etmesi,⁵⁸ Alaşehir M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Abdurrahman A.'nin, kurumda bulundurduğu ahşap sap ile yemek kaşığının sap kısmının birleştirilmesi suretiyle elde edilen ve toplam uzunluğu 18,5 cm olan aleti kendisinin yaptığını bildirmesi ve rıza ile teslim etmesi,⁵⁹ Adana F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanığın, kurumda bulundurduğu esrar maddesini cezaevinin havalandırmasında bulunduğunu beyan etmesi,⁶⁰ Bafra T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Hakan A.'nın, kurumda bulundurduğu jilet parçasını tıraş bıçağından söktüğünü beyan etmesi,⁶¹ Antalya Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak bulunan sanığın, kurumda bulundurduğu 9 cm uzunluğunda demir testereyi izin dönüşü yanında getirdiği radyonun içine koyarak kuruma soktuğu konusunda bilgi vermesi,⁶² Konya E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Mehmet D.'nin, kurumda bulundurduğu toplam uzunluğu 12.5 cm olan tığı kantinden aldığı radyonun antenlerinden yaptığını beyan etmesi,⁶³ Bergama M Tipi Kapalı Ceza İnfaz

⁵⁴ Yargıtay 8. CD, E: 2017/11791, K: 2018/3628, T: 02.04.2018.

⁵⁵ Yargıtay 8. CD, E: 2017/8470, K: 2018/2107, T: 27.02.2018.

⁵⁶ Yargıtay 8. CD, E: 2017/8989, K: 2018/2104, T: 27.02.2018.

⁵⁷ Yargıtay 8. CD, E: 2017/13415, K: 2018/8557, T: 12.07.2018.

⁵⁸ Yargıtay 8. CD, E: 2018/9729, K: 2018/12656, T: 13.11.2018.

⁵⁹ Yargıtay 8. CD, E: 2019/2116, K: 2019/12912, T: 23.10.2019.

⁶⁰ Yargıtay 8. CD, E: 2019/13875, K: 2019/12877, T: 23.10.2019.

⁶¹ Yargıtay 8. CD, E: 2019/14588, K: 2020/18033, T: 05.11.2020.

⁶² Yargıtay 8. CD, E: 2019/16585, K: 2020/18044, T: 05.11.2020.

⁶³ Yargıtay 8. CD, E: 2019/15364, K: 2020/19852, T: 17.12.2020.

Kurumu'nda hükümlü olarak kalan sanık Mehmet İ.'nin, kurumda bulundurduğu jilet parçasını kantinden aldığı permatik tıraş bıçağından çıkartmak suretiyle temin ettiğini beyan etmesi,⁶⁴ Alaşehir M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak bulunan sanık Ali E.'nin, kurumda bulundurduğu çakmağa takılı pilot kalemde sökülmüş metal parçalı aleti mukavva kesmek amacıyla yaptığını beyan etmesi⁶⁵ ve Niğde Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Ferit B.'nin, kuruma sokulup bulunduran Vestel Venüs V3 5020 marka cep telefonu ve Samsung marka şarj cihazı ile ilgili olarak sadece izin dönüşü kurumun karşısında bulunan çöp tenekesinin yanına bıraktığını ve kendisine ait bu telefon cihazını bulan kişilerin infaz kurumuna soktuğunu ifade etmesi⁶⁶ şeklinde gerçekleşen tüm olaylarda, kişi hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Öğretide, etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için verilen bilginin doğru ve işe yarar olması, yalan olmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁷ Kanaatimizce verilen bilginin doğru olması hükmün uygulanması için yeterlidir. Fıkra da sadece bilgi verilmesi şartı bulunduğu için verilen bilginin işe yarar olması, bilgi sayesinde mutlaka diğer kişiler hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması, kişinin cezalandırılması, kişinin yakalanması, zararın giderilmesi veya başkaca eşyaların ele geçirilmesi gerekli değildir. Aksi düşünülseydi örneğin m. 192 ve m. 201'de olduğu gibi bir düzenleme yapılabilirdi. Fakat kişinin ceza indirimden faydalanabilmek için yalan söyleyebilmesi her zaman mümkün olduğundan verilen bilginin gerçekten doğru olup olmadığının mutlaka araştırılması gerekir. Hükümlü veya tutuklunun verdiği bilgilerin doğruluğunun araştırılmaması, bu konuda gerekli soruşturmanın yapılmaması ve etkin pişmanlığın şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmemesi hukuka aykırıdır. 8. Ceza Dairesi de aynı görüştedir. Örneğin Daire, Akçakale Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak bulunan sanığın, kurumda bulundurduğu 7 adet uyuşturucu hap ile ilgili olarak söz konusu maddeleri kendisi ile aynı koğuştaki kalan Murat K. isimli kişiden satın aldığını beyan etmesi,⁶⁸ Gemlik Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanığın, kurumda bulundurulup kullanıldığı uyuşturucu madde ile ilgili olarak söz konusu maddeyi diğer hükümlülerden soyadını şuan hatırlayamadığı ancak ismi Berkant olan ve sağ veya sol kolunda "Terso" yazan şahıstan alıp kullandığını beyan etmesi,⁶⁹ Maltepe 3 Nolu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda tutuklu olarak bulunan sanığın, kurumda bulundurduğu bir adet kameralı, çift sim kart girişli, 352180059570642 ve 352180059570659 IMEI nolu Nokia M2 model cep telefonu ve usb girişli şarj kablosu ile ilgili olarak telefonu kendisinin kullandığını, telefonu cezaevinden tahliye olan başka bir hükümlünün

⁶⁴ Yargıtay 8. CD, E: 2019/18083, K: 2021/3825, T: 11.03.2021.

⁶⁵ Yargıtay 8. CD, E: 2020/6501, K: 2022/11897, T: 07.09.2022.

⁶⁶ Yargıtay 8. CD, E: 2021/16868, K: 2023/1537, T: 22.03.2023.

⁶⁷ Hafızoğulları/ Özen, 2017a, s. 281.

⁶⁸ Yargıtay 8. CD, E: 2017/13340, K: 2018/8535, T: 12.07.2018.

⁶⁹ Yargıtay 8. CD, E: 2018/4313, K: 2018/8608, T: 10.09.2018.

kendisine bıraktığını beyan etmesi⁷⁰ ve Diyarbakır E Tipi Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olarak kalmakta olan sanık Turgut K.'nin kurumda bulundurduğu toz esrar maddesi ile ilgili olarak bu maddeyi koğuş arkadaşı olan Necmettin S.'nin dışardan getirip kendisine verdiğini beyan etmesi⁷¹ şeklinde gerçekleşen tüm olaylarda, verilen bilginin araştırılmamasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Hükümlü veya tutuklu tarafından verilen bilginin doğru olduğunun tespit edilmesi halinde kişi hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanacaktır. Verilen bilginin doğru olmadığının tespit edilmesi halinde ise hüküm uygulanmayacaktır. Fakat tüm araştırmalara rağmen verilen bilginin doğru olup olmadığının anlaşılması, buna dair şüphe oluşması halinde nasıl bir uygulama yapılması gerektiği sorusuna da cevap bulmak gerekmektedir. 8. Ceza Dairesi, verilen bilgi üzerine diğer kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde etkin pişmanlık hükmünün uygulanamayacağı görüşündedir.⁷² Kanımızca diğer kişi hakkında beraat veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi hükmün uygulanmasına engel teşkil etmemelidir. Her somut olayda hakim tarafından yasak eşyanın niteliği, tarafların beyanları, taraflar arasındaki ilişki gibi tüm bilgi ve belgeler göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bilginin doğru olabileceğine dair bir emarenin varlığı halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre uygulama yapılmalı ve kişi hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanmalıdır. Örneğin hükümlü A'nın cep telefonunu aynı koğuştaki kalan B'den temin ettiğini beyan etmesi ve A'nın B ile sık sık bir araya geldiğinin tespit edilmesi şeklinde gerçekleşen olayda, B'nin cep telefonunu A'ya verdiği kesin olarak tespit edilemese de A hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanmalıdır. Hiçbir emarenin bulunmaması, mantığa uygun olmayan bilgilerin söz konusu olması halinde ise hüküm uygulanmamalıdır. Örneğin hükümlü C'nin uyuşturucu maddeyi aynı koğuştaki kalan D'den aldığını beyan etmesi fakat D'nin C ile aynı infaz kurumunda dahi kalmadığının anlaşılması halinde etkin pişmanlık hükmü uygulanmayacaktır.

TCK'da düzenlenen bazı etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için zaman bakımından sınır getirilmiştir. Örneğin m. 201'de öngörülen etkin pişmanlıktan faydalanabilmek için bilginin, mutlaka

⁷⁰ Yargıtay 8. CD, E: 2018/10050, K: 2018/13393, T: 27.11.2018.

⁷¹ Yargıtay 8. CD, E: 2019/12796, K: 2019/12870, T: 23.10.2019.

⁷² İlk derece mahkemesi tarafından *"...sanık hakkında her ne kadar TCK'nın 297/4 maddesinin uygulanması talep edilmiş ise de; sanığın uyuşturucu maddeyi kendisine temin ettiğini beyan ettiği Mehmet K. hakkında 10/01/2014 tarih ve 2013/5117 soruşturma numaralı karar ile kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği anlaşıldığından sanık hakkında TCK'nın 297/4 maddesinin uygulanmasına yer olmadığına..."* şeklinde verilen karar Yargıtay tarafından onanmıştır (Yargıtay 8. CD, E: 2017/11171, K: 2018/9065, T: 12.09.2018); *"...Sanıkların, uyuşturucu maddeleri Fırat D.'den temin ettiklerini belirtmelerine karşın, Fırat D. hakkında atılı suçtan kamu adına kovuşturmaya yer olmadığına karar verilip kesinleştiğinin anlaşılması karşısında; uygulama yeri olmayan TCK'nın 297/4. maddesinin tertibi suretiyle eksik ceza tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır."* (Yargıtay 8. CD, E: 2019/14553, K: 2021/1090, T: 27.01.2021).

para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce verilmesi gerekmektedir. TCK m. 297/4'te öngörülen etkin pişmanlık hükmünde ise böylesi bir sınır bulunmamaktadır. Bundan dolayı bilginin hüküm kesinleşinceye kadar verilmesi mümkündür.⁷³

Yine TCK'da öngörülen bazı etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmek için bilginin verileceği yer bakımından da sınır getirilmiştir. Örneğin m. 93'te düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için organ veya dokularını satan kişinin, durumu mutlaka *merciine* haber vermesi gerekir. TCK m. 297/4'te düzenlenen etkin pişmanlık hükmünde yer bakımından da bir sınır söz konusu değildir. Kişinin bilgiyi yargılama makamlarına vermesi ile infaz kurumu veya tutukevi idaresine vermesi arasında fark yoktur. Her iki durumda da kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması gerekir.⁷⁴

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için gereken şartların oluşması halinde, hükümlü veya tutukluya verilecek cezada indirim yapıp yapılmaması takdire bağlı değildir. Zira hükümde “...verilecek ceza **yarı oranında indirilir**” ifadesi ile cezada indirimin mutlaka yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca indirim oranında da takdir hakkı bulunmamaktadır. İndirimin yarı oranında yapılması şarttır.

SONUÇ

İnfaz kurumunda veya tutukevinde güvenlik, düzen ve disiplinin sağlanabilmesi için bu kurumlara sokulacak, kurumlarda bulundurulacak veya kullanılacak olan eşyaların belirli kurallara bağlanması şarttır. Herkesin kurumlarda istediği her şeye ulaşabilmesi infaz ile ulaşılmak istenen amaçların gerçekleşmesini engelleyecektir. Kurumda bulundurulmuş veya kullanılan bir eşyanın kuruma kim tarafından, nasıl ve ne suretle sokulduğunun, kurumda nasıl yayıldığıнын tespit edilmesi, kurum idaresinin önlem alınması ve suç ortaklarının tespiti bakımından önemlidir. Bilgiye ulaşabilmek için yasa koyucunun etkin pişmanlık hükmüne yer vermesi isabetli olmuştur. Fakat bu hüküm, sadece eşyayı yanında bulunduran ya da kullanılan hükümlüler veya tutuklular hakkında uygulanabilmektedir. Ayrıca hükümden faydalanmak isteyen kişinin yasak eşyayı hem kimden ve hem de ne suretle elde ettiği hususunda bilgi vermesi zorunlu tutulduğundan eşyayı kendi imkanları ile oluşturan ve bir başkasından almayı bizzat kuruma sokan hükümlü ve tutuklular, hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak kurumlardaki eksiklik ve aksayan yönlerin tespiti için daha fazla bilginin elde edilmesine fayda sağlayacak şekilde hükmün kapsamı genişletilmelidir. Bu kapsamda yasak eşyayı kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda bilgi verme şartındaki bağlacın “*veya*” olarak değiştirilmesi, yasak eşyayı infaz kurumuna veya tutukevine sokan hükümlü ve tutukluların da hükmün kapsamına eklenmesi isabetli olacaktır.

⁷³ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 8594, Ünver, s. 680; Parlar/ Öztürk, s. 585; Zafer, s. 614.

⁷⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8594.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Alegöz Ş, “Ceza İnfaz Kurumuna Yasak Eşya ve Özellikle Uyuşturucu Madde Sokma Suçu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2019.
- Artuk M E/ Gökçen A/ Yenidünya A C, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Turan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Baba Y, “Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2011.
- Baki E, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, C.0, S.2, 2016, Ankara, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss. 27-55.
- Centel N/ Zafer H/ Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2006.
- Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Gödekli M, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, Y.7, S.29, 2017, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 277-360.
- Gören S, En Son Değişikliklerle Açıklamalı - İctihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Gündel A, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 4, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2009.
- Hafizoğulları Z/ Özen M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Hafizoğulları Z/ Özen M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016.
- İçer Z, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK.m. 110)”, C.23, S.3, 2017, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 773-792.
- Koca M/ Üzülmüş İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Meran N, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Meran N, “Avukatların İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokma Eylemleri”, C.2, S.13, 2007, Ankara, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 123-132.
- Özbek V/ Doğan K/ Bacaksız P vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Öztürk B/ Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Parlar A/ Öztürk M, Uygulamada Adliyeye Karşı Suçlar (TCK MD. 267-298), Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.

Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Sümer A E, “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, C.11, S.2, 2023, Sakarya, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.1229-1270.

Şahbaz İ, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Taneri G, “İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak”, C. 14, S. 151, Ankara, 2019, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 566-587.

Toroslu N/ Toroslu H, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Ünver Y, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Yaşar O/ Gökcan H T/ Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 6. Cilt Madde 252-345, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Zafer H, “İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Yasak Eşya Sokmak”, in: Özel Ceza Hukuku Cilt X Adliye Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

BİR TABİAT VARLIĞI OLARAK ANIT AĞAÇLARIN TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENMESİ

Regulation of Monumental Trees as a Natural Heritage in Turkish Law

Oğuzhan SAPAN*

Öz: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 63'te tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama ve bunu destekleyip teşvik eden önlemleri alma görevini devlete vermiştir. Bu doğrultuda bu anayasa hükmünün ne şekilde yerine getirileceğine dair ilkeler 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda düzenlenmiştir. Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik ile de bir tabiat varlığı olarak anıt ağaçların tespiti, tescili, onayına dair usul ve esaslar belirlenmiştir. Ayrıca Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonunun 117 sayılı İlke Kararı gereğince hangi ağaçların anıt ağaç özelliklerine sahip olduğu teknik detaylarıyla açıklanmıştır. Anıt ağaçların tespiti, tescili, onayı sürecinin karmaşıklığı ve uzunluğu doktrinde eleştiri konusu yapılmaktadır. Ayrıca gerek anıt ağaçların bakımlarının ve korunmalarının ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda mevzuatımızda parçalı bir yapı bulunması gerekse toplumda anıt ağaçların korunması konusundaki bilgi ve bilinç düzeyinin henüz istenilen ölçüde olmaması nedeniyle anıt ağaçların olması gerektiği gibi korunamadığı yapılan araştırmalarda tespit edilmektedir. Bu çalışmada bir tabiat varlığı olarak anıt ağaçların hukukuna tespitleri, tescilleri, onaylanmaları ve korunmaları bağlamında yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anıt ağaçlar, anıt ağaçların tespiti, anıt ağaçların tescili, anıt ağaçların korunması.

Abstract: The Constitution of the Republic of Türkiye article 63 gives the state the duty to ensure the protection of natural assets and values and to take measures to support and encourage this. In this regard, the principles on how this constitutional provision will be implemented are regulated in the Law No. 2863 on the Protection of Cultural and Natural Assets. The Regulation on Procedures and Principles for the Detection, Registration and Approval of Protected Areas determines the procedures and principles for the detection, registration, approval and announcement of monumental trees as a natural asset. In addition, in accordance with the Principle Decision No. 117 of the Central Commission for the Protection of Natural Assets, which trees have monumental tree characteristics are explained in technical details. The complexity and length of the process of identification, registration, approval of monumental trees are criticized in the doctrine. In addition, research shows that monumental trees cannot be protected as they should be due to the fact that there is a fragmented structure in our legislation regarding how to maintain and protect monumental trees and that the level of knowledge and awareness in society about the protection of monumental trees is not yet at the desired level. In this study, the law of monumental trees as a natural asset is examined in the context of their identification, registration, approval, and protection.

Keywords: Monumental trees, identification of monumental trees, registration of monumental trees, protection of monumental trees.

* İstanbul Anadolu Hâkimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, oguzhansapan@gmail.com
ORCID: 0000-0003-2848-8880 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573699
Makale Geliş Tarihi: 18.01.2024, Makale Kabul Tarihi: 30.09.2024

GİRİŞ

İnsanlık tarihinde ağaç ve orman ün, cesaret, zenginlik ve büyüklük sembolü olmuştur. Eski çağlarda bazı toplumlar özellikle yaşlı ve görkemli ağaçları totem yapmış, bazıları da kimi ağaç türlerini kutsal addetmiş, bunlardan yapılan malzemeleri mezar, tapınak ve saray gibi mekânlarında kullanmıştır.¹ Bazı ağaçlar da dini, mitolojik veya tarihi olayların bizatihi konusunu oluşturmuştur. Sonraki dönemlerde de ağaçlar uzun ömürlü olmalarına ve zor koşullar altında yaşamlarını devam ettirebilmelerine atfen güvenilirlik, uzun süreli barış ve yaşam süresiyle özdeşleştirilmiş, bunun yanında eski ve yeni arasında bir köprü vazifesi görmüştür.²

Endüstri devriminden sonra sanayileşme, insan nüfusunun artması, şehirlerin büyümesi ve tabiatın korunmasının ihmal edilmesiyle doğal alanlar hızla bozulmuş ya da yok olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) m. 56'da ifade edilen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı gereğince, tabiatın gerek devlet gerekse toplumdaki her bir birey tarafından özenle korunması tüm modern hukuk devletleri tarafından kabul görmektedir.³ Yine Anayasa m. 23/2 gereğince sağlıklı ve düzenli

¹ Ünal Asan, "Türkiye Ormanlarında Saptanabilen Anıt Nitelikli Ağaçların Dünyadaki Benzerleriyle Karşılaştırılması", Seri A, C. 37, S. 2, 1987, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, s. 46; R. Caramiello / P. Grossoni, "Monumental Trees in Historical Parks and Gardens and Monumentality Significance", The Trees of History: Protection and Exploitation of Veteran Trees Proceedings of the International Congress Torino, Italy, April 1st – 2nd 2004. Eds. Giovanni Nicolotti and Paolo Gonthier, s. 3.

² Asan, 1987, s. 47; Ebru Özcan, "Çanakkale İli Anıt Ağaçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Çanakkale, 2018, s. 24; Şeyma Yeni, "Bir anıt Ağacın Toplam Ekonomik Değerinin Belirlenmesi-İstanbul Örneği", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2021, s. 7; Salvatore Cannizzaro/ Gian Ligi Corinto, "The role of monumental trees in defining local identity and in tourism: a case study in the Marches Region", C. 1 S. 1, 2014, Geoprogess Journal, s. 31.

³ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar vd., İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 791, 792; Sakine Nilüfer Bilgin, "Tabiat Varlıklarını Koruma", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, s. 45. Aynı yönde bkz. Danıştay 6. D, E. 2019/12700, K. 2019/5572, T. 13.06.2019.

Anayasa m. 148/3 gereğince sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulması imkânı yoktur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 17, 20 ve 21 hükümlerine dayanarak inceleme yapmaktadır. (Mehmet Kurt Başvurusu (Genel Kurul), AYM, Başvuru No: 2013/2552, K.T. 25.02.2016, § 46) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) de AIHS m. 2, 3, 6 ve 8 ile Ek 1 No'lu protokol m. 1 kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Bkz. Brincat vd./Malta, AIHM, Başvuru No: 60908/11, K.T. 24.07.2014, § 103-107) Ancak AIHM tarafından da benimsendiği üzere çevresel meselelerin AIHS m. 8 gereğince incelenmesi için çevresel rahatsızlığın kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne, özel ve aile hayatına veya konutuna saygı hakkı üzerinde direkt etkiye bulunması ve bunlar üzerindeki tesirinin asgari bir şiddet derecesine varması gereklidir. (Mehmet Kurt Başvurusu, § 58) Bu bağlamda özel hayat çerçevesinde korunan hukuki çıkarlar üzerinde direkt ve ciddi bir etkisi

kentleşmeyi gerçekleştirmek, yerleşme hürriyetinin sınırlayıcı sebepleri arasında sayılmıştır. Anayasa m. 57'de ise konut hakkı bağlamında şehirlerin özellikleriyle çevre şartlarının gözetileceği bir planlamadan söz edilmektedir. Bu konu bağlamında tabiat varlıklarının korunmasında kamu yararının bulunduğu ifade edilmelidir.⁴

Yaş, çap, boy açısından türünün olağan ölçüleri üstünde boyuta ulaşan ve/veya yöre folklorunda, kültüründe ve geçmişinde hususi yere sahip ve/veya geçmişle bugün, bugünle gelecek arasında bağ kurabilecek doğal ve uzun yaşama sahip ağaçların korunması konusundaki toplumsal bilinç de istenen seviyede olmamakla birlikte giderek artmaktadır.⁵

İfade edildiği üzere, toplumun doğanın korunması konusunda bilinçlendirilmesinin yanında, Anayasa m. 63/1 gereğince anıt ağaçları korumak, bakımını gerçekleştirmek, onarmak ve bunların gelecek nesillere aktarılmasını sağlamak devletin görevlerindedir. Devlet bunu sağlamak için her türlü önlemi alır ve gerekli teşkilatı kurar.⁶ Bu doğrultuda anıt ağaçların hukukun koruma altına alınması, zarar verici fiillerin engellenmesi ve bu fiillerin yaptırma tabii tutulmasının sağlanması ancak bu ağaçların tespit edilip tescillenmesiyle mümkün olacaktır. Yapılan çalışmalar neticesinde Haziran 2023 itibarıyla ülkemizde 10506 ağaç anıt ağaç statüsü kazanmıştır.⁷

olmayan, manzara hakkı ya da güzel bir çevrede yaşama hakkı gibi çevresel haklar AIHS m. 8 çerçevesinde değerlendirilmemektedir. (Kryatos/Yunanistan, AIHM, Başvuru No: 41666/98, K.T. 22.05.2003, § 52, 53)

⁴ Muradiye Çevikçelik, "Anıt Ağaçların Hukuki Rejimi", C. 23 S. 2, 2021, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1489; Necla Özkaplan Yörüklü, "Bursa ve Yakın Çevresindeki Anıt Ağaçların Saptanması ve Koruma Olanaklarının Belirlenmesi Üzerine Bir Çalışma", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Bursa, 1997, s. 2. Tabiat varlıkları hukukunda kamu yararına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bilgin, s. 71 vd.

⁵ Alaeddin Bobat, "Anıt Ağaçlar, Kırsal Turizm ve Koruma-Yararlanma Dengesi Üzerine Çelişkiler", C. 1, S. 2, 2017, Uluslararası Kırsal Turizm ve Kalkınma Dergisi, s. 39; Seyran Palabaş Uzun/ Nuri Bozali/ Fatih Sivrikaya, "Kahramanmaraş'ın Tarihine Işık Tutan Anıt Ağaçlar", C. 14, S. 2, 2011, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Doğa Bilimleri Dergisi, s. 43.

⁶ Anayasa Mahkemesi E. 2011/106, K. 2012/192, T. 29.11.2012.

⁷ "Anıt ağaç sayısı 10 bin 506'ya yükseldi", TRT Haber, 29.06.2023, <https://www.trthaber.com/haber/yasam/anit-agac-sayisi-10-bin-506ya-yukseldi-778331.html> (s.e.t 18.01.2024)

Ancak ülkemizde henüz keşfi yapılmamış ve envantere kazandırılmamış çok sayıda ağaç olduğu belirtilmektedir. (Bobat, s. 37; Zöhre Polat, "Doğanın Mirası: Anıt Ağaçlar", C. 5, S. 58, 2017, Türk Tarım – Gıda Bilim ve Teknoloji Dergisi, s. 914; Musa Genç/ Ş. Teoman Güner, Anıt Ağaçların Önemi Göller Bölgesi'nin Anıt Ağaçları, Isparta Valiliği İl Özel İdaresi Müdürlüğü Yayınları, Isparta, 2003, s. 293; Anıt Ağaçların Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayları Sonuç Raporu, Kırsal Çevre ve Ormancılık Sorunları Araştırma Derneği, Ankara, 2016, s. 17; Şevket Alp/ Emel Baylan, "Van Gölü Havzası'nda Anıt Ağaçları, Tespit Edilen Sorunlar ve Koruma Önerileri", Türkiye Peyzajları II. Ulusal Konferansı: Peyzaj Politikaları, 20-21 Kasım 2017 İTÜ Taşkışla Kampüsü, İstanbul Bildiri Kitabı, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2018, s. 239)

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararlarından da faydalanılarak öncelikle anıt ağaçların tanımına ve sınıflandırılmasına, sonra tespit ve tesciline dair usule yer verilecek, ardından bu ağaçların korunmasına yönelik mevzuat ve uygulama hakkında bilgi verilecektir. Çalışmada mevzuatın bizatihi kendisinden kaynaklanan sorunlara ve uygulamada karşılaşılan problemlere ve çözüm önerilerine de değinilecektir.

I. ANIT AĞAÇLARIN MEVZUATIMIZDAKİ YERİ

Anayasa m. 63/1 uyarınca tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama ve bunu destekleyip teşvik eden önlemleri alma görevi devlete verilmiştir. Anayasanın bu hükmü doğrultusunda korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarına dair tanımların belirlenmesi, yapılacak işlem ve faaliyetlerin düzenlenmesi, ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilatın kurulması ve bunların görevlerinin belirlenmesi amacıyla 21.07.1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu⁸ (KTVKK) ihdas edilmiştir. KTVKK m. 3/a-2'de tabiat varlıkları jeolojik dönemler ile tarih öncesi ve tarihi dönemlere ait olup nadir bulunmaları ya da özellikleri ve güzellikleri açısından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında ya da su altında bulunan değerler olarak ifade edilmiştir.⁹

Türkiye'de 1940'lı yıllardan itibaren anıt ağaçlara dair bilimsel yayınlara rastlamak mümkündür.¹⁰ Anıt ağaçlar Cumhuriyetin ilk yıllarında hukuki belgelerde doğrudan bu isimle anılmasa da bir süre doğal anıtlar, taşınmaz tabiat varlığı, doğal zenginlik, tabii sit, tarihi anıt gibi kavramların içinde mütalaa edilmiştir.¹¹ Örneğin 31.08.1956 tarih 6831 sayılı Orman Kanunu m. 25'te Orman Genel Müdürlüğünün mevkii ve özelliği dolayısıyla gerek göreceği ormanları ve orman rejimine giren sahaları milli parklar, gerek parkları, *tabiat anıtları*, tabiatı koruma sahaları ve orman mesire yerleri olarak ayırabileceği, düzenleyebileceği, yönetebileceği ve gerektiğinde işletebileceği ya da işlettirebileceği hüküm altına alınmıştır.

Anıt ağaçlardan açıkça söz edilmemiş olsa da 25.04.1973 tarih ve 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu¹² m. 1'de "*Korunması gerekli tabiat güzellik ve gariplikleri ile tabii ve jeolojik olayların meydana getirdiği güzel görünüşlere, asırlık ağaç ve koruluklara TABİİ SİT (Tabii anıt) denir, bunların tümü ile değerlendirilerek korunması esastır.*" denilmiştir. Bu Kanun'u ilga eden KTVKK m. 6/4'te ise "*özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları*" taşınmaz tabiat varlığı örnekleri arasında sayılmıştır.

Eski Eserler Kanununun yürürlükte olduğu dönemde Kültür Bakanlığı Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Başkanlığı tarafından 10.01.1975 tarih ve 8204 sayılı kararla doğal anıt, koru, doğa güzellikleri ve garipliklerinin tespiti, tescili ve korunması için çalışma başlatılmasına karar verilmiş ve anıt

⁸ RG, 21.07.1983, S. 18113.

⁹ Tabiat varlıkları kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Bilgin, s. 5 vd.

¹⁰ Polat, s. 910.

¹¹ Ayrıntılı açıklama için bkz. Genç/Güner, s. 6 vd.

¹² RG, 06.05.1973, S. 14527.

ağaçların nitelikleri belirtilmiştir.¹³ 28.06.1988 tarih ve 25 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu kararında da anıt ağaçların teknik ve bilimsel tanımıyla ilgili belirlemeler yer almıştır.¹⁴ Daha sonra sırasıyla 14.07.1998 tarih ve 597 sayılı İlke Kararı, 05.11.1999 tarih ve 666 sayılı İlke Kararı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 10.09.2020 tarih ve 110 sayılı İlke Kararı alınmıştır.¹⁵ Nihayet Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonunun 01.07.2022 tarih ve 117 sayılı İlke Kararı 20.07.2022 tarih ve 31898 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Ancak bu ilke kararının Danıştay tarafından önce yürütmesinin durdurulmasına¹⁶, sonrasında iptaline karar verilmiştir.¹⁷

Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik¹⁸ (Yönetmelik)'te açıkça anıt ağaçlardan söz edilmiş, anıt ağaçların tanımına ve kapsamına yer verilmiştir.

II. ANIT AĞACIN TANIMI VE ANIT AĞAÇLARIN TESCİL SÜRECİ

A. ANIT AĞACIN TANIMI VE KAPSAMI

Yönetmelik m. 4/1-a'da anıt ağaç, “Yaş, çap, boy itibarıyla kendi türünün alışılmış ölçüleri üzerinde boyutlara sahip olan ve/veya yöre folklorunda, kültür ve tarihinde özel yeri bulunan ve/veya geçmiş ile günümüz, günümüz ile gelecek arasında köprü kurabilecek doğal ve uzun ömre sahip olan ağaçlar” olarak tanımlanmıştır. 117 sayılı İlke Kararında ise “Geçmiş ile günümüz, günümüz ile gelecek arasında köprü kurabilecek uzunlukta doğal ömre sahip olan ağaçlardan yaş, gövde çapı, tepe çapı ve boy itibarıyla kendi türünün alışılacak ölçülerinin çok üzerindeki boyutlara ulaşan; ya da yöre tarihinde, mistik kültüründe ve folklorunda

¹³ Özkaplan Yörüklü, s. 9

¹⁴ Asan Ü, “Üsküdar’ın Canlı Kültür Mirası: Anıt Ağaçlar”, Üsküdar Sempozyumu – I, 23-25 Mayıs 2003, Cilt 1, Zekeriya Kurşun, Ahmet Emre Bilgili, Kemal Kahraman, Celil Güngör (Ed.), İstanbul, 2004, s. 438; Genç/Güner, s. 8; Özkaplan Yörüklü, s. 8.

¹⁵ Söz konusu ilke kararının iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle ikame edilen davada Danıştay 6. Dairesinin ve E. 2021/919 T. 05.10.2021 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiş ise de bu karara yapılan itiraz üzerine Danıştay İDDK’nın YD İtiraz No: 2022/44, T. 09.03.2022 sayılı kararında Yönetmelik m. 11’de anıt ağaçların ayırt edici özelliklerinin belirlendiği ve dava konusu ilke karara esas teşkil eden m. 11/1’e ilişkin yargısal süreçler sonucunda verilen kararların icapları davalı idare tarafından yerine getirilmeden ilke kararı çıkarılması mümkün olmadığından 110 sayılı İlke Kararının yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Devam eden süreçte Danıştay aynı gerekçeyle ilke kararının iptaline karar vermiştir. (Danıştay 6. D, E. 2021/919, K. 2023/2171, T. 02.03.2023)

¹⁶ Danıştay 6. D, E. 2022/7308, T. 02.03.2023. Karara yapılan itiraz Danıştay İDDK’nın, YD İtiraz No: 2023/625, T. 20.09.2023 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

¹⁷ Kararda 110 sayılı İlke Kararının iptaline dair gerekçede olduğu gibi Yönetmelik m. 11/1 hükmünün iptali nedeniyle, dava konusu ilke kararının tesis edilmesinin işlemi sebep unsuru yönünden sakatladığı belirlenmesinde bulunulmuştur. Bkz. Danıştay 4. D, E. 2023/13697, K. 2024/2241, T. 28.03.2024.

¹⁸ RG,19.07.2012, S. 28358.

özel yeri bulunan ağaç ve bazı ağaç formundaki çalı türleri” anıt ağaç olarak sayılmıştır.¹⁹

Yönetmelik m. 11/1’de anıt ağaçların ayırt edici niteliklerinden söz edilmiştir. Bu hükme göre anıt ağaçların yaş, çap, boy ve siluet özelliği²⁰ gereğince türünün olağan ölçüleri üstünde boyutlara sahip olup; kuşaklar arasında bağ kurabilecek uzunlukta tabii ömre sahip olması ya da yöre kültüründe olumlu ya da olumsuz, gerçek veya hayali, mistik ya da folklorik hikâyesi bulunması yahut yöresel ya da ulusal tarihte bazı olaylarla özdeş hale gelmesi ve onlara şahitlik etmesi gereklidir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, Danıştay önce bu hükmün yürütmesini durdurmuş, sonrasında hükmü iptal etmiştir.

¹⁹ İtalya’da ise 1939 yılında çıkarılan 1497 sayılı Kanun ile anıt ağaçlar hukuki koruma altına alınmıştır. Ancak o tarihlerde bu ağaçlar “doğal güzelliğin dikkate değer özelliklerine sahip taşınmazlar” olarak kabul edilmiştir. 1982 yılında yapılan sayımda “kayda değer” 1253 ağaç belirlenmiştir. Bu sayıma bir ağacın türüne göre istisnai bir büyüklüğe, kendine özgü bir şekle, dikkate değer estetik özelliklere ya da tarihsel-kültürel değere sahip olanlar dâhil edilmiştir. Daha sonra anıt ağaçların korunmasına yönelik çok sayıda bölgesel hukuki düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin ulusal ölçüğe taşınması için 2013 yılında 10 sayılı Kanun ve 2014 yılında bir yönetmelik çıkarılarak belediyelerin anıt ağaçları taramaları ve durumlarını değerlendirmeleri zorunlu kılınmıştır. Yönetmelikte bir ağacın anıt ağaç sayılabilmesi için şu şartlardan en az birisini taşıması gereklidir: 1. Önemli yaş ve büyüklük, 2. Kendine özgü şekil, 3. Ekolojik değer (nadir ve/veya tehlike altındaki türler), 4. Botanik nadirlik (hem egzotik hem de yerel olarak nadir türler), 5. Bitki mimarisi (mimari unsurların ayrılmaz bir parçası olan tek ağaçlar veya küçük gruplar); 6. Peyzaj değeri (toponimi değeri veya tarihi sürekliliği olan ayırt edici unsurlar olan ağaçlar) ve 7. Tarihi-kültürel-dinsel yönler (bir yerin aidiyet duygusuna ve tanınabilirliğine, tarihi olayların anısına, geleneklere, dini referanslara, efsanelere vb. katkıda bulunan ağaçlar). (Livia Zapponi/ Giuseppe Mazza/ Angela Farina vd., “The role of monumental trees for the preservation of saproxylic biodiversity: re-thinking their management in cultural landscapes”, S. 19, 2017, Nature Conservation, s. 233, 234; A. Ascuito/ V. Borsellino/ M. D’Acquisto vd., “Monumental trees and their existence value: case study of an Italian natural park”, C. 61, S. 2, 2015, Journal of Forest Science, s. 56)

²⁰ Yönetmelik’in ilk halinde “yaş, çap ve boy” ibaresi yer almakta iken, 27.10.2017 tarih ve 30223 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 1 ile bu ibare “yaş, çap, boy ve form” olarak düzenlenmiş, 05.03.2022 tarih ve 31769 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 5 ile “form” ibaresi “siluet özelliği” şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu değişikliğin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle ikame edilen davada Danıştay 6. Dairesi E. 2022/3315, T. 06.10.2022 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir. Söz konusu karara yapılan itiraz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun YD İtiraz No: 2022/3110, T. 15.12.2022 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Dosyayı esaslan inceleyen Danıştay 4. Dairesi tarafından da daha önce Yönetmelik m. 11/1’in iptal edilmiş olması nedeniyle istemle ilgili olarak karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

10.01.1975 ve 28.06.1988 tarihli kararlardan beri²¹ ve Yönetmelik'in yürürlüğe girdiği ilk halinde yukarıdaki niteliklerden başka m. 11/1-ç, d, e'de bulunan ve sırasıyla görsel açıdan estetik görünüme sahip ya da tabii görünüşünden esaslı şekilde sapma gösteren çatal, şamdan, kıvrık, yatay gibi dikkat çeken şekilde fiziki özellikleri bulunan, aynı gövde ve kök üzerinde iki ya da daha fazla türün birlikte yaşaması gibi tuhaf kaynaşma ve bir arada yaşama örnekleri gösteren, doğal yaşam tarzı açısından benzerlerine göre farklı gelişme niteliklerine sahip ve kent dokusunu tamamlayan, kent imajına etkisi olan grup, dizi ya da tek ağaçlar²² da anıt ağaç olarak belirtilmişken, yapılan Yönetmelik değişikliğiyle²³ sayılan nitelikteki ağaçlar anıt ağaç niteliğinde sayılmamıştır. Ayrıca Yönetmelik m. 11/1-ç'de yapılan değişiklikle ve tabiat tarihi ve biyolojik özelliklerine göre türün yayılışı açısından en kuzey ile en güney ya da ekstrem yerlerde yaşamını sürdüren fertlerinin anıt ağaç olarak belirleneceğine dair yeni bir kıstas getirilmiştir.

Bu üç bentte tarif edilen ağaçlardan "kent imajına etkisi olan grup, dizi veya tek ağaçlar" dışındakiler Yönetmelik değişikliği sonrasında gerek 110 gerekse 117 sayılı ilke kararlarında anıt ağaçların sınıflandırılmasında görsel anıt ağaçlar olarak aynen muhafaza edilmiştir. Buna binaen bu ilke kararlarında görsel anıt ağaçlar olarak belirtilen ağaçların statüsünün belirsiz hale geldiğine dikkat çekilmektedir.²⁴

Yönetmelik'in yürürlüğe girdiği ilk halinde mevcut olan m. 11/ç, d, e bentlerinin hem subjektif değerlendirmelere açık olduğu hem de TS 13137 Anıt Ağaçlar Envanter Seçim Kuralları ve İşaretleme Standardı ile uyumsuzluğu nedeniyle anıt ağaçların tespiti aşamasında uygulamada çelişiklere yol açtığı, bunun önlenmesi amacıyla da dava konusu değişiklikle anılan bentlerin yürürlükten kaldırıldığı bu değişikliğe dair açılan davada davalı idare tarafından savunulmuş ise de Danıştay 14. Dairesi yürütmenin

²¹ Söz konusu kararlarda biyo-genetik ve ekolojik gerekçelerle bugün anıt ağaç niteliğinde görülmeyen "korunması gerekli anıt ağaç türlerine" de yer verilmiştir. (Genç/Güner, s. 8; Asan, 2004, s. 439; Özkaplan Yörüklü, s. 9, 10.)

²² *Asan*, yerleşim yerlerinde ve hemen yakınındaki yeşil doku üstünde yer alan, tabii peyzajı tamamlayarak estetik etkiyi artıran, tek ya da sıra ve gruplar halindeki ağaçların bilhassa büyük şehirler için önemini ve bunların korunması gerekliliğini kabul etmekle birlikte bunların teknik ve bilimsel olarak anıt ağaç statüsünde olmadığını belirtmektedir. (Asan, 2004, s. 431, 439.) Yazara göre anıt ağaçlardan farklı olarak bu türdeki ağaçların üstün kamu yararı bulunması halinde kesilmesi ya da taşınması mümkündür. (Ünal Asan, Boğaziçi'nde Yaşayan Tarih: Zamana Tanıklık Eden Ağaçlar, İstanbul Ağaç ve Peyzaj, İstanbul, 2010, s. 20) Ancak İtalyan hukukunda ve doktrininde bu türden ağaçlar da anıt ağaç olarak kabul edilmektedir. (Bkz. Zapponi vd., s. 233, 234; Ascuito vd., s. 56.) *Akkemik* ise anıt ağaç tanımının güncellenerek diğer koşulları sağlaması halinde kent ekosisteminde yer alan yaşlı ağaçların da anıt ağaç olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. (Ünal Akkemik, "Anıt Ağaçlar Hakkında Görüşler", Anıt Ağaçların Yönetiminin İyileştirilmesi Çalışmaları Sonuç Raporu, Kırsal Çevre ve Ormanlık Sorunları Araştırma Derneği, Ankara, 2016, s. 43.)

²³ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 1. (RG, 27.10.2017, S. 30223)

²⁴ Çevikçelik, s. 1496.

durdurulmasına dair kararında Anayasa m. 2 ışığında hukuki belirlilik ilkesine atf yaparak, Yönetmelik'in yürürlükten kaldırılan m. 11/ç, d, e bentlerinin daha açık, anlaşılabilir, idarelerin subjektif değerlendirmelerine neden olmayacak ve dolayısıyla hukuki belirlilik ilkesine daha uygun nitelikte olduğunu belirtmiştir.²⁵

Danıştay 6. Dairesi ise yapılan değişiklikle birlikte Yönetmelik'in anıt ağaç tanımının kapsamına girecek ağaç türlerinin daraltıldığını ve Yönetmelik'teki tanım ile davaya konu hüküm arasında çelişki yaratıldığını belirterek Yönetmelik m. 11/1 hükmünün iptaline karar vermiştir.²⁶

İptal kararı sonrasında m. 11/1'de yapılan değişiklikle²⁷ sonradan eklenen ç bendinde belirtilen ağaçlara yer verilmemiş, anıt ağaçları tanımlayan ayırt edici özellikler “yaş, çap, boy ve form itibarıyla kendi türünün alışılmış ölçüleri üzerinde boyutlara sahip olan kuşaklar arasında bağ kurabilecek uzunlukta doğal ömre sahip olması, yöre kültüründe olumlu veya olumsuz, gerçek veya hayal ürünü, mistik veya folklorik bir öyküye sahip olması ve yöresel veya ulusal tarihte kimi olaylar ile özdeş hale gelmesi ve onlara tanıklık etmesi” olarak sayılmıştır. Bu değişikliğe dair açılan iptal ve yürütmenin durdurulması talepli davada Danıştay 6. Dairesi, iptal edilen değişiklik ile yeni getirilen düzenlemenin “hemen hemen aynı olduğu” belirlenmesinde bulunarak, değişiklik ile getirilen hükmün Yönetmelik'teki anıt ağaç tanımıyla uyumlu olmadığı, eskisine kıyasla anıt ağaç türlerinin daraltıldığı gerekçesiyle önce hükmün yürürlüğünün durdurulmasına²⁸, sonrasında ise iptaline karar vermiştir.²⁹ Danıştay 6. Dairesi bu iptal kararından sonra verdiği bir kararında m. 11/1 metnindeki “form” ibaresinin “siluet özelliği” olarak değiştirildiğini ancak fıkranın geri kalan bölümlerine dair yürütmenin durdurulması ve iptal kararları verilmesine rağmen, bunların gereklerini yerine getirir biçimde bir düzenleme yapılmadığına dikkat çekmiştir.³⁰

Kanaatimizce Yönetmelik m. 11/1 hükmünün iptali sonrasında³¹ m. 4/1-a kapsamında sayılan nitelikteki ağaçlar anıt ağaç olarak kabul

²⁵ Danıştay 14. D, E. 2017/4412, T. 05.04.2018. Yapılan itiraz Danıştay İDDK'nın Y.D İtiraz No: 2018/526, T. 24/09/2018 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

²⁶ Danıştay 6. D, E. 2019/12700, K. 2019/5572, T. 13.06.2019. Bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararıyla onanarak kesinleşmiştir. Bkz. Danıştay İDDK, E. 2019/2032, K. 2020/1839, T. 14.10.2020.

²⁷ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 7. (RG, 16.03.2020, S. 31070)

²⁸ Danıştay 6. D, E. 2020/5181 E., T. 01.10.2020. Karara yapılan itiraz Danıştay İDDK'nın İtiraz No. 2021/64, T. 17/02/2021 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

²⁹ Danıştay 6. D, E. 2020/5181, K. 2022/3155, T. 16.03.2022 ve aynı tarihli E. 2020/4236, K. 2022/3156; E. 2020/8231, K. 2022/3157. Bu kararlar temyiz edilmiş olup, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararlarıyla onanarak kesinleşmiştir. (Sırasıyla Danıştay İDDK, E. 2022/3989 E., K. 2023/1693, T. 20.09.2023 ve E. 2022/2742, K. 2023/1692, T. 20.09.2023)

³⁰ Danıştay 6. D, E. 2022/7308, T. 02.03.2023.

³¹ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 52/1 gereğince temyiz yoluna başvurulması kural olarak kararın yürütülmesini etkilemez.

edileceğinden, iptal edilen 117 sayılı İlke Kararında yer alan “kent imajına etkisi olan grup, dizi veya tek ağaçlar” hukuken anıt ağaçlar içinde mütalaa edilemeyecektir.

Yönetmelik’in yürürlüğe girdiği ilk halinde m. 11/2’de anıt ağaçların Türk Standardları Enstitüsü tarafından belirlenen TS 13137 Anıt Ağaçlar Envanter Seçim Kuralları ve İşaretleme Standardı³² gereğince belirleneceği ifade edilmiş iken, yapılan Yönetmelik değişikliğiyle³³ bu fıkra kaldırılmış ve anıt ağaçların belirlenmesine dair hususların ilke kararıyla belirleneceğine yönelik düzenleme getirilmiştir.³⁴

Bu konu bağlamında Yönetmelik m. 4/1-a’daki tanımda ağaç kelimesine yer verilmiş iken, 117 sayılı İlke Kararında “ağaç ve ağaç formundaki çalılar” da anıt ağaç olabileceği ifade edilmesinden kaynaklı karışıklığa da temas edilmesi gerekir. Burada terim kullanımı açısından ortaya çıkan uyumsuzluğun giderilmesi için öncelikle anıt ağaçlar kapsamına çalılar da dâhil olup olmadığının bilimsel olarak belirlenmesi ve terimlerin yeknesak biçimde kullanılmasına özen gösterilmesi gerekir.

Doktrinde anıt ağaç tanımının güncellenerek mevcut hale göre daha kapsayıcı bir tanımın belirlenmesi, bu kapsamda ekolojik ve biyolojik özellikler ile sosyo-kültürel ve sanatsal değerlerin de dikkate alınması ve getirilecek standartların bölge ve konuma göre kendi içinde ele alınması önerilmektedir.³⁵

³² Söz konusu standart Türk Standardları Enstitüsü tarafından 29.04.2019 tarihinde iptal edilmiştir. Bunun yanında 11.04.2006 tarihli anıt ağaçları koruma ve bakım kurallarına dair TS 13190 sayılı standart halen yürürlüktedir. (<https://intweb.tse.org.tr/Standard/Standard/StandardAra.aspx>, s.e.t 15.01.2024)

³³ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik m. 7. (RG, 16.03.2020, S. 31070)

Bu değişiklikten önce Yönetmelik m. 11/1’in o tarihte yürürlükte olan hükmünün iptaline yönelik gerekçeli kararda, normlar hiyerarşisi gereğince anıt ağaçların tespitinde uygulanacak esas normun Yönetmelik yerine, TS 13137 Anıt Ağaçlar Envanter Seçim Kuralları ve İşaretleme Standardı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, buna yönelen idare savunmasına karşılık olarak ifade edilmiştir. (Danıştay 6. D, E. 2019/12700, K. 2019/5572, T. 13.06.2019; 14. D, E. 2017/4412, T. 05.04.2019)

³⁴ Bu hükmün iptali istemiyle açılan davada korunması gerekli tabiat varlıklarının korunmasına dair işlerde uygulanacak ilkeleri belirleme görev ve yetkisinin Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonuna, bu ilkeler doğrultusunda uygulamaya yönelik karar alma görev ve yetkisinin ise Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonlarına ait olduğu belirtilerek, kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin bu Komisyonların kararlarına uymak zorunda oldukları nazara alındığında, anıt ağaçların tespit edilmesine yönelik hususların Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonunca alınacak ilke kararıyla belirlenmesinin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. (Danıştay 6. D, E. 2020/5181, K. 2022/3155, T. 16.03.2022) Bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararıyla onanarak kesinleşmiştir. Bkz. Danıştay İDDK, E. 2022/3589, K. 2023/1693, T. 20/09/2023.

³⁵ Bobat, s. 40; Genç/Güner, s. 303; Yücel Çağlar, “Thoughts on ‘Monumental Trees’ management”, Proceedings of the 1st International Yew Workshop Duzce

Savunulan bir diğer görüş ise anıt ağaçların tanımının yapılmamasıdır. Bu görüşte olanlar tanım yapılmamasıyla mülkiyet ve yönetim alanında kolaylık sağlanacağını ifade etmektedir.³⁶ Uygulamada keyfiliğe yol açabileceği, kapsamın geniş tutulması halinde anıt ağaçların gereği gibi korunmasına engel olacağı gerekçesiyle bu görüşe katılmak mümkün değildir.

B. ANIT AĞAÇLARIN SINIFLANDIRILMASI

Anıt ağaçlar 117 sayılı İlke Kararında doktrinindeki sınıflandırmaya uygun olarak kültürel, boyutsal ve görsel anıt ağaçlar olarak üç sınıfa ayrılmıştır.³⁷

Kültürel anıt ağaçlar, yöre kültüründe olumlu ya da olumsuz, gerçek ya da hayali, mistik yahut folklorik hikâyesi bulunan ya da ulusal tarihi olaylarla özdeşleşerek onlara şahitlik eden ağaçlar olarak ifade edilmiştir. Tarihi bir olaya ya da kişiye ait geçmişe şahitlik etmiş ağaçlar tarihi anıt ağaçlardır. Örneğin Antakya'nın Serinyol Mahallesi'nde bulunan bir meşenin altında Mısır seferi sırasında Yavuz Sultan Selim'in konakladığı rivayet edilmektedir.³⁸ Ordu'nun Ünye ilçesinde bulunan Ünye Çınarı'nın Fatih Sultan Mehmet'in emriyle dikildiğine inanılmaktadır.³⁹ Bursa'da bulunan Kavaklı Çınar'ın da Orman Gazi'nin askeri bir zaferi kutlamak için düzenlediği şölene babası Osman Gazi'nin katılmaması nedeniyle üzülen oğlunu teskin etmek için Osman Gazi'nin diktiği söylenmektedir.⁴⁰

Dini bir inanış gereğince yerel halk tarafından yüceltilmiş ağaçlar da mistik anıt ağaçlardır. Örneğin, Hatay'ın Samandağ ilçesinde bulunan bir çınar ağacının Hazreti Musa'nın toprakta dikili olarak unuttuğu asanın yeşermesiyle oluştuğuna inanılmaktadır.⁴¹ Yine Bursa'da Orhan Camiinde müezzinlik yapan ve ağaç önünde eski ayakkabıları tamir eden yaşlı bir kişinin Eskicibaba Çınarı olarak adlandırılan ağacın gövdesinde boşluk olan

University Sept. 28th – Oct. 4th 2015. Eds. N. Aksoy and S. Aslan. Duzce, 2015, s. 131; Akkemik, s. 43; Anıt Ağaçlar Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayları Sonuç Raporu, s. 21.

³⁶ Anıt Ağaçlar Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayları Sonuç Raporu, s. 22.

³⁷ *Genç/Güner* anıt ağaçları tarihi, folklorik, mistik ve boyutsal anıt ağaçlar olarak dört gruba ayırmaktadır. Yazarlar ayrıca estetik ve genetik değer taşıyan özellikli ağaçların da mutlaka korunması gerektiğini ancak bunların anıt ağaç mahiyetinde olmadığını ifade etmektedir. (*Genç/Güner*, s. 6)

³⁸ Asan, 1987, s. 50.

³⁹ Halithan Şen, "Samsun İlinde Asırlık Doğal Ortam Değişimi Tanıkları: Anıt Ağaçlar", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Coğrafya Anabilim Dalı, Samsun, 2022, s. 30.

⁴⁰ Asan, 2010, s. 32; Özcan, s. 26; Özkaplan Yörüklü, s. 24.

⁴¹ Levent Kişi, "Türkiye'nin anıt ağaçları zamana meydan okuyor", Anadolu Ajansı, 03.12.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/turkiyenin-anit-agaclari-zamana-meydan-okuyor/2437488>, (s.e.t 15.01.2024)

iç kısmına girdiği ve bir daha çıkmadığı, buradan göğe çekildiği hikâye edilmektedir.⁴²

Dönemsel olarak da olsa yöre halkının gelenek ve göreneklerinin etrafında yaşatıldığı ya da yaşanan üzücü ya da sevindiren bir olaya şahitlik ettiği için halk arasında hususiyeti bulunan ağaçlar ise folklorik anıt ağaçlardır. Örneğin Antalya'nın İbradı ilçesindeki bir kişinin ölümünden sorumlu tutulan Arap bir jandarma erinin burada yer alan bir kestane ağacına asıldığına inanılmaktadır. Anlatıya göre daha sonra sorumlunun bir başka kişi olduğunun tespit edilmesi nedeniyle yöre halkı bu olayı toplumsal hafızasında canlı tutmak için bu ağaca Arap Asılan Ağaç ismini vermiştir.⁴³ Yine Mersin'in Gülnar ilçesinin Sütlüce beldesinde de dibinden bir su pınarı bulunan çınar ağacı için kuraklık olduğu halde, sürüsüne su sağlayan bir çobana yöredeki kişiler tarafından bu suyu nereden bulduğu sorulduğunda asasıyla yere vurduğu ve buradan su fıskırdığı öyküsü aktarılmaktadır.⁴⁴

Bir ağacın kültürel anıt ağaç olarak belirlenebilmesi için tarihi, mistik ya da folklorik niteliklerden birisini taşıması yeterlidir. Bu halde ağacın boyutsal özelliklerine dayalı değerlendirme yapılmaz, fakat düzenlenecek tespit fişinde ağacın boyutuna dair özellikleri belirtilir.

Boyutsal anıt ağaçlar buldukları yerde, yaş, boy, gövde ve tepe tacı gibi boyutuna dair nitelikleri bakımından türünün alışılmış ölçülerinin çok üstünde boyutlara ulaşmış, geçmişle bugün, bugünle gelecek arasında bağ oluşturabilecek, minimum yüz yaşında ve doğal yaşam süresine sahip olan ağaçlardır. Örneğin Zonguldak'ın Alaplı ilçesinde bulunan ve 2018 yılında tescilli yapılan bir porsuk ağacının 4120 yaşında olduğu belirlenmiştir. Bu ağacın Türkiye'nin en yaşlı ağacı, dünyanın ise en yaşlı beş ağacından biri olduğu ifade edilmektedir.⁴⁵

Boyutsal anıt ağaçların tespit edilmesinde türlerin yaş, gövde çapı, boy, tepe çapı, bulunduğu yer ve pozitif özelliklere dayalı değerlendirmesi yapılır. Ağaçların yaşı ağacın gövdesinde, yerden 130 cm yükseklikten alınacak artım kaleminden yapılacak yıllık yaş halkası sayımıyla⁴⁶, gövde çapı ise yerden 130 cm yükseklikteki gövde çevresinin 3,14'e bölünmesiyle elde edilir. Ağacın bulunduğu yer alanın özelliğine göre (orman, meşcere, grup, küme, tek kırsal, tek kent içinde gibi) tespit edilir. Pozitif özellikler de ağacın sahip olduğu yapısal özelliklerdir.

Bir ağaç boyutsal olarak anıt ağaç olarak nitelendirilecekse bu ağacın alışılmış boyutlarının çok üstünde olması ve tür olarak doğal yaşam

⁴² Özkaplan Yörüklü, 25.

⁴³ Yüzyılların Görkemli Tanıkları: Mısralardan Gönüllere Üsküdar'ın Anıt Ağaçları, Üsküdar Belediyesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 4; Asan, 2010, s. 43.

⁴⁴ Asan, 2010, s. 44.

⁴⁵ Kişi.

⁴⁶ 110 sayılı İlke Kararında bu ifadeden sonra yaşın bu yöntem gereğince belirlenemediği hallerde, kararın ekindeki 5 ve 6 sayılı tablolardaki katsayılarla cm cinsinden ağacın gövde çapının çarpılarak elde edilecek değer yıl cinsinden yaklaşık yaş olarak kabul edilmesi şeklindeki ifadeye 117 sayılı İlke Kararında yer verilmemiştir.

süresinin uzun olması gerekir. Aksi halde kavak, söğüt ya da kızılbaş gibi⁴⁷ ya da kendi türü itibarıyla zaten büyük boyutta olan ve mevcut boyutu türü için normal kabul gören ağaçlar anıt ağaç olarak değerlendirilemeyecektir. Aynı doğrultuda sadece yaşlı ağaçlar veya tür olarak uzun yaşam süresine sahip ancak boyutsal olarak aranan özellikleri taşımayan ağaçlar görsel anıt ağaç özelliğinde değildir. Örneğin şimşir, sandal veya kermes meşesi gibi ağaçlar daha bodur formda olduğundan diğer anıt ağaç türleri içinde değerlendirilemiyorsa, bunların anıt ağaç olarak kaydedilmeleri mümkün olmayacaktır.⁴⁸

Görsel anıt ağaçlar da tabii görünümünden önemli biçimde farklılık arz eden çatal, şamdan, kıvrık, yatay ve farklı gövde kaynaşması gibi dikkat çeken görsel özellikleri bulunan ağaçlardır.⁴⁹ Bir ağacın görsel anıt ağaç olarak tespit edilebilmesi için bu yapısal özelliklerden en az birisini taşıması yeterlidir. Bu halde boyutsal özelliklere göre değerlendirme yapılmayacak, fakat tespit fişinde boyutsal özellikleri eksiksiz olarak belirtilecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere 117 sayılı İlke Kararının Danıştay tarafından iptaliyle bu türdeki ağaçların anıt ağaç özelliği hukuken dayanaksız kalmıştır. Aslen bu karar öncesinde de bu ağaçların anıt ağaç olarak belirlenmesi Yönetmelik m. 4/1-a'daki tanımla da uyumlu olmayıp, kapsam itibarıyla tanımın dışında yer almaktaydı. Ayrıca Yönetmelik'in ilk halinde m. 11/1-ç, d, e'de sayılan türdeki ağaçların da 27.10.2017 tarihinde yapılan yönetmelik değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmasıyla Yönetmelik hükümleri kendi içinde uyumlu hale getirilmişti. O halde gerek 117 sayılı İlke Kararının iptali gerekse Yönetmelik hükümlerinde yapılan değişiklik ve nihayet m. 11/1 hükmünün iptali sonrasında görsel anıt ağaçların, anıt ağaç olarak değerlendirilmesi için hukuki bir dayanak kalmamıştır.

117 sayılı İlke Kararında bir ağacın anıt ağaç olarak seçilmesine dair tarife yer verilmiştir. Buna göre kültürel, tarihi, mistik ve folklorik özelliği bulunan ağaçlar türü, yaşı, boyu, gövde ve tepe çapı gözetilmeksizin, anıt ağaç olarak seçilir. Kültürel özelliği bulunmayanların boyutsal anıt ağaç olarak seçilebilmeleri için, ağacın Şimdiki Anıtsal Değer (ŞAD) puanının hesaplanarak, Asgari Anıtsal Değer (AAD) ile karşılaştırılmasının yapılması gerekir.⁵⁰

⁴⁷ Asan, 2010, s. 20; Genç/Güner, s. 6; Özcan, s. 19.

⁴⁸ Asan, 2010, s. 20; Özcan, s. 19.

⁴⁹ Bu özellikler genetik bozukluklar nedeniyle ya da böcek, mantar, hayvan veya insan etkisiyle patolojik olarak meydana gelebilirler (Asan, 2004, s. 430; Genç/Güner, s. 6).

⁵⁰ ŞAD; boy, gövde çapı, tepe çapı, yaş, bulunduğu yer ve pozitif özellikleri doğrultusunda belirlenecek puanların toplanmasıyla elde edilen değer olup, puanlamada ağacın boyutsal verilerine karşılık gelen değer kullanılacaktır. Bu değerler ilke kararında Ek 4'te yer alan "Anıt Ağaç Değerlendirme Tablosu" temel alınarak belirlenecektir. AAD'de her ağaç ve ağaç formundaki çalı türleri için standart şekilde ek 1, 2 ve 3'te belirtilen değerleri kullanılacaktır. Bir ağacın boyutsal özellikleri gereğince anıt ağaç olarak tespiti için ŞAD'ın bu ağacın ait olduğu taksona dair standart olarak belirlenmiş AAD'ye eşit ya da AAD'den büyük olması zorunludur.

Tarif edilen hesaplamalar sonucunda bir ağacın anıt ağaç olarak belirlenmesi için gerekli görülen değerlere küçük puan eksiklikleri nedeniyle ulaşamayan ağaçların da anıt ağaç gibi korunması teklif edilmektedir.⁵¹ İstikbal anıt ağaç veya aday anıt ağaç olarak isimlendirilen bu ağaçlar Türk Standardları Enstitüsünün TS 13190 standardında kendilerine yer bular da gerek KTVKK gerekse Yönetmelik ve 117 sayılı İlke Kararında bu ağaçlar için bir hüküm getirilmediğinden bu teklifin hukuki dayanağı yoktur.⁵²

C. ANIT AĞAÇLARIN TESPİTİ, TESCİLİ VE ONAYLANMASI

KTVKK ek m. 4/1'de, taşınmaz tabiat varlıklarının koruma alanlarına dair Kanunda zikredilen iş, işlem ve kararlar bakımından görevli ve yetkili bakanlık Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak belirlenmiştir.⁵³ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁵⁴ m. 109/1-b'de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı hizmet birimlerinden olan Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğünün görevleri tabiat varlıkları ve doğal sit alanlarıyla özel çevre koruma bölgelerinin tespiti, tescili, onayı, değişikliği ve ilanına ilişkin usul ve esasları belirlemek ve bu alanların sınırlarının tespiti ile tescilini sağlamak şeklinde sayılmıştır.⁵⁵

KTVKK ek m. 4/2'de tabiat varlıklarına dair koruma alanlarına dair karar almak ve Kanunda öngörülen diğer iş ve işlemlerde Bakanlığa yardımcı olmak üzere, Bakanlığın merkez teşkilatı bünyesinde bakan yardımcısının başkanlığında bu varlıkların ve alanların özelliklerine göre uzmanlaşmış mimar ya da şehir plancısı, orman ya da çevre mühendisi, hukukçular ve Bakanlık tarafından uygun görülecek uzman kişilerden oluşan Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu teşkil edilmiştir. Hükümde taşrada aynı mesleklerden yeterli sayıda uzmanın kurulmasıyla yeterince Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonu kurulacağı da hükme bağlanmıştır. Maddenin altıncı fıkrası gereğince ilgili iş, işlem ve kararlara

⁵¹ Bobat, s. 40; Anıt Ağaçlar Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayı Sonuç Raporu, s. 21.

⁵² Aynı yönde bkz. Çevikçelik, s. 1497.

⁵³ Kanun metninde Bakanlığın ismi Çevre ve Şehircilik Bakanlığı olarak zikredilmekteyse de 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri sonucunda Türkiye Cumhuriyeti teşkilat yapısı değişikliğe uğramıştır. Bu kapsamda 10/7/2018 tarihinde yürürlüğe konulan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesindeki Çevre ve Şehircilik Bakanlığının ismi 29.10.2021 tarih ve 31643 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 2 gereğince Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı şeklinde değiştirilmiştir.

⁵⁴ RG, 10.07.2018, S. 30474.

⁵⁵ Bunun yanında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 279/1-b'de Kültür ve Turizm Bakanlığının hizmet birimleri arasında Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü sayılmıştır. Bu doğrultuda KTVKK ek m. 4 ile anılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, tabiat varlıklarına ilişkin iş, işlem ve kararlar açısından görevli bakanlık ile kültür varlıklarına ilişkin iş, işlem ve kararlar açısından görevli bakanlık birbirinden ayrılmıştır.

dair usul ve esaslar ile görev yapacak komisyonların teşkil edilmesi ve çalışmasına dair usul ve esaslar Tabiat Varlıklarını Koruma Komisyonları Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik hazırlanmıştır.⁵⁶

Hukukumuzda çeşitli alanlar için bazı özel hükümler öngörülmüştür. Örneğin 6545 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun m. 3 gereğince tarihi alandaki KTVKK'da belirtilen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına dair yapılacak plan, proje, uygulama, iş ve işlemler, doğal sitlerin yeniden değerlendirilmesi hariç, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından kurulacak "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Komisyonu" kararları gereğince ve bu kararlara göre hazırlanacak tarihi alan planları esaslarına göre yürütülecektir. Yine 7174 sayılı Kapadokya Alanı Hakkında Kanun m. 5/4 ve 6 gereğince KTVKK gereğince kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge komisyonlarına verilen yetki ve görevler Kapadokya Alan Komisyonunca kullanılır ve kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurullarına ve komisyonlarına yapılan atıflar bu Komisyona yapılmış sayılacaktır. Bunlardan başka 7432 sayılı Uludağ Alanı Hakkında Kanun m. 3/2 gereğince KTVKK'da belirtilen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına dair yapılacak her tür plan, proje, uygulama, iş ve işlemler Uludağ Alan Komisyonu kararlarına göre yürütülecektir.

Aralarında anıt ağaçların da bulunduğu tabiat varlıklarının tespiti, tescili ve onayına dair usul ve esaslar Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Buna göre, mevcut ve potansiyel olarak tabiat varlıklarını araştırma çalışmalarını gerçekleştirmek için Bakanlık tarafından araştırma ekibi oluşturulur. Araştırma bu alanın özelliklerine göre Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğünce belirlenen ve alanında en az beş yıl tecrübeli orman, ziraat, jeoloji, çevre, su ürünleri, harita kadastro mühendisleriyle, biyolog, şehir plancısı, peyzaj mimarı ve ilgili diğer meslek gruplarından teşkil edilecek en az beş kişiden oluşan araştırma ekibi tarafından yapılır. Araştırma ekibince düzenlenen tespit raporu Genel Müdürlük ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğüne teslim edilir (Yönetmelik m. 4/1-b, 16/1). İl Müdürlüğü, teslim edilen araştırma raporu dâhilinde bir tespit raporu düzenleyerek Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonuna sunar (Yönetmelik m. 16/2).

Doktrinde anıt ağaçlar konusunda uzman kişilerin belirlenip bir liste oluşturulması ve yapılacak görevlendirmelerin bu listeden sağlanması, böylece daha isabetli ve hızlı şekilde tespit yapılmasının temin edilmesi önerilmektedir.⁵⁷

Yönetmelik m. 14 gereğince anıt ağaçların tespiti⁵⁸ için bir kısım bilgi ve belgenin⁵⁹ ibrazı gereklidir. Bakanlık bunlara ek olarak bilgi ve belge

⁵⁶ RG, 18.10.2011, S. 28088.

⁵⁷ Çevikçelik, s. 1493.

⁵⁸ Yönetmelik m. 4/1-cc'de tespit işlemi, Yönetmelik'te ifade edilen usuller, esaslar ve kıstaslar gereğince yapılan ve belgelendirilen teknik çalışma olarak tanımlanmıştır.

⁵⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre doküman kelimesi belge kelimesinin Fransızcası olmakla, Yönetmelik m. 14/1 hükmünde yer alan "bilgi, belge ve doküman" ibaresindeki doküman kelimesinin varlığı gereksizdir. (Bkz. Türk Dil Kurumu

isteyebilir. Ancak Yönetmelik m. 17/1-1’da belirtildiği üzere Genel Müdürlük lüzum gördüğü hallerde talep bulunmadan da tespit yapabilir.⁶⁰

Bölge Komisyonu sunulan tespit raporu ışığında anıt ağacın tescili kararı almış ise, buna dair kararın bir sureti İl Müdürlüğünde bırakılır, iki sureti de Genel Müdürlüğe gönderilir. Genel Müdürlükçe kararda eksiklik ya da hata tespit edilmezse, karar onay için Bakanlık Makamına gönderilir. Kararda yapı yasağı bulunuyorsa Bakanın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararı alınmasıyla, yapı yasağı yok ise Bakan onayıyla tescil işlemi tamamlanmış olur (Yönetmelik m. 17).⁶¹

Tescil öncesinde düzenlenen raporlar hazırlık işlemi niteliğindeki idari işlemlerden olduğundan ve bu işlemler neticesinde hukuki statüde bir değişiklik meydana gelmediğinden bunlara karşı gidilecek bir hukuki yol bulunmamaktadır. Ancak bu raporlara binaen tesis edilen işlemler neticesinde ortaya çıkacak idari işlemlere yönelik idari yargı süreci işletilebilecektir.⁶²

Tescil kararı, İl Müdürlüğünün yazısıyla tescil olunan taşınmazın kadastral bilgileriyle birlikte, tapu sicilinin beyanlar hanesine şerh verilmek üzere ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir (KTVKK m. 7/5, Yönetmelik m. 17/1-ğ).

Anıt ağaçlara ilişkin tescil kararları, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun şekilde taşınmazın maliklerine tebliğ edilir. Ancak taşınmazın malikleri idare tarafından tespit edilemezse tescil kararı Resmî Gazetede yayımlanır, ayrıca Bakanlığa ait internet sitesinde bir ay boyunca ilan edilir (KTVKK m. 7/6, 7; Yönetmelik m. 17/1-i). Maliklerin idare tarafından tespit edilememesi hali dışında diğer tabiat varlıkları ve doğal sit alanlarından farklı olarak anıt ağaçlara dair bütün tescil kararları Resmî Gazetede yayımlanmaz ve Bakanlığın internet sitesinde duyurulmaz (Yönetmelik m. 17/1-j). Doktrinde tüm toplumu ilgilendirmesi nedeniyle anıt

Güncel Türkçe Sözlük, “Doküman” Maddesi, <https://sozluk.gov.tr>, s. e. t. 15.01.2024)

⁶⁰ Ancak *Demirtaş*, Türkiye coğrafyasında anıt ağaçların tespiti konusunda yeterince araştırma yapılmadığını, bu ağaçları araştırıp saptamak konusunda görevli merciin de belirli olmadığını, bu eksikliğin pek çok değerli varlığın yok olmasıyla sonuçlanacağını ifade etmektedir. Mevzuat bakımından herhangi bir sorun görülmemesine rağmen yazarın sözünü ettiği sorunun uygulamaya dönük olduğu anlaşılmaktadır. (Ahmet Demirtaş, “Anıt Ağaçların Belirlenmesi, Tescil Edilmesi, Korunması ve Bakımı Konusunda Kısa Bir İrdeleme”, Proceedings of the 1st International Yew Workshop Duzce University Sept. 28th – Oct. 4th 2015. Eds. N. Aksoy and S. Aslan. Duzce, 2015, s. 12)

⁶¹ Tescil işleminin tescili yapılan kültür veya tabiat varlığı bakımından kurucu (inşai) nitelikte olmadığını, açıklayıcı (izhari) mahiyette olduğunu ifade edilmektedir. Bkz. Sabih Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 42.

⁶² Oğuz Sancakdar, *Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 517; Çevikçelik, s. 1494.

ağaçların tescillerine ilişkin bütün kararların Resmî Gazetede yayımlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁶³

Tescil işlemi yapılmamasına yönelik herhangi bir idari yol öngörülmemiştir. Bununla birlikte tescil yapılması işlemine ilan tarihinden başlayarak altmış gün içinde itiraz edilmesi mümkündür (Yönetmelik m. 17/1-k). Ancak anıt ağaçlar için taşınmazın malikinin tespit edilememesi hali dışında ilan usulü öngörülmediğinden, kanaatimizce itiraz süresi belirtilen hal dışında buna dair kararın öğrenilmesiyle başlayacaktır.

İtirazlar, Genel Müdürlük tarafından incelemeye tabi tutularak itirazın belirtilen süre içinde yapıp yapılmadığı, başvuranın menfaati bulunup bulunmadığı ve ortaya konulan somut gerekçeler bakımından değerlendirilir. Ön inceleme şartlarını sağlamayan başvurular reddedilir. Aksi halde Genel Müdürlük tarafından başvurunun esasına ilişkin değerlendirme yapılır. Kararda maddi hata var ise buna ilişkin başvurunun değerlendirilmesi için Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonuna, bunun dışındakiler de Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonuna iletilir (Yönetmelik m. 17).

Tescil kararının kaldırılması da Yönetmelik'e uygun olarak yürütülür (Yönetmelik m. 17/1-h).

Yönetmelik m. 5/1-f gereğince korunan alanlarda tespit, tescil, planlama, koruma, kullanma, yönetim ve izlemeye esas olacak envanter ve veritabanı çalışması yapılır ya da yaptırılır.

Doktrinde bir ağacın anıt ağaç olarak tescil edilmesine yönelik taleple ilgili olarak olumsuz karar verilmesi nedeniyle konunun yargıya taşındığı durumlarda, salt bilirkişi raporundaki değerlendirmelerle yetinilmemesi, konuyla ilgili diğer bilgi ve belgelerin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁴

III. ANIT AĞAÇLARIN KORUNMASI

A. ANIT AĞAÇLARIN KORUNMASININ SAĞLADIĞI FAYDALAR

Anıt ağaçların korunmasının estetik, bilimsel, kültürel ve turistik işlevleri vardır. Anıt ağaçların yaşadıkları alanlara dair canlı birer tanık olmaları nedeniyle üzerlerinden alınan artım kalemlerinin veya maruz kaldığı böcek ya da mantar oluşumunun tetkikiyle ağacın yaşamı süresince oluşan iklim, taban suyu ve bitki örtüsü değişiklikleri, deprem veya yangın gibi olaylara dair ve hatta yaşamlarını tamamlamalarından sonra bitki bilimi ve arkeoloji açısından önemli bilgilerin elde edilmesini sağlar.⁶⁵

⁶³ Çevikçelik, s. 1498.

⁶⁴ Oğuz Sancakdar/ Pınar Yağcı/ Şükür Taşyıldız/ Ezgi Çırak, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 554.

⁶⁵ Genç/Güner, s. 9, 10; Asan, 2004, s. 433; İlçin Aslanboğa/ Şerif Hepcan, "Anıt Ağaçlar", C. 28, S. 333, 1995, Bilim ve Teknik Dergisi, s. 70; Çevikçelik, 1489, 1492; Şen, s. 32, 125; Özkaplan Yörüklü, s. 9; Şen, s. 39 vd.; Yeni, s. 8; Özcan, s. 31; Demir,

Anıt ağaçlar bir türün ender bulunduğu yaşam alanlarını (biyotop) ve nadir olan genotiplerini temsil edebildiğinden biyo-genetik rezerv ve biyo-çeşitlilik açısından da önem arz etmektedir.⁶⁶

Toplumun tarihini, folklorunu, değerlerini ve kültürünü de göstermesi nedeniyle anıt ağaçlar birer tarihi belge niteliğindedir.

Yine kırsal turizm, yeşil turizm, doğa turizmi veya eko-turizm olarak adlandırılan ve çevreyi korumayı ilke edinen kişilerden oluşan küçük grupların özgün ve bozulmamış alanları ziyaretine konu olduğundan turistik önemi de vardır.⁶⁷

B. ANIT AĞAÇLARIN KORUNMASIYLA GÖREVLİ MERCİLER

KTVKK m. 10/1 ve ek m. 4 gereğince kimin mülkiyetinde ya da idaresinde olduğuna bakılmaksızın, taşınmaz tabiat varlıklarının korunmasını temin etmek için gereken önlemleri almak, aldırarak ve bunların her türlü denetimini yapmak ya da kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmak görevi Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına aittir. Ancak KTVKK m. 10/5 gereğince kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi KTVKK hükümlerine uygun şekilde kendilerince sağlanır.

Bakanlığın uygun görmesi halinde Vakıflar Genel Müdürlüğü, il özel idareleri, belediyeler ve diğer kamu kurum ve kuruluşları, maliklere anıt ağaçların koruma, bakım ve onarımlarına teknik eleman ve ödenekleriyle yardım edebilir. Özel hukuka tabi gerçek ve tüzel kişilerin malik olduğu anıt ağaçların korunması, bakım ve onarımı için Bakanlıkça aynı, nakdi ve teknik açıdan yardımda bulunulur (KTVKK m. 11/4, 12/1). Ancak bakım onarım yükümlülüklerini yerine getirmekte aczi olanların mülkleri mazbut ve mülhak vakıf varlıkları hariç olmak üzere usulüne göre kamulaştırılır (KTVKK m. 11/3).

Bakanlığın yanı sıra, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m. 7/1-o, 7/2-d ve 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 14/1-b gereğince büyükşehir belediyeleri ve diğer belediyeler tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak, bu gayeyle bakım ve onarımını yapmak konusunda görevlendirilmiştir.⁶⁸

Ancak Bakanlığın plan yapma, proje onaylama, ruhsat düzenleme gibi planlama ve uygulama alanında yetki kapsamı oldukça geniş tutulduğundan

2019, s. 4; Metin Sarıbaşı, "Batı Karadeniz Bölgesi'nin Kayda Girmemiş Anıt Ağaçları", C. 52, S. 1, 2015, Ege Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, s. 16.

⁶⁶ Polat, s. 913; Genç/Güner, s. 10; Yeni, s. 8; Zapponi vd., s. 232, 240.

⁶⁷ Bobat, s. 37; Asan, 2004, s. 433, 434; Asan, s. 2010, s. 57 vd.; Şen, s. 33; Özcan, s. 32, 33; Demir, 2019, s. 52, 53; Ascuito vd. s. 55.

⁶⁸ Doktrinde büyükşehir belediyeleri bakımından kullanılan ifade şekliyle, belediyeler bakımından kullanılan ifade şeklinin farklı olması, bu görevlerin belediyenin takdir yetkisine bırakılmış intibana yol açtığı gerekçesiyle eleştiri konusu yapılmıştır. Bkz. Bilgin, s. 86.

bu durumun yerel yönetimlerin özerkliği ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir.⁶⁹

Orman Kanunu m. 25 gereğince de Orman Genel Müdürlüğü, ormanlar ile orman rejimine dâhil sahalardaki tabiatı muhafaza etmek, düzenlemek ve yönetmek konusunda görevlendirilmiştir.

Doktrinde haklı olarak anıt ağaçların tespit ve tescilleri ile korunması için farklı kurumların görevlendirilmesi, tescil için Yönetmelik'te öngörülen sürecin kişiler tarafından bilinmemesi, sürecin karmaşıklığı ve uzunluğu eleştiri konusu yapılmaktadır.⁷⁰

Bu bağlamda anıt ağaçların tescil işlemi için birden fazla kurum ve kuruluşun resmî süreçleri takip etmesi, bu süreçlerin kolayca anlaşılabilir olmaması, tescil işlemiyle nihayetlenilecek işlemleri gerçekleştirebilecek bilgili ve deneyimli kişi sayısının azlığı ve ekipman eksikliğinin anıt ağaçların daha nitelikli şekilde korunmasını engellediği ifade edilmektedir. Örneğin, aşırı budama nedeniyle ağaçta kalıcı zarara yahut ağacın ölümüne yol açacak ölçüde yara açıldığı, yapılan budama nedeniyle ağacın statik dengesinin bozulduğu veya etrafının temizlenmesi sırasında ağacın yıllar boyunca alıştığı çevre koşullarının ağaç aleyhine aniden değiştirildiği bildirilmektedir.⁷¹

Bizce de tescil süreci sadeleştirilmeli ve hızlandırılmalı, karar mekanizmalarında yerel yönetim ve üniversitelerin ilgili bölümlerinin temsilcilerine yer verilmeli; anıt ağaçların tespit, tescil, bakım ve onarımı konularında uzmanlaşacak kişiler yetiştirilmeli ve yeterli ölçüde ve nitelikte ekipman sağlanmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 63'te devletin, çevrenin ve tabiat varlıklarının muhafazası için etkili bir hukuk düzenini ve teşkilatı kurmakla yükümlü olduğunu, ancak oluşturulacak teşkilatın niteliğiyle ilgili Anayasa'da kanunkoyucuyu sınırlayan bir hükme yer verilmediğini ifade ederek, oluşturulacak teşkilatın türü, yapısı ve niteliği konusunda takdirin kanunkoyucuda olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre kanunkoyucu, anayasal sınırlara göre merkezî yönetimle yerel yönetimler arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. Bu doğrultuda idarenin bütünlüğü prensibi gereğince düzenlemelerin yerel yönetimlerin ortadan kaldırılması veya etkisiz hale getirilmesine yönelik olmaması, belirli alanlar açısından belirli

⁶⁹ Bilgin, s. 90.

⁷⁰ Bobat, s. 39; Şen, s. 133; Çağlar, s. 132; Ahmet Demirtaş, "Türkiye'de Anıt Ağaçların Belirlenmesi, Tescili, Bakımı ve Korunması Süreci", Anıt Ağaçların Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayları Sonuç Raporu, Kırsal Çevre ve Ormancılık Sorunları Araştırma Derneği, Ankara, 2016, s. 37; Demirtaş, 2015, s. 13 vd.; Anıt Ağaçlar Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayları Sonuç Raporu, s. 17, 29.

⁷¹ Zapponi vd., s. 239; Genç/Güner, s. 299; Alp, s. 239; Murat Demir, "Beykoz Anıt Ağaçlarının Mevcut Durum Analizi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Van, 2021, s. 68, 69; Mehmet Demir, "Çevresel Değişimlerin Karadeniz Bölgesindeki Tescilli Anıt Ağaçlara Olan Etkisinin CBS Yardımı İle Değerlendirilmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 23 vd.

şartlara bağlı olarak ve yerel yönetimlere külfet ya da borç getirmeksizin bazı görev ve yetkilerin merkezî yönetime bırakılması mümkündür.⁷²

Bir parkta bulunan anıt ağacın dalının devrilmesi sonucu meydana gelen yaralanma nedeniyle ikame edilen davada, davalı Bakanlığın tabiat varlığı olan ağaçların bakım ve korunmasından sorumlu olması, davalı belediye başkanlığının da söz konusu ağaca bakım için talep edilen gerekli izin verilmesine rağmen anıt ağacın gerekli bakım, restorasyon ve tedavisinin zamanında yapılmaması nedeniyle oluşan zarardan birlikte sorumlu olduklarına dair verilen ilk derece mahkemesi kararı Danıştay tarafından onanmıştır.⁷³

Benzer bir olayda anıt ağacın bakım ve onarımının Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğünün izin ve denetiminde belediye tarafından yerine getirildiği belirtilerek, olay öncesinde bakım çalışmalarının yapılması amacıyla idareler arasında yazışmalar bulunulmasına rağmen budama çalışmasının yapılmadığı ve belediye tarafından tehlikenin varlığı göz önüne alınmakla birlikte kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması amacıyla yaralanmanın meydana geldiği kafeterya bahçesinin geçici süreyle kapatılması veya uyarıcı tabela konulması gibi tedbirlere başvurulmadığı gerekçeleriyle davalı Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ve belediye başkanlığının kusurlu yürütülen hizmet nedeniyle meydana gelen maddi ve manevi zarardan ortaklaşa sorumlu olduklarına dair bölge idare mahkemesi kararı Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay, Bakanlığın ağacın bakım ve onarımının belediye tarafından yapıldığına, belediyenin ise ağacın tescilli olduğu ve kendi sorumlulukları bulunmadığına dair savunmalarını kabul edilebilir bulmamıştır.⁷⁴

C. ANIT AĞAÇLARIN BULUNDUĞU TAŞINMAZIN MALİKLERİNİN HAK VE SORUMLULUKLARI

Anıt ağaçların bulunduğu taşınmazın malikleri bunların bakım ve onarımı hususunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının vereceği emir ve talimatlara uygun hareket ettikleri müddetçe, Kanunun maliklere sağladığı hak ve muafiyetlerden faydalanırlar. Bu bağlamda mülkiyet hakkı sahipleri mülkiyete dair haklarının doğal sonucu olan ve Kanun hükümlerine aykırı olmayan tüm yetkilerini kullanabilirler (KTVKK m. 11/1, 2).⁷⁵

⁷² Anayasa Mahkemesi, E. 2011/106, K. 2012/192, T. 29.11.2012.

⁷³ Danıştay 8. D, E. 2019/6632, K. 2021/5738, T. 30.11.2021.

⁷⁴ Danıştay 6. D, E. 2019/725, K. 2023/1659, T. 05.04.2023.

⁷⁵ KTVKK m. 5'te taşınır ya da taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının kamu kurum ve kuruluşları ya da gerçek veya tüzel kişilere ait olsa da "devlet malı niteliğinde" olduğu belirtilmiştir. Bu belirleme, mülkiyet hakkını sınırlasa da mahiyeti itibarıyla mülkiyet hakkından farklılık arz etmektedir. (Murat Volkan Dülger, "Kültür Varlığı Olmanın Hukuki Sonuçları", Kültürel Miras (Kültür Varlıkları) Hukuku, Evindar Yeşilbaş, Cüneyd Altıparmak (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 88; Sancakdar, s. 92; Ahmet Bölge Başvurusu, AYM, Başvuru No: 2014/13133, K.T 28.09.2016, § 64) Devlet malı olmak ve devlet malı niteliğinde

Taşınmaz tabiat varlıklarının malikleri Bakanlık tarafından görevlendirilmiş uzmanlara gerekli zamanlarda varlığın kontrolü, incelenmesi, harita, plan ve rölevesinin yapılması, fotoğraflarının çekilmesi, kalıplarının çıkarılması için müsaade etmeye ve gerekli kolaylığı sağlamaya mecburdur. Buna mukabil görevlilerin de konut dokunulmazlığını ve aile mahremiyetini gözetecek biçimde faaliyetlerini yürütmeleri esastır (KTVKK m. 19).

Hazineye veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait olmakla beraber usulünce tescillenen anıt ağaçlar ile bunlara ait koruma sınırlarındaki taşınmazlar Bakanlığın izni olmaksızın satılamaz ya da hibe edilemezler. Bakanlık izniyle tabiat varlıklarının intifa haklarının kamu hizmetlerinde kullanılmak üzere, devlet dairelerine, kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu menfaatine yararlı milli derneklere belirli sürelerle bırakılması ya da gerçek ve tüzel kişilere kiralanması mümkündür. Ancak korunması gerekli taşınmaz tabiat varlıklarını *kullananlar*, bunlara dair bakım, onarım ve restorasyon işlerini KTVKK'da belirtilen esaslara göre yapmak ve bunun için gereken masrafları karşılamakla sorumludur (KTVKK m. 13, 14, ek m. 4).

Doktrinde anıt ağaçların korunması bakımından kamu yararının olduğuna vurgu yapılarak, kamunun mülkiyetinde olmayan taşınmazlardaki anıt ağaçların korunmasının kişilerin muhtariyetine bırakılamayacağı gerekçesiyle etrafındaki kök yayılma alanı ve tepe izdüşüm alanı kadar (ancak ağaç bir taşınmazın ortasında yer alıyorsa taşınmazın tamamının) kamulaştırılması önerisinde bulunmaktadır.⁷⁶ Öne sürülen bir diğer teklif de anıt ağaçların 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 715'te yer alan devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallar arasına alınmasıdır.⁷⁷

Yargıtay kararına yansıyan bir olayda⁷⁸, daha önce açılan bir müdahalenin önlenmesi davası kapsamında mahkeme tarafından verilen müdahalenin budama yapılarak önlenmesine yönelik hükmün Yargıtay kararıyla kesinleşmesinin ardından, ilamın infazı için icra müdürlüğünce ağacın bulunduğu yere gidildiğinde, davaya konu ağacın Yargıtay kararından sonra anıt ağaç statüsü kazandığı gerekçesiyle ilamın infazının yapılmaması nedeniyle icra memurunun işlemine yönelik şikâyet üzerine açılan davada verilen karar temyizden incelenmiştir. Bilirkişi raporunda anıt ağacın budanması halinde kuruyup yok alacağına dair belirleme üzerine icra mahkemesince kararın infazı için önce Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulundan izin alınması gerektiği ve infazın yapılmamasının hukuken doğru olduğu gerekçesiyle şikâyetin reddine dair verilen kararı temyizden inceleyen Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, ağaçlar hakkında koruma kurulunca

olmak kavramlarının aynı olduğunu da ifade edilmektedir (Kanadoğlu, s. 27. Aksi yönde bkz. Sancakdar, s. 89)

⁷⁶ Ünal Asan, "Türkiye'de Anıt Ağaçların Belirlenmesi, Tescili, Bakımı ve Korunması Süreci İçin Öneriler", Anıt Ağaçların Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayları Sonuç Raporu, Kırsal Çevre ve Ormancılık Sorunları Araştırma Derneği, Ankara, 2016, s. 41.

⁷⁷ Çağlar, s. 133.

⁷⁸ Yargıtay 8. HD, E. 2012/13180, K. 2012/12440, T. 14.12.2012.

tescil kararı verilmiş ise de anılan karara dayanılarak yeni bir dava açılıp buna göre alınmış bir tedbir kararı bulunmadığından kesinleşmiş ilama dayalı takibin infazının engellenemeyeceğine, bilirkişi nezaretinde hükümde belirtilen ehil bahçıvan aracılığıyla hükmün infazının gerçekleştirilmesinin gerekli olduğuna karar vermiştir.

Söz konusu kararda sonuç itibarıyla temyiz isteminin reddine karar verilmiş ise de ilamda müdahalenin önlenmesi kararından sonra alınmış tescil kararının hükmün infazını engellemeyeceğine dair belirlemenin hukuka uygun olmadığını düşünüyoruz. Çünkü anıt ağacın tesciline dair karar verilmiş olması karşısında bu kararın mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra verilmiş olmasının doğurduğu sonuç açısından bir önemi bulunmamaktadır. Tescil kararıyla yeni bir hukuki durum ortaya çıkmıştır. Ayrıca anıt ağaca budama şeklinde müdahale edilmesi halinde ağacın zarar göreceğine dair bilirkişi raporuna rağmen hükmün infazının yapılması ve bu suretle ağaca zarar verilmesi açıkça hukuka aykırı ve hatta suç oluşturacak bir eylem olacaktır. Bunun yanında kararda yer alan ağacın budanmasının durdurulması için bir tedbir kararı alınması gerektiğinden söz edilmesi, söz konusu ağacın yaşamını devam ettirmesindeki kamu yararının gözetilmesini engeller nitelikte olduğu gibi kamu yararının sağlanmasını kişilerin inisiyatifine bırakır mahiyettedir. Zira bu tedbir kararı alınmasa dahi tek başına anıt ağaç statüsünün varlığı kararın infazını durduracak mahiyette kabul edilmelidir.

D. ANIT AĞAÇLARIN KORUNMASINA DAİR İLKELER

Tabiat varlıkları hukukunda koruma-kullanma dengesinin, yani tabiat varlıklarının devlet tarafından korunmasıyla bu varlıklardan yararlanma muvazenesinin hakkaniyete uygun olması gerekir.⁷⁹ Bu bağlamda, meyve veren bir anıt ağacın meyvelerinin toplanması ya da anıt ağacın ihtiyaç duyduğu kadar budanması yoluyla odun elde edilmesi gibi haller koruma-kullanma dengesine uygundur. Ancak sözgelimi ağacın varlığını devam ettirebilmesi için gerekli bulunan budamanın ötesine geçilerek olağanın üzerinde odun elde edilmeye çalışılması halinde koruma-kullanma dengesinin bozulacağı ifade edilebilir. Yine örneğin tarihi niteliği bulunan ve 2000 yaşında olduğu tahmin edilen Büyükdere Çınarı'nın *kovuğunda* çay ocağı işletildiği ve burada çıkan bir yangında ağacın yok olduğu aktarılmaktadır.⁸⁰ Burada açık bir şekilde koruma-kullanma dengesizliği söz konusudur. Koruma-kullanma dengesine aykırı tutum sürdürülebilir kullanım ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.

Yönetmelik m. 10/2 uyarınca anıt ağaçların korunma alanlarıyla birlikte tespit ve tescilinin yapılması esastır.⁸¹

⁷⁹ Bilgin, s. 64.

⁸⁰ Sarıbaş, s. 16.

⁸¹ Bu bağlamda anıt ağaçların koruma alanları, ağacın tepe tacının bütününe içerecek biçimde UTM 3° ED 50 projeksiyon ve datumunda koordinatlandırılmasıyla belirlenir. Koruma alanı uygun ölçekli kadastral paftaya işlenir, m² olarak büyüklüğü hesaplanarak gösterilir ve koordinat listesiyle uygun ölçekli kadastral

117 sayılı İlke Kararında anıt ağaçlar ve daha önce tescillenen ağaç toplulukları için Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğünce tasarlanacak standart tabelalar kullanılacağı belirtilmiştir. Ancak uygulamada anıt ağaçlara dair tabela ve bilgilendirme levhalarında önemli ölçüde eksiklik bulunduğu, hangi ağacın anıt ağaç olduğunun bilinmediği raporlanmaktadır.⁸² Bu eksiklik anıt ağaçların buldukları alanların yeterince korunmamasına ve ziyaretçilere uymaları gereken kuralların bildirilememesine yol açmaktadır. Bunun yanında alanı koruyacak ve ziyarete gelen kişileri yönlendirecek bir sorumlunun bulunmaması nedeniyle kişilerin ağaca zarar verecek eylemlerde buldukları (ağaçtan yaprak ya da tohum toplamak gibi) da bildirilmektedir.⁸³

Korunan alanların doğallığını korumak ve mevcut koruma değerlerinin sürekliliğini sağlamak esastır (Yönetmelik m. 4/1-m). Bu kapsamda anıt ağaçların kesilmesi mümkün olmadığı gibi, bulunduğu yerden bir başka yere nakledilmeleri de mümkün değildir.⁸⁴

Anıt ağaçlar ve bunlara ait koruma alanlarında gerçekleştirilecek iş ve işlemler Merkez Komisyonunun belirlediği ilke kararları çerçevesinde bölge

paftaya işlenen koruma alanı ilgili Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Komisyonunca kararın eki yapılır. Anıt ağacın bulunduğu alana göre koruma alanının tepe tacını tümüyle içine alacak biçimde tespitine imkân bulunmadığı hallerde, mahallinde yapılacak inceleme neticesinde, ağacın canlılığını koruyacak büyüklükte koruma alanı ilgili Bölge Komisyonu üyelerince belirlenir. Aynı alanda tepe çapı izdüşümü çakışan anıt ağaçlar için bütüncül koruma alanı belirlenebilir. Her iki halde de koruma alanına esas koordinatlar, UTM 3' ED 50 projeksiyon ve datumunda ölçekli krokide alansal olarak gösterilerek kroki ve koordinat listesi Bölge Komisyonu tarafından onaylanır. İlke kararının bu kısmı tabiat varlıkları hukukunun alan ölçeğinde koruma-korunma ilkesinin bir yansıması niteliğindedir.

⁸² Demir, 2021, s. 68, 69; Demir, 2019, s. 53; Bobat, s. 40; Demirtaş, 2015, s. 16.

⁸³ Demirtaş, 2015, s. 16; Bobat, s. 40; Demir, 2021, s. 68, 69; Özcan, s. 172 Anıt Ağaçlar Yönetiminin İyileştirilmesi Çalışmaları Sonuç Raporu, s. 19.

⁸⁴ Asan, 2010, s. 20. Ayrıca bkz. Özkaplan Yörüklü, s. 49.

28.06.1988 tarihli Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu kararında ve 14.07.1998 tarih ve 597 sayılı İlke Kararı ile 05.11.1999 tarih ve 666 sayılı İlke Kararında korunması gerekli anıt ağaçlardan yaşlanmış ya da hasta olanlarının, ilgili kuruluşlar tarafından hazırlanacak teknik raporlara göre Koruma Kurulunca alınacak karar gereğince kaldırılarak, yerine yenisinin dikilebileceği ifade edilmiş ise de söz konusu ilke kararını yürürlükten kaldıran 110 sayılı İlke Kararında ve daha sonra yürürlüğe konulan 117 sayılı İlke Kararında bu yönde bir karara yer verilmemiştir.

Söz konusu kararın yürürlükte olduğu dönemde dört çam ağacının anıt ağaç olarak tapuya verilen şerhinin kaldırılması talebiyle idareye başvurulmasının ardından idare tarafından süresi içinde cevap verilmemesi üzerine, zımnen redde dair açılan iptal davasında dava sürecinde ağaçların kesilmesini gerekçe göstererek idari işlemin iptaline karar veren idare mahkemesi kararı Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmamıştır. Danıştay 6. Dairesi sözü geçen ilke kararına dayanmış ve ilk derece mahkemesi kararının ağaçları kesen kişilerin ödüllendirilmesi ve kötü örnek oluşturacağı sonucunu doğuracağını ifade etmiştir. Bkz. Danıştay 6. D. E. 1999/1769 T. 20.06.2000 (Bilgin, s. 12, 13.)

komisyonları tarafından alınacak kararlara göre yürütülür (Yönetmelik m. 4/1-o).

KTVKK m. 9 ve 117 sayılı İlke Kararı gereğince tespit edilen koruma alanı içinde ağacın kök yapısına ve beslenmesine olumsuz etkide bulunacak ya da taban suyunun kök sistemine ulaşmasına engel olacak biçimde zemin kaplaması, kazı ve inşai faaliyetler yapılamaz. Ağacın tepe, gövde ve kök yapılarını zarara uğratabilecek faaliyetlere müsaade edilmez. Örneğin bu kapsamda ağacın gövdesine ışıklandırma elemanlarının ya da levhaların çakılması anıt ağaçlara zarar vereceğinden yerden ışıklandırma tercih edilmeli, levhalar ağaçlara çakılmamalıdır.⁸⁵

Koruma alanı içinde gerçekleştirilmek istenilen faaliyetlerin Bölge Komisyonlarınca ağacın türü, bulunduğu alanın özelliği ve koruma alanının durumu bağlamında değerlendirilir. Örneğin ağacın taç izdüşümünün bulunduğu alanda temel kazılması ya da altyapı tesisleri için çukur açılması gibi yapısal eylemler veya uzun zamandır belirli bir su ekonomisine alıştığı için taban sularının niteliği ve niceliğinin değişmesi sonucunu doğuracak faaliyetler ağaçların köklerine zarar verdiğinden bu eylemlerden uzak durulması gereklidir.⁸⁶

Risklerin tespit edilip buna göre harekete geçilmesi için koruma değerlerine yönelik tehdit analizleri de yapılmalıdır (Yönetmelik m. 4/1-h).

Yine korunan alanların ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarla birlikte bölgesel ve yerel nitelikler dikkate alınarak muhafaza edilmesi gerekir (Yönetmelik m. 4/1-i).

E. ANIT AĞAÇLARIN CEZA HUKUKU BAKIMINDAN KORUNMASI

Anıt ağaçlar ceza hukuku bakımından da koruma altındadır. Bu bağlamda KTVKK m. 65/1 gereğince anıt ağaçlar ve korunma alanlarının *tebliğ ve ilan*⁸⁷ edilmiş olmasına karşın yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına ya da herhangi bir şekilde zarar görmesine kasten sebep olanlarla bu alanlara izin almaksızın inşai ve fiziki müdahalede⁸⁸ bulunanların ya da bunları yaptıranların iki yıldan beş yıla kadar hapis ile beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Örneğin anıt ağaç olarak tescil edilmiş bir ağacın hemen yakınında bir inşaat için temel kazılması nedeniyle ağacın zarar görmesi halinde bu hükmün uygulanması gerekecektir.

Uygulamada anıt ağaçların yakınında define aranması ve bu amaçla ağaç etrafında çukurlar açılarak ağaçlara zarar verilmesi olaylarından söz

⁸⁵ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 554.

⁸⁶ Aslanboğa/Hepcan, s. 70; Özkaplan Yörüklü, s. 51 vd.; Polat, s. 913, 914; Alp, s. 239.

⁸⁷ Yukarıda da belirtildiği gibi Yönetmelik m. 17/1-j'de diğer tabiat varlıklarından farklı olarak anıt ağaçlar için taşınmazın maliklerinin tespit edilememesi hali dışında ilan usulü öngörülmemiştir.

⁸⁸ KTVKK m. 9'da "Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler" inşai ve fiziki müdahale olarak sayılmıştır.

edilmektedir.⁸⁹ Bu halde fail hakkında KTVKK m. 74/1'de yer alan kültür varlığı bulmak için izinsiz olarak kazı ve sondaj yapmak fiili gereğince de işlem yapılmalıdır. Söz konusu eylemin karşılığı iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına mahkûmiyettir. Ancak TCK m. 44 gereğince bir fiille birden çok suçun oluşması nedeniyle daha ağır cezayı öngören KTVKK m. 65/1 gereğince hüküm kurulması gerekir.⁹⁰

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 152/1-c'de devlet ormanı statüsündeki yerler hariç olmak üzere, nerede olduğuna bakılmaksızın, her çeşit dikili ağaç, fidan ya da bağ çubuğu hakkında mala zarar verme suçunun gerçekleşmesi halinde fail hakkında bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verileceği hükme bağlanmıştır.⁹¹ TCK m. 152/2'de ise suçun yakmak, yakıcı ya da patlayıcı madde kullanmak; toprak kaymasına, çıkış düşmesine sel ya da taşkına sebep olmak şeklinde yahut radyasyona maruz bırakmak, nükleer, biyolojik ya da kimyasal silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda tayin edilecek cezanın bir katına kadar artırılacağı belirtilmiştir.

Doktrinde mala zarar verme suçunun mağdurunun mülkiyet hakkına sahip kişiyken KTVKK m. 65/1'deki suçun mağdurunun tüm toplum olduğu ve bu suçların birbirinden bu bakımdan ayrıldığı⁹², ayrıca ilkinin genel norm, ikincisinin ise özel norm niteliğinde olduğu ve özel normun öncelikle uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.⁹³ Bu açıklamaya göre devlet ormanı statüsündeki yerler dışında bulunan anıt ağaçlara zarar verilmesi durumunda TCK m. 151 ve/veya 152 hükümleri değil, KTVKK m. 65/1 hükmü uygulanacaktır.⁹⁴ Anıt ağaçlara yönelik gerçekleştirilen eylemin TCK m. 152/2'deki nitelikli haller kapsamındaki eylemlerle gerçekleştirilmesi durumunda tayin edilebilecek ceza TCK m. 152/2 gereğince daha fazla

⁸⁹ Asan, 2010, s. 248; Alp, s. 239; Demirtaş, 2015, s. 16; Anıt Ağaçlar Yönetiminin İyileştirilmesi Çalışmaları Sonuç Raporu, s. 19.

⁹⁰ Yargıtay 12. CD, E. 2015/4513, K. 2016/8317, T. 11.05.2016.

⁹¹ Yargıtay TCK m. 152/1-c hükmünün ağacın hayatiyetini kaybetmesi halinde uygulanabileceğini, aksi halde TCK m. 151/1 hükmünün tatbik edileceğini ifade etmektedir. (Yargıtay 2. CD, E. 2020/34564, K. 2022/12720, T. 20.06.2022; Yargıtay 9. CD, E. 2008/19504, K. 2010/11019, T. 26.10.2010) TCK m. 152/1-c'de suçun unsurları içinde hayatiyetin kaybedilmesi aranmadığı gibi, yıkma, *tahrip etme*, yok etme, bozma, kullanılamaz hale getirme veya kirletmenin devlet ormanı statüsündeki yerler hariç, her türlü dikili ağaç, fidan ya da bağ çubuğu hakkında gerçekleştirilmesiyle suçun tamamlanması karşısında söz konusu karara katılmıyoruz. Bu doğrultuda bir karar için bkz. Yargıtay 15. CD, E. 2013/13400, K. 2014/1890, T. 05.02.2014.

⁹² Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 922, 926.

⁹³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 742; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 713; Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 926.

Özel normun önceliği ilkesi hakkında bkz. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 555.

⁹⁴ Buna 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu m. 2/1-a'da tarif edilen Boğaziçi alanındaki ağaçlar da dâhildir. Nitekim m. 18/3'te fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği durumda bu hükme göre ceza tayin edileceği belirtilmiştir, KTVKK m. 65/1 belirtilen hükümden daha ağır ceza gerektirdiğinden Boğaziçi alanındaki anıt ağaçlar için de KTVKK uygulama alanı bulacaktır.

olacaksa da özel normun önceliği ilkesine göre KTVKK m. 65/1 gereğince hüküm kurulacaktır. Kanaatimizce kanunkoyucunun mala zarar verme suçu için TCK m. 152/2'de öngördüğü nitelikli halleri bunların ortaya çıkardığı vahamete nazaran KTVKK m. 65/1 için de getirmesi doğru olacaktır.

Orman Kanunu m. 91/1'e göre de aynı Kanun m. 14/A ve B bentleriyle yasaklanan eylemlerden dikiliden ağaç kesen, kökünden söken veya hayatiyetini sona erdirecek biçimde boğan, ağaçlardan yalamuk, pedavra, hartama çıkararak failin üç aydan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezasına mahkûm edileceği düzenleme altına alınmıştır. Ancak ağacın münhasıran yakacak nitelikte emval veren ağaç olması durumunda ceza yarı oranında indirilir. Orman Kanunu m. 91/4 gereğince de ağaç kesme ve sökme eylemlerinin gerçekleştirilmesinde motorlu araç ve gereçlerin kullanılması durumunda ceza bir kat artırılır. Bu durumda devlet ormanında bulunan anıt ağaçlara Orman Kanunu m. 91/1'deki fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda bu hüküm, bu hallerin dışındaki eylemler için KTVKK m. 65/1 hükmü tatbik edilmelidir.⁹⁵

Bu açıklamalar ışığında, anıt ağaç statüsünde bulunmayan ya da yukarıda sözü edilen aday anıt ağaçların idare hukuku bakımından olmasa da ceza hukuku koruması altında olduğu vurgulanmalıdır. Bu nitelikteki ağaçlara zarar verilmesi halinde devlet ormanı statüsündeki yerlerde Orman Kanunu m. 91/1'de sayılan eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde bu madde gereğince, sayılan eylemler dışındaki fiiller için TCK m. 152/1-c'deki engel hüküm nedeniyle TCK m. 151 ve 152'ye (152/1-c hariç olmak üzere), devlet ormanı statüsünde olmayan yerlerdeki belirtilen nitelikteki ağaçlara zarar verilmesi halinde ise TCK m. 152'ye göre hüküm kurulması gerekir.⁹⁶

Burada ifade edilmesi gereken bir diğer husus yukarıdaki suç tiplerinin karşılığı olarak öngörülen cezaların alt ve üst sınırlarının uyumlu ve eylemlerin niteliğiyle orantılı olmamasıdır. Şöyle ki, anıt ağaç statüsünde olmayan ve Orman Kanununun uygulanma kapsamında bulunmayan bir ağacın ya da bir fidanın kesilmesi halinde fail, TCK m. 152/1-c gereğince bir yıldan altı yıla kadar (eylemin yakarak gerçekleştirilmesi halinde TCK m. 152/2-a gereğince iki yıldan oniki yıla kadar) hapis cezasıyla karşı karşıya kalırken, aynı fiilin Orman Kanunu kapsamında kalan bir yerdeki ağaç aleyhine işlenmesi halinde fail Orman Kanunu m. 91/1 gereğince üç aydan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası tehdidi altındadır. Failin anıt ağaca zarar vermesi halinde ise KTVKK m. 65/1 gereğince iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına mahkûmiyeti söz konusu olacaktır.

Ayrıca KTVKK m. 65/2 gereğince KTVKK'ya aykırı şekilde yıkma ya da imar izni verilmesinin yaptırımını da iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir. Suçun oluşumu için

⁹⁵ 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alanı Hakkında Bazı Düzenlemeler Yapılmasına Dair Kanun m. 2/1-c'de belirtilen tarihi alandaki ormanları kasten yakanlar hakkında daha özel bir hüküm getirildiğinden aynı Kanun m. 12 hükmü tatbik edilecektir.

⁹⁶ Yargıtay 15. CD, E. 2015/12076, K. 2016/5885, T. 06.06.2016.

yıkma ya da imar izninin verilmesi yeterli olup zarar oluşmasına gerek yoktur.⁹⁷

KTVKK m. 65/4 gereğince 3194 sayılı İmar Kanunu m. 21 kapsamında ruhsata tabi bulunmayan tadilat ve tamiratları Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüklerinden izin almadan veya izne aykırı şekilde yapanlar ya da yaptırnanlar altı aydan üç yıla kadar hapis ya da adli para cezasıyla cezalandırılır.⁹⁸

Anıt ağaçların korunmasında bunların tescilinin sağlanması, bakımlarının yapılması ve hukuki müeyyide altına alınmasının yanında toplumun, özellikle de anıt ağacın bulunduğu yerdeki kişilerin bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesi önem arz etmektedir.⁹⁹ Bu bağlamda Yönetmelik m. 5/1-j'de genel ilkeler başlığı altında tabiatın ve biyolojik çeşitliliğin korunması hususunda toplumun bilinç ve bilgi düzeyinin artırılması ve koruma amaçlarına uygun katkının sağlanması amacıyla her türlü eğitim faaliyeti ve etkinliğin destekleneceği ve yapılacağı ifade edilmiştir.

Kimi zaman iyi niyetle yapılan bilinçsiz müdahalelerle anıt ağaçların zarar gördüğü raporlanmaktadır. Örneğin Kahramanmaraş'ın Dulkadiroğlu ilçesine bağlı Doğanlıkarahasan mevkiindeki bir anıt ağacı koruma niyetiyle ağaçtaki kovuğun beton dökülerek doldurulması nedeniyle ağaç zarar görmüştür.¹⁰⁰ Bu nedenle yerel kamu kurum ve kuruluşlarıyla sivil toplum örgütlerinin sürece dâhil edilmesi, alanda akademik incelemenin teşvik edilmesi, basılı ve görsel yayınlarda konuya halkı bilgilendirecek ve

⁹⁷ Sancakdar/Yağcı/Taşyıldız/Çırak, s. 934, 935.

⁹⁸ Bir Yargıtay kararında yapılan müdahalelerin, Koruma Bölge Kurulu tarafından onaylanmış tadilat projesi kapsamında yapılıp yapılmadığı belirlenerek, sanıklar tarafından gerçekleştirilen eylemler nedeniyle tescilli kültür varlığının zarara uğrayıp uğramadığı, özgün yapısını kaybedip kaybetmediği, esaslı ya da basit müdahale niteliğinde olup olmadıkları tespit edilip, müdahaleler nedeniyle taşınmazda zarar bulunduğunun belirlenmesi durumunda “kültür varlığına kasten zarar verme” (m. 65/1-1.kısım), zarar bulunmayıp esaslı müdahale gerçekleştirildiğinin tespiti durumunda “izinsiz inşai ve fiziki müdahalede bulunma” (m. 65/1-2.kısım), basit onarım kapsamındaki faaliyetlerin saptanması durumunda ise “izinsiz tadilat ve tamirat yapma” (m. 65/4) suçundan hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir. (Yargıtay 12. CD, E. 2015/3803, K. 2016/9419, T. 02.06.2016)

⁹⁹ Palabaş Uzun/Bozali/Sivrikaya, s. 46; Genç/Güner, s. 14; Polat, s. 914; Bobat, s. 39; Asan, 2004, s. 441; Şen, s. 134; Demir, 2021, s. 70, 71; Özcan, s. 174; Çağlar, s. 133; Yusuf Kuru, “Trabzon İli Ortahisar İlçesinde Bulunan Anıt Ağaçların Morfolojik Özellikleri Üzerine Bir Araştırma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon, 2022, s. 71; Emine Tural, “Hata İlinin Anıt Ağaçları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Hatay, 2019, s. 32; Anıt Ağaçlar Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayları Sonuç Raporu, s. 23.

¹⁰⁰ Palabaş Uzun/Bozali/Sivrikaya, s. 46. Bu durumda yapılabilecek teknik müdahale hakkında bkz. Ali Kavgacı, “Türkiye'nin Anıt Meşeleri ve Yeni Bir Anıt Meşe (Çeçer Sultan Meşesi)”, Seri: B, C. 52, S. 1, 2002, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, s. 139, 140; Aslanboğa/Hepcan, s. 70, 71; Özkaplan Yörüklü, s. 56, 57; Asan, 2010, s. 249 vd.; Demir, 2019, s. 24 vd.

bilinçlendirecek şekilde yer verilmesi ve uzun vadeli politikaların belirlenmesi önem taşımaktadır.¹⁰¹

SONUÇ

Endüstri Devrimini takiben sanayileşmenin hız kazanması, artan insan nüfusuyla birlikte şehirlerin büyümesi ve tabiatın korunmasının ihmal edilmesi neticesinde doğal alanlar hızla tahrip olmuştur. Son yıllarda artan farkındalıkla beraber doğal alanların korunması fikri benimsenmiş, anayasalarda çevrenin ve tabiat varlıklarının korunması devletlerin yükümlülüğü, bireylerin ise hak ve ödevi olarak düzenlenmiştir.

Cumhuriyetin ilk yıllarında eski eserler hukuku olarak adlandırılan, ancak sonradan konuyla ilgili uluslararası belgelerdeki karşılığı gibi kültür ve tabiat varlıkları hukuku olarak nitelendirilen hukuk düzeni, anayasaların yukarıda belirtilen perspektifinden hareketle oluşturulmuştur. 1983 yılında yürürlüğe giren KTVKK ve takip eden yıllarda bu Kanunda yapılan değişiklikler ile ikincil mevzuatla detaylandırılan bu hukuk dalında bir tabiat varlığı olarak anıt ağaçlara da yer verilmiştir. Geçmiş ile gelecek arasında bir bağ olarak anıt ağaçların korunması tabiatın muhafazası için önem arz etmekle birlikte, tanık olduğu olayları bünyesindeki izlerde taşıması bağlamında bilimsel araştırmalara ışık tutmakta, ayrıca doğa turizmiyle de bulunduğu yöreye katkı sağlamaktadır.

KTVKK ve anıt ağaçların korunmasına dair ikincil mevzuat ile anıt ağaçların tespiti, tescili ve korunması usul ve esasları hüküm altına alınmıştır. Doktrinde, bu sürecin uzun ve karmaşık olması eleştiri konusu yapılmaktadır. Ayrıca bu sürece yerel yönetimlerin ve sivil toplum kuruluşlarının dâhil edilmemiş olması da tenkite konu olmaktadır. Anayasa Mahkemesi ise tabiat varlıklarının korunması konusunda Anayasa'da merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında görev ayrımına gidilmediğini belirterek, kural olarak kanunkoyucunun idari teşkilatı oluşturmak ve görevli organı belirlemek konusunda takdir hakkı bulunduğunu ifade etmektedir.

İkincil mevzuatta yapılan değişiklikler ve Danıştay tarafından verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararları sonrasında anıt ağaçların kapsamı konusunda tereddütler yaşandığı görülmektedir. Teknik anlamıyla anıt ağaç kapsamına girmeyen korunmaya değer ağaçların farklı bir statüye tabi tutulması ve buna uygun muamele görmesi gerekli olmakla birlikte, anıt ağaçların ihtiyaç duyduğu bakım ve koruma tedbirlerinin daha etkili şekilde uygulanabilmesi için anıt ağaçların kapsamının teknik anlamına uygun şekilde belirlenmesi gereklidir.

Anıt ağaçlarla ilgili hukuki düzenlemelere uygun davranılmaması halinde getirilen müeyyidelerle zarar gören anıt ağaçlar eski haline getirilemediğinden, bireylerin konuya dair farkındalığının artırılması adına buna uygun süreçler de yürütülmelidir.

¹⁰¹ Bobat, s. 40. Anıt Ağaçlar Yönetiminin İyileştirilmesi Çalıştayları Sonuç Raporu, s. 23 vd.

KAYNAKÇA

Akkemik Ü, "Anıt Ağaçlar Hakkında Görüşler", Anıt Ağaçların Yönetiminin İyileştirilmesi Çalışmaları Sonuç Raporu, Kırsal Çevre ve Ormancılık Sorunları Araştırma Derneği, Ankara, 2016, ss. 42-43.

Alp Ş/ Emel B, "Van Gölü Havzası'nda Anıt Ağaçları, Tespit Edilen Sorunlar ve Koruma Önerileri", Türkiye Peyzajları II. Ulusal Konferansı: Peyzaj Politikaları, 20-21 Kasım 2017 İTÜ Taşkışla Kampüsü, İstanbul Bildiri Kitabı, İstanbul Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2018, ss. 236-241.

Asan Ü, "Türkiye Ormanlarında Saptanabilen Anıt Nitelikli Ağaçların Dünyadaki Benzerleriyle Karşılaştırılması", Seri A, C. 37, S. 2, 1987, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, ss. 46-66.

Asan Ü, "Üsküdar'ın Canlı Kültür Mirası: Anıt Ağaçlar", Üsküdar Sempozyumu – I, 23-25 Mayıs 2003, Cilt 1, Zekeriya Kurşun, Ahmet Emre Bilgili (Ed.), Kemal Kahraman, Celil Güngör, İstanbul, 2004.

Asan Ü, Boğaziçi'nde Yaşayan Tarih: Zamana Tanıklık Eden Ağaçlar, İstanbul Ağaç ve Peyzaj, İstanbul, 2010.

Asan Ü, "Türkiye'de Anıt Ağaçların Belirlenmesi, Tescili, Bakımı ve Korunması Süreci İçin Öneriler", Anıt Ağaçların Yönetiminin İyileştirilmesi Çalışmaları Sonuç Raporu, Kırsal Çevre ve Ormancılık Sorunları Araştırma Derneği, Ankara, 2016, ss. 39-41.

Asciuto A/ Borsellino V/ D'Acquisto M vd., "Monumental trees and their existence value: case study of an Italian natural park", C. 61, S. 2, 2015, Journal of Forest Science, ss. 56-61.

Aslanboğa İ/ Hepcan Ş, "Anıt Ağaçlar", C. 28, S. 333, 1995, Bilim ve Teknik Dergisi, ss. 68-73.

Bilgin S. N, "Tabiat Varlıklarını Koruma", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.

Bobat A, "Anıt Ağaçlar, Kırsal Turizm ve Koruma-Yararlanma Dengesi Üzerine Çelişkiler", C, 1, S: 2, 2017, Uluslararası Kırsal Turizm ve Kalkınma Dergisi, ss. 35-41.

Cannizzaro S/ Corinto G. L, "The role of monumental trees in defining local identity and in tourism: a case study in the Marches Region", C. 1 S. 1, 2014, Geoprogess Journal, ss. 29-48.

Caramiello R/ Grossoni P, "Monumental Trees in Historical Parks and Gardens and Monumentality Significance", The Trees of History: Protection and Exploitation of Veteran Trees Proceedings of the International Congress Torino, Italy, April 1st – 2nd 2004. Eds. Giovanni Nicolotti and Paolo Gonthier.

Çağlar Y, "Thoughts on 'Monumental Trees' management", Proceedings of the 1st International Yew Workshop Duzce University Sept. 28th – Oct. 4th 2015. Eds. N. Aksoy and S. Aslan. Duzce, 2015, ss. 130-133.

Çevikçelik M, "Anıt Ağaçların Hukuki Rejimi", C. 23 S. 2, 2021, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1483-1509.

Demir M, "Beykoz Anıt Ağaçlarının Mevcut Durum Analizi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Van, 2021.

Demir M, "Çevresel Değişimlerin Karadeniz Bölgesindeki Tescilli Anıt Ağaçlara Olan Etkisinin CBS Yardımı İle Değerlendirilmesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2019.

Demirtaş A, "Türkiye'de Anıt Ağaçların Belirlenmesi, Tescili, Bakımı ve Korunması Süreci", Anıt Ağaçların Yönetiminin İyileştirilmesi Çalışmaları Sonuç

Raporu, Kırsal Çevre ve Ormancılık Sorunları Araştırma Derneği, Ankara, 2016, ss. 36-38.

Demirtaş A, “Anıt Ağaçların Belirlenmesi, Tescil Edilmesi, Korunması ve Bakımı Konusunda Kısa Bir İrdeleme”, Proceedings of the 1st International Yew Workshop Duzce University Sept. 28th – Oct. 4th 2015. Eds. N. Aksoy and S. Aslan. Duzce, 2015, ss. 10-16.

Dülger M. V, “Kültür Varlığı Olmanın Hukuki Sonuçları”, Kültürel Miras (Kültür Varlıkları) Hukuku, Evindar Yeşilbaş, Cüneyd Altıparmak (Ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Genç M/ Güner Ş. T, Anıt Ağaçların Önemi Göller Bölgesi'nin Anıt Ağaçları, Isparta Valiliği İl Özel İdaresi Müdürlüğü Yayınları, Isparta, 2003.

Kanadoğlu S, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.

Kavgacı A, “Türkiye'nin Anıt Meşeleri ve Yeni Bir Anıt Meşe (Çeçe Sultan Meşesi)”, Seri B, C. 52, S. 1, 2002, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, 139, 140, ss. 133-141.

Kişi L, “Türkiye'nin anıt ağaçları zamana meydan okuyor.” *Anadolu Ajansı* 03.12.2021, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/turkiyenin-anit-agaclari-zamana-meydan-okuyor/2437488>

Koca M/ Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Kuru Y, “Trabzon İli Ortahisar İlçesinde Bulunan Anıt Ağaçların Morfolojik Özellikleri Üzerine Bir Araştırma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon, 2022.

Özbek V. Ö/ Doğan K/ Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Özcan E, “Çanakkale İli Anıt Ağaçları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Çanakkale, 2018.

Özkaplan Yörüklü N, “Bursa ve Yakın Çevresindeki Anıt Ağaçların Saptanması ve Koruma Olanaklarının Belirlenmesi Üzerine Bir Çalışma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Bursa, 1997.

Palabaş Uzun S/ Bozali N/ Sivrikaya F, “Kahramanmaraş'ın Tarihine Işık Tutan Anıt Ağaçlar”, C. 14, S. 2, 2011, Kahramanmaraş Sütcü İmam Üniversitesi Doğa Bilimleri Dergisi, ss. 43-51.

Polat Z, “Doğanın Mirası: Anıt Ağaçlar”, C. 5, S. 58, 2017, Türk Tarım – Gıda Bilim ve Teknoloji Dergisi, ss. 908-916.

Sancakdar O, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Sancakdar O/ Yağcı P/ Taşyıldız Ş/ Çırak E, Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Sarıbaş M, “Batı Karadeniz Bölgesi'nin Kayda Girmemiş Anıt Ağaçları”, C. 52, S. 1, 2015, Ege Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, ss. 13-21.

Şen H, “Samsun İlinde Asırlık Doğal Ortam Değişimi Tanıkları: Anıt Ağaçlar”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Coğrafya Anabilim Dalı, Samsun, 2022.

Tezcan D/ Erdem M. R/ Sancakdar O vd., İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Tezcan D/ Erdem M. R/ Önok R. M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Tural E, “Hata İlinin Anıt Ağaçları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Hatay, 2019.

Yeni Ş, “Bir anıt Ağacın Toplam Ekonomik Değerinin Belirlenmesi-İstanbul Örneği”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2021.

Zapponi L/ Mazza G/ Farina A vd., “The role of monumental trees for the preservation of saproxylic biodiversity: re-thinking their management in cultural landscapes”, S. 19, 2017, Nature Conservation, ss. 231-243.

Yüzyılların Görkemli Tanıkları: Mısralardan Gönüllere Üsküdar'ın Anıt Ağaçları, Üsküdar Belediyesi Yayınları, İstanbul, 2005.

ÖZEL HUKUK

İLÂMSIZ İCRA TAKİBİNDE İCRA DAİRESİ YETKİSİZLİĞİ KENDİLİĞİNDEN DİKKATE ALABİLİR Mİ?

Can the Execution Office Consider the Lack of Jurisdiction in an Enforcement Proceeding without Judgement Ex Officio?

Doç. Dr. Ayşe KILINÇ*
Doç. Dr. Aslı ARAS**

Öz: Konusunu para veya teminat alacaklarının oluşturduğu ilâmsız icra takibinde yetki kuralı İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenmiştir. Belirtilen düzenlemeye göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin hükümlerinin ilâmsız icra takiplerinde de kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, belirtilen maddenin ikinci fıkrasında ise yetkisizlik iddiasının yetki itirazı olarak yapılacağı yer almaktadır. Bu bağlamda, ilâmsız icra takibinde yetkisizlik, borçlu tarafından ileri sürülmesi gereken bir itiraz olarak kabul edilmiştir. Buna göre, ilâmsız icra takibinde icra müdürünün yetkisizliği kendiliğinden dikkate alamaması gerekir. Ancak İİK m. 50/1'in HMK'nın yetkiye ilişkin hükümlerine yaptığı atuf sebebiyle, HMK'da yer alan kesin yetki kurallarının ilâmsız icra takibi bakımından da geçerli olup olmayacağı meselesi önemlidir. Zira, HMK'da yer alan kesin yetki kuralları dava şartı olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, HMK'da yer alan kesin yetki kuralları ilâmsız icra takibinde de kabul edildiğinde, icra müdürü tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekecektir. İcra müdürü tarafından kesin yetki kuralı kendiliğinden dikkate alınmadığı takdirde ise icra müdürünün bu işlemine karşı şikâyet yoluna başvurulabilecektir. Oysa ki, İİK m. 50/2'de açıkça yetkisizliğin itiraz olarak ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Bu durumda, HMK'da dava şartı olarak kabul edilen kesin yetki hallerinin, ilâmsız icra takibinde de takip şartı olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesine öğretideki görüşlerde ve yargı içtihatlarında farklı cevaplar verilmektedir. Bu çalışmanın amacı ise öğretideki görüşler, kaynak İsviçre hukukundaki düzenlemeler ve

Abstract: The rule of jurisdiction in execution proceedings without judgement, the subject matter of which is money or collateral receivables, is regulated in Article 50 of the Enforcement and Bankruptcy Law. According to the aforementioned regulation, it is accepted that the provisions of the Code of Civil Procedure regarding jurisdiction shall be applied by analogy in execution proceedings without judgement. However, the second paragraph of the aforementioned article stipulates that the lack of jurisdiction claim shall be made as a jurisdictional objection. In this context, lack of jurisdiction in execution proceedings without judgement is accepted as an objection that must be made by the debtor. Accordingly, the bailiff should not be able to automatically consider the lack of jurisdiction in the enforcement proceedings without judgement. However, due to the reference made by Article 50/1 of the Enforcement and Bankruptcy Law to the provisions of the Code of Civil Procedure regarding jurisdiction, the issue of whether the rules of conclusive jurisdiction in the Code of Civil Procedure will also be valid for the enforcement proceedings without judgement is important. This is because the rules of conclusive jurisdiction in the Code of Civil Procedure are accepted as a condition of litigation. Therefore, when the rules of conclusive jurisdiction in the Code of Civil Procedure are accepted in the enforcement proceedings without judgement, they will have to be automatically taken into consideration by the bailiff. If the bailiff does not automatically consider the conclusive jurisdiction rule, a complaint may be filed against this action of the bailiff. However,

* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kilincayse1983@hotmail.com
ORCID: 0000-0003-4420-0082 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573654

** İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, asli.aras@bakircay.edu.tr
ORCID: 0000-0002-5510-2157.

Makale Geliş Tarihi: 13.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 16.09.2024

yargı içtihatlarındaki durum dikkate alınarak belirtilen meseleye bir cevap bulmaktır.

Anahtar Kelimeler: İlâmsız İcra Takibi, İcra Dairesinin Yetkisi, İlâmsız İcra Takibinde Yetkisizlik, İlâmsız İcra Takibinde Yetki İtirazı, Takip Şartı.

Article 50/2 of the Enforcement and Bankruptcy Law explicitly accepts that the lack of jurisdiction can be asserted as an objection. In this case, different answers are given in the opinions in the doctrine and in the judicial jurisprudence to the issue of whether the cases of conclusive jurisdiction, which are accepted as a condition of litigation in the Code of Civil Procedure, can be accepted as a condition of enforcement proceedings without judgement. The purpose of this study is to find an answer to the aforementioned issue by taking into consideration the opinions in the doctrine, the regulations in the reference Swiss law and the situation in the jurisprudence.

Keywords: Enforcement Proceedings Without Judgement, Jurisdiction Of The Enforcement Office, Lack Of Jurisdiction In Enforcement Proceedings Without Judgement, Objection Of Jurisdiction In Enforcement Proceedings Without Judgement, Condition Of Enforcement.

GİRİŞ

İİK m. 50'de "*Yetki ve itirazları*" başlığı altında ilâmsız icra takibinde yetki konusu genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, konusunu para veya teminat alacaklarının oluşturduğu ilâmsız icra takibinde, HMK'nın yetkiye ilişkin hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda, yetkiye ilişkin düzenlemelerin kabul edildiği HMK'daki hükümler (HMK m. 5 vd.), ilâmsız icra takipleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

İİK m. 50/2'de ise ilâmsız icra takibinde yetkisizlik iddiasının "yetki itirazı" şeklinde ileri sürülebileceği ve bu itirazın esas hakkındaki itirazla birlikte yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, ilâmsız icra takibinde icra dairesinin yetkisizliği icra müdürü tarafından kendiliğinden dikkate alınamayacak; ancak borçlu tarafından itiraz olarak ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, İİK m. 50/1'deki HMK'nın yetkiye ilişkin hükümlerine yapılan atıf dolayısıyla, HMK m. 19/1'deki dava şartı olarak kabul edilen kesin yetki kurallarının (HMK m. 114/1, ç) mahkemece kendiliğinden dikkate alınacağını belirten düzenlemenin, ilâmsız icra takibinde yetkisizlik iddiası bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı hususu önem taşımaktadır. Buna göre, İİK m. 50/1 ile HMK'daki yetki kurallarına yapılan atıf uyarınca, yetkinin kesin olduğu haller, İİK 50/2'deki yetkisizlik iddiasının itiraz olarak ileri sürülebileceğine ilişkin kabul edilen kuralın istisnası olarak kabul edilebilecek midir? Diğer bir ifadeyle, "HMK'da dava şartı olarak düzenlenen kesin yetki hali (m. 114/1, ç), ilâmsız icra takibi bakımından da bir takip şartı olarak kabul edilebilir mi?" sorusuna cevap bulmak gerekir. Öğretide bu konuya ilişkin birtakım görüşler ileri sürülmektedir. Biz de bu çalışmada öğretideki görüşleri ve kaynak İsviçre Hukuku'ndaki düzenlemeleri de dikkate alarak belirtilen soruya bir cevap bulmak amacıyla değerlendirme yapacağız. Bu bağlamda, meseleye ilişkin görüşümüzü ortaya koyabilmek bakımından konuyu ikiye ayırarak tartışmanın doğru olacağı kanısındayız. Buna göre, ilk olarak, kanunda kabul edilen yetki kurallarının niteliği ile yetkisizliğin ileri sürülüş şekli ile ilgili

konu ele alınacaktır. İkinci bölümde ise ilâmsız icra takibinin konusunu oluşturan alacakların niteliği de dikkate alınarak, mevcut düzenlemelere göre yetki kurallarının nasıl belirleneceği üzerinde durulacaktır.

I. İLÂMSIZ İCRA TAKİBİNDE YETKİ KURALLARININ NİTELİĞİ VE YETKSİZLİĞİN İLERİ SÜRÜLÜŞ ŞEKLİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

İlâmsız icra takibi bakımından yetki konusu “*Yetki ve itirazları*” madde başlığı ile İİK m. 50’de düzenlenmiştir. Bununla birlikte, belirtilen hükümde para ve teminat borcu için takip hususunda HMK’nın yetkiye ilişkin hükümlerinin kıyas yoluyla ilâmsız icra takibinde uygulanacağı kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, HMK’da mahkemelerin yetkisine ilişkin kabul edilen yetki kuralları, ilâmsız icra takibinde yetkili icra dairesi belirlenirken dikkate alınacaktır.¹

İlâmsız icra takibinde yetkisizlik iddiasının nasıl ileri sürüleceği ise aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, icra dairesinin yetkisizliği ancak esas hakkındaki itirazla birlikte yapılacaktır. Belirtilen düzenlemeden anlaşılması gereken; ilâmsız icra takibinde yetkisizliğin kendiliğinden dikkate alınamayacağı; borçlu tarafından -itiraz usûlüne göre- ileri sürülebileceğidir. Bu bağlamda, ilâmsız icra takibinde yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmadığını söylemek gerekir.² Zira, kanun açıkça, yetkisizliğin “yetkiye itiraz” şeklinde ileri sürülebileceğini kabul etmiştir (İİK m. 50/2). Ancak burada esas sorun, HMK’da yetkinin kamu düzenine ilişkin olarak düzenlendiği; diğer bir ifadeyle, yetkinin kesin olup, dava şartı olarak kabul edildiği durumlarda (HMK m. 19/1), İİK m. 50/1’deki

¹ İİK m. 50/1, son cümlede ise takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesinin de yetkili olduğuna yer verilerek, sözleşmeden doğan para alacaklarına ilişkin genel haciz yolu ile takipler bakımından HMK m. 10’da yer alan özel yetki kuralının yanı sıra sözleşmenin yapıldığı yerdeki icra dairesinin yetkisi de kabul edilmiştir.

² Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz vd., *İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin*, Ankara, 2022, s. 155; Nilüfer Boran Güneysu, “Yargıtay’ın Bir Kararı Işığında İlâmsız İcra Takibinde Yetki İtirazı”, S. 26, Nisan 2016, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, s. 211; Adnan Deyneki, “İtirazın İptali Davasında İcra Dairesinin ve Mahkemenin Yetkisi İle İlgili Sorunlar”, Mart 2006, *Legal Hukuk Dergisi*, s. 757; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin*, Ankara, 2022, s. 62; Abdurrahim Karşlı, *İcra ve İflâs Hukuku, Alternatif*, İstanbul, 2014, s. 144; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Adalet*, Ankara, 2013, s. 179; Baki Kuru, “İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz (Yetki İtirazı)”, İstanbul, 2006, *Makaleler*, s. 511; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt: I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı*, Adalet, Ankara, 2013, s. 274; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan vd., *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Oniki Levha*, İstanbul, 2023, s. 99; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 126; Talih Uyar, “Genel Haciz Yolu İle İlâmsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi (İİK m. 50)”, S. 56, 2005, *TBB Dergisi*, s. 330-331; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları, Fakülteler Matbaası*, İstanbul, 2004, s. 80; Mehmet Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflâs Hukuku, Beta*, İstanbul, 2016, s. 45; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin*, Ankara, 2016, s. 269.

atf dolayısıyla, icra dairesinin yetkisinin de kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilip edilmeyeceğidir.

Öğretide bir görüşe göre, HMK'da kabul edilen yetkinin kamu düzenine ilişkin olup kendiliğinden dikkate alınması gereken istisnai hallerin, İİK m. 50 uyarınca yapılan atf dolayısıyla, icra takipleri için de geçerli olması gerekir.³ Bu düşünceden hareketle, bu görüşe göre, icra takiplerinde yetkinin kamu düzenine ilişkin ve kesin olduğu hallerde, yetkisizlik icra müdürü tarafından kendiliğinden dikkate alınmadığı takdirde, şikâyet yoluyla ileri sürülebilecektir.⁴ Zira, bu görüş uyarınca, davada dava şartı olarak kabul edilen hususlar, genel olarak takipte de takip şartı olarak kabul edildiği takdirde, icra dairesince kesin yetki kurallarının kendiliğinden dikkate alınması gerekecektir.⁵

Yargıtay, İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesi ile para ve teminat alacaklarına ilişkin takiplerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirten atfın, genel ve özel yetki kuralları yanında yetki itirazının ileri sürülmesi ve sonuçlarını da kapsadığını⁶ belirtmektedir. Yargıtay'ın söz konusu atfın kesin yetki hallerini

³ Cenk Akil/Vildan Peksöz, "Para Alacaklarına İlişkin İlämsız Takipte İcra Dairelerinin Yetkisinin Belirlenmesi", S. 8, Aralık 2016, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 27-29; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin, Ankara, 2022, s. 103; Deynekli, s. 758-759; Zeliha Büşra Tamır, Genel Haciz Yoluyla Takipte İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması, Adalet, Ankara, 2022, s. 50; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 45-46; Uyar, s. 331.

⁴ Akil/Peksöz, s. 29; Atalı/Ermenek/Erdoğan, 2022, s. 103; Deynekli, s. 759, Postacıoğlu/Altay, s. 130; Tamır, s. 51.

⁵ Atalı/Ermenek/Erdoğan, 2022, s. 103.

⁶ "6100 sayılı HMK'nın "Yetki itirazının ileri sürülmesi" başlıklı 19/2. maddesinde; "Yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi; birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi bildirir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz" hükmü mevcuttur. HMK'nun 19/2. maddesi uyarınca birden fazla yetkili icra dairesi varsa, borçlu yetki itirazında seçtiği icra dairesini bildirmelidir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz. HGK'nun 22.09.1976 gün ve 10/1957-2554 sayılı ve 25.12.1987 tarih ve 1987/506-1103 sayılı kararlarında da benimsendiği gibi, anılan hükümde, yetki itirazında bulunana, birden fazla yetkili mahkemeyi (icra dairesini) gösterme olanağı yasaklanmamıştır. Yetkili olmaları koşulu ile birden çok yetkili mahkeme (icra dairesi) belirtilmiş olsa dahi, yetkili yeri bildirme yükümlülüğü yerine getirilmiş olur. Ancak, borçlu bu yerlerden birini tercih etmelidir. Somut olayda; muteriz borçlu şirketin icra mahkemesinde yetki itirazında bulunurken, borçlu şirket merkezinin bulunduğu ... veya çekin keşide yeri olan ... İcra Daireleri'nin yetkili olduğunu ileri sürerek ... İcra Dairesi'nin yetkisine itiraz ettiği, ancak birden fazla olarak ifade ettiği yetkili icra dairelerinden hangisini seçtiğini belirtmediği anlaşılmıştır. Bu durumda muteriz borçlu şirket, yetki itirazında, HMK'nın 19/2. maddesinde yazılı "birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi bildirir" hükmünü yerine getirmemiştir. Bu nedenle, borçlunun yetki itirazının geçersiz olduğunun kabulü gerekir." Yargıtay 12. HD, E: 2021/10179, K: 2022/3189, T: 14.03.2022 (Legalbank); "Borçlu icra mahkemesine başvurusunda; alacaklı tarafın, mahkemenin yetki itirazına ilişkin kararının kesinleştiği tarihten itibaren yasada belirtilen 2 haftalık kesin süre içerisinde yetkili

kapsayıp kapsamadığı hususunda ise her iki yönde de kararları bulunmaktadır. Buna göre, Yargıtay'ın, söz konusu atfın HMK'daki kesin yetki hallerini kapsadığı ve icra takiplerinde de uygulanacağı yönünde kararları⁷ bulunduğu gibi; kesin yetki kurallarının icra takiplerinin

icra dairesine başvurmadığı gerekçesiyle takibin açılmamış sayılmasına karar verilmesini talep ettiği; mahkemece, davanın kabulüyle takibin açılmamış sayılmasına karar verildiği, alacaklının istinaf başvurusunun bölge adliye mahkemesince esastan reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. 6100 sayılı HMK'nun 20. maddesinde; görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi halinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerektiği, aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır. Aynı kural takip hukukunda da geçerlidir." Yargıtay 12. HD, E: 2021/7234, K: 2022/19, T: 10.01.2022 (Legalbank).

- ⁷ Yargıtay, bir kararında Bölge Adliye Mahkemesinin 6100 sayılı HMK'nın 14. maddesi uyarınca şirket ve ortağı arasındaki uyuşmazlıklarda davacı şirketin ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi ve icra dairesinin kesin yetkili bulunduğuna yönelik kararını doğru bulup onamak suretiyle bu konudaki görüşünü belirtmiştir. Yargıtay'ın söz konusu kararına göre, "İzmir Bölge Adliye Mahkemesince, tüm dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebeplerine göre, davaya konu her iki takibin de davacı şirketin eski ortağının ortaklık ilişkisi devam ederken gerçekleştirdiği iddia olunan usülsüzlükten kaynaklanan alacak istemine ilişkin olduğu, 6100 sayılı HMK'nın 14. maddesi uyarınca şirket ve ortağı arasındaki uyuşmazlıklarda davacı şirketin ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi ve icra dairesinin kesin yetkili bulunduğu, ancak davacı şirketin merkezinin Karşıyaka İcra Daireleri'nin kesin yetki alanı içinde olup davaya konu icra takiplerinin İzmir İcra Dairesinde yapılmış olduğu, bu nedenle kesin yetkili icra dairesinde takip başlatılmadığından davanın bu gerekçeyle usülden reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece yazılı şekilde verilen kararın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b-2 maddesi uyarınca kaldırılarak yeniden esas hakkında karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesinin 21.03.2018 tarih 2017/611 E. 2018/133 K. sayılı kararının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b-2 maddesi uyarınca kaldırılmasına, geçerli bir takip bulunmadığından dava şartı gerçekleşmemesi nedeniyle açılan davanın usülden reddine karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi kararı, davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına ve özellikle davalı ... Tic. San. Ltd. Şti. hakkındaki icra takibi bakımından talep ve davanın niteliği gözetilerek 6100 sayılı HMK'nın 16. Maddesi çerçevesinde Karşıyaka İcra Dairesinin her iki takip borçlusu bakımından ortak yetkili olduğunun kabulünün gerekmesine göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 11. HD, E: 2019/4113, K: 2020/2255, T: 2.3.2020 (Lexpera); Aynı yönde, "Oysa, İcra ve İflâs Kanunu'nun 50.maddesi ile HUMK'nun 17 nci maddesine göre, kooperatif ile üyeleri arasında açılacak dava ve takiplerde kooperatif merkezi mahkemesi ve icra

uygulanmayacağını belirten kararları⁸ da mevcuttur. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki Yargıtay, kararlarında çoğunlukla icra takiplerinde

dairelerinin yetkili olduğu kuşkusuz olup, anılan yetki kuralı kamu düzeninin ilişkin, kesin bir yetki kuralıdır. Mahkemece, resen dikkate alınmalıdır. O halde, mahkemece, yetkili icra dairesi aracılığı ile yapılmış geçerli bir icra takibi bulunmadığından başka bir deyişle icra takibinin yetkisiz icra dairesinde yapıldığı gözetilip davacının davasının sırf bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken doğrudan işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11. HD, E: 2009/1578, K: 2010/7127, T: 21.06.2010 (Lexpera).

- ⁸ “Kooperatif ile ortağı arasındaki davalarda, HMK'nın 14/2 maddesi uyarınca kooperatifin muamele merkezi kesin yetkili olup, kamu düzenine ilişkin olduğundan yetki hususunun mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir. Ancak icra iflâs daireleriyle ilgili kesin yetki kuralını belirleyen kanun hükmü bulunmamaktadır.” Yargıtay 23. HD, E: 2018/270, K: 2019/4955, T: 27.11.2019 (Lexpera); “... dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan HMK'nın 14. maddesine göre, tüzel kişiler ile ortakları arasındaki davalarda, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemelerinin kesin yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir. İİK'nın 50. maddesinde ise, para veya teminat borcu için yapılan icra takibi hususunda (davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan) Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye dair hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanacağı hüküm altına alınmış olup öğretide ve uygulamada icra dairelerinin yetkisinin kesin yetki olmadığı kabul edilmiştir. Bu açıklamalara ve anılan yasa maddelerine göre, kooperatif ile ortağı arasındaki alacağın tahsili için girilen icra takipleri bakımından kesin yetki bulunmamakla birlikte kooperatif ile ortağı arasındaki davalarda kesin yetki kuralının geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan HMK'nın 14. maddesine göre, kooperatifin ortaklarına ya da ortakların bu sıfatla diğer ortaklar veya kooperatife açacağı davalarda kooperatif merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olup, anılan yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin ve kesin nitelikte olduğundan, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece re'sen dikkate alınması gerekir. TMK'nın 51. maddesine göre de tüzel kişinin ikametgâhı anasözleşmede başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir. Somut olayda, icra takibi, Müdürlüğü'nde yapılmış ve tebliğ edilen ödeme emri üzerine davalı borçlu, icra dairesinin yetkisine itiraz etmemiş, sadece borca itiraz etmiş olmakla, Sorgun İcra Dairesi'nin yetkisi kesinleşmiştir. Dairemizin 04.04.2013 tarih ve 9....; 04.11.2013 tarih ve sayılı ilamlarında da açıklandığı üzere; İcra dairesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin olmadığından mahkemece, icra dairesinin (İİK'nın 50/2. maddesi yollaması ile) takip tarihi itibarıyla yürürlükte olan HMK'nın 14. maddesi uyarınca yetkili olup olmadığının incelenmesi gerekmeden, mahkemenin dava tarihi itibarıyla yetkili olup olmadığına tespiti gerekmektedir.” Yargıtay 23. HD, E: 2015/6427, K: 2016/3930, T: 27.06.2016 (Lexpera); “2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesinin 1. fıkrasına göre para veya teminat borcu için takip hususunda (davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan) Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye dair hükümleri kıyas yoluyla uygulanır. 1086 Sayılı Kanun'un 17. maddesine göre “Hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde o şubenin muamelesinden dolayı iflâs davası müstesna olmak üzere o şubenin bulunduğu mahalde dahi dava ikame olunabilir. Şirket ve cemiyetlerin ve tesislerin kendi işlerine mütaallik olmak üzere azası aleyhine ve azanın bu sıfatla yekdiğeri aleyhlerine ikame edecekleri dava bu şirket, cemiyet veya tesisin ikametgah addolunan mahal mahkemesinde bakılır”. Maddenin düzenlenmesinden tüzel kişilerle ortakları arasındaki davalarda, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemelerinin kesin yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Önsorun çözümü için İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesindeki

atf sebebiyle kooperatifle ortağı arasındaki alacağın tahsili için girişilen icra takipleri bakımından da kesin yetki bulunup bulunmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Somut olayda davacı kooperatifin merkezi Yenimahalle ilçesi olup yargı çevresi bakımından Ankara'ya bağlıdır. Davacı yan icra takibini Sincan İcra Dairesinde yapmış, borçlu yetkiye itiraz etmemiştir. Dava da ilk olarak Sincan Asliye Ticaret Mahkemesinde açılmış, ancak kesin yetki kuralı gereği bu mahkemece re'sen yetkisizlik kararı verilmiş ve temyiz itirazı üzerine Özel Dairece yetkisizlik kararı 27.10.2011 gün ve 2011/2640-1360 E.K. sayılı kararla onanmıştır. Bilindiği üzere öğretisi ve uygulamada icra dairelerinin yetkisinin kesin olmadığı kabul edilmektedir (Kuru, B.: İcra ve İflâs Hukuku, El Kitabı, 2.b., İstanbul 2013, s.179 ve HGK., 24.4.2013 gün ve 2012/9-1435 E., 2013/569 K.). Açıklanan ilkeler gereğince icra dairesinin yetkisinin kesin yetki niteliğinde olmadığından yetkisine itiraz edilmeyen Sincan İcra Dairesinde yapılan icra takibinin usulüne uygun bir takip olduğu kabul edilmiştir. H.G.K.ndaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce icra dairesinin yetkisinin de kesin yetki olduğu ve yetkisiz yerde usulüne uygun sayılmayan bir takibe dayalı olarak açılan itirazın iptali davasının sırf bu sebeple reddi gerektiği fikri ileri sürülmüş ise de belirtilen gerekçelerle bu görüşe itibar edilmemiş somut uyuşmazlık bakımından ön sorunun bulunmadığına 2. görüşmede oy çokluğuyla karar verilmiştir.” Yargıtay HGK, E: 2013/23-1758, K. 2015/1190, T: 15.04.2015 (Legalbank); “6100 sayılı HMK'nın 14/2. maddesi gereği, kooperatif ile üyesi arasındaki davaların, kooperatifin ikametgahı addolunan mahal mahkemesinde görülmesi gerekir. Bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralı olup, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de re'sen dikkate alınması gerekir. 4721 sayılı TMK'nın 51. maddesine göre hükmi şahsın ikametgahı, anasözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça muamelelerinin yürütüldüğü yerdir. İİK'nın 50 ve 67. maddeleri gereği kooperatif ile üyesi arasında aidata dayalı yapılacak icra takiplerinde ise, kooperatif merkezindeki icra dairesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin kesin yetkili olmadığı gibi mutlaka takibi yapılan icra dairesinin yetki çevresinde açılacağı gösteren bir hüküm bulunmamaktadır. Somut olayda, icra takibi, Ankara 10. İcra Müdürlüğü'nde yapılmış ve tebliğ edilen ödeme emri üzerine davalı-borçlu, icra dairesinin yetkisine itiraz etmemiş, sadece borca itiraz etmiş olmakla, Ankara 10. İcra Dairesi'nin yetkisi kesinleşmiştir. Bu durumda mahkemece, icra dairesinin yetkisinin kesinleştiği gözetilerek davanın kesin yetkili mahkemede açılıp açılmadığı üzerinde durularak, davanın açıldığı tarih itibarıyla davacı kooperatifin merkezinin bulunduğu yer olan Antalya Mahkemeleri'nin kesin yetkili olduğu gözetilerek, 6100 sayılı HMK'nın 14/2, 114/1-ç, 115/2. maddeleri gereği, yetkisizlik nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yetkisiz icra dairesinde yapılan icra takibinin geçersizliği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 23. HD, E: 2014/220, K: 2014/3317, T: 29.04.2014 (Lexpera); “Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; davacı kooperatifin merkezinin mahkemenin yargı çevresinde kalan Karşıyaka ilçesinde olduğu, icra takibinin ise ... İcra Müdürlüğü'nde yapıldığı, HMK'nın 14/2. maddesi gereğince, kooperatif ile ortakları arasında açılacak dava ve takiplerde kooperatif merkezindeki mahkemelerin ve icra dairelerinin yetkili olduğu, anılan yetki kuralının kamu düzenine ilişkin, kesin bir yetki kuralı olduğu, kooperatifin merkezinin bulunduğu ... İcra Müdürlüğü'nde yapılmış geçerli bir icra takibi bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.....Somut olayda, icra takibi, ... İcra Müdürlüğü'nde yapılmış ve tebliğ edilen ödeme emri üzerine davalı-borçlu, icra dairesinin yetkisine itiraz etmemiş, sadece borca itiraz etmiş olmakla, ... İcra Dairesi'nin yetkisi kesinleşmiştir. İcra dairesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin değildir. Bu durumda mahkemece, icra dairesinin (İİK'nın 50/2. maddesi yollaması ile) takip tarihi itibarıyla yürürlükte olan HMK'nın 14. Maddesi uyarınca yetkili olup olmadığı

yetkinin kural olarak kamu düzeninden olmadığını; icra dairesinin yetkisizliğini kendiliğinden gözetemeyeceğini ve yetki itirazının itiraz şeklinde ileri sürülmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁹

incelenmesi gerekmeden, mahkemenin dava tarihi itibarıyla yetkili olup olmadığının tespiti gerektiğinden, dava tarihi itibarıyla kooperatifin merkezinin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olduğu da gözetilerek, işin esasına girilmesi, tarafların delilleri toplanıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 23. HD, E: 2013/5340, K: 2013/6762, T: 04.11.2013 (Lexpera); “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; İİK'nın 50. maddesi uyarınca yetki kurallarının 6100 sayılı HMK'ya tabi olduğu, buna göre davacı kooperatifin üyesine karşı aida alacağı nedeniyle icra takibini Ankara İcra Dairelerinde başlatmasının HMK'nın 14. (HUMK'nın 17) maddesi gereğince kesin yetki kuralı olduğu, kesin yetki kuralına göre Sincan İcra Dairelerinin yetkisiz olduğu, yetkili icra dairesinde yapılmayan ve bu nedenle de geçerli olmayan takibe karşı itirazın iptali davası açılmayacağı gerekçesiyle, davanın usûlden reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.....Somut olayda, icra takibi, Sincan İcra Müdürlüğü'nde yapılmış ve tebliğ edilen ödeme emri üzerine davalı-borçlu, icra dairesinin yetkisine itiraz etmemiş, sadece borca itiraz etmiş olmakla, Sincan İcra Dairesi'nin yetkisi kesinleşmiştir. İcra dairesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin değildir. Bu durumda mahkemece, icra dairesinin (İİK'nın 50/2. maddesi yollaması ile) HUMK'nın 17. (HMK'nın 14.) maddesi uyarınca yetkili olup olmadığının incelenmesi gerekmeden, itirazın iptali davasının kesin yetkili mahkemede açılıp açılmadığı üzerinde durulması gerekeceğinden, itirazın iptali davasının açıldığı tarih itibarıyla davacı kooperatifin merkezinin bulunduğu yer olan Ankara Mahkemeleri'nin kesin yetkili olduğu gözetilmelidir.” Yargıtay 23. HD, E: 2013/3519, K: 2013/4201, T: 19.06.2013 (Lexpera); “İcra takibi, Şişli İcra Müdürlüğü'nde başlatılmış, borçlunun yetki itirazı üzerine Biga İcra Müdürlüğü'nde devam etmiştir. Biga İcra Müdürlüğü'nce tebliğ edilen ödeme emri üzerine davalı-borçlu, icra dairesinin yetkisine itiraz etmemiş, sadece borca itiraz etmiş olmakla, Biga İcra Dairesi'nin yetkisi kesinleşmiştir. İcra dairesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin değildir. Bu durumda mahkemece, icra dairesinin (İİK'nın 50/2 nci maddesi yollaması ile) HUMK'nın 17nci (HMK'nın 14 ncü) maddesi uyarınca yetkili olup olmadığının incelenmesi gerekmeden, itirazın iptali davasının kesin yetkili mahkemede açılıp açılmadığı üzerinde durulması gerekeceğinden, itirazın iptali davasının açıldığı tarih itibarıyla davacı kooperatifin merkezinin bulunduğu yer olan Lapseki Mahkemeleri'nin kesin yetkili olduğu gözetilmelidir. Bu itibarla, mahkemece işin esasına girilip, tarafların delilleri toplanıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 23. HD, E: 2012/5661, K: 2012/7000, T: 28.11.2012 (Lexpera).

⁹ “İlâmsız icradaki yetki bir ilâmsız icra takibine hangi yerdeki icra dairesi tarafından bakılacağına belirlenmesidir. İcra dairesinin yetkisi 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK) 50. maddesi yollaması ile 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) hükümlerine göre belirlenir. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 447. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca mevzuatta yürürlükten kaldırılan HUMK'na yapılan yollamalar, HMK'nın bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır. 13. Kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip için yetkili icra dairesi de kural olarak genel haciz yolu ile takipteki gibidir. Yetkili icra dairesi İİK'nın 50. maddesinin 1. fıkrasına göre HMK'nın yetkiye dair hükümleri kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle belirlenir. 14. Buna göre, bonoya dayalı kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip genel yetkili yer olan borçlunun yerleşim yerindeki icra dairesinde (HMK m. 6), bonoda öngörülen ödeme yerinde (HMK. m 10), ayrıca İİK'nın 50.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda (SchKG) genel takip yeri (Art. 46) ve özel takip yeri (Art. 48-52) düzenlenmiştir. Genel takip yeri borçlunun ikametgahı olmakla birlikte özel takip yeri, İsviçre'de genel takip yeri

maddesinin 1. fıkrası uyarınca bononun tanzim edildiği yerdeki icra dairesinde yapılabilir. 15. İcra dairesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin değildir. Bu nedenle, alacaklının yetkisiz bir icra dairesinde takip yapması hâlinde, icra dairesi yetkisizliğini kendiliğinden gözetemez; borçlunun icra dairesinin yetkisiz olduğunu (şikâyet değil) itiraz yolu ile ileri sürmesi gerekir. Aynı nedenle yetkili olmayan bir icra dairesi, tarafların anlaşması (yetki sözleşmesi) ile yetkili kılınabilir (Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 180).” Yargıtay HGK, E. 2019/177, K: 2022/676, T: 18.05.2022 (Lexpera); “İcra dairesinin yetkisi, kamu düzenine ilişkin değildir. Bu nedenle, alacaklının yetkisiz bir icra dairesinde takip yapması hâlinde, icra dairesi yetkisizliğini kendiliğinden gözetemez; borçlunun, icra dairesinin yetkisiz olduğunu, (şikâyet değil) itiraz yolu (m. 62 vd) ile ileri sürmesi gerekir (Kuru, B. : İcra ve İflâs Hukuku 2. Baskı, Ankara 2013, s. 177-179). İcra dairesinin yetkisiz olduğunu ileri sürmek, (şikâyet değil) itiraz yolu ile olur. İcra dairesi kendiliğinden yetkisizlik kararı veremez. Borçlu, yetki itirazını ödeme emrine itiraz süresi içinde icra dairesine bildirir. Yetki itirazı, esas hakkındaki itirazla (m. 62) birlikte yapılmalıdır (m. 50, II). Borçlu, süresi içinde ödeme emrine itiraz ederken, yetki itirazını da birlikte bildirmemişse, artık takibin bundan sonraki safhalarında yetki itirazında bulunamaz; icra dairesinin yetkisini kabul etmiş sayılır.” Yargıtay HGK, E: 2017/2501, K: 2021/233, T: 09.03.2021 (Lexpera); “Somut olayda; icra takibinin .. 27. İcra Müdürlüğü'nde başlatıldığı, muteriz borçlular vekilinin icra mahkemesine verdiği dilekçede, borçlu şirket adresinin ../... olduğunu, bu yer icra dairelerinin yetkili olduğunu ileri sürdüğü, mahkemece yetki itirazının kabulü ile dosyanın taleple ilgisi bulunmayan ... İcra Müdürlüğüne gönderilmesine karar verildiği görülmüştür. Tarafların, yetkili icra dairesi olarak bildirdikleri icra dairesi gerçekte yetkili değil ise, mahkemece yetki itirazının reddine karar verilmesi gerekir. Bir başka anlatımla, HMK'nun 26/1. maddesi uyarınca; icra dairesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki niteliğinde olmadığından mahkemece kendiliğinden belirlenemez. O halde mahkemece, taleple bağlılık ilkesi gereğince borçluların yetki itirazları ile ilgili olarak olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD, E: 2016/9028, K: 2017/1033, T: 25.01.2017 (Lexpera); “Çeke dayalı takip, borçlunun ikametgahının bulunduğu yerdeki genel yetkili icra dairesinde (HMK. 6. md.), muhatap bankanın bulunduğu yer, ödeme yeri sayıldığından buradaki icra dairesinde (HMK. 10. md.) ve ayrıca İİK'nun 50/1. maddesi uyarınca çekim keşide edildiği yerdeki icra dairesinde yapılabilir. İİK'nun 168/1-5. maddesi uyarınca borçlu tarafından yapılan yetki itirazı, İİK'nun 169/a maddesi uyarınca borca itiraz niteliğindedir. Kamu düzenine ilişkin olmadığından mahkemece re'sen dikkate alınmaz.” Yargıtay 12. HD, E: 2015/30322, K: 2016/6923, T: 09.03.2016 (Lexpera); “İcra dairesinin yetkisine ilişkin hükümler kural olarak kamu düzeninden değildir. İİK'nun 50/1.maddesine göre, para ve teminat borçlarına ilişkin icra takiplerinde yetkili icra dairesi, HUMK'nun yetkiye dair hükümleri kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle belirlenir. İİK'nun 50.maddesinin göndermesi ile uygulanması gereken HUMK'nun 9/2.maddesi l.cümlesine göre, davalı birden fazla ise dava (takip) bunlardan birinin ikametgahı mahkemesinde (icra dairesinde) açılır. Somut olayda, takip borçlularından'a 10 örnek ödeme emri adresinde tebliğ olunmuş, adı geçen borçlunun yetki itirazında bulunduğu dair herhangi bir bilgi ve belge sunulmadığına göre Düzce İcra Dairesi'nin yetkisi kesinleşmiştir.” Yargıtay 12. HD, E: 2007/20612, K: 2007/24339, T: 27.12.2007 (Lexpera).

mevcut değilse ya da genel takip yerinde takip yapılmasının olaya uygun düşmediği durumlarda kabul edilmiştir.¹⁰

İsviçre Hukuku'nda, icra takiplerinde yetki kuralları kesin nitelikte olup icra dairesi tarafından kendiliğinden gözetilir.¹¹ Yetki kurallarına uyulmadan icra dairesi tarafından yapılan bir işlemin hükümsüz olup olmadığı konusunda ise görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş,¹² icra takibinde yetki kuralına uyulmamasının yaptırımının hükümsüzlük olduğunu belirtmekte; başka bir görüş¹³ ise icra takibindeki yetki kuralına uyulmaması kamu yararı ve üçüncü kişilerin menfaatine zarar veriyorsa, yaptırımın hükümsüzlük; aksi takdirde normal şikâyet prosedürüne tâbi olduğunu ifade etmektedir. Örneğin, yetkisiz icra dairesi tarafından ödeme emri gönderilmesi şikâyete tâbi işlem olarak kabul edilmiş iken;¹⁴ yetkisiz icra dairesi tarafından haciz yapılması hükümsüz kabul edilmektedir.¹⁵

Hükümsüz işlem İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun (SchKG) 22. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümsüz işlem ile şikâyete tâbi işlem farklıdır. Hükümsüz işlem hiçbir etki ve sonuç doğurmadığından baştan geçersizdir;¹⁶ bu durum hem icra dairesi hem de -bir şikâyet olsun olmasın-

¹⁰ Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art. 1-158 SchKG), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2010, Art. 46 N. 11.

¹¹ Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK-Orell Füssli Kommentar, 20. aktualisierte Auflage, Orell Füssli, Zürich, 2020, Art. 46 s. 162; Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK-Schulthess Kommentar, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2017, Art. 46 N. 6; Karl Spühler, Schuldbetreibungs- Und Konkursrecht I, 6. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2014, s. 49; Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, 9. Auflage, Stämpfli, Bern, 2013, s. 83; Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 46 N. 7, 28; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull vd., Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band 1 Art. 1-158, 4. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997, s. 195.

¹² Kren Kostkiewicz, Art. 46 s. 162; Kren Kostkiewicz/Vock, Art. 46 N. 6. Kren Kostkiewicz, bu görüşte olmakla birlikte eserinde hükümsüz icra işlemlerine örnek olarak kamu yararına ve üçüncü kişilere zarar vermesi halinde yetkisiz icra dairesi tarafından yapılan takibi belirtmiştir. Dolayısıyla yazarın da bu menfaatlerin korunmasını amaçlayan yetki kurallarına aykırılık halinde hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağını benimsediğini söyleyebiliriz. (Kren Kostkiewicz, Art. 22 N. 5 s. 117).

¹³ Spühler, s. 49; Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band 1, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1984, s. 104-105; Amonn/Walther, s. 91-92; Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 46 N. 30, 31, 32; Jaeger/Walder/Kull vd., s. 195, 196.

¹⁴ 5A_30/2013 vom 07.05.2013 E. 3; 7B.100/2003 vom 18.07.2003 E. 1.2.

¹⁵ BGE 105 III 60, 61; 5A_30/2013 E. 3; BGE 91 III 47 E. 3. Yetkisiz icra dairesi tarafından yapılan ihtiyati haciz de hükümsüz kabul edilmektedir. Bkz. BGE 103 III 86, 88.

¹⁶ Jaeger/Walder/Kull vd., s. 108; Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 22 N. 8, 20; Spühler, s. 36; Amonn/Walther, s. 50; Sema Taşpınar Ayvaz, "İcra ve İflâs Hukukunda

icra mahkemesi tarafından kendiliğinden gözetilir.¹⁷ Hükümsüz işlemlere karşı her zaman şikâyet yoluna başvurulabilir.¹⁸

Kanımızca, esas mesele icra takibinde yetki kurallarının niteliği ile ilgilidir. Diğer bir ifadeyle, yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin olmadığı kabul edilirse, yetkisizlik icra müdürü tarafından kendiliğinden dikkate alınamayacak ve ancak -borçlu tarafından- itiraz olarak ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, yetki kurallarının -kural olarak- kamu düzenine ilişkin olmadığı; ancak HMK'da istisnai olarak yer alan kesin yetki kurallarının icra takibinde de geçerli olduğu kabul edildiğinde ise bu hallerle sınırlı olarak yetkisizlik kendiliğinden gözetilerek, şikâyet yoluyla ileri sürülebilecektir. Yukarıda öğretilen davada dava şartı olarak kabul edilen hususların, takipte de takip şartı olarak kabul edildiğinde, kesin yetki halinin de bir takip şartı olacağından ileri sürüldüğünden bahsettik.¹⁹ Kanımızca, mevcut kanunî düzenlemeleri dikkate aldığımızda, belirtilen görüşe katılmadığımızı belirtmek gerekir. Öncelikle, HMK m. 114/1'de genel olarak tüm davalar bakımından geçerli olan dava şartları düzenlenmiştir. Ancak İİK'da HMK'daki gibi takip şartlarını genel olarak belirleyen bir hüküm mevcut değildir.²⁰ Olması gereken hukuk bakımından İİK'da da genel olarak tüm takipler için bulunması gereken takip şartlarının kabul edildiği bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu öğretilen de çeşitli konular bakımından ileri sürülmektedir.²¹ Ayrıca İİK'da takip şartı olarak açıkça kabul edilmese de davada kabul edilen dava şartlarının takipte de takip şartı olarak kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.²² Ancak öğretilen bu

Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Yetkin, Ankara, 2015, s. 1541-1542.

¹⁷ Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 22 N. 15, 20; Spühler, s. 37; Taşpınar Ayvaz, s. 1542, 1545.

¹⁸ Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 22 N. 16; Jaeger/Walder/Kull vd., Art. 22 N.6 s. 104; Spühler, s. 37; Amonn/Walther, s. 50.

¹⁹ Bkz. yukarıda dn. 5.

²⁰ Takip şartları, İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da takip şartı müessesesinin varlığı kaçınılmazdır; zira, icra prosedürünün hangi şartlarda başlatılacağı ve yürütüleceği hususu buna bağlıdır (Bkz. Bülent Desteci, İcra Hukukunda Takip Şartları, Adalet, Ankara, 2024, s. 31 vd.) Desteci, takip şartlarına ilişkin olarak İcra ve İflâs Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava şartlarına yönelik hükümlerinin uygun düşüğü ölçüde uygulanacağını belirtmektedir (Desteci, s. 45 vd.).

²¹ Örneğin öğretilen Kılınç, davada dava şartı olarak kabul edilen derdestliğin icra takiplerinde de takipte derdestlik olarak bir takip şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu konuda bkz. Ayşe Kılınç, İcra Takibinde Derdestlik, Yetkin, Ankara, 2020, s. 148.

²² Örneğin; takipte taraf ve takip ehliyetinin takip şartı olduğu hakkında bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz vd., 2022, s. 143, s. 145; Atalı/Ermeneç/Erdoğan, 2022, s. 83, s. 84; Kuru, 2013, s. 163, s. Yine icra takip yetkisinin varlığının da bir takip şartı olduğu hakkında bkz. Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 168; Ayrıca takipte kesin yetki hallerinin dava şartına paralel takip şartı olması hususunda bkz. Atalı/Ermeneç/Erdoğan, 2022, s. 103.

görüşün, takip şartı olarak kabul edilmesi gereken durum için İİK'da farklı bir düzenlemenin yer almadığı sürece geçerli olabileceğini belirtmekte fayda vardır. Zira, bu durumda İİK'daki düzenlemenin uygulanması esastır. Bu bağlamda değerlendirdiğimizde ise dava şartı olarak kabul edilen kesin yetki kurallarının, icra takibinde de takip şartı olarak kabul edilemeyeceği sonucu ortaya çıkacaktır. Nitekim, İİK m. 50/2'de açıkça yetkisizliğin itiraz şeklinde yapılacağı ve ayrıca bu itirazın nasıl inceleneceği de düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kanunda yer alan bu açık düzenleme karşısında, HMK'da düzenlenen kesin yetki hallerinin, ilâmsız icra takibi bakımından takip şartı olarak kabul edilebileceğini söylemek mümkün değildir. Buna göre, HMK'da yer alan hem yetkinin kesin olmadığı haller hem de yetkinin kesin olduğu haller bakımından kanun koyucu bir ayırım yapmamış, her iki halde de ilâmsız icra takibinde yetkisizliğin itiraz olarak ileri sürülebileceğini kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucunun icra takiplerinde yetki kurallarının niteliği bakımından tercihi kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmayan yetki kuralı şeklindedir. İİK'da bu konuda ayrıca bir istisna öngörülmediğinden, davada dava şartı olarak kabul edilen kesin yetki hallerinin, icra takibinde de takip şartı olarak kabul edilmesi ve icra müdürlüğünce kendiliğinden dikkate alınmadığı takdirde, şikâyet yoluyla ileri sürülebilmesi kanımızca mümkün değildir.

II. İLÂMSIZ İCRA TAKİBİNİN KONUSUNU OLUŞTURAN ALACAĞIN NİTELİĞİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

İlâmsız icra takibinin konusunu oluşturan alacaklar; para veya teminat alacaklarıdır. Nitekim, İİK'nın "*ilâmsız takip*" başlığını taşıyan ve üçüncü bapta yer alan 42. maddesinde ilâmsız takibin konusuna ilişkin alacakları "*bir paranın ödenmesine veya bir teminatın verilmesine..*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, konusunu para veya teminat alacaklarının oluşturduğu ilâmsız icra takibinde yetkili icra dairesi belirlenirken, -İİK m. 50'deki atıf dolayısıyla- HMK'da dava konusunun para veya teminat alacağı olduğu yetki kurallarına bakmak gerekecektir.

HMK'nın 5. ve devamı maddelerinde yetkiye ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Belirtilen düzenlemelere baktığımızda, konusunu para alacağının oluşturduğu yetki kurallarının kural olarak kesin olmayan yetki kuralları olduğunu ifade edebiliriz. Nitekim, icra takiplerinin konusunu oluşturan para alacağı çoğunlukla sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanabilmektedir.²³ HMK'da ise hem sözleşmeden doğan davalarda (m. 10) hem de haksız fiilden doğan davalarda (m. 16) kesin yetki kuralı öngörülmemiştir. O halde, ilâmsız icra takibinde uygulanabilecek olan HMK'da yer alan kesin yetki kurallarına göre bir değerlendirme yapmak doğru olacaktır. Buna göre, ilk olarak HMK m. 11/1, b'deki düzenleme uyarınca, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. Öğretide de terekenin kesin paylaşılmasına kadar mirasçılara karşı başlatılacak ilâmsız icra takibinde ölen kimsenin son

²³ İİK'da bir ayırım yapılmaksızın "*bir paranın ödenmesi*"nden söz edildiği için paranın kaynağının önemli olmadığına ilişkin olarak bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz vd., 2022, s.166; Ayrıca bkz. Kuru, 2013, s. 192.

yerleşim yerindeki icra dairesinin kesin yetkili olduğu ileri sürülmektedir.²⁴ Ancak ölen kimsenin son yerleşim yeri icra dairesinin kesin olarak yetkili olabilmesi için alacaklının, mirasçılardan tümüne karşı ve mirasçılık sıfatıyla ilgili olarak icra takibi başlatması gerekir.²⁵ Diğer bir ifadeyle, takipte borçlu olarak ya terekeye temsilci atanmışsa, tereke temsilcisi ya da tereke temsilcisi yoksa mirasçılardan hepsi zorunlu takip arkadaşı olarak yer almalıdır. Kanımızca, HMK m. 11/1, b'de düzenlenen kesin yetki kuralının icra takiplerinde uygulanabilme kabiliyetinin -kural olarak- mümkün olmadığını belirtmek isteriz. Şöyle ki, belirtilen kuralın uygulanabilmesi için öncelikle mirasçılardan tümüne karşı ve mirasçılık sıfatıyla ilgili bir icra takibinin başlatılmış olması gerekecektir. Diğer bir ifadeyle, belirtilen kural, mirasçılar arasında mecburi takip arkadaşlığının mevcut olduğu bir durumda uygulanacaktır. Oysa mirasçılar arasında mecburi takip arkadaşlığı öncelikle mirasçılardan icra takibinin alacaklı tarafında yer aldıkları durumda meydana gelmektedir.²⁶ Bununla birlikte, ilâmsız icra takibinin konusunun yalnızca para veya teminat alacağı olduğunu dikkate aldığımızda, mirasçılara karşı başlatılacak olan icra takibinde takip arkadaşlığı ihtiyari takip arkadaşlığı olacaktır. Zira, miras bırakanın para borcundan dolayı mirasçılar arasında müteselsil borçluluk meydana geldiği için, alacaklı mirasçılardan her birine veya birkaçına ya da hepsine birden icra takibi başlatabilecektir.²⁷ Alacaklının birden fazla mirasçıya karşı başlattığı ilâmsız icra takibinde ise borçlu mirasçılar arasında ihtiyari takip arkadaşlığı bulunmaktadır. Böyle bir ihtimalde ise HMK m. 11/1, b'nin uygulanması zaten mümkün değildir. Nitekim, alacaklı ihtiyari takip arkadaşlarından birinin yerleşim yerindeki icra dairesinde icra takibi başlatabilecektir (HMK m. 7/1 kıyasen). Bununla birlikte, konusunu para borcunun oluşturduğu ilâmsız icra takibinde mirasçılar arasında mecburi takip arkadaşlığı yalnızca İİK m. 53/2'de düzenlenen durumda söz konusu olabilecektir. Buna göre, mirasçılar arasında mecburi takip arkadaşlığı, alacaklının miras bırakana karşı başlattığı takibe, takip sırasında borçlu miras bırakanın ölmesi durumunda, mirasçılardan kaldığı yerden terekedeki mallarla sınırlı olarak devam etmesi durumunda ortaya çıkabilecektir.²⁸ HMK m. 11/1, b'nin uygulanmasının gündeme gelebileceği bu durumda da ilâmsız icra takibindeki yetki kuralını, kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmayan yetki kuralı olarak kabul etmek gerektiği kanısındayız. Nitekim, İİK m. 50/2 uyarınca, yetkisizlik ancak borçlu tarafından itiraz şeklinde ileri sürülebilecektir.

HMK'da konusunu para alacağının oluşturduğu bir diğer kesin yetki kuralı m.14/2'de yer alan özel hukuk tüzel kişilerinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesine ilişkin yetki kuralıdır. Belirtilen düzenlemeden yola çıkılarak, bir özel hukuk tüzel kişisinin üyelerine veya ortaklarına ya da bir üye veya ortağın bu sıfatla diğerlerine karşı başlatacakları ilâmsız icra

²⁴ Akil/Peksöz, s. 28; Deynekli, s. 758-759; Uyar, s. 331.

²⁵ Uyar, s. 331.

²⁶ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Buse Dişel, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, Oniki Levha, İstanbul, 2014, s. 84-86.

²⁷ Dişel, s. 131-132.

²⁸ Dişel, s. 100.

takibinde tüzel kişinin merkezini bulduğu yerdeki icra dairesinin kesin yetkili olduğu ifade edilmektedir.²⁹ Buna göre, ilâmsız icra takibinin konusunun para veya teminat alacağı olduğundan, belirtilen kesin yetki kuralının ilâmsız icra takibinde uygulanabilmesi ancak sınırlı hallerde söz konusu olabilecektir. HMK m. 14/1'de yer alan yetki kuralına göre, bir şubenin işleminden doğan davalarda merkezin bulunduğu yer dışında şubenin bulunduğu yerde de dava açılabilmesi düzenlenerek davacıya seçim hakkı tanınmıştır. Ancak maddenin ikinci fıkrası ile şubenin işleminden kaynaklansa bile belirli hallerde mutlaka merkezin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı kabul edilmiştir. Buna göre; özel hukuk tüzel kişisi olarak bir derneğin, bir üyesinden olan üyelik aidatı alacağı veya bir sermaye şirketinin bir ortağından olan sermaye alacağı gibi para alacaklarında HMK m. 14/2'de yer alan kesin yetki kuralının ilâmsız icra takibi bakımından uygulanması gündeme gelebilir. Ancak belirtilen örneklerdeki para alacaklarında borçlu tarafta özel hukuk tüzel kişinin yer alacağı durumlar dikkate alındığında da yine genel yetki kuralı gereği, merkezin bulunduğu yer icra dairesinin yetkili olacağı ihtimaller karşımıza çıkacaktır (HMK m. 6/1 kıyasen). Bununla birlikte, HMK m. 14/2'nin uygulanabileceği sınırlı hallerde de ilâmsız icra takibindeki yetki kuralını, kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmayan yetki kuralı olarak kabul etmek gerektiği kanısındayız. Zira, İİK m. 50/2 uyarınca, yetkisizlik itiraz olarak ileri sürülebileğinden, kanun koyucu ilâmsız icra takibinde yetki kurallarını kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmayan yetki kuralı olarak düzenlemeyi tercih etmiştir.

Yine HMK m. 15/2'de düzenlenen can sigortalarında sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın leh ya da aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yerinin kesin yetkili olduğuna dair düzenlemenin de ilâmsız icra takiplerinde uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir.³⁰ HMK m. 15/2'de kabul edilen kesin yetki kuralının sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın hem alacaklı hem de borçlu tarafta yer aldığı ilâmsız icra takiplerinde uygulanması ihtimali söz konusu olabilir. Buna göre, örneğin; sigortalının veya lehtarın sigortacıya karşı sigorta poliçesinden doğan bir para alacağı veya bu kimselerin sigortacıya prim ödeme borçlarının bulunduğu hallerde başlatılan ilâmsız icra takiplerinde kendi yerleşim yerlerindeki icra dairesinin kesin yetkisi ihtimali gündeme gelebilecektir. Bu bağlamda, belirtilen kimselerin takibin borçlu tarafında yer almaları durumunda zaten genel yetki kuralı gereği (HMKm. 6/1), kendi yerleşim yerindeki icra dairesinin yetkili olacağını; ancak bu kimselerin takibin alacaklı tarafında yer alması durumunda HMK m. 15/2'deki kesin yetki kuralının uygulanmasının söz konusu olabileceğini de ayrıca belirtmek gerekir. Böylece, HMK m. 15/2'deki kesin yetki kuralının ilâmsız icra takibinde uygulanmasının yalnızca sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın takipte alacaklı tarafta yer aldıkları hallerle sınırlı olabileceğinin altını çizmekte fayda vardır. Ancak HMK m. 15/2'nin uygulanabileceği bu gibi durumlarda da -yukarıda yer verdiğimiz HMK'da yer alan diğer kesin yetki hallerinde olduğu gibi- ilâmsız

²⁹ Akil/Peksöz, s. 28.

³⁰ Akil/Peksöz, s. 28; Deynekli, s. 759.

icra takibindeki yetki kuralını, İİK m. 50/2 düzenlemesinden yola çıkarak, kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmayan yetki kuralı olarak kabul etmek gerektiği kanısında olduğumuzu tekrar etmek isteriz.

Öğretide HMK'da düzenlenen kesin yetki hallerinin yanı sıra ilâmsız icra takibinde icra dairesinin kesin yetkili olduğu diğer kanunî düzenlemeler olduğu da ifade edilmektedir. Bunlardan biri; haczedilen taşınmazın, yalnızca taşınmazın bulunduğu yerdeki icra dairesi tarafından paraya çevrilebileceğine ilişkin kuraldır.³¹ Kanımızca; öğretilerde icra dairesinin kesin olarak yetkili olduğu kabul edilen belirtilen kuralın, ilâmsız icra takibinin başlatılacağı belirleyen yetki kuralından farklı olduğunu ifade etmekte fayda vardır. Zira, öğretilerde kabul edilen bu kural, başlamış olan bir takipte, - takibin kesinleşip- haciz aşamasına gelindiğinde, haciz işleminin uygulanacağı icra dairesini belirleyen bir kuraldır. Yoksa İİK m. 50/1 uyarınca, takibin yapılacağı icra dairesinin yetkisini düzenleyen kuralın bir istisnası olarak değerlendirilemez.

Yine İİK m. 261/1 uyarınca, ihtiyati haciz kararının icrasının talep edilebileceği icra dairesi olarak, ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinin yetkisinin de kesin olduğu ileri sürülmektedir.³² Bu görüşe göre, HMK'nın yetki kurallarına atf yapan İİK m. 50 uyarınca, ihtiyati haczin tamamlanması için dava veya takip yollarından hangisi seçilirse seçilsin, bu dava ya da takip bakımından ihtiyati haciz kararının alındığı yer mahkemesi veya icra dairesi yetkili hale gelecektir.³³ Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira, icra dairesinin yetkisinin kesin olarak kabul edildiği (İİK m. 261/1) bu kuralın esasında, İİK m. 50/1'de düzenlenen yetki kuralının bir istisnası olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim, İİK m. 261/1 uyarınca, mahkemenin verdiği ihtiyati haciz kararının on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden icrasının talep edilmesi gerekir. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkacaktır. Görüldüğü üzere, belirtilen maddedeki düzenleme, ihtiyati haczin icrasına ilişkin olup, ihtiyati haczi tamamlayan merasimi düzenleyen İİK m. 264'teki düzenlemeden farklıdır. Diğer bir ifadeyle, İİK m. 261/1'deki yetki kuralı, ilâmsız icra takibinin başlatılacağı icra dairesinin yetkisini belirleyen bir kural değildir. İhtiyati haciz icra edildikten sonra İİK m. 264'te düzenlenen tamamlayıcı merasim uyarınca, bir ilâmsız icra takibi başlatılması gerektiğinde ise zaten İİK m. 50/1'deki yetkiye ilişkin kural uygulama alanı bulacaktır.

Kanımızca; ilâmsız icra takibinde icra dairesinin yetkisini belirleyen kuralın niteliğinin kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmaması İİK m. 50/2'de açıkça yetkisizliğin itiraz olarak ileri sürülebileceğine ilişkin düzenlemeden anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, İİK m. 50/1 uyarınca, HMK'daki yetki kurallarına yapılan atfın, HMK'nın kamu düzenine ilişkin (ve kesin) yetki kurallarını içeren hükümlerini kapsamına almadığı kanısındayız. Ayrıca,

³¹ Deynekli, s. 758; Uyar, s. 331.

³² Kuru, 2013, s. 1047; Muşul, s. 273; Muhammet Özkes, İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin, Ankara, 1999, s. 276.

³³ Özkes, s. 362.

yukarıda³⁴ yer verdiğimiz ilâmsız icra takibinde uygulanabilmesi mümkün olan HMK'da yer alan kesin yetki hallerinin de -İİK'da yetkinin itiraz şeklinde ileri sürülmesinden yola çıkılarak- İİK'daki yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmadığı kuralına istisna oluşturmayacağını altını tekrar çizmek isteriz. Buna göre, HMK'da yer alan kesin yetki hallerinin, ilamsız icra takibinde HMK'da düzenlenen diğer özel yetki kuralları gibi uygulanması gerektiği kanısındayız. Nitekim, ilâmsız icra takibinin konusunu oluşturan alacağın para veya teminat alacağı olmasının da HMK'da kabul edilen kesin yetki kurallarının uygulanmasına imkân tanımadığını ifade etmek isteriz. Öğretide ise bir görüş, kaynak kanunda yetkisizliğin şikâyet yoluyla ileri sürülmesinin işin doğasına daha uygun olduğunu; zira, icra dairesinin yetkisi konusunun, takip konusu alacak hakkı ile ilgili olmayıp, cebri icradaki usûl ile ilgili olduğunu ileri sürmektedir.³⁵ Bununla birlikte, belirtilen görüş, hukukumuzda İİK m. 50'deki atfın kendiliğinden dikkate alınamayacak olan yedek yetki kurallarını da kapsayacak şekilde genel olduğundan, yetkisizliğin itiraz usûlüne tâbi tutulmasının da tutarlı olduğunu ifade etmektedir.³⁶ Kanımızca, belirtilen görüşe sonucu bakımından olmasa da gerekçesi bakımından katılmak mümkündür. Şöyle ki; İİK'da ilâmsız icra takibinde borçlunun takibe karşı koyabilmesi bakımından düzenlenen yol, itirazdır. Nitekim İİK'da (m. 60 vd.) borçlunun aleyhine başlatılan takibe itiraz edebileceği; itirazın süresi ve şekli ile itirazın sonucu açıkça düzenlenmiştir. İtiraz, maddi hukuka dayanan sebeplerle veya takip hukukundan kaynaklanan sebeplerle yapılabilir.³⁷ İlâmsız icra takibinde takip hukukundan kaynaklanan sebeplerle takibe karşı koyma imkânı ortaya çıktığında, belirtilen sebebin icra müdürlüğünce kendiliğinden gözetilmesi gereken bir husus mu olduğu; yoksa borçlu tarafından ileri sürülebilecek bir sebep mi olduğu meselesi önemlidir. Zira, bu soruya verilecek cevap, başvurulacak hukukî yolu belirleyecektir. Buna göre, icra müdürünün takipte kendiliğinden gözetmesi gereken hususlara aykırılık şikâyet sebebi iken, borçlu tarafından ileri sürülebilecek takip hukukuna ilişkin hususlar ise itiraz sebebidir.³⁸ Bu bağlamda, takip hukukundan kaynaklanan bir sebep olarak icra dairesinin yetkisizliği, itiraz sebebi olarak karşımıza çıkar.³⁹ Nitekim, İİK m. 50/2'de açıkça icra dairesinin yetkisizliğinin itiraz şeklinde ileri sürülebileceği de düzenlendiğinden, esasında ilâmsız icra takibindeki yetki meselesinin şikâyet sebebi mi yoksa itiraz sebebi mi olduğu hususu tartışmadan uzaktır. Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, hukukumuzda da icra dairesinin yetkisizliğinin şikâyet sebebi

³⁴ Bkz. II. Bölüm.

³⁵ Ali Cem Budak, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Oniki Levha, İstanbul, 2010, s. 121.

³⁶ Budak, s. 121.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan vd., s. 107.

³⁸ Pekcanitez/Simil, s. 35, 40; Kuru, 2013, s. 223, 246; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan vd., s. 107.

³⁹ Yetki itirazının icra müdürlüğünce kendiliğinden gözetilmesi gereken bir husus olmadığı için itiraz ile ileri sürülebileceği hakkında bkz. Hakan Pekcanitez, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 28.

olarak kanunda açıkça düzenlenmesi ileri sürülebilir. Ancak böyle bir öneriye katılmadığımızı belirtmek isteriz. Şöyle ki, İİK'nın mevcut sistemi içerisinde ilâmsız icra takibinde yetkisizliğin itiraz yolu ile ileri sürülmesi isabetli olmuştur. Zira İİK m. 50/1'de icra dairesinin yetkisi konusunda HMK'daki yetki kurallarına atıf yapıldığı ve HMK'daki yetki kurallarının da kural olarak kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmadığı⁴⁰ hususu dikkate alındığında, İİK'da yetkisizliğin de şikâyet sebebi olarak düzenlenmemesi yerindedir. Dolayısıyla, ilâmsız icra takibinde yetkisizliğin şikâyet sebebi olarak kabul edilmesi görüşüne katılmamaktayız. Yine İİK m. 50/1'deki atıf, HMK'daki yetkiye ilişkin tüm kuralları kapsamına alsa da,⁴¹ İİK m. 50/2'deki açık düzenleme karşısında, HMK'da kesin yetki kuralı olarak kabul edilen hallerin, icra daireleri bakımından geçerli olmadığını ifade etmek isteriz. Zira, her ne kadar İİK m. 50/1'deki atıfla HMK'nın yetkiye ilişkin kuralları kıyasen uygulanacak ise de İİK'da HMK'daki düzenlemelerden farklı bir hüküm kabul edilmişse, İİK'daki düzenlemenin uygulanması esastır. Bu bağlamda, İİK m. 50/2 ile yetkisizliğin itiraz olarak ileri sürülebileceği kabul edildiğinden, HMK'da yer alan kesin yetki kurallarının ilâmsız icra takibi bakımından kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmadığını; ancak özel yetki kuralı olarak kabul edilebileceği kanısında olduğumuzu tekrar etmekte fayda vardır. Dolayısıyla, HMK'da kesin yetkinin dava şartı olarak kabul edilmesinden (HMK m. 114/1, ç) yola çıkarak takipte de takip şartı olarak kendiliğinden gözetilmesi gerektiğini ifade etmek mümkün değildir.

SONUÇ

İlâmsız icra takibinde yetki kurallarının niteliğini ve icra dairesinin yetkisizliği kendiliğinden dikkate alabileceği durumların bulunup bulunmadığı meselesini Yargıtay kararları ve öğretilerdeki görüşler ışığında incelediğimiz çalışmamızda vardığımız sonuçlar şu şekildedir:

1. İcra ve İflâs Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasında, HMK'nın yetkiye ilişkin hükümlerinin kıyas yoluyla ilâmsız icra takibinde uygulanacağı kabul edilmiş; ancak, aynı maddenin ikinci fıkrasında icra dairesinin yetkisizliğinin esas hakkındaki itirazla birlikte yapılacağı belirtilmiştir. Burada esas sorun, HMK'da yetkinin kamu düzenine ilişkin olarak düzenlendiği; diğer bir ifadeyle, yetkinin kesin olup, dava şartı olarak kabul edildiği durumlarda, İİK m. 50/1'deki atıf dolayısıyla, icra dairesinin yetkisinin de kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilip bir takip şartı olarak kendiliğinden dikkate alınıp alınmayacağıdır.

⁴⁰ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 11.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2023, s. 73; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usûl Hukuku, 6. Bası, Yetkin, Ankara, 2023, s. 174; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz vd., Medeni Usûl Hukuku, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023, s. 238, 239; Şanal Görgün/Levent Börü/Barış Toraman vd., Medeni Usûl Hukuku, Yetkin, Ankara, 2020, s. 162.

⁴¹ İİK m. 50/1'deki HMK'ya yapılan atfın kendiliğinden dikkate alınamayacak olan yedek yetki kuralları ile yetki sözleşmelerini de kapsayacak şekilde genel olduğuna ilişkin olarak bkz. Budak, s. 121.

2. İcra ve İflâs Kanunu'nda belirtilen düzenlemeden anlaşılması gereken; ilâmsız icra takibinde yetkisizliğin kendiliğinden dikkate alınmayacağı; borçlu tarafından -itiraz usûlüne göre- ileri sürülebileceğidir. Bu bağlamda, ilâmsız icra takibinde yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin (ve kesin) olmadığını söylemek gerekir.

İİK'da HMK'daki gibi takip şartlarını genel olarak belirleyen bir hüküm mevcut değildir. Davada kabul edilen dava şartlarının takipte de takip şartı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilse de bunun ancak takip şartı olarak kabul edilmesi gereken durum için İİK'da farklı bir düzenlemenin yer almadığı sürece geçerli olabileceğini belirtmekte fayda vardır. Zira, bu durumda İİK'daki düzenlemenin uygulanması esastır. Bu bağlamda değerlendirdiğimizde ise HMK'da dava şartı olarak kabul edilen kesin yetki kurallarının, icra takibinde de kesin yetki kuralı ve takip şartı olarak kabul edilemeyeceği sonucu ortaya çıkacaktır. Nitekim, İİK m. 50/2'de açıkça yetkisizliğin itiraz şeklinde yapılacağı ve ayrıca bu itirazın nasıl inceleneceği de düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kanunda yer alan bu açık düzenleme karşısında, HMK'daki kesin yetki halleri icra takibinde ancak özel yetki kuralı olarak kabul edilip uygulanabilecektir. İcra dairesinin yetkisini belirleyen kural, HMK'da kesin yetki kuralı şeklinde kabul edilmiş olsa bile bu kural, icra takibi bakımından kesin yetki değildir; bu durumda, yetkisizlik iddiasının şikâyet olarak değil, itiraz şeklinde ileri sürülmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, icra takiplerinde yetki kurallarının niteliğini kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kuralı şeklinde belirlemiştir. Sonuç olarak, davada dava şartı olarak kabul edilen kesin yetki hallerinin, icra takibinde de kesin yetki hali ve takip şartı olarak kabul edilip icra müdürlüğünce kendiliğinden dikkate alınmadığı takdirde, şikâyet yoluyla ileri sürülebilmesi kanımızca mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akil C/Peksöz V, “Para Alacaklarına İlişkin İlämsız Takipte İcra Dairelerinin Yetkisinin Belirlenmesi”, S. 8, Aralık 2016, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 25-40.
- Amonn K/Walther F, Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts, 9. Auflage, Stämpfli, Bern, 2013.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S vd., İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin, Ankara, 2022.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S vd., Medeni Usûl Hukuku, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023.
- Atalı M/Ermeneç İ/Erdoğan E, İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin, Ankara, 2022.
- Atalı M/Ermeneç İ/Erdoğan E, Medeni Usûl Hukuku, 6. Bası, Yetkin, Ankara, 2023.
- Boran Güneysu N, “Yargıtay’ın Bir Kararı Işığında İlämsız İcra Takibinde Yetki İtirazı”, S. 26, Nisan 2016, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 203-226.
- Budak A C, İpoteğın Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Oniki Levha, İstanbul, 2010.
- Deynekli A, “İtirazın İptali Davasında İcra Dairesinin ve Mahkemenin Yetkisi İle İlgili Sorunlar”, Mart 2006, Legal Hukuk Dergisi, ss. 755-782.
- Desteci B, İcra Hukukunda Takip Şartları, Adalet, Ankara, 2024.
- Dişel B, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, Oniki Levha, İstanbul, 2014.
- Fritzsche H/Walder H U, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band 1, Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1984.
- Görgün L Ş/Börü L/Kodakoğlu M, İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin, Ankara, 2022.
- Görgün L Ş/Börü L/Toraman B/Kodakoğlu M, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin, Ankara, 2020.
- Jaeger C/Walder H U/Kull T M vd., Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I Art. 1-158, 4. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997.
- Karlı A, İcra ve İflâs Hukuku, Alternatif, İstanbul, 2014.
- Kılınç A, İcra Takibinde Derdestlik, Yetkin, Ankara, 2020.
- Kren Kostkiewicz J, SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK-Orell Füssli Kommentar, 20. aktualisierte Auflage, Orell Füssli, Zürich, 2020.
- Kren Kostkiewicz J/Vock D, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK-Schulthess Kommentar, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2017.
- Kuru B, “İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz (Yetki İtirazı)”, Makaleler, İstanbul, 2006, ss. 511-519.
- Kuru B, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Adalet, Ankara, 2013.
- Muşul T, İcra ve İflâs Hukuku Cilt: I, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2013.
- Özekes M, İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin, Ankara, 1999.
- Pekcanitez H, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1986.

Pekcanitez H/Atalay O/Özekes M, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, 11.Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2023.

Pekcanitez H/Atalay O/Sungurtekin Özkan M vd., İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Oniki Levha, İstanbul, 2023.

Pekcanitez H/Simil C, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Postacıoğlu İ/Altay S, İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Spühler K, Schuldbetreibungs- Und Konkursrecht I, 6. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2014.

Staehelin A/Bauer T/Staehelin D, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I (Art. 1-158 SchKG), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2010.

Tanır Z B, Genel Haciz Yoluyla Takipte İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması, Adalet, Ankara, 2022.

Taşpınar Ayvaz S, “İcra ve İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Yetkin, Ankara, 2015, ss. 1539-1552.

Uyar T, “Genel Haciz Yolu İle İlâmsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi (İİK m. 50)”, S. 56, 2005, TBB Dergisi, ss. 328-340.

Üstündağ S, İcra Hukukunun Esasları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2004.

Yıldırım M K/Deren Yıldırım N, İcra ve İflâs Hukuku, Beta, İstanbul, 2016.

Yılmaz E, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2016.

ICSID TAHKİMİ VE ICSID TAHKİMİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI BAKIMINDAN TÜRKİYE ÖRNEĞİ*

ICSID Arbitration and Abuse of ICSID Arbitration in the Light of the Example of Türkiye

Dr. İsmail Emrah KARAYEL**

Öz: Tahkim, uyuşmazlığın devlet mahkemeleri dışında tarafların seçtiği hakemler tarafından çözümlenmesi olarak tanımlanabilir. Uyuşmazlıkların hızlı olarak çözüme kavuşturulmasına duyulan ihtiyaç neticesinde uluslararası uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için uluslararası anlaşmalar yapılmış ve “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez” anlamına gelen “International Center for Settlement of Investment Disputes” gibi tahkim kurumları doğmuştur. “Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme” (“Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States”) yabancı yatırımların korunması amacıyla imzalanan sözleşmelerden olmakla beraber diğer çözüm yollarına nazaran sahip olduğu avantajlar sayesinde dünyada en çok başvurulan tahkim yollarından biri olmuştur.

Çalışmamızda, Saba Fakes, Libananco Holdings ve Cementownia “Nowa Huta” tahkimleri incelenmiş; hakem heyetlerinin kararları üzerinde durulmuştur. Son kısımda ise; ICSID’in kötüye kullanımını irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: ICSID Tahkimi, ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanımı, Saba Fakes, Libananco Holdings, Cementownia “Nowa Huta” Tahkim Kararları.

Abstract: Arbitration may be defined as settlement of a dispute by party appointed person/people. As a result of a need for quick resolution of international disputes, international conventions related to settlement of international disputes by arbitration, signed. “International Center for Settlement of Investment Disputes” established as a result of such treaties. “Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States” is one of the conventions related to protection of foreign investment and it is one of the most applied conventions on protection of foreign investment due to its advantages.

Saba Fakes, Libananco Holdings, Cementownia “Nowa Huta” arbitrations will be reviewed. arbitral awards will be examined in this article. Abuse of ICSID will be studied. We will make evaluation on protection mechanisms against the misuse of ICSID arbitration and will comment on problems and propose solutions.

Keywords: ICSID Arbitration, Abuse of ICSID, Misuse of ICSID Arbitration, Saba Fakes, Libananco Holdings, Cementownia “Nowa Huta” arbitral awards.

* Bu makale Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim dalı tarafından Ağustos 2020 tarihinde kabul edilen “ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği” konulu doktora tezinden üretilmiştir.

** İstanbul Milletvekili, Türkiye AB Karma Parlamento Komisyonu Eş Başkanı
ORCID: 0009-0004-1802-9933 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573660
Makale Geliş Tarihi: 09.09.2024, Makale Kabul Tarihi: 27.09.2024

GİRİŞ

Günümüzde uluslararası ticari ilişkiler hızla gelişmekte, uyuşmazlıkların çözümü önem kazanmakta ve tahkime¹ duyulan ihtiyaç da bunlarla birlikte artmaktadır. Uyuşmazlıkların hızlı olarak çözüme kavuşturulmasına duyulan ihtiyaç neticesinde tahkim konusunda uluslararası anlaşmalar yapılmış ve “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez” (ICSID Merkezi/Merkez) anlamına gelen “International Center for Settlement of Investment Disputes” gibi tahkim kurumları doğmuştur.

Türkiye, uluslararası ticaret hayatının önemli bir parçası olmak ve yerini bu alanda giderek güçlendirmek istemektedir.² Türkiye uluslararası yatırımların korunması ve teşviki için hem iç hukukunda³ hukuki düzenlemeler yapmış hem de uluslararası alanda birçok ikili ve çok taraflı sözleşmeler⁴ imzalamıştır.

“Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme” (“Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States”; ICSID Sözleşmesi/Sözleşme), yabancı yatırımların korunması amacıyla imzalanan sözleşmelerden birisi olmakla beraber diğer sözleşmelere nazaran sahip olduğu avantajlar sayesinde çok başvurulan bir sözleşme olmuştur. ICSID Merkezi, ICSID Sözleşmesi ile kurulan uluslararası bir kuruluştur. 18 Mart 1965 tarihli Washington Sözleşmesi olarak da bilinen ICSID Sözleşmesini, Türkiye iki konuda çekince koyarak 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış, 88/13325 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul etmiş, Türkiye Büyük Millet Meclisi 3 Mart 1989’da 3460 sayılı Kanunla Sözleşmeyi onaylamış⁵ ve Sözleşme 1989 yılının Nisan ayında yürürlüğe girmiştir.

¹ Tahkim, uyuşmazlığın devlet mahkemeleri dışında tarafların seçtiği hakemler tarafından çözümlenmesi olarak tanımlanabilir. bkz. / Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2018, s. 666.; / Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 779.; / Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları II, İstanbul 2001, s. 127.; / İbrahim Özbay, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 438.; / Yavuz Alangoya, Mehmet Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Basım, İstanbul 2005, s. 646.; / Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2019, s. 786.

² Karayel, İsmail Emrah, ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s21

³ Anayasa’nın, Danıştay Kanunu’nun ilgili maddeleri değiştirilmiş ve 21.06.2001 tarihinde kabul edilen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴ Hollanda ile imzalanan Karşılıklı Yatırımların Korunması Anlaşması, New York Sözleşmesi, Avrupa Sözleşmesi, ICSID sözleşmesi.

⁵ R.G. 02.06.1988, Sa.19830.

Makalemizde Sözleşme kapsamında başlatılan Saba Fakes,⁶ Libananco Holdings,⁷ Cementownia “Nowa Huta”⁸ tahkimlerinin değerlendirmesi yapılacaktır. Tahkim kötüye kullanım açısından incelenecek, kötüye kullanımdan korunma seçenekleri hakkında bilgi verilerek incelenen konuların genel değerlendirmesinin yapıldığı sonuç ve öneriler başlığı ile makalemiz sona erecektir.

I. TÜRKİYE ALEYHİNE AÇILAN BAZI TAHKİM DAVALARININ ICSID TAHKİMİ ve TÜRKİYE BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. SABA FAKES VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ TAHKİMİ

1. Genel Olarak Saba Fakes Tahkimi Ve Sonucunun Değerlendirilmesi

ARB/07/20 ICSID dava nolu Saba Fakes adı ile anılan tahkimde Uzan ailesi tarafından paravan şirketler ve kişiler kullanılarak Türkiye aleyhine ICSID tahkimine başvurulmuştur.⁹ Bu tahkim başvurusunda istenen tazminat miktarı 19 Milyar Amerikan dolarıdır. Bu miktar bütün ICSID tahkimleri arasında istenen en yüksek miktar olup buna en yakın rakam olan Libananco tahkiminde talep edilen 10.1 Milyar Amerikan doları tazminat talebinin neredeyse iki katıdır.¹⁰

Saba Fakes tahkiminde tahkim başvurusunun konusu; Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) hisselerine ilişkin uyuşmazlıktır. Davacı Saba Fakes, 1993 yılında Telsim’in %66.97’lik hissesini satın aldığını, davalı Türkiye Cumhuriyeti’nin Telsim’deki hisselerine el koyduğunu ve başkasına sattığını iddia etmiştir. Davacı, çifte vatandaşlık sahibi, Ürdün asıllı Hollanda vatandaşı gerçek kişi Saba Fakes’tir. Davacı Yatırımların Korunmasına Dair İki Taraflı Yatırım Anlaşması (İTYA) anlamına gelen Bilateral Investment Treaty (BIT) kapsamında yatırımının korunmadığı iddiası ile ICSID’e başvurmuştur. Davalı Türkiye Cumhuriyeti ise; davacının kötü niyetle ve yersiz iddialar ile bu davayı açtığını, dava açmaya hakkı olmayan Uzan ailesinin ICSID’den yararlanmak için Saba Fakes’i kukla olarak kullandığını, gerçekte bir yatırımın olmadığını iddia etmiştir.

ICSID hakem heyetinin verdiği usul kararı neticesinde; davacı Saba Fakes tarafından yapılmış bir yatırımdan söz etmenin mümkün olmadığı ortaya çıkmıştır. Saba Fakes tahkiminde, ICSID tahkiminin Uzan ailesi tarafından Türkiye Cumhuriyeti’ne karşı kötüye kullanılması söz konusudur.

⁶ Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20.

⁷ Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8.

⁸ Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/02.

⁹ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/20> (23.04.2020)

¹⁰ Karayel, s.166-167

Saba Fakes tahkimi, Libananco tahkiminden sonra kayda alınmasına rağmen Libananco tahkiminden önce karara bağlanmıştır. Böylece Türkiye Cumhuriyeti aleyhine çok büyük tazminat sorumluluğu doğurabilecek bir tahkim davası Türkiye lehine sonuçlandırılmıştır.

2. Hakem Heyeti Kararı ve Görüşlerimiz

a. Hakem Heyetinin Kararı

Hakem heyeti; *Uzan-Masoud-Fakes arasında görünen işlemlerden başka amaçları gerçekleştirmek üzerine kurulu bir anlaşmanın olduğuna, davacıya hiçbir hak devretmediklerine ve yatırım tanımının üç şartından hiçbirinin davacı tarafından yerine getirilmediğine kanaat getirmiştir. Bu sebeple açılan davayı görmeye yetkili olmadığına karar vermiştir.*¹¹

b. Görüşlerimiz

i. Vatandaşlık Bağı ile İlgili Görüşlerimiz

Gerek doktrinde gerekse uluslararası uygulamada gerçek vatandaşlık kavramı birden çok vatandaşlık olduğu durumlarda söz konusu olan bir husustur. Vatandaşlık, gerçek vatandaşlık olmalıdır. Hayat ilişkileri bakımından daha sıkı bağı bulunduğu devletin vatandaşlığı gerçek vatandaşlıktır.¹²

Hakem heyetinin yetkisini belirlemede ilk şart olan vatandaşlık bağının etkin olmadığı itirazının incelenmesinde; ICSID sözleşmesinin korumasından yararlanmak isteyen yatırımcının akit devlet vatandaşı olmamak şartıyla sözleşmeye taraf bir devletin vatandaşı olmasını yeterli saymış, bunun için ayrıca bir etkin vatandaşlık bağı testinin aranmasına ihtiyaç olmadığını, eğer gerekseydi sözleşmenin hazırlanma aşamasında bununla ilgili düzenleme yapılabileceği, yorum yoluyla bu maddenin genişletilemeyeceğini belirtmiştir.¹³

Nottebohm kararı (),¹⁴ diplomatik himaye sağlayacak devletin, açtığı davalarda diplomatik koruma talep eden kişi için etkin vatandaşlık testi yaparak gerçek vatandaşlık bağı bulunan kişinin tespit edilip ona koruma sağlamak amacını gerçekleştirmeye çalışmasının bir tezahürüdür.¹⁵

Çifte tabiiyet halinde yatırımcının tabiiyetlerinden hangisinin tercih edileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak Sözleşmenin 25.

¹¹ Saba Fakes kararı, s. 47.

¹² Aysel Çelikel, Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 8.

¹³ Saba Fakes kararı, s. 17.

¹⁴ International Court of Justice, Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) Second Phase, Judgment of April 6th 1955. <https://www.icj-cij.org/node/103133>

¹⁵ Saba Fakes kararı, s. 18.

maddesinden çıkan yoruma göre başvurucunun biri ev sahibi ülke vatandaşlığı olan çifte vatandaşlığa sahip olması durumunda ICSID'e başvurması mümkün değildir. Böyle bir durumda başvurucunun etkin vatandaşlığa sahip olup olmadığına bakılmaz. Çifte vatandaşlığın olması etkin vatandaşlık aranmasını mecburi kılmamaktadır. Ev sahibi devletin etkin tabiiyeti olmaması ICSID engelini ortadan kaldırmaz¹⁶.

Birkaç nesil önce son bulmuş ya da çok hızlı kazanılmış vatandaşlık gibi sadece dava açma koşulu sağlamaya çalıştığı açık olan durumlarda etkin vatandaşlık bağı testinin uygulanabileceği kararda vurgulanmıştır.¹⁷ Etkin tabiiyet kavramı Nottebohm kararından önce de Uluslararası Adalet Divanı tarafından kullanılmaktaydı. İki ayrı tabiiyetin bir kişide toplandığı hallerde üçüncü bir devlet mahkemesi ya da uluslararası mahkeme ilgili kişinin vatandaşlık statüsünü tayin etmek için tabiiyetlerden birini seçmek zorunda kaldığı durumlarda bu tanımlama kullanılıyordu. Mahkeme iki tabiiyetten gerçek olanı seçmeye çalışıyordu. Adalet Divanı çok tabiiyet halinde uygulanan ilkeyi hakkın kötüye kullanımını önleme gerekçesiyle tek tabiiyet halinde de uygulandı.¹⁸

Heyetin bu değerlendirmeleri kanaatimizce yerinde ve tutarlıdır. Yetki kurallarının arkasından dolaşmak için kötüye kullanma amaçlı kayıtlara itibar edilmemeli, böylesi durumlarda ek bir inceleme ve değerlendirme imkânı aranmalı, yetkiyi kullanıp sözleşmenin korumasından yararlanmak isteyen taraf için vatandaşlık bağının sağlaması yapılmalıdır. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlarda gerçek tabiiyet ilkesi uygulanarak hakkın kötüye kullanımı engellenmelidir.¹⁹

ii. Yatırımın Geçerliliği Ve “Salini Testi” Kriterleri Hakkındaki Görüşlerimiz

Hakem heyetinin huzurdaki davada yetkili olması için; hakem heyetini bağlayan sözleşme şartlarının mevcut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla Saba Fakes tahkiminde hem ICSID Sözleşmesi hem de İTYA şartları gerçekleşmelidir. Davacının ICSID Sözleşmesine göre geçerli bir koruma sağlayabilmek için bu sözleşmeye göre kabul edilebilir bir yatırıma sahip olması gerekir. Bir yatırımın geçerli kabul edilebilmesi için “Salini Testi”²⁰ kapsamında katkı, süre, risk unsurları gerçekleşmiş olmalıdır. Ancak ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine katkı kriteri oldukça subjektif bir yapıya sahiptir. Böylesi değişken ve kararsız bir kriter belirlemek karışıklığa yol açacak, sonucun öngörülebilir olmasını zorlaştıracaktır. ICSID Sözleşmesinin amacı yatırımcıya hem siyasal hem

¹⁶ Saba Fakes kararı, s. 17.

¹⁷ Saba Fakes kararı, s. 21.; Champion Trading Company et al. v. Mısır (ICSID Dava No.ARB/02/9) s. 16,17.

¹⁸ Egemen Demir, Işıl, ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.34

¹⁹ Egemen Demir,s. 113.

²⁰ Consaortium F.R.C.C.(Salini) v Kingdom of Morocco, (ICSID Case No, ARB /04/21).

hukuksal güven sağlamak olduğuna göre değişken ve kararsız kriterler belirlemek bu amaçla tezat oluşturacaktır kanaatindeyiz. Kararda da belirtildiği gibi ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkı ancak yatırımın bir sonucu olabilir. Başarısızlığa uğramış nice yatırımlar mevcuttur. Riskin ticaret hayatının gerçeklerinden biri olduğunu göz ardı ederek başarılı olmayan ticari faaliyetleri yatırım kavramının dışında tutmak hukuki olarak hatalı olacaktır.

Phonix tahkimine²¹ bakan hakem heyeti “Salini testi” kriterlerine “yatırımın iyi niyetli olması gerektiğini” de eklemiş ve kararda; iyi niyet ilkesi hukukun genel ilkelerinden biri olduğu için uyulması mecburiyetini ve ev sahibi devletin yasalarına uyulması zorunluluğunu vurgulanmıştır.²² Saba Fakes tahkiminde hakem heyetinin “*yatırımın iyi niyetli olması gerektiği kriterini*” kabul etmemesini yerinde bulmamaktayız. Bu hukukun genel ilkelerinden biridir. Öyle ki sadece ICSID korumasından yararlanmak ve akit devleti zarara uğratmak amacıyla bir yatırım kurgulanmışsa bunun engellenmesi gerekmektedir. Saba Fakes tahkiminde ICSID’e başvuru hakkı olmayan Uzanlar,²³ kötü niyetli olarak tahkim talebinde bulunmuş ve devleti zarara uğratmaya çalışmışlardır. Kaldı ki ICSID hakem heyetlerinden birinin uygulayıp önem atfettiği genel hukuk kaidesini diğerinin uygulamaması hukuka duyulan güvene de zarar verecektir kanaatindeyiz.

iii. Yatırımın Ev Sahibi Devletin Kanunlarına Uygun Olarak Yapılması Gerektiği Kriteri Hakkında Görüşlerimiz

Yatırımın ev sahibi devletin kanunlarına uygun olarak yapılması gerektiği kriteri de son derece yerinde olan bir yaklaşımdır. Ev sahibi devletin kanunlarına göre geçersiz bir işlemi ICSID koruması kapsamında kabul edip ev sahibi devleti bunun neticesinde sorumlu tutarak onu büyük bir tazminatla karşı karşıya bırakmak hukukun adaleti sağlama fonksiyonunu yerine getirmez. Neticeyi devletlerin sözleşmeyi imzalamadaki amaçlarından çok uzak olan bir boyuta taşır.

Davacının, sadece temel hukuk ilkeleri ihlal edilmişse yatırımın ICSID korumasından yararlanamayacağı iddiası İTYA’nın 2. maddesinin 2. fıkrasına aykırı bir durumdur. Bu madde yatırımın yapıldığı anda yürürlükte olan akit devletin kanunlarına davacının uyması zorunluluğunu düzenlemektedir. Hakem heyeti, davacının hisse ilmühaberlerini devretme niyetinde olmadığını ve görünüşteki devirlerin Türk yasalarına uygun olmadığını tespit etmiştir. Davalı devletin yasalarına uymak yatırımların yasallığı, korunması ve geçerliliği için birinci derecede önemlidir. Yasal olmayan bir hususun korunması da talep edilemez. Akit devlet vatandaşları yasalara uymak zorundayken başka bir ülkenin vatandaşının bu

²¹ Phonix Action ltd v. Czech Republic (ICSID Dava No ARB/06/5).

²² Phonix Action kararı s.56, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>.

²³ Saba Fakes kararında Uzan ailesi hakem heyeti tarafından “Uzans” şeklinde ifade edildiği için metinde “Uzanlar” şeklinde kullanılmıştır.

zorunluluktan muaf olması mantığa, hayatın olağan akışına ve hiçbir hukuk kaidesine uymaz.

iv. Hakkın Geçerli Olarak Devredilip Devredilmediği Kriteri Hakkında Görüşlerimiz

Hakem heyetinin, hakkın geçerli olarak devredilip devredilmediğini araştırması son derece yerinde bir yaklaşım olmuştur. Ancak hisse devirlerinin Türk hukukuna göre çift imza ile yapılması kuralını kabul etmemesi hatalı bir değerlendirmedir. Davacının aleyhinde dosyada mevcut “*hisselerin devredilmediği beyanları*” bir hakkın geçip geçmediğini ispatta başlı başına yeter seviyede inandırıcı kanıtlardır. Davacının 19 milyar Amerikan doları talep ettiği bir yatırımla ilgili 3800 Amerikan Dolarından başka ödeme yaptığını iddia dahi etmemesi davacının iddialarının inandırıcılığının olmadığını apaçık bir delildir.²⁴

Çalışmamızın konularından biri olan Libananco tahkiminde de hakem heyeti hisselerin geçerli olarak devredilip devredilmediğini araştırmıştır. Hisse ilmühaberlerinin geçerli olarak devredilmesi ile ilgili hususları vurgulamıştır. Mülkiyeti geçirme amacı ile zilyetliğin devredenden devralana naklinin gerçekleşmesi gerektiğini ve taraflar arasında bu konuda anlaşma olması gerektiğini belirtmiştir. Aynı zamanda zilyetliği devreden devretmeye yetkisi olması da gerekmektedir.²⁵ Hakem heyeti, Saba Fakes kararında Uzan ve Masoud’un Saba Fakes’e hiçbir hak devretme niyeti olmadığını kabul etmiştir. Hakem heyetinin bu tespiti dahi hakkın geçerli olarak devredilmediğini ortaya koymaktadır. Heyet, hisse ilmühaberlerinin de hiçbir zaman Fakes’in zilyetliğine verilmemiş olduğuna kanaat getirmiştir. Bu tespit başlı başına Saba Fakes tahkiminin kötü niyetle açıldığını ortaya koymaktadır kanaatindeyiz.

v. Kötüye Kullanım Hakkındaki Görüşlerimiz

Saba Fakes tahkim talebi, ICSID sözleşmesi kötüye kullanılarak dava açmaya hakkı olmayan kişilerin devletleri milyarlarca dolarlık risk altında bırakabilmesi ihtimalini gösteren ciddi bir örnek oluşturmuştur. Haksız ve kötü niyetli tahkim davaları sebebi ile akit devletler sonuçta haklı olduklarını ispat etseler dahi uzun süren yargılama boyunca davanın oluşturduğu ekonomik riskin baskısı altında kalmışlar, bu risk nedeniyle uluslararası ekonomik görünüşleri olumsuz etkilenmiş hatta kredi faiz oranlarının artması dahi söz konusu olmuştur. Ayrıca devletler davayı kazansalar bile çok ciddi rakamlar tutan avukatlık ücreti ve tahkim masraflarını ödemek zorunda kalmışlardır.

Saba Fakes tahkiminde davacı gerçekte ICSID sözleşmesine göre dava açma hakkı bulunmayan Uzan ailesi tarafından paravan olarak kullanılmıştır. Davacı kötü niyetle tahkim talebinde bulunmuş, Türkiye Cumhuriyeti Devletini anlaşmanın arkasından dolanarak zarara uğratmak

²⁴ Saba Fakes kararı s. 44-45

²⁵ Libananco kararı s. 136-138.

istemiştir. Türkiye'den haksız olarak 19 milyar Amerikan doları tazminat istenmesi *istismar ve tacizdir*.²⁶

Gelişmiş ülkelere karşı başvurulması halinde Genel Sekreter tarafından daha dikkatli incelenecek ve doğrudan kaydedilmeyip büyük ihtimalle ciddiye alınmayacak ve bu nedenle tescil edilmeyecek iddialar, gelişmekte olan ülkelere karşı başvurulması halinde hemen tescil edilmekte ve bunun neticesi olarak bu davalar gelişmekte olan ülkeler aleyhine ciddi riskler teşkil etmektedir.²⁷ Bu durum aslında yatırımcıyı korumak ve gelişmekte olan devletlere yatırımı artırmak gayesiyle yapılan ICSID sözleşmesinin amacına aykırı kullanımına neden olmaktadır. Bu tip kötü niyetli başvurular neticesinde verilebilecek yanlış kararlar sonucunda akit devletlerin ciddi şekilde zarar görmesi söz konusu olabilecektir.

Bu nedenle Saba Fakes tahkim tecrübesi ışığında yeni korunma mekanizmaları ve tüm taleplerin doğrudan tescilin önüne geçecek bir sistem geliştirilmesi ICSID'in sürekliliğini, güvenilirliğini, saygınlığını ve kuruluş amacını tesis için son derece önemlidir.

B. LİBANANCO HOLDİNGS VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ TAHKİMİ

1. Genel Olarak Libananco Tahkimi ve Sonucunun Değerlendirilmesi

Libananco Holdings Co. Limited ve Türkiye Cumhuriyeti Tahkimi, Davacı Güney Kıbrıs şirketi olan Libananco Holdings Co. Limited (Libananco) tarafından Davalı Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı, ARB/06/08 ICSID tahkim numarası ile açılan ICSID tahkimidir.²⁸

Tahkim başvurusu Enerji Şartı Anlaşması'na (EŞA) yönelik ihlal olduğu iddiasıyla yapılmıştır. Tahkimin konusu; kamu hizmeti şirketleri olan Çukurova Elektrik Anonim Şirketi (ÇEAŞ) ve Kepez Elektrik Türk Anonim Şirketi'ne (Kepez) el konulması ve davalı ile bu iki şirket arasındaki imtiyaz sözleşmesinin 12.06.2003'te iptal edilmesidir.²⁹

Davacı, EŞA'nın 26. maddesi uyarınca ICSID'e başvurmuş ve hakem heyetinden; davacının yatırımının EŞA'nın 13. maddesine aykırı şekilde kamulaştırıldığının, davacının yatırımına EŞA 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca haksız muameleye uyguladığının, davalının yükümlülüklerini yerine getirmediğinin, davalının davacının yatırımına koruma ve güvenlik

²⁶ Gharavi, Hamid, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi" II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, s 312

²⁷ Karayel, s.199

²⁸ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/8> (23.04.2020)

²⁹ Kararın metni için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf> (16.06.2019), Libananco kararı, s.1.

sağlamadığının, makul olmayan tedbirler uygulayarak davacının yatırımına zarar verdiğinin tespiti yönünde karar verilmesini talep etmiştir.³⁰

Davalı, davacının iddialarının geçersiz olduğunu savunmuş, hakem heyetinin yetkisiz olması sebebi ile tahkim davasının reddini talep etmiştir. Öncelikle ilk itirazlarının ön mesele olarak ele alınmasını, esasa ilişkin yargılamanın askıya alınmasını talep etmiştir.³¹

Hakem heyeti, davalının yetki itirazları arasından davanın kaderini ilgilendirdiğini düşündüğü Libananco'nun kamulaştırma tarihinden önce ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olup olmadığı, Libananco'nun ICSID ve EŞA'ya göre yatırımcı olup olmadığı, Libananco'nun iddialarının Türkiye'nin tahkim rızasının açık koşulunu yerine getirip getirmediği, Libananco'nun EŞA 17. maddeye göre haklara sahip olup olmadığı konularını inceleme yapmak için seçmiştir.³²

Davacı ve davalının yazışmalara ilişkin usulü tamamlaması, tanıkların dinlenmesi, adli tıp incelemelerinin yapılması sonucunda bütün delilleri değerlendiren hakem heyeti; davacının iddiasını ispat edemediğine hükmetmiştir. Libananco'nun senetlerin zilyetliğini ne zaman ve nasıl elde ettiğine yönelik açıklamalarının tutarsız olduğuna karar vermiştir. Neticede davacının 12.06.2003 yılında "yatırım"ı temsil eden ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olduğuna yönelik iddiasını ispatlayamadığına karar vermiştir.³³

2. Hakem Heyeti Kararı ve Görüşlerimiz

a. Hakem Heyetinin Kararı

Hakem heyeti kararda; davacının tanıklarının çapraz sorgudaki ifadelerini inandırıcı bulmadığına karar vermiştir. Davacının iddiası doğru olsaydı mevcut olması muhtemel hiçbir yasal belgenin olmadığına ve davacının gerçekleştiğini iddia ettiği teslim işlemlerine ait hiçbir envanter mevcut olmadığına kanaat getirmiştir. Varlığı ispat edilemeyen "aile boşanmasına" konu aile içi işlemlere ait sözleşmeler Türkkkan'ın silinmiş flopi disklerinden kurtarılmışsa da dolambaçlıdır ve meşei izah edilemediğinden heyetin kabulünden uzaktır. Heyete göre; davacı, 2005 yılına kadar ÇEAŞ ve Kepez'deki yatırımına dair hiçbir yasal bildirimde bulunmamıştır, her yıl sunulması gereken Libananco'nun hesapları 2007 yılına kadar sunulmamıştır. Davacı Libananco'nun devir belgesi ile ilgili çelişkileri ispatlayamamıştır ve Türkkkan 2002 tarihinde Kıbrıs'a seyahat ettiğini kanıtlayamamıştır. Hakem heyetine göre delillerden Ek R-821, 12.06.2003 yılında ÇEAŞ ve Kepez'de çoğunluk hissesine Libananco'nun değil, Uzan ailesinin üyelerinin sahip olduğunu göstermektedir. Heyet,

³⁰ Libananco kararı, s.18.

³¹ Libananco kararı, s.18.

³² Libananco kararı, s.19-20.

³³ Kararın metni için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf> (16.06.2019)

davacının hisse devrinde HDS'lerin rolü hakkındaki iddialarını değişken bulmuş ve ispatlayamadığına karar vermiştir.³⁴

*Bütün delilleri değerlendiren hakem heyeti; davacının iddiasını ispat edemediğine hükmetmiştir. Libananco'nun senetlerin zilyetliğini ne zaman ve nasıl elde ettiğine yönelik açıklamalarının tutarsız olduğuna karar vermiştir. Neticede davacının 12.06.2003 yılında "yatırım"ı temsil eden ÇEAŞ ve Kepez hisselerine sahip olduğuna yönelik iddiasını ispatlayamadığına karar vermiştir.*³⁵

b. Görüşlerimiz

i. Türk Hukukunda Hisselerin Mülkiyetinin Kazanılmasına İlişkin Hukuki Durum ve Görüşlerimiz

Zilyet kendisi malik kalmaya devam ederek malını başkasının kullanımına bırakırsa, malı fiilen elinde bulunduran kendisine malı bırakanın malik olduğunu kabul ettiği sürece, malı başkasının kullanıma bırakanın zilyetliği devam eder. Kiracının, emanet alanın zilyetliği bu duruma örnek gösterilebilir.³⁶

*"Zilyedin kendi hâkimiyetine tabi malı, kendi hâkimiyetini tanıyan kişilere bırakması halinde TMK 974. madde uyarınca zilyet kabul edilip edilmeyecekleri bu kişilerin malı kendileri için mi malı veren için mi ellerinde tutmaya devam edecekleri ihtimallerine göre değişmektedir".*³⁷ Çünkü kendine veren için elinde tuttuğu durumlarda "başkası için zilyet" olma durumu mevcuttur. Bu davada kanaatimizce Libananco ve Türkkan "başkası için zilyet" durumundadırlar ve Uzan ailesi adına zilyettirler.

Malını elinde bulunduran malikin zilyetliği dolaysız, doğrudan zilyetliktir. Ancak zilyet mal üzerindeki hâkimiyetini başkası eliyle kullanıyorsa buna "dolaylı zilyetlik" denmektedir. Örneğin malı başkasına kiralayıp teslim eden kişinin durumu dolaylı zilyetliktir. Dolaylı zilyetlerin zilyetliği, aracının dolaylı zilyedin hâkimiyetini tanınması şartına bağlıdır. Tanımadığı anda dolaylı zilyetlerin zilyetliği sona erer. Libananco, dosyadaki bütün delillerden de açıkça belli olduğu üzere Uzan'ların hâkimiyetini tanıdığı için ÇEAŞ ve Kepez hisse senetlerine Uzan'ların adına zilyettir. Zilyetliğin devri kavramı hem devren hem tesisen kazanma biçimlerini kapsamaktadır. Yeni zilyedin zilyet kılınması kanuna göre dolaylı zilyet kılınma ve dolaysız zilyet kılınma olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Doğrudan zilyetlik devri TMK'nın 977. maddesinde düzenlenmektedir. Doğrudan doğruya zilyet kılınmada mal üzerinde fiili hâkimiyeti sağlayacak şekilde mal teslim edilmektedir. Bu yolla yeni zilyet önceki zilyetin rızası ile mal üzerinde hâkimiyetini kullanacak duruma gelmektedir. Bu ise ya mal üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların devri ile

³⁴ Libananco kararı s. 171-173.

³⁵ Libananco kararı s. 173.

³⁶ Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2013, s.55-56.

³⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 55-56.

ya da teslim yerine geçen sözleşme ile olmaktadır. Malın yeni zilyedin fiili hâkimiyetine bırakılması eski zilyedin ayrıca bir fiili olmadan teslim yerine geçen sözleşme ile mümkün olmaktadır.³⁸

*“Teslim, malın madde itibarıyla yeni zilyedin eline verilmesi tarzında olur”.*³⁹ Teslim, malın yeni zilyedine mal üzerinde hâkimiyeti sağlayacak imkânın verilmesi halinde mevzu bahsedilebilir. Önceki zilyedin yeni zilyedi zilyet kılmak istediği anda zilyetlik devri gerçekleşebilir. Yani zilyetliğin devri için zilyetliği devreden zilyetliği devretme niyeti olmalıdır.⁴⁰

Doktrinde bazı yazarlara göre hamiline yazılı kıymetli evrakın devri için teslimden başka şart aranmaz.⁴¹ Devri deftere kaydetmeye, anonim şirkete bildirmeye gerek yoktur.⁴² Ancak Pulaşlı'ya göre⁴³ hamiline yazılı senetlerin devri için devreden ile devralan arasında anlaşmaya dayanarak zilyetliğin geçmesi ile hak devri gerçekleşir. Bu anlaşmanın herhangi bir şekle tabi olmadığı kanaatine sahip olanlar olduğu gibi⁴⁴ HMK'nın 200. maddesine göre bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk lirasını geçtiği takdirde, senetle ispat olunması gerekir. Kanaatimizce HMK'ya göre zilyetliğin devri sözleşmesinin yazılı olması gerekmektedir.⁴⁵ Bu durumda aralarında mülkiyetin nakli için anlaşma olduğunu iddia eden Uzan ile Türkkân'ın bunu yazılı delil ile ispat etmesi gerekmektedir. Emanette olduğu gibi arada mülkiyetin nakli ile ilgili anlaşma olmadan sadece zilyetliğin devri gerçekleşmişse mülkiyet geçişi olmaz.⁴⁶ Bütün deliller değerlendirildiğinde, Libananco ile Uzan ailesi veya ferden düşünüldüğünde Türkkân arasında gerçekte mülkiyeti nakletme amacı hiç mevcut olmamıştır. Dolayısıyla zilyet olduğunu iddia eden Libananco mülkiyeti hiçbir zaman kazanamamıştır.

Zilyetliğin devri için, hisse senetlerinin mülkiyetinin devir amacıyla hisselerin teslimi suretiyle yapılması gerekir (TTK m. 415).⁴⁷ Hisse devirlerinin geçerli olabilmesi için temel olarak şu unsurların birlikte varolması gerekmektedir; *“Devredenden devralana zilyetlik geçirilmelidir, zilyetliğin naklinin devralana mülkiyeti geçirmek için yapılmış olması, tarafların bu hususta anlaşması gerekmektedir, zilyetliği geçirenin mülkiyeti devir yetkisi*

³⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 72.

³⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 73.

⁴⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s. 73.

⁴¹ Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Ticaret Hukuku Bilgisi, 9. Baskı, Dora Yayınları, Şubat 2016, s. 314.

⁴² Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 8. Bası, Şubat 2014, İstanbul, s. 296.

⁴³ Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 4. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 75.

⁴⁴ Ahmet Sezer, Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptal Davası, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 93.

⁴⁵ Karayel, s. 249.

⁴⁶ Pulaşlı, 2015, s. 75.

⁴⁷ Poroy, Reha, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku 11. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

bulunmalıdır, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, tasarrufi işlemin geçerli bir iktisap sebebine dayanması gerekmektedir."⁴⁸ Bunlardan zilyetliğin naklinin devralana mülkiyeti geçirmek için yapılmış olması şartı gerçekleşmediğinden hisse devrinin hukuken meydana gelmediğini kabul etmek gerekmektedir.

ii. Libananco'nun Hisselerin Mülkiyetini Geçerli Şekilde İktisap Edip Etmediğine İlişkin Görüşlerimiz

Davacı, davalının EŞA'ya aykırı davrandığı iddiasıyla tahkime başvurmuştur. EŞA'nın 1. maddesinin 6. fıkrası yatırımı "*sahip olunan ve kontrol edilen mal*" olarak tanımlamakta olduğundan, davacının EŞA'nın ihlal edildiğini iddia ettiği tarihte ilgili hisselerle sahip olduğunu ve kontrol ettiğini kanıtlaması gerekmektedir. Dolayısıyla Libananco'nun ÇEAŞ ve Kepez hisse senetlerinin mülkiyetini 12.06.2003 tarihinde iktisap edip etmediğini ispat görevi davacıya düşmektedir. Bu konuda davacı ve davalı arasında da görüş birliği mevcuttur. Müddei iddiasını ispat eder, hukukun temel kurallarından biridir. İspat yükünü yerine getirip getirmediği hususunda davacının delilleri değerlendirilmelidir.

Hakem heyetinin seri muhakeme başvurusu üzerine ön yetki itirazları hakkında karar vermek için yargılamayı ikiye ayırmaya karar vermesi usul ekonomisi açısından uygun olmuştur.

Hakem heyetinin Libananco'nun ÇEAŞ ve Kepez hisselerinin mülkiyetini 12.06.2003'te iktisap edip etmediği hakkındaki analizinin değerlendirmesini yapacak olursak; Uzan ailesi adına Libananco'yu satın alan ve iddiasına göre emaneten yedinde tutan Türkkan hakkında duruşma tutanaklarının değerlendirilmesi yapıldığında yeterli vasıflara sahip olmadığı konusunda hakem heyetiyle aynı kanaatteyiz. Türkkan'ın 01.04.2002 tarihinde Libananco'yu iktisap etmek için Güney Kıbrıs'a uçtuğu ve iki gece kaldığı iddiaları dosyadaki deliller ve davalının iddiaları birlikte değerlendirildiğinde davacının iddialarının kurmacadan ibaret olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle hakem heyetinin davacının bu konudaki iddiasını ispatlayamadığı konusunda verdiği karar yerindedir.

Davacı, Libananco'nun 01.04.2002 tarihinde satın alındığını ispatlayamamıştır. Davacı tanığı Türkkan devir belgesinin orijinal olmadığını, 2007 yılında yeniden basılıp imzalandığını kabul ve beyan etmiştir. Davacı, Libananco'nun ilgili tarihte Prontoservus'tan satın alındığını gösteren makbuz ya da fatura sunamamıştır. Devir 2005 yılına kadar hem Türk hem Kıbrıs Rum Kesimi makamlarından gizlenmiştir. Libananco'nun hesapları 2007 yılına kadar resmi makamlara sunulmamıştır, Güney Kıbrıs makamlarından gerekli yasal izinler alınmamıştır. Hakem heyeti bütün bunlar neticesinde Libananco ile ilgili hizmet veren kişilerin 2005 ve daha sonraki yıllarda işe başlamış olduğu kanaatine varmış ve bu deliller ışığında Türkkan'ın 2002 yılında Libananco'yu iktisabını olası bulmamıştır. Bu kararları da son derece yerinde olmuştur. Şirket kuruluş ve işleyişinde

⁴⁸ Poroy, Tekinalp Çamoğlu, s. 656.; Bahtiyar, s. 296.

bulunması gereken belgelerin ve kayıtların bulunmaması, Libananco'nun iddia edildiği tarihte iktisap edilmemiş olduğunu göstermektedir.⁴⁹

Temettü meselesini inceleyecek olursak; hakem heyeti davacının iddia ettiği gibi ÇEAŞ ve Kepez'e ait temettülerin hisse senedi hamillerine değil temettü kuponu hamillerine ödendiği iddiasını kabul etmemiştir. Bu konudaki ilgili belge olan Ek- R 821'in sahih bir belge olmadığı iddiasında ikna olmamıştır. Ek R-821 belgesi ÇEAŞ ve Kepez'de çoğunluk paylarına Libananco'nun değil Uzan ailesinin sahip olduğunu göstermektedir. Bu konudaki hakem heyetinin kararı yerindedir kanaatindeyiz. Uzan ailesi üyelerinin Mayıs 2003'te elde ettiği temettü oranları Takasbank raporu ile de teyit edilen Ek-R 821 ile aynı olduğundan davacının aksi yöndeki tutarsız iddiaları mesnetsizdir.

Davacının yargılama boyunca iddia ettiği "aile boşanması" olgusu kanaatimizce de inandırıcılıktan uzaktır, Uzan ailesi fertlerinin karışık ve dolambaçlı hisse iş ve işlemlerini açıklayabilmek için ortaya attıkları kurgusal bir ifadedir.

Davacının delil olarak sunduğu 32 adet hisse devir sözleşmesinin, devretme niyetini yazılı hale getirmek için akdedildiği söylenmişse de davacının değişen ve çelişen iddiaları değerlendirildiğinde hisse devir sözleşmelerinin gerçekleştirilme amacı da şüphelidir. Kadı ki bunların sonradan imzalanıp düzenlendiği davacı tanığı Türkkkan tarafından ifade edildiği gibi bilirkişi raporlarıyla da sabittir. Söz konusu hisse devir sözleşmelerinde hisse satıcılarının hisse devirlerinin nakit karşılığı yapıldığı yazmasına rağmen davacı tanıkları bir kısım beyanlarında para alınmayacağını diğer bir kısım beyanlarında Libananco'nun defterine borç olarak akdedildiğini söylemiş, yine bazı beyanlarında da bedelin temettülerle ödendiğini söylemişlerdir. Bu tutarsız ve çelişkili beyanlar ışığında HDS'lerin gerçeği yansıtmadığı ve davacının iddialarını desteklemediği kanaatindeyiz.

ÇEAŞ ve Kepez hisse senetlerinin mülkiyetinin 12.06.2003'ten önce Libananco'ya geçerli şekilde devredilip edilmediği, bu davanın en önemli meselesidir. Davacının bu iddiasını kanıtlayamaması hakem heyetinin yetkisizliği neticesini doğurmaktadır. Davacı hisse senetlerinin teslimine ilişkin İstanbul ve İsviçre'de gerçekleştiğini iddia ettiği üç ayrı teslimden bahsetmiştir. Davadaki yetki probleminin çözümü için Rumeli ve Doğu binalarında ve İkitelli'deki garajda hisse tesliminin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti son derece önemlidir. Davacı Libananco'nun hukuk danışmanının Rumeli ve Doğu Binalarında 15.05.2003'te hisse senetlerini tahkik ettiğini ve Libananco adına teslim aldığını iddia etmiştir.

Davacı, hisse senetlerini kahverengi kağıtlara sarıp üzerlerine Libananco yazan etiketler koymanın teslim için yeterli olduğunu, zilyetliği naklettiğini iddia etmiştir. Bu konuyu inceleyen hakem heyeti bu işlemlerin "devredenlerin bu hisse senetlerinin mülkiyetini Libananco'ya devretme niyetini göstermek için olgusal olarak yeterli olacağını" varsaymıştır. Ancak davacı tanığı dava boyunca birbiri ile çelişen beyanları, Libananco'nun hukuk danışmanı olarak atandığından bile haberdar olmaması, sözde tahkik ettiği hisse

⁴⁹ Libananco kararı s. 145-146.

senetlerine ilişkin herhangi bir envanter çıkarmamış olması, hisse senetlerini muhafazadan kimin sorumlu olduğunu bilmemesi ve bu kişilerin zilyetliği devir hakkı olup olmadığını bilmeden hisse senetlerini devir aldığını iddia etmesi nedeniyle hakem heyeti bu devrin geçerli olmadığına karar vermiştir. Bu yönlerden bakıldığında hakem heyetinin kararı son derece yerinde olmakla birlikte, Türk hukuku açısından senetlerin kahverengi kâğıtlara sarılıp üzerlerine Libananco yazan etiketler konulması kanaatimizce devir için yeterli değildir. Türk hukukuna göre senetle ispat kuralı gereği belirli bir değer üzerinde olan işlemlerin ispatı için yazılı delil gerektiğinden devirin ispatı için yazılı delil gerekmektedir. Ayrıca hisse senetleri yeni malik olduğunu iddia eden Libananco'nun tasarruf alanına sokulmamıştır, davacı tanıklarından bir kısmı hisse senetlerini Libananco adına muhafaza edeceğini belirtmişse de bu durumda emanet sözleşmesinin sunulması gerekmektedir. Bu sebeplerle yazılı delili olmayan davacının iddiasının tahkim bu aşamaya gelmeden en baştan reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

iii. Kötüye Kullanım Açısından Davanın İncelenmesi ve Görüşlerimiz

Türkiye aleyhine açılan Libananco tahkiminde, özellikle Türkiye'nin tanımadığı bir ülkenin seçilmesi, iddia edilen uyuşmazlığın uluslararası anlaşmalar kullanılarak ICSID tahkimi kapsamına sokulması söz konusudur. Özel kurgulanmış dava süreçleri değerlendirildiğinde, komplike ve kötü niyetli bir davanın varlığı ortadadır. Bütün bunlara rağmen davanın ICISD tarafından kaydedilmesi ve Türkiye aleyhine büyük bir risk olarak uzun yıllar devam etmesi ICSID'in kötüye kullanıma açık olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Türkiye aleyhine Güney Kıbrıs Rum kesiminden bir şirketin yatırımcı olarak zarara uğradığı iddiasıyla başvurusu, talep edilen tazminatın miktarının fazlalığı, yapıldığı iddia edilen yatırımın büyüklüğü ve şirketin sahibi olan kişilerin dava açılan devlet tabiiyetinde olmaları tahkim başvurusunun tescil aşamasında dikkate alınmalı ve tescil başvurusu reddedilmeliydi.

Tahkim sürecinde davacının Uzanlar tarafından kontrol edilip edilmediği tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortaya çıkartılabilecekken buna karar verilmeyip hisse devir sözleşmelerinin gerçek ve geçerli olup olmadığının, davacının yatırımcı olup olmadığının ve diğer iddiaların araştırılması sürecin uzamasına sebep olmuştur. Oysaki tüzel kişilik perdesi kaldırılmış olsaydı, Libananco'nun Uzanların kontrolünde olduğu belirlenecek ve yetki kuralları yerine getirilmediği için ICSID tahkimine başvurma hakkı olmadığı ortaya çıkacaktı.

Libananco ve Saba Fakes tahkimleri Uzan ailesinin İmar Bankası yolsuzluğu neticesinde ödemek zorunda kaldığı miktarı tazmin etmek amaçlı ve Türkiye'yi zor durumda bırakmak maksatlı kötü niyetli davalarına örnek oluşturmaktadır. Bu davalar kötü niyetli amaçların gerçekleştirilmesi için uluslararası kurumların nasıl kullanılabileceğine, uluslararası anlaşmaların nasıl manipüle edilebileceğine örnektir. Libananco tahkimi ve Uzan bağlantılı diğer tahkimlerin incelenmesi, ICSID tahkiminde

geliştirilmesi ve değiştirilmesi gereken hususların belirlenmesi ve çözümlenmesine katkı sağlayacaktır.

C. CEMENTOWNIA “NOWA HUTA” S.A. VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ TAHKİMİ

1. Genel Olarak Cementownia “Nowa Huta” Tahkimi ve Sonucunun Değerlendirilmesi

Davacı, Cementownia “Nowa Huta” S.A. ARB(AF)/06/02 dava nolu Cementownia adı ile anılan tahkimde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine ICSID tahkimine başvurmuştur.⁵⁰ Bu tahkim ek mekanizma kurallarına dayanılarak açılmıştır. Davacı, EŞA'nın 26. maddesi uyarınca ICSID'e başvurmuştur.

Davacı Cementownia tahkim başvurusunda ÇEAŞ ve Kepez şirketlerinin hisselerinin bir kısmını 30.05.2003 tarihinde iktisap ettiğini⁵¹ ve imtiyaz sözleşmesinin davalı tarafından tek taraflı olarak feshedilmesi sebebiyle zarara uğradığını iddia ederek 4.648.157.411 Amerikan doları tazminat talep etmiştir.⁵²

Davalı Türkiye Cumhuriyeti, Cementownia şirketinin yatırımcı olmadığını, dava ve taraf ehliyetinin olmadığını belirtip uğradığı zararın tazminini, davacının tüm taleplerinin reddini talep etmiştir.⁵³

Hakem heyeti tahkim yargılamasının sonunda; davacının iddialarını kanıtlayamadığına, ICSID tahkimini kötüye kullandığına, tüm masrafları ödemesine ve davalının tazminat talebinin reddine karar vermiştir.⁵⁴

2. Hakem Heyeti Kararı ve Görüşlerimiz

a. Hakem Heyetinin Kararı

Hakem heyeti tahkim yargılaması sonucunda;

a) Davacının yatırıma sahip olduğu ve kontrolünde bulundurduğu iddialarını kanıtlayamadığına,

b) Davacının ICSID hakem heyetinin yetkisini oluşturmak için hileli işlemler yaptığı ve ICSID usulünü kötüye kullandığına,

c) Tüm masraf ve vekalet ücreti olan 5.304.822,06 Amerikan dolarını, kötü niyetli olduğunu tespit ettiği davacının ödemesine,

d) Davalının tazminat talebinin reddine karar vermiştir.⁵⁵

⁵⁰ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0138.pdf> (07.07.2019)

⁵¹ Cementownia kararı, s. 5.

⁵² Cementownia kararı, s. 7.

⁵³ Cementownia kararı, s. 28.

⁵⁴ Cementownia kararı, s. 53.

b. Görüşlerimiz

i. Hisse Devirlerinin Geçerli Olup Olmadığı Konusundaki Görüşlerimiz

ÇEAŞ ve Kepez hisse senetleri hamiline yazılı senetlerdir. Hamiline yazılı senedin teslimi için devralan kişiye mülkiyeti devretme amacıyla verilmesi yeterli görülmektedir. TTK'nın 489. maddesine göre senedin devri için teslim gereklidir. Senede bağlanan hak senedi takip eder ve onun kaderine tabi olur. Senedin devri gerekli ve yeterli olup, devrin geçerliliği için herhangi bir yere bildirim veya kaydedilmeye ihtiyaç yoktur. Ancak hak sahipliğini ispat etmek için hisse senedinin şirkete ibrazı gereklidir.⁵⁶ Bu gerekçe ile davacı, hisse senetlerini iktisap ettiğini kanıtlamak için senetlerin orijinalini sunmalı ve hisselerin iddia ettiği tarihte devralındığını ispat etmelidir. Hakem heyeti, davacıya hisse senetlerinin orijinallerinin ibrazı için süre vermişse de davacı bunları hakem heyetine sunmamıştır. Hakem heyeti, 2003 ve 2004 yılında şirket defterlerinin denetlendiği, şirket hisselerinin devri ile ilgili bir beyan olmadığı ancak 2005 yılındaki denetimde hisselerin 2003 yılında devredildiği kaydına ulaşmıştır. ÇEAŞ ve Kepez hisselerini devrettiğini iddia eden Kemal Uzan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde şirket hisselerinin devrinin 30.06.2003'ten sonra gerçekleştiğini beyan etmiştir.⁵⁷

Öncelikle araştırılan uyuşmazlık konusu hakem heyetinin yetki sahibi olup olmadığıdır. Hakem heyeti, davacının ICSID'in yetki kurallarının arkasından dolanmak için yaptığı faaliyetleri dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur. Hakem heyetinin talep ettiği hisse senetlerinin devrini içeren belgeleri davacı sunmadığı için heyet, devir işlemlerinin geçerli olarak yapılmadığı ve ICSID yetki kurallarının hileli olarak kullanıldığı kanaatine varmıştır. Davacının EŞA gereği bir yatırıma sahip olduğu ve onu kontrolünde bulundurduğu hususlarını ispat edemediğine karar veren heyet, davada kendi yetkisi olmadığına hükmetmiştir.⁵⁸

Davacının kamulaştırma tarihinden önce ÇEAŞ ve Kepez hisselerini geçerli şekilde iktisap edip etmediğini kanıtlama meselesi, tahkim yargılamasında hakem heyetinin özellikle üstünde durduğu bir uyuşmazlık konusudur. Hakem heyeti hisse senetlerinin orijinalini talep etmiş olmasına rağmen davacı bunları sunmamış, hisse senetlerini kamulaştırma tarihinden önce iktisap ettiği iddiasını kanıtlayamamıştır. Bu iddiasını ispat etmiş olsaydı dahi sadece şeklen geçerli devir mülkiyeti ispatta yeterli olmamaktadır. Diğer bazı ICSID hakem kararlarında da örnekleri olduğu gibi devirle dürüstlük kuralı ihlal edilmişse uyuşmazlığın geçmişi de dikkate alınarak devir işlemlerinin hileli olduğu sonucuna varılabilmektedir.

⁵⁵ Cementownia kararı, s. 53.

⁵⁶ Bahtiyar, s. 296.

⁵⁷ Cementownia kararı, s. 36,37.

⁵⁸ Polat, Melike, Şengül Al Kılıç, "ICSID Yatırım Tahkimine Konu Olan Cementownia "Nowa Huta" S.A.-Türkiye Uyuşmazlığında "İyi niyet ve Manevi Tazminat" iddialarının Değerlendirilmesi", MHB, C. 34, S. 2, s. 70.

Nitekim Libananco tahkiminde de böyle olmuştur. Hakem heyeti devir iddiasını kabul etmemiş, hisseler iddia edildiği tarihte devir alınmış olsaydı dahi bu işlemi uluslararası yetkinin oluşturulması için yapılan sahte bir devir işlemi olarak değerlendirmiştir.⁵⁹

ii. Tazminat Konusundaki Görüşlerimiz

Kararda uluslararası hukuka göre manevi tazminata⁶⁰ karar verilebileceği belirtilirken manevi tazminat talebi ile ulaşılmak istenen amaca sadece hileli davranışın tespiti ve kararda yazılması suretiyle tüm dünyaya duyurulmasıyla da ulaşılabileceği ifade edilmiştir. Kararda davacının kötü niyetinin tespitiyle, uluslararası platformda devletin zedelenen itibarının iade edilmiş olacağı belirtilmekle yetinilmiştir.⁶¹

Uluslararası hukukta devletlerin zarar gören itibarını iade için tazminat (compensation), eski hale iade (restitution) ve tekzip (satisfaction) yöntemleri uygulanmaktadır.⁶² Tekzip, hukuka aykırı davranışın kararda belirtilerek ilan edilmesi, duyurulması, ikrarı anlamlarına gelmektedir. Tekzip bağımsız bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmektedir.⁶³ Genellikle maddi tazminatın gölgesinde kalmaktadır. Genellikle maddi tazminatla birlikte tekzip de istenmektedir.⁶⁴ Ayrıca hakem heyeti, Desert Line Projects LLC v. Yemen Cumhuriyeti (ICSID Dava No: ARB/05/17) tahkiminde olduğu gibi hakem heyetlerinin manevi tazminata hükmedebileceklerini ancak manevi tazminata hükmetmek için çeşitli koşulların oluşmuş olması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁵ Manevi tazminata hükmetmek için öncelikle olayın tazminata karar vermeyi gerektirecek ölçüde vehamet arz etmesi ve manevi tazminatın uluslararası yatırım hukukunun ilkeleri ile ters düşmemesi gerekmektedir.⁶⁶ Manevi tazminata hükmedilebilmesi için davacının iddialarının hem temelsiz hem de taciz boyutunda kötü niyetli olması

⁵⁹ Polat, Al Kılıç, s.75-78.

⁶⁰ Doğan, Murat, Gökhan Şahan, İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, 2019 Ankara, s. 231,232

⁶¹ Polat, Al kılıç, s. 79.; Cementownia kararı, s. 53.

⁶² Cristoph Schreuer, "Alternative Remedies in Investment Arbitration", The Journal of Damages in International Arbitration, 2016, Vol. 3, No.1, s. 1-31.; Filip Balcerzak, Investor-State Arbitration and Human Rights, Koninklijke Brill Publishing, 2017, s. 220.

⁶³ Ian A. Laird, Borzu Sabahi, Frederic G. Sourgens, Nicholas J. Birch, Kabir Duggal, Joanna Coyne, "International Investment Law and Arbitration: 2013 in Review", Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014, Oxford University Press, 2015, s. 120.

⁶⁴ Schreuer, "Alternative Remedies in Investment Arbitration", s. 28.

⁶⁵ Bradfield, Michelle, J.C. Thomas, "Non-Pecuniary Remedies: A Missed Opportunity?", ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 30, Issue 3, Fall 2015, s. 635.

⁶⁶ Polat, Al kılıç, s. 80.

gerekmektedir.⁶⁷ Manevi tazminata istisnai durumlarda hükmedileceği unutulmamalıdır.⁶⁸

iii. Kötüye Kullanım Açısından Davanın İncelenmesi ve Görüşlerimiz

Yukarıda izah edilen hususlara ilaveten belirtmek isteriz ki; davacı yabancı yatırımcı sıfatını ispat etmelidir. Sahip olduğunu iddia ettiği hisseleri geçerli ve haklı bir şekilde devraldığını, devralma tarihini ve iyi niyetli olarak kontrolünde bulundurduğu hususlarının ispatı da yatırımcı sıfatının ispatında aranan koşullardır. Sadece uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında tahkime başvurulabilmesi imkânını sağlamak, ICSID gibi kurumlara başvurmak için gerçek olmayan bir şekilde yetki oluşturma maksatlı kurgu başvurular heyetler tarafından yargılama neticesinde reddedilmektedir. Ancak yargılamalar genellikle uzun zaman almakta, maddi kayıplara yol açmakta ve devletin itibarı uluslararası platformda zedelenmektedir. Kötü niyetli başvuruların tespitinde, yargılama esnasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması tüzel kişilerin kim tarafından kontrol edildiğini ortaya çıkaracak ve yetki kurallarının arkasından dolaşılmasına mani olacaktır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla kötü niyetli kişilerin kendi devletleri aleyhine tahkime başvurmaları halinde gerçek başvuru tespit edilip bu haksız başvurular reddedilecektir. Cementownia tahkiminde uyuşmazlığa konu hisselerin Uzanlar tarafından davacı Cementowni'ya devredildiği iddia edilse de bu devir sadece ICSID'e başvurmak için yetki uydurma amaçlı ve muvazaalıdır. Cementownia tahkiminde hakem heyeti tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesini uygulamış olsaydı gerçek yatırımcının Uzanlar olduğunu, Cementownia'nın Uzanlar tarafından kontrol edildiğini, davacı ile Uzanlar arasında muvazaa anlaşması olduğunu tespit edecek ve başvuruyu başkaca bir işleme gerek kalmadan reddedebilecekti. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurmada pek istekli olmayan ICSID hakem heyetlerinin bu yolu da kullanmaktan çekinmemesi, gerçeğin ortaya çıkması bakımından önemlidir.

ICSID'in aleniyet kazanan kararları incelendiğinde davalı devletlerin talebine rağmen manevi tazminat kararı verilmediği görülmektedir.⁶⁹ Kötü niyetli başvuruları azaltmak için, manevi tazminatın caydırıcı bir tedbir olarak acilen uygulanmaya başlaması gereklilik arz etmektedir. Cementownia tahkiminde, kötü niyeti ortada olan davacının manevi tazminata hükmedilerek cezalandırılması gerekirken bunun yapılmamış olması uygun olmamış, ancak tüm masrafın kötü niyetle tahkim başvurusunda bulunan ve süreci kasten uzatan davacıya bırakılması yerinde bir karar olmuştur.

⁶⁷ Schreuer, "Alternative Remedies in Investment Arbitration", s. 26.

⁶⁸ Schreuer, "Alternative Remedies in Investment Arbitration", s. 27,28.

⁶⁹ Polat, Al kılıç, s. 81.

II. ICSID’NİN KÖTÜYE KULLANIMI

A. GENEL OLARAK

ICSID kuralları, yatırımcıyı koruma altına alarak devletleri yatırım için güvenli ve cazip hale getirmekte ve yabancı yatırımların gelmesini teşvik etmektedir. ICSID Sözleşmesi, iyi niyetli yatırımcıların devletler nedeni ile uğradığı zararın tazminini amaçlamasına rağmen, ICSID tahkimi kötü niyetli yatırımcılar tarafından devletler aleyhine kullanılabilir.70

ICSID tahkimini sınırlandırmamak amacıyla, Sözleşmede “yatırım” kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu konuda ilgili ikili yatırım anlaşmalarında yeterli açıklıkta ve ayırdedicilikte tanımlar yapılmadığı taktirde, gerçekte yatırım olmayan proje ve işlemler sebebiyle akit devletler haksız ve kötü niyetli tahkim talepleri ile karşı karşıya kalabilmektedir. Saba Fakes, Libananco ve Cementownia tahkimlerinde olduğu gibi akit devlete dava açma hakkı olmayan ev sahibi devlet vatandaşı, dava açma hakkına sahip olması muhtemel bir diğer akit devlet vatandaşı gerçek/tüzel kişiye haklarını devretmiş gibi yaparak ICSID Sözleşmesinin arkasından dolanmakta ve hakkın kötüye kullanımını teşkil eden kötü niyetli işlemler yapmaktadır. ICSID Sözleşmesinde bu davranışları yasaklayan açık kurallar yoktur. Her ne kadar kötü niyetli işlemleri yasaklayan kurallar olmasa da, dürüstlük kuralı, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanımı yasağı ilkeleri kötü niyetli işlemlerin engellenmesini sağlayan genel hukuk ilkeleridir. Kötü niyetli başvurular tahkim yargılaması neticesinde reddedilse bile ICSID tahkimi, savunması zaman alan ve çok masraflı bir süreçtir. Libananco tahkimi yargılama gideri 35.702.417,76 Amerikan doları, Saba Fakes tahkimi yargılama gideri 1.496.248,49 Amerikan dolarıdır. Akit devletleri, yargılama giderleri ve tahkim başvurusunda talep edilen tazminat miktarları ile büyük risk altına sokmak istismardır.⁷⁰

Kötüye kullanımın önüne geçilebilmesi için Genel Sekreter tescil aşamasında ve hakem heyetleri yetkileri hakkında karar verirken, hem Sözleşmenin hükümlerine hem de Sözleşmenin amacına dikkat etmelidir. Ev sahibi devlet tabiiyetindeki gerçek ve tüzel kişilerin Sözleşme’nin arkasından dolanarak, hakkın kötüye kullanımına sebep olan kötü niyetli işlemler yapmasına ve tabiiyetinde buldukları devlet aleyhine ICSID’e başvurmalarına engel olunmalıdır. Hakem heyeti, gerçek yatırımcıyı tespit etmek için gerekirse tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurmaktan çekinmemelidir. Hakkın kötüye kullanımı varsa, gerçek yatırımcı-görünürdeki yatırımcı arasındaki ilişki tespit edilmeli ve kötü niyetli başvuruçuların Sözleşmenin korumasından yararlanmalarına müsaade edilememelidir.⁷¹

Yatırımcının korunması ile devletlere karşı yapılan kötü niyetli başvuruların engellenmesi arasındaki dengenin iyi kurulması gerekmektedir. 25.000 ABD doları başvuru harcı ile devletlerin milyarlarca

⁷⁰ Gharavi, “Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye’nin İkilemi”, s. 312.

⁷¹ Egemen Demir, s. 221.

dolar tazminat riski ve ciddi masraflar altına sokulabildiği düşünülürken ICSID sürecinin daha dikkatli formüle edilerek kötü niyetin ICSID kapsamındaki korumadan faydalanmadığından emin olmak gerekmektedir. Her geçen gün başvuruların arttığı ICSID tahkiminin güvenilirliği ve işlevselliğinin sağlanması için de koruma usulleri geliştirilmelidir.

Cementownia kararında davacının kötü niyetine hükmeden hakem heyeti “*masraf vakıayı takip eder kuralını*” uygulamış, tüm masrafı davacının ödemesine hükmetmiştir. Uluslararası hakem heyetleri kötü niyetle davranan tarafı bunun yaptırımını olarak yargılama masraflarına mahkum edebilmektedir.⁷²

Saba Fakes tahkiminde hakem heyeti, tahkim masraflarının tümünün davacının üstünde bırakılmasına hükmetmiştir. Davayı kaybeden tarafın kötü niyetli olduğuna ve Sözleşmeyi kötüye kullanma amacının olduğuna karar vererek taleplerin reddine hükmetmiş, Sözleşmenin 61. maddesinin 2. fıkrasının verdiği yetkiye dayanarak, masrafları davacı ile davalı arasında paylaşmamış, dava masraflarının tamamını kaybeden tarafa yüklemiştir. Bu da hakemlerin kötü niyetli talepler hakkında karar verirken takındıkları tavır göstermek açısından olumlu bir örnektir.⁷³ Karar bu yönüyle de Saba Fakes tahkim başvurusunun kötü niyetli olarak yapıldığını kanıtlamaktadır.

B. KÖTÜYE KULLANIM ÖRNEĞİ OLARAK TÜRKİYE VE ICSID DAVALARI

ICSID için çok önemli olan kötüye kullanım konusunu Türkiye açısından ele alacak olursak; ICSID Sözleşmesinin Türkiye tarafından onaylanmasından sonra diğer akit devlet vatandaşı gerçek veya tüzel kişiler tarafından Türkiye aleyhine ICSID kapsamında tahkim ya da uzlaşma yollarından birine başvurulması mümkündür. 2020 tarihi itibarıyla Türkiye aleyhine 12 tahkim işlemi başlatılmış, bunlardan dokuzu sonuçlanmış ve üçü devam etmektedir.⁷⁴ ICSID sürecinin, yabancı yatırımcı tarafından etkili olarak kullanıldığı ve Türkiye aleyhine tahkim başvurusu yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte bazı Türk vatandaşları, kendileri ICSID’e başvuramadığı için sahte yatırımcıların arkasına gizlenerek, görünürdeki yatırımcıları gerçek yatırımcı gibi göstererek ve yabancı kişileri maddi olarak destekleyerek Türkiye aleyhine tahkim başvurusu yapmış ya da yaptırmışlardır. Bahsedilen davalar organize edilmiş kötü niyetli davalar olup ICSID tahkiminin kötüye kullanımı konusunu gündeme getirmektedir. ICSID tahkiminin kötüye kullanılması sebebiyle oluşan milyarlarca dolarlık maddi risk neticesinde ICSID tahkiminden çekilme ihtimali dahi alternatif olarak düşünülebilecektir. Bununla birlikte Türkiye Cumhuriyeti’nin kendisini savunmak için yapmış olduğu masraflar yukarıda bahsedilen talep

⁷² Polat, Al Kılıç, s. 82.

⁷³ Ataman Figanmeşe, İnci, “Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 18-36, s. 34.

⁷⁴ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> (23.04.2020)

miktarına dahil olmayıp, bunlar ilaveten ciddi miktarlarda bir yük meydana getirmiş olup bu miktar da ayrıca dikkate alınmalıdır.

Bahsettiğimiz çok büyük tazminat riskleriyle birlikte Türkiye'nin ICSID tecrübesi giderek artmaktadır. ICSID davalarında hükmedilen en yüksek ikinci tazminat miktarı olan Rumeli Telekom ile Telsim'in Kazakistan aleyhine açtıkları davada 160 milyon ABD doları tazminata hükmedilmiştir. Saba Fakes tahkimi neticesinde 19 milyar ABD doları tutarındaki tazminat talebinin reddedilmesi Türkiye'nin bir diğer başarısıdır.⁷⁵

Daha önce açıkladığımız gibi tahkim için rızanın verilmiş olması gerekmektedir. Türkiye'ye karşı açılan ICSID davalarında ilgili devlet ve Türkiye arasında akdedilen Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmelerine dayanarak ICSID tahkimine başvurulmuştur. PSEG tahkimi,⁷⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile ABD arasında akdedilen İki Taraflı Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşmesindeki tahkim şartına dayanılarak, Saba Fakes tahkimi ise Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmadaki tahkim şartına dayanılarak açılmıştır.⁷⁷

Bazı tahkim başvuruları da çok taraflı yatırım teşvik ve koruma sözleşmelerindeki tahkim kaydına dayanarak açılmıştır. Örneğin Libananco tahkimi, Enerji Şartı Anlaşmasına dayanarak açılmıştır.

C. KÖTÜ NİYETLİ ICSID BAŞVURULARININ TESPİTİNDE KULLANILACAK KAVRAMLAR

1. İyi Niyet Ve Dürüstlük Kavramları

ICSID yargılamasında, yerel hukukun uluslararası hukuk ilkeleri ile sınırlandırılarak uygulanması esastır.⁷⁸ Uluslararası hukuku tespit ederken BM Adalet Divanı 38. maddesinden yararlanır. “İyi niyet” (bona fides), “ahde vefa” (pacta sunt servanda), “kazanılmış haklara saygı”, “hakkın kötüye kullanılması yasağı”, “verilen zararın tazmini” gibi uluslararası hukukun temel prensipleri, ticari örf, adet ve teamüllerle beraber (yerel hukuk bu prensiplerle çatışmadığı ölçüde) uygulama alanı bulur.⁷⁹

⁷⁵ Luke Eric Peterson, Turkey Prevails in Uzan – Related 19 Billion Arbitration Claim; Dutch National Unable to prove legal Ownership of Disputed Telecoms Firm., <https://www.iareporter.com/articles/turkey-prevails-in-uzan-related-19-billion-arbitration-claim-dutch-national-unable-to-prove-legal-ownership-of-disputed-telecoms-firm/> (26.04.2020)

⁷⁶ PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No: ARB/02/05)

⁷⁷ Ataman Figanmeşe, s. 21; Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında, Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma. <https://ticaret.gov.tr/data/5b8aa16513b87616347e6bb1/Hollanda.pdf> (23.04.2020)

⁷⁸ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 626.

⁷⁹ Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 627.

Bütün devletler, uluslararası hukukun temel kaynaklarından olan hukukun genel ilkelerine bağlı kalmaya mecburdurlar.⁸⁰ ICSID Sözleşmesinde “iyi niyet” kavramı belirtilmemiştir, ancak bazı hakem heyeti kararlarında hakem heyeti yetkisini belirlerken (Phonix Action Ltd v. Czech Republic kararında⁸¹ hem de Saba Fakes ve Türkiye Cumhuriyeti tahkimlerinde) “iyi niyet” kavramını kullanmıştır. Konu bakımından yetkide iyi niyetin kötüye kullanımının söz konusu olması için suistimalin Sözleşme’nin 25. maddesinde aranan üç şarttan biriyle alakalı olarak yapılmış olması gerekmektedir.⁸²

Phoenix tahkiminde hakem heyeti görevini, iyi niyet ilkesine sahip olan ve sistemi suistimal etmeyen yatırımların korunmasını sağlamak, olarak nitelendirmiştir. Davacının ekonomik faaliyette bulunmak için değil, davalı devlete karşı tahkime başvurabilmek amacıyla yatırım yaptığına karar vermiştir.⁸³ Bu yargılamada Salini testine iyi niyet kriteri de eklenmiştir.⁸⁴ İyi niyet kriterini ise yatırımın ve davacının iddialarının zamanlaması, yargılamaları devam eden şirketlerin satın alınmış olması, davacının ilgili piyasada başkaca faaliyetinin olmaması gibi konuları inceleyerek araştırmıştır.⁸⁵ Sistemin suistimalinden hareketle yetkisizlik kararı vermiştir.⁸⁶

Inceysa Valliosletana S.L. v. Republic of El Salvador case no ARB/03/26 kararında “*hakem heyeti incelemesinde davacının yatırımı süresinde açıkça iyi niyeti ihlal ettiğini ve bu nedenle ev sahibi devlet hukukuna uygun davranmadığını ifade etmiştir. Bu durum karşısında hakem heyeti, ulusal hukukun ve uluslararası kamu hukukunun bir ilkesi olan iyi niyet ilkesinin ihlal edildiğini tespit etmiş ve yetkisiz olduğuna karar vermiştir.*”⁸⁷

Türkiye’nin taraf olduğu Alaplı Elektrik tahkimi⁸⁸ de iyi niyet ilkesinin araştırıldığı, yetkinin buna göre belirlendiği tahkim yargılamalarından biridir. Hisse devrinin zamanlamasına önem verilmiş, söz konusu yatırımın korunan bir yatırım olup olmadığı araştırılmıştır. Yalnızca ICSID’e başvurulabilmesi amacıyla yatırım yapıldığı, kötü niyetli yatırımın korunmadan faydalanamayacağı üzerinde durularak hakem heyetinin bu

⁸⁰ Egemen Demir, s. 222.

⁸¹ ICSID Dava No ARB/06/5

⁸² Egemen Demir, s. 223.

⁸³ Özge Çevik, Can Şimşek, “ICSID’in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi”, Articletter, Winter 2008, s. 60.

⁸⁴ Lars Markert, Catharine Titi, “States Strike Back- Old and New Ways for Host States to Defend against Investment Arbitration”, Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014, Oxford University Press, 2015, s. 404.; Robert Gömmel, Investing into North African Solar Power, Springer International Publishing, 2015, s. 190.; Grzegory Domanski, Julita Zimoch Tucholka, “Investment treaty Disputes: Selected Developmentsin 2008 and 2009”, The Comperative Law Yearbook of International Business, Vol 32, 2010, s. 479,480.

⁸⁵ Çevik, Şimşek, s. 61.

⁸⁶ Çevik, Şimşek, s. 61.

⁸⁷ Egemen Demir, s. 224.

⁸⁸ Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13

uyuşmazlıkta yetkisiz olduğu iddia edilmiştir. Yetkisizlik kararı verilerek yargılama Türkiye lehine neticelenmiştir.⁸⁹

Hamester davasındaki⁹⁰ hakem heyetinin şu tespiti gelecek davalara emsal teşkil etmesi bakımından önemlidir: “*Bir yatırım yozlaşma, dolandırıcılık veya aldatıcı işlemlerle ulusal veya uluslararası iyi niyet ilkesinin ihlali sonucunda meydana geldiyse veya yatırımın kendisi ICSID nezdinde uluslararası yatırımların korunması siteminin suiistimalini teşkil ediyorsa, bu yatırım korunmayacaktır.*”⁹¹ ifadelerine yer verilmiştir.

Viyana Sözleşmesi’nde ifade edilen “*iyi niyet*” kavramı sadece belli bir konu ile sınırlı olmayıp hem anlaşmaların yorumlanmasında hem de anlaşmaların ifasında aranmaktadır. ICSID tahkiminde de aynı şekilde birden fazla alanda iyi niyetin varlığı aranmaktadır. Kaynağını uluslararası hukukun genel ilkelerinden alan bu kavramın uygulaması için mutlaka ICSID Sözleşmesinde olması gerekmektedir. Uluslararası hukukun genel ilkeleri ICSID tahkiminde de uygulanmaktadır.⁹² İyi niyet ilkesi ulusal ve uluslararası hukukta bazen açıkça bazen de üstü kapalı bir şekilde korunmuştur.⁹³ Viyana Sözleşmesi’nin 26. maddesinde düzenlenen ahde vefa ilkesi emredici hukuk ilkelerindedir. ICSID Sözleşmesi’nin 25. maddesindeki ICSID’in yetkisini oluşturan şartların arkasını dolanmaya çalışan bir yatırımcı, iyi niyetle anlaşmanın ifasını gerçekleştirme borcuna aykırı davranmıştır. Bu sebeple korumadan yararlanmaması gerekir.⁹⁴

Dürüstlük kuralı Türk hukukunda da çok önemlidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “Dürüstlük Kuralı”nı; “*...Hak sahibinin hakkını kullanırken veya borçlarını yerine getirirken dürüst, makul ve orta zekalı bir insandan beklenen hareket tarzına göre davranması olarak*” tanımlamıştır.⁹⁵ 4721 sayılı TMK’nın 2. maddesinde “dürüst davranma”⁹⁶ ilkesi düzenlenirken TMK’nın 3. maddesinde “iyi niyet” düzenlenmiştir. İyi niyet, dürüst davranma ve hakkın

⁸⁹ Çevik, Şimşek, “ICSID’in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi”, s. 63.

⁹⁰ Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24

⁹¹ Çevik, Şimşek, s. 64.

⁹² Övünç Öztürk, s. 79,80.

⁹³ Egemen Demir, s. 226.

⁹⁴ Egemen Demir, s. 225.

⁹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/5-2375, K. 2018/198. Karar için Bkz. Doğan, Şahan, Atamulu, s. 39; Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 264.

⁹⁶ Oğuzman, Barlas, s. 264,265; Doğan, Şahan, Atamulu, s. 40; Şener Akyol, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 147, Haluk Konuralp, Erdal Tercan, “Yeni Türk Medeni Kanununun Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Eskişehir 2003, s. 17; Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Sevinç Matbaası, Ankara 1989, s. 47; Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1997, s. 302.

kötüye kullanılması yasağı⁹⁷ bazen birbirinin tamamlayıcısı bazen de birbirinin pratikteki uygulaması olarak kabul edilmektedir.⁹⁸ Roma hukukunda “bona fides” olarak ifade edilen kavram iyi niyet ve dürüst davranma ilkelerinin ikisini de bünyesinde barındıran bir kavramdır.⁹⁹ “İyi niyet” ve “Dürüstlük” kavramları aynı kaynaktan gelmekle birlikte TMK’nın 2. maddesinin 1. fıkrasına göre “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.”. Bu düzenleme hakların amacına uygun kullanılması gerektiğini ifade eder.¹⁰⁰ Kanuna karşı hilenin önlenmesinde, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde bu hüküm esas alınır. Bu hükmün devamı olan TMK’nın 2. maddesinin 2. fıkrası dürüst davranma ilkesine aykırılığın müeyyidesini “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” şeklinde ifade etmiştir. Dürüstlük kuralının re’sen dikkate alınması gerekir. Doktrinde emredici olmadığını sözleşmelerde bu düzenlemenin uygulanmamasının kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.¹⁰¹ Yargıtay kararlarında da bazen “Dürüstlük Kuralı” bazen de “İyi Niyet Kuralı” ifadesiyle TMK’nın 2. maddesine atıf yapıldığı görülmektedir. Örnek olarak; “*Davanın kötü niyetle uzatılmış olup olmadığına MK.2’deki ‘dürüstlük kuralı’ çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceğini,*”¹⁰² “*Ticari defterlerin yıl sonu tasdik işlemini yaptırmamış olan, bilançosu gerçeği yansıtmayan, bankadan aldığı kredileri aktifinde göstermeyen, bilançoda bir kısmını kabul ettiği borçlarının daha sonra tamamını inkar eden borçlunun iyiniyetli sayılmayacağını,*”¹⁰³ “*...İhlal edildiği ileri sürülen yükümlülük asli borç ilişkisiyle ilgisiz olup, sadece işyeri sahibinin müşterinin zarara uğramaması için özen*

⁹⁷ Oğuzman, Kemal, Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 263.; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.1,10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 185,186.; Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 306,307.

⁹⁸ Egemen Demir, s. 228.; Oğuzman, Barlas, s. 248.; Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 10.; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s. 148,149.

⁹⁹ Oğuzman, Barlas, s. 249; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s. 148,149.; Akkanat, s. 22.; Ziya Umur, Roma Hukukunda İktisadi Müruruzamanda Hüsniyet, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1956, s. 3.

¹⁰⁰ Leyla Keser, “Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2001, s. 253.; Doğan, Şahan, Atamulu, s. 40.; Talih Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 439,440. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/T.Uyar-3.pdf> (26.06.2020); Oğuzman, Barlas, s. 249.

¹⁰¹ Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 242.; Oğuzman, Barlas, s. 321.; Edis, s. 294,299.

¹⁰² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1997/4-327, K. 1997/765 Karar için Bkz. Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 445.

¹⁰³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 1995/8146, K. 1995/8883. Karar için Bkz. Uyar, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 445.

yükümlülüğüne uymamasından doğan bir borç ilişkisi doğmaktadır. Buradaki sorumluluğun temelini MK'nın 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kurallarının oluşturduğu söylenebilir."¹⁰⁴

Tahkim başvurusunun tescili aşamasında Genel Sekreter ve karar aşamasında hakem heyetleri, sadece ICSID Sözleşmesi'nin maddelerine göre karar vermemeli, hileli işlemler söz konusu olduğunda ICSID Sözleşmesinin amaçlarını da dikkate almalıdır. Aksi halde Sözleşmenin amaçlarına uymayan başvuruların kabulü ve Sözleşmenin amaçlarına uymayan hakem kararları oluşturulması tehlikesi söz konusudur.¹⁰⁵

Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesi uyarınca örf adet hukukundaki¹⁰⁶ iyi niyet kuralları, devletler hukukunun genel geçer kuralıdır. Bu sebeple ICSID sözleşmesinde ayrıca ve açıkça yer almasa dahi genel sekreter ve hakem heyetleri veya hakemler iyi niyet kuralına aykırılık tespit ettiklerinde kötü niyetli ve hileli uygulamalara ICSID güvencesi sağlanmasına engel olmalıdır.¹⁰⁷

Genel Sekreterin uyuşmazlığın ICSID yargı alanına girip girmediğini denetleme yetkisi davacıların Sözleşmeyi kötüye kullanma riski de dikkate alınarak daha aktif olarak kullanılmalıdır. ICSID tahkiminin daha işlevsel olması ve kötüye kullanımın engellenmesi için iyi niyet, ahde vefa gibi devletler hukukunun genel geçer kurallarının uygulanması yanında konu hakem heyetine gelmeden kötü niyetli başvuruların kayıt aşamasında engellenmesini sağlayacak ve Genel Sekreterin davayı tesciline engel olacak yeni mekanizmalar geliştirilmelidir.¹⁰⁸

2. Yatırımcı Kavramı

ICSID Sözleşmesinde yatırımın tanımı yapılmamıştır.¹⁰⁹ Ancak, "yatırımcı" "*ev sahibi devletle aralarındaki sözleşme gereği, fiilen yatırım faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişi*"¹¹⁰olarak tanımlanabilir. Gerçek yatırımcının, yatırımın yapıldığı ülkenin ilgili kurumlarına yatırımcı olarak bildirilen kişi olmadığı durumlarda gerçek yatırımcı görünürdeki yatırımcı ayrımı ortaya çıkmaktadır. Gerçek yatırımcı ve görünürdeki yatırımcı kavramlarını belirlerken tahkim yargılamasına başvuran kişi ile tahkim yargılaması neticesi karardan menfaat sahibi olan kişinin aynı olup olmadığına bakmak gerekir. Gerçek yatırımcı görünürdeki yatırımcının

¹⁰⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2005/15654, K. 2006/4848, Karar için Bkz. Doğan, Şahan, Atamulu, s. 40.

¹⁰⁵ Egemen Demir, s. 199.

¹⁰⁶ Doğan, Şahan, Atamulu, s. 32.

¹⁰⁷ Egemen Demir, s. 200.

¹⁰⁸ Terzi, s. 823.; Genel Sekreterin davayı tesciline engel olacak mekanizmalar bu bölümün sonunda, "Başvuruların Kayda Alınması Prosedüründe Değişiklik Bakımından" ve "Genel Sekreterin Başvuruyu Reddetme Yetkisi Bakımından" başlıkları altında açıklanmıştır.

¹⁰⁹ Akıncı, "Yurt Dışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi" II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, s. 280.

¹¹⁰ Egemen Demir, s. 198.

(*sahte yatırımcı*) arkasına çeşitli amaçlar ve yöntemlerle gizlenmektedir. Yatırıma ilişkin riskleri alan ve gerçek anlamda yatırım faaliyetini başlatan ya da devam ettiren kişi yatırımcı olarak gizlenmekte onun yerine başka bir gerçek ya da tüzel kişi yatırımcı olarak görünmektedir.¹¹¹

Gerçek yatırımcı, yatırıma konu esas sermayeye sahip olan kar ve zararı üstlenen, ancak ev sahibi devlette yatırımı ile ilgili olarak hiçbir evrakta kaydının bulunmadığı gerçek ya da tüzel kişidir.¹¹²

Gerçek yatırımcı, ev sahibi devlet vatandaşı olduğu için, ICSID tahkimine başvurma hakkı yoktur. Eğer vatandaşı olduğu devletin yasadışı eylemleri ile zarara uğradığını iddia ediyor ve giderilmesini talep ediyorsa ev sahibi devlette iç hukuk yollarına başvurmalı, yerel mahkemelerde dava açmalıdır.¹¹³ Bunu yapmak istemeyip Sözleşmenin korumasından yararlanmak isteyen gerçek ya da tüzel kişiler Sözleşmeye taraf diğer bir akit devlet vatandaşı gerçek ya da tüzel kişi ile anlaşarak, Saba Fakes tahkimi örneğinde olduğu gibi yatırımlarını onlara devretmiş gibi yapmışlar ya da Libananco tahkimi örneğinde olduğu gibi onlara hisse devri yapılmış görüntüsü vermişlerdir.

Görünürdeki yatırımcı, gerçek yatırımcıyı gizlemek amacıyla evraklar üstünde yatırımın sahibi gibi gözükse de gerçekte yatırıma sahip olmayan, ev sahibi devlet dışında diğer bir akit devletin vatandaşı, gerçek ya da tüzel kişidir. Gerçek yatırımcı ile aralarında danışıklı bir ilişki vardır. Yani, ikisi arasında muvazaa anlaşması mevcuttur. Görünürdeki yatırımcı yatırımın asıl sahibi değildir. Asıl sahibinden de gerçekten yatırımı devralma kastı yoktur. Ev sahibi devletin ekonomik gelişimine katkıda bulunmaz, risk unsurunu gerçekleştirmez. O sadece gerçek yatırımcının kuklasıdır. Gerçek ve görünürdeki yatırımcının ortak amaçları, ICSID Sözleşme hükümlerinin lafzi kısmına uyarken Sözleşmenin amacına aykırı davranmaktır.¹¹⁴

Bu konuyla ilgili olarak, ICSID Sözleşmesinin 25. maddesi kişi bakımından yetki kurallarını düzenlemiş, ev sahibi devlet vatandaşları ve akit olmayan devlet vatandaşlarının ICSID'e başvuramayacaklarını belirtmiştir. Bu açık yetki kuralına rağmen kişilerin ICSID'e başvurmaları durumunda başvuruları reddedilir. Bu sebeple ICSID'e ilişkin yetki engellerinin arkasından dolanmak amacıyla gerçek yatırımcı sahte yatırımcının arkasına gizlenebilmektedir. "*Ev sahibi devlet dışında, diğer akit ülke tabiiyetindeki gerçek ya da tüzel kişi vasıtasıyla yatırım yapmakta, böylece yatırımları yapan gerçek sermayedar kendisi olmakla birlikte "yatırımcı" olarak başkası görünmektedir. Yatırımın riski ve karı aslında görünürdeki yatırımcıya değil; gerçek yatırımcıya aittir. Bu durumda gerçek yatırımcı ile görünürdeki yatırımcı arasındaki iç ilişki bakımından yatırımların görünürdeki yatırımcıya devri amacından söz etmek mümkün değildir.*"¹¹⁵ Saba Fakes, Libananco ve Cementownia tahkimlerinde olduğu gibi gizli yatırımcı ile sahte yatırımcı

¹¹¹ Egemen Demir, s. 198.

¹¹² Egemen Demir, s. 201.

¹¹³ Egemen Demir, s. 202.

¹¹⁴ Egemen Demir, s. 204,219.

¹¹⁵ Egemen Demir, s. 198.

arasında yatırımların gerçekten devri amacı yoktur. Taraflar arasında hileli işlemler mevcuttur. Ancak sorun, ICSID ve iyi niyet kuralının arkasından dolanıp, hileli işlemlerle tahkim başvurusu yapılması ve yetkiye ilişkin kuralların bertaraf edilmesi durumunda problemin çözümünde anahtar olacak ICSID kuralının mevcut olmamasından kaynaklanmaktadır.¹¹⁶

3. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, gerçek yatırımcının ortaya çıkarılması için kullanılan bir yöntemdir.¹¹⁷ Şirketin ortaklarından ayrı bir tüzel kişiliği olduğunun bir süre için bir kenara bırakılması ve şirketin borçları için ortaklara, ortakların borçları için şirkete gidilebilmesidir.¹¹⁸ Görünürdeki yatırımcı ICSID korumasında olsa da gerçek yatırımcı ICSID korumasında değilse Sözleşmeden yararlanması engellenecektir.¹¹⁹ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması düz, ters ve çapraz kaldırma olmak üzere üç çeşittir.¹²⁰ Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması; tüzel kişinin borcundan ortak ve yöneticilerin de sorumlu olmasıdır.¹²¹ Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması; ortaklardan alacağı olan kişilerin şirkete başvurabilmesini ifade eder.¹²² Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması; ana şirketin borcundan olayı iştiraklere/bağlı şirketlere, iştiraklerin/bağlı şirketlerin borçlarından dolayı ana şirkete ve bir iştirakin/bağlı şirketin borcundan dolayı önce ana şirkete ve oradan da diğer iştirake/bağlı şirkete başvurulabilmesini ifade eder.¹²³

Tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı ihtimallerde kötüye kullanma teorisi uygulama alanı bulabilmektedir. Tüzel kişinin yardımı ile hukuk kurallarının ihlal edildiği, üçüncü kişilerin haksız olarak zarara uğratıldığı hallerde kötüye kullanımın varlığının kabulü kaçınılmazdır. Hile, hakkın

¹¹⁶ Egemen Demir, s. 184.

¹¹⁷ Poroy, Reha, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku II. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 98,99.

¹¹⁸ Emre Esen, Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 16.; Egemen Demir, s. 208.; Şahin Akıncı, Elverişlilik ve Yargıtay Uygulamaları s. 660. <https://doi.org/10.15337/suhfd.659984> (25.06.2020),; Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 17.; Doğan Kütükçü, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2009, Sayı 63-64, s. 105.; Emrullah Kervankıran, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sayı 3-4, Yıl 2007, s. 453.

¹¹⁹ Egemen Demir, s. 208.

¹²⁰ Esen, s. 17,18.

¹²¹ Esen, s. 17.; Akıncı, Elverişlilik ve Yargıtay Uygulamaları, s. 663.; Yanlı, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 37.

¹²² Esen, s. 17,18.; Akıncı, s. 663.; Yanlı, s. 38.

¹²³ Esen, s. 18,19.; Akıncı, s. 663.; Yanlı, s. 40.

kötüye kullanımı, (bona fides) iyi niyetle davranma yükümlülüğüne aykırı davranılmışsa, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir.¹²⁴ Bu kural hilenin, hakkın kötüye kullanımının doğal sonucudur.¹²⁵

Tüzel kişinin mallarının, onu yöneten kişilerin mallarından ayrı olmasına ayrılık prensibi denir. Ayrılık prensibinin ihlali tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerekli kılar.¹²⁶ Ayrılık prensibinin ihlal edilmesi, mal varlıklarının birbirine karışması; hangi malın kime ait olduğunun tespit edilememesine neden olur. Bu hallerde tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortaklık borçlarından şahsen sorumluluk amaçlanır.¹²⁷ Alanların birbirine karışması halinde; ortaklık malvarlığı ile ortakların mal varlığı alanları birbirine karışır ve üçüncü kişiler dışarıdan bakınca bunu ayırt edemezler.¹²⁸ Alacaklıları zarara uğratmak maksadıyla tüzel kişilik bilinçli olarak kötüye kullanılmışsa, kurumsal kötüye kullanmanın varlığı kabul edilir.¹²⁹ Tüzel kişilik hukuka aykırı amaçla hareket ederse ya da üçüncü kişileri zarara uğrattırsa önceki tüzel kişilik statüsü tespit edilecektir.¹³⁰

TSA Spectrum v. Arjantin tahkiminde (ICSID Case no ARB/05/05) ICSID tahkimine başvurabilmenin şartlarından olan davacının yabancı bir akit devlet vatandaşı olma şartını yerine getirip getirmediğini anlamak amacı ile davacı şirketin yabancı kontrol altında olup olmadığının tespiti için tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir.¹³¹ Bu karar ile ICSID tahkiminde ilk defa tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verilmiştir.¹³²

Libananco ve Cementownia tahkimlerinde tüzel kişiliğin ICSID yetki kurallarının arkasından dolaşmak için kullanıldığı ortadadır. Buna rağmen hakem heyetleri tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermemiştir. Öncelikle kişi bakımından yetkinin sağlanıp sağlanmadığının tespitinde tüzel kişiyi kimin kontrol ettiğinin ortaya çıkarılması için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekirken bunun yapılmaması hatalı olmuş ve tahkim sürecinin uzamasına sebep olmuştur.

Libananco ve Cementownia tahkimlerinde muvazaa vardır. Gerçek yatırımcı olan Uzanlar görünürdeki yatırımcı olarak kullanılan şirketlerin arkasına gizlenmiştir. Tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında söz konusu iki tahkimdeki muvazaa ortaya çıkacak ve işlemlerin arkasında Uzanların

¹²⁴ İzmir 4. Asliye Tic.Mah.2002/843 E. ve 2005/64 K. sayılı kararı. Mahkeme tüzel kişilik perdesini kaldırırken TMK.2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağına ve dürüstlük kuralına dayanmıştır, Egemen Demir, s. 209,210.

¹²⁵ Esen, s. 19,20.; Jose Maria Lezcano Navarro, Piercing the Corporate Veil in Latin American Jurisprudence, Routledge, 2016, s. 12, 15,16.

¹²⁶ Esen, s. 33.

¹²⁷ Michala Rudorfer, Piercing the Corporate Veil, Grin Verlag, 2006, s. 3-5.

¹²⁸ Egemen Demir, s. 209.

¹²⁹ Lucas Bergkamp, Liability and Environment, Kluwer Law International, 2001, s. 307-314.

¹³⁰ Esen, s. 52.

¹³¹ TSA Spectrum v. Arjantin Kararı, s. 39-47.

¹³² Egemen Demir, s. 214.

olduğu görülecektir. Bu şekilde başkaca işlemlere gerek olmadan kendi ülkesi aleyhine ICSID'e başvurma yasağı nedeniyle süreç sona erdirilebilecektir. Tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında ICSID yetki kurallarının kötüye kullanımı engellenecektir.

4. Onayın Geri Alınması, Çekilme ve Fesih Kavramları

ICSID Sözleşmesi'nin 25. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Taraflar bir kere onay verdikten sonra tek taraflı olarak onayı geri almaları mümkün değildir*”. ICSID Tahkim Kurallarının 43. ve 44. maddelerinde onayın geri alınması için şartlar öngörülmüştür. Bu maddelere göre; “*Taraflar anlaşırca ya da bir tarafın prosedürlerin tek taraflı olarak devam etmemesi talebine karşı diğer tarafın itiraz etmemesi halinde tahkim sona erdirilebilir.*”¹³³ Onay verilince istisnalar hariç Merkez yetkili hale gelir.¹³⁴

Sözleşme'nin 71. maddesi fesih konusunu düzenlemiştir. Devlet ile yatırımcı arasındaki sözleşmede verilen onaydan, tahkim klozlarının esas sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi sebebiyle tek taraflı fesih ile vazgeçmek mümkün değildir. Onayın kaynağının iç hukuk olduğu durumlarda mevzuat değiştirerek, yatırımcı onayı kabul edene kadar bu onaydan dönülebilir. Yatırım izniyle onay verilmişse, mevzuat değişmeden önce yatırımcı onay vermişse, mevzuat değişse bile onay o yatırımcı için geçerlidir. İki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşması ile onay verildiği hallerde yatırımcının onayı kabulünden önce anlaşmanın feshi ile onay sona erdirilebilir. Ancak uygulamada genellikle iki taraflı yatırım anlaşmasında, anlaşma son bulsa bile 10-15 yıl daha yürürlükte kalacağına ilişkin hükümler olabilmektedir. Bu süre içinde anlaşma son bulsa bile ev sahibi devlet için bağlayıcı olmaya devam etmektedir.¹³⁵ Çekilme ancak henüz başlamamış yatırımlar ve Sözleşmede belirtilen süreden sonra ICSID'in yetkisini kaldırır.¹³⁶

ICSID Sözleşmesinin 71. maddesi “*fesih bildiriminden 6 ay sonra yürürlüğe girer*” 72. maddesi de “*fesih bildirimini ulaşımadan önce doğan hak ve yükümlülükler fesih bildiriminden etkilenmez.*” Demektedir.¹³⁷

Çalışmamıza konu olan Saba Fakes ve Libananco davalarında, Türkiye aleyhine talep edilen toplam tazminat 29,1 milyar Amerikan dolarıdır. Her

¹³³ Yılmaz, İhlam, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 69.; Fouret, Julien, Remy Gerbay, Gloria M. Alvarez, The ICSID Convention Regulations and Rules, Edward Elgar Publishing, 2019.

s. 1205,1206.; Lucy Reed, Jan Paulson, Guide to ICSID Arbitration, 2 nd Edititon, Kluwer Law International, 2011, s. 147,148.

¹³⁴ Yıldırım, Aslı, “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 297.

¹³⁵ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 69-71.

¹³⁶ Yıldırım, s. 301.

¹³⁷ Fouret, Gerbay, Alvarez, s. 900.; Schreuer, s. 141.; Krista Nadakavukaren Schefer, International Investment Law, 3 rd Edition, Edward Elgar Publishing, 2020, s. 1205-1206.

iki davada da gerçek yatırımcı olmayan kötü niyetli davacıların tahkime başvurduğu ICSID hakem kararları ile kanıtlanmıştır. Kötü niyetle açılmış başka tahkim davaları da bulunmaktadır. Ancak derdest olan davalarda çekilmek yukarıda açıkladığımız nedenlerle bir sonuç vermez.¹³⁸

5. Tahkimde Onayın Sınırlandırılması ve Çekince (Rezervasyon), Bildirim (Notifikasyon) Kavramları

Çekince (rezervasyon), anlaşmayı imzalayan devletin, anlaşmayı imzalarken ya da onaylarken anlaşmanın hangi maddelerinin, hangi konularının kendisine uygulanmayacağını ya da hangi şartlar altında uygulanabileceğini belirttiği ibarelerdir.¹³⁹ Sözleşme'nin 25. maddesinin 4. fıkrası bildirimlerle ilgili olup "*Kabul ya da onay anında veya onaydan sonra herhangi bir zamanda herhangi bir akit devlet hangi anlaşmazlıkları Merkez'in yargı yetkisine sunup sunmayacağını Merkeze bildirebilir. Genel Sekreterlik, bu bildirim tüm taraf ülkelere gönderecektir. Bu bildirim 1. paragraftaki gerekli görülen rızayı oluşturmaz.*" demektedir.

Akit devletin verdiği onay, Sözleşme'nin 25. maddesinin 4. fıkrasına göre devletin yapacağı bildirimden etkilenmez.¹⁴⁰ Alcoa Minerals of Jamaica davasında,¹⁴¹ hakem heyeti bildirim, bildirimden sonraki yatırımcılara karşı ileri sürülebileceğine hükmetmiştir.¹⁴² İcra direktörleri raporunun 31. paragrafında bildirim konusu düzenlenmiştir. Rapora göre; hangi tür uyuşmazlıkları merkezin yetkisine sunacağına ilişkin bildirim ya da hangi tür uyuşmazlıkların merkezin yetkisine dahil olmayacağına ilişkin bildirim yalnızca bilgi amaçlıdır.¹⁴³ Bu bildirim onay veya onayın sınırlandırılması değildir.¹⁴⁴ Bildirimi, çekince kavramı ile karıştırmamak lazımdır. Bildirim istenildiğinde yapıp istenildiğinde geri alınabilir.¹⁴⁵ Devlet bir konuyu ICSID tahkimine tabi tutmayacağına ilişkin bildirimde bulunmuş bile olsa onayla Merkezi bu konular için yetkili kılması mümkündür.¹⁴⁶ Bugüne kadar Türkiye, Çin, Guetemala gibi birçok devlet bildirimde bulunmuştur. Türkiye'nin 03.03.1989 tarihli bildirimi: "*... yalnızca yabancı sermaye konusunda Türkiye Cumhuriyeti ilgili mevzuatına göre ve fülen başlamış olan gerekli izni almış*

¹³⁸ Yıldırım, s. 301.; Cristoph Schreuer, "Denunciation of the ICISD Convention and Consent to Arbitration", The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality, Kluwer Law International, s. 355.

¹³⁹ Yıldırım, s. 301.

¹⁴⁰ Schreuer, s. 342.

¹⁴¹ ICSID Case No. ARB/74/2

¹⁴² Yılmaz, İlham, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 71,72.

¹⁴³ İcra direktörleri raporu için bkz.

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/staticFiles/basicdoc/partB-section05.htm#05> (30.03.2020)

¹⁴⁴ Fouret, Gerbay, Alvarez, s. 216.

¹⁴⁵ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 73.

¹⁴⁶ Tony Cole, The Structure of Investment arbitration, Routledge, 2013, s. 30-33

olan yatırım faaliyetlerinden doğrudan kaynaklanan uyuşmazlıklar Merkezin yargı yetkisine tabidir. Ancak, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tamamıyla Türk mahkemelerinin yargı yetkisindedir.”¹⁴⁷ şeklindedir.

Bu bildirimden sonraki tarihte yabancı yatırımlarda izin kaldırıldığından Merkez’in yetkili olması için gerekli tek şart olarak yatırım mevzuatına uygun şekilde hukuki örgütlenmesini tamamlamış olmak kalmıştır.¹⁴⁸ Türkiye, Danimarka ve Kore ile imzaladığı ikili yatırım anlaşmalarında taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkları yatırım olarak kabul etmiş ve Merkezi yetkilendirmiştir.¹⁴⁹ Bu anlaşmaya bir yatırımcı tek taraflı olarak onay verince anlaşmadan tek tarafı olarak geri dönülmesi mümkün olmayacaktır.

Merkezin yetkisi ve 1989 tarihli bildirimle ilgili Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika arasındaki İTYA’ya dayanan PSEG ve Türkiye tahkimi çok önemli bir örnek teşkil etmektedir. Türkiye, diğer itiraz sebeplerinin yanında 1989 tarihli bildirimini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Bu bildirim “Türkiye ile Amerika arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasının sınırlarını göstermektedir”¹⁵⁰ iddiasında bulunmuştur. Bildirim anlaşmanın onay tarihine göre önceliklidir. Amerika anlaşmayı onaylarken bildirim farkında olarak onaylamıştır. Ancak hakem heyeti bu itirazları reddetmiştir. Bildirimlerin onaya bağlı olduğunu, devletlerin bildirim ile bağlı olmadığını, devletlerin dilerse farklı yönde onay verebileceklerini kararında belirtmiştir.¹⁵¹ Hakem heyeti kararında; beyanların sözleşmenin hükümlerini değiştirmeyeceği, beyan veren devletin fikrini ifade imkânı getirdiği, bir hakkın doğumu imkânı vermeyeceği,¹⁵² Sözleşmenin 25. maddesinin 4. fıkrasının yazılması sırasındaki kayıtlarda ve icra direktörleri raporunda açıkça belirtildiği üzere, “onay ile onaydaki uyuşmazlığı hariç tutan bir bildirim arasındaki ihtilafta onaya üstünlük tanıyacağını”¹⁵³ belirtmiştir.

¹⁴⁷ R.G. 02.06.1988, Sa. 19830, ICSID Konvansiyonunun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanununun I. maddesi.

¹⁴⁸ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 75.

¹⁴⁹ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 76.

¹⁵⁰ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 76.

¹⁵¹ Karar için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf> (30.03.2020) s. 38-41.

¹⁵² Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 77,78.

¹⁵³ Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, s. 78.

D. ICSID TAHKİMİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Çekinme Koyma (Rezervasyon) Bakımından

Çekinme ile ilgili tüm konular 1969 Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde belirlenmiştir. Bu sözleşmenin 19. maddesinin a) fıkrası, anlaşmada çekinme konulması için bir yasaklama yoksa çekinme konulabileceğini belirtmektedir. ICSID Sözleşmesi daha önce de belirttiğimiz gibi, 25. maddenin 4. fıkrasında akit devletlere bu yetkiyi vermektedir. Bu yetkiye istinaden Türkiye iki çekinme koymuştur.¹⁵⁴

İlk çekincede, Türkiye ülkede yer alan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklarla ilgili uyumsuzlukların, münhasıran Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisinde olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁵

Diğer çekinme ise, ICSID Sözleşmesi 64. maddesi ile ilgili olup, uyumsuzluğun taraflar arasında yapılacak müzakereler yoluyla çözülebileceğini belirterek, müzakerelerin neticesiz kalması halinde çözüm için üçüncü bir tarafa (Lahey Adalet Divanı) başvurulmayacağı kaydı konulmuştur.¹⁵⁶

Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 20. maddenin 3. fıkrasına göre, uluslararası bir kuruluşun kurucu araçlarından olan anlaşmalarda çekinme (rezervasyon) koymak için rezervasyonun kuruluşun yetkili organının onayına sunulması gerekmektedir.¹⁵⁷

Tahkimde en çok sorun yaşadığımız alanlarda, örneğin enerji şartı ile ilgili olarak çekinme koymak teoride mümkün gibi gözükür. Ancak bahsettiğimiz sebeplerle ve çekincelerin kuruluşun yetkili organının onayına sunulması prosedürü nedeniyle çekinme koymak pratikte bir sonuca ulaşmayacaktır kanaatindeyiz.¹⁵⁸

2. ICSID ile İlgili Hükümlerin Değiştirilmesi Bakımından

Sözleşmenin 65. maddesinin 1. fıkrası “*akit devletlerden her biri konvansiyonun değiştirilmesini önerebilir*” diyerek değişiklik için bir yol açmıştır. Değişiklik talep eden akit ülke bunu yazılı olarak Genel Sekreter’e iletecek, Genel Sekreter de İdari Konseyi bilgilendirecektir.

Sözleşmenin 66. maddesinin 1. fıkrasına göre; Konseyde 2/3 çoğunluk sağlanarak değişiklik talebinin kabul edilmesi halinde, Sözleşmeye taraf tüm devletlerin kabul veya onayına sunacaktır. Değişiklik kabul edilirse, değişikliğin tüm üye devletlerce teyit, kabul veya onaylandığının Dünya Bankasınca sözleşmenin taraflarına bildirilmesinden 30 gün sonra yürürlüğe girer. Daha önce doğmuş hak ve yükümlülükler bundan etkilenmeden

¹⁵⁴ Yıldırım, s. 302.

¹⁵⁵ Yıldırım, s. 302. ve ICSID Sözleşmesi m. 25/4.

¹⁵⁶ Yıldırım, s. 302,303. ve ICSID Sözleşmesi, m. 64.

¹⁵⁷ Yıldırım, s. 302.

¹⁵⁸ Gharavi, “Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye’nin İkilemi”, s. 314.

devam edecek, kabul ve onaydan sonraki uyuşmazlıklar için değişiklik uygulamaya girecektir.¹⁵⁹

Yukarıdaki madde hükümleri uyarınca başvuruların kayda alınması prosedüründe değişiklik yapılması ve teminat gösterilmesi hususunun ICSID Sözleşmesi'ne eklenmesi ile bundan sonra yapılabilecek kötü niyetli başvurular neticesi Türkiye'nin ve diğer devletlerin maruz kalacağı riskin azalacağı kanaatindeyiz.

a. Başvuruların Kayda Alınması Prosedüründe Değişiklik Bakımından

Davacı tarafın sunduğu belgelerde ilk incelemeyi yapan Genel Sekreterin Sözleşme'nin 36. maddesindeki uyuşmazlık başvuruları için ön inceleme yapma yetkisi ile zaman ve paradan tasarruf edilmektedir.¹⁶⁰ Bu yetkiyi genişleterek, gerçek yatırımcı olmayan kişilerin taleplerini en baştan hiç ICSID'e kaydetmeden reddetme yetkisi de Genel Sekretere verilmelidir. Bu durum devletleri maddi tacizden kurtarma, haksız dava masrafı ve yüksek avukatlık ücretinden korumada da önemli bir çözüm oluşturacaktır. Zira bazen haklı sebeplerle davalar açılmakta ise de ICSID tahkiminde Türkiye aleyhine genellikle bezdirme amacıyla ve kötü niyetli başvurular yapılmakta ve böylece Türkiye zarara uğratılmak istenmektedir.¹⁶¹ Buna ilaveten tescilden önce taraflardan detaylı açıklama istenmesi kötü niyetin tespitinde etkili bir yol olacaktır kanaatindeyiz.

b. Teminat Gösterilmesi Bakımından

ICSID İdari ve Finansal Düzenlemeleri 16. maddeye göre başvuru ücretini yatırmadan Genel Sekreterlik dava kaydını yapmayacaktır. Kötü niyetli başvuru 25.000 ABD doları olan başvuru ücretini ödeyerek devletleri milyarlarca dolarlık haksız davalarla meşgul etmekte ve çok pahalıya mal olan dava masrafı ve avukatlık ücretleri ile baş başa bırakmaktadır.

Teminat ICSID sözleşmesinde düzenlenen bir konu değildir. Ancak ICSID korumasından yararlanmak isteyen kötü niyetli davacıları caydırmak için talep ettikleri tazminat miktarı ile orantılı ya da maktu bir teminat talep etmek bir çözüm olabilir¹⁶² kanaatindeyiz. Teminatın, Genel Sekreter tarafından talep edilecek detaylı açıklamalar neticesinde Genel Sekreterliğin tatmin olmadığı durumlarda talep edilmesi de bir alternatif olarak düşünülebilir.

¹⁵⁹ Yıldırım, s. 303.

¹⁶⁰ Terzi, s. 823.

¹⁶¹ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 311.

¹⁶² Yıldırım, s. 305.

3. İkili Yatırım Anlaşmalarının Tekrar Düzenlenmesi Bakımından

İkili anlaşmalarda yeniden düzenleme yapılarak, ilgili bakanlıkların görüşünün alınması kaydının düşülmesi, ICSID tahkimi yanında alternatif çözümler önerilmesi ya da iç hukuk yollarının tüketilmesinin bildirim olarak kalmayıp İTYA'lara dercedilmesi düşünülebilecek çözüm önerileri alternatifleri arasındadır. Bu alternatifi hayata geçirmek diğer akit devletlerle uzlaşmayı sağlamak açısından zor olmakla birlikte yaşanan ICSID karmaşasına son vermek için iyi bir çözüm olabilir kanaatindeyiz.

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırımın ilgili bakanlık tarafından onaylanmış olması şartı getirilmelidir. Bu sayede sadece ev sahibi devletin onayladığı anlaşmalarda tahkime başvuru yapılabilecektir. Ayrıca bu anlaşmalarda yatırım ve yatırımcı tanımının çok dikkatli bir şekilde yapılması, yatırım sayılmayacak işlerin ayrıntısı ile belirlenmesi gerekmektedir ve ikili yatırım anlaşmalarında hangi uyuşmazlıklarda tahkime gidileceği ayrıntılı bir şekilde yazılmalı ya da ayrıca tahkim sözleşmesi yapılmalıdır.¹⁶³

Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği (ASEAN) yatırımların teşviki ve korunma sözleşmesi 2. maddesinde sözleşme kapsamında korunan yatırımları "*ev sahibi ülke tarafından yazılı olarak onaylanan ve tescil edilen ve bu koşullar ile bu sözleşmenin kapsamı için uygun görülen yatırımlar*" ile sınırlandırmıştır. Türkiye ile İran arasındaki İTYA'da da böyle bir madde bulunmaktadır.¹⁶⁴

Daha önce imzaladığımız ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarını bu şekilde yeniden düzenlemek yararımıza olacaktır. Nota teatisi yöntemi ile bu sözleşmelerde değişiklik yapılabilir.¹⁶⁵

4. Fesih Önerisi Bakımından

a. ICSID Sözleşmesinin Feshi

Bolivya Cumhuriyeti 2007 yılında,¹⁶⁶ Venezüella'da 2012 yılında¹⁶⁷ ICSID sözleşmesini feshetmiştir. Fesih bir seçenek olmakla birlikte sorunları

¹⁶³ Hamid Gharavi, "Türkiye'nin Tahkim Performansı", Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, İstanbul 2012, s. 141.

¹⁶⁴ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 314.

¹⁶⁵ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 315.

¹⁶⁶ Filippo Fontanelli, Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration, Brill Publishing, 2018, s. 192.; <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2007%20-%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

¹⁶⁷ Federica Cristani, "Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries", International Investment Law in Latin America, Nijhoff International Investment Law Series, Vol 5, Brill Publishing, s. 193,194.;

çözecek akıllıca bir seçenek değildir. Tahkim riskini sona erdirmez. Sorun sadece ICSID'den kaynaklanmamaktadır. İkili yatırım anlaşmalarında yabancı yatırımcılara tahkim maddeleri ile imkânlar sunulmasından kaynaklanmaktadır. ICSID Sözleşmesinin feshi bildiriminde bulunulsa bile bununla önceki tarihli taahhüt ve yatırımlardan ötürü sorumlu kalmaya devam edileceği gibi¹⁶⁸ diğer tahkim türleriyle de aynı sorunların yaşanacağı, aynı risklerin devam edeceği aşıkardır. Sözleşmenin feshi uluslararası planda Türkiye'nin itibarını zedeler, Türk yatırımcısının yurt dışında yapacağı yatırımları tehlikeye sokar ve Türk yatırımcılar Sözleşmeyle sağlanan korumalardan yararlanamazlar.¹⁶⁹

Türkiye, yabancı yatırımları çekelim derken girdiği bu yolda milyarlarca dolar tazminat riskli davalar, yüksek masraf ve avukatlık ücretleri ile karşı karşıya kalmıştır. Bu durumda ICSID'den ayrılma bir seçenek olabilir ancak çok iyi düşünülmesi gereken bir konudur. Olumlu ve olumsuz yanları beraber ele alınmalıdır. Öyle ki Türk yatırımcıları da ilgili ikili yatırım anlaşmaları ile yurt dışında yatırım yapmıştır ve yapmaya devam etmektedir. Risk durumlarında ICSID korumasından yararlanmaktadır. Olası bir ayrılma durumunda onların da korumasız kalacakları unutulmamalıdır. Örneğin Türkiye-Kazakistan arasındaki yatırım anlaşmasına göre Kazakistan'a dava açan Türk yatırımcı 160 milyon ABD doları tazminata hak kazanmıştır.¹⁷⁰ Ayrıca daha önce belirttiğimiz gibi ayrılmak mevcut ve olası riskleri ortadan kaldırmayacak, Bolivya örneğinde belirttiğimiz gibi, ilgili süreler boyunca Türkiye'nin sorumluluğu devam edecektir. Bu nedenle ICSID Sözleşmesinin feshinin doğru olmadığı ve sorunların çözümü için yeterli olmayacağı kanaatindeyiz.

b. İkili Yatırım Anlaşmalarının Feshi

Ekvator 2008 yılında imzaladığı ikili yatırım anlaşmalarından 9 tanesini feshetmiştir.¹⁷¹ Bu sözleşmeler her ne kadar feshin yürürlüğe gireceği tarihten sonraki yatırımlarda çıkacak uyuşmazlıklar için ICSID ve diğer kurullarda tahkim riskini kaldıracaksa da fesihden önceki yatırımların risklerini ortadan kaldırmayacaktır. Ancak ICSID Sözleşmesi'nin feshinde

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2012%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

¹⁶⁸ Fouret, Gerbay, Alvarez, s. 900.; Schreuer, s. 141.; Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law*, 3rd Edition, Edward Elgar Publishing, 2020

¹⁶⁹ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 312,313.

¹⁷⁰ Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 311.; Ziya Akıncı, *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure*, Juris Publishing, 2011, s. 236,237.

¹⁷¹ Peter Muchlinski, "Trends in International Investment Agreements, 2008/2009", *Yearbook of International Investment Law & Policy, 2009-2010*, Oxford University Press, s. 43.; https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20098_en.pdf (02.04.2020)

belirttiğimiz sebeplerle, ikili yatırım anlaşmalarının feshi de doğru bir çözüm değildir.¹⁷²

Bolivya, 2007 yılında Sözleşmeden çekilme bildiriminde bulunmuştur.¹⁷³ Ancak bu bildirim ulaşmasından önce doğan hak ve yükümlülükleri etkilemeyeceğine ilişkin Sözleşmenin 72. maddesi uyarınca yaptığı ikili yatırım anlaşmalarından kaynaklanan Bolivya'nın sorumluluğu devam etmektedir.¹⁷⁴ Bolivya bu anlaşmaları değiştirmeli, ICSID onayını her ülke için kaldırmalı ve bunu akit devletlere tek tek kabul ettirmelidir.¹⁷⁵

5. Genel Sekreterin Başvuruyu Reddetme Yetkisi Bakımından

ICSID Sözleşmesinin 36. maddesinin 3. fıkrası başvurunun ICSID yargı alanına girip girmediği hususunda Genel Sekreterin denetleme yetkisini düzenlemektedir. Genel Sekreterin başlangıçtaki inceleme yetkisi sadece yargı yetkisi ile ilgili olup esasa dair inceleme yapamaz. Genel Sekreter ICSID'in yargı yetkisi dışında olmayan ve dayanaksız olan başvuruları kabul etmek zorunda kalırsa başvuruyu esasa kaydedecek, hakem kurulu oluşacak ve ev sahibi devletler kötüye kullanılma riskiyle karşı karşıya kalacaktır. Kötüye kullanılma ihtimalini engellemek için Genel Sekreterin başvuruyu reddetme yetkisi kuvvetlendirilmeli ve daha etkin hale getirilmelidir. ICSID'in kötüye kullanılma ihtimaline karşı hakem kurulu oluştuktan sonra ileri aşamalara geçilmeden davayı kısmen ya da tamamen reddetme ihtiyacı ortaya çıkmış bunun üzerine seri muhakeme usulü kurumu doğmuştur.¹⁷⁶

6. ICSID Tahkiminde Seri Muhakeme Usulü Bakımından

ICSID Tahkim Kuralları 41. madde 5. fıkrada ve Ek mekanizma kuralları 45. madde 6. fıkrada tanımlanmış olan Seri Muhakeme Usulü ile; hakem kurulu oluştuktan sonra 30 gün içinde ve ilk oturumdan önce taraflar iddianın "açıkça hukuki dayanaktan yoksun" olduğu itirazında bulunabilirler. Bu sayede daha yargılamanın başında esasa girilmeden mesnetsiz iddiaları hakem kurulu kısmen ya da tamamen reddedebilmektedir. Açıkça ifadesi ilk bakışta anlaşılabilirliği ifade eder.¹⁷⁷

¹⁷² Gharavi, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi", s. 313.

¹⁷³ Fontanelli, s. 192.;

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2007%20-%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

¹⁷⁴ Cristani, "Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries", s. 193,194.

¹⁷⁵ Yıldırım, s. 307.

¹⁷⁶ Terzi, Burak, "ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü", MHB, C. 37, S. 2, Aralık 2017, s. 823,824.

¹⁷⁷ Trans-global Petroleum, INC v The Hashemmite Kingdon of Jordan (ICSID Case No:ARB/07/25); Terzi, s. 826.

İtiraz için 30 günlük süre belirlenmiştir. Tahkim Kuralları 41. madde 5. fıkrada hakem kurulu itirazın sunulmasından sonra ilk oturumda ya da ilk oturumdan sonra ivedilikle karar verir hükmü yer almaktadır. Brandes v. Venezüela davasında¹⁷⁸ heyet 4 günde karar vermişken, Globex v. Ukraine davasında¹⁷⁹ heyetin karar vermesi 147 gün sürmüştür. Heyetin karar vermesinin çok zaman alması seri muhakeme usulünün amacına uygun değildir.¹⁸⁰ Hakem heyeti tarafların iddiaları hakkında hukuki olarak inceleme yapmakla mükelleftir.¹⁸¹ Ancak bunun için iddiaların ilk görünüş olarak kabule uygun olması gerekir.

Seri muhakeme usulünün ICSID davalarında kullanımı son yıllarda artmış, 33 davada uygulanmıştır.¹⁸² Libananco tahkiminde davacı seri muhakeme usulünün uygulanmasını talep etmişse de heyet bu talebi reddetmiştir. Dayanaktan yoksun iddiaların yargılamanın en başından reddedilmesi amacını taşıyan bu iyiniyetli uygulamanın yargılamaya ek bir usul daha getirmiş olması memnuniyet vericidir. Ancak bu uygulamanın kötüye kullanılabilmesi, yargılamayı uzatabileceği ve masrafları arttırabileceği de hakem heyetlerince dikkate alınmalı ve kötüye kullanımına müsaade edilmemelidir.¹⁸³

E. ICSID TAHKİMİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLARIN BU ÇALIŞMADA İNCELENEN TAHKİMLERE YANSIMASI VE ÖNERİLERİMİZ

Uzan bağlantılı tahkimler ICSID literatürüne geçen kötü niyetli ve kurgulanmış dava örneklerindedir. Uzanlar, Libananco tahkiminden elde ettikleri tecrübe ile Saba Fakes tahkimini farklı bir biçimde kurgulamışlar, bu tahkimi Türk vatandaşı olmayıp diğer bir akit devlet vatandaşı olan gerçek kişi marifetiyle açmışlardır. Bu durum, bize göstermektedir ki; kötü niyetli kişiler ICSID kurallarının arkasından dolanmanın yeni yollarını denemektedirler.

Başvuruya konu rakamlar değerlendirildiğinde, 2006 yılında Libananco tahkiminde talep edilen 10,1 milyar Amerikan doları ve 2007 yılında Saba Fakes tahkiminde talep edilen 19 Milyar Amerikan doları tazminatın afaki olduğu aşıkarken, başvuruların bu bedeller üzerinden tescil edilmesi de anlaşılabilir değildir.

Talep edilen tazminat bedellerine göre nisbi oranlı harç uygulaması düşünülebilecek seçenekler arasında olmalıdır. Bu seçenek değerlendirilirken başvuruya engel olmamak kriteri de göz önünde bulundurulmalıdır. Kötü niyetli kişilerin zengin olmak niyetiyle gelişmekte

¹⁷⁸ ICSID Case No. ARB/12/22

¹⁷⁹ ICSID Case No. ARB/09/11

¹⁸⁰ Terzi, s. 836.

¹⁸¹ Terzi, s. 833.

¹⁸² <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Manifest-Lack-of-Legal-Merit.aspx> (27.04.2020)

¹⁸³ Terzi, s. 822-840.

olan ülkeleri tahkim riskiyle karşı karşıya bırakmasına karşı nisbi harç ve başvuruya engel olmama kriterlerini de karşılayacak bir mekanizma geliştirilmelidir.

Her ne kadar uluslararası sözleşmeler ve kurumlar iyi niyet dikkate alınarak kurgulanmış olsa da, bu kurum ve anlaşmalar için kötüye kullanımı engelleyecek bir sigorta mekanizması oluşturulmalıdır.

Gelişmekte olan ülke yargılamalarına karşı olan önyargılı yaklaşımdan mı yoksa gelişmekte olan ülkelerin yatırımcıları zarara uğrattığı kabulünden mi kaynaklandığını tam anlayamadığımız bu yaklaşımların defalarca, açıkça ve birçok belgeyle desteklenerek yapılan tescil edilmeme/reddedilme başvurularına rağmen tescil edilmesi sistemsel bir hatayı ortaya koyması açısından önemlidir. Bu hatanın başvuru hakkı veya yatırımcının korunması kapsamında değerlendirilmeye çalışılması doğru değildir. Gelişmiş ülkelere karşı yapılmaları halinde tescil edilmemesi yüksek ihtimal olan -Uzan örneğindeki gibi- kötü niyetli başvuruların gelişmekte olan ülkelere karşı yapıldığında tescil edilmesi kurum içinde tescil açısından bir uygulama birliği olmadığını ortaya koymaktadır.

ICSID sisteminin, profesyoneller, hakemler ve hukukçular tarafından gelir kaynağı gibi görülmesi, süreç sonunda reddedilmesi çok büyük bir olasılık olan başvuruların dahi tescil edilmesinin sebeplerinden birisi olabilir. Kısa sürdüğü için tercih edilen tahkim yargılamasının uzun yıllar devam etmesi gelir kaynağı gibi görülme eleştirilerini beraberinde getirmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmanın sonuçları, uluslararası tahkim ve ICSID (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi) tahkim süreci kapsamında Türkiye'nin yaşadığı deneyimler ve karşılaşılan sorunlar ışığında değerlendirilmektedir. Öncelikle, ICSID tahkimine ilişkin yasal ve kurumsal düzenlemelerin yatırımcılar ve devletler arasındaki uyumsuzlukların çözümünde sağladığı avantajlar incelenmiştir. Ancak, ICSID tahkim sisteminin kötüye kullanımına dair önemli risklerin olduğu da tespit edilmiştir.

Çalışmanın bulguları, ICSID Sözleşmesi'nde "yatırım" kavramının belirsizliğinin, kötü niyetli başvurulara imkân sağladığını göstermektedir. Türkiye'nin karşılaştığı kötü niyetli davalar olan Saba Fakes, Libananco, Cementownia davaları bağlamında, başvuru sahiplerinin haksız ve kötü niyetli taleplerle ICSID tahkimine başvurdukları ve Türkiye'yi ekonomik ve hukuki olarak zor duruma düşürmeye çalıştıkları tespit edilmiştir. ICSID sürecinin uzun, masraflı ve zaman alıcı yapısı, kötü niyetli davacılar tarafından suistimal edildiğinde, devletlerin hem finansal hem de itibari zararlara uğramasına yol açabilmektedir.

Bu çalışmada, ICSID tahkim sürecinin iyileştirilmesi ve kötüye kullanımın önlenmesi için çeşitli öneriler sunulmuştur. Bu öneriler arasında, Genel Sekreter'in ön inceleme yetkisinin genişletilmesi, başvurularda "iyi niyet" kriterinin daha sıkı bir şekilde uygulanması ve haksız davalar için caydırıcı tazminat ve teminat koşullarının getirilmesi bulunmaktadır. Ayrıca, tahkim başvuruları için nisbi bir harç uygulanması ve haksız tahkim

taleplerinin önlenmesi için uluslararası içtihat birliğinin sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Sonuç olarak, ICSID tahkimi, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için önemli bir araç olmakla birlikte, mevcut düzenlemeler ve uygulamalar, kötüye kullanıma karşı yeterli koruma sağlamamaktadır. Türkiye'nin deneyimleri ışığında, ICSID sisteminin daha adil, şeffaf ve dengeli bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir. Bu değişiklikler hem devletlerin hem de gerçek yatırımcıların haklarının korunmasını sağlayacak ve uluslararası yatırım hukukunun güvenilirliğini artıracaktır.

KAYNAKÇA

Akıncı Ş, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, Yıl 2019, Cilt 27, Sayı 3, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 660. <https://doi.org/10.15337/suhfd.659984> (25.06.2020).

Akıncı Z, Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure, Juris Publishing, 2011.

Akıncı Z, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Akıncı Z, Yurt Dışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi” II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009.

Akipek J G / Akıntürk T / Ateş Karaman D, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.1,10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2013.

Akkanat H, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

Akyol Ş, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13

Arslan R, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Sevinç Matbaası, Ankara 1989.

Arslan R / Ejder Y / Taşpınar S A / Hanağası E, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2019, s. 786.

Ataman Fıganmeşe İ, “Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları”, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 18-36.

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2014.

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2018.

Kuru B / Arslan R / Yılmaz E, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Balcerzak F, Investor-State Arbitration and Human Rights, Koninklijke Brill Publishing, 2017.

Bergkamp L L / Environment K, Law International, 2001, s. 307-314.

Bilgili F / Demirkapı E, Ticaret Hukuku Bilgisi, 9. Baskı, Dora Yayınları, Şubat 2016.

Bradfield M / J.C. Thomas, “Non-Pecuniary Remedies: A Missed Opportunity?”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 30, Issue 3, Fall 2015.

Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/02.

Champion Trading Company et al. v. Mısır (ICSID Dava No.ARB/02/9).

Cole T, *The Structure of Investment arbitration*, Routledge, 2013.

Cristani F, "Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries", *International Investment Law in Latin America*, Nijhoff International Investment Law Series, Vol 5, Brill Publishing, s. 159-207.

Çelikel A / Ergin N, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 2008.

Çevik Ö / Şimşek C, "ICSID'in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi", *Articletter*, Winter 2008.

Doğan M / Şahan G / Atamulu İ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, Seçkin Yayınevi, 2019 Ankara.

Domanski G / Zimoch Tucholka J, "Investment treaty Disputes: Selected Developmentsin 2008 and 2009", *The Comperative Law Yearbook of International Business*, Vol 32, 2010.

Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1997.

Egemen Demir I, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

Erten R, "ICSID Tahkimi", *BATİDER*, 1998, C.19, S.4

Esen E, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Beta Basım, İstanbul 2011.

Fontanelli F *Jurisdiction and Admissibility in Invetsment Arbitration*, Brill Publishing, 2018, s. 192.;<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2007%20-%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

Fouret J / Gerbay R / Alvarez G M, *The ICSID Convention Regulations and Rules*, Edward Elgar Publishing, 2019.

Gharavi H, "Türkiye'nin Tahkim Performansı", *Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı*, İstanbul 2012.

Gharavi H, "Yatırım Tahkiminin Avantaj ve Dezavantajları ve Türkiye'nin İkilemi" II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009.

Gömmel R, *Investing into North African Solar Power*, Springer International Publishing, 2015, s. 190.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24

İmre Z, *Medeni Hukuka Giriş*, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

Karan N, "İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, s. 275.

İlhan E D, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları ve Yatırım Tahkimi Yargılamasında Karşılaşılan Sorunlar*, TBB Dergisi, 2022/158

Karayel İ E, *ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Kervankıran E, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sayı 3-4, Yıl 2007, s. 453.

Keser L, “Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsal’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2000.

Konuralp H / Tercan E, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nun Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri ile Kişiler Hukuku Hükümlerinin Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, Eskişehir 2003.

Kütükçü D, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2009, Sayı 63-64.

Laird Ian A., Borzu Sabahi, Frederic G. Sourgens, Nicholas J. Birch, Kabir Duggal, Joanna Coyne, “International Investment Law and Arbitration: 2013 in Review”, Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014, Oxford University Press, 2015.

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8.

Lucy Reed, Jan Paulson, Guide to ICSID Arbitration, 2 nd Edititon, Kluwer Law International, 2011.

Luke Eric Peterson, Turkey Prevails in Uzan – Related 19 Billion Arbitration Claim; Dutch National Unable to prove legal Ownership of Disputed Telecoms Firm., <https://www.iareporter.com/articles/turkey-prevails-in-uzan-related-19-billion-arbitration-claim-dutch-national-unable-to-prove-legal-ownership-of-disputed-telecoms-firm/> (26.04.2020)

Markert L M, Titi C, “States Strike Back- Old and New Ways for Host States to Defend against Investment Arbitration”, Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014, Oxford University Press, 2015, s. 404.

Muchlinski P, “Trends in International Investment Agreements, 2008/2009”, Yearbook of International Investment Law & Policy, 2009-2010, Oxford University Press.

Nadakavukaren S K, International Investment Law, 3 rd Edition, Edward Elgar Publishing, 2020.

Navarro, Jose Maria Lezcano Piercing the Corporate Veil in Latin American Jurisprudence, Routledge, 2016.

Nomer E / Ekşi N / Öztekin Gelgel G, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

Oğuzman K / Barlas N, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Oğuzman K / Seliçi Ö / Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2013.

Övünç Öztürk N, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2006 (Yüksek Lisans Tezi).

Özbay, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

- Özbek M S, Tahkim Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Özsu G, ICSID Tahkimi Bakımından “Tahkime Rıza” ve Bu Rıza Çerçevesinde Tahkim Öncesi Süreçler, TAAD, Yıl:9, Sayı:34 (Nisan 2018)
- Polat M / Al Kılıç Ş, “ICSID Yatırım Tahkimine Konu Olan Cementownia “Nowa Huta” S.A.-Türkiye Uyuşmazlığında “İyi niyet ve Manevi Tazminat” iddialarının Değerlendirilmesi”, MHB, C. 34, S. 2, s. 70.
- Poroy R / Tekinalp Ü / Çamoğlu E, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku 11. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 4. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Rudorfer M, “Piercing the Corporate” Veil, Grin Verlag, 2006.
- Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20.
- Schreuer C, “Alternative Remedies in Investment Arbitration”, The Journal of Damages in International Arbitration, 2016, Vol. 3, No.1, s. 1-31.
- Schreuer C, “Denunciation of the ICISD Convention and Consent to Arbitration”, The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality, Kluwer Law International.
- Sezer A, Kıymetli Evrakın Zayi Olması ve İptal Davası, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Şanlı C / Esen E / Ataman Figanmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Şanlı C, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- Şimşek Ç, “ICSID’in Yetkisinin Belirlenmesinde İyi Niyet Kriteri ve Phoenix Davasının İrdelenmesi”.
- Terzi B, “ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü”, MHB, C. 37, S. 2, Aralık 2017.
- Tuygun S, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2007.
- Umur Z, Roma Hukukunda İktisadi Müruruzamanda Hüsnüniyet, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1956.
- Uyar T, “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II), s. 439,440.<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/T.Uyar-3.pdf> (26.06.2020).
- Yanlı V, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000.
- Yavuz A, Medeni Usul Hukuku Esasları II, İstanbul 2001.
- Yavuz A, Mehmet Kamil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Basım, İstanbul 2005.
- Yıldırım A, “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009.

Yılmaz İ, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.

ICSID TAHKİM DAVALARI

Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Jamaica, (ICSID Case No. ARB/74/2)

Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB/08/3)

Enron Corporation and Ponderosa Assets v Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/01/3)

Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine, (ICSID Case No. ARB/09/11)

Inceysa Valliosletana S.L. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/03/26)

Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8)

Mihayl International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2)

Motorola Credit Corporation, Inc. v. Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/04/21)

Phonix Action ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5).

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey (ICSID Case No: ARB/02/05)

Salini Consaortium F.R.C.C. v Kingdom of Morocco, (ICSID Case No, ARB /04/21)

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3)

Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18)

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/94/2)

TSA Spectrum v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/05)

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>

<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/staticFiles/basicdoc/partB-section05.htm#05> (30.03.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2007%20-%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2012%20Annual%20Report%20-%20English.pdf> (02.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> (23.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/20> (23.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/8> (23.04.2020)

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Manifest-Lack-of-Legal-Merit.aspx> (27.04.2020)

<https://www.icj-cij.org/node/103133>

https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20098_en.pdf (02.04.2020)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0138.pdf> (07.07.2019)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf> (16.06.2019)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf> (30.03.2020)

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0874.pdf> (25.06.2020).

ÜRETİM HATALARININ ORGANİZASYON SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ELE ALINMASI

Handling Production Defects in the Context of Organizational Responsibility

Dr. İpek B. ALDEMİR TOPRAK*

Öz: Sanayi devriminden itibaren ortaya çıkan teknolojik gelişme ve modernleşme, insanların ihtiyaçlarını çeşitlendirmektedir. Bu çeşitliliğin ise tek kişiden oluşan işletmeler tarafından sağlanması mümkün değildir. Aksine karmaşık üretim süreçlerine hâkim olabilen ve birden fazla çalışanın yer aldığı büyük işletmeler gereklidir. Söz konusu işletmelerde ham madde, araç gereç, makine ve çalışanların sayı veya nitelik itibarıyla yetersizliği ya da organizasyonun gereği gibi kurulmaması, ürünlerin hatalı üretimine yol açar. Hatalı üretilen ürünlerin ise kullanıcı veya üçüncü kişilerin şahıs ya da malvarlığını zarara uğratması çoğu zaman kaçınılmazdır. Özellikle üretim sürecinde yaşanan aksaklıklar, üreticinin işletmesindeki çalışma düzenini zararın doğmasını engelleyecek şekilde koordine etmemesi organizasyon sorumluluğunu ortaya çıkarır. Organizasyon sorumluluğu, büyük işletmelerdeki iş bölümünün, uzmanlaşmanın ve karmaşanın yarattığı tehlikenin gerektirdiği bir sorumluluktur. Tarihsel süreç içerisinde ise organizasyon sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğu temelinde gelişmektedir. Özellikle üretim hatalarının yol açtığı zararların, ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin yürürlüğü öncesinde sözleşmeden doğan sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu bağlamında adilane bir şekilde tazmin edilmemesi, söz konusu dönem için organizasyon sorumluluğunun önemini arttırmaktadır. Zaman içerisinde ürün sorumluluğunun gerek Türk gerekse de Kıta Avrupa'sında yasal bir düzenleme bulmuş olması ise organizasyon sorumluluğunun önemini azaltmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Üretim hatası, hatalı ürün, organizasyon sorumluluğu, ürün sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, özen borcu

Abstract: Technological development and modernization since the industrial revolution have diversified people's needs. This diversity cannot be achieved by one-person businesses. On the contrary, large enterprises that can master complex production processes and have more than one employee are a necessity. In these enterprises, the inadequacy of raw materials, tools, machinery and employees in terms of number or quality, or the failure to establish the organization properly, leads to faulty production of products. It is often inevitable that defective products will cause damage to the person or property of the user or third parties. In particular, disruptions in the production process, the failure of the manufacturer to coordinate the working order in the enterprise in a way to prevent the occurrence of damage reveals organizational responsibility. Organizational responsibility is a responsibility required by the danger created by the division of labor, specialization and complexity in large enterprises. In the historical process, organizational liability develops on the basis of the liability of the employer. In particular, the fact that the damages caused by production defects were not fairly compensated in the context of contractual liability and tort liability prior to the enactment of the regulations on product liability increases the importance of organizational liability for the period in question. The fact that product liability has found a legal regulation both in Turkey and Continental Europe over time does not diminish the importance of organizational liability.

Keywords: Manufacturing defect, defective product, organization liability, product liability, tort liability, duty of care

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ipekbetuldemir@gmail.com

ORCID: 0000-0003-0721-3044

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573664

Makale Geliş Tarihi: 22.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 01.10.2024

GİRİŞ

Nüfusun artmasıyla birlikte ihtiyaçların karşılanma şekli değişmektedir. Öyle ki, beden gücünü esas alan üretim yerini makineye dayalı üretime bırakmaktadır. Böylece Sanayi Devrimi'nden sonra endüstriyel gelişim ile üretim süreci, serileşir ve oldukça karmaşık bir hal alır. Birçok kişinin katılımını da içeren üretim süreci sonunda elde edilen ürün, farklı ülkelerdeki kullanıcılara veya diğer kişilere temas eder. Bunun neticesinde piyasaya sunulan hatalı bir ürün, kişilerin vücut bütünlüğünü veya malvarlığını tehlikeye atar. Söz konusu tehlikeyi ele alan “*ürün sorumluluğu*”, piyasaya sürülen bir ürünün, kişilere ve eşyaya verdiği zarar sebebiyle üreticisinin veya üretici gibi kabul edilenlerin sorumlu tutulmasını ifade eder.¹ Ürün sorumluluğunun yasal düzenlemeye kavuşması zaman almıştır. Bu süreç içerisinde ise hatalı üründen doğan sorumluluk, mahkeme kararlarında ve doktrinde farklı hukukî temellere dayandırılmıştır. Öyle ki, aldığı üründen zarar gören kimse, ilk olarak üreticiye satış sözleşmesi kapsamında başvurabilir. Ancak böylesi bir sorumluluk için zarar gören ile üretici arasında sözleşme ilişkisinin bulunması gerekir. Sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlar, ilk zamanlar hem Kıta Avrupası² hem de Türk³ Hukuku'nda haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir. Lakin

¹ Barbara Dauner-Lieb / Werner Langen, Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch: Schuldrecht, 4. Auflage 2021, NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 281; Wolfgang Hau/ Roman Poseck (Hrsg), BeckOK BGB, 70. Edition, 2024, BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 674; MuKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 922; Çiğdem Kırca, Ürün Sorumluluğu, BATİDER, Ankara, 2007, s. 1; Doğukan Arık, Avrupa Ürün Sorumluluğu Direktifi İle Karşılaştırmalı Olarak 7223 Sayılı Ürün Güvenliği Teknik Düzenlemeler Kanunu Uyarınca Ürün Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2023, s. 6.

² BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 1 Rn. 8; Hans-Joachim Hess, Produktheftpflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produktheftpflicht vom 18. Juni 1993, SHK - Stämpflis Handkommentar, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, 2016, SHK PrHG Teil 1, Rn. 1 vd.; Christoph Müller, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, 2023, CHK OR Art. 55, Rn. 27.

³ Seda Baş, “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış”, TAAD Yıl 13, Sayı 52, Ekim 2022, s. 349-382, s. 355, 363; Tuba Akçura Karaman, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 47; Mehmet Akçal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu”, 2012/3, Ankara Barosu Dergisi, s. 253-290, s. 266; Erdem Büyüksağış / Kerem Öz, “Tıbbî Ürünlerin Yol Açtığı Zarardan Sorumluluk: Karşılaştırmalı ve Eleştirel Bir Yaklaşım”, Aralık 2016, Sa 8, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 157-198, s. 176 vd.; Burcu G Özcan Büyüktanır/ Dila Okyar, “Otonom Yapay Zekâ Sistemlerinden Kaynaklanan Zararlar Bakımından Üretici Gelişim Riski Savunması İleri Sürebilir Mi?” Kasım-Aralık 2023, C. 18, S. 217, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1195-1217, s. 1199; Ayşe Havutçu, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2005, s. 57; Ünsal Dönmez, “Türk Ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk Ve Özel Sorumluluk Hâlleri”, C. 7, S. 1, Y. 2016, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 381-406, s. 388.

haksız fiil sorumluluğunun kuralları, kullanıcı ve üçüncü kişiler için çeşitli ispat zorlukları içermektedir. Üreticinin kusurunun bulunmadığı bazı durumlarda ise oluşan zarar tazmin edilemez. Kusura dayalı sorumluluk rejiminin yetersiz oluşu ve teknolojiyle birlikte tehlikelerin artması, ürün sorumluluğu düşüncesinin gelişmesine yol açar. Bu gelişme ilk olarak mahkeme kararlarına yansır ve mevcut kuralların uygulanması tersine çevrilir veya genişletilir. Bunun sonucunda adam çalıştırının, çalışanlarının fiillerinden kusursuz sorumluluğunu ele alan düzenleme, mahkemelerce hatalı ürünlerden doğan zararın tazmininde bir çözüm olarak ele alınır. Zira mahkemeler, adam çalıştırının özen yükümlülüğünü genişleterek üreticinin hatalı bir ürün oluşturmayacak organizasyonu sağlamakla yükümlü olduğuna karar verir. Öyle ki, hatalı ürünler bazen ürünün üretimi aşamasında üreticinin organizasyonu gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkar.

Mevcut düzenlemelerden farklı bir çözüm arayışı, Avrupa'da 25.07.1985 tarihli 85/374 sayılı Ayıplı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Ülkelerin Hukukî ve İdarî Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Avrupa Konseyi Direktifinin (85/374 sayılı Direktif) kabul edilmesine yol açmıştır. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler, söz konusu Direktifi iç hukuklarına aktarmak için çalışmalar yapmıştır. Almanya 1990 yılında Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu (ProdHaftG), İsviçre 1993 yılında İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu (PrHG) ile 85/374 sayılı Direktifi iç hukuklarına aktarmıştır. Türk Hukuku'nda ise bu konu ilk olarak tüketicinin korunması bağlamında ele alınmıştır. Ardından 12 Mart 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) ile ürün sorumluluğu kanunî bir dayanağa sahip olmuştur. Belirtmek gerekir ki, hatalı ürünlerden doğan sorumluluğu düzenleyen Kanunumuzda veya Direktifte üründe oluşabilecek hatalar, farklı türlere ayrılmaz. Doktrinde⁴ ise ortaya çıkabilecek hata türleri, esasen tasarım, üretim ve bilgilendirme hatası olarak sınıflandırılır. Bu sınıflandırma da hatanın ortaya çıkış şekli belirleyicidir. Hatanın türü ve oluşum şekli oluşan zarar nedeniyle doğacak sorumluluğun hukukî dayanağını etkiler. Bu bağlamda, ürün sorumluluğuna ilişkin kanunî düzenleme bulunsa da diğer sorumluluk rejimlerinin uygulanabilirliği incelenmelidir. Çalışma kapsamında ise üreticinin üretim sürecindeki organizasyon yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle oluşan üretim hataları ele alınmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılması için diğer hata türlerine de karşılaştırmalı olarak yeteri kadar değinilmektedir. İsviçre ve Almanya'da var olan hukuk düzenlemeleri ile 85/374 sayılı Direktife gerektiği ölçüde yer verilmektedir.

⁴ Mathias Habersack, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Schuldrecht – Besonderer Teil IV §§ 705–853, 9. Auflage 2024, MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1068; Hans Josef Kullmann, Produkthaftung für Verkehrsmittel Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NZV 2002, s. 1-10, s. 3; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 29. Diğer bir ayrımlar için bkz. Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 30; Yasin Alperen Kardeşahin, “Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda Yer Alan Ürün Sorumluluğu Kuralları İle Ürün Güvenliği Kurallarının İlişkisi”, S. 72 (3) 2023, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1389-1425, s. 1408; Akçaal, s. 276-277; Mustafa Ünlütepe, Organizasyon Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 344; Havutçu, s 28.

I. ÜRETİM SÜRECİNDE ORGANİZASYON VE ORGANİZASYON SORUMLULUĞUNUN GELİŞİMİ

A. İŞLETMELERİN ORGANİZASYONU

Ekonomik hayatta mal ve hizmet üreten işletmelerin büyüklüğü, kullandıkları teknik araç gereç ile çalışanların sayısı ve bunların oluşturduğu karmaşa sonucu bir zarar tehlikesi doğar. Bu tehlikenin önlenmesi için söz konusu işletmelerin üretim sürecini düzgün bir şekilde organize etmesini gerektirir. Organizasyon kelime anlamı itibarıyla “düzenleme” veya “devlet, idare, toplum vb.nin düzenleniş biçimi, kurum, kuruluş, teşkilat” anlamlarında kullanılır.⁵ Doktrinde işletme amacının yerine getirilmesi amacıyla araç gereç ve kişilerin düzenlenmesi organizasyon olarak ifade edilir. Burada bir kişinin başka kişilerle bilgi ve becerisini birleştirerek mevcut araç ve gereç ile iş bölümü yapması ve koordine olması ifade edilmektedir.⁶ Bu bakımdan organizasyon bir yandan işletmeyi diğer yandan ise işletmenin amacına ulaşabilmesi için kişi ve makine olarak örgütlenmesini ifade eder.⁷

Organizasyon kavramı, hukukumuzda sıklıkla kullanılan bir kavram değildir. Ne Türk ne de İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır.⁸ Lakin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından 66. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme, doktrinde “organizasyon sorumluluğu” olarak isimlendirilir. Almanca “Organisationshaftung” ile ifade edilen organizasyon sorumluluğu, organizasyon yükümlüsünün bu yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sorumlu olmasıdır.⁹

Organizasyon yükümlülüğünün kapsamına esas itibarıyla işletme amacını gerçekleştirmek için işlerin, çalışanların koordine edilmesi, işletmede bulunan makine ve aletlerin düzenlenmesi girer. Çalışanların davranışları ve maddi kaynakların kullanımı veya üretimi, risk oluşturabileceği gibi bunların uygun olmayan bir yapı tarafından organize

⁵ <https://sozluk.gov.tr> (e.t.3.7.2024)

⁶ Tanımlar için bkz. Oliver Waespi, Organisationshaftung Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, ASR- Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 700, Stämpfli Verlag AG, 2005, s. 6; Ünlütepe, s. 96; Ayşe Nur Kılınç, Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu, Temmuz, 2018, s. 43; Seda Kara Kılıçarslan, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (Adam Çalıştırmanın Çalışanın Davranışlarından ve İşletmenin Organizasyonundan Dolayı Sorumluluğu), 2017, s. 132.

⁷ Ünlütepe, s. 99-101; Kılınç, s. 45 vd.

⁸ Waespi, s. 5.

⁹ Çeşitli tanımlar için bkz. Waespi, s. 5; Kara Kılıçarslan, s. 136; Sabah Altay, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m. 66/3)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, Legal, 2012, s. 161-175, s. 170.

edilmesi zarara uğrama tehlikesi yaratır.¹⁰ Ayrıca düzgün bir şekilde organize olması için işletmelerin kuruluşunda gerekli izinler alınmalı; çalışanlar işin niteliğine göre yeter sayı ve uzmanlıkta istihdam edilmelidir. Gerektiğinde çalışanlara uzmanlık eğitimi veya güncelleme eğitimi verilmelidir. Bununla birlikte işin niteliğinin gerektirdiği şekilde yatay ve dikey iş bölümleri yapılmalıdır. Lakin organizasyon yükümlülüğü, bununla sınırlı değildir. Üretici zararı engelleyecek veya bu tehlikeyi en aza indirecek organizasyonu sağlamalı ve bunun için gerekli tüm yükümlülükleri işletmenin gerekliliklerini dikkate alarak yerine getirmelidir.¹¹

B. SORUMLULUĞUN GELİŞİMİ

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu sadece adam çalıştırmanın sorumluluğuna yer verir ve organizasyon sorumluluğunu içermez. Yargıtay¹² ise vermiş olduğu kararlarda adam çalıştırıcı, çalışmanı seçme, talimat verme ve denetlemede gösterdiği özenle sınırlı olarak sorumlu tutmaz. Aksine adam çalıştırıcı, işin organizasyonunu yeterli şekilde kurmamaktan da sorumludur. Bu bakımdan işin önemine göre çalışanların seçiminde, işin düzenlenmesinde, kullanılan malzeme ve aletlerin seçiminde özenli olmalıdır. Aksi halde organizasyon kusuru ortaya çıkar. Bu kararlar ile uygulamada adam çalıştırıcının sorumluluktan kurtulmak için getirmesi gereken kanıtlar genişletilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile organizasyon sorumluluğu hukukî düzenlemeye kavuşur. 66. maddenin 3. fıkrasının “*bir işletmede adam çalıştırıcı, işletmenin çalışma düzeninin zararını doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür*” şeklindeki ifadesi, organizasyon sorumluluğunun yasal zeminini oluşturur.¹³

Mülga Borçlar Kanunumuz’un 55. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu’nda (Art. 55) OR 2020 Taslağı ile değişiklik yapılması ve organizasyon sorumluluğunun eklenmesi istenmektedir. Lakin taslak henüz yasalaşmadığı için İsviçre hukukunda hâlihazırda organizasyon

¹⁰ Burim Pavataj, Die deliktischen Organisationspflichten Ein Beitrag zum Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR, SGRW - St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 50, Dike Verlag AG, 2022, Rn. 83.

¹¹ Örnekler için bkz. Dila Okyar, Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu (TBK m. 66), On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 150; Ahmet Türkmen, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)”, C. LXX, S. 2, 2012, ÜHFM, s. 257-284, s. 276; Kara Kılıçarslan, s. 153 vd.

¹² Yarg. 19. HD., E. 1993/8957 K. 1993/9031 T. 28.12.1993: “*Adam çalıştırıcı; işçilerin seçiminde, çalışırken başkalarına zarar vermemesi için denetimde, işin örgütlenmesinde, esaslı ve doğru kuralların konulmasında, sürekli gözetim altında tutulmasında gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle yardımcısının verdiği zarardan sorumludur.*” (lexpera). Ayrıca bkz. Yarg. HGK., E. 2009/393 K. 2009/452 T. 21.10.2009; Yarg. 4. HD. E. 1977/11751 K. 1978/10809 T. 02.10.1978 (lexpera) (e.t.3.7.2024).

¹³ Organizasyon sorumluluğunun ek bir özen yükümlülüğü olmadığı, genel bir sorumluluk rejimi olduğu konusunda bkz. Kara Kılıçarslan, s. 135-136. Aksi görüş için bkz. Akın Ünal/ Arif Kalkan, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan Ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, Y.11, S. 39, Temmuz 2019, TAAD, s. 45-82, s. 61.

sorumluluğuna ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, Federal Mahkeme yorum yoluyla adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen OR Art. 55 hükmünü organizasyon kusurunu içerecek şekilde genişletmektedir.¹⁴ Zira Federal Mahkeme işverenin göstermesi gereken özenin, çalışanların doğru seçilmesi, talimat verilmesi ve denetlenmesiyle sınırlı olmadığına karar vermektedir.¹⁵ Buna göre işveren aynı zamanda işi düzgün bir şekilde organize etmelidir. Alman hukukunda ise organizasyon sorumluluğunun hukukî dayanağını, adam çalıştırmanın hukukî sorumluluğunu düzenleyen BGB § 831 ve haksız fiile ilişkin genel düzenleme olan BGB § 823 oluşturur. Alman Federal Mahkemesi, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen BGB § 831 hükmünü içtihatlarla organizasyon yükümlülüğünü de içerecek şekilde genişletir. Adam çalıştırın, atanacak kişiyi seçerken araç gereç temin ederken veya işin yürütülmesinde özen göstermelidir. Aksi halde oluşan zarar sebebiyle sorumluluğu doğar.¹⁶ Bazen ise genel davranış yükümlülüklerini yerine getirmeyen iş sahibinin organizasyon sorumluluğuna, haksız fiil ve kusur temeline dayanan BGB § 823 hükmünü uygulanır.¹⁷

II. ÜRETİM HATASI NEDENİYLE OLUŞAN SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

A. SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

Makineleşme ve modern üretim tekniklerinin kullanımı, üretimin tek başına yürütülmesini çoğu zaman mümkün kılmaz. Aksine üretim süreci birçok çalışan ve makine ile araç gereci gerektirir. Buna bağlı olarak işletme faaliyeti sebebiyle ürünün tasarımında, üretiminde veya bilgilendirmesinde sorunlar yaşanabilir ve hatalı ürünler ortaya çıkabilir. Üretici ise üretim organizasyonundan doğan veya ifa yardımcılarında kaynaklanan hatalardan sorumludur.¹⁸ Diğer bir deyişle, hatalı ürün üreticinin işletmesinin çalışma düzeninden kaynaklı olarak ortaya çıkmışsa, zarar gören uğradığı zararın tazminini organizasyon sorumluluğu (TBK m. 66/3) bağlamında talep edebilir.¹⁹ Zira burada üreticinin, çalışanın fiilinde veya

¹⁴ Waespi, s. 247-249.

¹⁵ Ayrınca satranç çerçevesi kararı için bkz. (Schachtrahmen-Fall) BGE 110 II 456 E 3a.

¹⁶ NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 283.

¹⁷ Kılınc, s. 41, 121 vd.; Ünlütepe, s. 73 vd. Karş. Kara Kılıçarslan, s. 134.

¹⁸ NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 283.

¹⁹ Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 1 vd.; Turgut Öz, “Üreticinin Sorumluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 6 C. 6 Sa. 2, Temmuz 2007, s. 7-18, s. 12; Yıldırım Keser, Ürün Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 286; Ahmet Fevzi Kibar, Hatalı Tıbbi Cihazdan Doğan Hukukî Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 210; Akçaal, s. 263; Burcu G Özcan Büyüktanır/ Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Ve Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, C.8, S.1, Y.2017, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 153-198, s. 173-174; Erhan Kanişlı, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, S. 78 (3), İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 1413-1468, s. 1456.

üretimde kullanılan malzeme ya da makinelerin organizasyonunda gerekli özeni göstermemesi sebebiyle bir zarar ortaya çıkar. Üreticinin bu zararın ortaya çıkmasında kusuru olmasa dahi sorumluluğu doğar.²⁰ Çünkü buradaki sorumluluk, hukukî niteliği itibariyle olağan sebep sorumluluğudur.²¹

Üreticinin organizasyon sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğunun özel bir türüdür. Dolayısıyla bu sorumluluğun doğabilmesi için kusur dışındaki bütün şartların gerçekleşmesi gerekir.²² Bu bakımdan, somut olayda üretim hatası ve hukuka aykırılık bulunmalıdır. Bu hata zarara yol açmalıdır. Üreticinin işletme organizasyonu ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Tüm bunlara ek olarak üretici, işletmeyi zararın doğmasını engelleyecek şekilde organize etmek için gerekli özeni göstermemeli ve buna dair kurtuluş kanıtı getirememelidir. Aksine kanunun verdiği yetkiye dayanılması, zarar görenin rızası, üstün yararı ve kamusal yarar veya meşru müdafaaanın olduğu durumlarda hukuka aykırılık bulunmadığı için sorumluluk doğmaz (TBK m. 63).

B. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

1. Üretim Hatası Bulunmalıdır

a. Ürün

Ürün kelime anlamı itibariyle “doğadan elde edilen, üretilen yararlı şey; hasılat, mahsul” veya “türlü endüstri alanlarında ham maddelerin işlenmesiyle elde edilen şey” anlamındadır.²³ Hukukî anlamda ürün ise Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nun ve 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifinin konusunu oluşturur. Direktif kavram olarak ürünü tanımlamasa da taşınırları ve elektriği kapsama alır (m. 2)²⁴ Taşınır kavramıyla ne anlatılmak istendiği ise üye ülkelerin iç hukuklarına göre belirlenir. Lakin başka bir taşınmazla birleştirilen taşınırlar da üründür. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu ve İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu da Direktif ile aynı yöndedir.²⁵

²⁰ Öz, s. 12; Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu, s. 173; Altay, s. 163; Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, Eren Şerhi Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, 2023, s. 1503.

²¹ Gökhan Antalya, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 2, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 360; Kanişlı, s. 1457; Türkmen, s. 260; Altay, s. 170; Eren/ Dönmez, s. 1505; Kara Kılıçarslan, s. 137.

²² Kılınç, s. 97; Türkmen, s. 262; Kara Kılıçarslan, s. 136, 143; Waespi, s. 8.

²³ <https://sozluk.gov.tr>

²⁴ Elektrik ise 1999/34 sayılı Direktifle yapılan değişiklik ile ürün olarak kabul edilmiştir. Kapsam için bkz. Keser, s. 30; Baş, s. 358.

²⁵ Bkz. Franz Jürgen Säcker/ Roland Rixecker/ Hartmut Oetker/ Bettina Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, 9. Auflage 2024, MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 2 Rn. 15; Hess, SHK PrHG Art 3, Rn. 5; Pavataj, Rn. 124; Waespi, s. 39.

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, “*her türlü madde, müstahzar veya eşyayı*” ürün olarak tanımlamaktadır (m. 3/s). Mühtahzar, ilaç üreticileri tarafından hazırlanarak eczanelerde kullanıma hazır bulunan ilaçlardır.²⁶ Bu bakımdan kanun koyucu, 85/374 sayılı Direktifin kapsamına alınmayan müstahzarı ürün olarak kabul eder.²⁷ “Eşya”, üzerinde fiili ve hukukî hakimiyet kurulabilen ve cismanileşmiş kişilik dışı şeylerdir. Direktifte olduğu gibi taşınır eşya olduğu için Kanun kapsamında ürün olarak da değerlendirilir. Burada taşınmazların durumu önemlidir. Doktrindeki bir görüş,²⁸ 7223 sayılı Kanun’un 85/374 sayılı Direktiften farklı olarak taşınmazların ürün sorumluluğu kapsamına aldığı ifade eder. Zira taşınmazlar hukukumuz bakımından eşya niteliğindedir. Diğer bir görüş²⁹ ise Direktifin amacını dikkate alarak taşınmazları, Kanun’un kapsamı dışında bırakmaktadır. Buna göre kanun koyucu, her ne kadar lafzen taşınmazları ürün sorumluluğunun içerisine dahil etmişse de amacı bu değildir. Nitekim Kanun’un gerekçesinde de belirtildiği üzere amaç, Direktife uygun bir düzenleme yapmaktır (Gerekçe m. 6).

Değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, elektriktir. Zira 7223 sayılı Kanun’da Direktifin aksine elektrik açıkça ürün olarak değerlendirilmemektedir. Ancak TMK m. 762 uyarınca elektrik taşınır mülkiyetinin konusuna girer. Dolayısıyla elektrik, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu bağlamında da ürün olarak kabul edilebilir. Bu bakımdan voltaj değişikliği veya elektrik kesintileri ürün sorumluluğunu doğurur.³⁰

Avrupa Komisyonu, 85/374 sayılı Direktifin, ürün teriminin anlamı konusunda belirsizliklere yol açtığını ve teknolojik gelişmeler ışığında gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu husus, 28.09.2022 tarihinde Avrupa Parlamentosu Ve Konseyin Hatalı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Direktif Teklifinde (COM (2022) 495 Final) dile getirilir.³¹ Buna göre dijital üretim dosyaları ve yazılım ürün olarak kabul edilebilir (m. 4/1). Dijital dosya veya yazılımın cismanileşmiş olmasına bakılmaz.³² Hukukumuz bakımından ise dijital veriler, yazılım, fikir ve sanat eserleri cismanî olmadıkları, fiziksel bir varlıkları bulunmadığı için eşya

²⁶ Arık, s. 133; Karaşahin, s. 1398.

²⁷ Düzenlemenin isabetsiz olduğu konusunda bkz. Baş, s. 370; Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1208.

²⁸ Keser, s. 104; Kanışlı, s. 1432.

²⁹ Baş, s. 370; Arık, s. 129; Karaşahin, s. 1399-1400. Karş. Yeşim M. Atamer/ Gökçe Güner Kurtulan, “Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu İle İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?”, S.70 (2) 2021, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 543-588, s. 553.

³⁰ Baş, s. 370; Atamer/ Kurtulan Güner, s. 555.

³¹ Avrupa Parlamentosu Ve Konseyin Hatalı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Direktif Teklifi (COM (2022) 495 Final) için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52022PC0495> (e.t.3.7.2024).

³² Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1206-1207; Karaşahin, s. 1404.

olarak kabul edilemez.³³ Bu sebeple, ürün olarak değerlendirilemez. Buna karşın bunların cismanileştiği şeyler eşyadır. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu kapsamında üründür. Örneğin robotlar, cismanî bir varlığa sahip oldukları için eşya ve ürün niteliğindedir.³⁴ Aksini savunan bir görüşe³⁵ geleneksel ürünlerin içerdiği tehlikelerin yazılımlarda da olduğunu belirtmektedir. Korunması gereken kişi ve menfaat aynıdır. Dolayısıyla yazılımlar da ürün olarak kabul edilmelidir.

b. Hata Kavramı

Üreticinin sorumluluğuna yol açan temel olgu, hatalı bir ürün üretilmesi ve bunun piyasaya sürülmesidir. 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi üreticinin sorumluluğunu “hata”lı (fehler) ürünlere dayandırmaktadır. Buna göre üründen beklenen haklı güvenlik beklentisinin karşılanmaması hata olarak ifade edilir (Direktif m. 6).³⁶ Burada üreticinin davranışının kusurlu olması veya özensiz olması önemli değildir.³⁷ Doktrinde ise makul ve ortalama kullanıcı çevresinin somut olayda beklemekte haklı olduğu güvenliği sağlamayan ürün hatalı olarak nitelendirilir.³⁸ Ürünün hatalı olup olmadığı belirlenirken belirli bir kullanıcının subjektif beklentilerine bakılmaz. Aksine hata kavramı objektifleştirilir. Genel halkın üründen beklentileri belirleyicidir.³⁹

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, Direktiften farklı olarak hatalı üründen değil, “güvenli” ve “uygunsuz” üründen bahseder. Buna göre “kullanım süresi, hizmete sunulması, kurulumu, kullanımı, bakımı ve gözetimine ilişkin talimatlara uygun ve normal kullanım koşullarında kullanıldığında risk taşımayan veya sadece ürünün kullanımına özgü asgari risk taşıyan ve insan sağlığı ve güvenliği için gerekli düzeyde koruma sağlayan ürün” güvenlidir (m. 3/e). Buna karşın, “ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hali” uygunsuzluğu ifade eder (m. 3/r). Diğer bir deyişle uygunsuzluk, üreticinin “güvenli olmayan ürün” imâl etmesidir ve üreticinin sorumluluğuna yol açmaktadır. Belirtmek gerekir ki, teknik düzenlemelere aykırılığı ifade eden “uygunsuz ürün” ile “hatalı ürün”

³³ Arık, s. 124; Keser, s. 83; Karaşahin, s. 1403. Eleştiri için bkz. Atamer/ Kurtulan Güner, s. 555.

³⁴ Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1204; Keser, s. 83; Karaşahin, s. 1403.

³⁵ Kanişlı, s. 1434.

³⁶ Tanım için bkz. Waespi, s. 38; Remzi Demir, 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Açısından Yapay Zekâ İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 152; Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1208; Havutçu, s. 72; Kırca, s. 126 vd.

³⁷ Waespi, s. 37.

³⁸ Kanişlı, s. 1436; Kırca, s. 126 vd.

³⁹ Havutçu, s. 72; Arık, s. 141; Kanişlı, s. 1436; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 8; MuKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3, Rn. 2, 8; Hess, SHK PrHG Art 3, Rn. 12; Demir, s. 134; Keser, s. 138; Kırca, s. 131.

kavramı örtüşmemektedir.⁴⁰ Zira üreticinin imal ettiği ürünlerden sorumluluğuna yol açan tek olgu, teknik düzenlemeler değildir. Kapsayıcı ifadesi sebebiyle kanaatimizce de “*hatalı ürün*” kavramının kullanımı amaca daha uygundur.

c. Hata Türleri

aa. Genel Olarak

İmal edilerek piyasaya sürülen ürünlerdeki hata türleri doktrinde farklı şekilde sınıflandırılır. Ancak ağırlık görüşü hatayı, tasarım, üretim ve bilgilendirme hatası olarak üç ayrı başlık altında ele alır.⁴¹ Bazı yazarlar ise ürünü gözleme⁴² veya gelişim hatasına⁴³ da yer vermektedir. Söz konusu bu ayırım, üreticinin tasarım, piyasaya sürme ve sonrasındaki aşamalarda tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğünü ihlâl etmesi olgusuna dayanır.⁴⁴ Lakin ortaya çıkabilecek hata türleri bunlarla sınırlı değildir.⁴⁵

Hata türlerinden ilki olan tasarım hatasında (*Konstruktionsfehler*) ürünün üretici tarafından tasarlanmasında, plânlanmasında veya bileşiminde eksiklik bulunur.⁴⁶ Tasarımın hatalı olup olmadığı, piyasaya sürüldüğü sırada var olan bilim ve teknolojisinin durumu dikkate alınarak değerlendirilir.⁴⁷

Tasarım veya üretim sürecinde hata bulunmayan ürünler, hatalı kullanım, bu konuda eksik veya yanlış bilgiye sahip olunması sebebiyle zarar ortaya çıkarabilir. Bu bakımdan ürünün kullanımına dair uyarı ve talimatların hatalı veya eksik olması, bilgilendirme (*talimat; uyarma*)

⁴⁰ Arık, s. 12. Karş. Karşahin, s. 1406. Uygunsuz ürün ile hatalı ürün kavramları örtüşmediğinden 7223 sayılı Kanun ile 85/374 sayılı Direktifin bağdaştığı söylenemez. Bkz. Demir, s. 152.

⁴¹ MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1068; Kullmann, s. 3; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 29. Diğer bir ayırım için bkz. Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 30; Karşahin, s. 1408.

⁴² Akçaal, s. 276-277; Ünlütepe, s. 344; Havutçu, s. 28; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1068; Kullmann, s. 3; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 30.

⁴³ Beate Gsell/ Wolfgang Krüger/ Stephan Lorenz/ Christoph Reymann (GesamtHrsg), beck-online.GROSSKOMMENTAR, 2024, BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 649; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 308.

⁴⁴ Havutçu, s. 79.

⁴⁵ Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 30.

⁴⁶ Tanım için bkz. Oğuz Sadık Aydos, Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 168; Demir, s. 147; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 46; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 309; Keser, s. 115; Kibar, s. 105; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1089; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 30; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 32; Karşahin, s. 1409; Kırca, s. 151.

⁴⁷ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 651; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 309; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 707; Kullmann, s. 4; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 31; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 33.

(*Instruktionsfehler*) hatası olarak ifade edilir.⁴⁸ Bu bakımdan, üretici ürünün kullanım şekline uyulmadığı takdirde nasıl bir zararın ortaya çıkacağı konusunda kullanıcıları uyarır veya yanlış ya da eksik bilgilendirirse ortaya çıkan zarardan sorumlu olur.⁴⁹ Üreticinin kullanıcıları kendisinin bildiği ve bilmesi gerektiği tehlikeler hususunda aydınlatması gerekir.⁵⁰ Öte yandan, üretici kullanım amacı dışında olsa dahi öngörülebilir yanlış kullanımın sonuçları konusunda uyarıda bulunmalıdır.⁵¹ Bilgilendirmedeki kusurlar da öncelikle üreticinin organizasyon eksikliklerinden kaynaklanmaktadır.⁵²

85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifinin⁵³ aksine Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda⁵⁴ üreticiye, ürünü piyasaya sürdükten sonra takip etme, izleme, kullanıcıları uyarma ve gerekli olduğu takdirde ürünü toplama yükümlülükleri öngörülür. Zira bilinmeyen hata ve tehlikeler, ürün piyasaya sürülmesinden sonra deneyimlerle birlikte ortaya çıkabilir. Bunu anlayan üretici ise kullanıcıları bilgilendirmelidir. Üreticinin ürünü gözleme yükümlülüğünü ihlâl ederek zarar tehlikesinin anlaşılmasına rağmen, kullanıcıları ortaya çıkan tehlikeler konusunda uyarı yapmaması, ürünü geri çağırması ürün gözleme hatası (*Produktbeobachtungsfehler*) olarak ifade edilir.⁵⁵ Hem kanunen hem de sözleşmeyle böyle bir yükümlülüğün öngörülmüş olduğu durumlarda üretici, ürünü gözleme ve gerekirse geri

⁴⁸ Tanım için bkz. MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 48; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 314; Arık, s. 165; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 718; Kibar, s. 106-107; Akçaal, s. 277; Aydos, s. 168-169; Havutçu, s. 30; Dönmez, s. 391 dn. 33; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 35; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 51; Karaşahin, s. 1409; Kırca, s. 151.

⁴⁹ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 666; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 719.

⁵⁰ Demir, s. 150-151; Aydos, s. 169.

⁵¹ MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 49; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 719; Arık, s. 166.

⁵² Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 51.

⁵³ 85/374 sayılı Direktif üye ülkelere ürünü gözleme ve saptama yükümlülüğü getirmemektedir. Bkz. Havutçu, s. 80; Demir, s. 151; Kibar, s. 110. İsviçre hukukunda da ürünü gözleme yükümlülüğünün varlığından bahsedilemez. Bkz. Waespi, s. 39. Karş. BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 650.

⁵⁴ ÜGTDK m. 7/1-h: "*Piyasaya arz etmiş olduğu bir ürünün uygun olmadığını öğrendiği veya bilmesinin gerektiği hallerde ürünü uygun duruma getirmek ve gerektiğinde ürünün piyasaya arzını durdurmak, ürünü piyasadan çekmek veya geri çağırma için gerekli düzeltici önlemleri ivedilikle alır. Ürünün risk taşıdığı durumlarda özellikle sağlık ve güvenlik bakımından risk teşkil eden hususlar ile alınan düzeltici önlemler ve sonuçları hakkında ayrıntılı bir şekilde ve ivedilikle yetkili kuruluşu bilgilendirir.*" Doktrinde de üreticinin ürünün denetiminin tamamlanıp piyasaya arz edildikten sonraki süreçte gözleme ve geri çağırma yükümlülükleri bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. Kibar, s. 211-212; Ünlütepe, s. 344; Kılınç, s. 251 vd.; Türkmen, s. 277. Kanuni bir düzenleme olmasa dahi üretici, piyasaya arz ettiği ürünleri gözlemleyeceğini ileri sürebilir. Bkz. Demir, s. 151.

⁵⁵ Bkz. Akçaal, s. 279-280; Havutçu, s. 30-31, 80; Dönmez, s. 391 dn. 35; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 318; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 722; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 52 vd.

çağırmaya ilişkin organizasyon sağlamalıdır. Aksi halde organizasyon sorumluluğu doğar.⁵⁶

Ürünün piyasaya sürüldüğü anda var olan bilim ve teknolojinin durumuna göre fark edilemeyen, ancak sonrasında yaşanan gelişmelerle birlikte ortaya çıkan hatalar, gelişim hatası (*Entwicklungsfehler*) veya gelişim riski (*Entwicklungsrisiken*) olarak ifade edilir.⁵⁷ Gelişim hatasında ürün, piyasaya sürüldüğü anda hatalıdır. Ancak yapılan kontrollere rağmen, o zamanki bilim ve teknoloji ile bu hata objektif olarak tespit edilemez.⁵⁸ Buna karşın, gelişim hatası başlı başlına bir hata türü değildir. Gelişim hatası, tasarım veya üretim hatasıyla birlikte ortaya çıkmaktadır.⁵⁹

bb. Üretim Hatası

Üretim hatası (*imalat; yapım; fabrikasyon hatası*) (*Fabrikationsfehler; Herstellungsfehler*), üreticinin ürünü bizzat tayin ettiği veya hukuk düzeni tarafından belirlenen kurallara aykırı olarak üretmesidir.⁶⁰ Tasarım hatasından farklı olarak üretim hatası, yalnızca üretim sürecinde ortaya çıkar.⁶¹ Burada esasen ürünün üreticinin tasarladığından dolayısıyla da amaçladığından farklı bir nitelik taşıması söz konusudur. Kullanıcıların makul beklentilerini karşılamamaktadır. Dolayısıyla üreticinin sorumluluğu doğar.⁶²

⁵⁶ Kibar, s. 211-212; Ünlütepe, s. 344; Waespi, s. 39.

⁵⁷ Tanım için bkz. Arık, s. 166; Kibar, s. 108-109; Akçaal, s. 279; Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu, s. 162; Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1208; Havutçu, s. 30; Dönmez, s. 391 dn. 34; Akçura Karaman, s. 173. Ayrıca bkz. Aydos, s. 206 vd.

⁵⁸ Keser, s. 128-129; Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1209; Aydos, s. 206; BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 650; Havutçu, s. 30 dn. 28; Akçura Karaman, s. 173.

⁵⁹ Keser, s. 129-130; Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1209; Arık, s. 170. Havutçu'ya göre gelişim hatası üretim (yapım) hatalarının özel bir görünümüdür. Bkz. Havutçu, s. 30 dn. 28.

⁶⁰ Tanım için bkz. MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 44; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 47; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1093; Demir, s. 146; Keser, s. 113; Kibar, s. 106; Akçaal, s. 277; Havutçu, s. 29; Karaşahin, s. 1408; Kirca, s. 150.

⁶¹ BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 711.

⁶² Yarg. 4. HD., E. 1977/2921 K. 1977/7745 T. 05.07.1977: "Kural olarak tazminat sorumluluğunun kaynağı sözleşme veya yasadır. Davacıların miras bırakanı tarafından aracın satın alındığı satıcı şirket, satıcı sıfatıyla akitten ve davalı şirket ise imalatçı sıfatıyla yasadan doğan bir sorumluluğa sahiptirler. Davalı ortaklığa ait fabrikanın doğrudan doğruya imal veya monte ettiği bir mamul nedeniyle fabrikasyon hatasına müsteniden o malı alan herkese karşı sorumluluğunu kabul etmek gerekir. Çünkü BK.nun 41. maddesi gereğince, gerek kasten gerekse ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye zarar veren şahıs o zarar tazminiyle yükümlüdür. Davalı şirket umuma arz ettiği malın imalinde ihmal ve teseyyübü sonucu mevcut hata nedeniyle haksız surette zarara uğrayanın bu zararını tazmin etmelidir. Bu haksızlık objektif bir haksızlıktır. Çünkü davacının miras bırakanı malı satın alırken hangi fabrikanın o malı imal ettiğini bilmekte ve bu bakımda fabrikaya ve o mala karşı bir güven duymaktadır. Bu nedenlerle davalı ortaklığın tazminatla sorumlu tutulmasında yasaya aykırı bir yön yoktur." Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD., T. 20.09.1979 E. 1979/3398 K. 1979/4053 (lexpera) (e.t.3.7.2024).

Tasarım hatasında esasen ürünün tüm serisi hatalıdır.⁶³ Üretim hataları ise tasarım hatalarından farklı olarak ürünlerin bir kısmının hatalı olmasıyla karakterize edilir.⁶⁴ Zira üretim sırasında oluşan bir organizasyon hatası sebebiyle seri halde üretilen ürünlerde sapma olur. Üretici esasen ürünü bilim ve teknik kurallara göre üretmekteyken, yalnızca belirli bir kısmı tasarımdan ayrılarak hatalı üretilir.⁶⁵ Bununla birlikte, somut olayda hatalı ürünlerin sayısı aksaklığın, üretim sürecinin hangi noktasında ve hangi biçimde meydana geldiği gibi koşullara bağlıdır. Dolayısıyla bir üretim hatası tüm seriyi de etkileyebilir.⁶⁶

Üretim hatalarının farklı sebepleri bulunmaktadır. Öyle ki, üretimde kullanılan mal veya makinelerin ayıplı olması, çalışanların bilgisizliği ya da kusuru bunlardandır.⁶⁷ Lakin üretim hataları araştırma ve geliştirme departmanlarında değil, fabrikada meydana gelir.⁶⁸ Bu sebeple, üretim hatalarının nedenlerinin birisi de üretim sürecinin, her ürünün güvenliğini sağlayacak şekilde organize edilmemesidir.⁶⁹ Üreticinin bu süreçteki özensizliği, kendisinin veya çalışanlarının fiilleri üretim hatasına yol açar. Belirtmek gerekir ki, hatalı ürün sadece üreticinin kendi faaliyetlerinden kaynaklanan risklerden ortaya çıkmaz. Dolayısıyla, üretim sürecinin organize edilmesi yükümlülüğünün içerisine, üretimde kullanılacak ve üçüncü kişiler tarafından tedarik edilen ham madde veya ara ürünlerden kaynaklanan riskler de girer.⁷⁰ Bu bakımdan üretici, sadece tedarikçinin muayenesine güvenmemeli, kendi imkânları dahilinde kontroller yapmalıdır. Lakin üreticinin kontrol için gerekli tekniğe ve insan kaynağına sahip olmadığı durumlar istisnadır.⁷¹

⁶³ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 651; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 309; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 705; Arık, s. 164; Akçaal, s. 277; Büyüksağış/Öz, s. 181; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1089; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 30; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 32; Karaşahin, s. 1409.

⁶⁴ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 656; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 44; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 711; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1093; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 47; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 33.

⁶⁵ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 656; Akçaal, s. 277; Havutçu, s. 29-30; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 47.

⁶⁶ BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 711; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1093.

⁶⁷ Örnekler için bkz. Akçaal, s. 277; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 48; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 33.

⁶⁸ MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1093.

⁶⁹ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 656; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 312; Kullmann s. 4; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 711; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 44; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1093; Arık, s. 162; Kibar, s. 106; Havutçu, s. 29; Dönmez, s. 389.

⁷⁰ Kullmann, s. 5; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 712; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 33; BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 656; Ünlütepe, s. 345; Kibar, s. 201. Malzemenin gerekli standartları karşılamaması sebebiyle hatalı üründen üreticinin sorumlu olduğu yönünde bkz. Yarg. 11. HD., E. 1979/3398 K. 1979/4053 T. 20.09.1979 (lexpera) (e.t.3.7.2024).

⁷¹ BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 712.

Seri halde üretilen ürünlerin bir kısmının tasarımdan ayrılması, üretim kaçağı (*Ausreisser*) olarak ifade edilir.⁷² Üretim kaçağı, gerekli özen gösterilse dahi engellenemez ve kontrol altına alınamaz teknik aksaklıklar nedeniyle ortaya çıkar.⁷³ Bunlar, üreticinin mümkün olan en iyi üretim ve kontrol yöntemlerini kullanması halinde dahi ortadan kaldırılamayan üretim hatalarıdır.⁷⁴ Örneğin bir ürünün üretimini esnasında sıranın bozulması ve ürünün hatalı hale gelmesi üretim kaçağına yol açar.⁷⁵

2. Üretici İşletme Faaliyetini Özensiz Davranarak Organize Etmelidir

a. Bir İşletme Faaliyeti Bulunmalı

Üreticinin organizasyon sorumluluğuna yol açan işletme faaliyetidir. Zira kanun koyucu, TBK m. 66/3 ile “*işletme faaliyetleri dolayısıyla zarara sebep olma*”dan bahseder. İşletme “*tarım, sanayi, ticaret, bankacılık vb. iş alanlarında, kâr amacıyla bir sermaye yatırılarak kurulan kurum*”u ifade eder.⁷⁶ İşletmenin oluşabilmesi için işletmeyi oluşturan unsurların organizasyon çerçevesinde bir araya getirilmesi gerekir.⁷⁷

İşletme ekonomik ve/veya meslekî faaliyeti amaçlamalıdır. İlaç, otomobil, gıda üretimini veya hastane, otel veya banka gibi bir hizmetin sunulmasını konu alabilir. Bu bakımdan organizasyon sorumluluğunun doğabilmesi için işletmenin yürüttüğü faaliyetin önemi bulunmaz.⁷⁸ Benzer şekilde, işletme ticaret veya meslek odasına kayıtlı olmasa, gerekli izin veya onayları elde edememiş olsa dahi organizasyon sorumluluğunun konusu olabilir.⁷⁹ Sorumluluk süjesi işletme değil, gerçek veya tüzel kişi olan adam çalıştırandır. İşletmenin özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermesi gerekir.⁸⁰ Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin işletmeden doğan faaliyetleri sebebiyle oluşan zararlar, organizasyon sorumluluğunun uygulama alanına girmez.

⁷² Demir, s. 146; Keser, s. 113; Akçaal, s. 277; Havutçu, s. 29; Dönmez, s. 391 dn. 32; Kırca, s. 150. Karş. Aydos, s. 172.

⁷³ NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 313; Havutçu, s. 29; Akçura Karaman, s. 172; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 713; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1096.

⁷⁴ BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 713; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1096.

⁷⁵ Hess, SHK PrHG Art 3, Rn. 50; Keser, s. 114; Arık, s. 162-163; MüKo/Wagner, ProdHaftG § 3, Rn. 42.

⁷⁶ <https://sozluk.gov.tr/bkz.11.06.2024>

⁷⁷ Ünlütepe, s. 220; Kara Kılıçarslan, s. 144-145.

⁷⁸ Ünlütepe, s. 231; Kara Kılıçarslan, s. 144. Benzer şekilde bkz. Antalya, s. 360; Türkmen, s. 268; Altay, s. 172.

⁷⁹ Ünlütepe, s. 232; Antalya, s. 360; Eren/ Dönmez, s. 1512 vd.; Türkmen, s. 268; Kara Kılıçarslan, s. 144.

⁸⁰ Türkmen, s. 264.

Zarar işletme faaliyetinden değil, başka bir sebepten ortaya çıkmışsa organizasyon sorumluluğu doğmaz. İşletme faaliyetinin kapsamına ürünlerin üretilmesinde kullanılan araç gereç, makine, malzeme gibi teknik ekipman ile ona bütünlük arz eden diğer unsurlar dahildir.⁸¹ Öte yandan, organizasyon sorumluluğundan bahsedebilmek için işletmede bağımlı çalıştırma ilişkisi olmalıdır. Tek kişi tarafından üretilen hatalı ürünlerde organizasyon sorumluluğuna başvurmak mümkün değildir.⁸²

b. İşletme Faaliyetinde Özen

Üretici, bir ürünü piyasaya sürerek kullanıcıların veya üçüncü kişilerin korunan hukukî değerlerini tehlikeye atar. Bu sebeple, bir zararın doğmaması için mevcut bilim ve teknolojiye göre makul tüm önlemleri almakla yükümlüdür.⁸³ Bu yükümlülüklerden birisi, işletmenin zarara yol açmayacak şekilde organize edilmesidir. Bu bakımdan üreticinin, üretim hataları sebebiyle sorumluluğunun doğabilmesi için işletme organizasyonunda diğer bir deyişle çalışma düzeninde özensizlik bulunmalıdır.⁸⁴ Söz konusu özensizlik, farklı sebeplere dayanabilir. Bunlar işletmede kullanılan makine, araç gereç, hammadde veya ara ürünlerin,

⁸¹ Ünlütepe, s.471.

⁸² Ünlütepe, s. 246, 340; Pavataj, Rn. 111; Waespi, s. 20; Kılınç, s. 251 vd. Karşı görüş için bkz. Antalya, s. 360; Türkmen, s. 268; Eren/ Dönmez, s. 1512 vd.

⁸³ Bkz. Kullmann, s. 3; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 677; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 307-308.

⁸⁴ Yarg. 4. HD., E. 1995/6256, K. 1995/2596, T. 27.03.1995: “*Dava, hukuki nedeni itibariyle imalatçının sorumluluğu esas alınarak açılmıştır. İmalatçı, bir malı imal eden ve piyasaya süren kimsedir. İmalatçının sorumluluğu, BK.nun genel ilkesi uyarınca, bir kusur sorumluluğudur. Ne var ki sorumluluğun dayanakları uygulanmaması gerekmektedir. Şöyle ki; imalatçı faaliyeti dolayısıyla hukukun gerekli kıldığı ve alınmasını imalatçıdan beklenebilir bulunduğu bütün özeni göstermekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere BK.nun 41. maddesini bu şekilde yorumlamak mümkün değildir. Bu da imalatçının yaptığı işin kapsamından kaynaklanmakta ve hukukun yazılı olmayan kurallarından biri olarak, tehlikeli bir durum yaratan veya onu sürdüren bir kimsenin önleyici tedbirleri almak zorunda olduğu ilkesinin bir sonucudur. Bu hususta hareketsiz kalma da hukuka aykırıdır. Hatta başkaları için tehlikeli durum yaratan, üçüncü kişileri zarardan korumak için gerekli önlemleri almaya zorlayan genel bir özen kuralının da sonucudur. İşte sorun bu özenin gösterilip gösterilmediğinde toplanmaktadır. Özen objektif olarak belirlenir. Diğer bir anlatımla kişinin belli bir standartta olması kabul edilir. Ne var ki bu ölçünün mutlaka tüm insanlar için aynı olması ve kati biçimde uygulanması zorunlu değildir. Her somut olayın özelliğine göre özenin bunun sonucunda da kusurun varlığı saptanmalıdır. Bundan dolayıdır ki imalatçının sorumluluğu saptanırken, ondan beklenen özenin, bir kazı yapan işçiden beklenen özenle aynı olmamalıdır. İmalatçının daha yüksek bir özen yükümlülüğü vardır. Bunun nedenide, imalatçının yaptığı işin özelliğine göre, büyük tehlike yaratmasıdır. İşte imalatçıdan yüksek özen beklemenin nedeni, "tehlikeyi uzaklaştırması" ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle imalatçı, tehlikeyi uzaklaştırmak için gerekli ve akla gelen ve gelebilecek olan her türlü önlemi almalıdır. Bunun sonucu olarak imalatçı bilim ve teknolojinin gerekli kıldığı son durumu gözetecektir. Üretilen malın özelliğine ve yarattığı tehlikeye göre önlemler daha da arttırılacaktır. O mamülü kullananın bilgisiz ve tecrübesiz olabileceği ihtimali varsa, imalatçının özen yükümlülüğünde buna göre artmış olacaktır.” (legalbank) (e.t.3.7.2024).*

çalışanların işletme amacına uygun şekilde seçilmemesi ve organize edilmemesidir. İşletme içerisinde bulunan tüm bu unsurlara ilişkin denetim ve gözetimin yapılmaması da üreticinin organizasyon sorumluluğunu doğurur. Belirtmek gerekir ki, bir işletme içerisindeki çalışan, ham madde veya makineler ya da bunların organizasyonu çoğu zaman üretim hatasının tek bir nedeni değildir. Aksine bunların birleşmesiyle zarar ortaya çıkar. Ayrıca işletme faaliyetini özenli bir şekilde organize etme yükümlülüğünün kapsamı, her bir şirketin yapısına göre çeşitlilik gösterebilir.⁸⁵ Bu bakımdan üreticinin işletme faaliyetinde göstereceği özenin derecesi, somut olayın şartlarına ve üreticinin işletmesine göre belirlenmelidir.

Üretici, ürünün hatasız tasarım ve üretimini sağlamak için öncelikle işletme faaliyetinin gerektirdiği makineleri ve araç gereçleri kullanmalı, bunlar çalışır durumda bulunmalı ve bakımlarını yapmalıdır. İşletmede son teknolojiye uygun ve gerekli üretim yöntemleri kullanılmalıdır.⁸⁶ Öte yandan, organizasyonda ham maddelerin veya ara ürünlerin bozuk olmaması, ürünün yapısına uygun veya elverişli olması, bu konuda özen gösterilmesi gerekir.

Organizasyon sorumluluğundan bahsedebilmek için ürünün, çalışanın fiili sebebiyle hatalı olması gerekmez. Buna karşın, çalışanların fiili üretim sürecindeki organizasyonun bir parçasıdır ve ürünün hatalı olmasına yol açabilir. Çalışanların seçiminde gösterilecek özen, öncelikle çalışanın eğitimine, deneyimine, uzmanlığına, bilgisine ve görevlendirileceği işin içeriği ile kapsamına göre belirlenir.⁸⁷ Bir faaliyet ne kadar zorlu ve/veya tehlikeli olursa, bu seçimde gösterilecek özen de o kadar artar.⁸⁸ Ayrıca bu özen sadece çalışana işe alınırken değil, her yeni iş verildiğinde de gözetilmelidir.⁸⁹

⁸⁵ Pavataj, Rn. 104.

⁸⁶ Bkz. Ünlütepe, s. 471; Willi Fischer/ Anna Böhme/ Fabian Gähwiler, OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, 2023, OFK OR Art. 55 Rn. 29; Hess, SHK PrHG Teil I, Rn. 111.

⁸⁷ Yarg. HGK., E. 2009/393 K. 2009/452 T. 21.10.2009 “*Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle hekim dâhil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevlerini, gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur.*” (lexpera). Ayrıca Yarg. 3.HD., E. 2015/17982 K. 2017/6600 T. 04.05.2017: “*Adam çalıştıran, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Seçeceği yardımcı kişinin göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve teknoloji, özümsemiş ve izlemiş olmasını arayacaktır. Davalının bu en basit tedbirlere başvurmaması objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir. Davalı, adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde de zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi icap etmesi gerekecektir.*” (legalbank) (e.t.3.7.2024).

⁸⁸ Fischer/ Böhme/ Gähwiler, OFK OR Art. 55 Rn. 26; Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 20.

⁸⁹ Fischer/ Böhme/ Gähwiler, OFK OR Art. 55 Rn. 27; Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 20. Yarg. 4. HD. E. 1977/11751 K. 1978/10809 T. 02.10.1978: “*Öncelikle davalıların vinci operatörü olan müstahdemlerini seçmede dikkatli davrandıkları ileri sürülemez. Çünkü,*

Çalışanlar özenle bir şekilde yapılan seçim sonrasında işe ilişkin tanıtım ve talimatlar yoluyla işlerine hazırlanmalıdır. Çalışan deneyimli ve vasıflı olsa dahi, yapılan küçük hata bile üçüncü kişilerin hayatı tehlikeye maruz kalmasına neden olabilecektir, talimat verme ve denetleme görevine daha fazla ihtiyaç duyulur. Özel olarak eğitilmiş ve deneyimli çalışanlara bile özellikle hassas ve tehlikeli işler için özel talimatlar verilmelidir. Buna karşın, basit ve tehlikesiz işlerde veya tehlikenin herkes için açık olduğu durumlarda talimata ihtiyaç duyulmaz. İşin müdürden daha yetkin bir uzmana verilmesi durumunda da talimat verilmez.⁹⁰ Üreticinin çalışanları sürekli olarak denetlemesi ise ondan beklenmez. Lakin, deneyimli ve güvenilir çalışanlar için bile belirli bir derecede kontrol gereklidir. Öyle ki, verilen iş basit ve çalışan uygun niteliklere sahipse, ara sıra izleme yeterlidir. Fakat, iş üçüncü kişiler için tehlikeliyse veya çalışanın yeterli deneyimi yoksa, üretici buna uygun olarak denetimi yoğunlaştırmalıdır. Üretici, çalışanın uzmanlık bilgisi nedeniyle denetleyemiyorsa, bunun için ikinci bir uzman çağrılabilir.⁹¹ Tüm bunları gerçekleştiren üretici, işletme faaliyeti içerisindeki çalışanları özenle organize eder. Belirtmek gerekir ki, üreticinin sadece bu çalışanların seçiminde, talimat verilmesinde ve denetlenmesinde özen göstermesi yeterli olmaz.⁹² Aksine çalışanların yeterli sayıda olmaması veya eğitiminin bulunmaması üreticinin sorumluluğuna yol açar. Ayrıca çalışanlar arasında yetenek veya eğitimlerine göre iş bölümünün bulunmaması veya gereği gibi oluşturulmaması, organizasyon sorumluluğuna yol açan sebeplerdir.⁹³

Çalışanların dışında işin veya işletmenin organizasyonu, ürünlerde hataya yol açan nedenlerdendir. Bu bakımdan, üretici işletmesini üçüncü kişilere zarar verme riskini mümkün olduğunca düşük tutacak şekilde

kural olarak iş sahibi müstahdemini seçerken, onun meziyet ve fizik kabiliyetleri, karakteri hakkında bilgi edinmelidir. Özellikle çalıştırdığı adama yeni ve önemli görevler verirken de aynı dikkati göstermelidir. Oysa, İş güvenliği müfettişleri tarafından düzenlenen 12.9.1972 günlük raporun 9/2-d bendindeki açıklamaya göre vinç operatörünün bu konuda ehliyetli bir kişi olduğu hususunda belge ve bonservisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davalılar bu beyanın ve olgunun aksini iddia ve ispat etmemişlerdir. Bundan başka davalıların adamı olan vinç operatörünün, 6 metre boyunda ve 500 ila 535 kilogram ağırlığında bulunan prefabrik aşıkları kaldırırken vinci idare ettiği kabinde etrafını görmediği bizzat kendisinin ifadesinden anlaşılmaktadır (14.9.1972 günlük beyanı). Güç ve önemli bir işi yapan bir vinç operatörünün oturduğu yerden etrafını görmemesine rağmen kendisine bir yardımcı şahıs verilmesini talep etmemesi bu görevin ehli olmadığının en belirgin bir kanıtıdır. Nitekim, az yukarıda anılan raporun 9/2-c bendindeki açıklamalardan da operatörün dikkatsiz davrandığı anlaşılmaktadır ki bu yön vinç operatörünün seçilmesinde kusurlu davranıldığının belgisidir. Müdebbir ve işinin ehli bir müstahdem ya da mütehasıs bir işçi, prefabrik demir aşıkları kaldırırken taşıma halkalarının sağlamlığını özellikle kontrol ettirmesi ve halkaların kopması ihtimaline karşı işverenini uyarması gerekirdi. Müstahdem bu basit tedbirin alınmasını da istememekle kusurlu davranmıştır.” (lexpera) (e.t.3.7.2024).

⁹⁰ Fischer/ Böhme/ Gähwiler, OFK OR Art. 55 Rn. 28; Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 21.

⁹¹ Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 22.

⁹² Pavataj, Rn. 105; Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 20.

⁹³ Örnek için bkz. Ünlütepe, s. 340-341, 470; Kanışlı, s. 1547; Türkmen, s. 274-275; Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 105; Kullmann, s. 7; Pavataj, Rn. 105; Okyar, s. 150.

organize etmelidir.⁹⁴ Çalışma saatlerini ve ortamını ayarlarken özen göstermeli, koordinasyon ve iletişimi buna göre hazırlamalıdır. Ayrıca hatalı ürünlerin ayrıştırılacağı şekilde son kontrol sürecini de içeren bir organizasyon kurmalıdır.⁹⁵ Son kontrol, üreticinin işletme faaliyetinde özen gösterdiğini ispatlayacak en önemli ölçütlerdendir. Özellikle üretim sürecinin kusursuz bir şekilde organize edilmesine rağmen kaçınılmayan üretim kaçağı için son kontrollerin yapılması önemlidir.⁹⁶ Son kontroller ile kalite kontrolü yapılırken rastgele örneklemenin mi yoksa her bir ürünün tek tek denetlenmesinin mi gerekli olduğu sorusu yanıtlanmalıdır. Burada cevap büyük ölçüde somut olaya, özellikle ve ürünün potansiyel riskine veya denetim sürecinin ürüne vereceği zarara göre değişir.⁹⁷ Üretici bu yükümlülüğünü üretim sürecini veya bitmiş ürünü kontrol ederek yerine getirebilir. Bunun için örneğin basınç testleri, işletme güvenliğine yönelik muayeneler, aynı zamanda görsel muayene veya karmaşık kontrol prosedürleri (örneğin X-ışını kontrolleri) gerekli olabilir.⁹⁸ Lakin üretici, ürünlerin hatasız olmasını nasıl sağlayacağına kendi karar vermelidir. Dolayısıyla, kalite kontrollerinin nasıl gerçekleşeceğine dair genel bir yükümlülük yoktur.⁹⁹ Fakat yine de üreticinin tüm bu yükümlülüklerinin ölçütü, kamunun haklı güvenlik beklentilerine, teknolojinin geldiği noktaya ve ürünün doğasında var olan tehlikeye göre belirlenir.¹⁰⁰ Ürünlerin son kontrolünün mümkün olmaması veya üreticiden talep edilememesi halinde ise üretici, üretim hatalarını ve üçüncü taraflara yönelik riskleri önleme olasılığı yüksek olan bir üretim süreci seçilmelidir.¹⁰¹

3. Zarar Doğmuş Olmalıdır

İşletme organizasyonunda var olan özensizlik, zarara yol açmadığı sürece sorumluluk doğmaz. Bu bakımdan zarar (*Schaden*), üreticinin organizasyon sorumluluğunun doğabilmesi için önemlidir. İşletme faaliyetiyle mekân ve zaman yönünden ilişkisi olan zararlar bu kapsamdadır.¹⁰² Çalışanın veya kullanılan makine veya araç gerecin hatalı ürüne ve bu zarara yol açması sorumluluğun doğması için yeterlidir. Ölüm ve yaralanma sebebiyle oluşan zararlar üreticinin sorumluluğunu doğurur.¹⁰³

⁹⁴ Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 23.

⁹⁵ Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 113; Fischer/ Böhme/ Gähwiler, OFK OR Art. 55 Rn. 31; Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 27; Kullmann, s. 7; BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 656; NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 312; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 711; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1094; Akçaal, s. 277.

⁹⁶ Kullmann, s. 4.

⁹⁷ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 659.

⁹⁸ Kullmann, s. 4-5.

⁹⁹ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 659; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1093.

¹⁰⁰ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 656; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 713; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 33.

¹⁰¹ Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 27. Ayrıca bkz. Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 98, 113.

¹⁰² Kara Kılıçarslan, s. 139.

¹⁰³ Pavataj, Rn. 127; Atamer/ Kurtulan Güner, s. 566.

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ise hatalı ürün sebebiyle bir kişi veya malın uğradığı zararı sorumluluk kapsamına alır. Ayrıca tazminat miktarının belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri uygulanır (ÜGTDK m. 6).

Üretici, organizasyon sorumluluğu kapsamında zarar görenin hatalı üretim sebebiyle uğradığı tüm maddî ve manevî zararları tazmin etmek zorundadır.¹⁰⁴ Maddî zarar, zarar görenin malvarlığının aktifinde iradesi dışında meydana gelen azalma veya pasifinde olan artışlardır. Manevi zarar ise zarar görenin kişilik hakkının ihlâli sonucu ortaya çıkar.¹⁰⁵

Gerek Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun gerekse de 85/374 sayılı Direktifin hatalı ürünün kendisinin uğradığı zararın (*Mangelschaden*) tazmin edilmesini amaçlamadığı ifade edilmektedir.¹⁰⁶ Zira burada önemli olan zarar görenin alışveriş menfaatidir.¹⁰⁷ Zarar gören bunun için ayıptan doğan sorumluluk¹⁰⁸ veya haksız fiil hükümlerine¹⁰⁹ başvurulabilir. Lakin Avrupa Parlamentosu Ve Konseyin Hatalı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Direktif Teklifi,¹¹⁰ ölüm veya yaralanma sebebiyle oluşan zararlarla birlikte ayıplı ürünün kendisinin uğramış olduğu zararları kapsama almaktadır (m. 4/6). Kanaatimizce hatalı ürünün kendisinin uğramış olduğu zarar sebebiyle kullanıcı, şartları sağlandığı takdirde organizasyon sorumluluğuna başvurabilmelidir.¹¹¹

Türk Medeni Kanunu, zarar görenin hakkını dayandırdığı olgunun varlığını ispat etmesi gerektiğinden bahseder (TMK m. 6). Bu bağlamda, zarar görenin üreticinin işletme faaliyeti sebebiyle zarara uğradığını ispat etmesi gerekir. Buna karşılık hatanın, organizasyondaki eksiklikten, makine veya araç gereçlerin bozuk olmasından kaynaklandığını ya da çalışanın fiili nedeniyle ortaya çıktığını ispat etmek zorunda değildir.¹¹² TMK m. 6 hükmünün sıkı bir şekilde uygulanması, zarar gören açısından bazı zorluklara yol açar. Zira zarar gören, işletme faaliyetine, hiyerarşik yapıya yabancı; delillere de uzak konumdadır. Dolayısıyla, hayatın olağan akışı, üreticinin delile yakınlığı ve ispatın kolay olması sebebiyle, ispat yükünün

¹⁰⁴ Ünlütepe, s. 345; Türkmen, s. 265.

¹⁰⁵ Eren/ Dönmez, s. 1510; Ünlütepe, s. 346-347.

¹⁰⁶ Havutçu, s. 37, 81; Pavataj, Rn. 127; Kılınç, s. 251 vd.; Arık, s. 189; Kanişlı, s. 1439; MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 1 Rn. 2-3; Atamer/ Kurtulan Güner, s. 568.

¹⁰⁷ Atamer/ Kurtulan Güner, s. 568.

¹⁰⁸ Havutçu, s. 37, 81. Yargıtay ayıplı üretilen araç için yapılan masrafları ayıptan doğan sorumluluk bağlamında ele almaktadır. Mahkeme sözleşme ilişkisinin varlığını aramasa da zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. Karar için bkz. Yarg. 19. HD., E. 2014/8733 K. 2015/5518 T. 16.04.2015 (lexpera) (e.t.3.7.2024).

¹⁰⁹ Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 28.

¹¹⁰ Avrupa Parlamentosu Ve Konseyin 2022/0302 sayılı Hatalı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Direktif Teklifi (COM (2022) 495 Final) için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52022PC0495> (e.t.3.7.2024).

¹¹¹ Aynı yönde bkz. Kılınç, s. 251 vd.

¹¹² Ünlütepe, s. 383; Antalya, s. 362-363; Kara Kılıçarslan, s. 148. Aynı yönde bkz. Waespi, s. 21.

organizasyon sahibi üreticiye yüklenmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹¹³ Nitekim üretim hatalarını zarar gören kullanıcı veya üçüncü kişilerin ispat etmesi, çoğu zaman mümkün değildir. Üretici, gerekli tüm özeni göstermesine rağmen fark edilemeyen ve önlenemeyen bir üretim hatası olduğunu kanıtlayarak kendisini temize çıkarmalıdır. Üretici, kendi inisiyatifiyle, kullanımdaki tüm makul güvenlik önlemlerini tam olarak açıklamalı ve göstermelidir. Organizasyonun düzgün kurulduğuna dair kanıt sunmalıdır.¹¹⁴ Kanaatimizce de sadece üretici üretim alanına genel bir bakışa sahiptir. Bu alanı kendisi organize ve kontrol etmektedir. Hatayı oluşturan neden ise onun risk alanının bir parçasıdır. Bu sebeple, hatanın işletme düzeninden kaynaklanmadığını ispat yükü üreticiye ait olmalıdır. Lakin zarar gören uğradığı zararı ispat etmelidir.¹¹⁵

4. Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır

Üreticinin kullanıcı veya diğer kişilerin uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için işletme faaliyeti ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı gerekir. Bu bağlamda üreticinin, işletmesindeki araç gereç, makine veya çalışanlar ya da organizasyondaki bir eksiklik zarara yol açmalıdır.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun aksine çalışan fiili ile oluşan zarar arasında fonksiyonel bağ bulunmasına gerek yoktur. İşletme faaliyeti ile oluşan zarar arasında yer ve zaman bağlantısının bulunması yeterlidir.¹¹⁶ Ancak yer ve zaman bağlantısı bulunsa da çalışanın işin ifasını fırsat bilerek zarar vermesi halinde sorumluluk oluşmaz.¹¹⁷

5. Üretici Kurtuluş Kanıtı Getirememiş Olmalıdır

Üreticinin organizasyon sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli şartların oluşmasının yanında üreticinin kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekir. Zira üreticinin çalışma düzeninde özen gösterdiğini bu düzenin zarar doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispatlaması halinde organizasyon sorumluluğu ortadan kalkar (TBK m. 66/3).

Kurtuluş kanıtı, klasik olarak çalışanların seçimi (*cura in eligendo*), talimat verilmesi (*cura in instruendo*) ve denetlemesinde (*cura in custodiendo*) gerekli özenin gösterildiğinin kanıtlanmasından oluşur.¹¹⁸ Bu bakımdan üretici, çalışanı bilgi, beceri ve tecrübesini dikkate alarak seçtiğini; talimatların içeriğini ve ayrıntısını çalışanın deneyimine, işin zorluk veya tehlikesine göre belirlediğini ispat etmelidir. Ayrıca üretici, çalışanların

¹¹³ Ünlütepe, s. 384-387; Türkmen, s. 274-276.

¹¹⁴ BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 742.

¹¹⁵ Waespi, s. 21; Kara Kılıçarslan, s. 148; Türkmen, s. 265.

¹¹⁶ Eren/ Dönmez, s. 1512 vd.; Ünlütepe, s. 363-364. Karş. Antalya, s. 361; Kara Kılıçarslan, s. 145, 147.

¹¹⁷ Ünlütepe, s. 365-366. Karş. Kara Kılıçarslan, s. 147.

¹¹⁸ Fischer/ Böhme/ Gähwiler, OFK OR Art. 55 Rn. 25. Bkz. Yarg. 19. HD., E. 1993/8957 K. 1993/9031 T. 28.12.1993 (lexpera) (e.t.3.7.2024).

yeteneğine, işin zorluk veya tehlikesine göre gerekli yoğunlukta bir denetim kurduğunu ispatlamalıdır.

Organizasyon sorumluluğunda, kurutuluş imkânı öngörülen haller, kanun koyucu tarafından örnek olarak sayılmaktadır.¹¹⁹ Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu adam çalıştırmanın sorumluluğundan (TBK m. 66/1) farklı olarak organizasyon sorumluluğunda (TBK m. 66/3) kurutuluş kanıtı getirme imkânını sınırlı sayıda belirlemez. Bu bakımdan üretici, çalışanların seçiminde, denetiminde veya talimat vermede özenli davrandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Aksine işletme sahibi üretici, üretim sürecinde hiçbir hataya yer vermeyecek şekilde örgütlenme sağlamalı, zararı önleyecek her türlü tedbiri almalı ve bunu ispat etmelidir.¹²⁰ Üretici, işin uygun şekilde organize edildiğini, araç ve gereçlerin elverişli olduğunu ve yardımcıların yeteneklerini dikkate alarak organizasyonu kurduğunu ispatlamalıdır.¹²¹

Üreticinin işletme faaliyetinin organizasyonunda özenli davranıp davranmadığı, her bir somut olayda değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, çalışanın işi ne kadar büyük, önemli veya tehlikeliyse gerekli özenin gösterildiğine dair kanıt gereklilikleri de o kadar katı olmalıdır.¹²² Buna karşın, hükmün aşırı geniş yorumlanmasından kaçınılmalıdır. Burada üreticinin kurutuluş kanıtı getirmesinin mümkün olmasına ve bunun bir özen borcunun gereği olduğuna dikkat edilmelidir. Bu ilkeler kapsamında istenen kurtuluş kanıtları değerlendirilebilir.¹²³

¹¹⁹ Fischer/ Böhme/ Gähwiler, OFK OR Art. 55 Rn. 25; Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 19; Antalya, s. 360; Kanişlı, s. 1457; Okyar, s. 149; Türkmen, s. 277; Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 13; Altay, s. 169. Karş. Waespi, s. 249.

¹²⁰ Bkz. Antalya, s. 360; Türkmen, s. 277. Bkz. Yarg. 4. HD. E. 1977/11751 K. 1978/10809 T. 02.10.1978; Yarg. 4. HD. T. 02.10.1978 E. 1977/11751 K. 1978/10809: “İstihdam edenin bu özen ödevi (vecibesi) doktrin ve uygulamada genellikle dört esasta mütalaa edilmektedir. a) Adam kullanan, müstahdem veya işçisini seçmede dikkat ve özen göstermelidir, b) Talimatta özen göstermelidir, c) Denetim ve gözetimde özen göstermelidir, d) En önemli olarak da seçim, talimat ve nezaretten maada, istihdam eden kişi, işin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakla da ödevli ve yükümlüdür. Çünkü bu yükümlülük doğması muhtemel zararı önleyecek olan en önemli faktörlerdendir. İstihdam eden, işin kuvvetine ve önemine nazaran kifayetsiz personel kullanırsa, veya işin yapılmasını ve yürütülmesini tehlikeli bir şekilde düzenlerse organizasyon bakımından kusurlu hareket etmiş olur. Keza istihdam edenin, işin yürütülmesini sağlayan çalışma aletlerinin ve kullandığı malzemenin işe yarar olması lazımdır. Eğer, çalıştırdığı adamlara tevdi ve teslim ettiği araç ve gereçler ve işte kullandığı malzemeler bozuk ve hatalı ise, yine organizasyon bakımından kusurlu davranmış olur.” (lexpera). Hastane organizasyonu kararı için bkz. Yarg. HGK., E. 2009/393 K. 2009/452 T. 21.10.2009 (lexpera) (e.t.3.7.2024).

¹²¹ Fischer/ Böhme/ Gähwiler, OFK OR Art. 55 Rn. 25.

¹²² Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 112.

¹²³ Waespi, s. 249.

C. ÜRETİM HATASI SEBEBİYLE OLUŞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ TEMELLERİ VE ORGANİZASYON SORUMLULUĞU İLE ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUKLA

Hatalı ürünün yol açtığı zarar birden fazla sorumluluğun doğmasına ve farklı değerlendirmeler yapılmasına neden olabilir. Nitekim ürün sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde de uğranılan zararın tazmini farklı sorumluluk sebeplerine dayandırılarak çözüm üretilmeye çalışıldı. Bu dönemde ilk olarak üreticinin hatalı ürünlerden doğan sorumluluğunun sözleşmeye dayandığı ifade edildi.¹²⁴ Bu sözleşmenin üçüncü kişileri koruyucu etkisine veya güven unsuruna bağlıdır.¹²⁵ Lakin sözleşmeden doğan sorumluluk, hatalı ürünlerin yol açtığı tüm zararları tazmin edemez. Zira ayıp (*mangel*) ürün sorumluluğunda kullanılan hata kavramından farklıdır.¹²⁶ Ayıp sözleşmeden doğan sorumluluklarda kullanılan hukukî bir kavramdır. Bununla sözleşme tarafının ifaya olan menfaati korunur. Sözleşmenin konusunda ayıp bulunması halinde sözleşmede yer alan edimler arasında dengenin bozulduğu kabul edilmektedir. Bozulan dengenin tekrar sağlanabilmesi için de bazı seçimlik haklar tanınır. Ürün sorumluluğunda ise amaç piyasaya sürülen ürünlerin güvenli olmasını ve zarara yol açmamasını sağlamaktır.¹²⁷ Ayrıca ayıplı mallar, hatalı olmak zorunda değildir. Zira hata, objektif bir kavramdır. Ürünün hatalı olup olmadığı değerlendirilirken zarar verme potansiyelini dikkate alınır. Ayıp ise sözleşme konusunun gereken veya bildirilen niteliklere sahip olmamasıdır.¹²⁸ Buna ek olarak, hata kavramı ayıptan farklı olarak ürünün kullanılabilirliğine odaklanmaz. Tüm bunlarla

¹²⁴ Bu konudaki görüşler ve değerlendirme için bkz. Akçura Karaman, s. 60 vd.

¹²⁵ NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 295. Yarg. 11. HD., T. 20.09.1979 E. 1979/3398 K. 1979/4053: “*Davalı A.Ş. yapımçı sıfatıyla yasadan doğan (BK. 41 vd.) kusur sorumluluğuna sahiptir. Bu davalının imal ettiği malda saptanan yapım bozukluğu nedeniyle o malı alan herkese karşı sorumlu olacağına kabulü sorumludur. BK.nun 41. maddesi uyarınca kamuya sunduğu malın yapımında ihmal ve kayıtsızlığı sonucu oluşan üretim hatası nedeniyle haksız biçimde zarara uğrayan kişilerin objektif nitelikli bu zararlarının yapımçı tarafından giderilmesi gerekir. Bunun dışında davacı, malın davalı yapımçı A.Ş. tarafından üretildiğini bilerek ve ona güven duyarak satın almıştır. Bu nedenle yaratılan güvenden dolayı da davalı A.Ş. sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekir. Ayrıca yapımçı davalı ürettiği malı acentesi aracılığı ile davacıya sattığına göre aradaki sözleşme ilişkisi nedeniyle satıcının satılan maldaki bozuklukları garanti borcu (BK. 194 vd.) hükümlerince de sorumlu kılınacaktır. Tüm bu nedenlerle davalı A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.*” (lexpera) (e.t.3.7.2024).

¹²⁶ MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 2; Keser, s. 109; Havutçu, s. 25; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 4; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 28. Karş. Kırca, s. 128 vd.

¹²⁷ Baş, s. 376; Kanışlı, s. 1436; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 4.

¹²⁸ MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 2; Keser, s. 109; Havutçu, s. 25; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 28.

birlikte, üretim hatası içeren bir ürün, olması gereken özelliklere sahip olmadığı için ayıplıdır.¹²⁹

Bazı durumlarda üretici ve zarar gören arasında sözleşme ilişkisi bulunmakta ve organizasyon kusuru sonucunda hatalı üretilen ürünün yol açtığı zarar ile sözleşme de ihlâl edilmektedir. Bu halde zarar görenin sözleşmeye mi dayanacağı yoksa organizasyon sorumluluğuna mı başvurması gerektiği değerlendirilmelidir. Doktrinde esasen hem sözleşmeden doğan sorumluluk hem de sözleşme dışı sorumluluğun hatalı üründen doğan zararın tazmini için yarışan iki sebep olduğu ifade edilmektedir.¹³⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun kabulünden önce 1949 yılında tırmanma kemerinin kopmasını konu alan bir kararında bu hususu ele almaktadır. Olayda üreticinin, tamir için getirilen kemerin, tamirinde birinci kalite malzeme kullanıldığını, özen gösterildiğini ve bu konuda çalışanlara talimat verdiğini kanıtlaması gerekmektedir. Mahkeme ise sözleşmeden doğan sorumluluk ile organizasyon sorumluluğunun yarıştığına karar verir.¹³¹

B. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUYLA

Türk hukukunda özel bir hukukî düzenlemenin yer almadığı dönemde üreticinin sorumluluğu, özellikle sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda ilk olarak kusur esasına dayandırılarak haksız fiil hükümleriyle çözülmek istendi.¹³² Hatalı ürün sebebiyle oluşan zararın tazmininin haksız fiile dayandırılması bu dönemde önemlidir. Çünkü sözleşmeden doğan sorumluluk, zarar gören üçüncü kişiler veya bazen de alıcılar için gerekli korumayı sağlayamaz.¹³³ Yargıtay da önceki uygulamalarında üreticinin üretim hataları sebebiyle sorumluluğunu kusur esasına dayandırmaktadır.¹³⁴

¹²⁹ MüKoBGB/Wagner, ProdHaftG § 3 Rn. 2; Keser, s. 109.

¹³⁰ Bkz. Havutçu, s. 34; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 684; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1035; Hess, SHK PrHG Art. 11, Rn. 1; NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 297; Türkmen, s. 263.

¹³¹ BGE 64 II 260.

¹³² Bkz. Kırca, s. 41; Dönmez, s. 388; Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1199; Kanıslı, s. 1421; Altay, s. 168.

¹³³ NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 282, 292; MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 916, 1034; Özcan Büyüktanır/ Okyar, s. 1199.

¹³⁴ Yarg. HGK E. 2002/4-114 K. 2002/84 T. 13.02.2002: "Gerçekten taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak öğretisi ve uygulamada yapımca ile zarar gören arasında böyle bir bağ olmasa bile yapımca'nın sözleşme dışı da sorumlu tutulabileceği benimsenmektedir. Türk Hukukunda yapımca'nın sorumluluğuna ilişkin özel bir sorumluluk düzenlenmemişse de bu konuda Borçlar Kanununun 41. Maddesinin birinci fıkrası hükmünün uygulanması mümkündür. Söz edilen fıkra hükmünde belirtildiği gibi kusuru ile diğer bir kimseye zarar ıka eden kişi o zararın tazminine mecburdur buradaki kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade noksanıdır. Bir imalat, normal şartlar altında ve normal kullanma halinde, zarar vermeye elverişli ise, kural olarak ortada kusur'un (hatanın) varlığını kabul etmek gerekir. Böyle bir malı piyasaya süren yapımca tehlike yaratmış demektir. Yapımca bu tehlikenin gerçekleşmesini önlemek için gerekli önlemleri almamışsa, zararın gerçekleşmesi halinde bunu tazmin ile yükümlü olur. Federal Mahkeme de imalatta kullanılan malzemenin seçiminde ve kontrolünde, malın yapımında

Lakin doktrinde üretim hatalarının 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun kusur sorumluluğu düzenlemesiyle (eBK m. 41) çözümlenemeyeceği ifade edilerek bu durum eleştirilir.¹³⁵ Ayrıca Yargıtay'ın bu uygulaması, üreticilerin kusuru olmadığı veya ispat edilemediği durumlarda zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmemesine yol açmaktadır. Söz konusu dönemde Yargıtay, bu hususu değerlendirek ispat yükünü ters çevirip çözüm üretmeye çalışmaktadır.¹³⁶

Hatalı ürünlerin yol açtığı zararın haksız fiil sorumluluğu kapsamında yeterince korunmadığı düşüncesi, doktrinde farklı değerlendirme yapılmasına yol açar. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu öncesinde yapılan değerlendirmeye göre üretim hataları, tasarım ve bilgilendirme hatalarından ayrı ele alınmalıdır. Tasarım ve bilgilendirme hatalarında üreticinin sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu kapsamında (TBK m. 49) incelenmelidir. Buna karşın üreticinin, üretim hatası sebebiyle kusur sorumluluğu doğmaz. Zira üretim hatalarının yol açtığı zarar, üreticinin davranışından kaynaklanmaz. Bu sebeple kusuru da bulunmaz. Üretim hataları, üreticinin organizasyonun kaçınılmaz riskleridir. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuk sistemimize dahil olan organizasyon sorumluluğu, üretim hataları için uygulanabilecek ideal bir düzenlemedir.¹³⁷

ve birleşiminde, bundan sonraki denetiminde, elemanın seçiminde gerekli özeni göstermeyen imalatçı, hatalı imalatı piyasaya sürmek suretiyle başkaları için tehlikeli bir durum yaratmış, göstermesi gerekli özeni yerine getirmemiş bulunduğundan BK.nun 41. madde uyarınca sorumlu olduğunu kabul etmiştir” (legalbank). LPG tüpünün hatalı dolumu sebebiyle üreticinin kusur esasına göre sorumlu olduğu yönünde bkz. Yarg. 4. HD., E. 1997/4787 K. 1997/8679 T. 25.09.1997 (lexpera); Yarg. 4. HD., E. 1995/6256, K. 1995/2596, T. 27.03.1995 (legalbank) (e.t.3.7.2024).

¹³⁵ Büyüksağış/ Öz, s. 181-182.

¹³⁶ Yarg. HGK E. 1996/4-588 K. 1996/831 T. 27.11.1996: “*Dava, hukuki nedeni itibarıyla imalatçının sorumluluğu esas alınarak açılmıştır. İmalatçı, bir malı imal eden ve piyasaya süren kimsedir. İmalatçının sorumluluğu, BK'nun genel ilkesi uyarınca, bir kusur sorumluluğudur. Ne var ki sorumluluğun dayanakları belirlenirken BK'nun 41. maddesindeki genel ilkenin katı biçimde uygulanmaması gerekmektedir. Şöyle ki; imalatçı faaliyeti dolayısıyla hukukun gerekli kıldığı ve alınmasını imalatçıdan beklenebilir bulunduğu bütün özeni göstermekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere BK'nun 41. maddesini bu şekilde yorumlamak mümkün değildir... Açıklanan bu ilkeler gözetildiğinde, zarar görenin BK'nun 41. maddesinde ifade edildiği üzere, zarar verenin kusurunu kanıtlamadaki yükümlülüğünün hafiflediği sonucuna varabiliriz. İmalat işinin çok komplike olması nedeniyle de, zaten zarar görenin bazı hususları kanıtlaması imkânsız olacaktır. Bundan dolayıdır ki, fiili karinenin ispat yerine geçmesi kabul edilmelidir. Zararın imal edilen şeyin kullanımından kaynaklanmadığını imalatçı kanıtlayacaktır. Bu husus Alman Mahkemelerince de kabul edilmiş bulunmaktadır.*” (legalbank). Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD. E. 1977/11751 K. 1978/10809 T. 02.10.1978 (lexpera); Yarg. 11. HD., E. 1979/3398 K. 1979/4053 T. 20.09.1979; Yarg. 4. HD., E. 1977/2921 K. 1977/7745 T. 05.07.1977 (lexpera); Yarg. 4. HD., E. 1997/4787 K. 1997/8679 T. 25.09.1997 (lexpera); Yarg. 4. HD., E. 1987/1655, K. 1987/2257, T. 26.03.1987 (legalbank); Yarg. HGK E. 1996/4-588 K. 1996/831 T. 27.11.1996 (legalbank); Yarg. 11. HD T. 30.06.2021, E. 2020/5083, K. 2021/5398 (lexpera); Yarg. 4. HD., E. 1995/6256, K. 1995/2596, T. 27.03.1995 (legalbank) (e.t.3.7.2024).

¹³⁷ Büyüksağış/ Öz, s. 182, 192-193.

Alman hukukunda ürün sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin bulunmadığı dönemde sözleşme ilişkisi de yoksa haksız fiillere ilişkin özel düzenlemeler uygulanır.¹³⁸ Takip eden dönemde haksız fiil hükmü geniş yorumlanarak ve zarar görenin ispat yükünü hafifletecek özel uygulamalar geliştirilir.¹³⁹ Ayrıca bu dönemde adam çalıştırmanın sorumluluğu (BGB § 831) kapsamında organizasyon sorumluluğuna hükmedilir. Buna göre organizasyon içerisinde çalışılan yerlerde üreticiler, çalışanlarının fiilleri sebebiyle hatalı olan ürünlerden sorumludurlar.¹⁴⁰

İsviçre hukukunda, Alman ve Türk Hukuklarına benzer şekilde üreticinin ilk zamanlarda haksız fiil esasına göre sorumlu olduğu kabul edilmektedir.¹⁴¹ Lakin sonraki dönemde adam çalıştırmanın sorumluluğu (OR Art. 55) geliştirilerek üreticinin organizasyon eksikliğinden de sorumlu olduğu belirtilmektedir.¹⁴² Öyle ki, İsviçre Federal Mahkemesi, menfez çerçevesinin taşınması esnasında taşıma halkasının koparak yaralanmaya yol açan kararda¹⁴³ üretim hatasını değerlendirir. Öncelikle Bern Yüksek Mahkemesi, söz konusu hatanın üretim hatası olduğunu, önlenemeyeceğini ve üretici firmanın gerekli tüm özeni gösterdiğini ifade ederek davayı reddeder. Federal Mahkeme ise Yüksek Mahkeme'den farklı olarak üreticinin özen sorumluluğunun kapsamı genişletir. Buna göre üretici, sadece çalışanın hatasını önlemesinden sorumlu değildir. Aksine üretici, üretim sürecinde hataya yol açmayacak biçimde örgütlenmeyi sağlamalıdır. Bu bakımdan Mahkeme, çalışanların seçimi, talimat verilmesi veya denetiminin yanında işletmenin zarara yol açmayacak şekilde örgütlenmesinin gerekli olduğuna ve ürünlerin son kontrollerinin yapılmasının lüzuma işaret eder. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre üretici, üretimde hatayı, hatalı ürünün ise piyasaya sürülmesini önlemek için her türlü tedbiri almalıdır.¹⁴⁴

Üreticinin üretim hatalarından doğan sorumluluğu, işletmesindeki organizasyon eksikliğine dayandırılıyorsa haksız fiil sorumluluğu uygulanmaz. Zira haksız fiil sorumluluğu, kusur esasına dayanan genel düzenlemedir (TBK m. 49). Organizasyon sorumluluğu ise genel hükmün eksikliklerini gidermeye çalışan kusursuz sorumluluğu esas alan özel bir düzenlemedir (TBK m. 66/3).¹⁴⁵ Bu bakımdan özel düzenleme olan organizasyon sorumluluğunun uygulanması gerekir.

¹³⁸ BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 1 Rn. 8.

¹³⁹ NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 282.

¹⁴⁰ Arık, s. 27. Ayrıca bkz. BGE 90 II 86 Erw. 3.

¹⁴¹ Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 1 vd.; Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 27.

¹⁴² Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 1-4 ve Art. 11, Rn. 9.

¹⁴³ BGE 110 II 466 Erw. 2. Karar için bkz. Havutçu, s. 54-56; Kanişlı, s. 1458; Akçura Karaman, s. 100 vd.

¹⁴⁴ Havutçu, s. 56.

¹⁴⁵ Pavataj, Rn. 110; Kanişlı, s. 1453-1454.

C. ÜRÜN SORUMLULUĞUYLA

I. Genel Olarak Ürün Sorumluluğu

a. Türk Hukuku Bakımından

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ürün sorumluluğuna ilişkin düzenleme yer almaz. Bu sebeple, bir kanun boşluğundan bahsedilir.¹⁴⁶ Üreticinin sorumluluğu, Türk Hukuku'nda ilk defa 2003 yılında yapılan değişiklikle birlikte 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde yer alır. Buna göre tüketici, ayıplı mal sebebiyle sahip olduğu seçimlik hakları ve oluşan zararın tazminini üreticiden isteyebilir (m. 4). Böylelikle tüketiciye yeni bir hak tanınmış olmasa da ona karşı sorumlu olan kişilerin sayısı artırılır. Amaç satıcıya ulaşamama veya satıcının maddî durumunun olmaması halinde tüketicinin hak kaybına uğramamasıdır. Ayrıca bu sorumluluk ile tüketiciye ayıplı ürün sebebiyle üreticiye başvuru imkânı öngören sözleşmeden doğan bir hak tanındı.¹⁴⁷ Lakin Kanun'un yürürlükten kalkmasıyla birlikte, ürün sorumluluğuna ilişkin yasal bir düzenleme o dönemde kalmadı. 12 Mart 2021 tarihinde ise 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu yürürlüğe girerek ürün sorumluluğu düzenlendi.¹⁴⁸ Kanun koyucu, gerekçesinde Kanun'un iç hukukumuzda uygulaması olmamasına rağmen Avrupa Birliği ülkelerinin hukuk sistemleriyle yeknesaklığı sağlamak için 85/374 sayılı Direktifin doğrultusunda hazırlandığını ifade etmektedir.¹⁴⁹ Bu düzenlemeyle Türk hukukunda üreticinin sorumluluğuna ilişkin özen bir düzenlemeyle boşluk giderildi.¹⁵⁰ Artık 4077 sayılı ile mülga Tüketicinin

¹⁴⁶ Keser, s. 22. Yarg. 11. HD., E. 2020/5083 K. 2021/5398 T. 30.6.2021(lexpera) (e.t.3.7.2024).

¹⁴⁷ Öz, s. 14.

¹⁴⁸ Bu kanun ile 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırıldı. Söz konusu kanun, kanun 2001/95 sayılı Genel Ürün Güvenliği Direktifi esas alınarak hazırlandı. Kusursuz sorumluluk öngörülmekteydi. Bkz. Öz, s. 16. Tehlike sorumluluğu düzenlendiği görüşü için bkz. Antalya, s. 432.

¹⁴⁹ Bkz. Gerekçe m. 6. Gerekçe için bkz.

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss173.pdf> (e.t.3.7.2024).

¹⁵⁰ Yarg. 11. HD., E. 2020/5083 K. 2021/5398 T. 30.6.2021: "Yargıtay HGK 27.11.1996 gün 1996/4-588 esas ve 1996/831 karar, 13.02.2002 gün 2002/4-114 esas ve 2002/84 karar, 15.04.2011 gün 2011/4-58 esas ve 2011/176 karar sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, üretici ile alıcı arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak öğretide ve uygulamada üretici ile zarar gören arasında böyle bir bağ olmasa bile üreticinin sözleşme dışı sorumlu tutulabileceği, Türk Hukukunda üreticinin sorumluluğuna ilişkin özel bir sorumluluk düzenlenmemişse de (Yasa koyucu bu konudaki yasa boşluğunu görerek 12.03.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile üreticinin sorumluluğu hüküm altına alınmış ve bu konudaki yasa boşluğu giderilmiştir.) bu konuda Borçlar Kanunu'nun 41. (6098 sayılı TBK'nın 49.) maddesinin 1. fıkrasındaki hükmün uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu madde hükmü uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Üreticinin

Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak yalnızca tüketiciye koruma sağlanmaz. Üreticinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu da Kanun kapsamında ele alınır.¹⁵¹

Kanun'un ifadesiyle imalatçı¹⁵² veya ithalatçının¹⁵³ ürünün bir kişiye veya mala verdiği zarardan doğan sorumluluğu, "Ürün sorumluluğu tazminatı" başlığıyla 6. maddede düzenlenir.¹⁵⁴ Buna göre Kanun kapsamında sorumluluğun doğabilmesi için güvenli olmayan ürünün piyasaya arz edilmesi, bir zararın doğması ve uygun illiyet bağının olması gerekir. Piyasaya arz, ürünün piyasada ilk kez bulundurulmasını ifade eder (m. 3/k). Bu bakımdan ürün piyasaya sürülme anında hatalıysa ürün sorumluluğu doğar. Üründeki uygunsuzluk, bir kişinin hayatına son verir, vücut bütünlüğünü ihlâl eder veya malvarlığında azalmaya yol açarsa, imalatçı veya ithalatçının tazmin yükümlülüğü doğar. Maddî veya manevî tazminat miktarının belirlenmesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri uygulanır

buradaki sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Üretici bulunduğu faaliyet gereği hukuk düzenince gerekli olan ve kendisinden beklenebilen tüm özeni göstermesi, önleyici tedbirler alması gerekir." (lexpera) (e.t.3.7.2024).

¹⁵¹ Kanışlı, s. 1422.

¹⁵² ÜGTDK m. 3/g: "İmalatçı: Ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi... ifade eder." Üretim kavramı, tarımsal ürünleri de kapsadığı için imalatçı kavramından daha geniştir. Zira tarım ürünleri imal edilmezler. Aksine yetiştirilirler. İmal kavramı sanayinin tüm kolları için uygun görülmemektedir. Bu sebeple de doktrinde ürün sorumluluğunda imalatçı yerine üretici kavramına yer verilmesinin daha isabetli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Havutçu, s. 23; Keser, s. 77-78; Aydos, s. 113 dn. 416. Kavramın değerlendirilmesi için bkz. Arık, s. 134; Atamer/ Kurtulan Güner, s. 547.

¹⁵³ ÜGTDK m. 3/g: "İthalatçı: Ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi... ifade eder."

¹⁵⁴ Bkz. ÜGTDK m. 6: "(1) Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararını gidermekle yükümlüdür.

(2) İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur.

(3) Ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde, bunlar müteselsilen sorumlu tutulurlar.

(4) İmalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddeleri hükümsüzdür.

(5) Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddî ve manevî tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

(6) Tazminat talebi için zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır.

(7) Diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır." Ayrıca bu Kanun ürün sorumluluğuyla birlikte ürünün piyasaya arzı ve denetiminin sağlanmasını içeren ürün güvenliği konularını da ele almakta ve idari yaptırımlar düzenlemektedir (m. 10). Avrupa Birliği'nde ise 85/374 sayılı Direktif ürün sorumluluğu; 2001/95 sayılı Ürün Sorumluluğu Yönergesi ise ürün güvenliğini düzenlemektedir.

(m. 6/5). Bu halde ürün olağan kullanım amacına uygun kullanılmasına rağmen bir zarar doğmalıdır. Öte yandan, kurtuluş kanıtı getirildiği takdirde imalatçı veya ithalatçının sorumluluğu kalkar (m. 21).¹⁵⁵

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun getirmiş olduğu sorumluluk kusursuz bir sorumluluktur.¹⁵⁶ Zira kanun koyucu, imalatçı veya ithalatçının sorumluluğunun doğabilmesi için kusurlu olmalarını aramamaktadır. Kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmak mümkün olduğu için buradaki sorumluluk, ağırlaştırılmış özen sorumluluğu olarak değerlendirilmektedir.¹⁵⁷

b. Kıta Avrupası Bakımından

Kıta Avrupası'nda ürün sorumluluğunu yeknesaklaştırmaya yönelik düzenleme çalışmaları öncesinde üreticinin, hatalı ürünler nedeniyle öncelikle sözleşme veya haksız fiil kapsamında sorumlu olduğu ifade edilmekteydi. İlerleyen dönemde mahkemeler verdikleri kararlar ile bir organizasyon dahilinde üretim yapan kimselerin organizasyon kusurundan sorumlu olduğunu kabul etti.¹⁵⁸ Lakin bu koruma yeterli görülmeyle eleştirildi. Zira birden çok kişinin çalışmadığı işletmelerde organizasyon sorumluluğuna dayanılması mümkün değildir.¹⁵⁹ Ayrıca üretici, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilir. Bu bakımdan Avrupa Birliği'nde ürünlerden kaynaklanan teknik sorunların çözülmesi ve Birlik içerisindeki mevzuatların uyumlaştırılması amacıyla 1980 yılında çalışmalar başladı. 1985 yılında Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin için hukuklarının uyumlaştırılması amacıyla 25 Temmuz 1985 tarihli 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi kabul edildi. Direktifte yer alan sorumluluk, olağan sebep ve tehlike sorumluluklarının unsurlarını birlikte içermektedir.¹⁶⁰ Direktife göre hatalı ürün sebebiyle üretici veya üretici sayılanların sorumluluğunun doğabilmesi, bazı şartlara bağlıdır. Bunlar hatalı ürün olması, zarar doğması, zarar ile hatalı ürün arasında uygun illiyet bağının varlığı ve hukuka aykırılıktır. Öte yandan, üretici kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır (m. 7). Teknolojinin gelişmesi ve dijitalleşmeyle birlikte uygulamada bazı sorunlar ve tartışmalar ortaya çıkmaktadır. 85/374 sayılı Direktifin, teknolojik gelişmeler ışığında gözden geçirilmesi gerektiğini belirten Avrupa Komisyonu, 28.09.2022 tarihinde Avrupa Parlamentosu Ve Konseyin Hatalı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Direktif Teklifini (COM (2022) 495 Final)¹⁶¹ hazırladı. Avrupa Parlamentosu 12.03.2024 tarihinde söz konusu bu yeni

¹⁵⁵ Baş, s. 372-375.

¹⁵⁶ Demir, s. 123; Kanışlı, s. 1443. Özen esasına dayandığı yönünde bkz. Ünal/ Kalkan, s. 53.

¹⁵⁷ Keser, s. 103; Baş, s. 367-368; Demir, s. 126-127.

¹⁵⁸ Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 1 vd.; NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 282.

¹⁵⁹ Pavataj, Rn. 111.

¹⁶⁰ Havutçu, s. 101.

¹⁶¹ Avrupa Parlamentosu Ve Konseyin 2022/0302 sayılı Hatalı Ürünlerden Sorumluluğa İlişkin Direktif Teklifi (COM (2022) 495 Final) için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52022PC0495> (e.t.3.7.2024).

Ürün Sorumluluğu Direktifini onayladı. Gelineen noktada Taslak, Avrupa Birliği Konseyi'nin onaylaması ve Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayınlanmasının ardından yirmi gün geçmesiyle yürürlüğe girecektir (m. 23). Üye ülkelerin ise yeni Ürün Sorumluluğu Direktifinin yürürlüğe girmesinden itibaren yirmi dört ay içinde revizyon yapmaları gerekmektedir (m. 22).

Almanya 1990 yılında Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nu (ProdHaftG); İsviçre 1993 yılında İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu'nu (PrHG) kabul ederek Direktifin iç hukuka aktarılmasını sağladı. Alman hukukunda Direktife uygun olarak getirilen Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun getirdiği düzenlemenin hukukî niteliği tartışmalıdır. Ağırıklı görüş söz konusu düzenlemenin tehlike esasına dayandığını kabul etmektedir.¹⁶² Öte yandan, Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun getirdiği düzenlemeye ek olarak haksız fiil sorumluluğuna ilişkin BGB § 823 hükmünün de bulunur.¹⁶³ Alman hukukunda her iki sorumluluğun yarıştığı kabul edilmektedir.¹⁶⁴ Zira her iki düzenlemenin amacı da hatalı ürünlerden doğan zararın tazmin edilmesidir. Lakin Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun aksine BGB § 823 kusura dayanan ve uygulama alanı daha geniş bir sorumluluk düzenlemektedir.¹⁶⁵

İsviçre hukukunda Ürün Sorumluluğu Kanunu içerik açısından büyük ölçüde 85/374 sayılı Direktifin benimsenmesiyle ortaya çıktı. Direktifin yürürlüğe girmesiyle bir yandan tüketicinin korunmasının güçlendirilmesi, diğer yandan da çeşitli ulusal mevzuatların uyumlaştırılması ve böylece rekabetin bozulmasının önlenmesi amaçlandı.¹⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu, aksi belirtilmediği sürece ürün sorumluluğu davalarında Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını ifade eder (PrHG Art. 11). Bu hükmü değerlendiren bir görüş,¹⁶⁷ zarar gören tarafın sözleşmeye, haksız fiil hükümlerine veya Ürün Sorumluluğu Kanunu'na dayanmakta serbest olduğunu belirtir. Diğer bir görüş¹⁶⁸ ise ürün sorumluluğu düzenlemeleri ile haksız fiil hükmü arasında bir yarışma

¹⁶² BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 683.

¹⁶³ NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 284; MuKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 921, 1037; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 684; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 1 Rn. 13.

¹⁶⁴ NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 284; MuKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 921, 1037; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 684; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 1 Rn. 13. Her iki sorumluluk sisteminin farkları için bkz. BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 686.

¹⁶⁵ BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 686. İçtihatlarla geliştirilen haksız fiil sorumluluğu (BGB § 823), zarar görene Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'ndan daha fazla koruma sağlamaktadır. Bkz. NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 284. NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 284; MuKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 921, 1037; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 684; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 1 Rn. 13.

¹⁶⁶ Pavataj, Rn. 123.

¹⁶⁷ Bkz. Hess, SHK PrHG Art. 11, Rn. 1.

¹⁶⁸ Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 28.

olmadığını dile getirir. Bu görüşe göre haksız fiil, Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun kapsamına girmeyen durumlar için uygulanabilir.

2. Organizasyon Sorumluluğuyla İlişkisi

Tarihsel süreç içerisinde hatalı ürün sebebiyle doğan sorumluluğun, haksız fiil esasına dayandırılmasının yarattığı kusur ve ispat sorunları, adam çalıştırmanın sorumluluğunu gündeme getirir (TBK m. 66/1).¹⁶⁹ Zira ürünün imalı sırasında meydana gelen hatalar, çalışanların fiilinden veya ihmalden kaynaklanabilir. Lakin üretim hataları, sadece bunlarla sınırlı değildir. Özellikle makinelerin, araç gereçlerin veya ham maddelerin yol açtığı ya da diğer bir organizasyon eksikliğinden kaynaklanan hatalar bulunabilir. Bu bakımdan, adam çalıştırmanın sorumluluğu, bu üretim hatalarını karşılamaya yetmez.¹⁷⁰ Gerçekten de Türk hukukunda Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu yürürlüğü öncesinde hatalı ürünler sebebiyle sorumluluk organizasyon sorumluluğu kapsamında değerlendirilmekteydi.¹⁷¹ Öyle ki, bu dönemde organizasyon sorumluluğu, hatalı ürünlerden doğan zararın giderilmesinde tek sorumluluk hükmü olarak görülürdü. Zira ürün, işletmenin faaliyetinden ve organizasyonundan elde edilir. Dolayısıyla ürünü bu faaliyetten ayrı tutmak mümkün değildir.¹⁷² İsviçre Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine dayandırılan organizasyon sorumluluğu da tarihsel süreçte ürün sorumluluğu için en uygun hukukî dayanak haline geldi. Çünkü yaygın iş bölümü ve üretimin el işçiliğinden seri üretime geçmesiyle birlikte, sorumlu kişiyi belirlemek ve onu genel haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutmak pek mümkün değildir. Federal Mahkeme de kararlarında ürün sorumluluğu taleplerini organizasyon sorumluluğuna dayandırır. Bu yaklaşım kendi menfaati için başka birine iş yaptıran adam çalıştırmanın bunun sorumluluğunu da üstlenmesi gerektiği fikrine dayanır.¹⁷³

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun yürürlüğü sonrasında organizasyon sorumluluğunun uygulanıp uygulanmayacağı farklı değerlendirmelere konu olmaktadır. Doktrinde bir görüş,¹⁷⁴ organizasyon sorumluluğunun, ürün sorumluluğunun kapsamına girmeyen zararlar için uygulanabileceğini ifade eder. Diğer bir görüş,¹⁷⁵ ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin organizasyon sorumluluğu hükmünün uygulamasını engellemeyeceğini belirtir. Buna göre ürün sorumluluğu ile organizasyondan doğan sorumluluk hükümleri yarış içerisinde somut olaya uygulanabilir. Ayrıca organizasyon sorumluluğu, Ürün Güvenliği ve Teknik

¹⁶⁹ Veysel Başpınar, "İlaç Üreticisinin Sorumluluğu", İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s. 85-110, s. 93; Dönmez, s. 388; Akçura Karaman, s. 101.

¹⁷⁰ Dönmez, s. 389.

¹⁷¹ Antalya, s. 359; Ünlütepe, s. 340.

¹⁷² Ünlütepe, s. 340.

¹⁷³ Hess, SHK PrHG Teil 1, Rn. 95-96.

¹⁷⁴ Antalya, s. 362; Altay, s. 173.

¹⁷⁵ Ünlütepe, s. 340; Kanışlı, s. 1458.

Düzenlemeler Kanunu'nda yer alan ürün sorumluluğunun dışında üreticinin başvurabileceği en elverişli sorumluluk sebebidir.¹⁷⁶ Öte yandan, 85/374 sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi ve Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu, diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerin saklı olduğunu ifade etmektedir (Direktif m. 13 ve ÜGTDK m. 6/7). Bu sebeple, her iki düzenlemenin de taleplerin yarışmasını kabul ettiği söylenebilir.¹⁷⁷

Doktrinde yapılan değerlendirmeye göre ürün ve organizasyon sorumluluğu rejiminin farklı özellikleri vardır. Öyle ki, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu lafzi olarak yorumlanarak ürün sorumluluğu, sadece uygunsuz ürünle sınırlı kabul edilirse zarar görenin organizasyon sorumluluğuna dayanması daha elverişlidir. Zira daha önce de belirtildiği üzere uygunsuzluk teknik düzenlemelere ve genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmamayı ifade eder (ÜGTDK m. 3/r). Teknik düzenlemeler ise asgari koşulları düzenlerler. Buna karşın, organizasyon yükümlülüğünden doğan sorumluluk, teknik düzenlemelere ve idari işlemlere indirgenemez. Burada kriter, yerine getirilmesi gereken özendir. Bu sebeple, organizasyona ilişkin tüm yenilik ve değişiklikler, özen sorumluluğu bağlamında dikkate alınır. Görüldüğü üzere her iki sorumluluk türünün ayırımının yapılması çoğu zaman zor olsa da iki sorumluluk da farklı sebeplere dayanır. Diğer bir yönden, üretici objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek organizasyon sorumluluğundan kurtulabilir. Ancak ürün sorumluluğundan kurtulamaz.¹⁷⁸ Bunun için Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda veya 85/374 sayılı Direktifte yer alan kurtuluş kanıtlarını yerine getirmelidir. (ÜGTDK m. 21 ve Direktif m. 7).

İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu daha önce de belirtildiği üzere aksine düzenleme olmadığı sürece hatalı ürünlerden doğan sorumluluğa, Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir (PrHG Art. 11). Doktrinde bir görüş İsviçre hukukunda Ürün Sorumluluğu Kanunu'nu özel; organizasyon sorumluluğunun dayandığı OR Art. 55'i genel bir kanun olarak nitelendirir. Bu sebeple yarışma olmayacağını, İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun uygulanacağını ifade eder.¹⁷⁹ Ayrıca iki düzenleme, farklı başlangıç noktalarına sahiptir. Öyle ki, adam çalıştırmanın sorumluluğu temelinde organizasyon sorumluluğu özen yükümlülüğünü esas alır.¹⁸⁰ Öte yandan, İsviçre hukukunda Federal Mahkemenin adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulama alanını üretim hatalarını ve organizasyona özeni kapsayacak şekilde genişlettiği uygulamasının, İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun yürürlüğü sonrasında önemi kalmadığı da ifade edilmektedir (OR Art. 55).¹⁸¹ Diğer bir görüş ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu

¹⁷⁶ Ünlütepe, s. 340; Kamışlı, s. 1458. Organizasyon sorumluluğunun yeterli koruma sağlamadığı yönünde bkz. Okyar, s. 242 vd.

¹⁷⁷ Kamışlı, s. 1453.

¹⁷⁸ Keser, s. 287-288.

¹⁷⁹ Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 28; Kılınç, s. 251.

¹⁸⁰ Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 28.

¹⁸¹ Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 28; Kılınç, s. 251.

uygulamasının, Kanuna göre daha fazla koruma sağladığını belirtir. Bu görüşe göre Ürün Sorumluluğu Kanunu dolaylı zararlar, gelişim riskleri ve etkisiz ürünler için koruma sağlamaz. Bu sebeple Mahkeme, önceki içtihadına bağlı kalmalıdır. Adil sonuçlara ancak önceki içtihatların devam ettirilmesiyle ulaşılabilir.¹⁸² Sonuç itibarıyla özel kanunun genel kanunu ilga edeceğine yönelik ilke (*lex specialis derogat legi generali*) burada uygulanmaz.¹⁸³ Bu bakımdan İsviçre hukuk doktrininde de organizasyon sorumluluğu ile ürün sorumluluğunun yarıştığı kabul edilmektedir.¹⁸⁴ Alman hukukunda da içtihatlarla geliştirilen haksız fiil sorumluluğunun (BGB § 823), zarar görene Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'ndan daha fazla koruma sağladığı ifade edilmektedir.¹⁸⁵

D. DEĞERLENDİRME VE KANAAT

Hatalı üretilen ürünlerden doğan sorumluluk, tarih süresince gerek mahkemelerce gerekse de doktrin tarafından farklı hukukî gerekçelere bağlandı. Türk ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin getirilmiş olması söz konusu tartışmaları büyük ölçüde sona erdirdi. Lakin halen daha üretim hatası, farklı yükümlülük ihlallerine dayanabilir ve ortaya çıkan zarar da çeşitli hukukî düzenlemelerin konusu olabilir. Bu durumda zarar görenin dilediği hukukî sebebe dayanma hakkının olup olmadığı ise değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Somut olayın özellikleri dikkate alındığında oluşan zararın tazmini için birden fazla sorumluluk sebebi gerçekleşmişse, sebeplerin yarışmasından bahsedilir. Türk Borçlar Kanunu, birden fazla sorumluluk sebebinin gerçekleştiği durumlarda hâkimin, zarar görenin aksini belirtmediği veya kanunda farklı bir düzenleme olmadığı taktirde zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayacak sorumluluk sebebine göre karar vermesi gerektiğini ifade eder (TBK m. 60). Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu m. 6/7; 85/374 sayılı Direktif m. 13; İsviçre Ürün Sorumluluğu Kanunu m. 11'de benzer düzenlemeler ile diğer kanunlardaki sorumluluğa ilişkin hükümlerin saklı olduğunu belirtir. Görüldüğü üzere burada zarar gören her iki talepten kendisi için en elverişli olanı seçebilir. Böyle bir belirleme yapılmamışsa, hâkim zarar görenin lehine olanı seçmeli ve uygulamalıdır. Kanaatimizce de üretim hatasının birden fazla sorumluluk sebebini ortaya çıkarması halinde sebeplerin yarışmasından bahsedilmelidir. Zarar gören talebini, sorumluluk sebeplerinin şartlarına, içeriğine, zamanaşımına veya ispat koşullarına göre değerlendirebilir ve dilediğine dayanabilir. Öyle ki, burada ürün sorumluluğunun özel düzenleme olduğu bu nedenle diğer sorumluluk sebeplerini dışlayacağından bahsedilmemelidir. Aksi bir yaklaşım, somut olayın koşullarına göre zarar görenin daha iyi bir korumadan mahrum kalmasına yol açabilir. Zira ürün sorumluluğu düzenlemesi gerek Türk

¹⁸² Hess, SHK PrHG Art. 11, Rn. 9. Karş. Pavataj, Rn. 123; Waespi, s. 38.

¹⁸³ Waespi, s. 38.

¹⁸⁴ Pavataj, Rn. 123; Hess, SHK PrHG Art. 11, Rn. 10-11.

¹⁸⁵ BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 686; NK-BGB/ Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 284.

gerekse Alman veya İsviçre hukuklarında hatalı ürünlerden doğan tüm zararların tazmin edilmesini sağlamamakta bazı sorumlulukları dışlamaktadır. Öte yandan, organizasyon sorumluluğunun da diğer sorumluluk sebepleriyle kıyaslandığında zarar göreni hiç veya yeterince koruyamadığı durumlar söz konusu olabilir.

Organizasyon sorumluluğuyla kıyaslanacak ilk sorumluluk, üretim hatalarının tazmini amacıyla tarih süresince ilk karşımıza çıkan sözleşmeden doğan sorumluluktur. Belirtmek gerekir ki, üretim hatasından doğan bir zararın tazmini için sözleşmeden doğan sorumluluğa başvurmak yeterli koruma sağlamamaktadır. Zira günümüzde birçok katılımcının yer aldığı ve uzun dağıtım zincirlerinin bulunduğu seri üretimler yaygındır. Zarar görenin her zaman alıcı, satıcının ise üretici olması her zaman mümkün değildir. Buna rağmen, üreticinin hatalı ürünler sebebiyle sorumluluğuna gidebilmek içinse sözleşmenin bulunması gerekli değildir.¹⁸⁶ Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun gerek genel kısmında yer alan borcun gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin (TBK m. 117 vd.) hükümlerin gerekse özel kısmında yer alan satış sözleşmesinin ayıplı ifasından doğan düzenlemelerin (TBK m. 219 vd.) amacı, sözleşmedeki dengeyi tekrar kurmaktır. Organizasyon ve ürün sorumluluğunda ise amaç, zarar gören üçüncü kişiler de dahil uğranılan zararın tazmin edilmesidir. Buna yol açan durum ise üreticinin sözleşmeyi ihlâl etmesi değildir. Hatalı ürünün piyasaya sürülerek zarar tehlikesi yaratılmasıdır.

Üreticinin üretim hatası haksız fiil teşkil etse dahi kusurunun bulunmadığı durumlarda haksız fiil sorumluluğuna başvurulamaz (TBK m. 49). Dolayısıyla, zarar tazmin edilemediği için zarar görene yeterli koruma sağlanamaz. Öte yandan, organizasyon sorumluluğu özen esasına dayanan bir sorumluluk iken haksız fiil sorumluluğu kusur temeline dayanır. Bu bakımdan doktrinde¹⁸⁷ de haklı olarak ifade edildiği üzere kusursuz sorumluluk ile kusur sorumluluğu arasında sebeplerin yarışmasından söz edilemez. Üretim hatası teşkil eden bir fiil, hem haksız fiil hem de organizasyon eksikliği teşkil ediyorsa, zarar görenin kusursuz sorumluluk olan organizasyon sorumluluğuna dayanması gerekir. Buna karşın, her ne kadar istisnai¹⁸⁸ olsa da üretim sürecinde çalışanın yer almadığı durumlarda organizasyon sorumluluğunun şartları oluşmaz. Zarar gören, dilerse üreticinin haksız fiil sorumluluğuna dayanabilir. Üreticinin hatalı üretime neden olan davranışının, aynı zamanda ürün sorumluluğuna yol açması halinde ise zarar gören yine kusursuz sorumluluk olan ürün sorumluluğuna başvurabilir. Üreticinin haksız fiil sorumluluğuna gidemez.

Hatalı bir ürünün sebep olduğu zararlar, ürün sorumluluğu ile organizasyon sorumluluğuna ilişkin hükümlerin çoğu kez kesişmesine ve taleplerin yarışmasına yol açar. Böylesi bir yarışma içinde zarar gören, hatalı ürün sebebiyle uğradığı zararın tazminini dilerse ürün (ÜGTDK m. 6) dilerse

¹⁸⁶ Yarg. 11. HD., E. 2020/5083 K. 2021/5398 T. 30.6.2021; Antalya BAM, 11. HD., T. 20.3.2023 E. 2021/1074 K. 2023/526 (lexpera); Yarg. 19. HD., E. 2014/8733 K. 2015/5518 T. 16.04.2015 (lexpera). (e.t.3.7.2024).

¹⁸⁷ Pavataj, Rn. 110; Kanişlı, s. 1453-1454.

¹⁸⁸ Pavataj, Rn. 110.

de organizasyon (TBK m. 66/3) sorumluluğu kapsamında talep edebilir. Bu bakımdan, organizasyon sorumluluğu, hatalı ürünler sebebiyle başvurulabilecek elverişli bir sorumluluk rejimidir. Lakin bazı durumlar bakımından yetersiz kalabilir. Zira üretici, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğuna dair kurtuluş kanıtı getirerek organizasyon sorumluluğundan kurtulabilir. Buna karşın, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda yer alan sorumluluktan kurtulma imkânları sınırlıdır (ÜGTDK m. 21/2-3). Öyle ki, üretici ürünün hatalı olmaması için objektif olarak gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamaz.¹⁸⁹

Organizasyon sorumluluğu, üreticinin üretim sürecinin koordine edilmesindeki özeninin eksikliğine dayandığından bazı hatalar için bu sorumluluk rejimine başvurulamaz. Üretim kaçağı (*Ausreiser*) bunlardan ilkidir. Gerçekten de üretim kaçağı sebebiyle oluşan zararlarda üreticinin organizasyon sorumluluğu doğmaz.¹⁹⁰ Zira bu halde seri içerisindeki birkaç ürün, gerekli özen gösterilse ve işletme düzeni bir zarar doğmasını önlemeye elverişli şekilde kurulsada dahi engellenemeyecek teknik sorunlar sebebiyle hatalı oluşur. Öte yandan, üretim kaçağının oluşumunda kusur bulunmadığı için üreticinin haksız fiil sorumluluğuna gidilemez.¹⁹¹ Ancak üretim kaçakları, üreticinin ürün sorumluluğunu gündeme getirir.¹⁹² Hem 85/374 sayılı Direktif hem de Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu uyarınca herhangi bir özen eksikliği veya kusur olmayan bu hallerde üretici ortaya çıkan zarardan sorumlu olmaktadır. Bu bakımdan, üretim kaçakları için ürün sorumluluğuna başvurmak zararın tazmin edilmesini sağlar ve zarar göreni koruma altına alır.

Değerlendirilmesi gereken diğer bir hata, gelişim hatasıdır. Gelişim hataları üretim kaçağı gibi üreticinin kusuruna dayanmaz ve haksız fiil sorumluluğuna yol açmaz.¹⁹³ Çünkü üretici, bütün özeni gösterse dahi gelişim hatalarını fark edemez ve önleyemez. Öte yandan, gelişim riskleri sebebiyle üretici, ürün sorumluluğuna da tabi tutulamaz. Zira ürün sorumluluğu yalnızca ürünün piyasaya sürüldüğü tarihte var olan hataları kapsar.¹⁹⁴ Ayrıca doktrinde gelişim hatalarından dolayı organizasyon

¹⁸⁹ Kanışlı, s. 1459.

¹⁹⁰ Pavataj, Rn. 128; Arık, s. 38; Kibar, s. 211; Akçaal, s. 263; Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu, s. 174-175; Akçura Karaman, s. 172; Kanışlı, s. 1459.

¹⁹¹ Akçura Karaman, s. 174; BeckOGK/T. Voigt, BGB § 823 Rn. 657; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 713; MüKoBGB/Wagner, BGB § 823 Rn. 1096; BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 33; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 48; Kırca, s. 109. Ancak söz konusu üretim hatası, makinelerin arıza yapması veya bakımlarının yapılmaması gibi üreticinin kusurlu olduğu bir sebebe dayanırsa aksi düşünülmelidir. Bu halde üreticinin kusuru vardır ve haksız fiil sorumluluğu da doğar. Bkz. Akçura Karaman, s. 172.

¹⁹² BeckOK BGB/Förster, ProdHaftG § 3 Rn. 33; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 48; Pavataj, Rn. 128; Okyar, s. 239; Kırca, s. 150.

¹⁹³ Akçura Karaman, s. 173. Aksi yönde bkz. Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu, s. 174-175.

¹⁹⁴ NK-BGB/Katzenmeier, BGB § 823 Rn. 311; Hess, SHK PrHG Art 4, Rn. 65; Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 28.

sorumluluğunun doğmayacağı da ifade edilmektedir.¹⁹⁵ Buna karşın, üreticinin ortaya çıkan gelişim hatalarını izlemesi veya gerekli önlemleri alması önemlidir. Örneğin, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na göre piyasada olan hatalı ürünlerin geri çağırılması gerekir. Özellikle ürün, insan sağlığına zarar veremekteyse toplatılmalıdır (ÜGTDK m. 7/h).¹⁹⁶ Kanunen veya sözleşmeyle böyle bir yükümlülüğün öngörüldüğü durumlarda üretici, ürünü gözleme ve gerekirse geri çağırmaya ilişkin organizasyon sağlamalıdır. Aksi halde bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen üreticinin organizasyon sorumluluğu doğar.¹⁹⁷ Görüldüğü üzere gelişim hatalarının izlenmemesi ve gerekli önlemlerin alınmaması sebebiyle ortaya çıkan zarardan dolayı üreticinin organizasyon sorumluluğuna başvurmak zarar gören için daha lehe olabilir. Kanaatimizce de üreticinin, sorumluluğun doğmaması için tüm özeni gösterdiğini ve buna rağmen, mevcut teknolojik koşullar altında hatayı tespit edemediğini, ürünü izleyip zarara yol açmaması için gerekli önlemleri aldığını ispat etmesi gerekir. Örneğin, piyasaya arz edilen ürünün gelişim hatasına sahip olduğunu öğrenen üretici, ürünün piyasaya arzını durdurmalıdır.

Üretim hatası sebebiyle oluşan zararın tazmininde başvurulabilecek hukukî sebepler, zamanaşımı yönünden de incelenmelidir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta zamanaşımı süresi on yıldır (TBK m. 146). Haksız fiilden doğan sorumlulukta ve organizasyon sorumluluğunda ise zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren iki; herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle tazminat talebi zamanaşımına uğrar (TBK m. 72). Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda bu süre daha uzundur. Buna göre zarar gören, zararı ve sorumluyu öğrenmeden itibaren üç; her halükârda on yıl içinde üreticiye başvurmalıdır (ÜGTDK m. 6/6).

Üretim hatalarından doğan sorumlulukta yarışan sebeplerin seçiminde önem arz eden hususlardan bir diğeri ise ispattır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlu borcun gereği gibi ifa edilmemesinde kendisine kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi gerekir (TBK m. 112). Haksız fiil sorumluluğunda ise kanunen zarar gören zararını ve zarar verenin kusurunu ispat ile yükümlüdür (TBK m. 50). Ancak üretim hatalarının yol açtığı zararların haksız fiil ile tazmininde zarar görenin kusuru ispat etmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu sebeple uygulamada verilen mahkeme kararlarıyla ispat yükü ters çevrilir ve üreticinin kusuru olmadığını ispat etmesi aranır. Organizasyon sorumluluğunda ise zarar görenin zararı, adam çalıştıran üreticinin ise işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmelidir (TBK m. 66/3). Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na göre zarar gören, zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmelidir (ÜGTDK m. 6/2).

¹⁹⁵ Akçaal, s. 263; Kibar, s. 211-212; Ünlütepe, s. 344; Kılınç, s. 251 vd.; Özcan Büyüktanır/ Okyar Karaosmanoğlu, s. 174-175. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğmayacağı yönündeki görüş için bkz. Okyar Karaosmanoğlu, s. 234.

¹⁹⁶ Demir, s. 152; Türkmen, s. 277 dn. 115.

¹⁹⁷ Waespi, s. 39; Kibar, s. 211-212; Ünlütepe, s. 344; Demir, s. 152; Kılınç, s. 251 vd. Karş. Müller, CHK OR Art. 55, Rn. 28.

SONUÇ

Ürün sorumluluğu tarihi süreç içerisinde önce sözleşmeden doğan sorumluluğa ve kusurlu üreticinin haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmıştır. Ardından üreticinin kusursuz sorumlu olması gerektiği ve bu sorumluluğun çalışanın fiilini de kapsayacağı ifade edilmiştir. Lakin bu yeterli görülmemiştir. Zira üretim süreci, malzeme, araç gereç, çalışan ve bunların bir araya getirilerek koordine edilmesinden oluşan bütün olay dizisini ifade eder. Dolayısıyla, üretim sürecinde yaşanan ve hataya yol açan bir aksaklık, pek tabii çalışanın fiilinin ötesine geçebilir. Organizasyonun yapılmasında özen gösterilmemiş olmasına da dayanabilir. Netice itibarıyla gerek doktrin gerekse de mahkemeler verdikleri kararlar ile üreticinin, üretim sürecini zarara yol açmayacak şekilde organize etmesinden bahsetmekte ve bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde sorumluluğunun doğacağını ifade etmektedir. Zira özellikle üretim sürecinde ortaya çıkan hataların başlıca sebebi organizasyonun iyi yapılmamasıdır.

Organizasyon sorumluluğu, ürün sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin bulunmadığı dönemde zarar gören kullanıcı veya üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak için tercih edilen elverişli bir hukukî sebep olsa da mülga Borçlar Kanunu'muzda veya mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yasal bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Aksine o dönem Mahkeme kararlarında ve doktrinde varlığı kabul edilmektedir. İsviçre OR 2020 Tasarısı ve Türk Borçlar Kanunu (m. 66) ise adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğunu içerir. Hukukumuz bakımından adam çalıştıran üretici, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe oluşan zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 66/3). İşletme sahibi olan üretici, elverişli ve özenli bir organizasyon kurmaması sebebiyle ortaya çıkan üretim hatalarından sorumludur. Sorumluluktan kurtulabilmek için çalışana seçerken, talimat verirken veya denetlerken özen gösterdiğini ispatlamalıdır. Ayrıca üretici, ham maddenin, araç gereç ve makinelerin, üretim yönteminin amaca uygun, yeterli sayıda ve elverişli olduğu ispat edilmelidir. Öte yandan, ürünlerin hatalı üretilmemesi adına somut olayın gerektirdiği organizasyonu kurarak tüm özeni gösterdiğini de ortaya koymalıdır.

Üreticinin tayin ettiği veya hukuk düzeni tarafından belirlenen kurallara aykırı üretilen üründen doğan zarar, birden fazla hukukî kurumun uygulama alanına girebilir. Bu halde de zarar görenin hangi hukukî sebebe dayanabileceği belirlenmelidir. Öyle ki, üreticinin kasıt veya ihmâl ile ayıplı ham madde veya bakımı yapılmamış makineyle ürettiği hatalı ürünü kullanıcıya satması ve bir zarar doğması ihtimal dahilindedir. Bu halde üreticinin sözleşmeden doğan sorumluluğu, kusur esasına dayanan haksız fiil sorumluluğu, organizasyon sorumluluğu ve nihayetinde ürün sorumluluğu gündeme gelebilir. Kanaatimizce burada özel düzenleme olması sebebiyle doğrudan ürün sorumluluğunun uygulanacağını söylemek mümkün değildir. Ayıplı ürün sebebiyle bozulan dengeyi tekrar sağlamayı, sözleşme menfaatini tekrar kurmayı amaçlayan sözleşmeden doğan sorumluluk, zarar gören üçüncü kişileri korumaktan uzaktır. Kusur esasına dayanan ve genel düzenleme olan haksız fiil sorumluluğu bir kenara bırakılırsa zarar görenin dilerse ürün sorumluluğuna dilerse de organizasyon

sorumluluğuna başvurması mümkün olmalıdır. Zira taleplerin yarışması ilkesi bunu gerektirir (TBK m. 60). Buna göre zarar gören, birden fazla sorumluluk sebebinin gerçekleştiği durumlarda hatanın türü, talebin şartları, zamanaşımı ve ispat koşullarını göz önünde bulundurarak kendisine en iyi giderim imkânı sağlayacak sorumluluk sebebini seçebilmelidir. Böylesi bir seçimin zarar gören tarafından yapılmaması halindeyse hâkim, zarar görene en iyi giderim sağlayacak hukukî sebebi uygulamalıdır (TBK m. 60).

KAYNAKÇA

Akcaal M, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu”, 2012/3, Ankara Barosu Dergisi, s. 253-290.

Akçura Karaman T, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul, 2008.

Altay S, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m. 66/3)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul, Legal, 2012, s. 161-175.

Antalya G, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1, 2, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2019.

Arık D, Avrupa Ürün Sorumluluğu Direktifi İle Karşılaştırmalı Olarak 7223 Sayılı Ürün Güvenliği Teknik Düzenlemeler Kanunu Uyarınca Ürün Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2023.

Atamer M Y/ Kurtulan Güner G, “Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu İle İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?”, S. 70 (2) 2021, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 543-588.

Aydos O S, Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Baş S, “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış”, Y.13, S.52, Ekim 2022, TAAD, s. 349-382.

Başpınar V, “İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s. 85-110.

Büyüksağış E/ Öz K, “Tıbbi Ürünlerin Yol Açtığı Zarardan Sorumluluk: Karşılaştırmalı ve Eleştirel Bir Yaklaşım”, Aralık 2016, S. 8, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 157-198.

Dauner-Lieb B/ Langen W, Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch: Schuldrecht, 4. Auflage 2021. (NK-BGB/ Bölüm Yazarı)

Demir R, 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Açısından Yapay Zekâ İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Dönmez Ü, “Türk Ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk Ve Özel Sorumluluk Hâlleri”, C.7, S.1, Y.2016, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 381-406.

Eren F/ Dönmez Ü, Eren Şerhi Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, 2023.

Fischer W/ Böhme A/ Gähwiler F, OR Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK - Orell Fussli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, 2023.

Gsell B/ Krüger W/ Lorenz S/ Reymann C (GesamtHrsg), beck-online.GROSSKOMMENTAR, 2024. (BeckOGK/ Bölüm Yazarı)

Havutçu A, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2005.

Habersack M, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Schuldrecht – Besonderer Teil IV §§ 705–853, 9. Auflage 2024. (MüKoBGB/Bölüm Yazarı)

Hau W/ Poseck R (Hrsg), BeckOK BGB, 70. Edition, 2024. (BeckOK BGB/ Bölüm Yazarı)

Hess H-J, Produktheftpflichtgesetz (PrHG) Bundesgesetz über die Produktheftpflicht vom 18. Juni 1993, SHK - Stämpfli Handkommentar, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, 2016.

Kanıslı E, “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, S. 78 (3), İstanbul Hukuk Mecmuası, s. 1413-1468.

Kara Kılıçarslan S, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (Adam Çalıştırmanın Çalışanın Davranışlarından ve İşletmenin Organizasyonundan Dolayı Sorumluluğu), 2017.

Karashahin Y A, “Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’nda Yer Alan Ürün Sorumluluğu Kuralları İle Ürün Güvenliği Kurallarının İlişkisi”, S. 72 (3) 2023, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1389-1425.

Keser Y, Ürün Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Kırca Ç, Ürün Sorumluluğu, BATİDER, Ankara, 2007.

Kılınç A N, Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu, Temmuz, 2018.

Kibar A F, Hatalı Tıbbi Cihazdan Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Kullmann H J, Produkthaftung für Verkehrsmittel Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NZV 2002, s. 1-10.

Müller C, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, 2023.

Okyar D, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m. 66), On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Öz T, “Üreticinin Sorumluluğu”, Y.6, C.6, S.2, Temmuz 2007, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 7-18.

Özcan Büyüktanır B G/ Okyar Karaosmanoğlu D, “Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, C.8, S.1, Y.2017, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 153-198.

Özcan Büyüktanır B G/ Okyar D, “Otonom Yapay Zekâ Sistemlerinden Kaynaklanan Zararlar Bakımından Üretici Gelişim Riski Savunması İleri Sürebilir Mi?” C. 18, S. 217, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kasım-Aralık 2023, s. 1195-1217.

Pavataj B, Die deliktischen Organisationspflichten Ein Beitrag zum Befreiungsbeweis des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR, SGRW - St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 50, Dike Verlag AG, 2022.

Säcker F J/ Rixecker R/ Oetker H/ Limperg B, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, 9. Auflage 2024. (Kısaca: MüKoBGB/ Bölüm Yazarı, ProdHaftG)

Waespi O, Organisationshaftung Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, ASR- Abhandlungen zum Schweizerischen Recht Band/Nr. 700, Stämpfli Verlag AG, 2005.

Türkmen A, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)”, C. LXX, S. 2, 2012, ÜHFM s. 257-284.

Ünlütepe M, Organizasyon Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Ünal A/ Kalkan A, “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan Ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, Y.11, S. 39, Temmuz 2019, TAAD, s. 45-82.

AİLE ARABULUCULUĞU EĞİTİMİ: İNGİLTERE ÖRNEĞİ

Family Mediation Training: The Example of England

Dr. Öğr. Üyesi Erhan FIRAT*

Öz: Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuğun aile uyuşmazlıklarının çözümünde tercih edilen aile arabuluculuğu mukayeseli hukukta başarılı bir şekilde uygulanmaktadır. Bu yöntemin başarılı bir şekilde uygulanmasının birçok sebebi olsa da aile arabulucusunun eğitimi bu anlamda büyük önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, arabuluculuk yöntemi başlı başına bir eğitim gerekmektedir. Ancak arabuluculuğun bu türünde temel arabuluculuk eğitiminin gereksinimlerinden başka birtakım ek eğitimlere ihtiyaç duyulmaktadır. Ülkemiz açısından bugün itibarıyla aile arabuluculuğuna ait müstakil olarak bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla aile arabuluculuğuna dair herhangi bir ek eğitim de yoktur. Ancak aile arabuluculuğu konusunda çok sayıda çalıştay yapıldığı, kongre ve seminerler düzenlendiği görülmektedir. İngiltere aile arabuluculuğunu profesyonel düzeyde uygulayan ve bu konuda öncü olmuş ülkelerden biridir. Aile arabuluculuğun bu ülkede gerek eğitim anlamında gerekse uygulama anlamında kurumsal bir kimliğe kavuştuğu öteden beri bilinmektedir. Biz de çalışmamızda aile arabuluculuğu eğitimi konusunu İngiltere üzerinden ele almanın yararlı olacağı kanaatiyle bu ülke özelinde konuyu inceledik. Ülkemiz açısından ise çalışmanın bu konu ile ilgili yapılacak hukuki düzenlemelere bir fikir verebilmesini temenni etmekteyiz. **Anahtar Kelimeler:** Arabuluculuk, Arabuluculuk Eğitimi, Aile Arabuluculuğu, İngiltere Örneği.

Abstract: Family mediation, which is one of the alternative dispute resolution methods, is preferred in the resolution of family disputes and is successfully applied in comparative law. Although there are many reasons for the successful implementation of this method, the training of the family mediator is of great importance in this sense. As it is known, the mediation method requires training in itself. However, this type of mediation requires additional training beyond the requirements of basic mediation training. As of today, there is no separate legal regulation on family mediation in our country. Therefore, there is no additional training on family mediation. However, it is seen that many workshops, congresses and seminars are organized on family mediation. The UK is one of the pioneer countries in implementing family mediation at a professional level. It has long been known that family mediation has gained an institutional identity both in terms of education and practice in this country. In our study, we believed that it would be beneficial to address the issue of family mediation training in England, and examined the issue specifically in this country. In terms of our country, we hope that the study will be able to give an idea to the legal regulations to be made on this issue.

Keywords: Mediation, Mediation Training, Family Mediation, England Example.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Meslek Yüksekokulu, efirat@erzincan.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6910-7453 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573670
Makale Geliş Tarihi: 24.06.2024, Makale Kabul Tarihi: 11.10.2024

GİRİŞ

Arabuluculuktan beklenen faydanın sağlanabilmesinin için arabulucunun yeterli bilgi ve deneyime sahip olması gerekmektedir. Bugün itibariyle mukayeseli hukukta olduğu gibi ülkemizde de arabuluculuk faaliyeti belirli şartları sağlayan kişiler tarafından yürütülmektedir. Bu anlamda yürürlükte bulunan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)¹ ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY)² arabuluculuk yapabilmek için gerekli olan kayıt ve eğitim şartlarını belirlemiştir.

Hukumumuzda arabuluculuk yapabilmeyen koşulu Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından tutulan arabulucular siciline kayıt olmaktır (HUAK m. 19/1 ve m. 20/3). Bunun için ise T.C vatandaşı, tam ehliyetli, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu, terör örgütleriyle irtibatlı veya iltisaklı olmayan, hakkında kasten işlenmiş suçlardan 1 yıl veya daha fazla, belli suçlardan ise herhangi bir mahkûmiyet kararı bulunmayan, arabuluculuk eğitimini tamamlamış, bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmuş kişiler bu hakka sahip olabilmektedir (HUAK m. 20/2). Arabuluculuk eğitimi konusunda ise altmışsekiz saati teorik ve onaltı saati uygulamalı olmak üzere toplamda 84 saatlik temel arabuluculuk eğitimini tamamlamak gerekmektedir (HUAKY m. 32/2).

Arabuluculuk Daire Başkanlığı arabulucuların sicilini tutmak dışında arabulucuların uzmanlık alanlarını ve uzmanlığa ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda da yetkili kılınmıştır (HUAK m. 6/3; HUAKY m. 8/3). Bu kapsamda Arabuluculuk Daire Başkanlığınca, genel uzmanlık alanları olarak iş hukuku, ticaret hukuku ve tüketici hukuku belirlenirken banka ve finans hukuku, sigorta hukuku, inşaat hukuku, fikri ve sınai haklar hukuku, enerji hukuku ve spor hukukuna yönelik özel uzmanlık alanları oluşturulmuştur.³ Örneğin iş hukukunda uzmanlık eğitimi, en az onsekiz saati teorik ve onsekiz saati uygulamalı olmak üzere en az otuzaltı ders saatinden oluşmaktadır. Teorik eğitim iş hukukunda arabuluculuğa elverişli olan ve olmayan uyuşmazlıklar, iş hukukunda dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk süreci ve iş hukuku konularını kapsarken; uygulama eğitimi somut olay çözümü şeklinde en az iki defa arabulucu rolüyle uygulama yapılması, bu esnada diğer arabulucuların uyuşmazlık senaryosunda taraf veya taraf vekili olarak rol alması ve arabuluculuk becerilerini geliştirmelerini sağlayacak uygulama gözetimi ile arabuluculuk bürolarıyla irtibat kurulması, UYAP Arabulucu Portalının kullanılması, taraflara arabuluculuk toplantısına davet yazısı gönderilmesi, arabuluculuk süreci ile ilgili tutanakların ve özellikle de son tutanağın yazımına ilişkin faaliyetleri içermektedir.⁴

¹ R.G. 22.06.2012 T., S. 28331.

² R.G. 02.06.2018 T., S. 30439.

³ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604arbuzm.pdf>, s.e.t: 20.04.2024.

⁴ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/3112020132219ishukukundauzmnarb.pdf>, s.e.t: 20.04.2024.

Aile uyuşmazlıklarının çözümü için tercih edilecek aile arabuluculuğu açısından konuyu ele aldığımızda Arabuluculuk Daire Başkanlığı ne genel uzmanlık alanı ne de özel uzmanlık alanı olarak aile arabuluculuğu eğitiminin içeriğini henüz belirlemiş değildir. Kaldı ki, aile uyuşmazlıkları bugün itibariyle dava şartı arabuluculuk kapsamında da değildir. Bugün itibariyle aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyetini yerine getirecek arabulucular için temel arabuluculuk eğitimi almış olmaları yeterlidir. Ancak mukayeseli hukukta aile arabulucusu olabilmek için oldukça detaylı eğitimden geçmek gerekmektedir.⁵ Aslında bu durumun temel nedeni aile uyuşmazlıklarının diğer hukuki uyuşmazlıklardan bazı açılardan farklılaşmasından kaynaklanmaktadır. Zira aile uyuşmazlıkları birbirine bağlı ve devam eden ilişkilere sahip olan kişileri içermekte, üzüntü verici duygular bağlamında ortaya çıkmakta ve bu duyguları arttırmakta, boşanma ve ayrılığın ailenin tüm üyeleri, özellikle çocuklar üzerinde etkisi olmaktadır.⁶ Dolayısıyla aile uyuşmazlıklarının çözümü için arabuluculuk yönteminin uygulanmasında arabulucuların temel arabuluculuk eğitimi dışında ek eğitimler alması gerektiği açıktır.

Çalışmamızda aile arabulucusunun İngiltere’de nasıl bir eğitime tabi tutulduğu üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda özellikle İngiltere’nin tercih edilmesi bu ülkede aile arabuluculuğunun uzunca bir süredir uygulandığı, müessesenin kurumsal bir kimlik kazandığı ve aile arabuluculuğunda detaylı bir eğitim sürecinin olduğudur.⁷ Dolayısıyla çalışmamızda uzunca bir süredir ülkemizde gündemde olan aile arabuluculuğunun müstakil olarak düzenlenmesi durumunda aile arabulucularının tabi olacakları eğitimin içeriği konusunda fikir vermesi amaçlanmaktadır.

I. AİLE ARABULUCULUĞU NEDİR?

Hayatımızı devam ettirdiğimiz ve içerisinde bulunduğumuz toplumun temelini bilindiği üzere “aile” oluşturur. Toplum ise bu en küçük

⁵ Bu anlamda Almanya örneği için bkz. <https://www.bafm-mediation.de/ausbildung/ausbildungsrichtlinien/ausbildungsordnung-der-bafm-fur-familien-mediation/>, s.e.t: 08.06.2024. Fransa örneği için bkz. Cem Özcan, “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, Y. 5, S. 9, Haziran 2017, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 387-389.

⁶ Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation, m. 5, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>, s. 14, s.e.t: 20.04.2024; Mehmet Tiryaki (Editör), Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s. 109; Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, C. 7, S. 2, 2005, DEÜHFD, s. 73; Erhan Fırat, Aile Arabuluculuğu, EBYÜSBE, (Dan: Prof. Dr. İbrahim Özbay), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan, 2021, s. 52.

⁷ Bkz. aşağıda II ve III nolu başlık.

sosyal birimlerin, yani ailelerin bir araya gelmesinden oluşur.⁸ Evrensel bir müessese olan aile insan unsuru sebebiyle doğal bir bağı ifade ederken hukukun içerisinde yer alması sebebiyle de hukuki bir bağı ifade eder.⁹ Ancak bu kavramın içerik ve kapsamı zamana ve mekâna göre değişiklik göstermektedir. Nitekim, ailenin sosyal bir gerçeklik olduğunu düşünen ve kabul eden kanun koyucu, yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda tanımını yapmamıştır.¹⁰ Fakat kanun koyucu bu müesseseyi dar, geniş ve en geniş anlamda olmak üzere bir sınıflandırmaya tabi tutmuştur.¹¹

Herhangi bir kültürde var olan uyuşmazlık çözüm türleri ve toplumun benimsediği tercihler, bir yandan insanların yaşadığı idealleri, kendileriyle ilgili algılarını ve başkalarıyla olan ilişkilerinin niteliğini yansıtırken; diğer taraftan insanların aralarındaki çatışmayı önlemek, bastırmak veya dostane bir şekilde çözmek isteyip istemediklerini de gösterir.¹² Aile uyuşmazlıkları açısından konuyu ele aldığımızda eşlerin karşılıklı söz vererek başladıkları bir ilişkinin sonlanması, onların hayatında oldukça travmatik bir durum olup, bu travma birçok etkene bağlı olarak eşler açısından farklı seviyelerde deneyimlense de, genel olarak aile üyelerinin tamamı üzerinde negatif bir atmosfer oluşturur.¹³ Nitekim boşanma veya ayrılık, tüm aile üyeleri özellikle de çocuklar için acı verici bir süreçtir ve bu sebeple ayrılan eşler, evliliklerinde meydana gelen bozulmanın yarattığı duygusal stresle başa çıkmalarının yanı sıra, yaşamlarındaki önemli hususları yeniden düzenlemeye başlamaları da gerekmektedir.¹⁴ Bu anlamda arabuluculuk, ailenin dağılmasının hem duygusal hem de hukuki boyutlarının tanınması açısından benzersizdir.¹⁵

Aile arabuluculuğunun, boşanma sürecinde uygulanabilecek özel bir müdahale şekli olduğu ve genelde, boşanan eşlere hem evliliğin psikolojik olarak sona erdirilmesi hem de ebeveynlerin sorumlulukları ve ekonomik yönleri üzerinde anlaşma yaparak anlaşmazlıklarını yargı sistemi dışında

⁸ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C. II, Yenilenmiş 20. bs., İstanbul, 2017, s. 3; Aile kavramı için ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku Ders Kitabı, 5. bs., İstanbul, 2016, s. 3.

⁹ Bilge Könezoglu, Aile ve Ailenin Korunması, (Dan: Doç. Dr. Şebnem Akipek), AÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s. 2.

¹⁰ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. bs., Ankara, 2015, s. 3.

¹¹ Akıntürk/Ateş, s. 5-6; Öztan, s. 3-4.

¹² Jerold S. Auerbach, Justice Without Law?, Oxford University Press, New York, 1983, s. 3. Bkz. Marian Roberts, Mediation in Family Disputes Principles of Practice, 4. Ed., Ashgate, 2014, s. 1; Fırat, Aile Arabuluculuğu, s. 18.

¹³ İl Sunay, "Aile Arabuluculuğu Family Mediation", Toplum ve Sosyal Hizmet, C. 20, S. 1, Nisan 2009, s. 23.

¹⁴ White Paper, Looking to the Future Mediation and the Ground for Divorce, The Government's Proposals, April 1995, s. 37.

¹⁵ Ann L. Milne/Jay Folberg/Peter Salem, The Evolution of Divorce and Family Mediation An Overview, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P.(eds.), Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications, New York, 2004, s. 3.

çözmelerine yardım etmeyi amaçladığı ifade edilmektedir.¹⁶ Ayrıca bu müessesenin, boşanma veya ayrılık aşamasındaki ebeveynlerin bu sürece en az zararla girmelerine yardımcı olduğu ve mahkemeye alternatif bir yol olduğu belirtilmiştir.¹⁷

Aile problemlerinin çeşitli oluşu ve konunun çok yönlü olması doğal olarak aile arabuluculuğu sürecinin zorlu bir süreç olduğunu gösterse de gelişmiş ülkelerde bu sürecin kendine özgü profesyonel yaklaşımla ele alınması, başarılı sonuçlar elde edilmesini sağlamıştır.¹⁸ Ancak şu hususu belirtmekte fayda vardır: batıda aile arabuluculuğu hukuk, sosyal hizmet, psikoloji ve diğer çeşitli profesyonel alanların uygulayıcılarından oluşan özel bir müdahale biçimi olarak ortaya çıkmıştır.¹⁹ Dolayısıyla arabuluculuğun bu türünün disiplinler arası bir alan olduğu kabul edilmektedir.²⁰

Aile arabuluculuğu denildiğinde ilk akla gelen boşanma veya ayrılığın gerçekleşmesi üzerine meydana gelen problemlerin çözümünde kullanılan bir yöntem olduğudur. Örneğin Erickson/Erickson'a göre aile arabuluculuğu eşlerin boşanma veya ayrılığın pratik ve duygusal sorunlarını, düşmanca ve rekabetçi bir şekilde değil, karşılıklı ve işbirlikçi bir şekilde çözdüğü bir iletişim sürecidir.²¹ Ancak günümüzde mukayeseli hukukta yer alan başka örnekler bakıldığında durumun böyle olmadığı görülmektedir. Bir başka deyişle, aile arabuluculuğu aile birliğinin devamı süresince meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde de uygulanması mümkün olan bir yöntemdir. Mukayeseli hukukta evlilik arabuluculuğu (marital mediation) adı verilen ve aile arabuluculuğunun başka bir türü olan yöntem bu duruma örnek olarak gösterilebilir.²² Zira evlilik arabuluculuğu evliliğinde sorunlar veya zorluklar

¹⁶ Sara Molgora/Sonia Ranieri/Giancarlo Tamanza, "Divorce and Coparenting: A Qualitative Study on Family Mediation in Italy", *Journal of Divorce & Remarriage*, 55:4, 2014, s. 302. Phear'a göre; "aile arabuluculuğu, çekişmeli olmayan ve gönüllü bir uyuşmazlık çözüm sürecidir." (W. Patrick Phear, "Family Mediation: A Choice of Options", *The Arbitration Journal*, Vol. 39, No. 1, March 1984, s. 29). Aile ilişkilerindeki bozulmayla yüzleşmeleri için eşlere destek sunmak ve bunun sonucunda ortaya çıkacak yeni ilişkinin yeniden düzenlenmesinde işbirliğini teşvik etmekte aile arabuluculuğun amaçları arasında yer almaktadır (Federica Giardini, "Joint Custody of Children on Separation and Divorce: The Current Law in Italy: An Overview of the Law and How It Is Applied", *Int'l Surv. Fam. L.* 227, 2014, s. 242).

¹⁷ Yasemin Güllüoğlu Altun, "Family Mediation (System Overview)", *IJTIHALD Journal On Legal and Economic Studies*, Vol. 08 / No. 04, Year 2019, Serial Number:22, s. 3.

¹⁸ Sunay, s. 25.

¹⁹ Dolores Blonde, "Family/Divorce Mediation- A Responsive Process", *Canadian Community Law Journal*, Vol. 7, 65, 1984, s. 66.

²⁰ Joan B. Kelly, "Issues Facing the Family Mediation Field", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 1: 37, 2000, s. 37.

²¹ Stephen K. Erickson/Marilyn S. McKnight Erickson, *Family Mediation Casebook, Theory and Process*, Brunner/Mazel Publishers, New York, 1988, s. 2.

²² Bkz. Erhan Fırat, "Evlilik Arabuluculuğu", *Y.13*, S. 49, Ocak 2022, *TAAD*, s. 371-388; John Fiske/Ken Neumann/ Laurie Israel /Susan K. Boardman, "Marital Mediation:

yaşayan, ancak birlikte yaşamayı tercih eden, sorunlarını yapıcı bir şekilde ele alan, çatışmayı çözebilmeyi öğrenmek isteyen ve nihayetinde boşanmak istemeyen çiftlere yönelik bir arabuluculuk sürecidir.²³

Aile arabuluculuğu modern anlamda ilk örneklerini Amerikan hukuk sisteminde göstermiştir.²⁴ Ancak Amerika’da “aile arabuluculuğu (family mediation)” terimi yerine “boşanma arabuluculuğu (divorce mediation)” teriminin daha çok tercih edildiği görülmektedir. Amerika’da boşanma arabuluculuğu yaygın olarak kullanılsa da Avrupa ülkelerinde ise aile arabuluculuğu terimi kullanılmaktadır.²⁵ Kanaatimizce de aile arabuluculuğu teriminin tercih edilmesi daha doğru bir yaklaşımdır. Zira aile arabuluculuğunda sadece eşlere değil çocuklara da yardım edilmesi amaçlanmaktadır. Diğer taraftan, evli olmaksızın fiili birliktelik yaşayanların boşanma arabuluculuğuna ihtiyacı bulunmamaktadır.²⁶ Bu kişilerin aile arabuluculuğuna ihtiyaç duymaları ise mümkündür. Örneğin fiili birliktelik yaşayan ebeveynlerin çocukları ile ilgili kararlar alırken aile arabuluculuğundan yararlandığı mukayeseli hukukta belirtilmektedir.²⁷

Günümüzde yapılan tanımlamalarda da artık boşanma arabuluculuğundan ziyade aile arabuluculuğu teriminin kullanıldığı, içerik olarak daha geniş bir perspektiften konunun ele alındığı görülmektedir. Örneğin Goodman aile arabuluculuğunu ayrılık ve boşanmadan sonra ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmenin bir yolu olarak ifade etmişse de bu müessesenin günümüzde ebeveynle görüşme, çocuk-ebeveyn arası uyuşmazlıklar, yaşlı veya ciddi hastalığı olan akrabalara bakım uyuşmazlıkları gibi uyuşmazlıkların çözümünde de kullanımının giderek

An Emerging Area of Practice” (May 2009), <https://mediate.com/marital-mediation-an-emerging-area-of-practice/>, s.e.t: 26.04.2024; Alison Taylor, *The Handbook of Family Dispute Resolution, Mediation Theory and Practice*, Jossey-Bass, 2002, s. 293 v.d.

²³ Angela Salvari Green, “What is Marital Mediation or Mediation To Stay Married?”, August 2009, <https://mediate.com/what-is-marital-mediation-or-mediation-to-stay-married/>, s.e.t: 26.04.2024.

²⁴ Abdurrahman Kavasoglu/Tansu Gündoğdu, “Aile Arabuluculuğunun Tarihi Gelişimi ve Ülkemizdeki Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi”, C. 11, S. 2, Y. 2021, SDÜHFD, s. 773.

²⁵ Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, (Sorumlu Editör: Fatma Yonca Yücel), TC. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, Ocak 2018, s. 9.

²⁶ Parkinson, s. 9. Ayrıca bkz. Yasemin Güllüoğlu Altun, “ Ailenin Korunması Açısından Aile Arabuluculuğu Düzenlemesine Genel Bakış”, II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu Ailenin Korunması Hakkı Bildiriler Kitabı, Tihek, Ankara, 2020, s. 502-503. Aile arabuluculuğunun sadece anne-baba ve çocukları değil, diğer aile üyeleri olan büyük anne ve baba, kardeşler, kuzenleri de içine alması gerektiği yönünde bkz. Yasemin Güllüoğlu, “Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)”, *İdeal Hukuk Dergisi*, Yıl 4. S. 13, 2015, s. 101-102.

²⁷ Joan K. Raisner, *Mediation with Never Married Parents*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P.(eds.), *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, New York 2004, s. 283-303.

arttığını belirtmektedir.²⁸ Yine İngiltere’de faaliyet gösteren ve önemli bir kuruluş olan Aile Arabuluculuğu Konseyi (Family Mediation Council) Aile Arabulucularına Yönelik Uygulama Kuralları (Code of Practice for Family Mediators) başlıklı hukuki düzenlemede şu şekilde bir tanımlama yapılmıştır (m. 1.3):²⁹

“Arabuluculuk, aile ilişkilerinde bozulma, değişim, geçişler veya anlaşmazlıklar yaşayan kişilerin, çift veya diğer aile üyeleri olsun veya olmasın, birbirleriyle daha iyi iletişim kurmalarına ve genellikle ayrılık, boşanma, çocuklar, finans veya mülkiyetle ilgili konuların bir kısmı veya tamamı hakkında müzakere yoluyla üzerinde anlaşmaya varılmış ve bilgilendirilmiş kararlara ulaşmalarına yardımcı olmak üzere tarafsız bir üçüncü kişiyi, bir arabulucuyu görevlendirdikleri bir süreçtir.”

Tanımı incelediğimizde yukarıda bahsettiğimiz durumların yer aldığını görmekteyiz. Örneğin aile ilişkisinin sadece sona ermesinden bahsedilmemiş bunun yanı sıra bu ilişkide meydana gelen bozulma, değişim veya geçiş yaşanması halinde de aile arabuluculuğunun tercih edilebileceği öngörülmüştür. Diğer taraftan, aile kavramı çok daha geniş ele alınarak eşler ve çocuklar dışında diğer aile üyelerinin de arabuluculuk faaliyetinin öznesi olabileceği belirtilmiştir. Bu duruma mukayeseli hukukta aile arabuluculuğunun alt türü olan “yaşlı arabuluculuğu (elder mediation)”nu örnek olarak gösterebiliriz. Yaşlı arabuluculuğu profesyonel olarak eğitilmiş bir yaşlı arabulucunun, insanların aile yaşamı boyunca sıklıkla meydana gelen sayısız değişim ve stresi ele almada, tartışmaları kolaylaştırmada onlara yardımcı olduğu işbirliğine dayalı bir yöntemdir. Bu yöntem genel olarak yaşlılar, aile üyeleri, arkadaşlar ve destek vermeye istekli diğer kişiler dâhil olmak üzere çok sayıda katılımcıyı içermektedir.³⁰ Öte yandan tanım içerisinde “eş” kelimesi yerine aslında “çift (couple)”³¹ kelimesi tercih

²⁸ Andrew Goodman, Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar için Rehber, 2016, s. 13.

²⁹ FMC Code of Practice for Family Mediators, November 2018, s. 2. Aile arabuluculuğunun öğretide yapılan tanımına ilişkin bkz. Güllüoğlu Altun, Ailenin Korunması, s. 502; Güllüoğlu Altun, Family, s. 3-4.

³⁰ Judy McCann-Beranger, Exploring the Role of Elder Mediation in the Prevention of Elder Abuse Final Report, Canada, 2013, s. 1. Yaşlı arabuluculuğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kerstin Schadow, Elder Mediation, Ein Konzept zur Erhöhung der Lebensqualität und Selbstbestimmung im Alter, Band 6, Wolfgang Metzner Verlag, 2016, s. 7 v.d; Lisa Barry, “Elder Mediation: What’s in a Name?”, Conflict Resolution Quarterly, Vol. 32, No. 4, Summer 2015, s. 435-442; Alexandra Crampton, “Elder Mediation in Theory and Practice: Study Results From a National Caregiver Mediation Demonstration Project”, Journal of Gerontological Social Work, 56:5, Taylor & Francis Group, 2013, s. 423-437.

³¹ Tanımın orijinal metni (Aile Arabulucularına Yönelik Uygulama Kuralları m.1. 3): “Mediation is a process in which those involved in family relationship breakdown, change, transitions or disputes, whether or not they are a couple or other family members, appoint an impartial third person, a Mediator, to assist them to communicate better with one another and reach their own agreed and informed decisions typically relating to some, or all, of the issues relating to separation, divorce, children, finance or property by negotiation (Code of Practice for Family Mediators, m. 1. 3)

edilmiştir. Burada çift kelimesinin bilinçli tercih edildiğini, evli olmayan kişilerin de uyuşmazlıklarının çözümünde aile arabuluculuğunu kullanabileceğinin işaret edildiği kanaatindeyiz.

ABD de ise Amerikan Barolar Birliği tarafından yayınlanan Aile ve Boşanma Arabuluculuğuna Yönelik Uygulama Model Standartları (Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation) adlı belgede aile ve boşanma arabuluculuğu teriminin birlikte kullanılarak müessese şu şekilde tanımlanmıştır:³²

“Aile ve boşanma arabuluculuğu, tarafsız üçüncü bir kişi olan arabulucunun, katılımcıların gönüllü anlaşmasını teşvik ederek ailevi uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırdığı bir süreçtir.”

Tanımda aile ve boşanma arabuluculuğu birlikte zikredilmesine rağmen konunun sadece boşanma ve ayrılığa indirgenmeyerek daha geniş bir ifadeye “ailevi uyuşmazlıkların çözümü” ifadesine yer verildiği önemli bir ayrıntı olarak görülmektedir.

II. İNGİLTERE’DE AİLE ARABULUCULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Aile arabuluculuğunun İngiltere’de tarihsel gelişimine baktığımızda karşımıza çıkan ilk kaynaklardan biri 1974 tarihli Finer Raporu (Finer Report on One Parent Families)’dur. Bu rapor tarafların evliliklerinin sona ermesinin sonuçlarıyla acı çekmeden başa çıkmalarına yardımcı olmak için uzlaştırma hizmetlerinin de ekleneceği birleşik bir aile mahkemeleri sisteminin kurulmasını tavsiye etmiştir.³³ Bu tavsiyenin üzerine küçük profesyonel gruplar boşanan ve ayrılan çiftlere yardımcı olmak için uzlaştırma hizmetleri kurmaya karar verirken ayrılık sonrası çatışmanın çocuklar üzerindeki zararlı etkilerine ilişkin artan veriler de ruh sağlığı uzmanlarını harekete geçirmiştir.³⁴ Nitekim arabuluculuk 1978 yılında Bristol’de (Bristol Courts Family Conciliation Service) ilk kez boşanma ve ayrılığın her aşamasındaki çiftler için bağımsız bir hizmet olarak faaliyete başlamıştır.³⁵ Bu pilot uygulamanın hayata geçirilmesi aile hukuku uyuşmazlıklarıyla ilgilenen avukatlar ile sosyal hizmet uzmanlarından oluşan küçük bir grup tarafından olmuştur.³⁶ Bu hizmeti 1979 yılında Güney Doğu Londra Aile Uzlaştırma Bürosu (South East London Family

³² Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, Developed by The Symposium on Standards of Practice, Approved by the ABA House of Delegates, February, 2001, s. ii.

³³ Anne Barlow/Rosemary Hunter/Janet Smithson/Jan Ewing, Mapping Paths to Family Justice Resolving Family Disputes in Neoliberal Times, Palgrave, 2017, s. 26. İngiltere ve Galler’de arabuluculuk 1974’te Finer Komitesi tarafından onaylandıktan sonra gelişmeye başlamıştır (Mavis Maclean/John Eekelaar, Lawyers and Mediators the Brave New World of Services for Separating Families, Oxford and Portland, Oregon, 2016, s. 70).

³⁴ Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 26.

³⁵ Parkinson, s. 9-10; Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 26.

³⁶ Parkinson, s. 10.

Conciliation Bureau) takip etmiş ve 1980'lerin ortalarına gelindiğinde İngiltere ve Galler'de yaklaşık 30 adet mahkeme dışı uzlaştırma hizmeti sayısına ulaşılmış, ancak bu hizmetler büyük ölçüde gönüllük esasına dayalı sınırlı bir yardım fonuyla yürütülmüştür.³⁷ Fakat 1988 tarihli Adli Yardım Kanunu'nda (Legal Aid Act 1988) değişiklik yapan 1996 tarihli Aile Hukuku Kanunu (Family Law Act 1996) ile adli yardım müessesesi ilk kez aile arabuluculuğu için de kabul edilmiştir.³⁸ Diğer taraftan, Finer Raporu aynı zamanda birçok Asliye Mahkemesi (County Courts) ve Sulh Mahkemesi (Magistrates Courts) bünyesinde bir dizi farklı modelde yerel olarak kurulan mahkeme içi uzlaştırma hizmetlerinin kurulması için de bir hızlandırıcı görevi görmüştür.³⁹

Finer Raporu ve onu izleyen 1985 tarihli Booth Raporuyla (Booth Report 1985) başlatılan bu yeni yaklaşım hukuk politikasının ve maddi hukukun bir parçası haline gelerek 1995 tarihli Çocuklar (İskoçya) Kanunu (Children (Scotland) Act 1995), 1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu (Access to Justice Act 1999) (1996 tarihli Aile Hukuku Kanunu'nun (Family Law Act 1996) 11. bölümünü içerir), 2002 tarihli Evlat Edinme ve Çocuklar Kanunu (Adoption and Children Act 2002), 2004 tarihli Çocuklar Kanunu (Children Act 2004), 2006 tarihli Çocuklar ve Evlat Edinme Kanunu (Children and Adoption Act 2006) ve en son olarak 2014 tarihli Çocuklar ve Aileler Kanunu (Children and Families Act 2014) ile somut hale getirilmiştir.⁴⁰

Aile arabuluculuğunun Finer Raporu ve Booth Raporu dışında ele alındığı bir diğer belge 1995 tarihli White Paper'dir. Bu kapsamda belgede aile arabuluculuğunun yararlılığından ve artan kullanım durumundan bahsedilmektedir. Yine belgede aile arabuluculuğu boşanma sürecinin bütünlük bir parçası kabul edilerek değerlendirilmeler yapılmıştır. Ayrıca aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun zorunlu olamayacağından, aile içi şiddetin arabuluculuğa elverişsizliğinden, çocuğun üstün yararından, arabuluculuğun düzenlenmesinden ve ücretlerden ve devletin bu konuda yapacağı yardımlardan söz edilmektedir.⁴¹

İngiltere'de arabuluculuk için düzenleyici çerçeveler tarihsel süreç içerisinde mesleğin kendisi tarafından yönlendirilmiş, 2000'lerin başından itibaren arabuluculuğun temel düzenlemesi iki konye altında bölünmüş, Medeni Arabuluculuk Konyeyi (Civil Mediation Council) medeni, ticari ve iş hukuku arabuluculuğunu; Aile Arabuluculuk Konyeyi (Family Mediation Council) aile arabuluculuğunu iştigal sahası olarak kullanmaktadır. Birleşik Krallık'taki aile arabuluculuğu artık aile anlaşmazlıklarının çözümü için

³⁷ Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 26.

³⁸ Roberts, s. 69-70.

³⁹ Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 26.

⁴⁰ Roberts, s. 57-58.

⁴¹ White Paper, s. 37-50.

resmi olarak devlet tarafından kabul edilen ve finanse edilen bir yol olarak sunulmaktadır.⁴²

Medeni usul hukuku açısından da aile arabuluculuğu ile ilgili İngiltere’de önemli düzenlemelere rastlamaktayız. Örneğin 2010 tarihli Aile Usul Kuralları (Family Procedure Rules 2010) part 3, m. 3.1 ve devamı maddeleri ile Aile Usul Kuralları (Family Procedure Rules) practice direction m. 3A maddelerinde aile arabuluculuğunun ele alındığı anlaşılmaktadır. Aile Usul Kuralları adlı düzenleme içerik olarak aslında bir uygulama talimatıdır (Practice Direction). Belirtmek gerekir ki bu uygulama talimatı sadece aile arabuluculuğuna dair değil aile hukukuyla ilgili diğer problemlere dair hükümler de içermektedir.⁴³

III. İNGİLTERE’DE AİLE ARABULUCULUĞU EĞİTİMİ

A. GENEL OLARAK

İngiltere, aile arabulucularının eğitimi konusunda öncü ülkelerden biridir. Bu ülkede aile arabuluculuğu eğitimi oldukça detaylı ve titiz bir şekilde düzenlenmiştir.⁴⁴ İngiltere’de aile arabulucularının çeşitli disiplinlerden gelebildikleri ve ilk eğitimlerinin hukuk, sosyal hizmet, psikoloji hatta öğretmenlik, işletme veya herhangi bir alanda olabileceği belirtilmektedir.⁴⁵ İngiltere’de her aile arabulucusunun, hem Aile Arabuluculuk Konseyi’ne (FMC) hem de mevcut en az bir üye kuruluşa üye olması gerekir. Bu kuruluşlar:⁴⁶

Arabulucular Birliği (College of Mediators)

Hukuk Cemiyeti (The Law of Society)

Aile Arabulucuları Derneği (Family Mediators Association-FMA)

Ulusal Aile Arabuluculuğu Birliği (National Family Mediation-NFM)

Çözüm Topluluğu (Resolution)

isimleriyle karşımıza çıkmakta olup, söz konusu kuruluşların üye olduğu kuruluş ise Aile Arabulucuları Konseyi (Family Mediation Council-FMC) adlı kuruluştur.

⁴² Róisín O’Shea/Sinéad Conneely, “Family Mediation: The International Context”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 36, 2024, s. 487-488.

⁴³ Uygulama Talimatı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/rules_pd_menu, s.e.t: 02.05.2024.

⁴⁴ Bkz. FMC Manual, Professional Standards and Self-Regulatory Framework, September 2014, s. 1-50.

⁴⁵ Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 29.

⁴⁶ <https://thefma.co.uk/about-the-fma/>, s.e.t: 07.05.2024.

Çalışmamızda öncelikle 5 adet kuruluştaki verilen eğitim ele alınacak, daha sonra ise ana kuruluş niteliğinde olan Aile Arabulucuları Konseyi'nin temel kriter ve yeterlilikleri üzerinde durulacaktır.

B. ARABULUCULAR BİRLİĞİ'NDE EĞİTİM (COLLEGE OF MEDIATORS)

Arabulucular Birliği 1996 yılında, o zaman ki adıyla, Birleşik Krallık Aile Arabulucuları Birliği (UK College of Family Mediators) ismiyle bağımsız bir kurum olarak kurulmuştur. Kuruluş, 2007 FMC'nin yılında kurulması sebebiyle görev alanın genişletmiş, sadece aile hukuku uyuşmazlıkları değil diğer alanlarda da arabuluculuk hizmeti vermeye başlamış ve bugünkü ismini almıştır. Kuruluşun bugün itibariyle 350 den fazla üyesi bulunmaktadır.⁴⁷ Arabulucular Birliği kendi standartlarını karşılayan eğitim kuruluşlarını akredite olabilmeye yönelik eğitim vermesi için kabul eden bir kurum olup, arabuluculuk eğitimi kendisi vermeyen bağımsız bir onay kuruluşudur.⁴⁸

Kuruluş 4 alanda eğitim standartlarının çerçevesini sunan düzenlemeler yapmıştır. Dolayısıyla eğitim veren kuruluşların verecekleri eğitimler bu çerçeve düzenlemelere uygun olmalıdır:

İlk mesleki uygulama danışmanlığı (Professional Practice Consultant-PPC⁴⁹) eğitimi sağlayıcılarını onaylama çerçevesi⁵⁰,

Sürekli mesleki gelişim (Continuing Professional Development-CPD⁵¹) sağlayıcılarını onaylama çerçevesi⁵²,

Uzman arabuluculuk eğitimi onaylanma çerçevesi (özel eğitim ihtiyaçları ve engelli arabuluculuğu)⁵³,

Temel arabuluculuk eğitim programlarının onaylanmasına ilişkin çerçeve⁵⁴.

⁴⁷ <https://collegeofmediators.co.uk/about-us/>, s.e.t: 03.05.2024.

⁴⁸ <https://collegeofmediators.co.uk/training-courses/>, s.e.t: 03.05.2024.

⁴⁹ Professional Practice Consultant (Mesleki Uygulama Danışmanı): Deneyimli, FMC akreditasyonuna sahip ve hâlihazırda aile arabuluculuğu yapmakta olan kişidir (FMC Manual, s. 34).

⁵⁰ College of Mediators, Framework to approve providers of initial professional practice consultancy training, s. 1-9.

⁵¹ Continuing Professional Development (Sürekli Mesleki Gelişim): Mesleki bağlamda gerçekleştirmek için gereken bilgi ve becerilerin bilerek ve isteyerek sürdürülmesi ve geliştirilmesidir (<https://www.cpdstandards.com/resources/what-is-cpd/>, s.e.t: 23.06.2024).

⁵² College of Mediators, Framework to approve providers of continuing professional development, s. 1-7.

⁵³ College of Mediators, Framework for approval of specialist mediation training (special educational needs & disability mediation), s. 1-10.

⁵⁴ College of Mediators, Framework for approval of foundation mediation training programmes, s. 1-16.

Söz konusu 4 adet çerçeve niteliğinde düzenleme oldukça ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Ancak özellikle konumuzu ilgilendiren düzenleme *temel arabuluculuk eğitim programlarının onaylanmasına ilişkin çerçeve* başlıklı düzenlemede karşımıza çıkmaktadır.

Temel arabuluculuk eğitim programlarının onaylanmasına ilişkin çerçeve başlıklı düzenleme aile arabuluculuğu eğitiminin ek eğitim olduğunu, daha öncesinde en az 40 saat ve bunun en az 35'inin eğitmen/stajyer iletişim süresi olmasını içeren arabuluculuk eğitimi olması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁵ Düzenlemeye baktığımızda aile arabuluculuğu eğitiminin iki başlıktan oluştuğu ilk başlığın çocuk ve gençlere yönelik çalışmalarını kapsadığı görülmektedir. Bu anlamda çocuk ve gençlere yönelik çalışmaların ihtiyaçları; aile hukuku ve hukuki süreçler, yani ailelerle ilgili güncel mevzuat; ailenin dağılması, boşanma veya ayrılık sonrası maddi destek; mahkeme süreci (İskoçya) hakkında yeterli bilgi, 1989 tarihli Çocuk Kanunu (Children Act 1989) ve 1995 tarihli Çocuklar (İskoçya) Kanunu'nda (Children (Scotland) Act 1995) yer alan çocuklarla ilgili hükümler; ailenin geçişi, boşanma veya ayrılığın psikolojik ve sosyal süreçleri; çocuğu koruma prosedürleri, olası çocuk istismarının tespiti konuları yer almaktadır.⁵⁶

Düzenlemenin ikinci başlığının ise finansal konuları ve mülkiyete ilişkin çalışmaları kapsadığı görülmektedir. Bu başlıkta adli yardım mevzuatı; emeklilik ve boşanmaya ilişkin mevzuat, 1995 tarihli Emeklilik Kanunu (Pensions Act 1995) ve daha sonra yapılan değişiklikler ve bunun uygulamada nasıl işlediği, 1991 tarihli Çocuk Nafakası Kanunu (The Child Support Act 1991), boşanmadan kaynaklanan tazminat anlaşmalarının nasıl ele alındığı; aile içi şiddet ilgili sorunlar; 1996 tarihli Aile Hukuku Kanunu Bölüm IV (Family Law Act 1996); nafaka ve parasal nitelikte uzlaşmalara ilişkin hukuk bilgisi; 1995 tarihli Hukuki Delil Kanunu (Aile Arabuluculuğu) (İskoçya) (The Civil Evidence (Family Mediation) (Scotland) Act 1995); delil kuralları (İskoçya); mal bildirim süreci ve bunu destekleyen belgelerin hazırlanması konularının işlenmesi gerekmektedir.⁵⁷

C. HUKUK CEMİYETİ'NDE EĞİTİM (THE LAW OF SOCIETY)

Bu kuruluş kendisini İngiltere ve Galler'deki avukatlara yönelik bağımsız profesyonel bir kuruluş olarak tanıtmaktadır.⁵⁸ Diğer taraftan, bu kuruluş avukatların meslek örgütü olan İngiltere ve Galler Barosu'nun (The Bar Council ya da Bar of England and Wales) "diğer kuruluşlar" adı altında yer alan bir kuruluştur.⁵⁹ Aile arabuluculuğunun bu kuruluşta faaliyete

⁵⁵ College of Mediators, foundation mediation training, s. 13-14.

⁵⁶ College of Mediators, foundation mediation training, s. 14.

⁵⁷ College of Mediators, foundation mediation training, s. 14.

⁵⁸ <https://www.lawsociety.org.uk/about-us/>, s.e.t: 04.05.2024. Hukuk Cemiyeti, avukatların hukuki ve politik bağlamlarda çıkarlarını temsil eden, üyelerine ve genel kamuoyuna çeşitli hizmetler sunan, avukatlara yönelik başlıca mesleki kuruluştur (Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 21).

⁵⁹ <https://www.barcouncil.org.uk/about/about-the-bar/other-organisations.html>, s.e.t: 04.05.2024.

başlaması 1988 yılına dayanmaktadır. Bu yılda Hukuk Cemiyeti himayesinde *Aile Arabuluculuğu Servisi* ismiyle söz konusu hizmet faaliyete girmiştir.⁶⁰ Hukuk Cemiyeti İngiltere’de aile arabuluculuğunun ilk gelişimi sırasında, uyumsuzluk çözümünün hukuki faaliyet alanıyla ve dolayısıyla avukatların kontrolüyle sınırlama arayışında etkili olmaya çalışmışsa da daha sonra arabuluculuğu normal sınırlar içinde bir uzmanlık alanı olarak benimsemiştir.⁶¹

Hukuk Cemiyeti'nin kendi temel eğitim programı yoktur, ancak aile arabuluculuğu konusunda akreditasyon gerekliliklerini karşılayan aile avukatlarına yönelik uzman akreditasyon programı yürütmektedir.⁶² Benzer durum yukarıda belirttiğimiz üzere Arabulucular Birliği’nde de söz konusudur. Ancak Arabulucular Birliği aile arabuluculuğu eğitimini bizzat vermese de eğitim standartlarını belirlemektedir.⁶³ Oysa Hukuk Cemiyeti ne eğitimi kendisi vermekte ne de eğitim standartlarını kendisi belirlememektedir. Fakat bu kuruluş, eğitim standartları çerçevesini bir başka kurumun standartlarına atıf yaparak karşılamaktadır. Zira Aile Arabuluculuğu Konseyi (FMC)’nin aile arabulucusunun akreditasyonuna dair program için gerekli olan standartların aynısını Hukuk Cemiyeti’nin de uygulayacağı ifadesi FMC’nin Mesleki Standartlar ve Öz Düzenleme Çerçeve Kılavuzu adlı düzenlemesinde yer almaktadır.⁶⁴ Dolayısıyla, bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklama yapılacağı için bu başlıkta konunun ayrıntısına girilmeyecektir.⁶⁵

D. AİLE ARABULUCULARI DERNEĞİ’NDE EĞİTİM (FAMILY MEDIATORS ASSOCIATION)

Aile arabulucularının eğitiminde İngiltere’de karşımıza çıkan bir diğer kuruluş Aile Arabulucuları Derneğidir. Bu kuruluş arabuluculuğun tüm alanlarda gelişiminin bir sonucu olarak 1988 yılında kurulmuş olup, hukuk ve sosyal bilimler kökenli arabuluculara disiplinler arası eş arabuluculuk⁶⁶ eğitimi vermektedir.⁶⁷ FMA, bir avukat ve ruh sağlığı uzmanının birlikte

⁶⁰ Bryan Clark, *Lawyers and Mediation*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2012, s.9.

⁶¹ Roberts, s. 112.

⁶² Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 31.

⁶³ Bkz. Yuk. III. B.

⁶⁴ FMC Manual, s. 4.

⁶⁵ Bkz. aşağıda III/G nolu başlık.

⁶⁶ Hem arabuluculuk sürecinin hem de sonucunun kalitesini artırabilecek şekilde birbirini cinsiyet, kişilik, kültür, mesleki geçmiş veya diğer yollarla tamamlayabilen, genellikle iki olmak üzere birden çok arabulucuyu içeren bir arabuluculuk şeklidir (Rendon’dan naklen Keryn Foley, "To Co-Mediate or Not to Co-Mediate — That is the Question", *Bond Law Review*, Vol. 29, Issue 1, Article 7, 2017, s. 97-98).

⁶⁷ Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 29-30. Ayrıca bkz. Parkinson, s. 53. 1988’de kurulan FMA’nın o zamanlar kayıtlarında hem avukatları hem de terapistleri içerecek şekilde geniş bir mesleki geçmişe sahip 495 arabulucusu vardı (Maclean/Eekelaar, s. 71).

çalışmasına dayalı bir uygulama modelini benimseyerek aile arabuluculuğuna, aile hukuku ve terapi uzmanlığının birleşiminden oluşan bir bakış açısı kazandırmıştır.⁶⁸ Bugün için 350 üyesi bulunan ve yaklaşık 25 yıldan fazla süredir aile arabuluculuğu eğitimi veren FMA kendisini, profesyonel aile arabulucularına yönelik düzenlemeleri koordine eden ve ortak standartlar geliştiren Aile Arabuluculuk Konseyi'nin (FMC) lider organı ve kurucu üyesi olarak nitelendirmektedir.⁶⁹

FMA'ya göre aile arabulucusu olmanın ilk koşulu akredite temel eğitim kursunu tamamlamaktır. Kursu başarıyla tamamladıktan sonra yardımcı arabulucu olarak çalışmaya başlanacağı, tek başına arabuluculuk yapmak için ise 10 saatlik eş arabuluculuk çalışması, FMC tarafından akredite edilebilmek için ise aile arabulucusu olarak aktif olarak yaklaşık 2 yıl çalışmak gerektiği belirtilmiştir.⁷⁰

FMA'nın temel eğitim kursunun içeriğinde arabuluculuk teorileri ve ilkeleri; pratikte arabuluculuk sürecinin ne olduğu; çatışma yönetimi becerileri ve stratejileri; aile dinamikleri - özellikle biten ilişkiler için; boşanma ve ayrılığın çocuklar üzerindeki etkisi; mülkiyet ve emeklilik dâhil aile finansmanı sorunları; aile arabulucuları için aile hukukuna giriş; arabuluculuk için uygunluğun değerlendirilmesi; aile içi şiddet ve çocuk koruma sorunları; aile arabuluculuğunda popüler uygulama modelleri; arabuluculuk pratiğini geliştirme konuları yer almaktadır.⁷¹ Diğer taraftan, temel eğitim kursu 3 modülden oluşan 8 günlük bir eğitimi kapsamaktadır. İlk modül 3 günlük yoğun eğitimin ardından yazılı bir ödevi, ikinci modül 3 günlük yoğun eğitimin ardından yazılı iki ödevi, üçüncü modül ise 2 günlük yoğun eğitimi içermekle birlikte bu modülde ilk iki modülün ve yazılı ödevlerin başarıyla tamamlanmasının ardından eğitmenler, son iki günün içeriğini kursiyerlerin eğitim ihtiyaçlarına göre düzenlerler.⁷² Öte yandan, temel eğitim kursu 8 günlük olmasına rağmen birkaç aya yayılmakta, kursu başarıyla tamamlandıktan sonra her arabulucuya bir PPC atanmakta ve arabulucuların PPC'lerce yılda en az 4 saat denetime tabi tutulmaları gerekmektedir.⁷³ Ayrıca kuruluşa göre aile hukuku konusunda güncel kalmayı, becerileri ve uzmanlığı sürekli geliştirmek gerektiği vurgulanarak, hem FMA hem de FMC kuralları gereği üyelik yenilemenin bir parçası olarak CPD eğitiminin alınması gerekmektedir.⁷⁴

⁶⁸ Roberts, s. 54. Kuruluş halen eş arabuluculuk yöntemini kullanmaktadır (Parkinson, s. 93).

⁶⁹ <https://thefma.co.uk/about-the-fma/>, s.e.t: 07.05.2024.

⁷⁰ <https://thefma.co.uk/how-do-you-become-a-mediator/>, s.e.t: 07.05.2024. Diğer taraftan kuruluş, aile terapisti, hukukçu ya da sosyal hizmet uzmanı alanlarında en az 3 yıl deneyim beyanı ve en az iki referans talep etmektedir (Parkinson, s. 399).

⁷¹ <https://thefma.co.uk/fma-foundation-training-course/>, s.e.t: 07.05.2024.

⁷² <https://thefma.co.uk/fma-foundation-training-course/>, s.e.t: 07.05.2024.

⁷³ <https://thefma.co.uk/training-hub/train-to-become-a-family-mediator/>, s.e.t: 07.05.2024.

⁷⁴ <https://thefma.co.uk/training-development-with-fma/>, s.e.t: 08.05.2024.

FMA'da kurslar, deneyimli ve nitelikli aile arabuluculuğu eğitimcilerinden oluşan bir ekiple 12 katılımcıya kadar verilmekle birlikte eğitimlerde FMA çeşitli öğretim teknikleri ve öğrenme yardımcılarını kullanmaktadır. Bu kapsamda ders, video, atölye çalışması, ikili ve grup çalışmaları, rol oynama, vaka tartışması, bireysel ve grup sunumları ile uzaktan eğitimler yapılmaktadır.⁷⁵

E. ULUSAL AİLE ARABULUCULUĞU BİRLİĞİ'NDE EĞİTİM (NATIONAL FAMILY MEDIATION)

Ulusal Aile Arabuluculuğu Birliği (NFM) 1982 yılında Ulusal Aile Uzlaştırma Konseyi (National Family Conciliation Council) ismiyle kurulmuş, 1990 yıllarda ismi önce Ulusal Aile Arabuluculuğu ve Uzlaştırma Hizmetleri Birliği (National Association of Family Mediation and Conciliation Services) haline gelmiş, 1999 yılına gelindiğinde ise bugünkü ismine kavuşmuştur.⁷⁶

NFM'de aile arabuluculuğu eğitimi üç aşamalı olup eğitimin ilk aşaması 3 saat süren, *aile arabuluculuğuna giriş kursu* olarak adlandırılan, çevrimiçi olarak sunulan bir eğitimidir. Buradaki eğitimin amacı kursiyerlerin aile arabulucusu olmak için gereken beceri ve yetenek gereksinimlerini anlamalarına yardımcı olmaktır.⁷⁷

Eğitimin ikinci aşaması olarak ifade edilen *temel aile arabuluculuğu eğitimi* 4 modül olarak sunulmaktadır. Bu aşamada zoom yoluyla çevrimiçi olarak sunulan iki modül ve her biri 20 saatlik çalışma gerektiren iki uzaktan eğitim modülü vardır. Dört modül, yazılı ödevlerin öğretilen modüllerden önce, modüller arasında ve hemen sonrasında tamamlanması sebebiyle ile 3 veya 4 aylık bir süre içinde gerçekleşir. Kursta çalışmalar bireysel ve bir bütün olarak, çiftler halinde, gruplar halinde vb. şekilde tamamlanır.⁷⁸

Eğitimin son aşaması *eğitim sonrası destek programı* olarak adlandırılan FMC onaylı akredite aile arabulucusu olabilme üzerinedir. Akredite aile arabulucusu olma sürecinin 3 yıl içinde tamamlanması gerekmektedir.⁷⁹ FMC akreditasyonuna sahip olabilmek için kursiyerin uygulamalarını ve vaka çalışmalarını denetlemek amacıyla bir PPC'ye ihtiyaç bulunmaktadır. Ayrıca arabuluculuk yapabilme yeterliliğini göstermek için, eğitimin ardından ve FMC'ye kaydolduktan sonra, en az 3 vakayla ilgili çalışma dosyasının sunulması gerekmektedir.⁸⁰ Diğer taraftan, NFM akreditasyon sürecinin bir parçası olarak, aile arabulucularının yılda yaklaşık 10 saat veya daha fazla almalarını gerektiren CPD kursu da sağlamaktadır. Bu eğitim

⁷⁵ <https://thefma.co.uk/fma-foundation-training-course/>, s.e.t: 07.05.2024.

⁷⁶ <https://www.nfm.org.uk/about-us/history/>, s.e.t: 08.05.2024. Ayrıca bkz. Barlow / Hunter / Smithson / Ewing, s. 29; Maclean/Eekelaar, s. 71.

⁷⁷ NFM, A Guide to Becoming a Family Mediator, s. 9.

⁷⁸ NFM, A Guide to Becoming a Family Mediator, s. 9-10.

⁷⁹ NFM, A Guide to Becoming a Family Mediator, s. 10.

⁸⁰ NFM, A Guide to Becoming a Family Mediator, s. 11.

sayesinde aile arabulucuları becerilerini, bilgilerini ve uygulamalarını geliştirme fırsatı bulmaktadır.⁸¹

F. ÇÖZÜM TOPLULUĞU'NDA EĞİTİM (RESOLUTION)

İngiltere'de aile arabuluculuğu eğitiminde karşımıza çıkan bir diğer kuruluş Çözüm Topluluğu'dur. 1982 yılında Aile Hukuku Avukatları Derneği (Solicitors Family Law Association) adı altında kurulan ve aile hukuku meselelerinde yapıcı, çatışmacı olmayan bir yaklaşımı teşvik etme amacıyla olan kuruluş bugünkü adını 2005 yılında almıştır.⁸²

Çözüm Topluluğu'nda aile arabulucularının eğitiminde *Arabuluculuk Temel Eğitimi* karşımıza çıkmaktadır. Eğitim sekiz gün olup üç günlük bir modül, iki günlük bir modül ve son olarak üç günlük fiziksel ve uzaktan katılımlı eğitim modülünden oluşmakta ise de bu eğitim yaklaşık üç aylık bir süreci kapsamaktadır. Diğer taraftan, ilk modülün öncesinde, eğitim grubunun birbirine tanıtılması amacıyla iki saatlik ek bir çevrimiçi tanıtım toplantısı bulunmaktadır. Kursun büyük bir kısmı, eğitmenler tarafından gözlemlenen bir dizi rol oyunuyla deneyimsel öğrenmeden oluşmakla birlikte, kursiyerlerin arabulucu rolüne, bireylerin, aile üyelerinin ve çocukların karşılaşabileceği durum ve koşullar hakkında genel bir fikir sahibi olmalarına yardımcı olmak üzere tasarlanmış küçük grup egzersizlerine de katılmaları gerekmektedir. Bunların dışında eğitim sırasında tamamlanması gereken iki adet ödev bulunmaktadır.⁸³

Temel eğitimin içeriği ise FMC'nin Mesleki Standartlar ve Öz Düzenleme Çerçeve Kılavuzu Ek 2'de belirtilen yeterlilikleri kapsamaktadır.⁸⁴ Bu konuda aşağıdaki başlıkta ayrıntılı açıklama yapılacağı için eğitimin içeriği bu başlıkta tekrar edilmeyecektir. Temel eğitimin tamamlanmasından sonra ise uygulamaya yönelik ilk adımların nasıl atılacağını tartışmak için PPC ile eğitim sonrası bir inceleme yapılması, sonrasında ise bir kursa katılarak yıllık CPD gereksinimlerinin de karşılanması gerekmektedir.⁸⁵

G. AİLE ARABULUCULUĞU KONSEYİ'NDE EĞİTİM (FAMILY MEDIATION COUNCIL)

Yukarıda yer verdiğimiz kuruluşlarının ana kuruluşu olan FMC 2007 yılında kurulmuştur.⁸⁶ FMC'yi oluşturan bu kuruluşların tüm üyelerinin, aile arabulucusu olarak çalışabilmeleri için FMC'ye kayıtlı olmaları

⁸¹ <https://www.nfm.org.uk/mediator-services/cpd-for-family-mediators/>, s.e.t: 08.05.2024.

⁸² Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 22.

⁸³ <https://resolution.org.uk/mediation-qualifying/>, s.e.t: 09.05.2024.

⁸⁴ <https://resolution.org.uk/mediation-qualifying/mediation-foundation-training-course-content/>, s.e.t: 09.05.2024.

⁸⁵ <https://resolution.org.uk/mediation-qualifying/>, s.e.t: 09.05.2024.

⁸⁶ Maclean/Eekelaar, s. 70; Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 32.

gerekmektedir. Kayıt, Aile Arabuluculuğu Konseyi Akreditasyonu (Family Mediation Council Accreditation-FMCA) statüsüne sahip olan veya başlangıç eğitim kursuna katılan ve akreditasyon almaya yönelik çalışan kişilere açık olup, tüm eğitim kursları FMC'nin onayını gerektirmektedir. Diğer taraftan, başlangıç eğitiminin ardından akreditasyon, denetimli bir uygulama dönemi sonrasında bir çalışma dosyasının sunulması ve dosyanın başarılı bulunmasını gerektirir.⁸⁷ Akredite olmuş arabulucuların, yıllık gerekli asgari düzeyde yüz yüze arabuluculuk, CPD ve PPC'yi tamamlamış olmalarına göre yukarıda belirtilen kuruluşlarda üyeliklerini sürdürerek FMCA'yı her yıl yenilemeleri zorunludur.⁸⁸

FMC ile ilgili şu hususu da belirtmekte fayda vardır: FMC arabuluculuk hizmeti sağlayan bir kuruluş olmayıp, aile arabulucularının profesyonel olarak sicilini tutan kuruluştur.⁸⁹ Kuruluş aile arabulucularının sadece eğitimi değil başka düzenlemelerde yapmaktadır. Örneğin aile arabulucularının uyması gereken Uygulama Kuralları⁹⁰ da kuruluşun düzenlediği önemli belgelerden biridir. Konumuz açısından kuruluşun oldukça ayrıntılı olarak ele aldığı düzenleme ise FMC Mesleki Standartlar ve Öz Düzenleme Çerçeve Kılavuzu'dur. Bu Kılavuz 6 bölümden oluşmaktadır ve birçok hususta düzenlemeler içermektedir.⁹¹

- FMC Akreditasyon Çerçevesi,
- Başlangıç Eğitimi ve Kurs Onayı,
- FMC Akreditasyonu İçin Değerlendiricilere Yönelik Gereksinimler,
- Mesleki Uygulama Danışmanlığı (PPC) İçin Ortak Gereksinimler,
- Şikâyetler, Disiplin Süreçleri ve Akreditasyonun İptali,
- Çocukları Kapsayan (Ya Da Çocuk-Dâhil) Arabuluculuk⁹².

Düzenlemeyi incelediğimizde ilk olarak FMC akreditasyonunun İngiltere ve Galler'deki aile arabulucuları için standart yeterlilik olarak tasarlandığı, FMCA unvanının FMC onaylı bir başlangıç eğitim kursundaki değerlendirmeleri geçen, eğitim sonrası gereklilikleri tamamlayan ve mesleki yeterliliğin son değerlendirmesinde başarılı bulunan aile arabulucularına verileceği belirtilmiştir.⁹³

⁸⁷ Barlow/Hunter/Smithson/Ewing, s. 33. Ayrıca bkz. Maclean/Eekelaar, s. 75-76.

⁸⁸ Parkinson, s. 396.

⁸⁹ <https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/>, s.e.t: 11.05.2024.

⁹⁰ Bu düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan Fırat, "İngiltere'de Aile Arabulucularına Yönelik Uygulama (Etik) Kuralları", Yargıtay Dergisi, C. 47, S. 4, 2021, s. 1307-1342.

⁹¹ FMC Manual, s. 2-3.

⁹² Bu yöntem arabuluculuk sürecinde çocuk ve gençlerin seslerini doğrudan duyurmalarına olanak sağladığı gibi, kendilerine saygı duyulduğunu ve dinlenildiğini hissetmelerine yardımcı olur. Onların isteği üzerine, ebeveynlere veya bakımlarını üstlenenlere, ebeveynleri tarafından çocukla ilgili olarak alınacak kararlar ve düzenlemelerle ilgili çocuğun mesajlarını alma, anlama ve dikkate alma konusunda yardımcı olur (FMC Manual, s. 40).

⁹³ FMC Manual, s. 4.

Kılavuza göre aile arabulucularının *başlangıç eğitimi kursunun* içeriğinde okuma veya diğer özel çalışmalar, ödevlerin tamamlanması ve değerlendirmeye hazırlık için harcanan zaman hariç olmak üzere en az 60 saatlik iletişim süresi olması gerekmektedir. Ayrıca bu sürenin en az sekiz güne yayılması ve arada düşünme, özel çalışma ve değerlendirmeye hazırlık için yeterli süre verilmesi, bu sürenin en fazla yarısının yeterli bire bir veya küçük grup öğretmen desteği ile desteklenen yapılandırılmış çevrimiçi veya uzaktan eğitim ile ikame edilebileceği kılavuzda belirtilmiştir. Diğer taraftan, katılımcıların gerekli ilke ve teoriyi öğrenme, ilke ve yaklaşımlar üzerinde düşünme ve tartışma, teoriyi pratiğe uygulama ve ilgili becerileri geliştirme fırsatına sahip olmaları için çeşitli öğretim yöntemleri kullanılması gerektiği de kılavuzda vurgulanarak, yukarıdaki sürenin en az 30 saatinin, genellikle rol oynama alıştırmaları yoluyla beceri geliştirmeye harcanması gerektiği ancak bunun için yeterli sayıda katılımcı olması (en az altı katılımcı) gerektiği öngörülmüştür.⁹⁴

Kılavuz, eğitim sağlayıcılarına kurs içeriği ve değerlendirme kriterlerini geliştirirken FMC Mesleki Yeterlilik Standartlarına (Kılavuz Ek-2) ve Uygulama Kurallarına başvurulması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁵ Bu kapsamda *Kılavuzun Ek-2: Aile Arabuluculuğuna İlişkin FMC Mesleki Yeterlilik Standartları* başlıklı sayfasına baktığımızda eğitimin *teorik temeller* (arabuluculuk uygulamasına kaynaklık eden teorileri anlama ve bunlardan yararlanma, aile arabuluculuğunun etik temelini ve temel ilkelerini anlama, aile arabuluculuğunda kullanılan temel yöntem ve teknikleri anlama), *profesyonellik ve etik* (yasal ve profesyonel yönergeler kişisel yeterlilik sınırları dâhilinde çalışma, yetkin ve etik bir şekilde uygulama yeteneğini sürdürme, katılımcıların ihtiyaçlarına ve bireyselliklerine saygı gösterme, gizlilik ihtiyacını koruma ihtiyacıyla dengeleme, dürüstlük ve adaletle hareket etme) ve *arabuluculuk uygulamaları* (katılımcılara arabuluculuğu açıklama, arabuluculuğun katılımcılar için uygunluğunu değerlendirme, mali destek için uygunluğu kontrol etme, aile içi şiddet ve çocuk veya diğer koruma konularını değerlendirme ve bunlara müdahale etme, katılımcılara sunulan hizmetler ve seçenekler hakkında ilgili bilgileri sağlama, arabuluculuk için ortamı, gündemi ve temel kuralları oluşturma, arabuluculuk sürecinde etkili beceriler ve müdahaleler kullanma, sorunların çözümüne yönelik ilerlemeyi sürdürme, uygun ve üzerinde anlaşmaya varılmış bir anlaşma belgesi oluşturma, alınan kararları kaydetme ve katılımcı dosyalarını muhafaza etme, bireysel vakaları ve genel uygulamayı gözden geçirme) başlıklarından oluştuğu görülmektedir.⁹⁶

Başlangıç eğitimi kursunun *değerlendirilmesi* noktasında katılımcıların kursu geçebilmeleri için hem çocuklarla hem de mülkiyet/finans konularıyla ilgili yeterli düzeyde uzmanlığa sahip olmaları gerekmektedir. Yapılacak değerlendirme, temsili olarak arabulucu rolünü üstlenen her bir katılımcının gözlemlenmesinin yanı sıra asgari olarak bir anlaşma belgesi hazırlanmasını gerektiren yazılı alıştırmaları da içermeli; resmi değerlendirmenin ise ya

⁹⁴ FMC Manual, s. 28.

⁹⁵ FMC Manual, s. 27.

⁹⁶ FMC Manual, s. 17-21.

değerlendirilen katılımcının eğitiminde yer almamış bir kişi tarafından yapılması ya da denetlenmesi şeklinde olmalıdır. Kursu geçemeyenlere eğitim sağlayıcıları tarafından gerekli destek sağlanmalı, bu destek gerekirse ek eğitim veya deneyim kazanmaya yönelik tavsiyeler şeklinde olabilmektedir.⁹⁷

Başlangıç kursunun başarıyla tamamlanmasından sonra *kurs onayı* gerekmektedir. Onay mercii FMC olup, söz konusu onay aile arabulucularının FMCA'ya yönelik çalışmaya başlaması için bir zorunluluktur. Onay normalde üç yıllık bir süre içindir ve sonrasında bu onay işlemini yenilemek gerekmektedir. Onay konusundan sorumlu mercii ise FMSB⁹⁸ (Family Mediation Standards Board-Aile Arabuluculuğu Standartlar Kurulu)'dir.⁹⁹

Kılavuzda aile arabulucularına verilecek başlangıç eğitimi sadece kursun içeriği ve değerlendirilmesine ilişkin bilgiler içermeyip, eğitim sağlayıcıları, eğitimi verecek personel, kursun seviyesi ve başlaması, kursu geçenlere sertifika verilmesi, kurs sonrası FMC onaylı PPC ile yapılacak zorunlu değerlendirme konularını da içermektedir.¹⁰⁰

Kılavuza göre verilecek kursun en az %80'i FMC veya Hukuk Cemiyeti tarafından akredite edilmiş aile arabulucuları ve en az İngiltere ve Galler seviye 4'te öğretim veya eğitim yeterliliğine sahip olan veya daha önce en az iki benzer arabuluculuk kursunda ana eğitmen olarak görev yapmış eğitmenler tarafından verilmelidir. Bu gereklilikler değerlendiriciler için de geçerli olup, tüm kurslar en az iki eğitmeni içermeli ve tüm pratik alıştırmalar için eğitmen başına en fazla altı katılımcı oranına sahip olmalıdır.¹⁰¹ Diğer taraftan kılavuzda değerlendiricilere yönelik asgari gerekliliklerde FMCA statüsüne sahip, en az üç yıldır aile arabulucusu olarak sürekli olarak çalışmış, şu anda bir PPC olarak görev yapan veya en az iki yıldır görev yapmış, hali hazırda bir FMC'ye bağlı üye kuruluş üyeliğine sahip ve değerlendirici olmak için PPC'leri tarafından referans gösterilmiş olma ve bir takım konuları içeren eğitim¹⁰² şartı da bulunmaktadır.¹⁰³

Uygulama Kurallarına baktığımızda ise eğitimle ilgili herhangi bir içerik olamamakla birlikte arabulucuların ya FMC tarafından akredite olması (yani FMCA statüsüne sahip olması) ya da FMC tarafından onaylanmış bir temel eğitim programını tamamlamış ve FMCA'ya yönelik çalışmak üzere hali hazırda FMC'ye kayıtlı olması gerektiği (m. 3.1); bunun yanı sıra

⁹⁷ FMC Manual, s. 28-29.

⁹⁸ Bu kurul FMC'den bağımsız olup, FMC'nin kayıt ve akreditasyon süreçleri ile FMC adına şikâyet ve disiplin ile ilgili itiraz süreçlerini yürütmektedir (<https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/>), s.e.t: 11.05.2024.

⁹⁹ FMC Manual, s. 30-31.

¹⁰⁰ FMC Manual, s. 26-29.

¹⁰¹ FMC Manual, s. 29.

¹⁰² Değerlendiricilere verilecek eğitimin içeriği için bkz. FMC Manual, s. 32-33.

¹⁰³ FMC Manual, s. 32. PPC'lere yönelik gereklilikler ve eğitim için bkz. FMC Manual, s. 35-36.

FMC'nin üye kuruluşlarından birinin mevcut üyesi olmak ve gerekli uygulama seviyelerini sürdürmek, PPC ve CPD de dâhil olmak üzere, FMC'nin akredite ve kayıtlı arabulucular için mevcut gereksinimlerine uymak zorunda oldukları belirtilmiştir (m. 3/2).¹⁰⁴ Diğer taraftan, Uygulama Kurallarında eğitimle ilgili dikkatimizi çeken hükümlerden birisi arabulucuların Çocukları Kapsayan Arabuluculuğu üstlenebilmeleri için ya FMC'ye kayıt yaptırmış ya da FMC tarafından belirlenebilecek gereklilikleri karşılamış olmaları veya eğer mevcut değilse, bir üye kuruluş tarafından Çocukları Kapsayan Arabuluculuk yürütmek üzere onaylanmış olmaları gerektiğine dair hükümdür.(m. 3/3).¹⁰⁵ Çocukları Kapsayan Arabuluculukta görev yapacak arabulucuların ve eğitmenlerin nitelikleri, alınması gereken eğitim konusunda ayrıntılı düzenleme ise Kılavuzun son bölümünde düzenlenmiştir.¹⁰⁶

IV. TÜRK HUKUKU İÇİN ÖNERİLERİMİZ

Güvenilir arabuluculuk eğitiminin, güvenilir teorik temeller ve destekleyici araştırma ve deneyimlerle desteklenmesi gerekmektedir. Bu konuda akademik kurumlara ihtiyaç olduğu dolayısıyla akademik kurumların bu boşluğu doldurmada, çatışmanın doğasını ve ortaya çıkan çatışmayı çözme araç ve tekniklerini titizlikle inceleyerek katkıda bulunabilmeleri mümkündür.¹⁰⁷

Bilindiği üzere bu gün itibariyle ne aile arabuluculuğuna ne de aile arabuluculuğu eğitimine dair Türk hukukunda müstakil bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak aile arabuluculuğu konusunda birçok çalıştay yapıldığı, kongre ve seminerler düzenlendiği bilinmektedir. Dolayısıyla yakın gelecekte aile arabuluculuğunun ya 6325 sayılı HUAK'ta ya da ayrı bir düzenleme ile Türk hukuk sisteminde yer alması muhtemeldir. Aile arabuluculuğunun müstakil olarak düzenlenmesi aile arabulucuları eğitimini de ilgilendirmektedir. Mevcut durum itibariyle aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümünü için sadece temel arabuluculuk eğitimi almış bir arabulucunun bu uyuşmazlıkların çözümünde yer almasının herhangi bir sakıncası yoktur. Zira bu tür uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun kullanımı ne genel uzmanlık ne de özel uzmanlık alanı olarak bu konuda yetkili birim olan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından belirlenmemiştir.¹⁰⁸ Ancak aile arabuluculuğunda özel bir eğitim olması kanaatimizce şarttır. Bunu yukarıda İngiltere özelinde incelediğimizde anlamaktayız.¹⁰⁹ Ancak mukayeseli hukukta sadece İngiltere değil diğer ülkelerde de gerek Anglosakson gerekse Kara Avrupası hukuk

¹⁰⁴ FMC Code, s. 3; Fırat, İngiltere, s. 1332.

¹⁰⁵ FMC Code, s. 3.

¹⁰⁶ Bkz. FMC Manual, s. 41-50.

¹⁰⁷ Milne/Folberg/Salem, s. 19.

¹⁰⁸ Bkz. https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604_arbuzm.pdf, s.e.t: 20.06.2024.

¹⁰⁹ Bkz. Yuk. III.

sistemleri fark etmeksizin aile arabuluculuğunun kendine özgü eğitimler gerektirdiğine rastlamaktayız.¹¹⁰ Dolayısıyla Türk hukukunda da bu konunun mukayeseli hukuktaki örnekleri göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Türk hukuk sistemi için aile arabuluculuğu eğitiminde somut olarak şu hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir:

Konumuzla doğrudan ilişkili olmasa da önemi sebebiyle aile arabuluculuğu faaliyeti eş arabuluculuk şeklinde gerçekleştirilmelidir. Bu kapsamda arabuluculardan birinin hukukçu diğerinin ise psikoloji, sosyal hizmet, psikiyatri gibi psikososyal alanlardan gelmesi gerekmektedir.¹¹¹ Zira aile uyuşmazlıkları işçi-işveren uyuşmazlığı ya da ticari bir uyuşmazlık veya tüketici uyuşmazlığı gibi değildir. Aile uyuşmazlıklarının temelinde çoğu kez duygusal sebepler ön saftadır. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıkların çözümünde bir psikoloğun, sosyal çalışmacının ya da psikiyatristin yardımına ihtiyaç gerekebilir.

Aile arabuluculuğu eğitimi belirli bir süreye yayılır şekilde planlanmalıdır. Örneğin 60 saatlik bir eğitim öngörülse bile bu eğitimin en az 6 ay gibi bir zamana yayılması gerekmektedir.¹¹²

Eğitimin içeriğinde aile hukuku, çocuk hukuku, aile içi şiddet, aile içi istismar, çocuk koruma kanunu ve benzeri mevzuat, çatışma çözümü, aile dinamikleri, boşanma veya ayrılığın çocuklar üzerindeki etkileri, boşanma veya ayrılığın psikolojik ve sosyal süreçleri, rol oynama becerileri, aile arabuluculuğunda etik kurallar, aile arabuluculuğunda kullanılan temel yöntem ve teknikler, aile arabuluculuğunda kullanılacak modeller, arabuluculuk sürecinde etkili iletişim becerileri, çocuk odaklı arabuluculuk, mali konular ve mülkiyete ilişkin hukuki sonuçlar, boşanma veya ayrılığın psikolojik ve sosyal süreçleri ile aile arabuluculuğu pratiği konularının yer alması gerekmektedir.¹¹³

Aile arabuluculuk pratiğinin en az 10 vaka denetimiyle bir başka arabuluculuk faaliyetinin gözlemlenmesi şeklinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yani kurgusal olmayan, somut olayların gözlemlenmesi şeklinde bu eğitimin yapılması yararlı olacaktır.

Verilecek eğitimlerin Adalet Bakanlığının belirlemiş olacağı şartları sağlayacak üniversiteler tarafından ve bu üniversitelerle yapılacak protokole göre yürütülmesi gerekmektedir. Bu kapsamda eğitimi verecek üniversitelerin bünyelerinde Hukuk Fakültesi, Psikoloji, Sosyal Hizmetler ve

¹¹⁰ Almanya örneği için bkz. <https://www.bafm-mediation.de/ausbildung/ausbildungsrichtlinien/ausbildungsordnung-der-bafm-fur-familien-mediation/>, s.e.t: 20.06.2024. Fransa örneği için bkz. Özcan, s. 387-389. Kanada örneği için bkz. <https://familymediationtraining.ca/>, s.e.t: 20.06.2024. Amerika örneği için bkz. <https://www.floridamediationtraining.org/>, s.e.t: 20.06.2024.

¹¹¹ Bkz. Isaak Meier, "Mediation and Conciliation in Switzerland", s. 6-7, https://www.uzh.ch/175jahre/fakultaeten/recht/fachbereiche/zpschkg/Dokument_e/report_mediation_eng.pdf s.e.t: 20.06.2024.

¹¹² Benzer örnekler için bkz. Yuk. III. E. ve F.

¹¹³ Bkz. Yuk. III.

İletişim bölümlerinin bulunduğu; aile hukuku, arabuluculuk, aile psikolojisi, aile içi şiddet, adli psikoloji, sosyal psikoloji, klinik psikoloji, ailelerle, çocuklarla, yaşlılarla sosyal hizmet, etkili iletişim becerileri alanlarında uzmanlaşmış akademik personelin olduğu kişilerle yürütülmesi daha doğru bir yaklaşımdır olacaktır.

SONUÇ

Ailenin toplumun temeli olduğu, devletin ailenin huzur ve refahı, anne ile çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alma zorunluluğu, bunun sağlanabilmesi için uygun teşkilatlanmayı planlaması ve kurması, 1982 Anayasasının temel hak ve hürriyetler bölümünde yer almaktadır (Anayasa m. 41) ve bu durum devletin aileye ne denli önem verdiğini göstermektedir. Zira bu önemli müessesenin bozulması sadece o aileyi ilgilendirmemekte, tüm toplumu etkilemektedir. Ailenin devamı esas olmakla birlikte bu birlikteliğin bozulması hatta ailenin devamı içerisinde ailenin dağılma tehlikesinin geçirmesi muhtemeldir.

Bir hukuki ilişkinin sona ermesi tarafların daha sonra bir araya gelmelerini çoğu kez gerektirmeyebilir. Ancak evliliğin sona ermesi, mevcut evlilikte özellikle çocukların var olduğu durumlarda, aile ilişkisinin sona erdiği anlamına gelmemektedir. Zira çocuğun varlığı bu kişilerin belirli aralıklarla bir araya gelmelerini gerektirmektedir. Eşlerin anlaşarak yani arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıklarını sonlandırmaları bu anlamda oldukça kıymetlidir. Elbette burada arabulucu rolü de önem arz etmektedir. Bu kişinin iyi bir eğitimden geçmesi sürecin yönetimini kolaylaştıracaktır. Eğitimin niteliğini ise verilecek eğitimin içeriği belirlemektedir. Ülkemizde henüz aile arabuluculuğu ile ilgili ayrıca bir eğitim bulunmasa da yakın gelecekte buna ihtiyaç olacağı açıktır. Bu anlamda mukayeseli hukukta yer alan örnek eğitimler oldukça faydalı olacaktır. Özellikle uzunca bir zamandır aile arabuluculuğunun uygulanması sebebiyle kurumsallaşmanın gerçekleştiği İngiltere'nin bu anlamda incelenmesi gerekmektedir. Biz de çalışmamızda bu ülke özelinde konuyu ele alarak bir önceki başlıkta önerilerde bulunmaya çalıştık. Burada kilit noktalardan ilki aile arabuluculuğunun eş arabuluculuk şeklinde ve farklı alanlardan gelen kişilerce yürütülmesidir. Diğer taraftan, verilecek eğitimlerin belirli bir zaman dilimine yayılarak eğitim içeriğinin hukuk bilimine ek olarak psikoloji, sosyal hizmet gibi alanların bakış açısı ile ele alınması kanaatimizce beklenen faydayı sağlayacaktır.¹¹⁴

¹¹⁴ Bkz. Yuk. II, III ve IV nolu başlık.

KAYNAKÇA

- Akıntürk T./Ateş ., Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C. II, Yenilenmiş 20. bs., İstanbul, 2017.
- Auerbach Jerold S.; Justice Without Law?, Oxford University Press, New York, 1983.
- Barlow A./Hunter R./Smithson J./Ewing J. Mapping Paths to Family Justice Resolving Family Disputes in Neoliberal Times, Palgrave, 2017.
- Barry L, "Elder Mediation: What's in a Name?", Conflict Resolution Quarterly, Vol. 32, No. 4, Summer 2015, ss. 435-442.
- Clark B, Lawyers and Mediation, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2012.
- Özcan C, "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu", Y. 5, S. 9, Haziran 2017, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 383-396.
- College of Mediators, Framework to approve providers of initial professional practice consultancy training, ss. 1-9.
- College of Mediators, Framework to approve providers of continuing professional development, ss. 1-7.
- College of Mediators, Framework for approval of specialist mediation training (special educational needs & disability mediation), ss. 1-10.
- College of Mediators, Framework for approval of foundation mediation training programmes, ss. 1-16, (College of Mediators, foundation mediation training).
- Crampton A, "Elder Mediation in Theory and Practice: Study Results From a National Caregiver Mediation Demonstration Project", Journal of Gerontological Social Work, 56:5, Taylor & Francis Group, 2013, ss. 423-437.
- Dolores B, "Family/Divorce Mediation- A Responsive Process", Canadian Community Law Journal, Vol. 7, 65, 1984, ss. 65-71.
- Erickson Stephen K/Erickson S, McKnight M. Family Mediation Casebook, Theory and Process, Brunner/Mazel Publishers, New York, 1988.
- Fırat E, Aile Arabuluculuğu, EBYÜSBE, (Dan: Prof. Dr. İbrahim Özbay), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzincan, 2021, (Fırat, Aile Arabuluculuğu).
- Fırat E, "Evlilik Arabuluculuğu", Y. 13 S. 49, Ocak 2022, TAAD, ss. 371-388.
- Fırat E, "İngiltere'de Aile Arabulucularına Yönelik Uygulama (Etik) Kuralları", C. 47, S. 4, 2021, Yargıtay Dergisi, ss. 1307-1342, (Fırat, İngiltere).
- FMC Manual, Professional Standards and Self-Regulatory Framework, September 2014, ss. 1-50, (FMC Manual).
- FMC Code of Practice for Family Mediators, November 2018, ss. 1-11, (FMC Code).
- Foley K, "To Co-Mediate or Not to Co-Mediate — That is the Question", Bond Law Review, Vol. 29, Issue 1, Article 7, 2017, ss. 95-107.
- Giardini F, "Joint Custody of Children on Separation and Divorce: The Current Law in Italy: An Overview of the Law and How It Is Applied", Int'l Surv. Fam. L. 227, 2014, ss. 227-244.
- Goodman A, Arabuluculuğa Hazırlanmak, Arabuluculuktan Yararlanacaklar için Rehber, 2016.
- Güllüoğlu Y, "Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)", Y.4, S.13, 2015, İdeal Hukuk Dergisi, ss. 98-103 (Güllüoğlu, Aile).

Güllüoğlu Altun Y, "Family Mediation (System Overview)", *IJTIHALD Journal On Legal and Economic Studies*, Vol. 08 / No. 04, Year 2019, Serial Number:22, ss. 1-12 (Güllüoğlu Altun, Family).

Güllüoğlu Altun Y, "Ailenin Korunması Açısından Aile Arabuluculuğu Düzenlemesine Genel Bakış", *II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu Ailenin Korunması Hakkı Bildiriler Kitabı*, Tihek, Ankara, 2020, ss. 495-516 (Güllüoğlu Altun, Ailenin Korunması).

Hatemi H/Oğuztürk Kalkan B, *Aile Hukuku Ders Kitabı*, 5. bs., İstanbul, 2016,

Kavasoglu A/Gündoğdu T, "Aile Arabuluculuğunun Tarihi Gelişimi ve Ülkemizdeki Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi", *C. 11, S. 2, Y. 2021, SDÜHFD*, ss. 773-789.

Könezoğlu B, *Aile ve Ailenin Korunması*, (Dan: Doç. Dr. Şebnem Akipek), AÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

Kelly Joan B, "Issues Facing the Family Mediation Field", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 1: 37, 2000, ss. 37-43.

Maclean M/Eekelaar J. *Lawyers and Mediators the Brave New World of Services for Separating Families*, Oxford and Portland, Oregon, 2016.

McCann-Beranger J, *Exploring the Role of Elder Mediation in the Prevention of Elder Abuse Final Report*, Canada, 2013.

Milne Ann L/Folberg J/Salem P, *The Evolution of Divorce and Family Mediation An Overview*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P.(eds.), *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, New York, 2004.

Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, Developed by The Symposium on Standards of Practice, Approved by the ABA House of Delegates, February, 2001, ss. 1-21.

Molgora S/Ranieri S/Tamanza G, "Divorce and Coparenting: A Qualitative Study on Family Mediation in Italy", *Journal of Divorce & Remarriage*, 55:4, 2014, ss. 300-314.

NFM, *A Guide to Becoming a Family Mediator*, ss. 1-13.

O'Shea, R/Conneely S, "Family Mediation: The International Context", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 36, 2024, ss. 485-498.

Özbek Mustafa S, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı", *DEÜHFD*, C. 7, S. 2, 2005, ss. 71-102.

Öztan B, *Aile Hukuku*, 6. bs., Ankara, 2015.

Raisner J K, *Mediation with Never Married Parents*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P.(eds.), *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, New York 2004.

Parkinson L, *Aile Arabuluculuğu*, (Sorumlu Editör: Fatma Yonca Yücel), TC. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, Ocak 2018.

Phear Patrick W, "Family Mediation: A Choice of Options", *The Arbitration Journal*, Vol. 39, No. 1, March 1984, ss. 22-30.

Schadow K, *Elder Mediation, Ein Konzept zur Erhöhung der Lebensqualität und Selbstbestimmung im Alter*, Band 6, Wolfgang Metzner Verlag, 2016.

Sunay İ, "Aile Arabuluculuğu Family Mediation", *Toplum ve Sosyal Hizmet*, C. 20, S. 1, Nisan 2009, ss. 23-31.

Roberts Marian R, *Mediation in Family Disputes Principles of Practice*, 4. Ed., Ashgate, 2014,

Taylor A, *The Handbook of Family Dispute Resolution, Mediation Theory and Practice* Jossey-Bass, 2002.

Tiryaki M, (Editör); Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006.

White Paper, Looking to the Future Mediation and the Ground for Divorce, The Government's Proposals, April 1995.

İnternet Kaynakları

Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation, m.5, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>, s. 14-16, s.e.t: 20.04.2024.

Fiske J/Neumann K/Israel L/Boardman Susan K, "Marital Mediation: An Emerging Area of Practice" (May 2009), <https://mediate.com/marital-mediation-an-emerging-area-of-practice/>, s.e.t: 26.04.2024.

Green Angela S, "What is Marital Mediation or Mediation To Stay Married?", August 2009, <https://mediate.com/what-is-marital-mediation-or-mediation-to-stay-married/>, s.e.t: 26.04.2024.

Meier I, "Mediation and Conciliation in Switzerland", ss. 1-19, https://www.uzh.ch/175jahre/fakultaeten/recht/fachbereiche/zprschkg/Dokumente/report_mediation_eng.pdf s.e.t: 20.06.2024

https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/rules_pd_menu, s.e.t: 02.05.2024.

<https://collegeofmediators.co.uk/about-us/>, s.e.t: 03.05.2024.

<https://collegeofmediators.co.uk/training-courses/>, s.e.t: 03.05.2024.

<https://www.barcouncil.org.uk/about/about-the-bar/other-organisations.html>, s.e.t: 04.05.2024.

<https://www.lawsociety.org.uk/about-us/>, s.e.t: 04.05.2024.

<https://thefma.co.uk/about-the-fma/>, s.e.t: 07.05.2024.

<https://thefma.co.uk/how-do-you-become-a-mediator/>, s.e.t: 07.05.2024.

<https://thefma.co.uk/fma-foundation-training-course/>, s.e.t: 07.05.2024.

<https://thefma.co.uk/training-hub/train-to-become-a-family-mediator/>, s.e.t: 07.05.2024.

<https://www.nfm.org.uk/about-us/history/>, s.e.t: 08.05.2024.

<https://www.nfm.org.uk/mediator-services/cpd-for-family-mediators/>, s.e.t: 08.05.2024.

<https://thefma.co.uk/training-development-with-fma/>, s.e.t: 08.05.2024.

<https://resolution.org.uk/mediation-qualifying/>, s.e.t: 09.05.2024.

<https://resolution.org.uk/mediation-qualifying/mediation-foundation-training-course-content/>, s.e.t: 09.05.2024.

<https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/>, s.e.t: 11.05.2024.

<https://www.bafm-mediation.de/ausbildung/ausbildungsrichtlinien/ausbildungsordnung-der-bafm-fur-familien-mediation/>, s.e.t: 08.06.2024.

<https://familymediationtraining.ca/>, s.e.t: 20.06.2024.

<https://www.floridamediationtraining.org/>, s.e.t: 20.06.2024.

<https://www.cpdstandards.com/resources/what-is-cpd/>, s.e.t: 23.06.2024.

TÜRK BORÇLAR KANUNU M. 344/III İLE M. 138 ARASINDAKİ İLİŞKİ ÇERÇEVESİNDE KONUT KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRA BEDELİNİN UYARLANMASI

Adjustment of the Rental Price in Residential Rental Agreements Within the Context of the Relationship Between Art. 344/III and Art. 138 of the Turkish Code Of Obligations

Dr. Öğr. Üyesi Orkun TAT*

Öz: Konut kira sözleşmelerinin uyarlanması günümüzde yaşanan ekonomik sorunlardan dolayı sıklıkla gündeme gelmektedir. 11.06.2022 tarihi ile 01.07.2024 tarihleri arasında konut kira bedeline ilişkin uygulanan %25'lik artış sınırı, özellikle kiraya verenler tarafından kira bedelinin artırılmasına yönelik girişimleri hızlandırmıştır. Kira bedelinin artırımı konusunda Türk Borçlar Kanunu m. 344/III hükmü ile Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükmü önem arz etmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 344/III hükmü, beş yıllık süre şartının sağlanmasının ardından, kira bedelinin tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık değişim oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedeli dikkate alınarak hâkim tarafından tespit edilebilmesini sağlamaktadır. Bu düzenleme beş yıllık bir süreden sonra, kiralananın kira bedelinin emsallerinin çok altında kalmasını engellemekte ve edimler arasındaki dengeyi sağlamaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükmü ise bir süre şartı aramamakta, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olağanüstü olaylar nedeniyle yaşanan aşırı ifa güçlüğü'nün giderilmesi, bozulan edim dengesinin tekrar sağlanması, eğer bu mümkün değilse borçluya sözleşmenin sona erdirilmesi imkânını tanımaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 138 çerçevesinde farklı şekillerde uyarlama söz konusu olabilmekte ise de en çok rastlanan uyarlama türü karşılaştırılan bedelin arttırımıdır. Bu nedenle her iki hüküm de kira bedelinin artırılmasına yönelik bir sonucun doğmasına imkân vermektedir. Aynı amaca hizmet eden bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi ve aradaki sınırın belirlenmesi, somut uyumsuzluğa uygulanması gereken hükümlerin tespit edilmesi noktasında önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Kira Bedeli, Kira Bedelinin Uyarlanması, Rayiç Kira Bedelinin Tespiti, Olağanüstü Olay, Aşırı İfa Güçlüğü

Abstract: Adjustment of residential rental agreements is frequently discussed due to the economic issues currently being encountered. Between 11.06.2022 and 01.07.2024, the limit of 25% increase in the rental price of residential lease has accelerated the attempts to increase the rental price, especially by lessors. Article 344/III of the Turkish Code of Obligations and Article 138 of the Turkish Code of Obligations are important for the increase of the rental price. Article 344/III of the Turkish Code of Obligations provides that the rental price may be determined by the judge taking into account the 12-month rate of change of the Consumer Price Index, the condition of the leased property and the comparable rental price after the 5-year term condition specified in the provision has been met. This regulation prevents the rental price of the lessee from being much lower than its peers after a period of 5 years and ensures the balance between the contractual obligations. Article 138 of the Turkish Code of Obligations does not require a time condition, and allows the debtor to terminate the contract if it is not possible to eliminate the excessive difficulty of performance and to restore the impaired balance of contractual obligations, due to extraordinary events occurring after the execution of the contract. Under Article 138 of the Turkish Code of Obligations, adjustment can be made in different ways, but the most common type of adjustment is the increase of the agreed price. Therefore, both provisions basically result in an increase in the rental price. Evaluating these two articles that serve the same purpose together and determining the boundary between them is important in ascertaining the provisions that should be applied to the concrete dispute.

Keywords: Rental Agreement, Rental Price, Adjustment of the Rental Price, Determination of Current Rental Price, Extraordinary Circumstance, Hardship in Performance

* Çag Üniversitesi Hukuk Fakültesi, orkuntat@çag.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8149-5356

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573672

Makale Geliş Tarihi: 05.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 20.09.2024

GİRİŞ

Sözleşme ilişkisine giren taraflar, mevcut koşullar dahilinde haklarını ve borçlarını belirler; bu hak ve borçları, yapmış oldukları sözleşmeyle güvence altına almaya çalışırlar. Kurulan bir sözleşmenin şüphesiz en umulan şekilde sona ermesi, tarafların sözleşmede belirtilen koşullar çerçevesinde borçlarını ifa etmeleridir. Bu durum, sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden olan *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesinin temelinde yatan düşünceye uygun bir beklentidir. Sözleşmede belirtilen koşullar çerçevesinde borcun ifa edilmesi, sözleşmenin tarafların menfaatine uygun şekilde sonlandırılmasını sağlar.

Ahde vefa ilkesine göre taraflar, üstlenmiş oldukları yükümlülöklere bağılı kalmalı ve koşullar değışse dahi sözleşmeye sadık kalarak edimlerini ifa etmelidir. Aksi durumda herkes vermiş olduğu sözden vazgeçebilir ve sözleşme yapmak anlamsızlaşarak hukuki güven zedelenir. Bu tehlikenin önüne geçebilmek ise ahde vefa ilkesinin doğru bir şekilde uygulanmasıyla sağlanabilir. Ahde vefa ilkesine katı şekilde bağılı kalmak ise bazı durumlarda adalet ve hakkaniyet düşüncesiyle çelişmektedir. Dolayısıyla bu ilkenin de dengelenmesi şarttır. Nitekim sözleşme ilişkisinin kurulduğu zamandaki şartların değışmesi, bu ilkeye sıkı sıkıya bağılı kalınmasını zorlaştırmaktadır.

Sözleşme ilişkisinin kurulmasından sonra meydana gelen bazı olaylar taraf edimlerini etkileyebilir. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin kuruluş aşamasındaki koşulların değışmesi nedeniyle tarafların üstlenmiş oldukları edimleri ifa etmeleri güçleşebilir. Edimler üzerinde belirli bir sınıra kadar yaşanan ifa güçlüğu önem arz etmez. Ancak bu sınırın üzerinde yaşanan bir zorluk, aşırı ifa güçlüğu meydana getirir. İfanın aşırı güçleşmesi, edimin yerine getirilmesini imkânsız kılmamakla birlikte ona yakın etkiler doğurur. Bu durumda ahde vefa ilkesinin uygulanmasında ısrar etmek, nihayetinde edimlerin ifa edilememesine neden olur.

Ahde vefa ilkesinin yumuşatılması, *clausula rebus sic stantibus* ilkesiyle sağlanır. Temelinde dürüstlük kuralı yatan bu ilkeye göre sözleşmenin kuruluşunda mevcut olan şartların değışmesi durumunda, edimlerin değışen koşullara uyarlanması gerekir. Ahde vefa ilkesi veya *clausula rebus sic stantibus* ilkesi birbirlerini dışlayan ilkeler değıldir. Bu iki ilkenin, sözleşmelere aynı anda uygulanabilmesi mümkündür. Ahde vefa ilkesi sözleşmeye bağılılığı güvence altına alırken, *clausula rebus sic stantibus* ilkesi değışen koşullar nedeniyle tehlikeye düşen ifayı kurtarmaya yöneliktir.

Sözleşmenin değışen koşullar nedeniyle uyarlanmasına olanak sağlayan genel düzenleme, Türk hukuku bakımından Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükmüdür. Bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde borçlu, TBK m. 138'de belirtilen şartların oluştuğunu ileri sürerek sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilmektedir. Kira sözleşmesi de her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, kiraya veren "borçlu" sıfatıyla TBK m. 138'de belirtilen şartların meydana geldiğini ispat ederek mahkemeden sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir. Günümüz uygulamasının çoğunda kiraya veren, TBK m. 138 çerçevesinde kira bedelinin artırılmasını talep etmektedir. Kira bedelinin güncellenmesine, emsalleriyle benzer seviyeye getirilmesine olanak sağlayan diğer bir imkân TBK m. 344/III hükmüdür. Söz konusu hükme göre kiraya veren, kira sözleşmesinin yapılmasından itibaren beş yıl sonra tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara

göre değişim oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde kira bedelinin belirlenmesi için dava açabilir. Bu dava, *rayiç kira bedelinin tespiti davası* olarak isimlendirilmektedir.

Kira sözleşmesi devam ederken kira bedelinde değişiklik yapılmasına imkân sağlayan hükümlerin (TBK m. 138 ve TBK m. 344/III' ün) birlikte incelenmesi ve bu çerçevede kira bedelinin uyarlanmasının talep edilip edilemeyeceği, talep edilebilecekse hangi şartlar dahilinde bu imkânın söz konusu olduğu, hükümlerin uygulanma alanının belirlenmesinde önem arz etmektedir.

I. TARAFLARIN KİRA BEDELİ KONUSUNDAKİ ANLAŞMALARI

Kira sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun¹ dördüncü bölümünde m. 299-378 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Söz konusu bölüm, genel hükümler, konut ve çatılı işyeri kiralaları ve ürün kiralalarına ilişkin ayrımları barındırmaktadır. Kira sözleşmesi, her türlü kira ilişkisini kapsayacak şekilde TBK m. 299'da tanımlanmaktadır. Buna göre kira sözleşmesi, "*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği*" sözleşmedir. Söz konusu tanım, kira sözleşmesinden bahsedebilmek için gereken unsurları belirtmektedir.²

Kanuni tanım dikkate alındığında kira sözleşmesinin asli unsurlarından birinin kira bedeli olduğu açıktır. Kira bedeli, kural olarak bir miktar paranın ödenmesi şeklinde belirlenir.³ Bunun yanı sıra kira bedelinin, para dışında misli bir şeyin verilmesi veya parayla birlikte misli bir şeyin verilmesi olarak kararlaştırılması mümkündür.⁴ Öğretide kira bedeli olarak bir iş görme ediminin üstlenilebileceği ve bu durumda karma sözleşmeden bahsedilmesi gerektiği de kabul edilmektedir.⁵

¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG, T. 04.02.2011, S. 27836.

² Peter Higi/ Anton Bühlmann/ Christoph Wildisen, Zürcher Kommentar- Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253- 273c OR), Art. 253- 265 OR, 5. Baskı, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2019, Art. 253, s. 76, Pn. 4.

³ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 328, Pn. 1072.; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 264.; Higi/ Bühlmann/ Wildisen, Art. 253, s. 84, Pn. 30.

⁴ Eren, 2023b, s. 321, Pn. 1049.; Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 381.; Higi/ Bühlmann/ Wildisen, Art. 253, s. 84, Rn. 30.; Richard Permann, "

Art. 253", 4. Baskı, 2023, OFK- Orell Füssli Kommentar- Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, s. 783, Pn. 3, Orell Füssli Kommentar, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/ Marc Amstutz/ Roland Fankhauser.

⁵ Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, C. I, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 13.; Aral/ Ayrancı, s. 266.; Higi/ Bühlmann/ Wildisen, Art. 253, s. 84, Pn. 30.; Faruk Acar, Kira Hukuku Şerhi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 89-90, Pn. 63.; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 381.; Özkan Özyakışır, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 191.

Kira sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için kiracı ve kiraya veren, kira bedeli üzerinde anlaşmış olmalıdırlar. Ancak kira bedeli objektif olarak tespit edilebiliyorsa tarafların miktar olarak bir bedel belirlemeleri zorunlu değildir.⁶ Bununla birlikte kira miktarının belirlenebilir olmadığı hallerde, kira sözleşmesinde bedel objektif esaslı unsur⁷ olduğundan, tarafların bedel konusu üzerinde hiç durmamaları veya bu konuyu ileri bir tarihe ertelemeleri durumunda sözleşmenin kurulmuş olduğundan bahsedilemez.⁸ Bu çalışmada sadece konut kira sözleşmelerinde kira bedelinin para olarak belirlenmiş olduğu durumlarda bu bedelin uyarlanması konusu ele alınmaktadır.⁹

Kira bedelinin ilk defa belirlenmesi halinde (başlangıç kira bedelinde), sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizen çerçeve dışında, miktar konusunda bir sınırlandırma bulunmamaktadır.¹⁰ Ancak genel hükümlerde yer alan irade sakatlığı halleri ve özellikle aşırı yararlanma (gabin), tarafların kira bedelini serbestçe belirlemelerinin sınırını oluşturur.¹¹ Aynı şekilde kira

⁶ İnceoğlu, 2014a, s. 14.; Eren, 2023b, s. 329-330, Pn. 1075.; Permann, Art 253, s. 783, Pn. 3.

⁷ Objektif esaslı noktalar, yapılmak istenen sözleşmenin kanuni tanımında belirtilen zorunlu noktalardır., Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023, s. 249, Pn. 744

⁸ Aral/Ayrancı, s. 266.; İnceoğlu, s. 15.; Özyakışır, s. 176.; Acar, s. 90, Pn. 64.; Permann, Art. 253, s. 783, Pn. 3.; İsviçre Federal Mahkemesi'nde vermiş olduğu bir kararda tarafların sadece kira konusunun kullanımı karşılığında bedel ödeneceğini kararlaştırmaları ancak kira bedelinin miktarını belirlememeleri (sonradan tespit etmeye yetecek kadar belirlememeleri) halinde kira sözleşmesinin kurulmadığını, hâkimin ancak kira konusunun fiilen kullanıldığı süre için kira bedelini belirleyebileceğini ifade etmiştir., 15.09.1993, BGE 119 II 347 (swisslex.ch, E.T. 07.04.2024)

⁹ Yabancı para üzerinden belirlenmesi durumu, Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun ve buna ilişkin çıkarılan tebliğler çerçevesinde tespit edilmelidir. Bkz. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar, RG, T. 11.08.1989, S. 20249.; Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'De Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/51), RG, T. 06.10.2018, S. 30557.; Daha sonra tekrar değişiklik yapılan tebliğ için bkz. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'De Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/52), RG, T. 16.11.2018, S. 30597.; <https://www.hmb.gov.tr/duyuru/turk-parasi-kiymetini-koruma-hakkinda-32-sayili-karara-iliskin-teblig-2018-32-52-kapsaminda-hazirlanan-sikca-sorulan-sorular-hakkinda-duyuru>

¹⁰ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 381-382.; Özyakışır, s. 193.; Alman ve İsviçre hukukunda başlangıç kira bedelinin sınırlanması hakkında bkz. Nurten İnce Akman/ Özkan Özyakışır, "Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi", C. 11, S. 2, 2021, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 730 vd.; Özyakışır, s. 113 vd.

¹¹ Eren, 2023b, s. 329, Pn. 1074.; İnceoğlu, 2014a, s. 15.; İnce Akman/ Özyakışır, 2021, s. 754. Türk hukukunda kiracıyı başlangıçta belirlenen aşırı kira bedelinden koruyucu özel ve ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığı, işlem temelinin çökmesi hali dışında kiracının belirlenen kira bedeliyle bağlı olduğu yönünde bkz. Aral/ Ayrancı, s. 267.; Özlem, Sarı Fidan, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli

bedelinin ödenme şekli konusunda da taraflar anlaşma yapabilirler.¹² Bu kapsamda aylık veya periyodik bir ödeme şekli söz konusu olabilir.

2018 yılında tırmanışa başlayan enflasyon 2019 yılına gelindiğinde düşüş gösterse de daha sonraki yıllarda sert bir şekilde yükselmiş¹³ ve günümüzde de halen yükselme eğilimini korumaktadır. Nitekim Türk lirasındaki aşırı değer kaybı, işsizlik oranının çok artması, ani döviz hareketlilikleri, faiz politikasındaki alışılmıştın dışındaki faaliyetler, iş piyasasını doğrudan etkileyen önemli finansal sorunlardır. Bu olumsuzluklardan ciddi şekilde etkilenen alanlardan biri de kira sözleşmeleridir. Barınma ihtiyacında yaşanan bu sorunlar üzerine kanun koyucu, sözleşme yapma özgürlüğüne müdahalede bulunarak bazı önlemlere başvurmuştur.¹⁴

7409 sayılı Kanun¹⁵ ile Türk Borçlar Kanunu'na geçici madde 1 eklenmiş ve aynı düzenleme, 7456 sayılı Kanun¹⁶ ile geçici madde 2 şeklinde süresi uzatılarak devam ettirilmiştir. Her iki geçici hüküm birlikte değerlendirildiğinde ilk geçici maddenin yürürlüğe girdiği tarih olan 11.06.2022 tarihinden 01.07.2023 tarihine kadar yenilenen ve yapılan uzatılma ile 02.07.2023 tarihinden 01.07.2024 tarihi arasında yenilenen kira

Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi”, S. 1, 2023, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s. 349.

¹² Higi/ Bühlmann/ Wildisen, Art. 253, s. 85, Pn. 31.

¹³ Bkz. <https://legalbank.net/belge/enflasyon-oranlari-tefe-ufe-tefe-oranlari/3225950>

¹⁴ Belirtmek gerekir ki kiraya verenler ile kiracılar arasında haklı veya haksız değerlendirmesi yapmaksızın, ülkenin içerisinde bulunduğu somut ekonomik şartların meydana getirdiği durum ve bunun hukuki sonuçları tartışılmalıdır.

¹⁵ 7409 sayılı Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, T. 11.06.2022, S. 31863.; GEÇİCİ MADDE 1- (Ek:8/6/2022-7409/4 md.) “Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.”

¹⁶ 7456 sayılı 6/2/2023 Tarihinde Meydana Gelen Depremlerin Yol Açtığı Ekonomik Kayıpların Telafisi İçin Ek Motorlu Taşıtlar Vergisi İhdası ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG, T. 15.07.2023, S. 32249.; GEÇİCİ MADDE 2- (Ek: 14/7/2023-7456/23 md.) “Konut kiralari bakımından 2/7/2023 ilâ 1/7/2024 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır.”

dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini (%25) geçmemek koşuluyla geçerli kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle 11.06.2022- 01.07.2024 tarihleri arasında yenilenen kira sözleşmelerinde kira bedellerinin, önceki yıla ait kira bedelinin %25'ni geçemeyeceği belirtilmiştir. Bu oranı geçecek şekilde yapılacak olan anlaşmaların da aşan kısım bakımından geçersiz olacağı söz konusu düzenlemelerde yer almıştır. Çatılı işyeri kiraları bakımından ise bir değişiklik öngörülmediğinden, bir önceki yılın tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek üzere artış yapılabilmektedir. Dolayısıyla söz konusu geçici hükümler "çatılı işyeri kiralarına" uygulanmamaktadır.

Kanun koyucunun getirmiş olduğu bu düzenlemenin amacı, ülke ekonomisinde yaşanan bozulmanın ortaya çıkarmış olduğu olumsuzlukları sözleşmenin her iki tarafına dağıtmaktır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu bu düzenlemeyle, özel hukuk sözleşmesine müdahalede bulunarak taraflar arasında bir risk paylaşımı öngörmüştür. Öngörülen bu risk paylaşımıyla kiraya verenler ile kiracılar arasında bir denge sağlanmak istenmiştir. Risk paylaşımının mutlaka yarı yarıya olması şart değildir, farklı oran ve şekillerde risk paylaşımı gündeme gelebilir. Ancak barınma ihtiyacının öneminden ve kiracıların güçsüz konumda olmasından yola çıkılarak, ülkede yaşanan ağır ekonomik sonuçların daha büyük kısmı söz konusu düzenlemeyle kiraya verenlere aktarılmıştır. Nitekim kanun koyucunun sabit %25 sınırı getirerek yapmış olduğu risk paylaşımı, beraberinde bazı sorunlar getirmiştir.¹⁷ Özellikle açıklanan enflasyona nazaran hissedilen enflasyonun çok daha yüksek olması, kiraya verenlerle kiracılar arasındaki ilişkiyi bozmuş ve barınma sorununu çözme konusunda yetersiz kalmıştır. Bu sorunun halen devam ettiğini söylemek mümkündür. Kiraya verenler enflasyon etkisiyle bir önceki yıla oranla çok ciddi artışlar yapmak istemekte, bu artışı kabul etmeyen kiracıları farklı sebeplerle tahliye etmeye çalışmakta, tahliyede başarılı olunduğu durumda ise yeni kiracı ile yapılan kira sözleşmesindeki bedel, enflasyona karşı korunma düşüncesiyle, çok yüksek belirlenmektedir.

A. RAYIÇ KİRA BEDELİNİN TESPİTİ İSTEMİ VE KİRA BEDELİNİN UYARLANMASI

Paranın değerinde sürekli düşüş yaşanmasının kiraya verenlerde, bir sene sonraki kira bedelini önceki seneye nazaran çok daha yüksek belirleme

¹⁷ Öğretide Türkmen ve Huysal, %25'lik sabit bir sınırlama yerine "bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde 75'ini geçmemek" üzere şeklinde getirilecek bir düzenlemenin daha hakkaniyetli olacağını ileri sürmektedirler., Ahmet Türkmen/ Süleyman Anıl Huysal, "6098 sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Kira Bedelinde %25'lik Artış Sınırlamasına Aykırılığın Sonuçları Üzerine Değerlendirmeler", Lexpera Blog. Bkz. (<https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bedelinde-25lik-artis-sinirlamasina-aykirligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/#fn9>), (s.e.t. 10.07.2024)

isteği veya en azından %25'lik kira artış sınırından¹⁸ daha fazla artış yapma talebi meydana getirdiği uygulamada sıklıkla gözlemlenmiştir. Özellikle mevcut kira sözleşmesini sona erdirmeye imkânının bulunmadığı kira sözleşmelerinde bu durum daha sık yaşanmıştır. Bazı kiracılar ev sahibiyle sorun yaşamamak adına veya evden tahliye edilmesi durumunda çok daha fazla kira ödeme endişesiyle %25'ten fazla olan artışı kabul etmişlerdir. Taleplerinin kabul edilmemesi halinde ise kiraya verenlerin, şartları uygunsa TBK m. 344/III gereğince rayiç kira bedelinin tespitini istediği veya TBK m. 138 çerçevesinde kira bedelinin uyarlanması yoluna başvurmayı tercih ettiği görülmüştür. Söz konusu iki kurum öğretide ve özellikle uygulamada tartışılmaktadır. %25'lik kira artış sınırı düzenlemesi hâlihazırda uzatılmamış olsa da iki kurum arasındaki farkın belirlenmesi, somut uyuşmazlıklara uygulanabilecek hükümlerin tespiti noktasında önem arz etmektedir.

1. Rayiç Kira Bedelinin Tespiti İstemi

Türk hukukunda, sözleşme özgürlüğünün sınırları içerisinde kaldığı sürece taraflar, başlangıç kira bedelini serbestçe belirlemektedirler. Yenilenen kira dönemine ilişkin olarak belirlenecek bedel konusunda ise taraflar başlangıç kira bedelinin belirlenmesi kadar özgür hareket edememektedirler. Nitekim TBK m. 344 hükmü¹⁹ yenilenen kira dönemindeki bedelin tespitine ilişkin bazı kurallar içermektedir.

Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK m. 344/I-II hükmü ile TBK m. 344/III hükmü birbirinden farklı alanları düzenlemektedir.²⁰ Öncelikle

¹⁸ 01.07.2024 tarihinden sonra yenilenen sözleşmelerde bu yönde sınır bulunmamaktadır.

¹⁹ Çalışmanın devamında TBK m. 344/II çerçevesinde talep edilen hâkim müdahalesi kira bedelinin tespiti, TBK m. 344/III çerçevesinde talep edilen hâkim müdahalesi ise rayiç kira bedelinin tespiti olarak ifade edilecektir.

²⁰ İsviçre hukukunda kira bedelinin artırılması İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 269a, 269b ve 269c 'de düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemelere genel olarak bakıldığında mehzaz kanunda bu konunun Türk hukukuna göre farklı şekilde ele alındığı görülmektedir. Öncelikle İsviçre hukukunda taraflar, kira sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin bir endeksi takip edeceği yönünde anlaşma yapabilirler. Ancak bu anlaşmanın geçerli olması için kira sözleşmesinin en az beş yıllık süre için yapılmış olması ve takip edilecek endeks olarak ulusal tüketici fiyat endeksinin belirlenmiş olması gerekmektedir (OR Art. 269b). Bununla birlikte taraflar, kira bedelinin periyodik olarak artacağına ilişkin anlaşma yapabilirler. Ancak bu anlaşmanın geçerli olabilmesi için kira sözleşmesinin en az üç yıllık süre için yapılmış olması, kira bedelinin yılda bir defadan daha fazla arttırılmaması ve artışın İsviçre Frank'ı cinsinden yapılacağı belirtilmiş olması gerekmektedir (269c). Kiraya veren ve kiracı, kira bedelinin artışı yönünde anlaşma yapmak zorunda değildir. Bu durumda kiraya verenin kira bedelini tek taraflı artırımını gündeme gelir. Bu konuda düzenleme barındıran OR Art. 269d gereğince kiraya veren, sonraki kira döneminde geçerli olmak üzere tek taraflı olarak kira bedelini arttırabilir. Bu şekilde yapılacak bir artışın geçerli olması için bazı şartlar da aranmaktadır. Kiraya veren, Kantonlar tarafından belirlenen matbu formları kullanarak kiracının kira sözleşmesini sona erdirmeye ilişkin ihbar süresinin başlamasından en az on gün önce kiracıya bildirimde bulunmalıdır. Kiraya veren belirlenen bu matbu formları kullanmazsa, kira artış isteğini gerekçelendirmezse

TBK m. 344/I hükmü, tarafların yenilenen kira döneminde kira bedeline ilişkin anlaşmalarının, bir önceki yılın tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişimi oranını geçemeyeceğini ifade etmektedir. Bu oran geçilecek şekilde bir anlaşma yapılması durumunda ise belirtilen sınırı aşan kısım geçersiz kabul edilecektir. Söz konusu geçersizlik kısmi kesin hükümsüzlük olup, sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliğini korur.²¹ Bu durumda TBK m. 27/II c. 2 uygulama alanı bulmaz. Diğer bir ifadeyle kanunda belirtilen sınırı aşan ve dolayısıyla geçersiz sayılan kısım olmasa idi sözleşmenin hiç yapılmayacağı ileri sürülerek sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz hale getirilemez. Aksi bir yaklaşım, esas amacı kiracıyı korumak olan bu sınırlandırmanın anlamsız hale gelmesine neden olur. Bununla birlikte tarafların aralarında kararlaştırmış oldukları artış oranı, tüketici fiyat endeksinin on iki aylık ortalama değişim oranından daha düşük ise sözleşmede kararlaştırılan bu oran uygulanır.²²

Uygulamada çok sık rastlanmamakla birlikte taraflar, yenilenecek olan kira döneminde kira artış oranını belirlememiş olabilirler. Bu durumda yeni kira dönemine ilişkin kira bedelinin tespit edilmesi hâkimden istenebilir. Hâkim, TBK m. 344/II gereğince önceki kira yılının tüketici fiyat endeksi değişim oranını geçmemek üzere kiralananın durumunu da dikkate alarak hakkaniyete göre yeni dönemde geçerli olacak bedeli belirler. Diğer bir ifadeyle TBK m. 344/II'ye göre, hâkimin kira bedelini tespit etmesine yönelik takdir hakkının üst sınırını, bir önceki yılın tüketici fiyat endeksi değişim oranı oluşturmaktadır. Hâkim, kiralananın durumu daha fazla bir miktarı gerektirse dahi bu oran üzerinde bir artışa karar veremez.

Kiralananın rayiç bedel tespiti TBK m. 344/III çerçevesinde yapılmaktadır. Söz konusu hükümde “*Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmış yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir.*” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemede beş yıllık süre şartı bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle beşinci yıl kira döneminin sonunda, altıncı yıl kira dönemi için geçerli olacak olan rayiç kira bedelinin tespiti talep edilebilir. Nitekim kanun koyucunun amacı, sözleşmenin kurulmasından itibaren beş yıl geçmediği müddetçe rayiç kira bedelinin

veya yapmış olduğu bildirimde sözleşmeyi feshetme tehdidinde bulunur yahut sözleşmeyi feshederse kiraya veren tarafından yapılan terk taraflı artış geçersiz kabul edilir. Kiracı, OR Art. 270b ve devamı maddeleri gereğince kira artışlarına ve sözleşmede yapılan diğer tek taraflı değişikliklere itiraz edebilir.

²¹ Eren, 2023b, s. 414, Pn. 1360.

²² Seda Öktem Çevik, “Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi”, C. 24, S. 1, 2022, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 52.

tespitinin talep edilememesini sağlamaktır.²³ Dolayısıyla beş yıllık süre şartının hesabında dikkatli davranılması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki beş yıllık süre, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren hesaplanmaktadır.²⁴ Süreli olarak yapılan kira sözleşmesinin, TBK m. 347/I uyarınca birer yıl uzatılarak beş yılı doldurması durumunda beş yıllık süre şartı sağlanmış olur. Aynı şekilde beş yıldan uzun süreli olarak yapılan kira sözleşmesinde beşinci yılın bitiminde rayiç kira bedeli tespiti istenebilir.²⁵

Tarafların yeni bir kira sözleşmesi yapmaları durumunda beş yıllık sürenin hangi tarihten itibaren başlayacağı da üzerinde durulması gereken bir husustur. Yeni yapılan kira sözleşmesi önceki kira sözleşmesinin devamı niteliğinde ise beş yıllık sürenin, ilk sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren hesaplanması gerekir.²⁶ İkinci sözleşme ilk sözleşmenin devamı niteliğinde değilse beş yıllık süre, ikinci sözleşmenin yapıldığı tarihinden itibaren hesaplanmalıdır.

Rayiç kira bedelinin tespiti en erken beşinci yılın sonunda istenebilir ancak sonraki yıllarda talep edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.²⁷ Kanun koyucunun esas amacının rayiç kira bedeli tespitinin mutlaka beşinci yılın sonunda talep edilmesi değil, beş yıl geçmeden böyle bir davanın açılmamasının engellenmesi olduğu dikkate alındığında bu sonuca varılabilir. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasının üzerinden yedi yıl veya sekiz yıl geçmiş olsa dahi bir sonraki kira dönemi için rayiç bedelin tespiti istenebilir. Dikkat edilmesi gereken nokta, ilk rayiç kira bedeli tespitinin istenmesinden itibaren ancak beş yıl geçtikten sonra ikinci rayiç kira bedeli tespitinin istenebileceğidir. Örnek vermek gerekirse ilk rayiç kira bedeli tespiti sekizinci yıl sonunda talep edilmişse, ikinci rayiç kira bedelinin tespiti ancak on üçüncü yıl sonunda talep edilebilir.²⁸

Beş yıl geçmediği müddetçe rayiç kira bedelinin tespitinin talep edilememesi TBK m. 344/III'e göre talep edilebilecek tespitler

²³ Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, C. II, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 143.; Öktem Çevik, 2022, s. 68.; “...Kira sözleşmesinin imzalanmasından itibaren ki 4. dönem olup, hak ve nesafet dönemi başlamamıştır. TBK'nun 344. maddesinde belirtilen beş yıllık dönem geçmediğinden...12 aylık ÜFE endeksine göre kira tespiti yapılması gerekir...” Yargıtay 3. HD, E: 2017/2745, K: 2017/13776, T: 11.10.2017 (www.lexpera.com.tr) “...Kira bedelinin tespitine karar verilen 10/10/2015 tarihinden başlayan kira dönemi, beşinci yıldan sonraki kira dönemi olup kira bedelinin TBK 344/3. maddesine göre hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda rayiçe göre belirlenmesi gerektiği gözetilerek karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay. 3.HD, E: 2017/4515, K: 2018/11754, T: 20.11.2018 (www.lexpera.com.tr)

²⁴ İnceoğlu, 2014b, s. 140.; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 638-639.; Öktem Çevik, 2022, s. 67.; Özyakışır, s. 210.

²⁵ Öktem Çevik, 2022, s. 67.; Özyakışır, s. 210.

²⁶ İnceoğlu, 2014b, s. 143.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Akdi, “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde Sözleşme İlişkisi Devam Ederken Tarafların TBK m. 344 Hükmündeki Sınırlamayı Aşarak Belirledikleri Yeni Kira Bedeline Uygulanacak Hükümler”, C. II, S. 1, 2023, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 384 vd.

²⁷ İnceoğlu, 2014b, s. 143.; Öktem Çevik, 2022, s. 68.

²⁸ İnceoğlu, 2014b, s. 143.; Öktem Çevik, 2022, s. 68.

bakımındandır. Diğer bir ifadeyle TBK m. 344/II çerçevesinde kira bedelinin tespiti her zaman istenebilirken, TBK m. 344/III çerçevesinde rayiç kira bedeli tespiti en erken beşinci senenin sonunda istenebilir.

Türk Borçlar Kanunu m. 344/III'de belirtilen süre şartını sağlayan kira sözleşmelerinde hâkim, yeni kira yılında uygulanacak kira bedelini hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. Dolayısıyla taraflar beşinci yılın sonunda daha yüksek veya düşük oranda artış öngörmüş olsalar dahi hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların anlaşmasıyla bağlı olmayacaktır. Hâkim bu kararı verirken, tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamayı, kiralananın durumunu ve emsal kira bedellerini dikkate almalıdır.²⁹ Burada önem arz eden husus, hâkimin yeni kira dönemi için belirleyeceği miktarı takdir ederken tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranıyla bağlı olmamasıdır.³⁰ Eş anlatımla TBK m. 344/III uyarınca rayiç kira bedelinin tespitinin istenmesi halinde tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamaya göre değişim oranı, TBK m. 344/II'deki durumun aksine, hâkimin takdir yetkisinin üst sınırını oluşturamayacaktır. Hâkim, yeni kira dönemi için bu endeksi aşan oranda bir bedele karar verebilecektir.

TBK m. 344/III son cümle gereğince rayiç kira bedeli tespit edildikten sonraki kira dönemleri için kira bedeli, TBK m. 344/I-II hükmü gereğince yeniden belirlenebilir.

2. Kira Bedelinin Uyarlanması

Sözleşmelerin kurulduğu şekliyle ifa edilmesi *ahde vefa (pacta sunt servanda)* ilkesinin bir gereğidir. Buna göre sözleşmenin kurulması anında var olan koşullar sonradan ne kadar değişmiş olursa olsun taraflar üstlenmiş oldukları bu edimlerle bağlı kalmalı, başlangıçta belirlenen şartlara göre borçlarını ifa etmelidirler. Ahde vefa ilkesi borçlar hukukuna hâkim en temel ilkelerden olup, sözleşme ilişkisi içerisine giren kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından da son derece gereklidir. Ancak bu

²⁹ "... taşınmazın boş olarak yeniden kiralanması halinde getirebileceği kira parası bilirkişi marifetiyle belirlenerek, hakimce bu miktar göz önünde bulundurularak hak ve nesafete uygun bir kira parası takdir edilmelidir. Hak ve nesafete uygun kira belirlenirken en son ödenen aylık kira bedeline endekse (ÜFE) göre artış yapılarak belirlenen kiradan daha düşük olmayacak şekilde taşınmazın boş olarak yeniden kiraya verilmesi halinde getirebileceği brüt kira bedelinden, davalının eski kiracı olduğu gözetilerek hakkaniyete uygun bir miktarda indirim yapılması gerekmektedir..."., Yargıtay 3.HD, E: 2017/1502, K: 2017/1318 T: 14.02.2017. (www.lexpera.com.tr); Aynı yönde bkz. Yargıtay. 6. HD, E: 2014/10340, K: 2015/8216, T: 08.10.2015. (www.lexpera.com.tr); "... kiralananın boş olarak yeniden kiraya verilmesi halinde getirebileceği kira parasının belirlenmesi ve kiracının dava konusu dönemde kabul edip ödemekte olduğu bedelden aşağı olmamak üzere bilirkişi heyeti tarafından belirlenen kira bedelinden uygun bir hak ve nesafet indirimi yapılmak suretiyle, kira bedelinin tespitine karar vermek gerekirken..."., Yargıtay 3. HD, E: 2018/5773, K: 2018/12734, T: 12.12.2018. (www.lexpera.com.tr)

³⁰ TBK m. 344' ün gerekçesinde de maddede yapılan değişiklikten önceki haline uygun olarak hâkimin üçüncü fıkraya hükmü çerçevesinde belirleyeceği kira bedelinde üretici fiyat endeksindeki artış oranı (son değişiklik ile tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık değişim oranı olarak anlaşılmalıdır.) ile bağlı olmadığı belirtilmektedir.

ilkeye çok sıkı sıkıya bağlı kalmak, korunmak istenen taraf menfaatlerine aykırılık teşkil edebilmektedir.³¹ Dolayısıyla bu ilkenin yumuşatılması, sözleşme ilişkilerinin daha rahat kurulması ve devamını sağlayabilmek açısından önem arz etmektedir. Gerekli esnekliği sağlayabilecek, edimin ifa edilememe tehlikesini azaltarak kişilerin daha rahat sözleşme ilişkisi içerisine girmesini sağlayacak ilke, modern anlamdaki *Clausula rebus sic stantibus* ilkesidir.

Clausula rebus sic stantibus ilkesinin klasik (dar) ve modern (geniş) olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Klasik anlamda *clausula rebus sic stantibus* ilkesine göre; sözleşmenin kuruluşunda mevcut olan şartların sonradan değişmesi durumunda sözleşmenin sona ereceği kabul edilir.³² Diğer bir ifadeyle taraflar, ileride koşulların değişmesi halinde sözleşmenin sona ereceği kabulüyle sözleşme ilişkisi içerisine girmekte, bu konuda örtülü bir anlaşmaya varmaktadırlar.³³ Modern (geniş) anlamda *clausula rebus sic stantibus* ilkesi, klasik anlamdan farklı bir anlayış içermekte ve sözleşmenin kuruluşunda var olan koşulların değişmesi halinde sözleşmenin uyarlanabileceğini kural olarak kabul etmektedir. Günümüzde *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin modern anlamıyla kabul edildiği, bu ilkenin sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanabileceği anlamıyla kullanıldığı söylenebilir.³⁴ Nitekim klasik anlamdaki bir kullanımın, günümüz anlayışına uygun olduğu ileri sürülemez.³⁵ TBK m. 138 düzenlemesi de söz konusu ilkenin modern (geniş) anlamının kanunumuza bir yansımadır.³⁶

Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel hüküm olan TBK m. 138'in gerekçesinde, söz konusu hükmün ahde vefa ilkesinin bir istisnası olan *işlem*

³¹ Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 29.; Eleanor Cashin-Ritainé, "Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar", Çev.Başak Baysal, C. LXIII, S. 1-2, 2005, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 326.; Özyakışır, s. 232.; *Clausula rebus sic stantibus* ilkesinin sözleşmede açıkça gösterilmesinin gerekmediği, bu ilkenin TMK m. 2' ye dayanılarak sözleşmenin örtülü içeriğine dahil olduğu yönünde bkz. Hüseyin Hatemi / K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 66.

³² Kemal Tahir Gürsoy, Hususi Hukukda *Clausula Rebus Sic Stantibus* (Emprevizyon Teorisi), Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950, s. 11.; Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 52.; Jacques Bischoff, *Vertragsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1983, s. 175

³³ Dural, s. 29.

³⁴ Bischoff, s. 31.; Orkun Tat, Eser Sözleşmesinde Beklenmedik Hâller (Mücbir Sebepler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024 s. 99.

³⁵ M. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 204, Pn. 611.

³⁶ Güncel olarak İsviçre Borçlar Kanunu' nda sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Eser sözleşmesine ilişkin OR Art 373/II hükmü, kıyasen diğer sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulmaktadır.

temelinin çökmesine³⁷ ilişkin olduğu ve uyarılama isteminin temelinde dürüstlük kuralının yattığı belirtilmiştir.

Ahde vefa ilkesi ile *clausula rebus sic stantibus* ilkesi birbirini tamamlayan ilkelerden olup, bir sözleşme ilişkisinde birlikte uygulanmalıdırlar.³⁸ Sözleşme ilişkisine giren taraflar, bir yandan sözleşmeyle üstlenmiş oldukları edimlere bağlı kalmalarının gerektiğinin ve sözleşmede kararlaştırılan hükümler çerçevesinde hareket etmek zorunda olduklarının bilincinde olmalı diğer yandan ise sözleşme yapılırken var olan koşullarda sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle edimin ifasının aşırı güçleşmesi durumunda uyarılamanın söz konusu olabileceğini dikkate almalıdırlar. Ancak gerekçede de belirtildiği üzere, sözleşmeye bağlılığın esas, uyarılamanın istisna olduğu gerçeği de yapılan değerlendirmede gözden uzak tutulmamalıdır.

3. TBK m. 138 ve TBK m. 344/III Arasındaki İlişki Çerçevesinde Kira Bedelinin Uyarlanması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 138, önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bulunmayan yeni bir düzenlemedir. Söz konusu hüküm tarafların yapmış oldukları sözleşmenin belirli koşullar dahilinde değiştirilebilmesine veya duruma göre sona erdirilebilmesine olanak sağlamaktadır.³⁹ Zira başlangıçta sözleşme kurulurken göz önünde

³⁷ İşlem temeli teorisi Alman hukuku kaynaklı bir teori olup BGB §. 313' de düzenlenmektedir. Adı geçen hükümde “sözleşmenin temelini oluşturan koşullar sözleşmenin imzalanmasından sonra önemli ölçüde değişirse ve taraflar bu değişikliği öngörebilmiş olsa idi sözleşmeyi hiç yapmayacak veya farklı şartlar altında yapacak idi iseler ve tarafların birinden sözleşmenin bu şekliyle ifa edilmesi somut olayın özellikleri, yasal ve akdi risk dağılımı göz önünde bulundurulduğunda beklenemez ise sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir” şeklinde düzenleme yer almaktadır. İkinci fıkraya göre ise sözleşme temelinde sonradan meydana gelen yanılmanın sözleşme koşullarındaki değişikliklerle eşdeğer olduğu ifade edilmektedir. Eş anlatımla Alman hukukunda işlem temeli teorisi sözleşmenin kuruluşundaki temel yanılmasını ve sözleşmenin temeli olan koşullarda meydana gelen sonraki değişiklikleri kapsamaktadır. Türk hukukunda ise sözleşmenin kuruluşundaki yanılma TBK m. 32 çerçevesinde yanılma hükümlerinin uygulanmasını sağlar.; Rona Serozan/ Başak Baysal/ Cem Sanlı, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 8.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 362.; Alman hukuku kaynaklı bu teoriye göre işlem temeli; sözleşme içeriğinde yer almamakla birlikte sözleşmenin kurulması anında taraflarda ortak olarak bulunan veya karşı tarafta bilinmesine rağmen itiraz edilmeyen ve sözleşme yapma iradesine etkide bulunan hususlara ilişkin düşüncelerdir., Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, 3.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 53, Pn. 115.; Arat, 2006, s. 58.; Zafer Kahraman, Beklenmedik hâller ve Hukuki Sonuçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, s. 180-181.; Seçkin Topuz, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 79.

³⁸ Tat, s. 20.

³⁹ Yeni borçlar kanununda bu yönde bir düzenleme yapılmadan önce TBK m. 480/II' nin eski hali olan BK m. 365/II' nin kıyas yoluyla diğer sözleşmelere de

bulundurulmuş şartlar, daha sonra meydana gelen olaylar nedeniyle değişmekte ve edimin ifası aşırı zorlaşmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kurulması esnasında var olan edimler arası denge, daha sonra önemli ölçüde bozulmaktadır. Nitekim TBK m. 138'in işlevi de burada ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin uyarlanması imkânını getiren TBK m. 138 hükmünün esas amacı, taraflar arasında bozulan edim dengesini tekrar sağlamaktır.⁴⁰

TBK m. 138 ile TBK m. 344/III hükmü arasındaki ilişkiye temel olarak iki görüşle yaklaşılabilir. İlk görüş çerçevesinde şu şekilde değerlendirme yapmak mümkündür:

TBK m. 138'de borçlunun uyarlama talep edebilmesi için bir süre şartı öngörülmemektedir. Uyarlamanın şartları arasında zaman bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak rayiç kira bedelinin tespiti ile kira sözleşmesinde bedelin uyarlanması birlikte değerlendirildiğinde süre şartı önem arz etmektedir. TBK m. 344/IV' de yabancı para borçlarına ilişkin kira sözleşmelerinde 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla beş yıl geçmedikçe bedel konusunda bir değişiklik yapılamayacağı, ancak TBK m. 138 hükmünün saklı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle yabancı para üzerinden akdedilen kira sözleşmelerinde beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaması esas kural olsa da aşırı ifa güçlüğü'nün varlığı halinde süre şartı dikkate alınmayarak TBK m. 138 gereği kira bedelinde uyarlama mümkün görülmektedir. Hükmün zıt anlamından Türk lirası esas alınarak yapılan kira sözleşmeleri bakımından bu yönde bir istisnanın tanınmadığı sonucuna varmak mümkün görünmektedir. Eş anlatımla Türk lirası üzerinden yapılan bir kira sözleşmesinde süre şartı dikkate alınmaksızın TBK m. 138 çerçevesinde uyarlama yapma imkânı düzenlenmediğinden⁴¹, dolayısıyla bu durumda kanun boşluğundan değil kanun koyucunun konuyu olumsuz şekilde sonuca bağladığından söz edilebilir. Bu gerekçeyle birlikte TBK m. 344 hükmünün, TBK m. 138 hükmüne nazaran daha özel bir alanı düzenleme altına aldığı ve bu çerçevede bir süre şartı getirdiği, bu nedenle

uygulanabileceği kabul edilmekteydi. Ancak bu kabul, günümüz için geçerliliğini yitirmiştir., Baysal, s. 311, Pn. 707.

⁴⁰ “... Uyarlama davalarında amaç taraflar arasındaki sözleşmenin ayakta tutulması ile gerçekleşen olağanüstü durumlar karşısında başlangıçta var olan edimler arasındaki adaletin yeniden tesis edilmesidir... Uyarlama davasından beklenen, sözleşmenin gerçekleşen olağanüstü duruma rağmen koşulların değiştirilmesi ile ayakta tutulmasıdır...”, Yargıtay 3.HD, E: 2021/3452, K: 2021/6001, T: 04.06.2021 (www.lexpera.com.tr)

⁴¹ “... Yasa koyucu TBK.'nun 344.maddesindeki düzenlemeyi kabul eder iken beş yıllık süre içinde tarafların hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına göre katlanamayacakları koşulların doğabilmesi ihtimalini göz önünde bulundurmuş ve TBK.'nun “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138. maddesinin uygulanabilmesini yalnızca sözleşmede kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılmış olması halini düzenleyen TBK.'nun 344/4.maddesinde açık bir şekilde atfta bulunmak suretiyle yalnızca kira bedelinin yabancı para olarak belirlenmesi haline hasretmiş, üçüncü fıkrada ise TBK.'nun 138.maddesine herhangi bir atfta yer vermemiştir...” Bursa BAM 4. HD, E: 2023/2787, K: 2023/3085, T: 28.12.2023 (www.lexpera.com.tr)

kira bedelinin uyarlanması konulu uyuşmazlıklarda TBK m. 344'ün öncelikle dikkate alınması gerektiği savunulabilir.⁴²

İkinci görüş çerçevesinde ise şu şekilde değerlendirme yapmak mümkündür:

Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükmü genel bir uyarlama hükmüdür. Olağanüstü durumların varlığı halinde bozulan edim dengesinin tekrar sağlanması amacını güder. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nda⁴³ sözleşme taraflarının beş yıllık süre içinde dürüstlük ve hakkaniyet kurallarına göre katlanmaları kendilerinden beklenmeyecek durumların meydana gelebileceği dikkate alınmıştır. Tasarı ve Rapor'da yabancı parayla belirlenen kira bedelinin yer aldığı maddenin son fıkrasında, TBK m. 138'e gönderme yapılmıştır. Kanun koyucunun yabancı parayla belirlenen kira sözleşmelerinde olağanüstü durumların meydana gelebileceğini dikkate alıp, Türk lirasıyla belirlenen kira sözleşmeleri bakımından bu yönde bir düzenleme yapmamasının gerekçesi bulunmamaktadır. Ancak yabancı para bakımından tarafların katlanamayacakları bazı durumların meydana gelebileceğini düşünen kanun koyucu, Türk lirası cinsinden belirlenen kira sözleşmesinde benzer bir sonucun doğabileceğini öngörmemiş midir? Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, Türk lirası cinsinden akdedilen kira sözleşmeleri bakımından beş yıllık süre içerisinde olağanüstü bir değişiklik meydana gelse de genel hüküm olan TBK m. 138'e göre uyarlama talep edilemeyeceğini mi ifade etmek istemektedir? Türkiye'de ortalama 10-15 senede bir ekonomik sorunların gündeme geldiği ve kanunun yapıldığı tarihten henüz on yıl önce ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nun meclise sunulduğu 22.01.2008 tarihinden yedi yıl önce hükümet değişikliğine neden olabilen ciddi bir buhran, diğer bir ifadeyle 2001 Krizi, yaşandığı göz önünde bulundurulduğunda kanun çalışmalarının ve kanunun yapıldığı dönemde enflasyon ortamının bulunmadığı veya ülkenin bu kavrama yabancı olduğu söylenemez.⁴⁴ Yabancı para borçlarında bu durumun ayrıca

⁴² Yargıtay'da son zamanlarda vermiş olduğu bir kararında TBK m. 344 hükmünün özel bir uyarlama hükmü niteliğinde olduğunu, ekonomik sebeplerin varlığı durumunda genel uyarlama hükmü niteliğindeki TBK 138'in değil, daha özel düzenleme olan TBK m. 344'ün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. "Kira sözleşme süresinin kısa veya uzun süreli veya belirsiz süreli olmasının bu yeni düzenlemeye (TBK hükümlerine) göre kira belirlemede aralarında bir fark kalmamış olup sözleşmenin kurulması sonrasında ekonomik faktörlerdeki olumlu veya olumsuz değişiklikler ile rayiç kira artışları ve kiralananın durumuna ilişkin müspet veya menfi değişimlerin açılacak kira belirleme talepli davada değerlendirileceği TBK m. 344 düzenlemesinde belirtilmiştir. Bu hüküm özel bir uyarlama hükmü niteliğinde olup yeni dönemde fiyat artışlarına bağlı enflasyon, fiyat endeksindeki artışlar, paranın satın alma gücünde meydana gelen değişimleri de kapsamına aldığından bu sebeplerin varlığı halinde kiranın belirlenmesinde genel uyarlama hükmü olan TBK m. 138 değil daha özel bir düzenleme olan 344'üncü maddesinin uygulanması gerekir." Yargıtay 3.HD, E: 2023/2580, K: 2024/792, T: 27.02.2024 (www.lexpera.com.tr); Aynı önde bkz. Bursa BAM 4. HD, E: 2023/2787, K: 2023/3085, T: 28.12.2023 (www.lexpera.com.tr)

⁴³ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), T: 22.01.2008

⁴⁴ Kanun koyucunun Türk lirası üzerinden belirlenen kira sözleşmelerinde aşırı ifa güçlüğü durumu yaşanabileceğini göz ardı etmiş olduğu ancak yabancı para

belirtilip Türk lirası cinsinden kurulan sözleşmelerde belirtilmemesinin nedeninin, Türk lirası cinsinden kurulan sözleşmelerde bu yola gidilebileceği konusunda şüphe duyulmaması olduğu düşünmekteyiz.⁴⁵ Bununla birlikte kanun koyucunun beş yıllık süre içerisinde olağanüstü bir durum meydana gelse dahi genel hükümlere göre uyarlama yoluna gidilmesini önleme amacı güttüğü sonucuna varılmaz. Zira sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ve öngörülemeyen olağanüstü bir durum, kiracının edim değerinin çok azalmasına, değersizleşmesine neden olabilir ve edimler arası denge ciddi şekilde bozulabilir.⁴⁶ Kanun koyucunun böyle bir duruma cevaz vermesi beklenemez. Aynı zamanda öngörülemeyen olağanüstü bir durum meydana gelmesine rağmen sırf süre şartına dayalı olarak sözleşmenin bir tarafını aşırı ifa güçlüğü içerisinde bırakmak hakkaniyetli bir yaklaşım olamaz.

Diğer bir ihtimal olarak kanun koyucu, bedeli Türk lirası olarak belirlenen kira sözleşmesinin yeri geldikçe TBK m. 344/I-II çerçevesinde güncellenebileceğinden hareket ederek uyarlama imkânını öngörmek istememekte midir? Bu soruya da olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira TBK m. 138 hükmü normal seyri içerisinde devam eden sözleşmelere müdahale imkânı tanımaz. TBK m. 344/I-II düzenlemeleri, yenilenen kira dönemlerine ilişkin kira artışlarına yöneliktir. Ani ve öngörülmez şekilde meydana gelen olağanüstü değişikliklerde bu hükümlere göre bozulan edim dengesini tekrar sağlamak mümkün değildir. Dolayısıyla TBK m. 344/I-II hükümleri uyarınca yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin değişmesi, olağanüstü durumlarda gereksinim duyulabilen bedel artırımını ihtiyacını karşılamakta yetersiz kalabilir.

İlk görüşe karşı ileri sürülebilecek diğer bir husus TBK m. 138 çerçevesinde yapılabilecek uyarlamanın sadece bedel artırımıyla sınırlı

üzerinden belirlenen kira sözleşmelerinde TBK m. 138 hükmünün istisna tutulmasından Türk lirasıyla belirlenen kira sözleşmelerinde aşırı ifa güçlüğüne uygulanmayacağı sonucunun çıkarılmayacağı, kanun koyucunun o dönemdeki düşüncesinin kira bedelinin enflasyon nedeniyle taraflardan biri aleyhine değer kaybettiği zamanlarda beş yıldan önce de aşırı ifa güçlüğüne başvurulabileceği olduğu yönünde bkz. Özlem Sarı Fidan, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Hukuki Sınırlamalar Karşısında Kira Bedelinin Uyarlanması Davasının Değerlendirilmesi”, C. 32, S. 2, 2024, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 604-605.

⁴⁵ “...TBK'nın yürürlüğe girmeden önce de Yargıtay sözleşmenin uyarlanmasını bazı koşullarda kabul etmekte idi. Özellikle yabancı para borçlarında dövizin hızla artması halinde uyarlama davalarının kimi zaman kabul edildiği bilinmektedir...”, Yargıtay 15. HD, E: 2016/2389, K: 2017/4092, T: 22.11.2017 (www.lexpera.com.tr); Yabancı para bakımından TBK m. 138 hükmünün istisna tutulmasının sebebi, döviz cinsinden veya dövize endekli olarak kararlaştırılan sözleşmelerde tarafların aslında para değerinin düşmesine-yükselmesine (yaşanabilecek değer artışından faydalanmaya) karşı kendilerini koruyucu önlemler aldığı, risk paylaşımında buldukları ve özellikle ülkenin içerisinde bulunduğu durum itibarıyla öngörülmezlik şartının sağlanmaması nedenlerine dayalı olarak döviz cinsinden kurulan sözleşmelerde uyarlama taleplerinin daha zor kabul edilmesinde yatmaktadır. Kanun koyucunun bu hükümle şartların sağlanması halinde uyarlama imkânının gündeme gelebileceğini özellikle vurgulamak istediği düşünülebilir.

⁴⁶ Eren, 2023a, s. 551-552, Pn. 1495

olmamasıdır. Sözleşme süresinin uzatılması, kısaltılması, edim kapsamında değişiklik, ifa yerinin değiştirilmesi gibi uyarılama çeşitleri gündeme gelebilir.⁴⁷ Dolayısıyla ilk görüş kabul edilecek olursa bedel artırımını ileri sürülerek uyarılama talebinde bulunulamayacak ancak bedel artırımını dışındaki uyarılama talepleri için TBK m. 138 hükmü işlevini sürdürecektir. Uyarılama çeşitleri arasında bu şekilde bir ayırımın kabul edilmesi mümkün görülmemelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 138, olağanüstü durumların varlığı halinde uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Adı geçen hükmün özel bir borç ilişkisine uygulanmasını engelleyebilmek için bu durumun açıkça yasaklanmış olması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim TBK m. 344/IV çerçevesinde yabancı para üzerinden belirlenen kira sözleşmelerinde ifayı güçleştiren olağanüstü durumlar pekâlâ Türk lirası üzerinden belirlenen kira sözleşmelerinde de gündeme gelebilir. Yakın zamanda yaşanan pandemi⁴⁸ sebebiyle sözleşmelerde ifanın güçleşmesi durumu, bunun en açık örneğidir. Zira tüm dünyada patlak veren bu salgın, kira sözleşmeleri başta olmak üzere neredeyse bütün hukuki ilişkiler üzerinde olumsuz etkiler yaratmıştır. Benzer bir örneğin ileride yaşanmayacağı düşünülemez. Dolayısıyla yukarıdaki ilk yorum benimsenerek TBK m. 138 uygulaması devre dışı bırakılacak olursa telafisi güç durumlar doğabilir. Böyle bir hale örnek vermek gerekirse; dünyada yaşanan ikinci bir salgın, doğal afet, savaş gibi durumlar nedeniyle ekonomik bazı sorunlar meydana gelirse Türk lirası üzerinden belirlenen kira sözleşmelerinde bir uyarılama söz konusu olamayacak, ancak yabancı para üzerinden belirlenen kira sözleşmelerinde bu mümkün olacaktır. Aynı sebebe dayalı ikili bir sonucu kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Uygulama açısından kiraya verenlerin TBK m. 138 çerçevesinde uyarılama yoluna başvurularının sıklığının nedeninin, TBK m. 344/III kapsamında rayiç kira bedelinin tespitinde belirtilen beş yıllık süre şartını sağlayamamaları olduğu gözlemlenmektedir. Diğer bir ifadeyle beş yıl boyunca rayiç kira bedelinin tespitini talep edemeyecek olan kiraya veren,

⁴⁷ Çiğdem Kırca “Uyarılama”, 2021, s. 92, Pandeminin (Covid-19’un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi, ed. Çiğdem Kırca/ Tülay Karakaş.; Kahraman, s. 377.; Bu durumda hâkim, taleple bağlılık ilkesi gereğince farklı bir uyarılama şekline karar vermemelidir. Uygulamada sık rastlanmamakla birlikte istenilen uyarılama türü belirtilmeden talepte bulunulmuş olması halinde ise hâkim, davayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, uyarılama talep eden davacı taraftan ne şekilde uyarılama talep ettiğine ilişkin açıklama yapmasını istemelidir. Öğretide Gümüş, hâkimin davacının talep ettiği uyarılama çeşidiyle bağlı olmadığını, hâkimin takdir yetkisini kullanarak sözleşme niteliği ve durum-şartları göz önünde bulundurarak uyarılama şeklini kendisinin belirleyebileceğini ve taleple bağlılık ilkesinin (HMK m. 26) uygulanmayacağını ifade etmektedir., Mustafa Alper Gümüş, Teorisiyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m. 138), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 498-499.

⁴⁸ Koronavirüs pandemisi, 17 Kasım 2019 tarihinde Çin’in Vuhan kentinde ortaya çıkan bir virüs salgınıdır. Bu virüsün ülkemizde tespit edilen ilk vakıası, Sağlık Bakanlığı tarafından 11 Mart 2020’de açıklanmıştır. Bu tarihten itibaren tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çok sıkı tedbirler alınmış ve bu tedbirler ülke ekonomisini olumsuz yönde etkilemiştir.

kanunda yer alan başka bir hükümle bu sonuca varmaya çalışılmaktadır. TBK m. 344/III' de belirtilen süre şartı kiracıyı koruyucu, kiracının lehine bir düzenlemedir. Kiraya verenin istisnai olan TBK m. 138' e başvurarak uyarılma talep etmesi, kiracının lehine olan bu düzenlemeyi bertaraf edebilecek niteliktedir. Diğer bir ifadeyle TBK m. 344/III'ün kiracıyı koruma özelliği, TBK m. 138 ile ortadan kaldırılabilir. Zira TBK m. 344/III ile TBK m. 138, temelde aynı amaca, kira bedelinin artırılmasına yönelik sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla bu durum *kanuna karşı hile* değerlendirmesine neden olabilecek mahiyettedir. Zira kanunun açıkça yasakladığı bir sonuca yine kanunda yer alan farklı bir maddeyle ulaşılmaya çalışılması söz konusu olacaktır. Beş yıl geçmedikçe kiralananın rayiç kira bedelinde değişiklik yapılamaması nedeniyle TBK m. 138 kullanılarak bu hükmün arkasından dolanılmasının önüne geçilmesinin yolu, Türk parasıyla belirlenen kira sözleşmelerinin uyarlanması imkânını kapatmak değildir. Nitekim bir şeyin yanlış kullanımını onun doğru kullanılmayacağına argüman teşkil etmez (*abusus non tollit usum*). Burada yapılması gereken şey; TBK m. 138'in şartlarını çok sıkı denetlemek, özellikle öngörülebilir veya öngörülmesi gereken olaylarda uyarlamaya imkân tanımamaktır. Nitekim son yıllarda ülkemizde yaşanan ekonomik kriz aşikârdır. Dolayısıyla bugün düşük bedelle bir kira sözleşmesi yapan kiraya veren, gelecek sene ekonomik krizi ileri sürerek uyarılma talep edememelidir. Ancak öngörülemeyen başka bir olayın aniden meydana gelmesi veya öngörülenden aşırı derecede fazla olumsuz sonuç doğuran bir olayın varlığı halinde uyarılma imkânı kabul edilmelidir. Bu anlayış kiraya verenin TBK m. 138'i kullanarak keyfi olarak kira bedelini artırılmasının önüne geçilmesi bakımından yerinde olacaktır.

Tüm bu nedenlerden dolayı ikinci görüş çerçevesinde yapılan değerlendirmenin daha yerinde bir yaklaşım olabileceğini düşünmekteyiz.

Türk Borçlar Kanunu m. 138'e göre kira bedelinin uyarlanabilmesi için yerine getirilmesi gereken bazı şartlar bulunmaktadır. Buna göre öngörülemeyen veya öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir olay meydana gelmeli, bu olağanüstü olay edimin yerine getirilmesini son derece güçleştirmeli, olağanüstü olayın ortaya çıkması taraflara yükletilememeli, olağanüstü olay alacaklıya bildirilmeli, alacaklı ve borçlu arasında borçlunun olağanüstü olay nedeniyle doğan haklarından vazgeçtiğine ilişkin anlaşma bulunmamalı ve son olarak borçlu borcunu henüz ifa etmemiş olmalıdır. Bu şartların her birinin üzerinde durmak çalışma konumuzun sınırlarını aşmaktadır. Ancak kira sözleşmesi çerçevesinde ve özellikle ekonomik sebeplere bağlı uyarılma bakımından önem arz eden bazı şartlara değinmek yerinde olacaktır. Bu anlamda kira sözleşmesi bakımından öngörülemeyen veya öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir olay meydana gelmesi, olağanüstü olayın edimin yerine getirilmesini son derece güçleştirmesi ve borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş olmaması şartları üzerinde durulacaktır.

a. Öngörülemeyen veya Öngörülmesi Beklenmeyen Olağanüstü Olay Meydana Gelmeli

Olağanüstü bir olayın meydana gelmesi borçlunun uyarılma talep edebilmesi için gereken ilk şarttır. Nitekim bu durum TBK m. 138'de

“ *taraflarca öngörülmeven ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü durum*” şeklinde ifade edilmektedir.

Olağanüstü olay, mücbir sebep ve beklenmedik hal kavramlarının sınıflandırılması bakımından öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.⁴⁹ Olağanüstü olayın (*Ausserordentliche umstände*) bünyesinde mücbir sebebi (*Höhere Gewalt*) ve beklenmedik hali (*Zufall*) barındırdığı ve bu iki kavramdan daha geniş olduğunu düşünmekteyiz.⁵⁰ Diğer bir ifadeyle mücbir sebep ve beklenmedik hal, olağanüstü olayın birer türü olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda mücbir sebep veya beklenmedik hal sayılabilen bir olay sözleşmenin uyarlanmasına neden olur.

Olağanüstü olay kavramından genellikle, meydana gelen olayın toplumun büyük bir kesimini etkisi altına alan olaylar anlaşılmaktadır. Zira çoğu zaman birçok olağanüstü olay toplum geneline yönelik sonuç doğurmaktadır. Ancak bir olayın olağanüstü olay olarak kabul edilebilmesi için toplum genelinin o olaydan fiilen etkilenmesi şart değildir.⁵¹ Diğer bir ifadeyle sadece sözleşme tarafları bakımından meydana gelen bir olay da olağanüstü sayılabilir. Bu nedenle olağanüstü olay olma durumu, taraflara isnat edilemeyen, onlara yabancı olan, tarafların kontrolleri dışında meydana gelen olaylar olarak değerlendirilmelidir.⁵²

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bir olayın olağanüstü sayılabilmesi için o olayın taraflarca öngörülememesi gerekmektedir. Bir olayın öngörülememesinden, salt olarak olayın öngörülememesi değil aynı zamanda meydana gelen olayın sözleşmeye olan

⁴⁹ Bu görüşler için bkz. Tat, s. 69, dn. 230.

⁵⁰ Eren, 2023b, s. 674-675, Pn. 2260.; Hayrunnisa Özdemir, Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Ücret Ödeme Borcu, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 56.

⁵¹ Arat, 2006, s. 103.; Özyakışır, s. 239.; Öğretide Baysal, meydana gelen olayın olağanüstü olma koşulunun tekrar düzenlenmesi gerektiğini ifade ederek, toplumu doğrudan etkilemeyen ancak sözleşme tarafları bakımından büyük zarar doğurabilecek olayların varlığı halinde uyarılmanın söz konusu olabileceğini belirtmektedir., Baysal, s. 249-250, Pn. 571-572.; Aynı yönde bkz. Ümmühan Kaya, “Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülmezlik İlkesi”, C.22, S. Özel Sayı, 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan- MÜHFHAD, s. 1582.; Sarı Fidan, 2024, s. 610.

⁵² Öğretide Gauch, Türk Borçlar Kanunu m. 480/II’ye karşılık gelen İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 373/II çerçevesinde yapmış olduğu değerlendirmede, sözleşme taraflarının üstlenmiş oldukları koşulları dışında meydana gelen bu tür durumların her zaman OR m. 373/II kapsamında olağanüstü durumlar olduğunu ifade etmektedir., Peter Gauch, Der Werkvertrag, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel, 2011, s. 433, Pn.1094.; Öğretide Eren, taraf davranışları dışında meydana gelen olayları, olağanüstü olay olarak değerlendirmektedir., Eren, 2023b, s. 674, Pn. 2260.; Gümüş, sözleşme taraflarını etkileyen, genele yayılmamış, bölgesel, taraflara özgü, özel, ancak objektif nitelikteki durum değişikliklerinin uyarlamaya imkân verebileceğini, zira uyarılma bakımından önem arz eden hususun meydana gelen objektif durum değişikliğinin beklenilmezliği olduğunu, bu anlamda objektif durum değişikliği meydana getiren ve işlem temelinin çökmesine neden olan olayların olağanüstü nitelik taşıyıp taşımadığının uyarılma bakımından önem arz etmediğini ileri sürmektedir., Gümüş, s. 134.; Benzer yönde bkz. Serozan/ Baysal/ Sanlı, s. 372.

etkisinin ve sonuçlarının öngörülmezliği de anlaşılmalıdır.⁵³ Diğer bir ifadeyle taraflar, olağanüstü olayları öngörmüş ve dikkate almış ancak meydana gelen olay, göz önünde bulundurulması mümkün olmayan genişlikte sonuçlara sebebiyet vermişse sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

Genel olarak üzerinde durulan bu şartın kira sözleşmesi bakımından görünümünü, çalışmamızla ilgisini dikkate alarak özellikle ele almak gerekmektedir. Kira bedelinin uyarlanabilmesi için gerekli olan ilk şart, sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülemeyen veya öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir olayın meydana gelmesi ve bu olayın sözleşmedeki edimler arasındaki dengeyi bozmasıdır. Konumuz bakımından esas odak nokta bu olağanüstü olay kapsamına özellikle son yıllarda yaşanan ekonomik sorunların dahil olup olmayacağıdır. Nitekim meydana gelen olağanüstü olayın öngörülebilir olduğunun tespit edilmesi halinde sözleşmenin uyarlanması söz konusu olmayacaktır.

Hangi olayların öngörülmez olduğuna yönelik kesin ölçütler belirlemek mümkün değildir. Ancak bazı yardımcı kriterler dikkate alınarak meydana gelen olayın öngörülmez nitelikte olup olmadığı tespit edilebilir. Sözleşmenin kurulma zamanı, yeri, süresi, gibi hususlar öngörülmezlik değerlendirilmesi yapılmasında dikkate alınabilir.

Sözleşmenin kurulma zamanı ve yeri, uyarlama kurumunun başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Zira sözleşme yapılırken üstlenilen edimler, sözleşmenin kurulduğu zaman ve yerdeki hukuki, sosyal ve ekonomik koşullarla doğrudan bağlantılıdır. Örnek vermek gerekirse enflasyonun yüksek seyrettiği yerlerde taraflar paranın değerinin düşüşüne yönelik daha fazla tedbir alma eğiliminde bulunurlar. Bu eğilim ise ileride meydana gelen olayların öngörülebilirliğinin tespit edilebilmesi ve uyarlamanın gündeme gelip gelmemesi bakımından sonuç doğurur.

Sözleşmenin kurulduğu zaman ve yerdeki ülke ekonomisi, bu bağlamda para politikaları ve enflasyon, siyasi buhranlar, mevzuat değişiklikleri, savaş, salgın hastalıklar, dünya konjonktürü ve bunun ülkeye olan etkisi gibi birçok faktör bir olayın öngörülmezliğini engelleyebilir.

Kira bedelin uyarlanmasını talep eden kiraya veren, uyarlama şartlarının yerine geldiğini ispatlamalıdır. Bu nedenle kiraya veren, bedelin uyarlanmasını gerektiren olayın öngörülmez olduğunu ispatlamalıdır. Ancak Türkiye açısından meydana gelen ekonomik sorunların öngörülmez olduğunu ileri sürmek her zaman mümkün değildir. Nitekim Türkiye'nin ekonomik geçmişi göz önünde bulundurulduğunda yaklaşık 10-20 senelik periyotlarda ekonomik sorunların gündeme geldiği söylenebilir.⁵⁴ 1946

⁵³ Özdemir, 2018, s. 57.; Arat, 2006, s. 105.; Baysal, s. 256, Pn. 585.; R. Tamer Pekdinçer/ İrem Toprakkaya Babalık, "Korona Virüs Salgının Sözleşmelere Etkisi, İfa İmkansızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarlama", 2020, s. 317, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ed. Muhammet Özekes.

⁵⁴ "...Bilindiği gibi, Türkiye Ekonomisinin alınan tedbirlere rağmen istikrarlı bir duruma gelmediği bilinen bir gerçektir. 1 Temmuz 1944 tarihinde Uluslararası Para Fonu'nun kurulmasından sonra ülkeler paralarını Amerikan dolarına göre tanımlamışlar, gerçekçi bir kur politikası arayışı içinde Türk lirası 7 Eylül 1946'da ABD doları karşısında % 50

yılında yaşanan ikinci dünya savaşı ve etkileri, 1958 yılında borç erteleme yoluna başvurulması ve devalüasyon kararı alınması, 1974 yılında yaşanan Kıbrıs Barış Harekatı nedeniyle uygulanan ambargo, 1994'te yaşanan hiperenflasyon, 2001 ve 2008 yılı krizleri, 2018 yılında başlayan ve 2020 yılından itibaren günümüze kadar çok ciddi etkilerini gösteren yüksek enflasyon, Türk lirasının diğer dünya para birimleri karşısında yaşadığı büyük değer kayıpları gibi sadece başlıcaları belirtilen bu olaylar ne kadar sıklıkla ekonomik problemler yaşandığını göstermektedir.

Sözleşmenin kurulduğu yer ve zamanda yaşanan bu türdeki ekonomik problemler, kiraya verenin sözleşmenin kurulmasından sonra yaşanan olayların öngörülmez olduğu iddiasını yersiz kılabilir. Dolayısıyla kiraya verenin sözleşmenin uyarlanması için gerekli olan bu şartı sağlayabilmesi her zaman mümkün değildir. Ancak bu ekonomik sorunların taraflarca göz önünde bulundurulmasına rağmen, meydana gelen olayın sözleşmeye etkisinin öngörülenden aşırı derecede fazla olması ve diğer şartların da

oranında devalüe edilerek bir ABD doları 280 kuruş olmuştur (Tokgöz, E.: Türkiye'nin İktisadi Gelişme Tarihi, Ankara 2001, s. 121). 16.07.1958 tarihinde yapılan büyük çaptaki kur ayarlaması ile bir ABD dolarının değeri 260 kuruştan 980 kuruşa çıkarılmış, Türk parasının değeri ABD dolarına göre aşırı derecede düşürülmüş, bu uygulama yıllar boyunca devam etmiştir. 10.8.1970 tarihinde yeni bir devalüasyon kararı alınarak Türk parasının değeri yabancı paralar karşısında % 66 oranında düşürülmüş, bir dolar 15TL olmuştur. Bu uygulama ile, başta yabancı paralar olmak üzere, kira bedelleri, her çeşit işçilik, malzeme ve mamul eşya fiyatları aşırı derecede artmış, enflasyon yıllar itibarıyla üç haneli rakamlara ulaşmış, günlük ve gecelik faizler düşürülmeyecek kadar artmıştır. Nitekim, 24 Ocak 1980'de yürürlüğe konan "İstikrar Tedbirleri"ne rağmen ekonomi tarihimizde ilk kez 1946'da % 104 olan üç rakamlı enflasyon, 1980'de % 107 olmuştur. Bu nedenle 1980 yılında 35TL'den 77,5TL'ye çıkarılan dolar kuru, 1981 yılında ikinci kez yapılan % 100'e yakın bir ayarlama ile 142TL'ye çıkarılmıştır. Bu devalüasyon kararından sonra Bakanlar Kurulu, 27 Ocak 1984 tarihinde Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na (TCMB) TL'nin dolar karşısında % 13,6 oranında devalüe edilmesini onaylamıştır. 5 Nisan 1994 tarihinde bilinen ekonomik kararlar alınmıştır. Bu kararlar sonucunda borsalar, para piyasaları, banka kredi faizleri aşırı derecede artmış; Ocak 1994 ayına göre yabancı paralardaki artış % 250-% 300'lere ulaşmıştır. TCMB Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değer kaybının engellenmesi ve yükselen enflasyonun düşürülmesi amacıyla, 10 Aralık 1999 tarihinde, "Döviz Çıptasına Dayalı İstikrar Programı"nı açıklamış; ancak 27 Kasım 2000 tarihinde bankacılık sisteminden kaynaklanan kriz nedeniyle, repo faizleri ve iç faizler rekor düzeyde yükselmiştir. Krizin giderek derinleşmesi sonucu döviz piyasalarından kaynaklanan Şubat 2000 krizi yaşanmış, ekonomideki bu açmazlar sonucunda hisse senedi borsaları çökmüş, bankalara Devlet el koymak zorunda kalmıştır. Türkiye İMF'ye başvurarak ekonomisine bir yön vermeye çalışmıştır. TCMB ciddi para politikalarına yönelmiş, 21 Şubat 2001 tarihinde "Döviz Çıptasına Dayalı Sabit Kur" dan dalgalı kura geçilmek suretiyle doların, faizin, enflasyonun aşırı artmasına engel olmaya çalışılmıştır...günümüz ülke koşullarında ilerleyen yıllarda dövizde ödeme güçlüğü doğuracak dalgalanmalarla karşılaşabileceğini de öngörebilir durumdadır...", Yargıtay HGK, E: 2017/515, K: 2019/1233, T: 28.11.2019 (www.lexpera.com.tr) . ; "...Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşmamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir...", Yargıtay HGK. E: 2014/1614, K:2014/900, T:12.11.2014 (www.lexpera.com.tr)

varlığı halinde uyarılma talep edilebilir.⁵⁵ Zira bu durumda artık meydana gelen olayın sözleşmeye olan etkisi bakımından bir öngörülmezlik söz konusudur.

Meydana gelen olayın öngörülmez olup olmadığının tespitinde dikkate alınabilecek diğer bir kriter sözleşmenin süresidir.⁵⁶ Sözleşme süresinin kısalığı veya uzunluğu meydana gelen bir olayın öngörülmez olup olmadığının belirlenmesinde yardımcı bir kriterdir.⁵⁷ Bu anlamda sözleşme süresinin kısalığı halinde meydana gelen olayın öngörülme ihtimalinin fazla, uzunluğu halinde ise öngörülme ihtimalinin az olacağı kabul edilmektedir.⁵⁸

Yüksek enflasyonun olduğu ve Türk lirasının sürekli bir surette düşüş yaşadığı bu dönemde, kira sözleşmesi yapan tarafların kira bedeli konusunda daha özenli ve öngörülü davranmaları gerektiği bir gerçektir. Örnek vermek gerekirse 2022 yılında iki yıl süreli kira sözleşmesi yapan kiraya veren, belirlenecek kira bedelinin belirli bir süreden sonra enflasyon karşısında değer kaybı yaşayabileceğini göz önünde bulundurmalıdır. Bu örnekte ileride açılması muhtemel bir uyarılma davasında kiraya verenin, meydana gelen ekonomik problemlerin öngörülmez olduğunu ileri sürmesi dikkate alınmamalıdır. Sözleşmeyi etkileyecek olağanüstü olayın öngörülmesine rağmen hareketsiz kalınması ve tedbir alınmaması uyarılma talebini engeller.⁵⁹ Ancak taraflarca durum öngörülmüş, tedbir alınmış fakat buna rağmen meydana gelen olay sözleşmeye öngörülenden fazla etkide bulunmuş ve edimler arasındaki dengeyi önemli ölçüde bozmuş ise diğer şartların da varlığı halinde uyarılma gündeme gelebilir.⁶⁰ Diğer bir ifadeyle belirli bir oran vermek mümkün olmamakla birlikte, olağanüstü olay

⁵⁵ Sarı Fidan, 2024, s. 616.

⁵⁶ *"...Sözleşmenin kurulması sırasında tarafların sözleşmeyi uzun süreli yapmalarına ilişkin birleşen amaç ve iradeleri hiçbir zaman gözden kaçırılmaması gereken vazgeçilmez bir olgudur. Gerçekten de uzun bir süreyle kira akdine bağlanmış kiracı ve kiralayanın hak ve vebcibelerini, kısa süreli kira sözleşmesinin tarafları ile bir konumda görmenin sözleşme serbestisi ilkesine, adalet ve mantık kurallarına aykırı olacağına duraksamaya yer olmamalıdır..."*, Yargıtay 6. HD, E: 2015/3046, K: 2016/7488, T: 27.01.2016 (www.lexpera.com.tr)

⁵⁷ Bu sonuç, kısa süreli sözleşmelerin uyarlanmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Süre kriteri, kısa süreli sözleşmelerde meydana gelen olayın uzun süreli sözleşmelerde meydana gelen olaylara nazaran daha öngörülebilir olduğuna işaret edebilir. Ancak sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre sonra meydana gelen öngörülmez bir olay da sözleşmenin uyarlanmasına neden olabilir.; Sözleşmenin süresi ile öngörülmezlik arasında mutlak gerekli bir bağlantı olduğunun söylenemeyeceği yönünde bkz. Gauch, s. 430, Pn. 1081.

⁵⁸ Kısa süreli sözleşmelerde tahmin imkânının arttığı, uzun süreli sözleşmelerde ise tahmin edilmezliğin arttığı yönünde bkz. Kahraman, s. 353.; Pekdiğer/Toprakkaya Babalık, 2020, s. 317.

⁵⁹ Hasan Erman, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 78.; Gürsoy, s. 108.; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 241.; Cem Baygın, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 68; Damla Gürpınar, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 125-126.

⁶⁰ Sarı Fidan, 2024, s. 616.

öngörülerek alınan tedbir ile olağanüstü olayın meydana getirdiği sonuç arasında önemli derecede farklılığın olması gerekir. Nitekim öngörülen ve bu konuda tedbir alınan hemen hemen her olayda, bu olayın sözleşmeye olabilecek etkisi dikkate alınır ve buna ilişkin koruyucu düzenlemeler sözleşmede yapılır. Bu düzenlemeler ise genellikle uyarılama hükmü şeklinde sözleşmede yer alır ve dolayısıyla taraflar arasında riskin paylaşımı gündeme gelir.

Hâkim uyarlamaya karar verirken tarafların risk paylaşımında bulunduğunu gözden uzak tutmamalı, tarafların aralarında yapmış oldukları risk paylaşımını anlamsız hale getirir müdahalelerden kaçınmalıdır. Özellikle işlem temelini çökmesi söz konusu değilse uyarılama kabul edilmemelidir. Örnek vermek gerekirse %40'larda seyreden enflasyonist ortam dikkate alınarak sözleşme bedelinde bir önceki yıla oranla %50 zam yapılmış ancak devam eden süreç içerisinde enflasyon %200 seviyesine gelmiş ise uyarılama gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda meydana gelen olayın sonuçları bakımından bir öngörülmezlik söz konusudur. Ancak enflasyon %60-70 aralığında kalmış ise alınan tedbirle meydana gelen sonuç arasında önemli farklılık olmadığından uyarılama talebi reddedilmelidir.

Kira bedelinin yabancı para cinsinden kararlaştırılmış olduğu durumlarda ise daha çok kiracı sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunmaktadır. Ancak bu durumda sözleşme bedelinin uyarlanmasına karar verilebilmesi için meydana gelen olağanüstü olayın sözleşmeye etkisi, tarafların öngördüklerinden çok daha fazla olmalıdır. Zira taraflar yabancı para cinsinden bir borç kararlaştırarak bir nevi para değerinde yaşanabilecek olan düşüşlere (yaşanabilecek değer artışından faydalanmaya) karşı tedbir almakta, ekonomik sorunları göz önünde bulundurmaktadırlar. Dolayısıyla esasen ortada öngörülemez bir olayın meydana gelmesi söz konusu değildir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında ülkede ekonomik krizlerin zaman zaman yaşandığını ve bu anlamda döviz üzerinden yapılan borçlanmalarda işlem temelini çökmesinden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir.⁶¹ Ancak bazı ekonomik hususlar göz önünde bulundurulmuş ve bunlara karşı tedbir alınmış olmasına rağmen sonradan meydana gelen olayın yaratmış olduğu etkinin öngörülenden aşırı olması durumunda uyarılama kabul edilmelidir. Tarafların öngörülü davranarak sözleşmede kendilerini koruyucu tedbirlere başvurmaları, salt bu nedenle uyarılamanın reddine neden olmamalıdır.

⁶¹ Yargıtay HGK, E: 2017/515 E, K: 2019/1233, T: 28.11.2019 (www.lexpera.com.tr) ; Yargıtay HGK, E: 2017/2308 E, K: 2021/994 K, T: 14.09.2021 (www.lexpera.com.tr) ; “...Ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vukuu bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığına da toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından bilinen bir olgu olduğu, davacının, bu riski önceden öngörebilecek durumda olmasına rağmen dövizle kredi kullanma yolunu tercih etmiş bulunduğu, buna göre işlem temelini çökmesinden bahsetmenin olanaklı olmadığı...”, Yargıtay 13. HD, E: 2018/2556, K: 2019/9872, T: 14.10.2019 (www.lexpera.com.tr); Yargıtay 13. HD, E: 2016/22815, K: 2019/3924, T: 25.03.2019, (www.lexpera.com.tr); Yargıtay HGK, E: 2017/515, K: 2019/1233, T: 28.11.2019. (www.lexpera.com.tr); Yargıtay HGK, E: 2017/2308, K: 2021/994 K, T: 14.09.2021 (www.lexpera.com.tr)

b. Edimin Yerine Getirilmesinin Son Derece Güçleşmesi

Uyarlama talep edebilmenin diğer şartı, sözleşme kurulurken mevcut olan şartların meydana gelen olağanüstü olay nedeniyle değişmesi ve bu değişime rağmen borçludan borçlanmış olduğu edimi aynı şekilde ifa etmesini beklemenin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmasıdır.

Sözleşmenin kurulması esnasında taraflar mevcut koşulları dikkate alarak edimleri arasında bir denge oluştururlar. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olağanüstü olaylar, sözleşmenin başlangıcında var olan dengeyi önemli bir şekilde etkilemişse bu şartın varlığından bahsedilebilir.⁶²

Edimin yerine getirilmesinin son derece güçleşmesi şartı bakımından dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, Türk ve İsviçre hukukunda eser sözleşmesi bakımından kabul edilen, uyarlama talep edenin kâr edemeyecek olması düşüncesiyle uyarlama yoluna başvurusudur. TBK m. 138'in özel bir düzenlemesi olan TBK m. 480/II gereğince de uyarlamanın amacı, uyarlama talep edenin zarar görmemesini veya kâr elde etmesini sağlamak değildir.⁶³ Aynı esaslar kira sözleşmesi bakımından da kabul edilmelidir. Girişilen sözleşme ilişkisinde tarafların mutlaka kâr elde etmesi gerektiği şeklinde bir anlayış bulunmamaktadır. Taraflar sözleşme ilişkisi nedeniyle zarar edebilirler. Uyarlamayla varılmak istenen sonuç, bozulan edim dengesinin taraf menfaatlerine uygun şekilde düzeltilmesidir.⁶⁴ Bu nedenle kiraya verenin artan enflasyon nedeniyle kâr elde edememesine dayalı uyarlama talebi kabul edilmemelidir.

Sözleşme ilişkileri kendi bünyesinde katlanılması gereken risk faktörleri barındırırlar. Dolayısıyla meydana gelen olağanüstü olayın doğurmuş olduğu sonuç, uyarlama talep edenin katlanması beklenen risk derecesini önemli derecede aşmış olmalıdır.⁶⁵ Sözleşme koşullarında meydana gelen değişikliğin meydana getirdiği sonuç, üstlenilmesi gereken risk derecesinin altında kalıyorsa uyarlama gündeme gelmemelidir. Günümüz kira sözleşmelerinin uyarlanması talepleri göz önüne alındığında çoğu kiraya veren, elde ettiği kira bedelinin emsallerinin altında olması nedenine dayalı olarak uyarlama talebinde bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle edimin yerine getirilmesinin son derece güçleşmesinden dolayı değil, kâr elde edememe düşüncesine dayalı olarak kira bedelinde artış talep

⁶² Gürsoy, s. 91.; Özyakışır, s. 245.

⁶³ Gaudenz G. Zindel/ Bertrand G. Schott, "Art 373", 7. Baskı, 2020, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 373, Pn. 28, Basler Kommentar, ed. Corinne Widmer Lüchinger/ David Oser.; Gauch, *Werkvertrag*, s. 441, Pn. 1115.; Theodor Bühler, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, C.5, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998, Art. 373, s. 377, Pn. 41.; Gümüş, s. 209.; Hayrunnisa Özdemir, "Eser Sözleşmesi", Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 624. ed. M. Turgut Öz.

⁶⁴ Felix Huber/ Niklaus Schwendener, Der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer, 2. Baskı, Zürich-Basel-Genf, 2005, Art. 373, s. 1071, Pn. 7.; Bühler, Art. 373, s. 377, Pn. 41.; Zindel ve Schott, 2020, Art. 373, Pn. 28.

⁶⁵ Arat, 2006, s. 114.; Serozan/ Baysal/ Sanlı, s. 372.

edilmektedir. Sonuç olarak bu nedene dayalı uyarlama taleplerinin reddedilmesi gerekmektedir.

c. Borçlunun Borcunu Henüz İfa Etmemiş Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 138'de borçlunun borcunu ifa etmemiş veya aşırı ifa güçlüğünden doğan haklarını saklı tutarak ifada bulunmuş olması, sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilmek için aranan diğer bir şarttır.

Öğretide bu konuda farklı görüşler de bulunmaktadır.⁶⁶ Öğretide ağırlıkta olan görüş, uyarlama talep edebilmek için edimin ifa edilmemiş veya çekince sürülerek ifa edilmiş olmasını aramaktadır. Buna göre edimin ifa edilmiş veya çekince sürülmeksizin ifa edilmiş olması halinde, borçludan edimin ifasının halen beklenebilir olduğu ve uyarlama ihtiyacı hissedilmediği sonucuna varılacağı ifade edilmektedir.⁶⁷ Aynı zamanda edimin ifa edilmiş olması halinde borcun sona ereceği ve sözleşmenin ortadan kalkacağı, ortadan kalmış sözleşmenin ise uyarlanmasının mümkün olmayacağı yine bu görüş taraftarlarınca belirtilmektedir.⁶⁸

Edimin ifa edilmemiş veya çekince sürülerek ifa edilmiş olmasının bir istisnası Covid-19 salgını sırasında kiralarını peşin ödeyen kiracıların, kiralarını taksit halinde ödeyen kiracılardan daha kötü duruma düşmemesi, küresel çapta meydana gelen salgının sözleşmeler üzerinde doğurduğu olumsuz etkinin öngörülmesinin çok zor olması ve bu nedenle ihtirazi kayıt koyulmasının mümkün olmaması gerekçeleriyle öğretide bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir.⁶⁹ Dikkat edilmesi gereken nokta, bu durumun çok istisnai hallerde ve kiracının talep edebileceği uyarlama çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Kiraya verenin kira bedelinin uyarlanmasını talep ettiği bir durumda edimin ifa edilmemiş veya çekince ileri sürerek ifa edilmiş olmasının şart olduğunu düşünmekteyiz. Kira sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliği olduğu düşünüldüğünde kiraya veren, en azından henüz yerine getirmemiş olduğu borcunu aşırı ifa güçlüğünden doğan hakkını saklı tutarak ifa edebilir. Zira kiraya verenin kira sözleşmesinden doğan borcu, kiralanana sözleşmede belirtilen kullanım amacına uygun bir şekilde kiracıya teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmaktır (TBK m. 301). Bu anlamda kiraya veren, meydana gelen olağanüstü olay nedeniyle, kiracının kararlaştırılan bedelle kiralanana kullanmasının kendisi için aşırı ifa

⁶⁶ Görüşler için bkz. Tat, s. 160, dn. 583.

⁶⁷ Bischoff, s. 219.; Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 580.; Doruk Gönen, İnşaat Sözleşmelerinde Bedel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 90.; Gürpınar, s. 150.

⁶⁸ Bischoff, s. 220.; Arat, 2006, s. 123.; Eren, 2023b, s. 420, Pn. 1377.; Gürpınar, s. 150.

⁶⁹ Ayşe Arat, "Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri", 2020, s. 445-446, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ed. Muhammet Özkes.; Fatih Gündoğdu/ Nihal Ural, "Koronavirüs (Covid 19) Tedbirlerinin Kira Sözleşmelerine Etkisi", 2020, s. 378-379, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ed. Muhammet Özkes.

güçlüğü yarattığını ve bundan doğan haklarını saklı tuttuğunu kiracıya bildirmelidir. Aksi bir tutum kiraya veren karşısında daha zayıf konumda olan kiracının korunması gerekliliğine aykırılık teşkil etmeye çok müsait bir imkân yaratmaktadır. Nitekim özellikle konut kiralari çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında bu sonuç daha açık görünecektir. Herhangi bir çekince ileri sürmeksizin edimini ifa eden kiraya veren, kira bedelinde artış yapabilmek için uyarlama imkânını kiracı üzerinde bir nevi zorlama aracı olarak kullanabilecektir. Kiraya verenin, yapılan sözleşme gereğince edimini ifa etmiş ve hatta karşı edimi de elde etmeye başlamış olmasına rağmen kiracının her an bedelin değişebileceği belirsizliği altında kalması veya uyarlama davası gündeme getirilerek muhtemel yargılama giderleriyle kiracının tedirgin edilmesi yerinde görülmemelidir.

Esas olanın sözleşmeye bağlılık, istisna olanın ise sözleşmenin uyarlanması anlayışı olduğu her daim göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesine mümkün oldukça riayet edilmesi, aynı zamanda hukuki işlem güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir. Zira sözleşme ilişkisinde olan taraflar, çekincesiz olarak yerine getirilen edimlerle ilgili olarak belirsizlik içerisinde bulunmamalıdır. Kanun koyucunun da madde metninde uyarlama şartlarından biri olarak edimin ifa edilmemiş olmasını araması, bu yönde yapılan yorumu destekler niteliktedir. Bununla birlikte sözleşmenin uyarlanması istisnai nitelikte olduğundan, istisnaların dar yorumlanmasından hareket edilerek uyarlama talep edilebilmesi için edimin ifa edilmemiş veya çekince sürülerek ifa edilmiş olma şartının aranması gerektiği ifade edilebilir.

B. KİRA BEDELİNİN UYARLANMASINDA YENİDEN MÜZAKERE

Meydana gelen olağanüstü hâl ve bunun meydana getirdiği ekonomik sonuçların kiraya veren tarafından kiracıya bildirilmesi gerekmektedir. Bu şart TBK m. 138' in koşulları arasında yer almamakla birlikte dürüstlük kuralına dayalı olarak kabul edilmektedir.⁷⁰

Bir eser sözleşmesinde yüklenicinin aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlama yoluna başvurmadan önce işverene yaptığı bildiriminde, yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte, yeniden müzakere teklifinde bulunması

⁷⁰ Bildirim yapılması şartına her durumda sıkı sıkıya bağlı kalmak, bazı adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Nitekim bazı meydana gelen olaylar ve sonuçları deyim yerindeyse, izahtan varestedir. Tüm dünyayı etkisi altına alan salgın, bölgede cereyan eden bir savaş, karışıklık, ülke çapında alınan grev kararı gibi olaylar bu duruma örnek olarak verilebilir. Ancak bu tür olayların tümünde bildirim yapılmasına gerek olmadığı şeklinde bir sonuca varmak mümkün değildir. Nitekim kiracı meydana gelen olayı bilmesine rağmen bu olayın sözleşmeye olan etkisini, özellikle kiraya verenin içerisine düştüğü ifa güçlüğü bilmek durumunda değildir. Dolayısıyla her somut olayın özelliği çerçevesinde değerlendirme yapılmalı meydana gelen bir olayın ve bunun sözleşmeye olan etkilerinin karşı tarafça bilindiği veya bilinmesi gerektiği sonucuna ulaşılabileceği halinde bildirim yapma koşuluna sıkı sıkıya bağlı kalınmamalıdır.

gerektiği haklı olarak öğretilerde kabul edilmektedir.⁷¹ Aynı gerekçeler kira sözleşmesinde yapılması istenen uyarlamada da kabul edilebilir.

Yeniden müzakere, kira bedelinin uyarlanması bakımından bir başlangıç noktası olabilir.⁷² Taraflar bir araya gelerek gerçek menfaatlerine uygun bir noktada buluşabilirler ve hâkimden uyarlama talep edilmesine gerek kalmaksızın çözüme ulaşabilirler. Uyarlama talep etmek isteyen tarafın sözleşmenin karşı tarafını müzakereye davet etmesinin temelinde dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Yeniden müzakereler ciddi ve özenli bir şekilde gerçekleştirilmeli⁷³, uyarlamanın geciktirilmesi veya zora sokulması için kullanılmamalıdır.⁷⁴

Nitekim günümüzde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁷⁵ m. 18/B,1, a bendi dikkate alındığında kiralananın ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler saklı kalmak üzere kira ilişkisinde doğan uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle yeniden müzakere teklifi yapılmaya dahi, uyarlamaya dayalı dava açmadan önce taraflar arabulucu önünde bir araya gelerek uzlaşmaya çalışacaklardır. Dolayısıyla taraflar iradi olarak müzakere teklifinde bulunmasalar dahi, kanuni bir zorunluluk olarak dava şartı arabuluculuk yoluyla bir araya gelerek uyuşmazlığı dava konusu yapmadan önce çözmeye çalışacaklardır. Tarafların dava şartı arabuluculuk yoluna başvurmadan önce yeniden müzakere teklifinde bulunması ve gerektiğinde ihtiyari arabuluculuk yoluyla çözüme ulaşmaya çalışmaları da sorunun hızlı ve taraf menfaatlerine uygun şekilde çözülmesine katkı sağlayabilir.

SONUÇ

Kira sözleşmesi devam ederken kira bedelinde değişiklik yapılabilmesinin iki önemli yolu bulunmaktadır. Uyarlamanın genellikle bedel artırımı şeklinde yapıldığı dikkate alındığında, bunlardan ilki genel

⁷¹ Özdemir, 2018, s. 67.; Gürsoy, s. 173.; Baygın, s. 90.; Öğretilerde Gümüş, müzakereye davetin külfet olmadığını ancak külfet olarak kabul edilse dahi, buna uyulmamasının TBK m. 136/III gereği tazminat borcu doğurmayacağını, ancak uyarlama yapılırken taraf menfaatlerinin gözetilmesinde müzakere teklifinde bulunmayan tarafın menfaatinin daha az dikkate alınabileceğini ifade etmektedir. Gümüş, s. 474-475.;

⁷² Başak Baysal/ Murat Uyanık/ Selim Yavuz, “Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler”, 2020, s. 273, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ed. Muhammet Özekes.

⁷³ Valentin Monn, Die Verhandlungsabrede, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2010, s. 365-366, Pn. 956 ve 958.

⁷⁴ Öğretilerde Kahraman da müzakereye davet edilen tarafın müzakere katılmaması veya müzakereleri kötüye kullanması halinde dava masraflarını veya uyarlamanın geciktirilmesi nedeniyle meydana gelen zararları karşılaması gerektiğini belirtmektedir., Kahraman, s. 373-374.

⁷⁵ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, RG, T. 22.06.2012, S. 28331.

hüküm olan TBK m. 138 gereğince kiraya verenin kira sözleşmesinin uyarlanmasını talep etmesidir. İkinci bir yol ise TBK m. 344/III'ün sunmuş olduğu imkân gereğince rayiç kira bedelinin tespitinin istenmesidir.

Rayiç kira bedelinin tespitinin talep edilebilmesi için söz konusu hükümde yer alan süre şartının gerçekleşmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kira sözleşmesinin kurulmasından itibaren beş yıl dolmadığı müddetçe rayiç kira bedelinin tespiti istenemez. Bu nedenle özellikle süre şartını sağlayamayan çoğu kiraya veren, ülkede yaşanan ekonomik problemleri gerekçe göstererek kira bedelinin artırılmasını talep etmeye çalışmaktadır. Müzakere yoluyla istediklerini elde edemeyen veya kira ilişkisinin sona erdirilmesine olanak sunan imkânları bulunmayan çoğu kiraya verenin, TBK m. 138 hükmünden faydalanarak kira bedelinin artırılmasını talep ettikleri gözlemlenmektedir.

Bu konuya temelde iki görüş çerçevesinde yaklaşılabilir. İlk görüşün bakış açısı şu şekilde özetlenebilir: TBK m. 344/IV'de yabancı para üzerinden akdedilen kira sözleşmelerinde TBK m. 138 saklı tutulmaktadır. Ancak benzer bir düzenleme Türk lirası esas alınarak kurulan sözleşmeler bakımından söz konusu değildir. Dolayısıyla TBK m. 344/IV'ün zıt anlamından kanun koyucunun söz konusu durumu olumsuz bir şekilde düzenlemek istediği sonucuna varılabilir. Ayrıca TBK m. 344/III hükmünün, TBK m. 138'e göre daha özel bir uyarlama hükmü olduğu ve kira bedelinin uyarlanması bakımından TBK m. 344/III hükmünün öncelikli olarak uygulama alanı bulması gerektiği ileri sürülebilir.

Daha yerinde olduğu düşünülen ikinci görüş ise şu şekilde özetlenebilir: Yabancı para üzerinden kurulan kira sözleşmelerinde aşırı ifa güçlüğü doğabileceğinin öngörülmesi, Türk lirası cinsinden kurulan kira sözleşmelerinde genel hükümlere göre uyarlama imkânının kaldırması için yeterli değildir. Nitekim yabancı para borçları bakımından edimler arasındaki dengenin bozulması ve ifanın güçleşmesi durumları Türk lirası için kurulan sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Rayiç kira bedelinin tespiti isteminde aranan beş yıllık süre şartı, kira ilişkisi içerisinde zayıf konumda görülen kiracının korunması amacını taşımaktadır. TBK m. 344/III'de belirtilen beş yıllık süre şartının TBK m. 138 hükmü kullanılarak bertaraf edilmeye çalışılmasının engellenmesi yolu, TBK m. 138 çerçevesinde uyarlama şartlarının sıkı bir şekilde denetlenmesinden geçmektedir. Özellikle öngörülen veya öngörülmesi gereken olağanüstü olaylar bakımından uyarlama talebinin reddedilmesi gerekmektedir. Bu durum, öngörülen ekonomik sorunlara rağmen uyarlama imkânı kullanılarak kiracının lehine olan beş yıllık süre şartının bertaraf edilmesini engellemekte önemli bir rol oynar.

Sözleşmenin uyarlanması yoluyla kira bedeli artırımının söz konusu olabilmesi için TBK m. 138'de belirtilen şartların birlikte gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Birinin dahi somut uyuşmazlıkta bulunmaması, uyarlama talebini engeller. Kira bedelinin uyarlanmasında en önemli şartlardan biri, öngörülemeyen veya öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir olayın meydana gelmesidir. Günümüz kira bedeli uyarlama davalarında bu şartın sağlanması çok zor görünmektedir. Zira sözleşmenin yapıldığı tarih ve yere bağlı olarak ekonomik problemler, yüksek enflasyon, para değerinde yaşanan düşüşlerin öngörülemediğinin ispat edilmesi güç olup, Yargıtay'ın

yerleşik içtihatları da bu tür taleplerin reddi yönündedir. Ancak meydana gelen olağanüstü olayın sözleşmeyi beklenenden fazla etkilemesi, edimler arasındaki dengeyi aşırı bozması durumunda, olağanüstü olayın sonuçları bakımından öngörülmezlik ileri sürülerek uyarılma gündeme gelebilir.

Çalışma kapsamında üzerinde durulan diğer bir şart ise edimin yerine getirilmesinin son derece güçleşmiş olmasıdır. Bu konuda net bir ölçüt vermek mümkün olmamakla birlikte borçludan borçlanmış olduğu edimi değişen şartlara rağmen aynı şekilde talep etmenin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturması halinde bu şartın yerine geldiği söylenebilir. Dikkat edilmesi gereken husus, kiraya verenin kâr elde edemeyecek olması düşüncesiyle uyarılma yoluna başvurma halidir. Böyle bir durumda uyarılma talebinin reddedilmesi gerekmektedir

Kiraya verenin kira bedelinin uyarlanmasını talep edebilmesi için gereken diğer bir şart, edimini ifa etmemiş veya çekince sürerek ifa etmiş olmasıdır. Kira sözleşmesinin sürekli borç doğurma niteliği de dikkate alındığında kiraya veren, uyarılma talep edebilmek için henüz yerine getirmemiş olduğu edimler bakımından aşırı ifa güçlüğünden doğan hakkını saklı tutarak ifade bulunmalıdır.

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olağanüstü olaylar nedeniyle yaşanan aşırı ifa güçlüğüne aşılmada sözleşme taraflarının bir araya gelerek uzlaşmaya çalışması yerinde olur. Uyarılma talep etmek isteyen kiraya verenin içerisinde bulunduğu durumu kiracıya bildirmesi gerekmektedir. Kiraya verenin yapacağı bu bildirimde, kanuni bir zorunluluk olmamakla birlikte, yeniden müzakere teklifinde bulunması, sorunun daha hızlı ve taraf menfaatlerine uygun bir şekilde çözülmesi bakımından yerinde olur. Ancak bu yönde bir teklifte bulunulmasa dahi mahkeme kanalıyla uyarılma talep edilmeden önce 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/B,1, a bendi gereğince dava şartı arabuluculuk yoluyla taraflar çözüme ulaşabilirler.

KAYNAKÇA

- Acar F, Kira Hukuku Şerhi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Akdi M, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinde Sözleşme İlişkisi Devam Ederken Tarafların TBK m. 344 Hükmündeki Sınırlamayı Aşarak Belirledikleri Yeni Kira Bedeline Uygulanacak Hükümler", C. 11, S. 1, 2023, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 377-402.
- Aral F / Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021
- Arat A. "Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri", 2020, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ed. Muhammet Özkes, ss. 441-450.
- Ayşe A, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006 (2006)
- Baygın C, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999
- Baysal B / Uyanık M / Yavuz S, "Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler", 2020, s. 273, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ed. Muhammet Özkes, ss. 393-410.
- Baysal B, Sözleşmenin Uyarlanması, 3.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Bischoff Jacques, Vertragsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1983.
- Bühler Theodor, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, C.5, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998.
- Cashin-Ritainne Eleanor, "Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar", Çev.Başak Baysal, C. LXIII, S. 1-2, 2005, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ss. 321-342.
- Dural M, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (2023a)
- Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2023 (2023b)
- Erman H, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Gauch Peter, Der Werkvertrag, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel, 2011.
- Gaudenz G. Zindel / Bertrand G. Schott. "Art 373", 7. Baskı, 2020, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 373, Pn. 28, Basler Kommentar, ed. Corinne Widmer Lüchinger/ David Oser.
- Gönen D, İnşaat Sözleşmelerinde Bedel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Gümüş M A, Teoriyle ve Yargıtay Uygulamasıyla Sözleşmenin Uyarlanması (TBK m. 138), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Gündoğdu F / Ural N, "Koronavirüs (Covid 19) Tedbirlerinin Kira Sözleşmelerine Etkisi", 2020, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ed. Muhammet Özkes, ss. 363-392.

Gürpınar D, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.

Gürsoy K T, Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Teorisi), Güneş Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950.

Hatemi H / Gökyayla, K E, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Higi Peter / Bühlmann Anton / Wildisen Christoph, Zürcher Kommentar- Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253- 273c OR), Art. 253- 265 OR, 5. Baskı, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2019.

Huber Felix / Schwendener Niklaus, Der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer, 2. Baskı, Zürich-Basel-Genf, 2005.

İnce A N / Özyakışır Ö, “Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi”, C. 11, S. 2, 2021, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 725-770.

İnceoğlu M, Kira Hukuku, C. I, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014. (2014a)

İnceoğlu M, Kira Hukuku, C. II, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014. (2014b)

Kahraman Z, Beklenmedik hâller ve Hukuki Sonuçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.

Kırca Ç, “Uyarılama”, 2021, s. 92, Pandeminin (Covid-19’un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi, ed. Çiğdem Kırca/ Tülay Karakaş, ss. 57-97

Monn Valentin, Die Verhandlungssabrede, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2010.

Oğuzman M K / Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.

Öktem Ç S, “Türk Borçlar Kanunu m. 344 Uyarınca Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin Temel Esasların Değerlendirilmesi”, C. 24, S. 1, 2022, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 39-77.

Özdemir H, “Eser Sözleşmesi”, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 624. ed. M. Turgut Öz. (2023)

Özdemir H, Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ücret Ödeme Borcu, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018. (2018)

Özyakışır Ö, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Pekdinçer R T / Toprakkaya B İ, “Korona Virüs Salgının Sözleşmelere Etkisi, İfa İmkansızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarılama”, 2020, s. 317, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu, ed. Muhammet Özokes, ss. 303-322.

Permann Richard, “Art. 253”, 4. Baskı, 2023, OFK- Orell Füssli Kommentar-Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/ Marc Amstutz/ Roland Fankhauser, ss. 782-863.

Sarı F Ö, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Hukuki Sınırlamalar Karşısında Kira Bedelinin Uyarılması Davasının Değerlendirilmesi”, C. 32, S. 2, 2024, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ss. 599-632. (2024)

Sarı F Ö, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedeli Artış Oranının Belirlenmesine İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi”, S. 1, 2023, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss. 345-380. (2023)

Serozan Rona / Baysal B / Sanlı C, Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 8.Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Tandoğan H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Tat O, Eser Sözleşmesinde Beklenmedik Hâller (Mücbir Sebepler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.

Topuz S, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Türkmen A / Huysal S A, “6098 Sayılı Kanun Geçici Madde 1 ile Getirilen Kira Bedelinde %25’lik Artış Sınırlamasına Aykırılığın Sonuçları Üzerine Değerlendirmeler”, Lexpera Blog. Bkz. (<https://blog.lexpera.com.tr/6098-sayili-kanun-gecici-madde-1-ile-getirilen-kira-bedelinde-25lik-artis-sinirlamasina-aykirligin-hukuki-sonuclari-uzerine-degerlendirmeler/#fn9>), (s.e.t. 10.07.2024)

Ümmühan K, “Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülmezlik İlkesi”, C.22, S. Özel Sayı, 2016, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan-MÜHFHAD, ss. 1569-1593.

Yavuz C / Acar F / Özen B, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Zevkliler A / K. Emre G. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

YENİ BİR ERGİNLİK TÜRÜ: “DİJİTAL ERGİNLİK”

A New Type of Maturity: “Digital Maturity”

Dr. Öğr. Üyesi Pınar AKTAŞ AVCİ*

Öz: İnternet kullanımının yaygınlaşması ve çocukların dijital dünyada daha fazla görünür olması söz konusu mecralarda çocukların korunmasını zorunlu hale getirmiştir. Dijital mecrada kullanıcı olan çocukların belli bir yaş ve olgunluğa erişmesi gerekliliği dijital erginlik kavramını ortaya çıkarmıştır. Dijital erginlik, çocukların dijital ortamlarda erişim, paylaşım ve etkileşim haklarının belirli yaş sınırları ve kurallar çerçevesinde tanınması ve korunması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, çalışma web siteleri, video platformları, podcast ve sesli içerikler, mobil uygulamalar, online oyunlar ve e-ticaret siteleri gibi dijital mecraların kullanıcılarının çocuk olduğu durumlarda koruma gerekliliğinden hareketle, bu alanlara yönelik hukuki düzenlemeleri başlangıç noktası olarak ele almıştır. Çevrimiçi onay mekanizmalarının, çocuklara zarar vermeden nasıl işletilebileceğini araştıran çalışma, onay veren kişinin genel kabul gören erginlik yaşının altında olması durumunda bile çocuğun dijital mecralarda var olmasını sağlayacak şekilde koruma sağlayan hukuk sistemlerini incelemiştir. Söz konusu düzenlemelerin hukuk sistemimiz üzerindeki etkileri değerlendirilmiş ve çocuğu korumaya yönelik kurallar çerçevesinde dijital erginlikle ilgili çözümler belirlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Erginlik, Dijital Erginlik, Dijital Mecra, Dijital Haklar, Yaş Doğrulama, Rıza

Abstract: The widespread use of the Internet and the increasing visibility of children in the digital world have made it mandatory to protect children in these channels. The necessity for children who are digital media users to reach a certain age and maturity has led to the concept of digital maturity. Digital maturity refers to recognizing and protecting children's access, sharing, and interaction rights in digital environments within specific age limits and rules. In this context, the study focuses on legal regulations for digital media, including websites, video platforms, podcasts and audio content, mobile applications, online games, and e-commerce sites, focusing on protecting children who use these platforms. The study examines how online consent mechanisms can be implemented without harming children. It explores legal systems that protect and ensure the presence of children on digital media, even if the person giving consent is below the generally accepted age of majority. The effects of these regulations on our legal system have been evaluated and solutions regarding digital maturity have been determined within the framework of the rules to protect the child.

Keywords: Maturity, Digital Maturity, Digital Platform, Digital Rights, Age Verification, Consent

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, pinaraktas@atauni.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8372-1935

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573677

Makale Geliş Tarihi: 14.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 02.10.2024

GİRİŞ

Dünya genelinde artan internet erişimi ile birlikte çocuklar da yetişkinler gibi çeşitli dijital mecralara ulaşabilmektedir. Ancak, çocukların yetişkinlere kıyasla daha bilinçsiz ve savunmasız olduğu göz önüne alındığında, çevrimiçi ortamlarda çocukların korunması için yüksek düzeyde özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu amaçla, dünya çapında birçok ülke, çocukların çevrimiçi ortamlarda güvenliğini sağlamak adına, koruyucu önlemler içeren düzenlemeler yapmaktadır. Temel bazı kurallara olan ihtiyaç değişirse de gelişen teknoloji ile birlikte bu kuralların bazı hususlarda güncellenmesi gerekmektedir. Güncellenen kuralların çevrimiçi mecralarda uygulanma yöntemleri çeşitlenmektedir. Söz konusu kuralların uygulanacağı çevrimiçi ortamı ve sınırlarını da belirlemek gerekmektedir.

Dijital mecra olarak adlandırılan çevrimiçi kullanım sağlayan uygulamaların kullanıcı sayıları her geçen gün artmaktadır. Dijital mecra kavramı birçok farklı türde dijital iletişim ve medya aracını bünyesinde barındırır. Çoğunlukla sadece sosyal medya platformlarından oluştuğu düşünülen bu mecra; web sitelerini, video platformlarını, podcast ve sesli içerikleri, mobil uygulamaları, online (çevrimiçi) oyunları ve e-ticaret sitelerini de kapsar. Bir üst kavram olarak kabul edilmesi gereken dijital mecra kavramının kapsadığı alt unsurların içeriklerini ve sınırları ayrı ayrı belirlemek gerekir. Dijital mecra kavramının sınırları ve içeriği belirlendikten sonra çocukların dijital mecralardaki varlıklarını düzenleyen kurallar konulmalıdır.

Çocukların dijital mecralara erişiminde yaş doğrulama, kimlik doğrulama, rıza, veri minimizasyonu, güvenlik, aydınlatma yükümlülüğü ve ebeveyn kontrolü gibi kavramlar kanunlarla düzenlenmektedir. Çocukların dijital mecranın sunduğu kullanım koşullarını kabul etmeden önce bilgilendirilmeleri ve aydınlatılmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Bilgilendirme ve aydınlatmadan sonra alınan rıza ile çocuk, dijital mecranın kullanıcısı olacaktır. Çocuğa ait bilgiler dijital mecranın hizmet sağlayıcısı tarafından işlenecektir ve kullanılabilir. Bu nedenle dijital mecralarda çocuklardan alınan rızanın içeriğinin aydınlatılmış ve çocuğun anlayabileceği bir içerik ile sunulmuş bir metin ile sağlanmış olması gerekmektedir. Rızayı verecek çocuğun belirli bir yaşta olduğunun tespiti hizmet sağlayıcının yaş doğrulama yöntemini kullanması ile mümkün olacaktır. Ancak hangi yaştaki çocuğun rızasının geçerli olacağı ülkelere göre farklılık gösterebilmektedir.

Dijital erginliğin kazanılması için belirli bir yaş doldurmak gerekse de bahsi geçen yaş sınırı bazı ülkelerde hukukumuzda ergin olmak için benimsenen yaş sınırından daha aşağıda belirlenmektedir. Bununla birlikte dijital erginlik sadece yaşa bağlı kazanılan bir kavram değildir. Küçükte ayırt etme gücünün varlığını da gerektiren bir kavram olan dijital erginlik, küçüğün çevrimiçi onay gerektiren dijital mecra da verdiği rızayı geçerli hale getirmektedir. Dijital erginlik kavramına ilişkin düzenlemeler çocukların dijital dünyada güvenli bir şekilde var olmalarını ve haklarını kullanabilmelerini sağlamak için gerekli tedbirleri içermektedir. Bu kapsamda hem çocukların hem de ebeveynlerin dijital güvenlik ve haklar konusunda bilinçlendirilmesi, kanuni düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması ve sürekli güncellenmesi büyük önem taşır.

Çalışmada çocukların çevrimiçi ortamda karşılaşabileceği riskleri en aza indirmek ve güvenli bir dijital deneyim sunmak amacıyla geliştirilen dijital erginlik kavramı incelenmekte ve seçilen ülkelerin mevzuatlarında bu kavramın nasıl ele alındığı analiz edilmektedir. Söz konusu açıklamalar ışığında çalışma ülkemizde dijitalleşme ile ilgili kanunlaştırma süreçlerinde, çocukların korunması için alınan önlemlerin yeterliliğini değerlendirmeyi ve dijital erginlik konusundaki yaklaşımı netleştirmeyi amaçlamaktadır.

Bu bağlamda çalışma, “*Kavramsal Çerçeve*”, “*Dijital Erginlik Kavramına İlişkin Uluslararası Mevzuat*”, “*Ülkemizde Dijital Erginliğe İlişkin Düzenlemeler*” ve “*Sosyal Medya Mecralarında Dijital Erginliğe İlişkin Düzenlemeler*” olmak üzere dört ana başlıktan oluşmaktadır. “*Kavramsal Çerçeve*” adlı bölümde; konuya ilişkin temel kavramlara değinilmektedir. Çalışmanın “*Dijital Erginlik Kavramına İlişkin Ülke Uygulamaları*” bölümünde; Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve Avrupa Birliği’ne üye ülkelerdeki konuya ilişkin düzenlemeler incelenmektedir. “*Ülkemizde Dijital Erginliğe İlişkin Düzenlemeler*” bölümünde, Türk hukuk sisteminde çocuğun çevrimiçi korunmasına yönelik özel kanunlarda yer alan düzenlemeler ve Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükümlerinin konuya etkisi değerlendirilmektedir. Ülkemizde faaliyet gösteren bazı sosyal medya mecralarının konuya ilişkin düzenlemeler ise “*Sosyal Medya Mecralarındaki Dijital Erginliğe İlişkin Düzenlemeler*” adlı son bölümde ele alınmaktadır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. KAVRAMSAL OLARAK ERGİNLİK KAVRAMI

Erginlik yaş, evlilik ve mahkeme kararı ile olmak üzere üç şekilde kazanılır.¹ Yaş ile erginlik kazanma, Türk Medeni Kanunu² (TMK) m. 11’de düzenlenmektedir. İlgili düzenleme ile on sekiz yaşın doldurulmasıyla erginliğin başladığı hükme bağlanmıştır ve buna göre on dokuz yaşından gün alan her insan ergindir.³ Erginlik kazanmanın ikinci yolu evliliktir. TMK m. 11/2’ye göre, evlenme kişiyi ergin kılar. Erginlik mahkeme kararı ile de kazanılabilir. TMK m. 12 uyarınca, on beş yaşını dolduran küçük kendi isteği veya velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.

Hukukumuzda on sekiz yaşını doldurmak, evlenmek yahut mahkeme kararı ile ergin olunur ve çocukluk hâli sona erer. Çocukluğun bitiş anını belirlemek sayılan durumlar ile mümkündür. Çocukluğun başlangıcını belirlemek için ise *kişiliğin başlangıcı* kavramına değinmek gerekir. Kişilik, TMK m. 28’e göre tam ve sağ doğumla başlar. *Tam doğum*, çocuğun ana

¹ Özkan Yakışır, “Hak ve Fiil Ehliyeti”, Medeni Hukuk I Başlangıç Kişiler Hukuku, 3. Baskı, Metin İkizler/ Özlem Tüzüner (Ed.), Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 325; Tekben Tuğçe, Yünlü Semih, “Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi” Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 579–583.

² RG, 22.11.2011 S. 24607.

³ Mustafa Dural/ Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 53.

rahminden tamamen ayrılmış olmasını, *sağ doğum* ise çocuğun anadan bağımsız olarak bir an bile olsa yaşamış olmasını ifade eder.⁴ TMK m. 28/II'ye göre, çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder. Uluslararası ve ulusal metinler, çocukluğun bitişini on sekiz yaş olarak belirlemektedir. Ancak daha sonra ayrıntılı bir biçimde anlatılacağı üzere, dijital olarak ergin olabilmek için bahsi geçen yaşlardan farklı yaşlar kabul görmektedir.

B. KAVRAMSAL OLARAK DİJİTAL MECRA KAVRAMI/ İÇERİĞİ

Her geçen gün kullanım şekilleri çeşitlenen ve kullanıcı sayısı artan internet teknolojileri, çeşitli aracı alt yapılar ile kullanılmaktadır. Herkes tarafından erişilebilir internet teknolojisi ve dijital araçlar aracılığıyla içerik paylaşılan platformlar, *dijital mecra* kavramını oluşturur. Dijital mecra, birçok farklı türde dijital iletişim ve medya aracını içinde barındırır. Çoğunlukla sadece sosyal medya platformlarından oluştuğu düşünülen bu mecra web sitelerini, video platformlarını, podcast ve sesli içerikleri, mobil uygulamaları, online (çevrimiçi) oyunları ve e-ticaret sitelerini de kapsar⁵. Bir üst kavram olarak kabul edilmesi gereken dijital mecra kavramının kapsadığı alt unsurların içeriklerini ve sınırları ayrı ayrı belirlemek gerekir.

Sosyal Medya Platformları: Facebook, Twitter, LinkedIn gibi platformlar, kullanıcıların içerik oluşturup paylaşabileceği ve etkileşimde bulunabileceği dijital mecralardır.⁶ Bir dijital mecranın sosyal medya platformu olarak nitelendirilmesi için bazı unsurların varlığı gerekmektedir. Söz konusu unsurlar erişilebilirlik, kullanıcı, etkileşim- içerik ve iletişimdir⁷.

Web Siteleri: İnternet üzerinden erişilebilen, çeşitli bilgi ve içeriklerin bir arada sunulduğu dijital platformdur. Web siteleri, kullanıcıların bilgi

⁴ Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 207-208; Mustafa Dural, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayinevi, İstanbul, 1977, s. 15-16; Ayşenur Şahin Caner, "Kişi Kavramı ve Gerçek Kişiler," *Medeni Hukuk I Başlangıç Kişiler Hukuku*, 3. Baskı, Metin İkizler/ Özlem Tüzüner (Ed.), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 293; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000 s. 7.

⁵ Bkz. Antony Mayfield, *What is Social Media*, UK, 2010, p. 14. vd. (https://crmchange.com/uploadedFiles/White_Papers/PDF/What_is_Social_Media_iCrossing_ebook.pdf), (s.e.t. 07.08.2024.); Andreas M. Kaplan / Michael Haenlein. "Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media", Volume 53, Issue 1, *Business Horizons*, 2010, p. 60; Danah M. Boyd, Nicole B. Ellison, "Social Network Sites: Definition, History, And Scholarship", Volume 13, Issue 1, *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2007, p. 221.

⁶ Ralph Gross / Alessandro Acquisti / John Heinz, "Information Revelation and Privacy in Online Social Networks" WPES' 05 Proceedings of the 005 ACM Workshop on Privacy in the Electronic Society, by., 2005 p. 1; Zeynep Tüfekçi, "Can You See Me Now? Audience and Disclosure Regulation in Online Social Network Sites", Volume 28, Issue 1, *Bulletin of Science, Technology & Society*, 2008, s. 22.

⁷ Sinan Sami Akkurt, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 102.

almasını, hizmet veya ürün satın almasını, sosyal etkileşimde bulunmasını ve eğlenmesini sağlar. Web siteleri genellikle HTML⁸ (HyperText Markup Language) kullanılarak oluşturulur ve internet tarayıcıları aracılığıyla görüntülenir. Bilgi, hizmet veya ürün sunan çeşitli web siteleri de dijital mecralar arasında yer alır. Haber siteleri, bloglar ve kurumsal web siteleri bu kategoriye girer.⁹

Fotoğraf ve Video Paylaşım Platformları: YouTube, Instagram, Dailymotion, Flickr, Vimeo gibi platformlar, kullanıcıların video içeriklerini izleyebileceği ve kendi oluşturdukları video veya fotoğrafları paylaşabileceği bu içerik hakkında yorum yapabilecekleri mecralardır.¹⁰ Bunlar sosyal medya platformlarının özel bir türü olarak nitelendirilebilir.

Podcast ve Sesli İçerikler: Spotify, Apple Podcasts gibi platformlar, sesli içeriklerin dinlenebileceği dijital mecralardır. Bir web sitesinden ya da bir mobil uygulamadan dinlenebilen genellikle temalı bir serinin parçası olan dijital ses veya video dosyası kaydı podcast¹¹ olarak adlandırılır.

Mobil Uygulamalar: Hem bilgiye erişim hem de çeşitli hizmetler sunan mobil uygulamalar, dijital mecralar arasında önemli bir yere sahiptir. *“Akıllı telefon, tablet bilgisayar ve akıllı saat gibi mobil cihazlarda çalışması için hazırlanmış uygulama yazılımına mobil uygulama”*¹² olarak tanımlanmaktadır.

Online (Çevrimiçi) Oyunlar: İnternet üzerinden oynanan oyunlar ve bu oyunların etrafında oluşan topluluklar da dijital mecralar arasında yer alır. *“Bilgisayar ve bazı taşınabilir çoklu ortam aygıtları ile, bir ya da birden fazla kişinin, internete bağlanarak bilgisayar oyunları oynanması paylaşımına online (çevrimiçi) oyun”*¹³ adı verilmektedir.

E-ticaret Siteleri: İnternet ağı üzerinden mal ve hizmetlerin tanıtım, satış ve dağıtımın yapıldığı platformlardır.¹⁴ Amazon, eBay, Alibaba gibi platformlar online alışveriş yapılabilen dijital mecralardır.

⁸ HTML; web sitesinin iskeletini oluşturan yapısal ve görsel tasarımını oluşturan teknolojilerdir. bkz. Douglas A. Downing/ Michael A. Covington/ Melody Mauldin Covington vd., Dictionary of Computer and Internet Terms, Barron's Educational Series, 10th Edition, 2009, China, p.238.

⁹ Downing/ Covington /Mauldin Covington, p.525.

¹⁰ Mine Kaya, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, C. 119, 2015, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 283; Sinan Sami Akkurt, “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Halinde Ortaya Çıkacak Ceza Sorumluluğuna Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, C. 25, S. 2, 2017, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 331.

¹¹ Podcast kavramının tanımı için bkz. Downing/ Covington /Mauldin Covington, p.370; (<https://web.archive.org/web/20130617111928/http://dictionary.reference.com/browse/podcast?s=t>) (s.e.t. 21.07.2024); <https://www.dictionary.com/browse/podcast>), (s.e.t. 21.07.2024).

¹² Mobil Uygulama tanımı için bkz. (https://tr.wikipedia.org/wiki/Mobil_uygulama), (s.e.t. 21.07.2024).

¹³ Çevrimiçi Oyun tanımı için bkz. Downing/ Covington /Mauldin Covington, p.223.

¹⁴ Elektronik Ticaret tanımı için bkz. Downing/ Covington /Mauldin Covington, p.159.

II. DİJİTAL ERGİNLİK KAVRAMINA İLİŞKİN ULUSLARARASI MEVZUAT

A . AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE DİJİTAL ERGİNLİK KONUSUNDAKİ DÜZENLEMELER VE SINIRLAMALAR

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) dijital erginlik (digital maturity) ve dijital içeriklerin düzenlenmesi konularında çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, özellikle çocukların ve gençlerin dijital dünyada korunması, veri gizliliği ve güvenliği gibi konuları kapsamaktadır. Söz konusu düzenlemelerden Çocukların Çevrimiçi Gizliliğini Koruma Yasası (Children's Online Privacy Protection Act-COPPA), Aile Eğitim Hakları ve Gizlilik Yasası (Family Educational Rights and Privacy Act-FERPA) çocukların korunmasına ilişkin düzenlemeleri içerirken, Sağlık Sigortası Taşınabilirliği ve Sorumluluk Yasası (Health Insurance Portability and Accountability Act-HIPAA) kişisel sağlık verilerin nasıl toplanacağını bu verilerin kullanımı ve paylaşımlarına ilişkin düzenlemeleri içermesinin yanı sıra yetişkinlerin ve çocukların dijital dünyada her açıdan korunmasını amaçlamaktadır. Bahsi geçen düzenlemelerin içeriklerine biraz daha ayrıntılı olarak değinmekte özellikle dijital erginlik yaşının ve dijital ergin kişinin yeterliliklerini saptamak bakımından fayda görüyoruz. Bu bağlamda ilk düzenleme olması bakımından öncelikle COPPA'ya değinmek gerekmektedir. COPPA, ABD'de 21 Nisan 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁵ Söz konusu düzenleme web siteleri ve çevrimiçi hizmet sağlayıcılarının on üç yaş altı çocukların kişisel bilgilerinin çevrimiçi toplamasını ebeveyn izni alınmasına bağlamaktadır.¹⁶ 2013 yılında önemli değişikliklere uğrayan COPPA'da coğrafi konum verileri, fotoğraflar ve videolar da kişisel veri kavramına dahil edilmiştir. Düzenlemeyi uygulayan kurum olan Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission-FTC) tarafından yeni platformları ve veri türlerini kapsayacak değişiklikler COPPA'ya dâhil edilmiştir.¹⁷ Çocukların verilerini koruyabilmek amacıyla platformlara üyelik süreçlerinde eksiklikler olduğu eleştirileri üzerine, 2015 yılında yaş doğrulama ve onay mekanizmaları ile ilgili güvenilirliği artırmayı amaçlayan ve çocuklara yönelik çevrimiçi sitelerde çocuğun kişisel verisi toplamadan önce ebeveynin iznini almayı gerekli hale getiren düzenlemeler yapılmıştır.¹⁸ Söz konusu düzenlemelere göre, çocuğun çevrimiçi hizmeti kullanmasına izin veren kişinin gerçekten onun ebeveyni olup olmadığını doğrulamak için bir dizi yöntem belirlenmiştir. Bunlardan biri FMVPI (Fare Match to Verified Photo Identification) yani "doğrulanmış

¹⁵ COPPA, (<https://www.ftc.gov/news-events/events/2010/06/protecting-kids-privacy-online-reviewing-coppa-rule>) (s.e.t. 22.06.2024).

¹⁶ Hildred Anderson, "The Guardian of The Digital Era: Assessing the Impact and Challenges of The Children's Online Privacy Protection Act", Volume 3, Issue 2, 2024, Paradigm Academic Press Law and Economy, p. 7.

¹⁷ COPPA, <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions> (s.e.t. 07.07.2024).

¹⁸ FTC, (<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2015/11/ftc-grants-approval-new-coppa-verifiable-parental-consent-method>) (s.e.t.11.07.2024).

fotoğraf kimliğiyle yüz eşleştirme” kullanımıdır. FMVPI iki adımlı bir işlemdir. İlk adımda, ebeveyn pasaport veya ehliyet gibi fotoğraflı kimliğinin bir görüntüsünü sisteme yükledikten sonra sistem kimlik belgesinin doğruluğunu çeşitli teknolojiler kullanılarak analiz eder. İkinci adımda ebeveynin telefon veya web kamerası ile çekilmiş kendi fotoğrafı istenir; bu defa fotoğrafın gerçek bir kişiye ait olup olmadığı analiz edilirken fotoğrafı gönderen kişinin kimlikteki kişi olduğunu doğrulamak için yüz tanıma teknolojisi kullanılarak kimlik fotoğrafları karşılaştırılır.¹⁹ Bu süreç şifreleme ve toplanan tüm kişisel bilgilerin derhal silinmesi gibi belirli gizlilik korumalarını da içermektedir. Yaş doğrulama ve ebeveyn onay mekanizmalarının uygulamaya koyulması ile birlikte platformların çocukların kişisel bilgilerinin toplanmasını ve yayılmasını sınırlandırmıştır.²⁰

COPPA’nın ebeveyn onayı aşamasından sonra düzenlediği bir diğer alan ise bilgilendirme yükümlülüğüdür. Bu düzenleme, platformun çocuğun kişisel bilgilerinin toplanması, kullanılması veya ifşa edilmesini içermeyen çevrimiçi faaliyetleri hakkında bir ebeveyne gönüllü olarak bildirimde bulunmasını içermektedir. Çocuklardan toplanan kişisel bilgilerin güvenli bir şekilde saklanması, yetkisiz erişime karşı korunması ve bunun yanında verilerin yalnızca belirtilen amaçlar doğrultusunda kullanılmalrı veri güvenliği/toplama kısıtlamaları hususunu düzenleyen bir başka hüküm olarak yer almaktadır. Son olarak; ebeveynlerin, çocuklarının kişisel bilgilerinin silinmesini talep edebilmesi ve bu bilgilerin izinsiz üçüncü kişiler ile paylaşımını kısıtlayan düzenlemeleri içermektedir. COPPA bu yönleri ile çocuğun yaşının küçük olması halinde ebeveyn izni alarak platforma üye olmasını, çocuğun çevrimiçi gizliliğini korumayı ve ebeveynlere çocuklarının kişisel bilgileri üzerinde daha fazla kontrol sağlamayı amaçlamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde eğitim alan öğrencilerin bilgilerinin gizliliğini sağlamak amacını taşıyan bir diğer düzenleme olan FERPA, öğrencilerin eğitim kayıtlarının gizliliğini korur ve eğitim kurumlarının öğrenci kayıtlarını ebeveyn izni olmadan paylaşmasını kısıtlar.²¹ Bu düzenleme, ebeveynlere çocuklarının eğitim kayıtlarıyla ilgili çeşitli haklar verir. Bu haklar, öğrenci on sekiz yaşına geldiğinde veya liseden daha üst eğitim seviyesinde bir okula gittiğinde öğrenciye aktarılır. Ebeveyn dışında bilgi aktarılan öğrenciler *hak sahibi öğrenci (eligible students)* olarak adlandırılmaktadır. Düzenlemeye göre, ebeveynler veya hak sahibi öğrenciler okul tarafından tutulan kayıtları inceleme hakkına sahip olmanın yanı sıra, kayıtların yanlış veya yanıltıcı olduğunu iddia ediyorsa bunların düzeltilmesini talep etme, düzeltilmemesi halinde ise dava etme hakkına da

¹⁹ FTC, (<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions>), (s.e.t. 10.07.2024).

²⁰ Anderson, 6-7.

²¹ **Family Educational Rights and Privacy Act (FERPA)** içeriği için bkz. (<https://www2.ed.gov/policy/gen/guid/fpco/ferpa/index.html#:~:text=FERPA%20gives%20parents%20certain%20rights,transferred%20are%20%22eligible%20students.%22>), (s.e.t.11.07.2024).

sahiptir.²² Eğitim kurumu öğrenci ile ilgili bir bilgiyi paylaşmadan önce yazılı izin almak durumundadır.

HIPAA ise sağlık bilgileriyle ilgili gizlilik ve güvenlik standartlarını belirlemenin yanında sağlık hizmeti sağlayıcıları ve ilgili kuruluşların, bireylerin sağlık bilgilerini korumasını zorunlu kılmakta;²³ bireylerin sağlık bilgilerinin nasıl kullanıldığını anlama ve kontrol etme haklarına ilişkin standartları belirlemektedir.²⁴ Kişilerin sağlık verilerinin gizli olmasının yanında sağlık hizmet sağlayıcıları, sağlık planları, iş ortaklarının da sağlık verileri ile ilgili olarak düzenleme kapsamına alındığı görülmektedir. Düzenleme, bireyin yetkilendirmesi olmaması halinde bazı kamusal öncelikli amaçlar için veri paylaşımına izin vermektedir. Bahsi geçen kamusal öncelikli konu başlıkları ise; kanunun gerektirdiği haller, halk sağlığı faaliyetleri, istismara ve ihmale veya aile içi şiddete maruz kalanlar, sağlık gözetim faaliyetleri, adli ve idari işlemler, hukukun uygulanması, kimlik tespiti, organ ve doku bağışı, sağlık ve güvenliğe yönelik ciddi bir tehdidi önlemek veya azaltmak, temel devlet görevleri ve iş hukuku kaynaklı tazminatlardır.²⁵

Bahsi geçen düzenlemeler, dijital erginlik seviyesini artırmak, kullanıcıların verilerini korumak, özellikle çocukların dijital dünyada güvende olmasını sağlamak amacıyla uygulanmakta ve dijital platformlar ve hizmet sağlayıcılar için önemli yükümlülükler içermektedir.

B. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE DİJİTAL ERGİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE ÖRNEK ÜLKE DÜZENLEMELERİNİN İNCELENMESİ

Avrupa Birliği'nde (AB) dijital çağda çocukların ve gençlerin çevrimiçi korunmasını sağlamak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler, Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation–GDPR), Dijital Hizmetler Yasası (Digital Services Act–DSA) ve Görsel–İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi (Audiovisual Media Services Directive–AVMSD)'dir.²⁶ Söz konusu düzenlemeler, dijital erginlik, veri

²² Code of Federal Regulation 34 CFR Part 99, (<https://www.ecfr.gov/current/title-34/subtitle-A/part-99>), (s.e.t. 11.07.2024); Dalia Topelso, Christopher Bavitz/Ritu Gupta/Irina Oberman, “Privacy and Children’s Data – An Overview of the Children’s Online Privacy Protection Act and the Family Educational Rights and Privacy Act”, No 23, 2013, The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, Cambridge, Massachusetts, p. 2.

²³ Topelso / Bavitz / Gupta / Oberman, pp. 1–18.

²⁴ Wilnellys Moore / Sarah A. Frye, “A Review of the HIPAA, Part 1: History, PHI, and Privacy and Security Rules”, Volume 52, Issue 2, 2019, Journal of Nuclear Medicine Technology, pp. 1–13.

(<https://www.cdc.gov/phlp/php/resources/health-insurance-portability-and-accountability-act-of-1996-hipaa.html>) (s.e.t. 11.07.2024).

²⁵ HIPAA, (<https://www.cdc.gov/phlp/php/resources/health-insurance-portability-and-accountability-act-of-1996-hipaa.html>), (s.e.t. 11.07.2024).

²⁶ Bahsi geçen düzenlemelerin öncesinde de yayınlamış ve uygulanmış başka düzenlemeler mevcuttur. Ancak burada sadece üç düzenlemeden bahsedilecektir.

koruma, içerik düzenleme ve çevrimiçi güvenlik gibi konuları kapsamaktadır.

95/46/EC sayılı Kişisel Nitelikli Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Sınırlar Arası Dolaşımında Bireylerin Korunması Hakkında Direktif'in²⁷ (Directive 95/46/EC of The European Parliament and of The Council of 24 October 1995 on The Protection of Individuals With Regard to the processing of Personal Data and on The Free Movement of Such Data) yerini alan GDPR²⁸, AB genelinde veri koruma ve gizlilik haklarını güçlendirmek amacıyla 25 Mayıs 2018'de yürürlüğe girmiştir. Bu Tüzük, çocukların çevrimiçi ortamda korunması için özel düzenlemeler içermektedir.²⁹ GDPR'nin "Çocuğun Bilgi Toplumu Hizmetlerine İlişkin Rızası" başlıklı m. 8'e göre;

1. Madde 6(1)(a)'nın uygulandığı durumlarda, doğrudan bir çocuğa bilgi toplumu hizmetleri sağlanması ile ilgili olarak, çocuğun en az 16 yaşında olması halinde, ilgili çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi hukuka uygundur. Çocuğun 16 yaşından küçük olması durumunda, söz konusu işleme faaliyeti, ancak rızanın çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verilmesi veya onaylanması halinde ve verildiği veya onaylandığı ölçüde hukuka uygundur. Üye devletler, 13 yaşından küçük olmamak kaydıyla, bu amaçlara yönelik olarak kanunla daha küçük bir yaş belirleyebilir.

2. Bu durumlarda, veri sorumlusu mevcut teknolojiyi dikkate alarak rızanın çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verildiğini veya onaylandığını doğrulamak adına makul çaba sarfeder

3. 1. paragraf, bir çocuğa ilişkin bir sözleşmenin geçerliliği, oluşturulması veya etkisi ile ilgili kurallar gibi üye devletlerin genel sözleşme hukukunu etkilemez."

Söz konusu madde, bilgi toplumu hizmetlerinde³⁰ çocuğun rızası, doğrulama yükümlülüğü ve genel sözleşme hukuku konularını

Zira diğer düzenlemelerin burada anlatılması çalışmanın içeriğini ciddi bir şekilde uzatacaktır. Ancak diğer düzenlemelerin içeriği için bkz. Murat Volkan Dülger, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", C. 1, S. 2, 2019, Yaşar Hukuk Dergisi s. 71–174.

²⁷ OJ L 281, 23.11.1995, p. 31–50, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>), (s.e.t. 27.07.2024).

²⁸ OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88, (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>), (s.e.t. 29.07.2024).

²⁹ Keltie Haley, "Sharenting and the (Potential) Right to Be Forgotten", Volume 95, Issue 3, Article 9, 2020, *Indiana Law Journal*, p. 1016.

³⁰ AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde mevcut olan, "Bilgi Toplumu Hizmetleri" tanımı, Avrupa Birliği'nin 2015/1535 sayılı Direktifi'nde belirtilen tanım esas alınarak yapılmaktadır. Bu tanım, GDPR m. 4/25'de yer almaktadır. *Elektronik olarak sağlanan hizmetler, ücret karşılığı sağlanan hizmetler, uzaktan sunulan hizmetler ve bireysel talepler üzerine sağlanan hizmetler bilgi toplu hizmeti olarak kabul edilmektedir.* Bkz. Claudia Sanchez, Andrea Hernandez, The Meaning of The Information Society Services in the E-Commerce Directive. Masteroppgave, University of Oslo, 2005, p. 6.

düzenlemektedir.³¹ Bu kurallar–çalışmanın sonraki kısımlarında örnek ülke incelemelerinde de görüleceği üzere– üye ülkelerin iç hukuklarına doğrudan etki eden düzenlemelerdir.

GPDR'ye göre, çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi için on altı yaşından büyük olması gerekmektedir. Ancak, on altı yaşından küçük çocuklar için, çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından rıza verilmesi veya onaylanması durumunda, kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun olacaktır. Çocuğun ilgili hakları veli veya vasi tarafından kullanılacaksa *çocuğun üstün yararı ilkesi* doğrultusunda kullanılmalıdır. Bu düzenleme, çocukların kendi kişisel verilerinin işlenmesinin riskleri ve sonuçları hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları nedeniyle getirilmiştir.³² Üye devletler bu yaş sınırını on üçe kadar düşürebilirler. On üç yaş alt sınırının ise kesin bir sınır olduğunu ifade etmek gerekmektedir.³³ Aynı yaş sınırı çocuğun kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin rızanın alınmasında söz konusu olan rıza verme yaşı konusunda da mevcuttur. GPDR'ye göre çocukların verilerinin işlenmesi için verecekleri rızanın geçerli olabilmesi için yaşlarının on altıdan büyük olması gerekmektedir. Ancak, üye devletler bu yaş sınırını on üçe kadar düşürebilir.³⁴ Ayrıca çocuklara verilerinin işlenmesiyle ilgili bilgi verilmeli ve bilginin niteliği onların yaşına ve anlama kapasitelerine uygun olmalıdır. On üç yaşın altındaki çocukların kişisel verilerinin işlenmesi için ise veli veya vasilerinin onayı gereklidir.³⁵ Rıza on altı yaşından büyük ancak on sekiz yaşından küçük bireyden alınıyorsa, bu kişilerin kişisel verilerinin işlenmesinin risklerini ve sonuçlarını anlayabilecek kapasitede olduğu kabul edilmektedir.³⁶ Bu yaş grubundan kişisel verilerin işlenmesi için alınması gereken rıza, herhangi bir yetişkinin rızasında aranan şartlarla aynı olmalıdır. Söz konusu yaş grubundakilerin kişisel verilerinin işlenmesi için yasal temsilcinin rızasının alınması

³¹ Eva Lievens / Valerie Verdoodt, “Looking For Needles in A Haystack: Key Issues Affecting Children’s Rights in The General Data Protection Regulation”, Volume 34, Issue 2, 2018, Computer Law & Security Review, p. 269–278; Paul Lambert, Understanding the New European Data Protection Rules, 1st Edition, Auerbach Publications, New York, 2017, p. 249; Eva Lievens/Carl Vander Maelen, “A Child’s Right to be Forgotten: Letting Go of The Past and Embracing The Future?”, Latin American Law Review, 2019/2, p. 61–79,

³² Canan Erdoğan, Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında) C. 21, Özel Sayı, 2019, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, s. 2456; Ayrıca bkz. General Data Protection Regulation (GDPR), It Governance | Green Paper, 2021, Ireland (<https://www.itgovernance.eu/blog/en/how-effective-are-the-gdprs-rules-on-the-age-of-consent>), (s.e.t. 27.07.2024).

³³ Lievens / Verdoodt, 2018, p. 271.

³⁴ Bkz. Michaela Marous, Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht am Beispiel der Zustimmungserklärung gem. § 4 Z 14 DSG, Diss. (Betreuer: PISKA, Christian), Universität Wien 2011; Gülşah Bostancı Bozbayındır, “Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması ve ‘Sharenting’”, C.16, S. 180, 2021, Terazi Hukuk Dergisi, s. 1504.

³⁵ Dülger, s. 111.

³⁶ Murat Uçak, “Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası”, C. 3, S. 1, 2021, Kişisel Verilerin Korunması Dergisi, s. 57.

gerekmez. Ancak, bilgilendirme sürecinde daha dikkatli olunmalı ve gençlere, kişisel verilerinin işlenmesiyle ilgili süreçler, onların anlayabileceği basit ve net bir dille açıklanmalıdır.³⁷

DSA³⁸, AB’de dijital pazar ve hizmetler için kurallar getiren ve dijital çağın gereksinimlerine yanıt vermeyi amaçlayan bir düzenlemedir.³⁹ Çocukların çevrimiçi güvenliğini sağlamayı amaçlayan hükümler içermektedir. Söz konusu hükümler iki başlık altında ifade edilebilir. Bunlardan ilki çocukların zararlı içeriklere erişimini engellemek için platformların daha sıkı içerik denetimi yapmalarının zorunlu kılınması iken ikincisi yine çocukların güvenliğini sağlamak için platformların güvenli tasarımı ilkelerine uyulmasının zorunlu hale getirilmesidir.

AVMSD⁴⁰, AB’nin medya hizmetleri için düzenlemeler getiren bir direktiftir. Bu direktif, çocukların medya içeriklerinden korunmasına yönelik içerik sınırlamaları ve reklam düzenlemelerine ilişkin hükümler içermektedir. İçerik sınırlamaları çocukların erişimine uygun olmayan zararlı içeriklerin sınırlandırılması veya erişim kontrolleri ile korunmasının sağlanmasını, reklam düzenlemeleri ise çocuklara yönelik reklamlara etik kurallar ve sınırlandırmalar getirmektedir.

1. Fransa’da Dijital Erginlik ve Yasal Düzenlemeler ve Sınırlamalar

Fransa, dijital erginlik ve çocukların internet kullanımına ilişkin konularda AB standartlarına uyumlu düzenlemelere sahip olmanın yanı sıra bazı konularda daha ilerici bir yaklaşıma sahip görünmektedir. Örneğin çocukların dijital mecralarda sahip oldukları profiller üzerinden gelir elde etmeleri konusunda, ebeveynlere sınırlamalar ve yükümlülükler getiren düzenlemeler dikkat çekicidir. 2020 yılında On Altı Yaşından Küçük Çocukların Görüntülerinin Çevrimiçi Platformlarda Ticari Amaçlı İstismarını Düzenlemeyi Amaçlayan Kanun (LOI n° 2020–1266 du visant à encadrer l’exploitation commerciale de l’image d’enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne) yürürlüğe girmiştir.⁴¹ Bu Kanun, on altı yaşından küçük çocukların sosyal medya platformlarında gelir elde etmelerine ilişkin hususları içermektedir. Düzenlemede birkaç başlık önem arz etmektedir. Bunlardan ilki çocuk influencer’lar⁴² için beyan ve izin

³⁷ Bostancı Bozbayındır, s. 1507.

³⁸ OJ L 277, 27.10.2022, p. 1–102. (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>), (s.e.t. 27.07.2024).

³⁹ Bkz. İpek Çevik, “Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Yasası’nın Değerlendirmesi”, S. 2, 2023, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss. 387–419.

⁴⁰ OJ L 303, 28.11.2018, p. 69–92. (<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1808/oj>), (s.e.t. 27.07.2024).

⁴¹ LOI n° 2020–1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l’exploitation commerciale de l’image d’enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne (1), (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054>), (s.e.t. 20.07.2024).

⁴² Çocuk Influencer’lar hakkında daha ayrıntılı bir inceleme için Bkz.; Pınar Aktaş Avci, “Çocuk Influencer’ların Haklarının Korunması”, İnternet Hukukunda

sistemine ilişkindir.⁴³ Düzenlemeye göre, bir sosyal medya platformunda on altı yaşından küçük bir çocuğa ait bir görüntünün kullanılabilmesi için kanuni temsilci tarafından yetkili makama beyanda bulunulması gerekmektedir. İdari onay alınan ve ücretli içerik için verilen izinler kalıcı olmadıkları gibi iptal edilebilir niteliktedir.⁴⁴ İkinci düzenleme ile dijital mecralara çeşitli yükümlülükler getirilmektedir. Buna göre; sosyal medyada yer alan video paylaşım platformlarının, çocuk influencer'ın talebi doğrultusunda yayınlanan içerikleri dijital unutulma hakkı gereğince kaldırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bir diğer yükümlülük, on altı yaşından küçüklere ilişkin –fiziksel ve manevi bütünlüğe– zarar verici içeriklerin tespitini sağlamak ve küçüklere görüldüğü içeriklerin ticari amaçlarla işlenmesini engellemektir.⁴⁵

Fransa'da son olarak 07.07.2023 tarihinde LOI n° 2023–566 adlı Kanun⁴⁶ (Çevrimiçi Nefretle Mücadeleyi Amaçlayan Kanun) ile küçüklere internet ortamında güvenliklerini sağlarken aynı zamanda kullanıcıların mahremiyetlerine de saygı gösteren ve yaş doğrulama sistemini içeren bir düzenleme yürürlüğe girmiştir. Düzenleme sosyal medya platformlarının on beş yaş ve altı kullanıcılar için zorunlu yaş doğrulama sistemleri uygulamasını ve açık ebeveyn izni almasını gerektiren hükümler içermektedir.⁴⁷ Yaş doğrulama sistemleri ve ebeveyn onayı konusu ise gizlilik ihlali meselesini beraberinde getirmektedir. Gizlilik ihlali yapılmadan yaş doğrulama ve ebeveyn onayı alabilmek için geliştirilen bir sistemin henüz tam olarak kullanımının sağlandığı söylenemese de bu konuda bir çalışmanın yapıldığı görülmektedir.⁴⁸ Söz konusu sistem sosyal güvenlik sistemi tarafından sağlanan bir geçit aracılığıyla işleyecek şekilde tasarlanmıştır. Web siteleri yaş doğrulaması gerektirdiğinde, kullanıcıya bir doğrulama talebi gönderecek ve bu talep, doğrulama sağlayıcısı tarafından

Çocuğun Korunması ve Mahremiyeti, Bülent Kent/ Münire Kevser Baş/ Mahmut Samar (Ed.), Adalet Yayınevi, 2023, s. 71–97.

⁴³ Proposition de loi n°2519, (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2519_proposition-loi), (s.e.t. 20.07.2024).

⁴⁴ Proposition de loi n°2519, (https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2519_proposition-loi) (s.e.t. 20.07.2024).

⁴⁵ Çocuk influencerlara ilişkin kanun ile ilgili açıklama için bkz. (<https://www.village-justice.com/articles/enfants-influenceurs-que-prevoit-loi-octobre-2020,37502.html>), (s.e.t. 28.07.2024).

⁴⁶ Loi n° 2023–566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne (1), (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047799533>), (s.e.t. 20.07.2024).

⁴⁷ Loi No 2024–449 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique, (https://www.senat.fr/basile/visio.do?id=d0150842&idtable=d172203-114375_20%7Cd0150842&_c=m%C3%A9dias&rch=ds&de=20230615&au=20230630&dp=15+jours&radio=dp&aff=72203&tri=p&off=0&afd=ppr&afd=ppl&afd=plj&afd=cvn), (s.e.t. 21.07.2024).

⁴⁸ Fransa'daki yaş doğrulama sistemi için bkz. (<https://www.telefonica.com/en/communication-room/blog/protection-of-minors-and-online-age-verification-the-case-of-france/>), (s.e.t. 22.07.2024).

işlenecek daha sonra bir grup imzası oluşturulacaktır. Bu süreçte, yetkililer kullanıcının ziyaret etmeye çalıştığı web siteleri hakkında herhangi bir bilgi sahibi olmayacak ve hedef web sitesi, kullanıcıdan yalnızca grup imzasını alacaktır, herhangi bir kişisel veri almayacaktır.⁴⁹ Düzenlemenin eleştirilebilecek kısmı ise kullanılacak bu sistemin başka bir sistem üzerinden kullanılan geçit nedeniyle tamamen anonim olmadığı ve bu nedenle de kullanıcı gizliliği konusunda bazı açıkların var olduğu olabilir. Ancak yine de çocuklar için daha güvenli bir dijital ortam sağlayacağı da açıktır. Kanunun yaş sınırı konusundaki düzenlemelerinde ise öncelikle sosyal ağlara bazı yükümlülükler getirdiği görülmektedir. Şöyle ki; sosyal ağlar on beş yaşından küçüklerin kayıtlarını reddetmek zorundadır. Ayrıca ebeveynlere on beş yaşından küçük çocuklarına ait hesapları askıya alma hakkı tanınmaktadır.⁵⁰ Sosyal medya platformları için kanun koyucunun belirlediği kurallara uygun teknik çözümleri uygulama zorunluluğu bulunmaktadır. Kanunu ihlal eden platform için küresel gelirin yüzde biri kadar bir para cezası da öngörülmektedir.

Fransa'da sosyal ağların kullanımına ilişkin bir diğer yaş sınırı ise on üç olarak karşımıza çıkmaktadır. On üç yaşın altındaki çocuklar için sosyal ağlar yasaklanmıştır. Bahse konu düzenleme ABD'deki düzenlemeler ile uyumlu görünmektedir. On üç yaş sınırının getirilme sebebi ise söz konusu yaşın altındaki çocukların başkaları tarafından çevrimiçi olarak yayımlanan yorumlardan ve diğer içeriklerden (kendilerinin yayımlayabileceği kişisel bilgiler ve fotoğraflar gibi) dolayı savunmasız olmaları ve bunun yanı sıra profillerinin kamuya açık olması nedeniyle kötü niyetli kişilerin eline geçmesini kolaylaştırması olarak gösterilmektedir.⁵¹ Ayrıca on üç-on beş yaş arası çocuklar için artırılmış korumaya yönelik kuralların varlığı söz konusudur.

Sosyal ağlara düzeltme ve silme başvurusu yapılması mümkün olduğu gibi bu başvuruların bir ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde Ulusal Bilişim ve Veri Koruma Özgürlükleri Komisyonu'na (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés-CNIL) itiraz edilebilmesi mümkündür.⁵² CNIL, Fransa'da kişisel verilerin korunması ile ilgili yasaların uygulanmasını denetleyen kurumdur. Bu kapsamda, Genel Veri Koruma Yönetmeliği (GDPR) gibi Avrupa Birliği düzenlemelerinin Fransa'da uygulanmasını

⁴⁹ Bkz.; (<https://www.cnil.fr/fr/mes-demarches/les-droits-pour-maitriser-vos-donnees-personnelles>), (s.e.t. 22.07.2024).

⁵⁰ Bkz. (<https://www.jurist.org/news/2023/06/france-senate-passes-legislation-requiring-age-verification-for-minors-on-social-media/>), (s.e.t. 22.07.2024).

⁵¹ ENFrance, (<https://e-enfance.org/informer/reseaux-sociaux/la-reglementation-sur-les-reseaux-sociaux/>), (s.e.t. 22.07.2024).

⁵² Bkz.; CNIL hakkında (<https://www.cnil.fr/fr/mes-demarches/les-droits-pour-maitriser-vos-donnees-personnelles>), (s.e.t. 22.07.2024); Kimberly A. Houser / W. Gregory Voss, GDPR: The End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?, Volume 1, Issue 2018, RICH. J.L. & TECH, 1, p. 7.

sağlamak, şikâyetleri incelemek ve denetim görevini yerine getirmek gibi görevleri bulunmaktadır.⁵³

Düzenlemelerin bütününe bakıldığında Fransa'da çocuğun dijital olarak ergin kabul edilebilmesi için farklı yaş sınırları olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki on üç yaşına kadar olan grup ikincisi ise on üç ila on beş arasında olan grup ve on beş yaşını dolduranlardır. On üç yaşına kadar çocuklara sosyal ağlar yasaklanmıştır. On üç ila on beş yaş arası için özel koruyucu önlemlerin varlığı söz konusudur. Bunun yanında küçüklerin on beş yaşını doldurulması ile birlikte dijital olarak reşit olarak kabul edildiklerini söylemek mümkün olacaktır.

2. Almanya'da Dijital Erginlik ve Yasal Düzenlemeler ve Sınırlamalar

Almanya'da, küçüklerin çevrimiçi aktivitelerini düzenleyen çeşitli kanunlar ve yönetmelikler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, çocukların dijital ortamda korunmasını amaçlarken özellikle sosyal medya ve diğer çevrimiçi hizmetlerin kullanımında ebeveyn denetimini de teşvik etmektedir. Bu kapsamda, çocukların kişisel verilerinin işlenmesi sırasında gerekli koruma önlemlerinin alınması zorunlu kılınmaktadır. Almanya'da çocukların dijital ortamda korunmasına ilişkin var olan düzenlemeler, Gençliği Koruma Kanunu (Jugendschutzgesetz–JuSchG) ve Dijital Hizmetler Kanunu (Digitale–Dienste–Gesetz⁵⁴– DDG)'dir⁵⁵. Ayrıca Küçükleri Zararlı Medyadan Koruma Komisyonu (Kommission für Jugendmedienschutz–KJM) adlı gençleri medya içeriklerinden koruma amaçlı bir kurum mevcuttur.

JuSchG⁵⁶ ile gençlerin fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerinin korunması hedeflenmektedir. JuSchG medya ve eğlence içeriklerinin düzenlenmesini, tütün, alkol ve diğer maddelerin satışını, çocukları ve gençleri hedef alan reklam ve pazarlama faaliyetlerini düzenlemektedir.

DDG⁵⁷ Almanya'da daha önce dijital hizmetleri düzenlemek için yürürlükte olan diğer düzenlemeleri de kapsamına alan ve Avrupa

⁵³ (<https://www.cnil.fr/fr/mes-demarches/les-droits-pour-maitriser-vos-donnees-personnelles>), (s.e.t. 09.08.2024)

⁵⁴ DDG, Telemediengesetz (TMG–Telemedya Kanunu)'nun yerine 16.05. 2024 yılında yürürlüğe girmiştir. Telemedya Yasası (TMG) yeni Dijital Hizmetler Kanunu'na (DDG) dâhil edilmiştir.

⁵⁵ Gerrit Hornung / Christoph Schnabel, "Data Protection in Germany I: The population census decision and the right to informational self-determination", C. 25, S. 1, Computer Law & Security Report, p. 86.

⁵⁶ Jugendschutzgesetz, (<https://www.gesetze-im-internet.de/juschg/BJNR273000002.html>), (s.e.t. 24.07.2024).

⁵⁷ DDG, (<https://www.gesetze-im-internet.de/ddg/BJNR0950B0024.html>), (s.e.t. 24.07.2024).

Birliği Dijital Hizmetler Yasası'nın⁵⁸ (DSA) tam ve eksiksiz uygulanmasını sağlayabilme amacını gúden bir düzenlemedir.⁵⁹ DDG, küçüklerin çevrimiçi korunmasını düzenleyen m. 28 ile hizmet sağlayıcılarına, hizmetlerini yüksek seviyede gizlilik, güvenlik içinde yerine getirme ve küçüklerin korunması için uygun ve orantılı önlemler alma yükümlülüklerini getirmektedir.⁶⁰ Söz konusu kanun, medya ve eğlence içeriklerini düzenlerken filmler, video oyunları ve diğer görsel-işitsel medya içerikleri için yaş sınırları belirlemekte ve bu içerikleri sınıflandırmaktadır. Bu sınıflandırma, içeriklerin çocuklar ve gençler için uygun olup olmadığını tespit etmekte ve zararlı içeriklere erişimi sınırlamaya yardımcı olmaktadır.

KJM⁶¹ gençleri medya içeriklerinden korumak amacıyla kurulmuş bir komisyondur. KJM, medyada düzenleyici otoriteler arasında koordinasyonu sağlar ve gençleri zararlı medya içeriklerinden korumaya yönelik düzenlemeleri denetler. Küçüklerin dijital hizmetleri kullanırken korunmasını sağlayabilmek amacıyla yaş doğrulama sistemlerinin kullanımını kabul eden KJM biyometrik verileri karşılaştırarak kimlik belirlemeyi sağlayan bir tanımlama sürecini onaylayan kararlar vermiştir.⁶² Bu kararların temelinde yaş doğrulama süreçlerinin desteklenmesi bulunmaktadır.

Almanya'da dijital erginlik yaşını GDPR'ye uyumlu olarak on altı olarak belirlenmiştir. GDPR, üye devletlerin kendi sınırları içinde bu yaş sınırını on üç yaşına kadar düşürmelerine izin vermektedir ancak Almanya bu yaş sınırını on altı olarak korumayı tercih etmiştir.

3. Avusturya'da Dijital Erginlik ve Yasal Düzenlemeler ve Sınırlamalar

Avusturya, dijital erginlik yaşını –daha önce incelenen ülke örneklerinden farklı ancak GDPR'nin çizdiği yaş sınırının içinde kalmak kaydıyla– on dört olarak belirlemiştir. GDPR'ye göre, çocukların bilgi toplumu hizmetleri için rıza verebileceği yaş sınırı on altı olarak belirlenmiştir. On dört yaşın altındaki çocuklar için veri işleme faaliyetleri ebeveyn veya vasi iznine tabidir. Avusturya'da dijital erginlik ile ilişkili olarak Avusturya Veri Koruma Yasası (Datenschutzgesetz–DSG) ve Telekomünikasyon Yasası (Telekommunikationsgesetz–TKG) olmak üzere

⁵⁸ OJ L 277, 27.10.2022, p. 1–102; Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and Amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

⁵⁹ DDG, (<https://gesetz-digitale-dienste.de/>), (s.e.t. 24.07.2024).

⁶⁰ DDG, (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitalisierung/digitale-dienste-gesetz-2250526>), (s.e.t. 24.07.2024).

⁶¹ KJM, (<https://www.kjm-online.de/>), (s.e.t. 24.07.2024).

⁶² KJM kararları için bkz. (<https://www.kjm-online.de/themen/technischer-jugendmedienschutz/>)(s.e.t. 24.07.2024), (<https://www.die-medienanstalten.de/ueber-uns/organisation/kjm/>), (s.e.t. 24.07.2024).

iki temel düzenleme mevcuttur.⁶³ Ulusal veri koruma kanunu olan DSG, çocukların kişisel verilerinin işlenmesi ile ilgili özel hükümler içermektedir. Düzenlemeye göre on dört yaşın altındaki çocukların kişisel verilerinin işlenmesi için ebeveyn izni gerekmektedir. TKG ise telekomünikasyon şirketlerinin alması gereken önlemleri düzenlemesinin yanında kullanıcılarının verilerini korumak ve genç kullanıcıların güvenliğini sağlamak için belirli tedbirler almak amacı taşıyan bir kanundur. TKG, küçüklerin verilerinin korunması ve ebeveyn onayına ilişkin hizmet sağlayıcılarının alması gereken önlemleri hüküm altına almaktadır.

C . BİRLEŞİK KRALLIK'TA DİJİTAL ERGİNLİK VE YASAL DÜZENLEMELER VE SINIRLAMALAR

Birleşik Krallık'ta dijital erginlik ve buna ilişkin hukuki düzenlemeler, dijital teknolojilerin geniş kapsamlı kullanımı ve yönetimi ile ilgili hususları kapsamaktadır. Dijital erginlik, dijital teknolojilerin benimsenme ve etkin kullanımı konularında önemli bir kavram olarak kabul edilmektedir. Birleşik Krallıkta dijital erginliğe ilişkin olarak hükümet uygulamaları dijital hizmetler ve veri paylaşımını geliştirmek için çeşitli inisiyatifler ile yürütülmektedir. Birleşik Krallık'ta dijital erginlik ve dijital içeriklerin düzenlenmesi konularında dikkat çeken hükümlere sahip olan Veri Koruma Kanunu 2018 (Data Protection Act 2018–DPA) ve Çevrimiçi Güvenlik Kanunu 2023 (Online Safety Act 2023–OSA) çalışmamızda incelenecektir.

Veri kullanımına ilişkin düzenleme olan DPA, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne uyumlu olarak düzenlenmiştir. BREXIT süreci nedeniyle veri kullanımına ilişkin yeni bir kanun yapılıma aşamasındadır ancak yeni düzenleme yürürlüğe girene kadar söz konusu düzenleme yürürlükte kalacaktır.⁶⁴ Birleşik Krallık'ta kişisel verilerin işlenmesi ve korunması için hukuki çerçeveyi sağlayan düzenleme olan DPA⁶⁵, GPDR ile uyumlu bir düzenleme olduğundan bazı hükümler birbirini tamamlamaktadır. Örneğin, bilgi edinme hakkı, erişim hakkı, düzeltme hakkı, unutulma hakkı, veri taşınabilirliği hakkı gibi konularda iki düzenleme önemli ölçüde benzerdir.⁶⁶ Ancak özellikle konumuz ile ilgili olması bakımından çocukların rıza yaşları hakkında farklı düzenlemelerin varlığı da dikkat çekmektedir. GPDR çocuklar için veri işleme izin yaşını on

⁶³ DSG için bkz. (<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001597>),

(s.e.t. 25.07.2024); TKG için bkz. (<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20011678>), (s.e.t. 25.07.2024).

⁶⁴ Birleşik Krallık, Brexit sonrası GDPR'yi güncelleyerek yeni bir düzenleme yapmaktadır. Bu amaçla, **Veri Koruma ve Dijital Bilgi Yasası (Data Protection and Digital Information Bill)** üzerinde çalışılmaktadır. bkz. (<https://bills.parliament.uk/bills/3430>), (s.e.t. 11.07.2024).

⁶⁵ DPA, (<https://www.gov.uk/dataprotection#:~:text=The%20Data%20Protection%20Act%202018%20is%20the%20UK's%20implementation%20of,used%20fairly%2C%20lawfully%20and%20transparently>), (s.e.t. 11.07.2024).

⁶⁶ It Governance Green Paper, The Data Protection Act 2018 – Understanding the basics, A GRC International Group plc subsidiary, United Kingdom 2020, 2.

altı olarak belirlerken DPA 9. kısımda on üç yaşında rıza gösterilebileceğini ifade etmektedir.⁶⁷ DPA, GPDR'ye atıf yaparak yaş sınırını belirlemiştir.

OSA ise Birleşik Krallık'ta çevrimiçi ortamda kullanıcıların ve çocukların güvenliğini artırmayı amaçlayan kapsamlı bir kanundur.⁶⁸ Kanun, sosyal medya şirketleri ve arama hizmetlerine çocukların güvenliğini sağlama konusunda yeni sorumluluklar yüklemektedir. Koruma yaşı, yaş doğrulama araçları ve uygulama–denetim konularında dikkat çeken düzenlemeler içermektedir. OSA, on sekiz yaşın altındaki bireyleri çocuk olarak tanımlarken bu bireylerin çevrimiçi zararlı içeriklerden korunmasını zorunlu kılmaktadır⁶⁹. OSA12. kısımda ise çevrimiçi hizmet sağlayıcılarının çocukları zararlı içeriklerden korumak için yaş doğrulama veya yaş tahmin araçları kullanmaları gerektiği belirtilmiştir. Yaş doğrulama ve yaş tahmin araçlarının nasıl kullanılacağı ve hangi durumlarda gerekli olduğu detaylı bir şekilde açıklanmıştır Söz konusu kısımda kullanıcının çocuk olup olmadığını doğrulamak için beyan, biyometrik tabanlı sistemler, resmi kimlik tanımlayan sistemlerin kullanılması zorunlu kılınmaktadır. Kanunun uygulanmasından ve denetiminden ise Birleşik Krallık İletişim Kurumu (Office of Communications–Ofcom) adlı düzenleyici kurum sorumludur.⁷⁰ Ofcom, hizmet sağlayıcılarının, kanunun gerekliliklerine uymasını sağlamak için rehberlik sunmakta ve uyumsuzluk durumlarında yaptırımlar uygulamaktadır.

D. ÜLKEMİZDE DİJİTAL ERGİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Ülkemizde çocukların çevrimiçi ortamda korunmasını amaçlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak mevzuatımızda dijital erginlik kavramının doğrudan düzenlenmediği ve herhangi bir yaş sınırının benimsenmediği görülmektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁷¹ (KVKK), bu Kanuna bağlı olarak çıkarılan yönetmelikler ve Türk Medeni Kanunu kapsamındaki genel düzenlemeler çocuğun hukukumuzda dijital

⁶⁷ DPA, (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/9/enacted>) (s.e.t. 20.07.2024) ; It Governance Green Paper, 3.

⁶⁸ Only Safety Act: Explainer, (<https://www.gov.uk/government/publications/online-safety-act-explainer/online-safety-act-explainer#age-appropriate-experiences-for-children-online>) (s.e.t. 20.07.2024).

⁶⁹ (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/part/3/chapter/2/crossheading/user-accounts-services-likely-to-be-accessed-by-children>) (s.e.t. 20.07.2024).

⁷⁰ Ofcom (Office of Communications) 29 Aralık 2003 tarihinde Communications Act 2003 ile kurulmuştur. Birleşik Krallık'ta televizyon, radyo, telekomünikasyon, posta ve çeşitli iletişim hizmetlerini düzenleme ve denetleme yetkisine sahiptir. Ofcom'un temel görevleri arasında rekabeti teşvik etmek, tüketici haklarını korumak ve içerik standartlarını sağlamak yer almaktadır. bkz. (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/part/1>), (s.e.t. 20.07.2024); Children and Parents: Media Use and Attitudes Report 2024, (<https://www.ofcom.org.uk/media-use-and-attitudes/media-habits-children/children-and-parents-media-use-and-attitudes-report-2024/>), (s.e.t.20.07.2024).

⁷¹ RG, 07.04.2016, S. 6698.

olarak ergin sayılması için gereken şartlara açıklık getirmek için faydalanılacak mevzuat olacaktır.

Çocuğun çevrimiçi ortamda korunması ve kişisel verilerinin korunması konusunda ilk olarak KVKK'nın içerdiği düzenlemeleri incelemek gerekmektedir. KVKK, ülkemiz açısından kişisel veri kavramının korunması kavramını içeren nispeten yeni bir düzenleme olmasına rağmen çocuğun kişisel verilerine ilişkin –dolayısıyla da dijital erginliğe– ilişkin çıkarım yapılabilecek doğrudan bu konuyu içeren bir hüküm barındırmamaktadır. Ancak yine de KVKK'da var olan hükümler ve TMK'nın ayırt etme gücü, fiil ehliyeti ve rızaya ilişkin hükümlerinin yardımı ile dijital erginlik kavramının hukukumuzdaki karşılığını belirlemeye çalışacağız.

Öncelikle KVKK'da *yaş sınırı* hususunda bir düzenleme olmamasının yanında *çocuk verisi* gibi bir kavramda yer almamaktadır. Kanun koyucu KVKK'da çocuğun korunmasına ilişkin bazı kurallar belirlemiş ancak KVKK bakımından çocukluğun ne zaman başladığı veya sone erdiğine ilişkin bir nitelendirme yapmamıştır. Aslında çocuk kavramının KVKK anlamında belirli bir yaşa indirgenmiş olması gerekli bir düzenlemedir. Böyle bir düzenlemenin varlığı belirli bir yaş grubuna mensup olan çocukların korunması konusuna açıklık getirmenin yanı sıra GPDR kurallarına da uyumlu olacaktır. GPDR'nin belirlemiş olduğu yaş aralığından bir yaş grubunun seçilerek söz konusu grubun korunması için hizmet sağlayıcıları güçlendirilmiş önlemler almaya zorlamak –AB ülkeleri ve ABD örneklerinde olduğu gibi– gerektiği kanaatindeyiz.

KVKK'da *çocuk verisi* kavramı yer almasa da m. 4'te yer alan kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken “*hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işledikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen ve işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme*” ilkelerinin çocukların verileri içinde uygulanması gerekmektedir. Bunun yanında KVKK'nın uygulamasının kontrolünü sağlamak amacıyla kurulan Kişisel Verileri Koruma Kurulu bilgilendirici bir rehber yayınlayarak çocukların kişisel verilerinin korunması için alınması gereken önlemleri düzenlemiştir.⁷² Söz konusu yol gösterici rehberde göre⁷³;

1. “*Ürün ve hizmetlerde çocukların kişisel verilerinin işlenmesi gerekiyorsa, veri işleme faaliyetleri veri minimizasyonu ilkesine uygun şekilde en az seviyede tutulmalıdır.*

2. *Mevcut teknoloji göz önünde bulundurularak çocuğun yaşını doğrulayan sistemler kullanılmalıdır. Örneğin, verilen rızayı kontrol etmek ve yaş doğrulaması yapmak için sadece o yaş grubundaki çocukların cevaplayabileceği sorular sorulabilir ve gerekli durumlarda velayet/vesayet hakkı sahiplerinin doğrulanmış iletişim bilgilerine bilgilendirme ve açık rıza onay metinleri gönderilebilir.*

⁷² KVKK Rehberler, (<https://kvkk.gov.tr/Icerik/2030/Rehberler>), (s.e.t. 30.07.2024).

⁷³ Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması Rehberi, (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/db0b3f30-c636-4fcb-930a-bf8f2e524de8.pdf>), (s.e.t. 30.07.2024).

3. Çocukların verilerinin işlendiği durumlarda, teknik ve idari tedbirlerin en üst seviyede alınmasına yönelik bir yaklaşım benimsenmelidir.

4. Çocukların haklarını bilmelerini ve kullanabilmelerini sağlayacak uygun politika ve mekanizmalar geliştirilmelidir.

5. Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, kitle çocuklar olduğu için, çocukların algı düzeyine uygun bilgilendirici metinler hazırlanmalı; gerekirse resim, video gibi görsel efektlerle desteklenen daha anlaşılır, sade ve açık bir dil kullanılmalıdır.”

Bahsi geçen rehberde küçüğün çevrimiçi korunması için alınacak önlemler, örneğin; çocuğun korunması amacıyla veri minimizasyonu⁷⁴, yaş doğrulama sistemleri, aydınlatma yükümlülüğü gibi yükümlülükler düzenlenmektedir; fakat herhangi bir yaş sınırından bahsedilmemektedir. Rehberde, yaş doğrulama sistemlerinin kullanılmasından bahsedilmektedir. Bu yöntem çocuğun beyan ettiği yaşta olup olmadığının kontrolü için kullanılan bir yöntemdir. Ancak rehberde yaş doğrulama sisteminin hangi yaş grubu için kullanılacağına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Bahsi geçen bir diğer unsur olan rıza ise dijital mecrada kullanıcının verilerinin işlenmesine ilişkin onay verildiğinin göstergesi olduğundan önemli bir unsurdur. Rıza kavramı yalnızca bilgilendirici rehberde bahsi geçen bir kavram değildir. KVKK'da da verinin işlenmesine yönelik rızanın ne şekilde alınacağı belirlenmiştir. Rehberde de geçen spesifik olarak belirlenen bir kavram olan açık rıza kavramına değinmeden evvel rıza kavramının açıklanması daha yerinde olacaktır.

Rıza hukukun genel bir ilkesi olarak hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir. Rıza verenin hakkını etkileyen bir eyleme rıza göstermesi eylemi–şartlar dâhilinde⁷⁵ hukuka uygun kılar.⁷⁶ Kişisel verinin korunmasında ise rızanın açık olarak verilmesi gerekmektedir. *Açık rıza* genel olarak hukuka uygunluk sebebi olan rızadan farklı unsurlar içermelidir.⁷⁷ KVKK m. 3/I, (a) açık rızayı, “Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza” şeklinde ifade etmektedir. GDPR m. 4/11 ise veri işleme faaliyetlerini hukuka uygun kılan

⁷⁴ GDPR 5/1-c'ye göre veri minimizasyonu; kişisel verilerin, işleme amaçları açısından yeterli, bu amaçla ilgili ve amacın gerekleri ile sınırlı olmasını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Murat Develioğlu Avrupa Birliği Genel Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 47; Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2010, s. 214–215.

⁷⁵ Akkurt, Sosyal Medya, s. 379 vd,

⁷⁶ Mustafa Dural / Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku – Kişiler Hukuku C. II, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 151; Jale Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, C. I – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 14. Baskı, Beta Basım Dağıtım, İstanbul, 2018, s. 401; Mehmet Ayan / Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 130–131; Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 17. Baskı Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 220; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, 7. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 108.

⁷⁷ Sinan Sami Akkurt, Açık Rıza, Pınar Çağlayan Aksoy / Hüseyin Can Aksoy (Ed.), Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış– KVKK Yayınları No. 42, s. 160.

rızayı “veri öznesinin, bir beyanla yahut olumlu bir onaylama eylemiyle özgürce verdiği, kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine ilişkin açık muvafakatini ifade eden, belirli bir konuya yönelik (spesifik), bilgilendirmeye dayanan ve isteklerini (onamının çerçevesini) net bir şekilde ortaya koyan rıza” olarak nitelendirmektedir. Söz konusu düzenlemelere göre açık rıza “ilgili kişinin, kişisel verilerinin işlenmesine re’sen ya da veri sorumlusundan gelen talep üzerine verdiği açık ve nitelikli izin”⁷⁸ olarak tanımlanabilir. Bahsi geçen düzenlemeler ışığında rızayı veren kişiyi yetişkin olması halinde, herhangi bir sınırlama söz konusu olmayacaktır. Ancak rızayı verenin çocuk olması durumunda, muhatap olunan kişinin yetişkinden farklı olduğu göz ardı edilmeden, bir çocuğun anlayabileceği türden metinler hazırlanarak rıza vermesi sağlanmalıdır.⁷⁹ KVKK’da çocuk verilerinin işlenmesine ilişkin maddelerde bulunan açık rızanın verilmesinde veli veya vasinin onayının arandığı maddede de GPDR’nin öngördüğü yaş sınırı gibi bir yaş sınırı getirilmemiştir.⁸⁰ Açık rızanın verilmesi konusunda yaş sınırına ilişkin Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından da henüz bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak KVKK’ya dayanılarak çıkarılan Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik⁸¹ m. 8’de “Çocukların Sağlık Verilerine Erişim” başlığı altında “Ebeveynler, çocuklarına ilişkin sağlık kayıtlarına herhangi bir onaya ihtiyaç duyulmaksızın e–Nabız üzerinden erişebilir. Ayırt etme gücüne sahip çocuklar, sağlık geçmişlerine ebeveynlerinin erişimini e–Nabız üzerinden izne tabi tutabilir. Anne ve babanın boşanması hâlinde velâyet hakkı üzerinde bırakılmayan taraf, çocuk ile velinin faydası gözetilmek suretiyle kişisel verilerin korunması mevzuatına uygun şekilde ve Genel Müdürlükçe belirlenen sınırlar çerçevesinde çocuğa ilişkin sağlık verilerine erişebilir.” denilmek suretiyle, çocukların verilerinin işlenmesi için açık rızanın ebeveynler tarafından verilebileceği hüküm altına alınmaktadır. Fakat burada da bir yaş sınırından bahsedilmemiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, çocuğun kişisel sağlık verisinin işlenmesi konusunda verdiği bir kararda⁸² başvurusunun on sekiz yaşının altında olması nedeniyle veri sorumlusuna yaptığı başvuruya cevap

⁷⁸ Akkurt, Açık Rıza, s.161; Göksu Hazar, Erdinç, “Ölçülülük İlkesi ve Açık Rıza Kapsamında Biyometrik Verilerin İşlenmesi”, C. 2, S. 1, 2020, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, s. 1 vd.

⁷⁹ Bahri Öztürk / Elif Altınok Çalışkan, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Genel Değerlendirmeler ve Anayasaya Aykırılık Sorunu”, C. 10, S. 100, 2018, Fasikül Hukuk Dergisi, s.293; Cihan Avcı Braun, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, C. 15, S. 1, 2018Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 23; Dülger, s. 24.

⁸⁰ Bkz. H. Murat. Develioğlu, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2017, s. 54; M. Macenaite / E. Kosta, “Consent for Processing Children’s Personal Data in The EU: Following in US Footsteps?”, Vol. 26, Issue 2, 2017, Information & Communications Technology Law, p. 146; Serdar Çelikel, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, S. 17, 2021, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 165.

⁸¹ RG, 21.06.2019, S. 30808.

⁸² Kişisel Verileri Koruma Kurulu, K:2020/622, T: 11/08/2020 (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622>), (s.e.t. 31.07.2024).

verilmemesi üzerine başvuruçunun babasının kurula şikâyetinde bulunması üzerine durumunu incelemiş ve TMK m. 11'e atf yaparak "Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik), "Genel ilke ve esaslar" başlığını taşıyan 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında herkesin, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili olarak 6698 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde yer alan hakları kullanabileceğinin belirtildiği; Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasında ise ebeveynlerin, çocuklarına ilişkin sağlık kayıtlarına herhangi bir onaya ihtiyaç duymaksızın e-Nabız üzerinden erişebileceği, ayırt etme gücüne sahip çocukların, sağlık geçmişlerine ebeveynlerin erişimini e-Nabız üzerinden izne tabi tutabileceğinin hüküm altına alındığı; mezkûr Yönetmelik hükümleri uyarınca sınırlı ehliyetsizlerin de ayırtım gücüne sahip olmak koşuluyla Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen hakları bizzat kullanabileceği, bunun yanında e-Nabız verilerine erişim hususunda küçük tarafından aksi öngörülmedikçe hem küçüğün hem velisinin yetkili kılındığının anlaşıldığı; anılan düzenlemenin somut olay bakımından kişisel verilerin korunması hakkının nispi kişiye sıkı biçimde bağlı hak olduğu yönündeki değerlendirme ile de uyumlu olduğu; zira her iki durumda da ayırtım gücüne sahip küçüğün söz konusu hakkı bizzat kullanabileceği gibi velisinin de onun adına ve hesabına kullanımına olanak tanıdığı"nı ifade etmiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere; kurul, kişisel verilerin korunmasının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul etmiştir.⁸³ Bu nedenle on sekiz yaşından küçük bireylerin, fiil ehliyetine sahip oldukları ölçüde kişisel verileri üzerinde tasarruf edebileceklerini dolayısıyla ilgili karara konu olayda küçüğün yaptığı başvurunun da geçerli kabul edileceği belirtilmiştir. Şikâyetin hem veli hem de küçük yönünden kabulünde etkili olan diğer husus ise küçüğün ve velisinin başvuru konusundaki iradelerinin örtüşmesidir.

Dijital erginlik kavramı ile doğrudan ilgili olan mevzuat hükümlerini incelediğimizde bu konuya ilişkin net bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle TMK'nın küçüğün yapabileceği hukuki işlemlerin sınırlarını ve türlerini belirleyen düzenlemelerinden yararlanmak gerekeceği kanaatindeyiz.

TMK'nın dijital erginlik ve çocuğun çevrimiçi korunması konularında başvurulacak düzenlemeleri ayırt etme gücü ve fiil ehliyetine ilişkin olan maddeleri olacaktır. Şöyle ki dijital mecrayı kullanan bireyin ayırt etme becerisine ve fiil ehliyetine sahip olup olmadığının tespiti dijital erginliğe etki eden kavramlardır. Yine dijital mecranın kullanımında içeriğe ilişkin verilen rızayı veren kişinin rıza vermeye yetkili olması konusunda da ilgili hükümlere başvurmak gerekecektir.

Dijital mecrayı kullanacak kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tespit edebilmek için TMK m. 13, fiil ehliyeti bakımından durumunu tespit edebilmek için ise TMK m.10 yol gösterici olacaktır.

TMK m. 13'e göre; "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne

⁸³ Aynı görüşte bkz. Gamze Turan Başara, "Medeni Hukuk İlişkilerinde Kişisel Verilerin Korunması", Pınar Çağlayan Aksoy / Hüseyin Can Aksoy (Ed.), Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış- KVKK Yayınları No. 42, Arkadaş Basım ve Sanayi, 2023, s. 447.

sahiptir". Ayırt etme gücü, "kişinin fiillerinin neden olduğu hukuki sonuçları önceden anlayabilme ve buna uygun davranabilme yeteneği" olarak tanımlanmaktadır.⁸⁴ Akla uygun davranma yeteneğine sahip olan herkes ayırt etme gücüne sahiptir. TMK m. 13'te sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde kişi akla uygun davranma yeteneğini yitirmiş olabilir. Akla uygun davranma yeteneği nispi bir durum olduğu için her somut olay için kişinin akla uygun biçimde davranma yeteneğinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir.⁸⁵

TMK m. 10 hükmüne göre ise gerçek kişilerde fiil ehliyetine sahip olmak için ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak gereklidir. Fiil ehliyeti bakımından gerçek kişiler tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetliler olarak sınıflandırılmaktadır.⁸⁶

Dijital erginlik, ayırt etme gücüne sahip küçükler için geçerli olan bir kavram olup hukukumuzda ayırt etme gücüne sahip küçükler sınırlı ehliyetsizdirler. Bu bakımdan sınırlı ehliyetsiz kişilerin yapabilecekleri hukuki işlemleri yapabilirler.⁸⁷ Ayırt etme gücüne sahip küçükler bazı yasak işlemler hariç yasal temsilcilerinin rızasıyla tam ehliyetlilerin yaptığı tüm işlemleri yapabilirler. Bazı hukuki işlemleri ise tek başlarına yapabilirler.⁸⁸ Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada tek başlarına hareket edebilirler.⁸⁹ Kanun koyucu sınırlı ehliyetsizleri korumak amacıyla hukuki işlemlerinin geçerliliğini yasal temsilcilerinin rızasına bağlamıştır.⁹⁰ Sınırlı ehliyetsizlerin korunmaya muhtaç olmadıkları hukuki işlemlerde yasal temsilcilerinin rızası aranmaz.

Mevzuatımızın konuya ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde dijital erginlik kavramının sınırlı ehliyetsizlik kavramı ile ilgili olduğunu ifade edebiliriz. Bu nedenle küçüğün internet mecralarında sınırlı ehliyetsizin yapabileceği işlemleri yapabileceği ve hukuki işleme taraf olması yahut rıza vermesi⁹¹ söz konusu ise bu sıfatla değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Kişisel veri bakımından veri sahibi çocuğun rızasının alınması konusuna değinmek gerekir ise çocuğun rızasının alınması gereken

⁸⁴ Vehbi Umut Erkan / İpek Yücer, *Ayırt Eme Gücü*, C.60, S.3, 2011, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 485–522.

⁸⁵ Dural / Öğüz, s. 60; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, s. 61; A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 41. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 199; İhsan Erdoğan / A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri–Kişiler Hukuku)* 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 240.

⁸⁶ Dural / Öğüz, s.78; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, s. 86; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 303; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 19.

⁸⁷ Dural / Öğüz, s. 85; Oğuzman / Seliçi / Özdemir, s. 100; Erdoğan / Keskin, s. 255. Akkurt, Açık Rıza, s. 173; Deschenaux, H. / Steinauer, P. – H.: *Personnes physiques et tutelle*, 4. éd., Berne 2001, No. 587.

⁸⁸ Hatemi, s. 39 vd.

⁸⁹ Hatemi, s. 40.

⁹⁰ Dural / Öğüz, s. 85; Erdoğan / Keskin, s. 257.

⁹¹ Oğuzman / Seliçi / Özdemir, s. 220.

durumlarda genel kural rızayı veli yahut vasinin vermesidir.⁹² Mevzuatımızda dijital erginliğe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından on sekiz yaş sınırı benimsenecektir.⁹³ Yani on sekiz yaşından küçük olanlar için bu türden işlemlerde rızayı verecek kişi veli ya da vasisidir. Ancak kanaatimizce uluslararası düzenlemelerde de ifade edildiği gibi çocukların on üç yaşından sonra anlama kapasiteleri göz önünde tutularak aydınlatma yapılarak rıza vermeleri hukuka uygun kabul edilmedi.⁹⁴

III. SOSYAL MEDYA MECRALARINDA DİJİTAL ERGİNLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Sosyal medya kullanımının artmasıyla beraber küçüklerin bu mecralarda kullanıcı olarak görünürlüğü önemli seviyelere ulaşmıştır. Küçüklerin sosyal medya mecralarından birini kullanmak istemeleri halinde, o mecranın kullanıcı sözleşmesine taraf olması gerekmektedir. Sosyal medya mecralarından birkaçını örnek olarak belirleyip kullanıcı sözleşmelerini de göz önünde bulundurarak, küçüklerin dijital erginlik yaşını kaç olarak belirlediklerini tespit etmek gerektiği kanaatindeyiz. Dijital erginlik kavramı bakımından kullanıcı sözleşmeleri incelenecek olan mecralar; YouTube⁹⁵, Facebook⁹⁶, Instagram⁹⁷ ve TikTok⁹⁸ olarak belirlenmiştir. YouTube⁹⁹,

⁹² Çelikel, s. 181.

⁹³ Akkurt, Açık Rıza, s. 174.

⁹⁴ Custers, B / Van Der Hof, S / Schermer, B / Appleby – Arnold, S / Brockdorff, N, “Informed Consent in Social Media Use– The Gap Between User Expectations and EU Personal Data Protection Law”, Volume 10, Issue 4, 2013, Script Ed, p. 435– 445; Houser / Voss, p. 53.

⁹⁵ YouTube, dünya genelinde 2,7 milyar aktif kullanıcıya sahiptir. Bu nedenle Youtube en popüler sosyal medya platformlarından biridir. Ayrıca, YouTube Premium hizmetinin 100 milyon abonesi bulunmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. (<https://www.businessofapps.com/data/youtube-statistics/> ve <https://www.demandsage.com/youtube-stats/>), (s.e.t. 28.07.2024).

⁹⁶ Facebook’un 2024 yılı itibarıyla 2,91 milyar aktif kullanıcısı bulunmaktadır. Bu kullanıcıların büyük bir kısmı, Asya-Pasifik bölgesinde bulunmakta olup, dünya çapındaki toplam kullanıcıların %44,63’ünü oluşturmaktadır. Avrupa’da 408 milyon, ABD ve Kanada’da ise 272 milyon kullanıcı bulunmaktadır. Hindistan, 366,85 milyon kullanıcı ile en çok Facebook kullanıcısına sahip olan ülkedir, onu 190,85 milyon kullanıcı ile ABD takip etmektedir. Ayrıca, Facebook, günlük ortalama 33 dakika kullanım süresi ile en çok zaman geçirilen sosyal medya platformudur. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. (<https://www.demandsage.com/youtube-stats/>), (s.e.t. 28.07.2024).

⁹⁷ Instagram, 2023 yılı itibarıyla 2 milyar aylık aktif kullanıcıya sahiptir. Bu sayı tüm internet kullanıcılarının %30,9’una denk gelmektedir. bkz. (<https://www.searchenginejournal.com/instagram-facts/314439/>), (s.e.t. 28.07.2024).

⁹⁸ TikTok; dünya çapında büyük bir kullanıcı kitlesine sahiptir. 2023 yılında TikTok’un toplam kullanıcı sayısı yaklaşık 1,92 milyar olarak kaydedilmiştir ve bu sayının 2027 yılına kadar 2,25 milyara ulaşması beklenmektedir. bkz. (<https://whatsthebigdata.com/tiktok-statistics/>), (s.e.t. 28.07.2024).

Facebook¹⁰⁰ Instagram¹⁰¹ ve TiktTok¹⁰²'un kullanıcı sözleşmeleri incelendiğinde görülen en önemli ortak özellik platformların kullanım şartları ve hizmet politikaları gereği dijital reşitlik yaşını genellikle on üç olarak belirlemiş olduklarıdır¹⁰³. Bu yaşın altındaki kullanıcıların söz konusu mecralarda hesap oluşturabilmesi veya içerik paylaşabilmesi için ebeveynlerinin veya vasilerinin onayı gerekmektedir. Ancak bu yaş sınırı ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir. Avrupa Birliği'nde, bu yaş sınırı GDPR düzenlemeleri doğrultusunda farklılık göstererek on altı yaşa kadar çıkarılabilir. Dolayısıyla, platformların kullanım koşulları, buldukları ülkedeki düzenlemelere uyum sağlamak zorundadır¹⁰⁴.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Erginlik hukukumuzda yaş, evlilik ve mahkeme kararı ile kazanılmaktadır. Dijital mecralarda ergin olarak kabul edilebilmek için bahsi geçen ergin olma hallerinden yaş ile ergin olma hali aranacaktır. Ancak dijital mecrada aranan yaş sınırı hukukumuzdaki on sekiz yaş sınırından daha düşüktür. Ülkemizde mevcut olan hukuki düzenlemelerden herhangi bir yaş sınırı belirlemek mümkün olmasa da AB ve AB üyesi ülkelerde, Birleşik Krallık ve ABD'de konuya ilişkin on sekiz yaş altının dijital olarak ergin kabul edildiği ve bu yaş gruplarının çevrimiçi onay istenen dijital mecralarda geçerli rıza verebilecek durumda oldukları kabul görmektedir. AB'de konuya ilişkin öne çıkan düzenleme olan GPDR'ye göre çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi için on altı yaşından büyük olması gerekmektedir. Ancak, on altı yaşından küçük çocuklar için, çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından rıza verilmesi veya onaylanması durumunda, kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Çocuğun ilgili hakları veli veya vasi tarafından kullanılacaksa çocuğun üstün yararı ilkesi doğrultusunda kullanılmalıdır. Üye devletlerin bu yaş sınırını on

⁹⁹ YouTube Kullanıcı Sözleşmesi için bkz. (https://www.youtube.com/intl/ALL_tr/howyoutubeworks/our-commitments/fostering-child-safety/#child-safety-policies), (s.e.t: 28.07.2024).

¹⁰⁰ Facebook Kullanıcı Sözleşmesi için bkz. (<https://tr-tr.facebook.com/help/581066165581870>), (s.e.t: 28.07.2024).

¹⁰¹ Instagram Kullanıcı Sözleşmesi için bkz. (<https://help.instagram.com/581066165581870>), (s.e.t: 29.07.2024).

¹⁰² TikTok Kullanıcı Sözleşmesi için bkz. (<https://www.tiktok.com/legal/page/row/terms-of-service/tr>), (s.e.t: 28.07.2024).

¹⁰³ Bahsi geçen tüm platformların kullanıcı sözleşmelerinin benzer ifadeler barındırdığı saptanmıştır. Bu nedenle çalışmada her birinden ayrı ayrı bahsederek tekrara düşmemek adına ilgili başlıkta kullanıcı sözleşmelerinin ortak özellikleri belirlenmiştir.

¹⁰⁴ Örneğin, ABD'de YouTube Kids gibi özel uygulamalar, daha küçük çocuklara yönelik içerikler sunmakta ve ebeveyn denetimlerini teşvik etmektedir. Bu nedenle, YouTube'da hesap oluşturmak ve içerik paylaşmak için dijital reşitlik yaşını genellikle on üç olarak kabul edilse de kullanıcıların buldukları ülkenin düzenlemelerine uymaları gerekmektedir.

üç kadar düşürebilecekleri kabul edilmektedir. On üç yaş alt sınırının ise kesin bir sınır olduğunu ifade etmek gerekmektedir.

Bu düzenlemeler doğrultusunda çalışmamızda belirlenen AB üyesi ülkelerin farklı yaş sınırlarını benimsemiş oldukları tespit edilmiştir. Almanya dijital erginlik yaşını GDPR'ye uyumlu olarak on altı olarak belirlerken, Avusturya dijital erginlik yaşını GDPR'nin çizdiği yaş sınırının içinde kalmak kaydıyla on dört olarak belirlemiştir. Fransa hizmet sağlayıcılarına on beş yaşından küçüklerin kayıtlarını reddetmek zorunluluğu yanında on üç yaşından küçüklere sosyal ağları yasaklamaktadır. AB dışı ülke örnekleri olarak incelenen ABD ve Birleşik Krallık ise on üç yaş sınırını benimsemektedir. Farklı yaş gruplarının benimsendiği bu düzenlemelerin ortak özellikleri de bulunmaktadır. Şöyle ki yaş sınırı ister on üç ister on altı olsun bu kişilerin korunmasının gerekliliği kabul görmektedir.

Uluslararası tüm metinlerde on sekiz yaş altı kişilerin sosyal mecralardaki varlığı kabul edilmekte ve bu kişilerin çocuk kabul edilmesinden yola çıkılarak korunmaları için hukuken önlem alındığı görülmektedir. Bu nedenle şunu ifade etmek gerekir ki dijital erginlik genel kabulün aksine, çocuk olarak kabul edilen bir grup için farklı nitelikleri taşıyan bir erginlik türünü kabul ederek bunların nitelikli yöntemler ile korunmasını içeren bir kavramdır. Yaş doğrulama sistemleri kullanılarak ilgili yaş grubunun bilebileceği soruların cevaplandırmasının istemek, veli ya da vasi onayının gerekli olduğu hâllerde veli veya vasinin dijital iletişim adresine onay mailli göndermek yahut yapay zekâdan yardım alınması suretiyle veli veya vasinin kimlik doğrulamasını istemek gibi birçok yöntemin yaşı küçük olan bu grubu koruma amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Dijital ergin olarak kabul edilen çocuğun çevrimiçi bir ortama kayıt olması veya çevrimiçi hizmeti kullanabilmesi için kullanım sözleşmesine taraf olabilmesi için rıza vermesi gerekmektedir. Çocuğun rızası alınırken anlama kapasitesi de göz önünde bulundurularak aydınlatma yapılmalıdır. Tüm bu veriler doğrultusunda daha öncede bahsi geçen ülkeler çok sayıda koruyucu önlem içeren kanuni düzenleme yapmışlardır.

Ülkemiz açısından konuya bakıldığında; kanun koyucunun, çeşitli düzenlemeler yapmış olduğu ancak söz konusu düzenlemelerde dijital erginlik yaşına ilişkin bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Mevcut olan mevzuat içinde KVKK ve erginlik ve ehliyet konusundaki genel düzenlemeleri içeren TMK konuyu açıklarken yol gösterici olmaktadır. KVKK özel olarak çocuğun kişisel verisi kavramını tanımlamasa da kişisel veriler için koyulan kurallardan özellikle m. 4'de yer alan düzenlemeler çocukların verileri için de geçerli ilkelere. TMK göre m. 11'de erginlik yaşı olarak düzenlenen on sekiz yaşın doldurulması gerekliliği dijital erginlik için geçerli gibi görünse de gerçekçi olmadığı düşüncesindeyiz. Şöyle ki; daha önce de ifade edildiği gibi on sekiz yaş altı grupların dijital mecralarda varlık gösterdikleri görülmektedir. Bu nedenle dünyadaki gelişmelerden geri kalmamak adına kanunkoyucunun dijital reşitliğe ilişkin bir yaş benimsemesi ve bu yaş grubunun altına koruyucu önlemleri hukukumuzda dâhil etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte ülkemizde faaliyet gösteren YouTube, Instagram, FaceBook ve TikTok kullanıcı sözleşmelerinde yaş

sınırı belirlemiştir. Belirlenen yaş sınırları AB düzenlemelerine uygundur. Bu da on sekiz yaşından küçüklerin dijital mecralardaki varlığını ispat etmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin dijital mecrada bazı hakları bizzat kullanabilmelerini kanunlaştırılmanın- var olan fiili durumun kabul edilmesinin-çocukların çevrimiçi korunması hususuna katkısı olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akipek J / Akıntürk T / Ateş Karaman D, Türk Medeni Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri– Kişiler Hukuku,18.Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2022.

Akkurt S S, “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Halinde Ortaya Çıkacak Cezai Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, C. 25, S. 2 ,2017, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 329–373.

Akkurt S S, Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Akkurt S S, “Açık Rıza”, Çağlayan Aksoy P / Aksoy H C (Ed.), Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış– KVKK Yayınları, No.42, Arkadaş Basım ve Sanayi, Ankara, 2023.

Aktaş Avci P, “Çocuk Influencer’ların Haklarının Korunması”, Kent B / Baş M / Samar M (Ed.), İnternet Hukukunda Çocuğun Korunması ve Mahremiyeti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, ss. 71–97.

Anderson H, “The Guardian of The Digital Era: Assessing the Impact and Challenges of The Children’s Online Privacy Protection Act”, Paradigm Academic Press Law and Economy, Volume 3, No 2, 2024, pp. 6–10.

Avcı Braun C, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, C. 15, S. 1, 2018, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 13–35.

Ayan M / Ayan N, Kişiler Hukuku, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Bass G / Duepner B, “A Tale of Two Standards: Strengthening HIPAA Security Regulations Using The PCI–DSS.” Health Systems, Volume 4, Issue 2, 2014, pp.111–123.

Boyd D / Ellison N B, “Social Network Sites: Definition, History, And Scholarship”, 2007 Volume 13, Issue 1, Journal of Computer–Mediated Communication, pp. 210–230.

Bostancı Bozbayındır Gülşah, “Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması ve ‘Sharenting’”, C. 16, S.180, 2021, Terazi Hukuk Dergisi, ss. 1498–1516.

Caner Şahin, A, Kişi Kavramı ve Gerçek Kişiler, Medeni Hukuk I Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku ed. Metin İkizler ve Özlem Tüzüner, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Custers, B / Van Der Hof, S / Schermer B / Appleby A S / Brockdorff N, “Informed Consent in Social Media Use–The Gap Between User Expectations and EU Personal Data Protection Law”, Script Ed, 2013, Volume 10, Issue 4, pp. 435 457.

Çelikel S, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, 2021, S. 17, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ss. 161–190.

Çevik İ, “Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Yasası’nın Değerlendirmesi”, S. 2, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2023, ss. 387–419.

Deschenaux, H / Steinauer, P– H.: Personnes physiques et tutelle, 4. éd., Berne 2001.

Develioğlu H M, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Develioğlu H M, Avrupa Birliği Genel Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Downing, D / Covington M A/ Covington M M vd., Dictionary of Computer and Internet Terms, Barron’s Educational Series, 10th Edition, 2009, China.

Dural M, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1977.

Dural M / Ögüz, T, Türk Özel Hukuku – Kişiler Hukuku, C. II, 19. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

Dülger Murat Volkan, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması” C. 1, S. 2, 2019, Yaşar Hukuk Dergisi, ss. 71–174.

Erdinç G H, “Ölçülülük İlkesi ve Açık Rıza Kapsamında Biyometrik Verilerin İşlenmesi”, C. 2, S. 1, 2020, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, ss. 1–19.

Erdoğan C, “Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)”, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, ss. 2445–2467.

Erdoğan İ / Keskin A D, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri–Kişiler Hukuku) 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Erkan V U / Yücer İ, Ayırt Eme Gücü, C.60, S.3, 2011, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss. 485–522.

Gözübüyük Ş, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 41. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.

Gross R/ Acquisti, A / Heinz H, “Information Revelation and Privacy in Online Social Networks” WPES ‘05 Proceedings of the 2005 ACM Workshop on Privacy in the Electronic Society, 2005, pp. 1–10.

Haley K, “Sharenting and the (Potential) Right to Be Forgotten”, Indiana Law Journal, Volume 95, Issue 3, Article 9, 2020, pp. 1006–1020.

Hatemi H, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Hornung G / Schnabel C, “Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and the Right to Informational Self-Determination”, 2009, Volume 25, Issue 1, Computer Law & Security Report, pp. 84–88.

Houser K A / Voss W G, “GDPR: The End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?”, 2018, Volume 25, Issue 1, 25 RICH. J.L. & TECH. no. 1, pp. 1–109.

It Governance Green Paper the Data Protection Act 2018 – Understanding the Basics, A GRC International Group Plc Subsidiary, United Kingdom 2020.

Kaplan, Andreas M / Haenlein M, “Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, 2010, Volume 53, Issue 1, Business Horizons, pp. 59–86.

Kaya M, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, C. 119, 2015, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 277–306.

Küzeci E, Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2010.

Lambert Paul, Understanding the New European Data Protection Rules, 1st Edition Auerbach Publications, New York, 2017.

Lievens E / Vander Maelen C, “A Child’s Right to be Forgotten: Letting Go of The Past and Embracing The Future?”, Latin American Law Review, Volume 2019, Issue 2, pp. 61–79.

Lievens E / Verdoodt V, “Looking for Needles in Haystack: Key Issues Affecting Children’s Rights in the General Data Protection Regulation”, Computer Law & Security Review, Volume 34, Issue 2, 2018, pp. 269–278.

Macenate M / Kosta E, “Consent for Processing Children’s Personal Data in the EU: Following in US Footsteps?”, Information & Communications Technology Law, 2017, Volume 26, Issue 2, pp. 146–197.

Marous M, “Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht am Beispiel der Zustimmungserklärung gem. § 4 Z 14 DSG, 2011, <https://core.ac.uk/download/pdf/11598931.pdf>

Moore W / Frye S A, “A Review of the HIPAA, Part 1: History, PHI, and Privacy and Security Rules”, *Journal of Nuclear Medicine Technology*, 2019, Vol. 52, Issue 2, pp. 1–13.

Oğuzman M K / Seliçi Ö / Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 17.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

Öztan B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 40. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Öztürk B, Altınok Çalışkan E, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Genel Değerlendirmeler ve Anayasaya Aykırılık Sorunu”, 2018, C. 10, S. 100, *Fasikül Hukuk Dergisi*, ss. 277–336.

Sanchez C / Hernandez A, *The Meaning of The Information Society Services in the E–Commerce Directive*. Masteroppgave, University of Oslo, 2005.

Serozan Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2000.

Tekben T / Yünlü S, “Erginlerin veya Kısıtlıların Evlat Edinilmesi” 2020, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan, ss. 579–583.

Topelso B / Gupta, O / Gaynor M / Duepner, B, “A Tale of Two Standards: Strengthening HIPAA Security Regulations Using the PCI–DSS”, *Health System*, 2015, pp. 111–123.

Topelso D / Bavitz C / Gupta R / Oberman I, “Privacy and Children’s Data – An Overview of the Children’s Online Privacy Protection Act and the Family Educational Rights and Privacy Act”, *The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series*, No. 23, 2013, pp. 1–18.

Tüfekçi Z, “Can You See Me Now? Audience and Disclosure Regulation in Online Social Network Sites”, *Bulletin of Science, Technology & Society*, 2008, Volume 28, Issue 1, pp. 3–91

Uçak M, “Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası”, C. 3, S. 1, 2021, *Kişisel Verilerin Korunması Dergisi*, ss. 41–60.

Yakışır Ö, “Hak ve Fiil Ehliyeti”, *Medeni Hukuk I Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, İkizler M / Tüzüner Ö (Ed.), Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

İnternet Kaynakları

<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions> (s.e.t. 10.07.2024)

<https://bills.parliament.uk/bills/3430> (s.e.t. 11.07.2024)

https://crmchange.com/uploadedFiles/White_Papers/PDF/What_is_Social_Media_iCrossing_ebook.pdf (s.e.t. 21.07.2024)

<https://e-enfance.org/informer/reseaux-sociaux/la-reglementation-sur-les-reseaux-sociaux/> (s.e.t. 22.07.2024)

<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2018/1808/oj> (s.e.t. 27.07.2024)

<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (s.e.t. 29.07.2024).

<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj> (s.e.t. 27.07.2024)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046> (s.e.t. 27.07.2024)

<https://gesetz-digitale-dienste.de/> (s.e.t. 24.07.2024)

<https://help.instagram.com/581066165581870> (s.e.t. 29.07.2024)

<https://kvkk.gov.tr/Icerik/2030/Rehberler>, (s.e.t. 30.07.2024)

<https://tr-tr.facebook.com/help/581066165581870> (s.e.t. 28.07.2024)
https://tr.wikipedia.org/wiki/Mobil_uygulama, (s.e.t. 21.07.2024)
<https://web.archive.org/web/20130617111928/http://dictionary.reference.com/browse/podcast?s=t> (s.e.t. 21.07.2024)
<https://whatsthebigdata.com/tiktok-statistics/> (s.e.t. 28.07.2024)
https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2519_proposition-loi
(s.e.t. 20.07.2024)
https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2519_proposition-loi
(s.e.t. 20.07.2024)
<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitalisierung/digitale-dienste-gesetz-2250526> (s.e.t. 24.07.2024)
<https://www.businessofapps.com/data/youtube-statistics/> (s.e.t. 28.07.2024)
<https://www.cdc.gov/phlp/php/resources/health-insurance-portability-and-accountability-act-of-1996-hipaa.html> (s.e.t. 11.07.2024)
<https://www.cdc.gov/phlp/php/resources/health-insurance-portability-and-accountability-act-of-1996-hipaa.html> (s.e.t. 11.07.2024)
<https://www.cnil.fr/fr/mes-demarches/les-droits-pour-maitriser-vos-donnees-personnelles>
(s.e.t. 22.07.2024)
<https://www.cnil.fr/fr/mes-demarches/les-droits-pour-maitriser-vos-donnees-personnelles>
(s.e.t. 22.07.2024)
<https://www.demandsage.com/youtube-stats/> (s.e.t. 28.07.2024)
<https://www.demandsage.com/youtube-stats/> (s.e.t. 28.07.2024)
<https://www.dictionary.com/browse/podcast>), (s.e.t. 21.07.2024)
<https://www.die-medienanstalten.de/ueber-uns/organisation/kjm/> (s.e.t. 24.07.2024)
<https://www.ecfr.gov/current/title-34/subtitle-A/part-99> (s.e.t. 11.07.2024)
<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/complying-coppa-frequently-asked-questions> (s.e.t. 07.07.2024)
<https://www.ftc.gov/news-events/events/2010/06/protecting-kids-privacy-online-reviewing-coppa-rule> (s.e.t. 22.06.2024)
<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2015/11/ftc-grants-approval-new-coppa-verifiable-parental-consent-method> (s.e.t.11.07.2024)
<https://www.gesetze-im-internet.de/ddg/BJNR0950B0024.html> (s.e.t. 24.07.2024)
<https://www.gesetze-im-internet.de/juschg/BJNR273000002.html> (s.e.t. 24.07.2024)
<https://www.gov.uk/dataprotection#:~:text=The%20Data%20Protection%20Act%202018%20is%20the%20UK's%20implementation%20of,used%20fairly%2C%20lawfully%20and%20transparently> (s.e.t. 11.07.2024)
<https://www.gov.uk/government/publications/online-safety-act-explainer/online-safety-act-explainer#age-appropriate-experiences-for-children-online> (s.e.t. 20.07.2024)
<https://www.itgovernance.eu/blog/en/how-effective-are-the-gdprs-rules-on-the-age-of-consent> (s.e.t. 27.07.2024)
<https://www.jurist.org/news/2023/06/france-senate-passes-legislation-requiring-age-verification-for-minors-on-social-media/> (s.e.t. 22.07.2024)
<https://www.kjm-online.de/> (s.e.t. 24.07.2024)

<https://www.kjm-online.de/themen/technischer-jugendmedienschutz/> (s.e.t. 24.07.2024)

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622> (s.e.t. 31.07.2024)

<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/db0b3f30-c636-4fcb-930a-bf8f2e524de8.pdf> (s.e.t. 30.07.2024)

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054> (s.e.t. 20.07.2024)

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047799533>, (s.e.t. 20.07.2024).

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/part/1> (s.e.t. 20.07.2024)

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/9/enacted> (s.e.t. 20.07.2024)

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/part/3/chapter/2/crossheading/usertouser-services-likely-to-be-accessed-by-children> (s.e.t. 20.07.2024).

<https://www.ofcom.org.uk/media-use-and-attitudes/media-habits-children/children-and-parents-media-use-and-attitudes-report-2024/> (s.e.t.20.07.2024)

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001597> (s.e.t. 25.07.2024)

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20011678> (s.e.t. 25.07.2024)

<https://www.searchenginejournal.com/instagram-facts/314439/> (s.e.t. 28.07.2024)

https://www.senat.fr/basile/visio.do?id=d0150842&idtable=d172203-114375_20%7Cd0150842&_c=m%C3%A9dias&rch=ds&de=20230615&au=20230630&dp=15-jours&radio=dp&aff=72203&tri=p&off=0&afd=ppr&afd=ppl&afd=plj&afd=cvn, (s.e.t. 21.07.2024)

<https://www.telefonica.com/en/communication-room/blog/protection-of-minors-and-online-age-verification-the-case-of-france/> (s.e.t. 22.07.2024)

<https://www.tiktok.com/legal/page/row/terms-of-service/tr> (s.e.t: 28.07.2024)

<https://www.village-justice.com/articles/enfants-influenceurs-que-prevoit-loi-octobre-2020,37502.html> (s.e.t. 28.07.2024)

https://www.youtube.com/intl/ALL_tr/howyoutubeworks/our-commitments/fostering-child-safety/#child-safety-policies (s.e.t: 28.07.2024)

<https://www2.ed.gov/policy/gen/guid/fpco/ferpa/index.html#:~:text=FERPA%20gives%20parents%20certain%20rights,transferred%20are%20%22eligible%20students.%22> (s.e.t.11.07.2024)

TÜRKİYE'DE YABANCI MEVSİMLİK TARIM İŞÇİLERİNİN ÇALIŞMA KOŞULLARI

Working Conditions of Foreign Seasonal Agricultural Workers in Türkiye

Arş. Gör. Dr. H. Hilal TİRİTOĞLU ERSOY*

Öz: Mevsimlik tarım işlerinde, çok sayıda yabancı işçinin istihdam edildiği bilinmektedir. Tarım sektörü, yapısal özellikleri ve kayıt dışı istihdamın yaygınlığı dolayısıyla, özellikle vasıfsız iş gücü bakımından yabancı işçilere kolay iş bulma olanağı sağlamaktadır. Bununla birlikte, yabancı mevsimlik tarım işçilerinin oldukça zor şartlar altında iş gördükleri belirtilebilir. Tarımsal üretimde çalışan yabancı işçiler düşük ücretler karşılığında, uzun çalışma süreleri boyunca, işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından tehlike barındırabilecek işleri yeterli koruma ve güvence bulunmaksızın yerine getirmektedirler. Bunun yanı sıra, göç ettikleri ülkede yabancı olduklarından ayrımcılığa uğramakta, toplumsal dışlanmaya maruz kalmaktadırlar. Yabancı mevsimlik tarım işçilerinin neredeyse hepsi çalışma izinleri bulunmaksızın kayıt dışı olarak iş görmektedirler. Böylece yabancılar, mevsimlik tarım işlerinde yaygın olarak istihdam edilseler de işlerini yerine getirirken neredeyse hiçbir koruma ve güvence çerçevesi altında değildirlere. Bu bakımdan, yabancı mevsimlik tarım işçilerinin insana yakışır çalışma koşullarından yoksun şekilde iş gördükleri belirtilebilir. Çalışmamızda, "Türkiye'de Yabancı Mevsimlik Tarım İşçilerinin Çalışma Koşulları" konusu ele alınmıştır. Bunun için, öncelikle mevsimlik tarım işi, mevsimlik tarım işçisi ve tarım aracısı kavramları açıklığa kavuşturulmuştur. Ardından, yabancı ve yabancı mevsimlik tarım işçisi kavramları üzerinde durulmuştur. Akabinde, Türkiye'de iş gören yabancı mevsimlik tarım işçilerinin çalışma koşulları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mevsimlik İş, Tarım İş, Mevsimlik Tarım İş, Mevsimlik Tarım İşçisi, Tarım Aracısı, Yabancı, Yabancı Mevsimlik Tarım İşçisi.

Abstract: It is known that many foreign workers are employed in seasonal agricultural work. The agricultural sector, due to its structural characteristics and the prevalence of informal employment, provides easy employment opportunities for foreign workers, especially in terms of unskilled workforce. However, it can be stated that foreign seasonal agricultural workers work under very difficult conditions. Foreign workers in agricultural production perform for low wages, for long working hours, and without adequate protection and security, performing work that may be hazardous in terms of occupational health and safety. In addition, since they are foreigners in the country they migrate to, they are subjected to discrimination and social exclusion. Almost all foreign seasonal agricultural workers work informally without work permits. Thus, although foreigners are widely employed in seasonal agricultural work, they are under almost no protection and security framework while performing their work. In this respect, it can be stated that foreign seasonal agricultural workers work without decent working conditions. In our study, the subject of "Working Conditions of Foreign Seasonal Agricultural Workers in Türkiye" is discussed. For this purpose, firstly, the concepts of seasonal agricultural work, seasonal agricultural worker and agricultural intermediary are clarified. Then, the concepts of foreign and foreign seasonal agricultural workers are mentioned. Subsequently, the working conditions of foreign seasonal agricultural workers in Türkiye are examined in detail.

Keywords: Seasonal Work, Agricultural Work, Seasonal Agricultural Work, Seasonal Agricultural Worker, Agricultural Intermediary, Foreigner, Foreign Seasonal Agricultural Worker.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi h.h.tiritoglu.ersoy@aybu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-3429-9210 DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573690
Makale Geliş Tarihi: 20.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 19.09.2024

GİRİŞ

Mevsimlik tarım işçileri, çalışma hayatındaki en dezavantajlı gruplar arasında yer almaktadır. Toplumun en yoksul ve mağdur kesiminden meydana gelen anılan işçilerin oldukça zor şartlar altında iş gördükleri belirtilebilir. Mevsimlik tarım işçileri, genellikle çalışma hayatına ilişkin kanunların uygulama alanı dışında tutulmaktadır. Buna gerekçe olarak, mevsimlik tarım işlerinin dağınık bir şekilde ülke düzeyine yayılmış olması, iş gücünün mevsimlere ve doğa koşullarına göre başka bölgelere göç etmesi gibi faktörler dolayısıyla düzenleme yapılmasının zorluğu gösterilmektedir. Ayrıca, düzenlenmesi gibi denetlenmesi de zor bir sektör olduğundan mevsimlik tarım işlerinde, kayıt dışı çalışma da oldukça yaygındır. Belirtilen sebepler doğrultusunda, mevsimlik tarım işçilerinin çoğunlukla sosyal güvenceden yoksun şekilde, düşük ücretler karşılığında, uzun çalışma saatleri boyunca iş gördükleri ve işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından tehlike arz edebilecek işleri uygun olmayan koşullar altında yerine getirdikleri belirtilebilir.¹

Özellikle son yıllarda, tarımsal üretim kaynaklı iş gücü talebi uluslararası iş gücü göçünün artması bakımından önemli bir rol üstlenmektedir. Türkiye’de tarım sektörü, yabancı iş gücü istihdam etme potansiyeli epey yüksek olan bununla beraber düzensiz göçmenlerin çalışmasına sık rastlanan sektörlerden biridir. Zira tarım sektörü, yapısal özellikleri ve kayıt dışı istihdamın yaygınlığı dikkate alındığında özellikle vasıfsız iş gücü bakımından yabancı işçilere kolay iş bulma olanağı tanımaktadır. Bu bakımdan, mevsimlik tarım işlerinde çalışan yabancı işçilerin sayısının oldukça fazla olduğu ve gün geçtikçe artmaya devam ettiği belirtilebilir. Bununla birlikte, yabancı mevsimlik tarım işçilerinin çalışma hayatında ciddi mağduriyetlerle karşı karşıya kaldıkları bir gerçektir. Anılan işçiler, hem yerli mevsimlik tarım işçileri gibi oldukça zor şartlar altında iş görmekte hem de göç ettikleri ülkede yabancı olmaları dolayısıyla ayrımcılığa, kötü muameleye daha fazla maruz kalmaktadırlar. Bu doğrultuda, anılan işçilerin yerel iş gücüne kıyasla daha zor koşullar altında iş gördükleri belirtilebilir.²

Belirtilen hususların yanı sıra, mevsimlik tarım işlerinin görülmesi bakımından yerel iş gücü ile yabancı iş gücü arasında ortaya çıkan rekabet ortamı, anılan işçilerin çalışma koşullarını olumsuz yönde etkilemektedir. Zira kayıt dışılığın yaygın olduğu tarım sektöründe yabancı iş gücü istihdamının da artması ile yoksulluk olgusu iyice artmıştır. Rekabetin çalışma koşullarını daha kötü hale getirmesi neticesinde tarımsal üretim neredeyse yerel iş gücünün yer almaktan kaçındığı ağırlıklı olarak yabancıların istihdam edildikleri bir sektör haline gelmiştir. Böylece,

¹ Müslim Demir, “Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sosyal Güvenlik Haklarına İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler”, C.1, S.44, 2015, Çalışma ve Toplum Dergisi, s.177, 184; Cihan Selek Öz/Enver Bulut, “Mevsimlik Tarım İşçilerinin Türk Hukuk Sistemi İçerisindeki Yeri”, ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi, C.1, S.1, 2013, s.109-110.

² Saniye Dedeoğlu, “Tarımsal Üretimde Göçmen İşçiler: Yoksulluk Nöbetinden Yoksulların Rekabetine”, C.1, S.56, 2018, Çalışma ve Toplum Dergisi, s.30-40.

Türkiye’de mevsimlik tarım işçiliği en yoksulların neredeyse yaşam mücadelesi verdikleri gelir getirici bir çalışma biçimini almıştır.³

Çalışmamızda, önemi dolayısıyla “*Türkiye’de Yabancı Mevsimlik Tarım İşçilerinin Çalışma Koşulları*” konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda, öncelikle mevsimlik tarım işi, tarım işçisi ve tarım aracısı kavramları üzerinde durulmuştur. Ardından, yabancı ve yabancı mevsimlik tarım işçisi kavramları hakkında bilgi verilmiş ve Türkiye’de iş gören yabancı mevsimlik tarım işçilerinin çalışma koşulları ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

I. MEVSİMLİK TARIM İŞİ

A. GENEL OLARAK

Mevsimlik işlerin yaygın olarak görüldüğü alanlar turizm, tarım ve ormancılık, inşaat, avcılık ve balıkçılık, gıda, deri işkolları şeklinde belirtilebilir. Ülkemizde ekonomiye büyük ölçüde yön veren tarım sektöründe, mevsimlik işler önemli bir yer kaplamaktadır.⁴ Mevzuatımızda mevsimlik iş kavramı tanımlanmamıştır. Genel ifade ile mevsimlik işler, işin niteliği ve yapısı itibarıyla faaliyetin yılın belirli dönemlerinde sürdürüldüğü ya da tüm yıl çalışılmakla beraber yılın belirli dönemlerinde artış gösterdiği işyerlerinde yapılan işler olarak tanımlanabilir. Böylece mevsimlik işler, işin özelliği dolayısıyla yılın belirli bir döneminde periyodik, düzenli olarak tekrarlanmaktadır.⁵

Türkiye’de tarım sektörü, gıda maddelerine yönelik ihtiyacın karşılanması, milli gelire ve istihdama katkısı, dışa bağımlılığın önlenmesi,

³ Dedeoğlu, s.38-39; Zeki Bayramoğlu/Merve Bozdemir, “Dış Göçlerin Mevsimlik Tarım İşçiliği Üzerine Etkilerinin Değerlendirilmesi”, C.9, S.2, 2019, İğdır Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, s.1166.

⁴ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 22. Baskı (Tıpkı Basım), Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s.270; Bektaş Kar, “Mevsimlik İş”, S.4, 2006, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, s.69-70; Didem Yardımcıoğlu, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, s.20-21.

⁵ Süzek, s.270; Hamdi Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022, s.456-457; Aydın Başbuğ/Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s.129; Kar, s.69-70; Selek Öz/Bulut, s.96; Yardımcıoğlu, s.16-20; Münevver Temir, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tarımda Çalışanlar*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.50; Münevver Temir, “İş Hukuku Boyutuyla Tarımda İş ve İşçi Bulma Aracılığı”, C.73, S.1, 2024, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.440. “*Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın diğer dönemlerinde iş sözleşmelerinin, ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektirdiği işler mevsimlik iş olarak değerlendirilir.*” Yargıtay 7. HD, E:2015/3305, K:2015/1758, T: 17.02.2015, (<https://www.lexpera.com.tr/>, s.e.t. 26.03.2024).

ödemeler dengesi üzerinde olumlu etkilerinin bulunması gibi çeşitli gerekçeler ile ülke ekonomisi bakımından oldukça önemli bir rol üstlenmektedir. Zira tarımsal üretim ile genel istihdam, dış ticaret ve ekonominin diğer sektörleri arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.⁶ Toprağın işlenmesi ve hayvan yetiştirilmesi yoluyla bitkisel ve hayvansal ürünler elde edilmesi tarım işleri kapsamında yer alır.⁷ Her ne kadar tarımına yer verilmesi de hangi işlerin tarım ve orman işlerinden olduğu İş Kanunu m.111'de belirtilmiştir. İş Kanunu m.111 uyarınca, “*Tarım ve orman işlerinden sayılacak işlerin esasları şunlardır: a) Her çeşit meyveli ve meyvesiz bitkiler; çay, pamuk, tütün, elyaflı bitkiler; turuncgiller; pirinç, baklagiller; ağaç, ağaççık, omca, tohum, fide, fidan; sebze ve tarla ürünleri; yem ve süt bitkilerinin yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı, araştırılması, bunlarla ilgili her türlü toprak işleri, ekim, dikim, aşı, budama, sulama, gübreleme, hasat, harman, devşirme, temizleme, hazırlama ve ayırma işleri, hastalık ve zararlılarla mücadele, toprak ıslahı, çayır, mera, toprak ve su korunması. b) Ormanların korunması, planlanması (amenajman), yetiştirilmesi, işletilmesi, sınırlandırılması çalışmaları, bunlara ait alt yapı çalışmaları ile tohum toplama, fidanlık, ağaçlandırma, erozyon kontrolü, etüt proje ve rehabilitasyonu, ormancılık araştırma ile milli park, orman içi dinlenme yerleri ve kent ormanlarının kurulması, bakım ve geliştirilmesi. c) Her türlü iş ve gelir hayvanlarının (arı, ipek böceği ve benzerleri dahil) yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı ve bunlarla ilgili bakım, güdüm, terbiye, kırkım, sağım ve ürünlerinin elde edilmesi, toplanması, saklanması ile bu hayvanların hastalık ve asaklarıyla mücadele. d) 854 sayılı Deniz İş Kanununun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması.*” Bunun gibi, İş Kanununun 111. maddesine dayanarak hazırlanan “*Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik*”⁸ de tarım ve orman işlerinin nelerden ibaret olduğunu listelemektedir.

⁶ Demir, s.178.

⁷ Süzek, s.221; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.32; Ercan Akyiğit, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.93; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.294; M. Fatih Uşan, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kanunu Açısından Tarım İşleri (4773 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler de Dikkate Alınarak)”, C.7, S.2, 2003, Kamu-İş Dergisi, s.530; M. Fatih Uşan/Canan Erdoğan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.77; Yardımcıoğlu, s.21-22; Temir, 2020, s.7. Öğretide bir görüş, tarım işlerini dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Buna göre, geniş anlamda tarım işinden farklı olarak dar anlamda tarım işi kapsamına hayvan yetiştiriciliğini almadığı gibi pratik olarak ürün elde etmeyi sağlayan tüm faaliyetleri de kapsamaz. Bu doğrultuda, ormancılık, bahçivanlık, çiçekçilik, ipek kozacılığı, balıkçılık, hayvancılık, çobanlık, yemişçilik, avcılık dar anlamda tarım işlerinden değildir. Belirtilen hususlar doğrultusunda, İş Kanununun geniş anlamda tarım işi tanımını benimsediği ifade edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Temir, 2020, s.7; Temir, 2024, s.441.

⁸ RG, 03.09.2008, S.26986. “*Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik*”, Ek I’de “*tarım ve orman işleri*” başlığı altında belirtilen işler esasen İş Kanunu m.111 hükmünün tekrarı niteliğindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yardımcıoğlu, s.24-25; Temir, 2020, s.13-14.

Tarım ve orman işleri arasında, özellikle çeşitli tarım ürünlerinin toplanması, işlenmesi, bakımı, paketlenmesi faaliyetleri, sulama, yangın ve fidan dikim işleri mevsimlik olarak yapılmaktadır.⁹ Türkiye, iklim koşullarına bakıldığında yılın dört mevsiminde farklı tarımsal ürünlerin yetiştirildiği bir ülke olma özelliğini taşır. Sonbahar, kış ya da ilkbahar aylarında ekimi yapılan ürünlerin hasadı genellikle yaz aylarında yapılmaktadır. Bunun neticesinde, tarımsal üretimde özellikle ekim, dikim işlerinde ve hasat zamanlarında insan emeğine duyulan ihtiyaç oldukça fazladır. Bu suretle, mevsimlik tarım işi adı verilen yılın belirli zaman dilimlerinde yapılan kısa süreli mevsimlik işler tarım sektörü açısından oldukça yaygındır.¹⁰ Zira tarım sektöründe çalışanlara sürekli iş sağlanamadığı gerçeği de tarım işçiliğinin büyük oranda mevsimlik olarak yapılmasını mecburi kılmaktadır. Tarlanın ekilmesi, ürünlerin hasadı, tarım arazilerinin ilaçlanması, av sezonunda balıkçılık faaliyeti yürütülmesi gibi işler mevsimlik tarım işlerine örnek olarak gösterilebilir.¹¹

B. MEVSİMLİK TARIM İŞÇİLERİ

4857 sayılı İş Kanununun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında, işçi kavramı “*bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi*” olarak tanımlanmıştır. Bu halde, bir kimsenin işçi sayılabilmesi için yaptığı çalışmanın iş sözleşmesine dayanması gerekir.¹² Bu sebeple, taraflar arasında serbest iradeleri ile kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması şarttır. Bunun yanı sıra, yalnızca gerçek kişilerin işçi sıfatına sahip olabilecekleri unutulmamalıdır. İşin niteliği, yapılan işin bedeni veya fikri çalışmayı gerektirmesi, işyerinde çalışan işçi sayısı gibi hususlar ise işçi sıfatının kazanılması bakımından önem arz etmez.¹³

Mevsimsel özellikler doğrultusunda yılın belirli dönemlerinde ortaya çıkan yahut artış gösteren ve düzenli şekilde tekrar eden işlere yönelik gerekli iş gücü ihtiyacını karşılamak üzere istihdam edilen işçiler, mevsimlik

⁹ Kar, s.70; Yardımcıoğlu, s.25.

¹⁰ Demir, s.179-180; Yardımcıoğlu, s.41; Temir, 2020, s.51.

¹¹ Temir, 2020, s.51-52.

¹² Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023, s.87-88; Süzek, s.139-140; Müjdat Şakar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s.15-16; Akyiğit, s.56; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.167-168; Uşan/Erdoğan, s.52; Başbuğ/Yücel Bodur, s.55; Her ne kadar işçi kavramının tanımında “iş sözleşmesi” terimine yer verilmişse de anılan kavramın belirlenmesi bakımından esas önem arz eden “iş ilişkisi”dir. Zira iş sözleşmesi, iş ilişkisini meydana getiren bir sözleşmedir. Bununla birlikte, iş ilişkisinin mevcudiyeti her zaman bir iş sözleşmesinin varlığına bağlı değildir. Bu sebeple, öğretide haklı olarak, İş Kanunu m.2/1 hükmündeki “iş sözleşmesi” teriminin “iş ilişkisi” olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yardımcıoğlu, s.54-55.

¹³ Süzek, s.139; Şakar, s.15; Akyiğit, s.56-57; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.169; Uşan/Erdoğan, s.52; Başbuğ/Yücel Bodur, s.57; Yardımcıoğlu, s.53-54; Temir, 2020, s.41-42.

işçilerdir.¹⁴ Mevsimlik işte çalışan işçiler, işverenin daveti üzerine mevsim başında işbaşı yaparlar. Mevsimlik işin sona ermesi ile de işyerinden ayrılırlar. Bununla birlikte, taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli olduğu ihtimalde, mevsimlik çalışmanın son bulması ile iş sözleşmesi sona ermez. Bu durumda, iş sözleşmesi gelecek mevsim başına kadar askıya alınır. Başka bir ifade ile, taraflar her ne kadar asli yükümlülüklerini yerine getirmeseler de iş sözleşmesi devam eder. Ancak, taraflar arasındaki sözleşme eğer belirli süreli ise, sözleşme süresinin dolması ile iş ilişkisi de sona erer. Böylece, işverenin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırdığı işçiyi ertesi mevsim başında işe alma mecburiyeti olmaz.¹⁵ Unutulmamalıdır ki, iş hukukunda asıl olan iş sözleşmelerinin belirsiz süreli yapılmasıdır. Zira belirli süreli iş sözleşmelerinin ancak kanunda belirtilen objektif nedenlerin varlığı halinde yapılması mümkündür.¹⁶

Tarım işlerinde bir iş sözleşmesi ile işverene bağımlı olarak çalışan kimseler, tarım işçisi olarak tanımlanabilir.¹⁷ Tarım işçileri; nitelikleri, çalışma dönemleri, iş sözleşmelerinin içerikleri bakımından birbirlerinden farklılık arz eden geniş muhtevalı bir işçi grubu olarak düşünülebilir. Örnek vermek gerekirse tarım işçileri gördükleri işin niteliği bakımından; tarımda süreksiz çalışanlar, sürekli çalışanlar, mevsimlik işlerde çalışanlar gibi çeşitli

¹⁴ Selek Öz/Bulut, s.97; Yardımcıoğlu, s.56.

¹⁵ Süzek, s.270-272; Erol Akı, “Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları”, C.5, S.3, 2000, Kamu-İş Dergisi, s.251-252; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.458-460; Sabahattin Yürekli, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.140-141. “Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz. Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmelerle çalışılmışsa iş sözleşmesi 4857 sayılı Kanun'un 11/son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır. Mevsime tabi olarak yapılan işlerde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi hizmet edimini, ancak iş mevsiminde ifa etmekle yükümlüdür. Mevsimlik çalışmanın sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan, fakat iş sözleşmesi bozulmamış olan işçi, ertesi mevsim başına kadar işverene hizmet etmek, işveren de ona ücret ödemek zorunda değildir. Bir başka anlatımla, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçları bir sonraki mevsim başına kadar askıya alınmaktadır. Askı döneminde, işçinin iş görme, işverenin ise ücret ödeme borcu ortadan kalkmakta, ancak işçinin sadakat ve kısmen işyerindeki kurallara uyma talimat borçları, işverenin ise gözetme borcu ve eşit işlem borçları devam etmektedir. İşçi mevsim başında işbaşı yapınca, tarafların askıda olan temel borçları yeniden aktif hale gelmektedir. Mevsim sona ermiş olmasına rağmen, iş sözleşmesi bozulmamış olduğu için yeni mevsim başında tarafların tekrar sözleşme yapmalarına gerek kalmaksızın işçinin iş görme edimini ifa, işverenin de işçisine iş verme ve ücret ödeme borçları yeniden yürürlük kazanacaktır.” Yargıtay 22. HD, E:2013/12444, K:2014/13170, T:20.05.2014, (<http://www.lexpera.com.tr/>, s.e.t.23.09.2024).

¹⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.187; Süzek, s.250; Şakar, s.51; Akı, s.251-253; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.413-414, 458; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2023, s.58; Uşan/Erdoğan, s.84-85; Başbuğ/Yücel Bodur, s.130; Yürekli, s.136-137.

¹⁷ Demir, s.180; Temir, 2020, s.44.

gruplara ayrılmaktadırlar.¹⁸ Tüm ücretli tarım işçileri arasında, mevsimlik tarım işlerinde çalışanlar çalışma ve yaşam koşulları en zor ve sosyal güvenceden yoksun olanlardır.¹⁹

Mevsimlik tarım işçisi, mevsimlik tarım işlerinde bir işverene bağımlı olarak çalışan kimseler olarak ifade edilebilir.²⁰ Mevsimlik tarım işçileri, genellikle tarım ürünlerinin çapalanması, hasadı, kurutulması ve serilmesi gibi işlemleri yerine getirirler.²¹ Mevsimlik işler, her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan işlerdir. Zira mevsimlik işlerde faaliyetin yılın belirli dönemlerinde yürütülmesi yahut artış göstermesi söz konusudur. Ülkemizde tarım sektöründe çalışanlara devamlı iş sağlanamaması dolayısıyla tarım işçiliğinin çoğu zaman mevsimlik ya da geçici olarak yapılması mecburiyeti doğmaktadır.²²

Mevsimlik tarım işçilerini, gezici ve geçici mevsimlik tarım işçileri olarak ikiye ayırmak mümkündür.²³ Mevsimlik gezici tarım işçileri, çalışmak amacı ile sürekli yaşadıkları yerleşim alanlarından mevsimlik tarım işlerinin yoğun olduğu bölgelere gider ve iş bitene kadar o bölgede kalırlar.²⁴ Mevsimlik geçici tarım işçileri ise, tarımsal üretimin yapıldığı alanda ya da yakınlarında yaşarlar ve daha çok günübirlik çalışırlar. Böylece, mevsimlik tarım işçilerinin bir bölümü kendi memleketlerinden göç ederek tarım işlerinde çalışırken, diğer bir kısmı göç etmeksizin tarım işlerinde çalışmaktadırlar.²⁵ Türkiye'deki mevsimlik tarım işçileri genel olarak göçebe hayatı sürdürmektedirler. Ayrıca, göç ettikleri yerlerde çoğunlukla olumsuz yaşam şartlarına maruz kaldıkları da bilinmektedir.²⁶ Bunların yanı sıra, bazı bölgelerimizde gündelikçi ve aylıkçi olarak isimlendirilen mevsimlik tarım

¹⁸ Tarım işçilerine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Temir, 2020, s.41-65.

¹⁹ Hayata Destek Derneği, Mevsimlik Gezici Tarım İşçiliği 2014 Araştırma Raporu, s.11, (<https://www.hayatadestek.org/wp-content/uploads/2021/09/mevsimlik-gezici-tarim-i-CC%87sciligi-2014-arastirma-raporu.pdf>, s.e.t. 29.07.2024).

²⁰ Demir, s.180.

²¹ Dedeoğlu, s.41.

²² Temir, 2020, s.51-52; Temir, 2024, s.444.

²³ “... tarımsal faaliyet ile uğraşan birçok aile, geçimini sağlayabilmek amacıyla daha fazla tarımsal iş olanağı bulunan yörelere gezici (yerleşik olmayan) ve mevsimlik (geçici) işçi olarak gitmek durumunda kalmaktadır...Genellikle işleyecek toprağı bulunmayan, yetersiz toprağı sağıp olan ya da çeşitli nedenlerle bu toprakları işleyemeyen aileler, tarımsal işgücü talebi yoğun olan yerlere giderek, gezici veya geçici olarak çalışmaktadırlar.” Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇSGB, Mevsimlik Gezici Tarım İşçilerinin Çalışma ve Sosyal Hayatlarının İyileştirilmesi Stratejisi ve Eylem Planı, Ankara, 2010.

²⁴ Türkiye’de, mevsimlik gezici tarım işçiliğinde bazı bölgeler ve ürünler öne çıkmaktadır. Bunlar; Karadeniz Bölgesi’nde çay ve fındık, Ege Bölgesi’nde yaş sebze ve meyve, Çukurova’da narenciye ve yaş sebze, Orta Anadolu’da soğan, bakliyat, kimyon, haşhaş, şekerpancarı, kiraz, kayısı ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi’nde Antep fıstığı, pamuk, sebze, bakliyat şeklinde belirtilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dedeoğlu, s.41.

²⁵ Demir, s.180; Selek Öz/Bulut, s.98; Temir, 2020, s.53; Temir, 2024, s.444.

²⁶ Dedeoğlu, s.40; Demir, s.180.

işçileri de bulunmaktadır. Ancak bahsi geçen işçilere eskiye nazaran günümüzde daha nadir rastlanmaktadır.²⁷

C. TARIM ARACILARI

Mevsimlik tarım işçiliği, geçmişten günümüze bünyesinde iş aracılığı kurumunu barındırmaktadır. Başka bir ifade ile, mevsimlik tarım işlerinde, işçiler işverenler ile doğrudan ilişki kurmazlar. Dayıbaşı, elçibaşı, çavuş gibi isimler altında anılan aracilar, onların iş bulmalarına olanak sağlarlar. Tarım aracıları genel ifade ile, tarım işlerinin yoğun olduğu dönemlerde tarım işverenlerinin ihtiyaç duyduğu mevsimlik iş gücünü karşılamak üzere tarım işçileri ile işverenlerini bir araya getiren kimseler olarak tanımlanabilir.²⁸ Zira “*Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği*”nin²⁹ 4. maddesi uyarınca, aracı, “*tarımda iş ve işçi bulma aracılığı görevini yapmak üzere Kurumca izin verilen gerçek veya tüzel kişileri*” ifade eder.

Tarım aracılarının kendilerine özgü görevleri, ayrıcalıkları ve vasıfları vardır. Böylece, tarım aracıları tarım işlerinde işçilerin iş, işverenlerin de işçi bulmalarına aracılık etmektedirler. Şöyle ki, tarım işverenleri ihtiyaç duydukları sayıda tarım işçisinin tedariki için tarım aracıları ile irtibat kurarlar.³⁰ Dolayısıyla, mevsimlik tarım işçilerinin aracılara bağımlı oldukları bir çalışma düzeni mevcuttur. Aksi halde, mevsimlik tarım işçilerinin iş bulabilmelerine neredeyse imkân bulunmamaktadır.³¹ Bu düzenin de esasen anılan işçilerin sömürülmesine yol açabileceği ifade edilebilir.³² Zira tarım aracılarının aldıkları yüksek komisyon ücretleri, erzak, ulaşım gibi gereksinimler için işçilerin ücretlerinden yaptıkları kesintiler buna bir kanıt olarak gösterilebilir. Bununla birlikte, tarım

²⁷ Temir, 2020, s.53. Gündelikçiler ve aylıkçılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Temir, 2020, s.53-55.

²⁸ Temir, 2020, s.90; Temir, 2024, s.445.

²⁹ RG, 27.05.2010, S.27593.

³⁰ Tarım aracılarının çalışma yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Temir, 2020, s.97-99.

³¹ Demir, s.177, 180; Temir, 2020, s.89-90; Temir, 2024, s.445.

³² Dedeoğlu, s.54; Demir, s.177, 180; Temir, 2024, s.446. Tarım aracılığı sistemine yönelik mevcut yasal düzenlemeler, mevsimlik tarım işçilerinin daha elverişli koşullarda çalışmaları bakımından önem arz etmektedir. “*Tarımda İş Aracılığı Yönetmeliği*” genel itibariyle aracılara; işverenle sözleşme yapılması, ücretlerin ödenmesi, işçilerin iş, ücret ve diğer hususlar hakkında bilgilendirilmeleri, ulaşım konusunda gerekli önlemlerinin alınması, işçilerin barınma koşullarının sağlığa uygun hale getirilmesi gibi çeşitli konularda yükümlülükler getirmektedir. Bununla birlikte, tarım aracıları olmaksızın mevsimlik tarım işçilerinin iş bulabilmelerinin güçlüğü, mevcut düzenlemelerin uygulamaya geçirilememesine sebep olmakta ve işçilerin aracilar tarafından sömürülmelerine kapı aralamaktadır. Bundan dolayı, uygulamadaki sorunların önüne geçilebilmesi açısından denetim artırılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Merve Yılmaz/Cengiz Sayın/Mehmet Bozoğlu, “Mevsimlik Gezici Tarım İşçiliğinde Tarım Aracılığının Rolü: Giresun İli Fındık Örneği”, C.34, S.2, 2021, Mediterranean Agricultural Sciences, s.193-194; Temir, 2024, s.446.

aracılarının varlığı bir yandan da tarım işçileri bakımından güven telkin eden bir durumdur. Başka bir ifade ile, tarım araçlarının varlığının işveren bakımından işin yapılacağına, işçiler bakımından ise ücretlerinin ödeneceğine yönelik bir garanti teşkil ettiği düşünülebilir.³³

II. YABANCI KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Yabancı kavramı, sözlük anlamı itibarıyla “*başka bir milletten olan, başka devlet uyruğunda olan veya belli bir yere veya kimseye özgü olmayan*” şeklinde ifade edilmektedir.³⁴ Yabancı kavramı hakkında karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukukunda genel kabul gören tanımlama Devletler Hukuku Enstitüsü tarafından 1982 yılında Cenevre Toplantısında yapılmıştır. Buna göre, yabancı, “*bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimse*”dir. Devletler Hukuku Enstitüsü’nün yabancıların tanımında, vatandaşlık unsurunu esas aldığı belirtilebilir.³⁵

Türk Hukukunda yabancı, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kimse olarak tanımlanmaktadır. Zira Türk Vatandaşlığı Kanunu m.3/1-d ve Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.3/1-ü uyarınca yabancı, “*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi*” ifade eder.³⁶ Böylece, ülkemiz bakımından, Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan herkes yabancıdır.³⁷ Bu halde, Türk vatandaşlığı hariç birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olan kimseler de yabancı statüsündedirler. Bununla birlikte, vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı

³³ Kalkınma Atölyesi, “Türkiye’de Mevsimlik Tarımsal Üretimde Yabancı Göçmen İşçiler Mevcut Durum Raporu”, Altan Matbaası, Ankara, Mayıs 2016, s.19, (<https://www.ka.org.tr/dosyalar/file/Yayinlar/Cocuk-Haklari/Raporlar/TURKIYEDE-MEVSIMLIK-TARIMSAL-URETIMDE-YABANCI-GOCMEN-ISCILER-MEV CUT-DURUM-RAPORU.pdf>, s.e.t.24.05.2024); Dedeoğlu, s.54-55.

³⁴ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (e.t.22.04.2024).

³⁵ Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 27. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s.16; Vahit Doğan/Alper Çağrı Yılmaz/Lale Ayhan İzmirli, Türk Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023, s.4-5.

³⁶ Mevzuatta yapılan tanım dikkate alındığında, yabancı tanımının yalnızca gerçek kişileri konu aldığı görülmektedir. Halbuki yabancı tüzel kişiler de mevcuttur. Öğreti de öne sürülen bizim de katıldığımız görüş uyarınca, vatandaşlık unsuru gerçek kişilere özgü iken tüzel kişilerin belirli bir ülkeye aidiyetleri/tabiiyetleri söz konusudur. Dolayısıyla, yabancı kavramı incelenirken, gerçek kişi- tüzel kişi ayrımının yapılmasında fayda vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.5-6.

³⁷ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.17; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.7; Nuray Ekşi, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s.38; Hacı Can/Ekin Tuna, Yabancılar Hukuku – Genel Kısım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.88-89; Hatice Hilal Tiritioğlu Ersoy, “Türkiye’de Mültecilerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları”, S.2, 2019, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s.439.

olduğu ihtimalde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olan kimseler yabancı sayılmazlar.³⁸

Yabancı kavramının kapsamında; yabancı devlet vatandaşı olan kimselerin yanı sıra hiçbir devlet vatandaşlığına sahip olmayan vatansızlar, göçmenler, uluslararası koruma talep eden ve uluslararası koruma statüsü alan diğer yabancılar, NATO mensupları, uluslararası kuruluşlarda çalışanlar ve diplomatik temsilciliklerde olduğu gibi özel statüdeki yabancılar bulunmaktadır.³⁹ Dolayısıyla, yabancı kavramı geniş yorumlanmalıdır.

B. YABANCI MEVSİMLİK TARIM İŞÇİLERİ

Hukumumuzda, mevsimlik işçilerin Türk vatandaşı olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mevsimlik işlerde Türk vatandaşları gibi yabancılar da çalışabilirler. Mevsimlik işlerde, özellikle turizm ve tarım sektörleri başta olmak üzere, çok sayıda yabancı işçinin istihdam edildiği bilinmektedir.⁴⁰ Zira tarım sektörünün yapısal özellikleri ve kayıt dışı istihdamın yaygınlığı göz önüne alındığında özellikle vasıfsız iş gücü bakımından yabancı işçilere kolay iş bulma imkânı sunduğu belirtilebilir.⁴¹

Yabancı mevsimlik tarım işçilerinin sayısındaki artışın arka planı genel hatları ile değerlendirildiğinde; ilk olarak Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi⁴² dikkat çekmektedir. Anılan Sözleşmede doğu ülkelerinden gelen göçmenlerin mülteci statüsünde değerlendirilmemesi,⁴³ Türkiye'nin göçmenler nazarında daha cazip bir hale gelmesine sebep olmuştur. Bundan dolayı, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesinden sonra vuku bulan savaşlar, iç çatışmalar, doğal afetler ve bu gibi sebepler neticesinde Türkiye Ortadoğu'dan çok fazla göç almıştır. Bu durum, 1950'li yıllardan itibaren mevsimlik tarım işçilerinin sayısındaki artış ile bağlantılıdır. 1980 ve 1990 yılları arasında gerçekleşen dış göçler de ülkemizde mevsimlik tarım işçilerinin sayısının artmasına katkıda bulunmuştur. Ancak, bilhassa 2000'li yıllarda, yabancı mevsimlik tarım işçilerinin sayısı önemli boyutlara ulaşmıştır. Buna gerekçe olarak, özellikle 2010 yılında Arap Baharı'nın neden olduğu toplumsal çatışmaları takiben ülkemiz tarafından izlenen “açık kapı politikası” gösterilebilir. Zira Suriyeli

³⁸ Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.7-8; Ekşi, s.38-39; Tiritioğlu Ersoy, s.439. MOHUK.m.4/1-b uyarınca, “Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku uygulanır.”

³⁹ Ekşi, s.39; Tiritioğlu Ersoy, s.439. Yabancı gerçek kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Öztekin Gelgel, s.17-33; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.9-18; Ekşi, s.39-58.

⁴⁰ Yardımcıoğlu, s.563-564.

⁴¹ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.46; Dedeoğlu, s.39-40; Bayramoğlu/Bozdemir, s. 1165-1166.

⁴² 29.08.1961 t. ve 359 sayılı “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında Kanun”, RG, 05.09.1961, S.10898.

⁴³ Mülteci kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Öztekin Gelgel, s.19-23; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.10-11; Ekşi, s.41-48; Can/Tuna, s.188-191; Tiritioğlu Ersoy, s.440-444; Yardımcıoğlu, s.569-571.

göçmenlerin geçici koruma statüsü ile Türkiye’de misafir edilmeleri neticesinde tarım sektöründe çeşitli üretim süreçlerinde aktif rol aldıkları belirtilebilir.⁴⁴

Türkiye’de, özellikle son yıllarda artan yabancı sayısı ile tarım sektöründe yerel emek ile yabancı emek arasında tabiri caizse bir rekabet ortamı oluştuğu belirtilebilir. Bu alanda yapılan araştırmalar,⁴⁵ tarımsal üretimde yabancı işçilerden yaygın olarak faydalandığını ve ülkemizde üretilen birçok tarım ürününün özellikle hasat işlemlerinde yabancı işlerin çalıştıklarını ortaya koymaktadır. Yabancı işçiler, belirli ürünlerin üretiminde ve belirli coğrafi bölgelerde ön plana çıkmaktadır. Özellikle Suriye, Azerbaycan ve Gürcistan uyruklu yabancıların tarımsal üretimde aktif şekilde yer aldıkları göze çarpmaktadır.⁴⁶ Gürcü işçilerin daha çok Karadeniz Bölgesi’nde Ordu, Giresun, Rize, Trabzon ve Artvin illerinde çay, fındık yetiştiriciliğinde, Azeri işçilerin Kars, Ardahan gibi doğu illerinde ot biçme ve hayvancılık işlerinde istihdam edildikleri ifade edilebilir. Sayıları bir hayli fazla olan Suriyeli işçiler ise yaygın olarak Malatya, Mersin, Adana, Urfa ve Gaziantep illerinde kayısı, narenciye, pamuk, sebze ve Antep fıstığı toplama işlerinde çalışmaktadırlar. Bunun gibi, Malatya ve Ankara illerinde ise hayvan bakım çalışmalarında Suriyeliler başta olmak üzere Orta Asya ülkelerinden gelen yabancı göçmen işçilerin çalıştırıldıkları bilinmektedir. Bu sebeple, tarım sektöründe yabancı işçilerin, bazı ürünlerin hasadında yerli iş gücü ile rekabet halinde oldukları, bazı ürünler bakımından ise o ürün grubu için çalışan tek işçi grubu oldukları ifade edilebilir.⁴⁷

Ayrıca belirtilmelidir ki, mevsimlik tarım işlerinde yabancı işçilerin sayılarındaki artışta ülkeler arasında karşılıklı ilişkileri geliştirmek adına tesis edilen vize muafiyeti anlaşmalarının etkisi bulunmaktadır. Yabancıların ülkeye vize almadan girebilmeleri ve muafiyet süresi içerisinde Türkiye’de kalabilmeleri vize muafiyeti olarak isimlendirilir. Vize muafiyetini konu alan ikili yahut çok taraflı anlaşmalarda, ülkeye yapılacak seyahatin kazanç elde etme amacı taşımaması gerekir. Başka bir ifade ile, vize muafiyeti

⁴⁴ Bayramoğlu/Bozdemir, s.1164-1165.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkınma Atölyesi, 2016, s.11, 14-15; Dedeoğlu, s.38-39.

⁴⁶ “Karadeniz Bölgesi’nde Ordu, Giresun, Rize, Trabzon ve Artvin illerinde hem fındık hem de çay üretiminde Gürcü işçiler yoğun olarak çalışırken, hayvancılığın temel geçim kaynağı olduğu Kars ve Ardahan’da Azeri göçmenlerin ot biçme gibi tarımsal aktivitelerin mevsimlik çalışanları olduğu görülmektedir. Son grup ise, sayıları 2011 yılından beri hızla artan ve üç milyona yaklaşan geçici koruma statüsü altındaki Suriye vatandaşlarıdır. Aslında Suriyelilerin Türkiye’de işgücü piyasasında geniş bir yeri olduğu bilinmekle beraber, bu Rapor ... hemen hemen her türlü bitkisel ve hayvansal üretimde Suriyeli göçmenlerin istihdam edildiği ortaya konmuştur. Alan çalışması sırasında; Malatya, Mersin, Adana, Urfa ve Gaziantep illerinde kayısı, narenciye, pamuk, sebze ve Antep fıstığı toplama işlerinde yaygın olarak Suriyeli işçilerin çalıştıkları kaydedilmiştir. Malatya ve Ankara illerinde ise hayvan bakım çalışmalarında da Suriyeliler başta olmak üzere Orta Asya ülkelerinden gelen yabancı göçmen işçilerin çalıştırıldıkları tespit edilmiştir. Gürcistan, Azerbaycan ve Suriye’den gelen göçmenler Türkiye’de mevsimlik tarımsal işgücü arzının önemli bir kısmını oluşturmaktadır.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkınma Atölyesi, 2016, s.84.

⁴⁷ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.29-30; Dedeoğlu, s.38-39; Bayramoğlu/Bozdemir, s.1166.

anlaşmasından yararlanılarak gidilecek ülkede, ticari faaliyette bulunamaz ya da ücretli çalışma yapılamaz.⁴⁸ Bununla birlikte, vize muafiyetinden yararlanarak Türkiye'ye gelen yabancılardan bazılarının kayıt dışı olarak iş gücü piyasasına katıldıkları ve vize süreleri bitene kadar çeşitli işlerde çalıştıkları bilinmektedir. Bu tür yabancılar bakımından, mevsimlik tarımsal üretim gelir elde etme fırsatı sunan bir sektördür.

Türkiye ile arasında vize muafiyeti bulunan ülkelere diğeri bir örnek Gürcistan'dır. Türkiye ile Gürcistan arasında uygulanan vize muafiyeti rejimi neticesinde iki ülke vatandaşları önceden vize almaksızın, son 180 gün içerisinde toplam kalış süresi 90 günü geçmemek şartı ile vizesiz seyahat edebilmektedirler. Bahsi geçen ülke vatandaşları birbirlerinin ülkesine pasaporta ihtiyaç duyulmaksızın kimlik kartı ile giriş yapabilmektedirler.⁴⁹ Mevsimlik tarım işleri bakımından değerlendirildiğinde, Gürcülerin Türkiye'ye gruplar halinde mevsimlik olarak çay toplamaya geldiklerini, fındık toplama işinde de sayılarının gittikçe arttığını yukarıda belirtmiştik. Sarp Sınır Kapısı'ndan Türkiye'ye en çok çay ve fındık toplama dönemlerine tekabül eden mayıs, temmuz, ağustos ve eylül aylarında giriş yapılması da bunun bir göstergesidir.⁵⁰

Türkiye ile arasında vize muafiyeti bulunan ülkelere diğeri bir örnek de Azerbaycan'dır. Türkiye ile Azerbaycan arasında uygulanan vize rejimi neticesinde iki ülke vatandaşları, 180 gün içinde 90 güne kadar yapacakları seyahatler için vizeden muaftırlar. Türkiye ile Azerbaycan arasındaki seyahatler pasaporta ihtiyaç duyulmaksızın, yeni tip kimlik kartları ile yapılabilir.⁵¹ Bu şekilde Azerbaycan'dan Türkiye'ye seyahat eden kimselerden bazılarının amacı turistik olsa da bazılarının kayıt dışı olarak çalışma hayatında rol aldıkları bilinmektedir. Ayrıca, Azerilerin "tek millet" söylemi, dilimize yakınlıkları, Müslüman olmaları Türkiye'de kabul görmelerini ve iş bulmalarını kolaylaştırmaktadır. Bu sebeple, Türkiye'de iş gücü piyasasında kayıt dışı olarak birçok Azeri istihdam edilmektedir. İğdır Dilucu Sınır Kapısı'ndan en çok temmuz, ağustos ve eylül aylarında giriş

⁴⁸ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.89-90; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.57; Can/Tuna, s.214, 217.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, (<https://www.mfa.gov.tr>, s.e.t. 01.07.2024); Dedeoğlu, s.43.

⁵⁰ Dedeoğlu, s.44-47. ÇAYSIAD 2023 Çay Sektörü Raporu uyarınca, çay toplama işindeki yabancı işçi sayısı geçmiş yıllara kıyasla azalmıştır. Gürcü işçilerin sayısında da geçmiş yıllara nazaran azalma olurken kaçak göçmen Afgan işçilerin sayısı artmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAYSIAD 2023 Yılı Çay Sektörü Raporu, (<https://www.caysiad.org.tr/2023-yili-cay-sektoru-raporu>, s.e.t.03.07.2024).

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, (<https://www.mfa.gov.tr>, s.e.t. 03.07.2024). Türkiye ile Azerbaycan Cumhuriyetleri Vatandaşlarının Karşılıklı Ziyaretlerinde Kimlikle Seyahat İmkânı Taniyan Protokol 01.04.2021 yılı itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Güncel Açıklamalar, (https://www.mfa.gov.tr/no_-127_-turkiye-ile-azerbaycan-vatandaslarinin-ziyaretlerinde-kimlikle-seyahat-imbani-taniyan-protokol-hk.tr.mfa, s.e.t. 03.07.2024).

yapıldığı tespit edilmiştir, bu aylar Kars ve Ardahan'da Azeriler tarafından ot biçme ve hayvancılık işlerinin yapıldığı aylara denk düşmektedir.⁵²

C. TARIM ARACILARI

Tarım işverenlerinin ihtiyaç duydukları sayıda tarım işçisinin tedariki için tarım aracıları ile iletişime geçtiklerini ifade etmiştik.⁵³ Bu doğrultuda, yabancı mevsimlik tarım işçilerinin de iş bulabilmeleri için tarım aracılarının ihtiyaçları bulunmaktadır. Zira anılan işçilerin tarım işlerine erişimleri tarım aracıları ile kurulan ilişkiler vasıtasıyla meydana gelmektedir. Böylece, tarım aracıları yerel iş gücü bakımından üstlendikleri aracılık görevini yabancı işçiler bakımından da yerine getirirler.⁵⁴

Yabancıların Türkiye'de tarımsal işlere ulaşırken akrabalık ilişkilerinden faydalandıkları bilinmektedir. Zira anılan kimseler çoğu zaman akrabalık ilişkileri dolayısıyla Türkiye'ye göç etmekte ve akrabaları vasıtasıyla mevsimlik tarım işlerinde iş bulabilmektedirler. Özellikle Azeriler, Gürcüler ve Suriyelilerin Türkiye'de var olan akrabalık ilişkilerinden faydalandıkları bilinmektedir. Bu bakımdan, yabancıların tarımsal işlere ulaşabilmeleri bakımından faydalandıkları akrabalık ilişkileri de bir bakıma aracı bir kurum olarak düşünülebilir. Tıpkı işçiler gibi tarım işverenleri de işçi ararken akrabalık ilişkilerinden faydalanmaktadırlar. Bunun gibi, günlük iş gören yabancılar bakımından işçi pazarları, parklar, işçi kahvehaneleri de tıpkı aracı bir kurum gibi işçi ve işverenleri bir araya getirmektedir. Elbette bu tür mekanların, kişilerin ve ilişkilerin aracı kurum olarak değerlendirilmeleri yapılan işin niteliğine, yapıldığı yere göre farklılık arz edebilir. Bununla birlikte, uygulamada bahsi geçen yöntemlerden hem işçilerin işe hem de işverenlerin işçiye ulaşmak için faydalandıkları bir gerçektir. Bu halde, tarım aracılarının yabancı işçilere ulaşmalarının ve onları kendi ekiplerine dahil etmelerinin farklı biçimlerde ortaya çıktığı belirtilebilir.⁵⁵

Belirtilen hususların yanı sıra, tarım aracılarının yabancı işçiler bakımından üstlendikleri farklı bir rol de mevcuttur. Özellikle vasıfsız işlerde çalışan yabancı işçilerin, buldukları ülkede yabancı olmaları, çoğu zaman haklarını bilmemeleri, dil bilmemeleri, kayıt dışı çalışmaları gibi sebeplerle çalışma hayatında mağdur konumda oldukları belirtilebilir. Bundan dolayı, çalışma hayatında yabancı işçilerin ücretlerini zamanında alamamaları, eksik ya da geç almaları yahut hiç alamamaları sık karşılaşılan problemler arasındadır. Tarım aracılarının varlığı ise, anılan işçiler bakımından bir nebze de olsa güven telkin etmekte ve bu sorunlar ile karşılaşma riskini azaltmaktadır. Buna karşılık, uygulamada tarım aracılarının aldıkları yüksek komisyon ücretleri, yaptıkları ücret kesintileri gibi vasıtalarla mevsimlik tarım işçilerinin emeklerini sömürdükleri

⁵² Dedeoğlu, s.47-50.

⁵³ Bkz. yukarıda § I, C.

⁵⁴ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.19; Dedeoğlu, s.53.

⁵⁵ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.19; Dedeoğlu, s.53-54.

durumlar ile de karşılaşılmaktadır. Bu husus, yabancı mevsimlik tarım işçileri bakımından varlığını daha yoğun bir şekilde hissettirmektedir.⁵⁶

III. ÇALIŞMA KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Mevsimlik tarım işçilerinin, çalışma hayatındaki en dezavantajlı gruplar arasında yer aldıkları ifade edilebilir. Anılan işçiler, genellikle toplumun en yoksul ve mağdur kesiminden meydana gelmekte ve toplumsal hiyerarşinin en altında yer almaktadırlar. Sosyal korumadan mahrum şekilde iş gören anılan işçilerin çalışma ilişkilerinde sömürüye uğramalarına yaygın olarak rastlanmaktadır. Mevsimlik tarım işçilerinin çalışma koşulları; düşük ücret, uzun çalışma süreleri, zorlu ve tehlikeli çalışma ortamı, sağlıksız barınma koşulları ve güvencesiz çalışma ile kategorize edilmektedir.⁵⁷

Mevsimlik tarım işçiliği, mevzuatta yetersiz düzenlenmiş ve yakın zamana kadar neredeyse görünmez kalmıştır. Mevsimlik tarım işçilerinin çoğunlukla yasal düzenlemelerin kapsamı dışında bırakıldıkları belirtilebilir. 50'den az işçi çalıştıran (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri veya işletmeleri İş Kanununun kapsamı dışındadır (İşK.m.4/1-b).⁵⁸ Böylece, yalnızca 51 ve daha fazla tarım işçisi çalıştıran işyerleri İş Kanunu kapsamına alınmıştır. 50 ve daha az tarım işçisi çalıştıran işyerlerinde iş gören işçiler ise Türk Borçlar Kanununa tabidir.⁵⁹ Öğretide⁶⁰ tarım işlerinin özelliği gereği

⁵⁶ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.19; Dedeoğlu, s.54-55.

⁵⁷ Dedeoğlu, s.40; Demir, s.177, 184; Selek Öz/Bulut, s.110. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Mart 2015 tarihli "Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu"nda, mevsimlik tarım işçilerinin kötü çalışma koşullarına dikkat çekilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TBMM, "Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu", Sıra:716, Mart 2015.

⁵⁸ 50'den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ve işletmelerde İş Kanununun uygulanmayacağına ilişkin kuralın istisnaları bulunmaktadır. Buna göre; kaç işçi çalıştığına bakılmaksızın "tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler" (İşK.m.4/2-c), "tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri" (İşK.m.4/2-d) ile "halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri" (İşK.m.4/2-e) İş Kanunu kapsamındadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.160; Süzek, s.223; Ekmekçi/Yiğit, s.9; Uşan/Erdoğan, s.77-78; Başbuğ/Yücel Bodur, s.114.

⁵⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.158-160; Süzek, s.221-222; Şakar, s.33; Akyiğit, s.97-98; Mollamahmutuoğlu/Astarlı/Baysal, s.292; Ekmekçi/Yiğit, s.8; Uşan/Erdoğan, s.77; Başbuğ/Yücel Bodur, s.114; Demir, s.185; Selek Öz/Bulut, s.95, 101; Yardımcıoğlu, s.27-28; Temir, 2020, s.42. İşK.m.113 uyarınca, "Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (ı) bentlerinde sayılan işyerlerinde çalışan işçiler hakkında 32, 35, 37, 38 inci madde hükümleri uygulanır. Bu maddelere aykırılık hallerinde ilgililer hakkında ilgili ceza hükümleri uygulanır." Bu doğrultuda, İş Kanunu m.113 hükmünde yapılan atf uyarınca, İş Kanunu'nun bazı maddeleri 50'den az işçi çalıştıran (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri bakımından da uygulamaya alanı bulur. Bu doğrultuda, İş Kanununun 32. (ücretin ödenmesi), 35. (ücretin saklı kısmı), 37. (ücret hesap pusulası) ve 38. (ücret kesme cezası) maddeleri

ayrı bir İş Kanunu ile düzenlenmesi gerektiği uzun süredir dile getirilmektedir. Tarım işlerinin çeşitliliği, tarım sektöründe işçi ve işveren kavramlarının tanımlanmasının zorluğu, tarım iş gücünün mevsimlere göre başka bölgelere göç etmesi düzenleme yapılmasını oldukça güç hale getirmektedir.⁶¹ Bu sebeple, tarım sektöründeki ihtiyaca yönelik ayrı bir Tarım İş Kanunu çıkarılması bu sektördeki işçilerin insana yakışır çalışma koşullarına kavuşabilmeleri adına önemli bir gerekliliktir.

Tarımsal üretim kaynaklı iş gücü talebi, günümüzde uluslararası iş gücü göçünü teşvik eden ekonomik bir faaliyet halini almıştır. Bununla birlikte, düzenlenmesi ve denetlenmesi zor bir sektör olduğundan tarım sektörü, düzensiz göçmenlerin çalışmasına sık rastlanan sektörlerden biridir. Tarımsal üretimde çalışan yabancı işçiler düşük ücretler karşılığında, işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından tehlike barındırabilecek işleri yeterli koruma ve güvence bulunmaksızın yerine getirmektedirler. Bunun yanı sıra, göç ettikleri ülkede yabancı olduklarından ayrımcılığa uğramakta, toplumsal dışlanmaya maruz kalmaktadırlar. Dolayısıyla, anılan işçilerin, yerel iş gücü ile kıyaslandığında ayrımcılık, kötü muamele ve kötü çalışma koşullarına daha fazla maruz kaldıkları ve oldukça zor koşullar altında iş gördükleri belirtilebilir.⁶²

TBMM'nin Mart 2015 tarihli “*Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*”nda⁶³ bu husus şu şekilde ifade edilmiştir; “*Yabancı işçilerin mevsimlik tarım işlerinde çalışması nedeniyle işgücü piyasalarında ücretlerin aşağıya çekilmesi gibi sorunlar yaşanmaktadır. İşverenler yabancı işçileri ucuz işgücü deposu olarak görmekte ve çalışma izin belgeleri olmadığı halde çalıştırmaktadır. Yabancı uyrukluların daha düşük ücret ve ağır çalışma şartlarını caresizlikten kabul ettikleri gözlemlenmiştir. Bu durum hem işgücü piyasaları açısından hem de sağlık ve sosyal sorunlar açısından risklere ve önemli ölçüde hizmet sunumunda güçlüklerle neden olmaktadır. Ayrıca sosyal patlamalar ve kitlesel kavgalar meydana gelebilmektedir. Yabancı uyruklular işçiler, ücretlerin düşmesine neden oldukları gerekçesiyle ülkemiz çalışanlarından tepki görmektedir.*”

Yoğun emek gerektiren tarım sektöründe yerel işgücü ile yabancı iş gücü arasında bahsi geçen rekabet, tarım sektöründe çalışan işçilerin ücretlerinin düşmesine sebep olmaktadır. Bu halde, yabancı mevsimlik tarım işçileri tarım sektöründe tabiri caizse ucuz iş gücü kaynağını teşkil etmektedirler. Tarım sektöründe, yerli işgücüne nazaran yabancı iş gücünün tercih edilmeye başlanması kuşkusuz ki Türkiye açısından hem sosyal hem

İşK.m.4/1-b kapsamındaki işçiler hakkında da uygulanır. Dolayısıyla, bu hükümlerden mevsimlik tarım işçileri de faydalanabilirler. Ayrıca, İş Kanununun asgari ücrete yönelik 39. maddesi ile analık halinde çalışma ve süt iznine yönelik 74. maddesi İş Kanunu kapsamında olsun veya olmasın iş sözleşmesi ile çalışan her işçi bakımından uygulama alanı bulur.

⁶⁰ Süzek, s.222; Uşan, s.514; Yardımcıoğlu, s.27.

⁶¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.160; Süzek, s.222; Yardımcıoğlu, s.27.

⁶² Kalkınma Atölyesi, 2016, s.46-47; Dedeoğlu, s.39-40; Yardımcıoğlu, s.583.

⁶³ TBMM, s.119.

ekonomik açıdan bazı problemlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Zaten yapısal olarak problemlili bir alan olan, kayıt dışılığın yaygın olduğu tarım sektöründe yabancı iş gücü istihdamının da artması ile yoksulluk olgusu iyice artmıştır. Bu halde, rekabetin durumu daha kötü hale getirmesi neticesinde tarımsal üretimin neredeyse yerel iş gücünün yer almaktan kaçındığı ağırlıklı olarak yabancıların istihdam edildikleri bir sektör halini aldığı ifade edilebilir.⁶⁴

B. ÇALIŞMA İZNI

1. Genel Olarak

Türkiye’de yabancıların çalışmasına yönelik düzenlemeleri içeren temel kanunlar; 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu⁶⁵ ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁶⁶’dur. Uluslararası İşgücü Kanunu m.6 uyarınca, yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışmaları ve çalıştırılmaları yasaktır. Bununla birlikte, diğer kanunlarda ya da Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar bu hükümden istisna tutulmuşlardır. Başka bir ifade ile, bahsi geçen yabancılar çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler. Böylece, Türkiye’de çalışmak isteyen yabancılar, çalışmaya başlamadan önce kural olarak “*çalışma izni*” yahut “*çalışma izni muafiyeti*” almak mecburiyetindedirler.⁶⁷ Bu genel hüküm kuşkusuz ki yabancı mevsimlik tarım işçileri bakımından da geçerlidir.

Yabancıların çalışmasına yönelik olarak, hukukumuzda çeşitli çalışma izni türlerine yer verilmiştir.⁶⁸ Bunlar; süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni, istisnai çalışma izni ve Turkuaz Kart ile çalışma şeklinde belirtilebilir. Uluslararası İşgücü Kanunu m.7’de belirtildiği üzere, çalışma izni başvuruları yurt içinde doğrudan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na, yurt dışında ise yabancıların vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya

⁶⁴ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.30-31; Dedeoğlu, s.38-39; Bayramoğlu/Bozdemir, s.1166.

⁶⁵ RG, 13.08.2016, S.29800.

⁶⁶ RG, 11.04.2013, S.28615.

⁶⁷ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.186; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.201-202; Aydoğan Asar, Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018, s.217; Tiritioğlu Ersoy, s.451-452; Yardımcıoğlu, s.580-581. Çalışma izni yahut çalışma izni muafiyet belgesi alma mecburiyetine istisna olarak doğumla Türk vatandaşı olup da yetkili makamlardan izin alarak Türk vatandaşlığından çıkan eski Türk vatandaşlarının durumu gösterilebilir. Anılan kimseler, çalışma izni almalarına gerek olmaksızın Türkiye’de çalışabilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Öztekin Gelgel, s.186; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.202; Ekşi, s.223.

⁶⁸ Çalışma izni türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Öztekin Gelgel, s.191-196; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.209-217; Ekşi, s.231-233; Hediye Ergin, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.44-47; Asar, s.217-219.

başkonsolosluklarına yapılır. Yurt dışında yapılan çalışma izni başvuruları Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsoloslukları tarafından Bakanlığa iletilir.⁶⁹

Uluslararası İşgücü Kanunu m.10 uyarınca, başvurunun olumlu değerlendirilmesi halinde yabancıya, gerçek veya tüzel kişiye ya da kamu kurum veya kuruluşuna ait belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışma koşulu ile ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir. Ancak, bu halde verilecek çalışma izninin iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşamayacağı öngörülmüştür. Bu halde, mevsimlik tarım işleri bakımından değerlendirildiğinde, mevsimlik işte çalışmak üzere başvuran yabancı işçiye iş sözleşmesinin süresini aşmayacak şekilde çalışma izni verilir. Örneğin, iki aylık mevsimlik bir işte çalışmak için başvuran işçiye bir yıllık değil de yapacağı işin süresi ile uyumlu olarak iki aylık çalışma izni verilebilir. Bununla birlikte, yabancıya verilecek çalışma izni süresinin uzatılması da olanaklıdır. Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca yapılacak uzatma başvurusu olumlu değerlendirilirse, yabancıya aynı işverene bağlı olmak koşulu ile ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilebilir. Ancak farklı bir işveren yanında çalışmak üzere yapılan başvurular bu kapsamda yer almaz. Başka bir ifade ile, işverenin değişmesi halinde yapılacak başvuru, ilk başvuru kapsamında değerlendirilir ve çalışma izni süresi en çok bir yıl olabilir. Belirtilen hususların yanı sıra, Türkiye'de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanuni çalışma izni olan yabancılar ise süresiz çalışma iznine başvurma hakkına sahip olurlar. Ancak, yabancının başvuru koşullarını taşıması ona mutlak hak sağlamaz.⁷⁰

Uluslararası İşgücü Kanunu m.16'da çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği de hüküm altına alınmıştır. Kanunda belirtilen bazı yabancılara, bir kısım özellikleri sebebi ile Kanunun çalışma izni başvuru usulüne, değerlendirme şartlarına, sürelerine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından birtakım istisnalar öngörülmüştür.⁷¹ Uluslararası İşgücü Kanunu m.16/1-f uyarınca, "*Bakanlıkça belirlenen uluslararası işgücü politikasına uygun olarak; 6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan veya vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru yabancılara bu Kanununun 7 nci, 9 uncu ve 10 uncu maddelerinin uygulanmasına ilişkin istisnalar tanınabilir.*" Bu halde, şartlı mülteciler ile geçici koruma sağlanan yabancılar çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar arasında yer almaktadır.⁷² Bu bakımdan, anılan kişiler mevsimlik tarım işlerinde çalışmak maksadıyla istisnai çalışma iznine başvurabilirler. Bununla birlikte, aşağıda belirtildiği üzere anılan kişilere çalışma izni muafiyeti de öngörülmüştür.

⁶⁹ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.186-187; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.203; Ekşi, s.224; Asar, s.221; Tiritioğlu Ersoy, s.452; Yardımcıoğlu, s.581.

⁷⁰ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.192; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.209-210; Ekşi, s.230-231; Asar, s.217-218; Yardımcıoğlu, s.581-582.

⁷¹ Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 195; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.215-216; Ekşi, s.232-233.

⁷² Çelikel/Öztekin Gelgel, s.205; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.226; Yardımcıoğlu, s.582.

2. Mevsimlik Tarım İşlerinde Öngörülen Muafiyetler

Her ne kadar Kanunda yabancıların Türkiye’de çalışmaları ve çalıştırılmaları bakımından çalışma izni alınması gerekliliği öngörülse de bazı yabancıların çalışma izni almaktan muaf oldukları belirtilmiştir. Bununla birlikte, bahsi geçen yabancıların çalışma izni yerine, çalışma izni muafiyeti⁷³ almaları gerekmektedir.⁷⁴ Zira UIK.m.13/1 uyarınca, “*Çalışma izni muafiyeti kapsamında olan yabancılar, çalışma izni muafiyeti almak kaydıyla çalışabilirler.*” Uluslararası İşgücü Kanunu’nda çalışma izni muafiyeti kapsamında olan yabancılar tahdidi olarak belirtilmemiş, çalışma izni muafiyeti kapsamında değerlendirilecek yabancıların ve çalışma alanlarının Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir.⁷⁵ “*Uluslararası İşgücü Kanunu Uygulama Yönetmeliği*”⁷⁶ m.48’de kimlerin çalışma izni muafiyeti kapsamında olduğuna dair kapsamlı bir düzenleme yer almaktadır.⁷⁷ Bunun yanı sıra, çalışma izninden muaf tutulan yabancılar arasında değerlendirilebilecek diğer yabancılar da mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiler olarak belirtilebilir.⁷⁸ Yapılan bu genel açıklamaların ardından, mevsimlik tarım işlerinin görülmesi bakımından çalışma izninden muaf tutulan yabancılar aşağıda yer verilmiştir.

a. Gürcistan Uyruklu Yabancılar

Gürcistan uyruklu yabancıların Samsun, Ordu, Giresun, Trabzon, Rize ve Artvin illerinde mevsimlik tarım işlerinde çalışacak olmaları halinde çalışma izni muafiyeti almaları gerekmektedir. Anılan kimseler, çalışma izni muafiyeti kapsamında bir takvim yılında en fazla 90 gün süre ile mevsimlik tarım işlerinde çalışabilirler. Bununla birlikte, çalışma izni muafiyeti

⁷³ Çalışma izni muafiyeti UIK.m.3/1-ç’de “*Bakanlıkça resmi bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma izni almaksızın çalışma ve ikamet hakkı veren belge*” şekilde tanımlanmıştır.

⁷⁴ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.196; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.217; Ekşi, s.233-234.

⁷⁵ UIK.m.25/1-b uyarınca, “*Bu Kanuna ilişkin; Çalışma izni muafiyeti kapsamında değerlendirilecek yabancılar ve çalışma alanları, Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.*”

⁷⁶ RG, 02.02.2022, S.31738.

⁷⁷ UIK. Yön.m.48/1-g uyarınca, “*Özel kanunlarda yer alan hükümler ile yabancı ile işveren diğer kanunlardan doğan yükümlülüklerinin saklı kalması kaydıyla; Genel Müdürlükçe belirlenen mevsimlik tarım ve hayvancılık işlerinde çalışacak yabancılar altı aya kadar, çalışma izni muafiyeti kapsamında değerlendirilir.*” Anılan Yönetmelik hükmü doğrultusunda yapılan değerlendirme sonucunda; Artvin, Giresun, Ordu, Rize, Samsun ve Trabzon illerinde mevsimlik çay ve fındık tarımı işlerinde çalışacak yabancıların altı aya kadar çalışma izni muafiyeti kapsamında değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Mevsimlik Çay ve Fındık Tarımı İşlerinde Çalışacak Yabancılar, (<https://www.cs.gb.gov.tr/>, s.e.t. 04.08.2024).

⁷⁸ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.196-198.

kapsamında öngörülen süre Gürcistan uyruklu yabancının Türkiye’de yasal kalış süresinden fazla olamaz.⁷⁹

Çalışma izni muafiyeti başvurusunun iki aşamalı olarak gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. İlk aşamada; Gürcistan uyruklu yabancı kimsenin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Yabancı Uyruklu Mevsimlik İşçiler (YUMI-Net) web uygulaması üzerinden başvuru formunu doldurması ve onaylanması gerekir.⁸⁰ Ardından başvuru formunun çıktısı alınır. İkinci aşamada; anılan kimsenin sistem tarafından kendisine verilen başvuru formu ve gerekli belgelerle⁸¹ birlikte çalışacağı ilçedeki Kaymakamlığa müracaat etmesi ve Kaymakamlıktan muafiyet kapsamında olduğunu gösteren belgeyi alması beklenir.⁸²

b. Geçici Koruma Sağlanan Yabancılar

YUKK m.91/1 uyarınca, “Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir.” Geçici koruma statüsü sahibi kimselerin Türkiye’de çalışma hakları; Uluslararası İşgücü Kanunu, “Geçici Koruma Yönetmeliği”⁸³ ve “Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik”⁸⁴ ile düzenlenmiştir.⁸⁵

⁷⁹ ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Gürcistan Uyruklu Yabancılar, (<https://www.cs.gb.gov.tr/>, s.e.t. 04.07.2024); T.C. Artvin Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü, Gürcistan Uyruklu Yabancılara Uygulanacak Çalışma İzni Muafiyeti, (<https://artvin.goc.gov.tr/>, s.e.t. 04.07.2024).

⁸⁰ Başvuru formu için gerekli bilgiler; pasaport/pasaport yerine geçen belge ya da ulusal kimlik kartlarında yer alan kimlik bilgileri, mevcut olması halinde kimlik numaraları, Türkiye’de vize yahut vize muafiyetiyle bulunanlar için ülkeye giriş tarihi, Türkiye’de ikamet izni ile bulunanlar için ikamet izni başlangıç ve bitiş tarihleridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Gürcistan Uyruklu Yabancılar, (<https://www.cs.gb.gov.tr/>, s.e.t. 04.07.2024).

⁸¹ Gerekli belgeler; vize yahut vize muafiyetiyle ülkemizde bulunanlar için pasaport veya pasaport yerine geçen belge, ulusal kimlik kartıyla ülkemize giriş yapmış olanlar için ulusal kimlik kartı ve hudut kapısına kendilerine verilen giriş çıkış belgesi, ülkemizde ikamet izni ile bulunan yabancılar için ise pasaport veya pasaport yerine geçen belge ve ikamet izni belgesi şeklinde belirtilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Gürcistan Uyruklu Yabancılar, (<https://www.cs.gb.gov.tr/>, s.e.t. 04.07.2024).

⁸² ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Gürcistan Uyruklu Yabancılar, (<https://www.cs.gb.gov.tr/>, s.e.t. 04.07.2024); T.C. Artvin Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü, Gürcistan Uyruklu Yabancılara Uygulanacak Çalışma İzni Muafiyeti, (<https://artvin.goc.gov.tr/>, s.e.t. 04.07.2024).

⁸³ RG, 22.10.2014, S.29153.

⁸⁴ RG, 15.01.2016, S.29594.

⁸⁵ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.204; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.226; Ekşi, s.151-152; Yardımcıoğlu, s.575-576; Asar, s.228.

Geçici koruma statüsü sahibi yabancıların Türkiye’de çalışabilmeleri kural olarak çalışma izni almaları koşuluna bağlıdır (UİK.m.17/1; Geç. Kor. Yön.m.29; GKÇİY.m.4/1). Geçici koruma sağlanan yabancılar, geçici koruma kayıt tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na başvurabilirler (UİK.m.17/1; GKÇİY.m.5/1). Bununla birlikte, Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasında, mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici koruma statüsü sahibi yabancılar yönelik özel bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici koruma sağlanan yabancılar çalışma izninden muaf tutulmuşlardır.⁸⁶ Bu kapsamdaki geçici koruma statüsü sahiplerinin, çalışma izni muafiyeti başvurularını, geçici koruma sağlanan il Valiliklerine yapmaları ve bu başvuruların ilgili Valilik tarafından Bakanlığa bildirilmesi öngörülmüştür (GKÇİY.m.5/4). Bakanlık tarafından, mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak geçici koruma sağlanan yabancılar yönelik il ve kota sınırlaması getirilmesi de mümkündür (GKÇİY.m.5/5). Ancak, henüz bu işlerde uygulanmak üzere getirilmiş bir kota bulunmadığı belirtilmelidir.⁸⁷

Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından düzenlenen çalışma izni muafiyet bilgi formu ile bir yıl süresince mevsimlik tarım işlerinde kayıtlı olarak çalışmak mümkündür. Çalışma izni muafiyet bilgi formunun alınmasını takiben isteğe bağlı olarak sosyal güvenlik sistemine kayıt yaptırılabilir.⁸⁸

Geçici korunanlara örnek olarak, Türkiye’de bulunan Suriyeliler gösterilebilir.⁸⁹ Geçici koruma kapsamında olmaları dolayısıyla, mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak Suriyelilere yönelik çalışma izni muafiyeti öngörülmüş olsa da anılan kimselerin büyük oranda kayıt dışı olarak çalıştıkları belirtilebilir. Suriyelilerin, Türkiye iş gücü piyasasında genellikle kayıt dışı olarak, uzun çalışma saatleri boyunca, kötü çalışma koşulları altında ve oldukça düşük ücretler karşılığında iş gördükleri

⁸⁶ Başvuru şartları; İl Göç İdaresi Müdürlüklerinden temin edilen geçici koruma kimlik belgesi ve 99 ile başlayan kimlik numarasına sahip olunması gerekmektedir. Bu halde, kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra çalışma izni muafiyeti almak için başvuru yapılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Geçici Koruma Sağlanan Yabancılar, (<https://www.csgb.gov.tr/>, s.e.t. 05.07.2024). Geçici koruma sağlanan ve ikamet izni verilen il dışında çalışma üzere başvuru yapılması halinde, geçici koruma sağlanan yabancıya 3 ay süresince farklı ilde çalışmak üzere çalışma izni muafiyet belgesi verilebilir. Muafiyet belgesinin temininden sonra seyahat edilebilmesi için Göç İdaresi İl Müdürlüğü’nden ya da e-devlet üzerinden yol izin belgesi alınması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Geçici Koruma Sağlanan Yabancılar, (<https://www.csgb.gov.tr/>, s.e.t. 05.07.2024).

⁸⁷ Çelikel/Öztekin/Gelgel, s.204-205; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.227; Dedeoğlu, s.50; Yardımcıoğlu, s.576-577; Asar, s.228.

⁸⁸ ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Geçici Koruma Sağlanan Yabancılar, (<https://www.csgb.gov.tr/>, s.e.t. 05.07.2024).

⁸⁹ Ekşi, s.151; Dedeoğlu, s.50.

bilinmektedir. Belirttiğimiz üzere, Türkiye’de mevsimlik tarım işlerinde istihdam edilen Suriyeli sayısı oldukça fazladır, özellikle Türkiye’nin güney illerinde Suriyeli mevsimlik tarım işçilerine sıkça rastlanmaktadır. Suriyelilerin büyük çoğunluğu, mesleklerinin bulunmaması ya da başka iş bulamamaları dolayısıyla tarım işçisi olarak çalışmak mecburiyetinde kaldıklarını ifade etmektedirler. Ayrıca, Türkiye’ye yönelen Suriyeli göçü daha çok aile temelli olduğundan, özellikle çok çocuklu, kalabalık aileler tarafından tarım işçiliğinin tercih edildiği de belirtilebilir. Zira çocuklar da dahil olmak üzere aile fertlerinin çoğunluğu tarım işlerinde çalıştığında, elde edilen kazanç miktarı artmaktadır.⁹⁰

c. Uluslararası Koruma Sağlanan Yabancılar

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.3/1-r uyarınca, “Uluslararası koruma: Mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü ifade eder.” Uluslararası koruma sağlanan; mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahibi yabancıların Türkiye’de çalışma hakları YUKK.m.89/4⁹¹ ile ÜİK.m.17^{de}⁹² özel olarak düzenlenmiştir.⁹³ Ayrıca,

⁹⁰ Çocuk işçiliği, Suriyeli göçmen çocuklar arasında oldukça yaygındır. Kayısı, narenciye, sebze, Antep fıstığı, pamuk gibi ürünlerin hasadında fazla sayıda çocuk işçinin çalıştırıldığı belirtilebilir. Zira okula gitme oranlarının düşük olması, eğitim hizmetlerine erişimde yaşanan sıkıntılar, içinde buldukları maddi zorluklar göz önüne alındığında Suriyeli çocukların kazanç elde etmek amacıyla tarla, bahçe, sokaklarda çalışmaktan başka pek bir çareleri bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkınma Atölyesi, 2016, s.22.

⁹¹ YUKK.m.89/4 uyarınca, “İş piyasasına erişimle ilgili olarak; a) Başvuru sahibi veya şartlı mülteci, uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için başvurabilir. b) Mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi, statü almasından itibaren bağımlı veya bağımsız olarak çalışabilir. Yabancıların çalışmayacağı iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümler saklıdır. Mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi kişiye verilecek kimlik belgesi, çalışma izni yerine de geçer ve bu durum kimlik belgesine yazılır. c) Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir. Ancak, Türkiye’de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için bu sınırlamalar uygulanmaz. ç) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin çalışmasına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlığın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir.”

⁹² ÜİK.m.17/1 uyarınca, “6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş veya şartlı mülteci yabancılar; uluslararası koruma başvurusu tarihinden, geçici koruma sağlanan yabancılar ise geçici koruma kimlik belgesinin düzenlendiği tarihten altı ay sonra çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti almak için başvurabilirler.”

⁹³ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.202-203; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.223; Ekşi, s.228-229. Uluslararası koruma başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin Türkiye’de çalışmalarına yönelik olarak Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu hem de Uluslararası İşgücü Kanunu’nda hüküm bulunmaktadır. Aynı konuya yönelik iki farklı kanunda hüküm bulunsa da anılan kanunlardaki

YUKK.m.89'a dayanılan hazırlanan "*Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik*"⁹⁴ yürürlükte bulunmaktadır.

Türkiye'de çalışma hakları bakımından; uluslararası koruma sağlanan yabancılardan, mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahibi yabancılar ile şartlı mülteciler hakkında farklı düzenlemeler mevcuttur. Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişilerin, Türkiye'de çalışabilmeleri için çalışma izni almalarına gerek bulunmamaktadır. Zira mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerine verilen ve ikamet izni yerine geçen "*uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi*" çalışma izni yerine de geçmektedir (YUKK.m.89/4, UİK.m.12). Böylece, mülteci veya ikincil koruma statüsü almış kimseler, kimlik belgeleri ile bağımlı yahut bağımsız çalışma hakkını haizdirler.⁹⁵ Şartlı mültecilerin ise; Türkiye'de çalışabilmeleri için istisnai çalışma izni almaları gerekmektedir (UİK.m.16/1, f). Zira şartlı mülteciler bakımından ikamet izni yerine geçen "*uluslararası koruma statüsü sahibi kimlik belgesi*" çalışma izni yerine geçmemektedir. Başvuru sahipleri veya şartlı mülteci statüsüne sahip yabancılar; uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için başvurabilirler (YUKK.m.89/4; UİK.m.17).⁹⁶

Şartlı mültecilere, mevsimlik tarım işlerinde çalışmaları halinde, çalışma izni muafiyeti öngörülmüş olması önem taşır. "*Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi ve Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik*" m.9'da mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak başvuru sahibi ve şartlı mülteci statüsü sahibi yabancıların, çalışma izni muafiyeti kapsamında oldukları hüküm altına alınmıştır. Çalışma izni muafiyeti başvuruları, yaşadıkları ildeki Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne yapılır. Anılan hükmün 2. fıkrasında ise, Bakanlık tarafından mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışacak başvuru sahibi ve şartlı mülteci statüsü sahibi yabancılar için il ve kota sınırlaması getirilebileceği belirtilmiştir. Henüz, bu işlerde uygulanmakta olan bir kota sınırlaması bulunmadığı ifade edilmelidir.⁹⁷

Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından düzenlenen çalışma izni muafiyet bilgi formu ile bir yıl süresince mevsimlik tarım işlerinde kayıtlı olarak çalışılabilir. Çalışma izni muafiyet bilgi formunun alınmasını

hükümlerin birbiriyle uyumlu oldukları belirtilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.223; Tiritioğlu Ersoy, s.454.

⁹⁴ RG, 26.04.2016, S.29695.

⁹⁵ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.203; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.223; Asar, s.227. Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin çalışma hakkının sınırlandırılabilirliği öngörülmüştür. YUKK.m.89/4-c uyarınca, "*Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir. Ancak, Türkiye'de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için bu sınırlamalar uygulanmaz.*"

⁹⁶ Çelikel/Öztekin Gelgel, s.203-204; Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.224-225; Asar, s.225.

⁹⁷ Doğan/Yılmaz/İzmirli, s.225; Yardımcıoğlu, s.573; Asar, s.226.

takiben isteğe bağlı olarak sosyal güvenlik sistemine kayıt yaptırılması mümkündür.⁹⁸

C. ÇALIŞMA SÜRELERİ

Tarım işlerinin, büyük oranda doğal faktörlerden etkilenmesi dolayısıyla tarımda çalışılan günlerin doğal faktörlerle uyum arz etmesi gerekir. Tarımsal üretim, büyük ölçüde toprak ve iklim özellikleri ile bağlıdır.⁹⁹ Bu bakımdan, tarım sektöründe çalışma süreleri belirlenirken, ürünlerin yetiştirme zamanı gözetilir. Bu da tarımsal üretimde bazı mevsimlerde yoğun bir çalışma temposu meydana gelmesi sonucunu doğurur. Belirtilen sebeplerle, mevsimlik tarımsal üretimde çalışma süreleri ürünlerin hasat zamanlarına göre belirlenir. Hasadın süresi ise ürün çeşidine göre farklılık gösterir. Bu bakımdan, hasat süresi ile çalışma süreleri arasında yakın bir bağlantı bulunduğu belirtilebilir.¹⁰⁰ Örneğin, çay hasadı mayıs, temmuz ve eylül aylarında olmak üzere üç farklı zamanda yapılır. Fındık hasadı, ağustos ayının ilk haftasında başlayıp genellikle eylül ayının ilk haftasında son bulur ve en fazla 40- 45 gün sürer. Kayısı hasadı, haziran ayının son haftasında başlayıp genellikle temmuz ayının son haftası son bulur ve en fazla 25-30 gün sürer. Bunların yanı sıra, Çukurova Bölgesinde hasat süresi uzun olan neredeyse 12 ayı bulan ürünler de bulunmaktadır.¹⁰¹

Ülkemizde, mevsimlik tarım işçilerinin çalışma süreleri belirtilen hususlar doğrultusunda yerel örf ve adetler uyarınca düzenlenmektedir.¹⁰² Mevsimlik tarım işçilerinin, günlerin uzun ya da kısa olması dikkate alınmaksızın “*gün doğumundan gün batımına kadar*” çalıştırılmaları bir gelenektir. Anılan işçiler, genellikle gün aydınlanınca başladıkları çalışmaya hava kararmaya yüz tuttuğunda son verirler. Böylece, mevsimlik tarımsal üretimde çalışan işçilerin, uzun çalışma saatleri boyunca yani günde yaklaşık 10 saate ve üzerinde iş gördükleri belirtilebilir. Ayrıca, iklim koşulları dolayısıyla hasat süresinin sınırlı olması, mevsimlik tarım işçilerinin çoğunlukla hafta içi hafta sonu fark etmeksizin çalışmaları sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, yabancı işçiler bakımından da aynıdır.¹⁰³ Örneğin, çay biçme işlemi genellikle sabah saat 07:00’de başlar, akşam saat 19:00’a kadar devam eder. Kayısı işçileri için çalışma günü sabah 07:00 gibi başlar, akşam saat 19:00 civarı gün batımına doğru biter. Temmuz, ağustos

⁹⁸ ÇŞGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, Uluslararası İşçileri Koruma Sağlanan Yabancılar, (<https://www.csqb.gov.tr/>, s.e.t. 08.07.2024).

⁹⁹ Tarım sektöründe çalışma süresi ile iklim ve hava koşulları arasında büyük bir bağlantı bulunsa da işletmenin genişliği, teknik organizasyonu, mahsul tipi gibi insanlar tarafından şekillendirilebilecek faktörlerin etkisi de mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Suat Aksoy, Tarımda İş Hukuku, Ankara Basım ve Ciltevi, Ankara, 1969, s.79; Temir, 2020, s.131.

¹⁰⁰ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.19; Aksoy, s.79; Dedeoğlu, s.55; Temir, 2020, s.130-131.

¹⁰¹ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.19; Dedeoğlu, s.55-56.

¹⁰² Kalkınma Atölyesi, 2016, s.19; Dedeoğlu, s.55; Temir, 2020, s.130-132.

¹⁰³ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.20; Dedeoğlu, s.56; Temir, 2020, s.132-133.

aylarında Kars, Ardahan illerinde yaygın olarak görülen ot biçme işi için işçilerin günde 10 saate yakın iş gördükleri bilinmektedir. Bunun yanı sıra, yine sabahın erken saatlerinde başlasa da öğleden sonra son bulan ürün hasatları da vardır. Bunlara örnek olarak, narenciye toplama işi gösterilebilir. Narenciye toplama işinde işçiler, genel olarak sabah saat 06:00'da çalışmaya başlarlar ve öğleden sonra saat 14:00 ya da 15:00 civarında işi bırakırlar. Bunun sebebi, narenciyenin toplanmasını takiben zamanında işleme tesisi ve depolara ulaşmasını sağlamaktır.¹⁰⁴

Bilim ve tekniğin ilerlemesi, tarımda çalışma sürelerine etki eden faktörlerdendir. Bu sayede, işletmelerin daha sistematik ve rasyonel şekilde organize edilmesi tarımda çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına imkân tanır. Tarım sektöründe makineleşmenin artması, elektrik gücünün kullanılması, su tesislerinden yararlanılması çalışma süresinin azalmasına katkı sağlayan faktörler arasında yer alır. İşverenler tarafından makineleşmenin bir diğer faydası da aynı işin daha az işçi ile yapılabilmesine olanak sağlamasıdır.¹⁰⁵ Geleneksel olarak mevsimlik tarım işleri arasında yer alan pamuk hasadının geçirdiği değişim bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Zira pamukların büyük çoğunluğu artık makine aracılığıyla hasat edilmektedir. Bununla birlikte, tarlada makine sonrası az miktarda da olsa toplanacak pamuk kalmaktadır. Makinenin arkada bıraktığı ve tarla sahiplerinin toplamak ile uğraşmadıkları pamukların, yoksul aileler tarafından toplanmasına izin verilmektedir. Bundan dolayı, mevsimlik tarım işçileri halen pamuk toplama işinde yer almaktadır. Özellikle yoksul aileler kazanç elde etmek amacı ile büyükten küçüğe az miktardaki pamuğu toplama çabası göstermektedirler. Başta Suriyeli aileler olmak üzere, bölgenin en yoksul ailelerinin çocuklarıyla beraber pamuk tarlalarında makinelerin toplayamadığı pamukları kendi hesaplarına topladıkları bilinmektedir. Pamuk toplama işi de günün ağarmasıyla başlamakta, akşam saatlerine kadar devam etmektedir. Bu da 11- 12 saatlik çalışma süresine tekabül etmektedir.¹⁰⁶

Belirtilmelidir ki, tarım sektöründe bazı mevsimlerde tarımsal üretimin yoğun bir çalışma gerektirmesi, bu sektörde belirli ve sınırlı bir çalışma süresinin kabulüne engel teşkil etmez.¹⁰⁷ Zira işçilerin korunması amacıyla çalışma sürelerinin sınırlandırılması gerekli olsa da bu sınırlamalar yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına yöneliktir.¹⁰⁸ Uygulamada uzun çalışma süreleri boyunca çalıştıkları bilinse de esasen mevsimlik tarım işlerinde çalışan işçilerin çalışma sürelerinin sınırlandırılması onların

¹⁰⁴ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.20; Dedeoğlu, s.55-56.

¹⁰⁵ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.22; Aksoy, s.80; Temir, 2020, s.132. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş, teknolojik gelişmelerin tarım sektöründeki iş gücü verimliliğinin artmasına katkıda bulunduğunu ve çalışma sürelerinin kısaltılmasına olanak tanıdığını ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy, s.80.

¹⁰⁶ Dedeoğlu, s.56-57.

¹⁰⁷ Aksoy, s.79; Temir, 2020, s.131.

¹⁰⁸ Süzek, s.800; Uşan/Erdoğan, s.192. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.11 uyarınca, "Çalışma süreleriyle ilgili olarak öngörülen sınırlamalar, işyerleri ya da yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir."

sağlıklarının ve iş-yaşam dengelerinin korunması bakımından oldukça önemlidir. Bununla birlikte, mevsimlik tarım işçilerinin toplumun en yoksul ve mağdur kesiminden meydana geldikleri göz önüne alındığında anılan işçilerin daha fazla gelir elde etmek amacıyla uzun saatler boyunca iş gördükleri bilinmektedir. Bu halde, tarımsal üretimin niteliğinden dolayı kabul edilen belirli çalışma süresinin aşılması halinde, yapılan çalışmanın fazla çalışma olarak kabulü önem eder. Günlük çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapılması halinde ücretlendirme de buna göre yapılmalıdır.¹⁰⁹ Böylece, Kanunda belirtilen koşullar doğrultusunda günlük en çok çalışma süresine riayet edilmesi ve karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesi kaydıyla, rızası bulunan mevsimlik tarım işçisine fazla çalışma yaptırılması mümkündür.¹¹⁰

¹⁰⁹ İşK.m.63/1 uyarınca, “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir.” Böylece, İş Kanununda, genel bakımdan çalışma süresinin haftada en çok 45 saat olduğu öngörülmüştür. Kanunda açıkça ifade edilmemekle birlikte, taraflar farklı bir düzenleme yapmadıkları sürece, çalışma süresinin, cumartesi günü işyerinde çalışma yapıp yapılmamasına göre haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulandığı görülmektedir. İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.4/2’de bu durum, “Haftanın iş günlerinden birinde kısmen çalışılan işyerlerinde, bu süre haftalık çalışma süresinden düşüldükten sonra, çalışılan sürenin çalışılan gün sayısına bölünmesi suretiyle günlük çalışma süreleri belirlenir.” şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.751-752; Süzek, s.801; Ekmekçi/Yiğit, s.468-469; Uşan/Erdoğan, s.192. İşK.m.63/2 uyarınca, “Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.” Böylece, esneklik hususunda iki ayrı olanak tanınmıştır. Belirtilen imkânlardan yararlanılması tarafların anlaşması koşuluna tabi tutulmuştur. Bunlardan ilki, haftalık normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde bölünebilmesidir. İkincisi ise, denkleştirme süresi içinde, haftalık ortalama çalışma süresini aşmadan, bazı haftalarda haftalık çalışma süresinin normalin üstüne çıkabilmesidir. Bununla birlikte, denkleştirme çalışmasında dahi günlük azami çalışma süresi 11 saati aşamaz. Çalışma süresine yönelik İşK.m.63/2 hükmünde günlük azami çalışma süresinin 11 saat olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.752-753; Süzek, s.801-803; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.1272-1273; Ekmekçi/Yiğit, s.469, 471-472; Uşan/Erdoğan, s.193. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş, kamu hukuku nitelikli bir koruma normu olması nedeniyle, İşK.m.63/2’de öngörülen günlük azami çalışma süresi olan 11 saatlik sınırın, Türk Borçlar Kanunu’na tabi iş ilişkileri bakımından da uygulama alanı bulacağını ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Polat Soyer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi’ne” İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler” Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, Legal Yayınevi, 2008, s.158. “Günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.” Yargıtay 22. HD, E:2017/7887, K:2017/11759, T:22.05.2017, (<http://www.lexpera.com.tr/>, s.e.t.26.09.2024).

¹¹⁰ Aksoy, s.79; Temir, 2020, s.131.

D. ÜCRET

I. Genel Olarak

İşverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcu, işçinin iş görme borcu karşısında yer alan ücret ödeme borcudur. İş sözleşmesinin kurucu unsurlarından olduğundan, ücret olmaksızın iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Ücretin, genellikle işçi ve ailesinin tek geçim kaynağı olması onu diğer alacaklardan farklı kılmaktadır.¹¹¹ Zira ücret işçiler bakımından yaşamsal önem taşıdığından Anayasal güvence altındaki sosyal haklar arasında yer alır.¹¹² İş Kanununda genel anlamda ücret, “*bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar*” olarak tanımlanmaktadır (İşK.m.32/1).

Mevsimlik iş sözleşmesiyle çalışan işçiye de ifa edeceği mevsimlik iş karşılığında işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ücretin tarım işçisinin tek gelir kaynağı veya mevsimlik tarım işçileri için başlıca gelir kaynağı olduğu göz önüne alındığında, anılan işçilerin hayat seviyelerinin belirlenmesinde onlara ödenen ücretin ne denli önemli olduğu açıktır. Bununla birlikte, tarım işçilerine ödenen ücretin diğer işçilere kıyasla oldukça düşük olduğu belirtilebilir. Bunun yanı sıra, mevsimlik tarım işçilerinin ücretlerinden araçlara verilen komisyonlar, ulaşım, barınma alanlarında kullanılan elektrik, su giderleri de çıkarılmaktadır. Böylece, anılan işçilerin eline oldukça az bir miktar kalmaktadır. Ayrıca, işin niteliği dolayısıyla mevsimlere göre tarım işçilerinin ücretleri arasında farklılıklar meydana gelmektedir.¹¹³ Bunun yanı sıra, bazı durumlarda mevsimlik iş sözleşmelerinde ücretin sözleşmede açıkça belirtilmediği görülmektedir. Belirtilmelidir ki, ücretin sözleşmede açıkça belirtilmemesi yahut işin yapılma süresine kıyasla uzun bir süre ödenmemiş olması taraflar arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığını göstermez. Zira yapılan iş karşılığında ücret ödenmesi olağan ve gerekli ise, kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırılmış olduğu kabul edilir. Bu gibi hallerde ücret, emsal işlerde çalışan işçilerin ücretleri dikkate alınarak belirlenir. Türk Borçlar Kanunu m.401 hükmünde bu husus şu şekilde belirtilmiştir; “*İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.*” Böylece ücret, her ne kadar mevsimlik iş sözleşmeleri bakımından kurucu unsur olsa da ücretin sözleşmede mutlaka açıkça belirtilmesi mecburiyeti bulunmamaktadır.¹¹⁴

¹¹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.333-334; Süzek, s.375-376; Akyiğit, s.197-199; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.617; Ekmekçi/Yiğit, s.293; Uşan/Erdoğan, s.123; Başbuğ/Yücel Bodur, s.148; Yardımcıoğlu, s.112, 225; Temir, 2020, s.158-159.

¹¹² Anayasa m.55 uyarınca, “*Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.*”

¹¹³ Aksoy, s.68; Dedeoğlu, s.57.

¹¹⁴ Yardımcıoğlu, s.112.

Taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli olduğu ihtimalde, mevsimlik çalışmanın son bulması ile iş sözleşmesinin sona ermeyeceğini, iş sözleşmesinin gelecek mevsim başına kadar askıya alınacağını belirtmiştik.¹¹⁵ Mevsimlik iş sözleşmesinin askıda kaldığı bu sürede işverenin ücret ödeme borcu bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir. Bahsi geçen sürede, mevsimlik çalışmanın sona ermesi dolayısıyla işçi iş görmediğinden işverenin de ücret ödeme borcunun bulunmadığının kabulü gerekir.¹¹⁶ Yargıtay bu hususu bir kararında¹¹⁷ şu şekilde ifade etmiştir; “*Mevsime tabi olarak yapılan işlerde, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, hizmet edimini ancak iş mevsiminde ifa etmekle yükümlüdür. Mevsimlik çalışmanın sona ermesi nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan, fakat iş sözleşmesi bozulmamış olan işçi, ertesi mevsim başına kadar işverene hizmet etmek, işveren de ona ücret ödemek zorunda değildir.*”

2. Ücret Tespit Sistemleri

Mevsimlik iş sözleşmelerinde genellikle karşılaşılan ücret tespit sistemleri,¹¹⁸ zamana göre ücret, yüzdeye göre ücret ve akort ücret şeklinde belirtilebilir. Bununla birlikte, uygulamada, mevsimlik tarım işlerinde en çok karşılaşılan ücret sistemlerinin zamana göre ücret ve akort ücret olduğu ifade edilmelidir. Bu halde, tarımsal üretimde ücret miktarı tespit edilirken genel olarak işçinin çalışma süresinin uzunluğu ya da işçi tarafından görülen iş veya yapılan üretim miktarı dikkate alınmaktadır. Ödeme türlerinin belirlenmesi açısından; yapılan işin ne olduğu, çalışmanın gerçekleştirildiği yer, tarımsal faaliyetin yoğunluğu, tarımsal üretim miktarı ve tarımdan elde edilen kazanç gibi çeşitli faktörler göz önünde tutulmaktadır. Yüzdeye göre ödenen ücret ise tarım sektöründen ziyade karşımıza daha çok turizm ve eğlence sektöründeki işlerde çıkmaktadır. Belirtilen hususların yanı sıra, işin niteliği ile bağdaştığı ölçüde mevsimlik iş sözleşmelerinde diğer ücret sistemlerine yer verilmesinin de bir sakıncası bulunmamaktadır.¹¹⁹

Tarımsal üretimde, ücret tespit sistemlerinin tarla/bahçe sahipleri ile tarım araçları ve işçileri arasında kabul edilen uygulamalara göre

¹¹⁵ Bkz. yukarıda § I, B.

¹¹⁶ Yardımcıoğlu, s.226.

¹¹⁷ Yargıtay 9. HD, E:2017/8205, K:2018/12612, T:05.06.2018, (<http://www.lexpera.com.tr/>, s.e.t. 16.07.2024).

¹¹⁸ Ücret tespit sistemleri, ücretlerin nasıl, hangi esas ve ölçüler uyarınca hesaplanacağı hususunda geliştirilmiş yöntemleri ifade eder. İş Kanununda ücret sistemleri olarak, zamana, parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü ücretten (İşK.m.49-51) söz edilmektedir. Ücret sistemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s.337-346; Süzek, s.377-385; Akyiğit, s.199; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.619-627; Ekmekçi/Yiğit, s.296-298; Uşan/Erdoğan, s.127-130; Başbuğ/Yücel Bodur, s.149-150.

¹¹⁹ Kalkınma Atölyesi, “Yevmiyeci, Yarıcı veya Kürekçi, Hepsi Çocuk Tarımsal Üretimde Ücret Tipleri ve Çocuk İşçiliğinin Görünümleri”, Ankara, Kasım 2018, s.12, 30, (<https://www.ka.org.tr/dosyalar/file/Yayinlar/Cocuk-Haklari/Raporlar/YEVMIYECI-YARICI-VEYA-KUREKCI.pdf>, s.e.t. 23.07.2024); Yardımcıoğlu, s.227, 229; Temir, 2020, s.159.

belirlendiği bilinmektedir. Bununla birlikte, ücret tespit sistemlerinin zaman içerisinde değişiklik göstermesi de mümkündür. Tarım sektöründe ücret oranları genel olarak, il ve ilçe ücret komisyonları, tarla/bahçe sahipleri, tarım aracıları ve ürünün pazarlamasını yapan firmalar tarafından ortaklaşa belirlenmektedir. İşçilerin ücret oranları üzerindeki etkisi ise yok denecek kadar azdır.¹²⁰

a. Tarım Sektöründe Zamana Göre Ücret

Ücretin çalışma süresinin uzunluğuna göre hesaplanması durumunda zamana göre ücretten söz edilir. Zaman ücreti sisteminde; zaman ölçüsünün saat, gün, hafta veya ay olmasına göre, ücret saat ücreti, gündelik, haftalık, aylık ücret olarak adlandırılır. Tarım sektöründe, zamana göre ücret sisteminde saatlik ya da haftalık ücret karşılığında iş görülmesine nadir rastlanır. Ülkemizde tarım sektöründe, ücretin tespitinde en yaygın olarak kullanılan ölçü gündür. Sürekli tarım işçilerinden farklı olarak,¹²¹ özellikle mevsimlik tarım işçilerinin ücretlerinin tespitinde işçiye çalıştığı her gün karşılığında ücret verilmesi yaygındır. Ülkemizde gündelik çalışma karşılığında ödenen ücret yevmiye olarak adlandırılır.¹²² Hasat işlemlerinin yanı sıra çapalama, budama ve diğer üretim aşamalarında işçi ücretlerinin ödenmesinde çoğunlukla bu sistem tercih edilmektedir. Zira fındık, çay, kiraz, çilek, domates, zeytin, kayısı, elma gibi ürünlerin hasadında gündelik ücret sisteminden faydalanıldığı bilinmektedir.¹²³

Her ne kadar mevsimlik tarım işçilerinin büyük çoğunluğunun ücreti gündelik ücret şeklinde ödense de yerelde kurulan komisyonlar tarafından belirlenen yevmiye ücretlerin miktarı bölgeler arasında, aynı bölgenin çeşitli illeri arasında ve hatta aynı ilin çeşitli illeri arasında değişiklik göstermektedir.¹²⁴ Bu değişimi meydana getiren etkenler genel olarak; cinsiyet, yaş, çalışma yeri, zamanı ve en önemlisi işçi arz ve talebi olarak belirtilebilir.¹²⁵

TUIK Tarımsal İşletme İşgücü Ücret Yapısı Araştırması¹²⁶ uyarınca, tarım sektöründe, 2023 yılında mevsimlik tarım işçilerinin ortalama günlük

¹²⁰ Kalkınma Atölyesi, 2018, s.12, 31.

¹²¹ Sürekli tarım işçileri genellikle aylık veya yıllık ücret sistemi ile çalışmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Temir, 2020, s.162.

¹²² Kalkınma Atölyesi, 2018, s.12.

¹²³ Cemil Çalgüner, Türkiye’de Ziraat İşçileri, Yüksek Ziraat Enstitüsü Basımevi, Ankara, 1943, s.60-61; Kalkınma Atölyesi, 2018, s.33; Yardımcıoğlu, s.227; Temir, 2020, s.161-162.

¹²⁴ Ücretin, gündelik olarak belirlenmesi durumunda da tıpkı aylık olarak belirlenmesinde olduğu gibi asgari ücret dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, ücretin gündelik olarak kararlaştırıldığı hallerde de bir günlük asgari ücretten az olmaması gerekir. Aksi takdirde, işçi aradaki farkı işveren talep etme hakkına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yardımcıoğlu, s.227.

¹²⁵ Çalgüner, s.63-64; Yardımcıoğlu, s.227; Temir, 2020, s.162.

¹²⁶ TUIK, Tarımsal İşletme İşgücü Ücret Yapısı, 2023, (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Tarımsal-İşletme-İşgucu-Ücret-Yapisi-2023-49686>, s.e.t. 24.07.2024).

ücretleri bir önceki yıla göre %114, 6 artarak 512 TL olmuştur. Mevsimlik erkek işçi ücretleri %115,7 artış göstererek 545 TL olurken, kadın işçilerin günlük ücretleri ise %113 artış göstererek 479 TL olmuştur. Mevsimlik tarım işçilerine, en yüksek günlük ücret ödemesi erkek işçiler için 868 TL, kadın işçiler için ise 794 TL ile Kahramanmaraş ilinde yapılmıştır. En düşük ücret ödemesi ise, erkek işçiler için 407 TL ile Hatay'da, kadın işçiler için ise 344 TL ile Mersin'de yapılmıştır.¹²⁷

b. Tarım Sektöründe Verime Göre Ücret

Ücretin, belirli bir zaman dilimi içerisinde üretilen mal veya hizmetin miktarına göre hesaplanması durumunda verime göre ücretten söz edilir. İşçinin veriminin esas alındığı bu sistemde, işçinin becerisi, çalışkanlığı, hızlı çalışması onun daha fazla ücrete hak kazanmasına yol açar. Verime göre ücret, akort (parça başına) ve götürü ücret olmak üzere ikiye ayrılır.¹²⁸ İşçi tarafından üretilen mal veya çıkarılan işin miktarına göre ödeme yapılan ücret sistemi akort (parça başına) ücret sistemi olarak isimlendirilir. Götürü ücret de yapılan işin sonucuna göre hesaplanan bir ücret biçimidir. Bununla birlikte, götürü ücrette işçiye belirli veya belirsiz sürede göreceği bir iş karşılığında önceden kararlaştırılan miktarda ücret ödemesi yapılır. Tarımsal üretimde, akort ücret sisteminin uygulaması mevcut iken götürü ücret sistemine pek rastlanmaz.¹²⁹

Tarımsal üretimde verime göre ücret sisteminin uygulanmasının faydası, işverenin işçiyi ve iş akışını kontrol etme mecburiyetini ortadan kaldırmasıdır. Bahsi geçen ücret sisteminde, işçiler ne kadar verimli çalışırlarsa o kadar fazla ücret elde ederler. Dolayısıyla, işçilerin ücretleri farklılık gösterir. Örneğin, günde 100 kilo pamuk toplayan işçi ile günde 50 kilo pamuk toplayan işçinin eline farklı miktarlarda ücret geçer. Ülkemizde tarım sektöründe, akort ücret sistemine göre yapılan işlerde çoğunlukla aile temelli işçi grupları çalışmaktadır. Aileler, kazançlarını arttırmak için hem büyük küçük demeden tüm üyelerini işe dahil etmekte hem de çalışma

¹²⁷ Tarımsal işletme işgücü ücret istatistikleri, verinin ait olduğu üretim yılında ve tarım işlerinin en yoğun olduğu dönemde, tarımsal amaçlı en az beş mevsimlik işçi ya da en az bir sürekli işçi çalıştıran 28 ildeki 3781 tarımsal işletmeden derlenen verilerden üretilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TÜİK, Tarımsal İşletme İşgücü Ücret Yapısı, 2023, (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Tarımsal-İşletme-İşgücü-Ücret-Yapısı-2023-49686>, s.e.t. 24.07.2024). Öğretide bir görüş, erkek ve kadın işçilerin ücretleri arasında görülen farklılığın daha ziyade işçilerin verimi ile işin niteliğinden kaynaklandığı belirtmektedir. Zira kadın işçiler her ne kadar bazı hafif ve el çabukluğu gerektiren işlerde erkek işçiler kadar verimli iseler de özellikle ağır işlerde erkek işçilere daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çalgüner, s.65.

¹²⁸ Akort ücret ile götürü ücret arasında hem hukuki nitelik yönünden hem de uygulanacak kanun hükümleri açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.378. Uygulamada farklı biçimleri olsa da ücretlendirmenin belirli bir arazi büyüklüğü veya ürün çıktısı üzerinden yapılması genel olarak götürü/kabala şeklinde isimlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkınma Atölyesi, 2018, s.30, 34.

¹²⁹ Temir, 2020, s.164-165.

saatlerini uzun tutmaktadırlar. Bu da işçi sağlığını tehdit eden bir duruma dönüşebilmekte ve çalışma yaşının düşmesine sebep olmaktadır. Bu duruma narenciye hasadı örnek gösterilebilir. Narenciye hasadında ücret, hasat edilen toplam ürün miktarına bağlıdır. Uygulamada genellikle narenciye hasadı için ekip oluşturulur. Bahsi geçen ekip, belirli miktarda ürünü (limon, portakal, altıntop) kamyona yüklemeleri karşılığında ücrete hak kazanır. Başka bir ifade ile, ücret almak için günlük standartlara göre iş görerek öngörülen miktarda ürün toplamak yeterlidir. Burada, ekibin gün içerisindeki çalışma süresi, çalışma koşulları göz ardı edilir.¹³⁰

Tarımsal üretimde akort ücreti, toplanan ürünün birim ücreti göz önüne alınarak yahut hasat edilen ya da işlenen alan miktarına bağlı olarak hesaplanır. İlk olarak, toplanan ürünün birim ücreti üzerinden yapılan hesaplamalarda, hasat zamanı toplanan ürün adedi ile o ürün için belirlenen birim bedeli çarpılarak ücret elde edilir. Örneğin, pamuk, biber ve kuru soğan hasadında hasat edilen ürün miktarına göre ödeme yapılır. İkinci olarak, hasat edilen ya da işlenen alan miktarı üzerinden yapılan hesaplamalarda, ilgili ürünün çapalama, ot alma, hasat sürecinde alana bağlı olarak tespit edilen birim alan ücreti ile işçinin çapaladığı, ot aldığı, hasat ettiği alan miktarı çarpılarak ücret elde edilir. Genellikle, şeker pancarı, bakliyat (mercimek, nohut, fasulye), haşhaş, ayçiçeği, kimyon, susam gibi ürünlerin çapalanması, ot alma çalışmaları ve hasadında bu ücret sistemi tercih edilmektedir.¹³¹

3. Yabancı İşçiler Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar

Yabancı mevsimlik tarım işçileri bakımından değerlendirildiğinde, anılan işçilere ödenen ücretlerin her ürün bakımından farklılık gösterdiği belirtilebilir. Ücretlerin belirlenmesi açısından etnik köken, cinsiyet, iş görülecek bölge gibi çeşitli unsurlar önem arz etmektedir. İlk olarak, mevsimlik tarım işçileri arasında rekabet olup olmaması ücretlerin belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir. Tarım sektöründe, yerel iş gücü arasındaki rekabetin yanı sıra özellikle son yıllarda yerel iş gücü ile yabancı iş gücü arasında da ücret rekabeti bulunduğu belirtilebilir. Bahsi geçen rekabet, tarım sektöründe zaten düşük olan ücretlerin daha da düşmesine sebep olmaktadır.¹³² Zira yabancı işçiler daha düşük ücret ve ağır çalışma şartlarını çoğu zaman başka çareleri bulunmadığından kabul etmektedirler. Bu da mevsimlik tarım işlerinde yabancı işçilerin bir nevi ucuz iş gücü olarak görülmesi sonucunu doğurmaktadır.¹³³ Bunun neticesinde, tarımsal üretim neredeyse yerel iş gücünün yer almaktan kaçındığı ağırlıklı olarak yabancıların istihdam edildikleri bir sektör haline gelmektedir.¹³⁴

¹³⁰ Kalkınma Atölyesi, 2018, s.30, 35; Temir, 2020, s.165-167.

¹³¹ Kalkınma Atölyesi, 2018, s.14, 34-35; Temir, 2020, s.167.

¹³² Dedeoğlu, s.38, 57.

¹³³ TBMM, s.119; Dedeoğlu, s.42.

¹³⁴ Dedeoğlu, s.38-39; Bayramoğlu/Bozdemir, s.1166.

Yabancı işçiler bakımından rekabetin esas unsurunu etnik köken teşkil etmektedir. Zira piyasada farklı yerli ve yabancı işçi grupları mevcut değilse o ürünlerde ücretlerin yüksek olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin, çay toplamada Gürcüler, ot biçme işinde Azeriler işçi talebini tek başlarına karşılarlarken ücretlerinin yüksek olduğu göze çarpmaktadır. Bununla birlikte, fındık toplama işinde Güneydoğu Anadolu'dan gelen yerli işçiler ile Gürcü işçilerin ya da kayısı hasadında yerli işçiler ile Suriyeli işçilerin eş zamanlı çalışması durumunda ücretler oldukça düşmüştür.¹³⁵ İkinci olarak, ücret farklılıkları bir yandan da Türkiye'de mevsimlik tarım işinde çalışan farklı etnik gruplara mensup yabancıların toplumsal kabulleri ile ilişkilendirilmektedir. Örneğin, tarım işçiliği ücretlerinin en düşük uygulandığı bölge olan Gaziantep ve Çukurova Bölgesi'nde Suriyeli işçilerin yaygın olarak iş gördükleri bilinmektedir. Ayrıca, mevsimlik tarım işçilerinin nasıl bir hiyerarşi içerisinde algılandıkları da ücret miktarlarının tespitinde etkidir. Farklı işçi gruplarından elde edilen çıktılarının farklı olması dolayısıyla verimlilik-ücret ilişkisi kurulmaktadır. Örneğin, fındık hasadında yerli işçiler, Gürcü işçiler ve diğer mevsimlik tarım işçileri iş görmektedir. Bununla birlikte, kendileri de fındık üreticisi olan yerli işçiler fındık toplama işinde daha iyi olmaları dolayısıyla en yüksek ücreti alırken, onları Gürcü işçiler takip etmektedir. Doğu illerinden gelen mevsimlik tarım işçileri ise, yerli işçiler ve Gürcü işçilerden daha az ücret elde etmektedirler.¹³⁶

Mevsimlik tarım işlerinde, özellikle Suriyelilerin tarımsal üretimde ucuz emek rezervi haline geldiklerini belirtmiştik.¹³⁷ Anılan kimselerin savaştan kaynaklanan mağduriyetleri ve çoğunlukla ülkemize düzensiz giriş yapmaları dolayısıyla herhangi bir hakka ya da gelire sahip olmamaları bu sonucun doğmasında etkilidir. Belirtilmelidir ki, Suriyelilerin ucuz emek rezervi olarak görülmeleri ve ayrıca büyük bir göçmen kitlesi olarak Güneydoğu illerine giriş yapmaları ve bu sürecin devlet tarafından kontrol edilememesi hem onlar hem bölge insanı hem de diğer mevsimlik tarım işçileri bakımından olumsuz neticeler meydana getirmektedir. Zira emek arzının artmasının olumsuz etkileri ücretlere yansımıştır. Böylece, Suriyelilerin mevsimlik tarım işlerinde çalışmaya başlamaları hem ücretlerin düşmesine neden olmuş hem de aile başına düşen iş miktarı geçmiş yıllara göre azalmıştır. Bu da ailelerin mevsimlik tarım işçiliğinden kazandıkları gelirin azalmasına sebep olmuştur.¹³⁸ Bunun üzerine, Suriyeliler özelinde yabancı işçilerin daha ucuza çalıştıkları için yerli işçileri işlerinden ettikleri gibi bir kanaat oluşmuştur. Bu durum, ücretlerin düşmesine neden oldukları gerekçesiyle yabancı işçilerin yerli işçilerden tepki görmelerine ve aralarında gerginlikler yaşanmasına neden olmaktadır.¹³⁹

Belirtilen hususlar doğrultusunda, mevsimlik tarım işlerinin görülmesinde, yerli iş gücüne kıyasla yabancı iş gücünün tercih edilmeye başlandığı ve bunun gün geçtikçe arttığı bir gerçektir. Zaten yapısal olarak

¹³⁵ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.20; Dedeoğlu, s.58-59.

¹³⁶ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.20-21; Dedeoğlu, s.59.

¹³⁷ Bkz. yukarıda § III, B, 2, b.

¹³⁸ Hayata Destek Derneği, s.74; Dedeoğlu, s.42, 58.

¹³⁹ TBMM, s.119; Kalkınma Atölyesi, 2016, s.30-31; Dedeoğlu, s.42.

problemlili olan ve kayıt dışılığın yaygın olduğu tarım sektöründe, yabancı iş gücünün artması ile ücretlere yansıyan düşüş dikkat çekicidir. Böylece, mevsimlik tarım işçilerinin yoksulluğu iyice artmaktadır. Başka bir ifade ile, Türkiye’de mevsimlik tarım işçiliği en yoksulların yaşam mücadelesi verdikleri gelir getirici bir çalışma halini almıştır.¹⁴⁰

E. İŞ SAĞLIĞI ve GÜVENLİĞİ

1. Genel Olarak

Mevsimlik tarım işçileri, barınma ve sağlık koşulları bakımından türlü tehlikelerle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bunlara örnek olarak, anılan işçilerin yaşam ve barınma koşullarının uygunsuzluğu, yetersiz ve dengesiz beslenmeleri, maruz kaldıkları kaza ve yaralanmalar ve yaşadıkları çeşitli sağlık sorunları gösterilebilir.¹⁴¹ Zira mevsimlik tarım işçilerinin aileleri ile çoğu zaman sağlıksız koşullarda çadırlarda kaldıkları ve yaptıkları işin niteliğinden dolayı hastalık ve yaralanmalara karşı oldukça savunmasız oldukları bilinmektedir. Ayrıca, iş görmek için göç eden mevsimlik tarım işçilerinin uğradıkları ölümlü ve yaralanmalı kazaların sayısı bir hayli çoktur.¹⁴²

Bu kapsamda, anılan işçilerin bu husustaki mağduriyetlerinin önlenmesi amacıyla Cumhurbaşkanlığı tarafından 2024/5 sayılı “*Mevsimlik Tarım İşçileri*” konulu Genelge¹⁴³ yayımlanmıştır.¹⁴⁴ Bahsi geçen Genelge, çalışmak amacıyla buldukları ilden diğer illere giden mevsimlik tarım işçilerinin ve ailelerinin, bu süreçte yaşadıkları sorunların giderilmesi amacını taşımakta ve surette yapılacak çalışmalara dikkat çekmektedir. 2024/5 sayılı “*Mevsimlik Tarım İşçileri*” konulu Genelgenin mevsimlik tarım işçilerinin maruz kaldıkları sorunların önlenmesi hususunda olumlu yönde bir düzenleme olduğu belirtilebilir. Genelge kapsamında; Valilikler tarafından mevsimlik tarım işçilerinin yoğun olarak çalıştığı yerlerde belirli nitelikleri haiz “*geçici yerleşim alanları*” oluşturulması öngörülmekte,¹⁴⁵ bunun

¹⁴⁰ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.28; Dedeoğlu, s.38-39; Bayramoğlu/Bozdemir, s.1166.

¹⁴¹ Zeynep Şimşek, “Mevsimlik Tarım İşçilerinin ve Ailelerinin İhtiyaçlarının Belirlenmesi Araştırması 2011”, Elif Matbaası, Şanlıurfa, Nisan 2012, s.9; Selek Öz/Bulut, s.103; Yardımcıoğlu, s.258.

¹⁴² Kalkınma Atölyesi, 2016, s.73; Hayata Destek Derneği, s.68; Selek Öz/Bulut, s.103; Yardımcıoğlu, s.258.

¹⁴³ RG, 27.04.2024, S.32529.

¹⁴⁴ Mevsimlik tarım işçilerine yönelik olarak; öncelikle Başbakanlık tarafından 2010/6 sayılı “*Mevsimlik Gezici Tarım İşçilerinin Çalışma ve Sosyal Hayatlarının İyileştirilmesi*” konulu Genelge yayımlanmıştır. Ardından, 2017/6 sayılı “*Mevsimlik Tarım İşçileri*” konulu Başbakanlık Genelgesi yayımlanmış ve bahsi geçen Genelgenin 36. maddesi ile 2010/6 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra ise, Cumhurbaşkanlığı tarafından 2024/5 sayılı “*Mevsimlik Tarım İşçileri*” konulu Genelge yayımlanmış ve bahsi geçen Genelgenin 13. maddesi ile 2017/6 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁴⁵ “*Geçici yerleşim alanları*”na yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda § III, E, 2.

yanı sıra sağlık hizmetleri, eğitim hizmetleri, ulaşım ve güvenlik hizmetleri, istihdam ve sosyal güvenlik hizmetleri ile sosyal hizmetler gibi çeşitli hususlara ilişkin önemli düzenlemelere yer verilmektedir.¹⁴⁶

2024/5 sayılı Genelgede ayrıca “*Mevsimlik Tarım İşçileri Bilgi Sistemi (e-METİP)*” üzerinde durulmakta ve mevsimlik tarım işçilerinin ve ailelerinin bu sisteme kaydedileceği ifade edilmektedir.¹⁴⁷ Bahsi geçen sistem ile, mevsimlik tarım işçilerinin ve ailelerinin kimlik numaraları ile sağlık, eğitim gibi konulardaki verileri toplanmaktadır. “*Mevsimlik Gezici Tarım İşçilerinin Çalışma ve Sosyal Hayatlarının İyileştirilmesi Projesi (METİP)*” mevsimlik tarım işçilerinin ve ailelerinin ulaşım, barınma, eğitim, sağlık, güvenlik, sosyal çevre ile ilişkiler, çalışma ve sosyal güvenlik koşullarının iyileştirilmesi amacı ile faaliyete geçirilmiş bir projedir. Mevsimlik tarım işçilerinin yoğun olarak bulunduğu illerde, valilikler aracılığı ile uygulamaya konulan proje ulusal bütçe imkanları ile finanse edilmektedir.¹⁴⁸

Ayrıca belirtilmelidir ki, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 2001 yılında kabul edilip 2003 yılında yürürlüğe giren 184 No.lu “*Tarımda Güvenlik ve Sağlık Hakkında Sözleşme*”,¹⁴⁹ tarım çalışanlarına yönelik önemli düzenlemeler içermektedir.¹⁵⁰ Anılan Sözleşmenin 17. maddesinde, geçici ve mevsimlik işçilere tarımda karşılaştırılabilir konumda sürekli çalışan işçiler ile aynı güvenlik ve sağlık korumasının sağlanması için önlem alınması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, Türkiye henüz 184 No.lu Sözleşmeyi onaylamamıştır.¹⁵¹

¹⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2024/5 sayılı “*Mevsimlik Tarım İşçileri*” konulu Genelge, (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/04/20240427-15.pdf>, s.e.t.26.09.2024.)

¹⁴⁷ 2024/5 sayılı Genelge m.7/a uyarınca, “*Mevsimlik tarım işçisi olarak daimi ikametgahı dışında bir başka ilde çalışmak amacıyla geçici olarak yer değiştirenlerin ve ailelerinin kimlik bildirimleri, bu kişilerin yaşadıkları geçici yerleşim alanlarında doğrudan kolluk kuvvetlerince alınacak ve bu bildirimler Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile elektronik ortamda paylaşılacaktır. Bu bilgilerin e-METİP’e sürekli ve eksiksiz şekilde aktarılması için teknik altyapıya yönelik her türlü düzenleme Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı tarafından yapılacaktır.*”

¹⁴⁸ ÇSGB, Mevsimlik Gezici Tarım İşçilerinin Çalışma ve Yaşam Koşullarının İyileştirilmesi Projesi (METİP), (<https://www.csgb.gov.tr/>, s.e.t.26.09.2024); Yardımcioglu, s.273-274; Temir, 2020, s.340-341.

¹⁴⁹ International Labour Office, Safety and Health in Agriculture Convention, 2001 (No. 184), (https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C184,s.e.t.13.08.2024). Sözleşme 20 Eylül 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇSGB, Tarımda Sağlık ve Güvenlik Uluslararası Çalışma Örgütü Düzenlemeleri, (<https://www.csgb.gov.tr/>, s.e.t.13.08.2024); Demir, s.185.

¹⁵¹ International Labour Office, Up-to-date Conventions and Protocols not ratified by Türkiye, (https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102893,s.e.t.13.08.2024).

2. Barınma Koşulları

Mevsimlik tarım işçileri genellikle, kendilerine ait olan savan, plastik örtü veya bezden yapılmış çadırlarda barınmaktadırlar. Çadırların ortalama büyüklüğü yaklaşık 16 metrekare olup, çadırlarda ortalama 7 kişilik bir aile kalmaktadır. Nadiren işverenleri tarafından mevsimlik tarım işçilerine barınacak yer imkânı sağlanması söz konusudur. Yine nadiren gittikleri yerlerde ev kiralandıkları bilinmektedir. Ancak yerel halk özellikle yabancı mevsimlik tarım işçilerine ev kiralama hususunda pek de istekli değildir. Evlerde kalmaları durumunda ortalama 9 metrekarelik bir alanda kalmaktadırlar. Böylece, evin sadece bir ya da birkaç odasını kullanabilmekte ve kalan mekânı başka aileler ile paylaşmaktadırlar. Bazı bölgelerde ise, anılan işçilerin devletin kurduğu en fazla 1000 kişi kapasiteli METİP kamplarında barındıkları görülmektedir.¹⁵²

Yabancı mevsimlik tarım işçileri de yerel işçilerle benzer olarak, bahçe/tarla kenarlarına kurdukları plastik yahut branda çadırlarda ya da bahçe/tarla sahiplerinin kendilerine tahsis ettikleri konutlarda barınmaktadırlar. İşçilerin bahçeye yakın yerlerde konaklamaları hem bahçe sahipleri hem de kendileri bakımından avantajlıdır. Bu halde, ulaşımın harcanacak zaman ve maliyetten tasarruf edilmektedir.¹⁵³

Yapılan iş ile barınma imkanları arasında da bağlantı bulunduğu belirtilebilir. Bu halde, özellikle yapılan işin süresi önem arz eder. Örneğin, günlük yevmiye karşılığı her gün farklı bir işveren için çalışan işçiler büyük oranda kendi imkanları doğrultusunda konaklarlar. Bir süre aynı yerde kalarak çalışan işçiler, çoğunlukla bir araya gelerek ev kiralarlar. Buna, ot biçme işi gören Azerilerin durumu örnek gösterilebilir. Daha da uzun süreli çalışacak işçiler için ise, işverenlerin konaklama imkânı sağlaması muhtemeldir. Bu halde, kalınacak yerin hasadın yapılacağı bahçelere yakın olması yeğlenmektedir.¹⁵⁴

2024/5 sayılı “*Mevsimlik Tarım İşçileri*” konulu Genelgede mevsimlik tarım işçilerinin barınma hususunda yaşadıkları problemler gözetilerek mevsimlik tarım işçilerinin yoğun olarak çalıştığı yerlerde “*geçici yerleşim alanları*” oluşturulması öngörülmüştür. Anılan Genelge m.1/a uyarınca, “*Valiliklerce, mevsimlik tarım işçilerinin yoğun olarak çalıştığı yerlerde; eğitim ve sosyal faaliyetleri ile işçilerin temel ihtiyaçlarını giderebilecekleri ortak kullanım alanları olan, iklim şartlarına uyumlu, emniyetli, ekonomik, estetik ve fonksiyonel, prefabrik, betonarme ya da çelik iskeletli, yeterli büyüklükte bir geçici ortak kullanım merkezi ile elektrik, su ve kanalizasyon alt ve üst yapısı bulunan geçici yerleşim alanlarının oluşturulması sağlanacaktır.*” Geçici yerleşim alanlarının; sel ve su baskını gibi doğa olaylarından olumsuz etkilenmeyecek, yol ve altyapı hizmetleri sunumunun kolaylıkla sağlanabileceği, sağlık şartlarına uygun, tehlikeli ve girilmesi yasak yerlere yeterli mesafede, işçilerin asgari ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikleri haiz ve işçi sayısına uygun büyüklükteki kamuya ait taşınmazlar veya Hazine taşınmazları arasından seçileceği

¹⁵² Hayata Destek Derneği, s.32-33.

¹⁵³ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.20.

¹⁵⁴ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.20.

belirtmiştir. Mevsimlik tarım işçilerinin çalıştıkları yerlerde oldukça kötü şartlar altında barındıkları dikkate alındığında, anılan işçilerin temel ihtiyaçlarını karşılayabilecekleri “geçici yerleşim alanları”nın mevcudiyeti oldukça önemlidir.

3. Sağlık Koşulları

Mevsimlik tarım işçilerinin yaşadığı çok sayıda sağlık sorunu mevcuttur. Bunlara örnek olarak; halsizlik, yorgunluk, baş ve bel ağrısı, güneş çarpması, ishal, solunum yolu enfeksiyonları, cilt hastalıkları, zehirlenmeler, anksiyete, depresyon ve hatta intihar girişimleri gösterilebilir. Mevsimlik tarım işlerinde, hijyen koşullarının noksanlığı, kullanılan tarım ilaçları, kimyasal maddelere doğrudan maruziyet işçiler üzerinde olumsuz etkiler doğurmaktadır.¹⁵⁵

Yaşanan bu sağlık sorunlarına rağmen işin mahiyetinin sağlık hizmetlerine erişimi zorlaştırdığı durumlar da mevcuttur. İlk olarak, çoğunlukla mevsimlik tarım işçilerinin yerleşim yerleri sağlık kurumlarının bulunduğu merkezlere uzaktır. Bu da zaten sınırlı imkanlara sahip olan anılan işçilerin sağlık hizmetlerine erişimini zorlaştırmaktadır. İkinci olarak, mevsimlik tarım işçilerinin bir yerde stabil kalmamaları/kalamamaları, neredeyse senenin sekiz ayı sürekli göç etmeleri koruyucu sağlık hizmetlerine erişimlerini kısıtlanmaktadır. Belirtilen hususların yanı sıra, büyük oranda kayıt dışı iş görmeleri dolayısıyla, anılan işçilerin sosyal güvencelerinin bulunmaması sağlık hizmeti almalarının önüne geçmektedir.¹⁵⁶ Ayrıca, yabancı mevsimlik tarım işçilerinin etnik kimliklerinden dolayı sağlık personelinin ayrımcı muamelelerine maruz kaldıkları, dil bilmemeleri dolayısıyla kendilerini ifade edemedikleri durumlar da mevcuttur.¹⁵⁷ Bu gibi hallerde, sağlık problemlerine çözümünü kendileri üretmek durumunda kalmaktadırlar ki bunun yeterli olmayacağı açıktır.

Mevsimlik tarım işçilerinin yaşadıkları sağlık sorunları gözetilerek 2024/5 sayılı “*Mevsimlik Tarım İşçileri*” konulu Genelgede, anılan işçilere “sağlık hizmetleri” sağlanması bakımından önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Bahsi geçen Genelge m.2 uyarınca, “a) İl sağlık müdürlüklerince mevsimlik tarım işçilerinin ve ailelerinin aşılmaları; kadın, gebe, bebek, çocuk ve gençlik sağlığı izlemleri; bulaşıcı hastalık, kanser, verem taramaları ile kronik hastalık tarama ve izlemlerine yönlendirmeye ilişkin faaliyetleri periyodik olarak yürütülecek ve bunlara yönelik danışmanlık ve bilgilendirme çalışmaları yapılacaktır. Bu hizmetlerin ve hizmetlere erişimin kolaylaştırılması amacıyla mobil sağlık ekipleri oluşturulacaktır. b) İl sağlık müdürlüklerince mevsimlik tarım işçiliğinin yoğun olduğu bölgelerde yeterli sayıda sağlık personelinin istihdamı

¹⁵⁵ KEİG, Kadın Emegi ve İstihdamına İlişkin Bilgi Notları, Hazal Matbaa, İstanbul, Ağustos 2015, s.35, (https://www.keig.org/wp-content/uploads/2016/03/bilg_notlari_Agustos_2015-web.pdf, s.e.t.31.07.2024); Yardımcioglu, s.259.

¹⁵⁶ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.74; KEİG, s.35.

¹⁵⁷ KEİG, s.35.

sağlanacak ve hizmet ihtiyacına göre personelin çalışma saatleri düzenlenecektir. c) Çalışan sağlığının korunması ve geliştirilmesi kapsamında il sağlık müdürlüklerince gerekli bilgilendirme faaliyetleri yapılacaktır.” Belirtilen düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesi anılan işçilerin sağlıklarının korunması bakımından oldukça önemlidir. Ayrıca, 2024/5 sayılı Genelgede belirtilen “geçici yerleşim alanları”nın oluşturulması da mevsimlik tarım işçilerinin sağlıklarının korunması amacına hizmet etmektedir. Zira geçici yerleşim alanlarının sağlık şartlarına uygun olarak oluşturulacağı hüküm altına alınmıştır. Genelgede, geçici yerleşim alanlarının belirli aralıklarla her türlü haşerelere karşı ilaçlanması ile atıkların uzaklaştırılması, temiz içme ve kullanma suyu sağlanması gibi gereklilerin yerine getirileceği de öngörülmüştür.

F. SOSYAL KORUMASIZLIK

Tarım ekonomisine büyük katkıları olan mevsimlik tarım işçilerinin sosyal hakları tabiri caizse göz arzi edilmiştir. Ülkemizde mevsimlik tarım işçilerine yönelik tam bir sosyal koruma sağlanamadığından, anılan işçilerin çalışma hayatında sosyal korunmasızlık ile karşı karşıya oldukları belirtilebilir. Zira çalışma hayatındaki en dezavantajlı gruplar arasında yer alan mevsimlik tarım işçileri diğer işçi sınıflarına kıyasla ihmal edilmiş bir sınıftır. Bu çerçevede, mevsimlik tarım işçilerinin karşılaştıkları en önemli problemlerden bir tanesi kayıt dışı çalışarak sosyal güvenceden mahrum kalmalarıdır.¹⁵⁸

Türkiye’de tarım sektörü, dinamik yapısı ile yabancı iş gücü istihdam etme potansiyeli oldukça yüksek olan buna karşılık kayıt dışı istihdam ile en

¹⁵⁸ Demir, s.177. 192; Selek Öz/Bulut, s.110. Süreksiz çalışan tarım işçileri zorunlu sigorta kapsamına alınmamış, onlara isteğe bağlı sigortalı olma imkânı tanınmıştır. 5510 sayılı Kanunun “*Tarım ve orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanların sigortalılığı*” başlığını taşıyan ek 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “*4 üncü maddede ile isteğe bağlı sigortalılık hükümleri ve 506 sayılı Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamında sigortalı olmayan, kendi sigortalılıklarından dolayı bu kanunlara göre gelir veya aylık almayan ve 18 yaşını doldurmuş olanlardan; tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar, örneği Kurumca hazırlanan ve Kurumca belirlenen ilgili muhtarlık, birlik, kuruluş, il veya ilçe tarım müdürlükleri tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip onaylanmış belgeleri ile talepte buldukları tarihten itibaren sigortalı sayılırlar.*” Tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar, 5510 sayılı Kanun m.4/1, a bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. Anılan kimseler hakkında, kısa vadeli sigorta kolları bakımından yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, uzun vadeli sigorta kolları yönünden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır (ek m.5/4). Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Güzel/Alı Rıza Okur/Nurşen Canıklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s.140-141; Ali Nazım Sözer, İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s.115; Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s.266-267; Demir, s.187-188. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş, hem 2925 sayılı Kanunda hem de 5510 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesinde mevsimlik tarım işçilerinin sigortalılıklarının isteklerine bağlı tutulmasını eleştirmektedir. Bunun yerine, zorunlu sigortalılık esasının benimsenmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, s.192.

fazla karşılaşılan sektördür.¹⁵⁹ Yabancı mevsimlik tarım işçilerinin neredeyse hepsinin çalışma izinleri bulunmaksızın kayıt dışı olarak iş gördükleri ifade edilebilir. Zira tarım sektöründe çalışanları denetlemek ve yasal düzenlemeleri uygulamak hayli zordur. Düzensiz göçmen işçi olarak adlandırılan çalışma izni bulunmaksızın, kayıt dışı olarak iş gören bahsi geçen yabancı işçiler, Türkiye'ye büyük oranda turist vizesi gibi yasal yollarla giriş yapmakta yahut Suriyeliler gibi sığınmacı statüsüne sahip olmaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'de mevsimlik tarımsal üretimde çalışan yabancı işçilerin çoğunluğu ülkeye yasal yollarla giriş yapmış olsalar da çalışma izinleri bulunmamakta ve kayıt dışı olarak iş görmektedirler. Zaten hem Azerbaycan ve Gürcistan uyruklu yabancıların kendilerine çalışma hakkı tanımayan turist vizeleri ile ülkeye girişlerinin büyük oranda iş gücü piyasasına katılmak amacıyla olduğunu hem de Suriye uyruklu yabancıların mevsimlik tarım veya hayvancılık işlerinde çalışmaları halinde kendilerine çalışma izni muafiyeti öngörülmüş olmasına rağmen büyük oranda kayıt dışı olarak çalıştıklarını belirtmiştik.¹⁶⁰ Dolayısıyla, mevsimlik tarım işlerinde yaygın olarak istihdam edilseler de yabancıların büyük çoğunluğu işlerini yerine getirirken neredeyse hiçbir koruma ve güvence çerçevesi altında değildiler.¹⁶¹

SONUÇ

Ülkemizde ekonomiye büyük katkısı bulunan tarım sektöründe, mevsimlik işlerin önemi yadsınamaz. Her ne kadar mevzuatımızda tanımlanmamış olsa da genel ifade ile mevsimlik işler, işin niteliği ve yapısı itibarıyla faaliyetin yılın belirli dönemlerinde sürdürüldüğü veya tüm yıl çalışılmakla beraber yılın belirli dönemlerinde artış gösterdiği işyerlerinde yapılan işler olarak ifade edilebilir. Türkiye, iklim koşulları bakımından yılın dört mevsiminde farklı tarımsal ürünlerin yetiştirildiği bir ülkedir. Tarımsal üretimde özellikle ekim, dikim işlerinde ve hasat zamanlarında insan emeğine duyulan ihtiyaç fazladır. Tarım sektöründe çalışanlara sürekli iş sağlanmasının zorluğu tarım işçiliğinin büyük oranda mevsimlik olarak yapılması mecburiyetini doğurmaktadır. Hangi işlerin tarım ve orman işlerinden olduğu İş Kanunu m.III hükmünde belirtilmiştir. Genel ifade ile, toprağın işlenmesi ve hayvan yetiştirilmesi yoluyla bitkisel ve hayvansal ürünler elde edilmesinin tarım işleri kapsamında yer aldığı belirtilebilir. Tarım işleri arasında, özellikle çeşitli tarım ürünlerinin toplanması, işlenmesi, bakımı, paketlenmesi gibi işler mevsimlik olarak yapılmaktadır.

Mevsimlik tarım işlerinde bir işverene bağımlı olarak çalışan kimseler, mevsimlik tarım işçisi olarak tanımlanabilir. Anılan kimseler, mevsimsel özellikler doğrultusunda yılın belirli dönemlerinde ortaya çıkan yahut artış gösteren ve düzenli şekilde tekrar eden tarım işlerine yönelik gerekli iş gücü ihtiyacını karşılamak üzere istihdam edilmektedirler. Mevsimlik tarım işçiliği, geçmişten günümüze bünyesinde iş aracılığı kurumunu

¹⁵⁹ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.28; Dedeoğlu, s.39-40.

¹⁶⁰ Bkz. yukarıda § II, B ve § III, B, 2, c.

¹⁶¹ Kalkınma Atölyesi, 2016, s.30, 46; Dedeoğlu, s.40.

barındırmaktadır. Dayıbaşı, elçibaşı, çavuş gibi isimler altında anılan tarım araçları, tarım işlerinde işçilerin iş, işverenlerinde işçi bulmalarına aracılık etmektedirler. Belirtilmelidir ki, mevsimlik tarım işçilerinin araçlara bağımlı oldukları bir çalışma düzeni mevcuttur. Başka bir ifade ile, tarım araçları olmaksızın anılan işçilerin iş bulabilmelerine neredeyse imkân bulunmamaktadır. Bu sistemin, mevsimlik tarım işçilerinin emeğinin sömürülmesi sonucunu doğurabileceği ifade edilebilir. Tarım araçlarının aldıkları yüksek komisyon ücretleri, işçilerin ücretlerinden yaptıkları kesintiler bunun bir göstergesidir.

Genellikle toplumun en yoksul ve mağdur kesiminden meydana gelen mevsimlik tarım işçileri, çalışma hayatındaki en dezavantajlı gruplar arasında yer almaktadır. Anılan kimseler, toplumsal hiyerarşinin en altında kalmakta, sosyal korumadan mahrum şekilde iş görmekte ve çalışma ilişkilerinde sömürüye uğramaktadırlar. Anılan işçilerin düşük ücretler karşılığında, uzun çalışma süreleri boyunca ve işçi sağlığı ve iş güvenliğine yönelik gerekli tedbirler alınmaksızın tehlikeli koşullar altında iş gördükleri belirtilebilir. Mevsimlik tarım işçiliği, mevzuatta yetersiz düzenlenmiş ve yakın zamana kadar neredeyse görünmez kalmıştır. Ayrıca, tarım sektörü denetlenmesi zor bir sektör olduğundan, kayıt dışı çalışma da oldukça yaygındır. Belirtilen hususlar doğrultusunda, tüm ücretli tarım işçileri arasında çalışma koşulları en ağır ve sosyal güvenceden en mahrum olanların mevsimlik tarım işçileri oldukları ifade edilebilir.

Türk Hukukunda yabancı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi ifade eder. Böylece, ülkemiz bakımından Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan herkes yabancıdır. Yabancı kavramının geniş yorumlanması yerinde olur. Yabancı devlet vatandaşı olan kimselerin yanı sıra hiçbir devlet vatandaşlığına sahip olmayan vatansızlar, göçmenler, uluslararası koruma talep eden ve uluslararası koruma statüsü alan diğer yabancılar, NATO mensupları, uluslararası kuruluşlarda çalışanlar ve diplomatik temsilciliklerde olduğu gibi özel statüdeki yabancılar da bu kapsamda yer almaktadır. Hukukumuzda, mevsimlik işçilerin Türk vatandaşı olması gibi bir mecburiyet olmadığından mevsimlik işlerde Türk vatandaşları gibi yabancılar da çalışabilirler.

Mevsimlik tarım işlerinde, çok sayıda yabancı işçinin istihdam edildiği ve bu sayının gün geçtikçe artmaya devam ettiği belirtilmelidir. Tarım sektörü, yapısal özellikleri ve kayıt dışı istihdamın yaygınlığı dolayısıyla, özellikle vasıfsız iş gücü bakımından yabancı işçilere kolay iş bulma imkânı tanımaktadır. Ülkemizde üretilen birçok tarım ürününün özellikle hasat işlemlerinde yabancı işçilerden faydalanılmaktadır. Yabancı işçilerin, belirli ürünlerin üretiminde ve belirli coğrafi bölgelerde ön plana çıktıkları belirtilebilir. Özellikle, Suriye, Azerbaycan ve Gürcistan uyruklu yabancılar ülkemizde mevsimlik tarım işlerinde aktif şekilde yer almaktadırlar. Gürcü işçiler daha çok Karadeniz Bölgesi'nde Ordu, Giresun, Rize, Trabzon ve Artvin illerinde çay, fındık yetiştiriciliğinde, Azeri işçiler Kars, Ardahan gibi doğu illerinde ot biçme ve hayvancılık işlerinde çalışmaktadırlar. Suriyeli işçiler ise yaygın olarak Malatya, Mersin, Adana, Urfa ve Gaziantep illerinde kayısı, narenciye, pamuk, sebze ve Antep fıstığı toplama işlerinde istihdam edilmektedirler. Ayrıca, Malatya ve Ankara illerinde hayvan bakım çalışmalarında Suriyeliler başta olmak üzere Orta Asya ülkelerinden gelen yabancı işçilerin iş gördükleri ifade edilebilir.

Tarımsal üretimde çalışan yabancı işçiler, oldukça kötü çalışma koşulları altında iş görmektedirler. Yabancı mevsimlik tarım işçilerinin, yerli mevsimlik tarım işçileri gibi, düşük ücretler karşılığında, uzun çalışma saatleri boyunca, işçi sağlığı ve iş güvenliği açısından tehlike barındırabilecek işleri yeterli koruma ve güvence bulunmaksızın yerine getirdikleri belirtilebilir. Bunun yanı sıra, göç ettikleri ülkede yabancı olduklarından ayrımcılığa ve kötü muameleye uğramakta ve toplumsal dışlanma ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Ayrıca, yabancı mevsimlik tarım işçilerinin çoğunluğu çalışma izinleri bulunmaksızın kayıt dışı olarak iş görmektedirler. Belirtilen sebeplerle, anılan işçilerin, yerel iş gücü ile kıyaslandığında dahi daha mağdur bir konumda oldukları ve neredeyse hiçbir koruma ve güvence şemsiyesi altında bulunmadıkları ifade edilebilir. Yabancı mevsimlik tarım işçilerinin daha düşük ücret ve ağır çalışma şartlarını kabul etmelerinin yegâne sebebi ise çaresizliktir.

Belirtilen hususların yanı sıra, mevsimlik tarım işlerinde yerel iş gücü ile yabancı iş gücü arasında oluşan rekabet ortamı hem sosyal hem ekonomik açıdan bazı problemlerin meydana gelmesine sebep olmaktadır. Mevsimlik tarım işlerinde, emek arzının artmasının olumsuz etkileri özellikle ücretlere yansımıştır. Yerel iş gücü ile yabancı iş gücü arasında ortaya çıkan rekabet, tarım sektöründe çalışan işçilerin ücretlerinin aşağıya çekilmesine sebep olmaktadır. Bu doğrultuda, yabancı mevsimlik tarım işçileri tarım sektöründe ucuz iş gücü kaynağı olarak görülmeye başlamıştır. Bu durum, ücretlerin düşmesine neden oldukları gerekçesiyle yabancı işçilerin yerli işçilerden tepki görmelerine, aralarında gerginlikler yaşanmasına yol açmaktadır. Böylece, yerli ve yabancı işçiler arasındaki rekabet zaten yapısal olarak problemlili olan ve kayıt dışılığın oldukça yaygın olduğu mevsimlik tarım işlerinde durumu daha kötü hale getirmektedir. Bunun neticesinde, mevsimlik tarım işleri neredeyse yerel iş gücünün yer almaktan imtina ettiği ve ağırlıklı olarak yabancıların istihdam edildikleri bir sektör halini almıştır. Böylece, mevsimlik tarım işçilerinin yoksulluğu iyice artmış, mevsimlik tarım işçiliği en yoksulların neredeyse yaşam mücadelesi verdikleri gelir getirici bir çalışma halini almıştır.

KAYNAKÇA

- Akı E, “Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları”, C.5, S.3, 2000, Kamu-İş Dergisi, ss.249-267.
- Aksoy S, Tarımda İş Hukuku, Ankara Basım ve Ciltevi, Ankara, 1969.
- Akyiğit E, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Arıcı K, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.
- Asar A, Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Başbuğ A/Yücel Bodur M, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Bayramoğlu Z/Bozdemir M, “Dış Göçlerin Mevsimlik Tarım İşçiliği Üzerine Etkilerinin Değerlendirilmesi”, C.9, S.2, 2019İğdır Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, , ss.1164-1176.
- Can H/Tuna E, Yabancılar Hukuku- Genel Kısım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Çalgüner C, Türkiye’de Ziraat İşçileri, Yüksek Ziraat Enstitüsü Basımevi, Ankara, 1943.
- ÇAYSIAD 2023 Yılı Çay Sektörü Raporu, (<https://www.caysiad.org.tr/2023-yili-cay-sektoru-raporu>, s.e.t.03.07.2024).
- Çelik N/Canıklıoğlu N/Canbolat T/Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2023.
- Çelikel A/Öztekin Gelgel G, Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 27. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.
- ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü, Mevsimlik Tarım ve Hayvancılık İşlerinde Muafiyetler, (<https://www.csgb.gov.tr/>, s.e.t. 04.07.2024).
- ÇSGB, Mevsimlik Gezici Tarım İşçilerinin Çalışma ve Sosyal Hayatlarının İyileştirilmesi Stratejisi ve Eylem Planı, Ankara, 2010.
- ÇSGB, Tarımda Sağlık ve Güvenlik Uluslararası Çalışma Örgütü Düzenlemeleri, (<https://www.csgb.gov.tr/>, s.e.t.13.08.2024).
- Dedeoğlu S, “Tarımsal Üretimde Göçmen İşçiler: Yoksulluk Nöbetinden Yoksulların Rekabetine”, C.1, S.56, 2018, Çalışma ve Toplum Dergisi, ss.37-68.
- Demir M, “Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sosyal Güvenlik Haklarına İlişkin Değerlendirmeler ve Öneriler”, C.1, S.44, 2015, Çalışma ve Toplum Dergisi, ss.177-194.
- Doğan V/Yılmaz A Ç/İzmirli L A, Türk Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023.
- Ekmekçi Ö/Yiğit E, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2023.
- Ekşi N, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Ergin H, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Güzel A/Okur A R/Canıklıoğlu N, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Hayata Destek Derneği, Mevsimlik Gezici Tarım İşçiliği 2014 Araştırma Raporu, (<https://www.hayatadestek.org/wp-content/uploads/2021/09/mevsimlik-gezici-tarim-i%CC%87sciligi-2014-arastirma-raporu.pdf>, s.e.t. 29.07.2024).

International Labour Office, Safety and Health in Agriculture Convention, 2001 (No. 184), (https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C184, s.e.t.13.08.2024).

Kalkınma Atölyesi, “Türkiye’de Mevsimlik Tarımsal Üretimde Yabancı Göçmen İşçiler Mevcut Durum Raporu”, Altan Matbaası, Ankara, Mayıs 2016, (<https://www.ka.org.tr/dosyalar/file/Yayinlar/Cocuk-Haklari/Raporlar/TURKIYEDE-MEVSIMLIK-TARIMSAL-URETIMDE-YABANCI-GOCMEN-ISCILER-MEV CUT-DURUM-RAPORU.pdf>, s.e.t. 24.05.2024).

Kalkınma Atölyesi, “Yevmiyeci, Yarıcı veya Kürekçi; Hepsı Çocuk Tarımsal Üretimde Ücret Tipleri ve Çocuk İşçiliğinin Görünümleri”, Ankara, Kasım 2018, (<https://www.ka.org.tr/dosyalar/file/Yayinlar/Cocuk-Haklari/Raporlar/YEVMIYECI-YARICI-VEYA-KUREKCI.pdf>, s.e.t. 23.07.2024).

Kar B, “Mevsimlik İş”, S.4, 2006, Sicil İş Hukuku Dergisi, ss.69-86.

KEİG, Kadın Emegi ve İstihdamına İlişkin Bilgi Notları, Hazal Matbaa, İstanbul, Ağustos 2015, (https://www.keig.org/wp-content/uploads/2016/03/bilg_notlari_Agustos_2015-web.pdf, s.e.t.31.07.2024).

Mollamahmutoglu H/Astarlı M/Baysal U, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Lykeion Yayınevi, Ankara, 2022.

Selek Öz C/Bulut E, “Mevsimlik Tarım İşçilerinin Türk Hukuk Sistemi İçerisindeki Yeri”, C.1, S.1, 2013, ÇSGB Çalışma Dünyası Dergisi, ss.94-111.

Soyer P, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi’ne” İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, Legal Yayınevi, 2008, ss.149-167.

Sözer A N, İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Sümer H H, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.

Süzek S, İş Hukuku, 22. Baskı (Tıpkı Basım), Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.

Şakar M, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

Şimşek Z, “Mevsimlik Tarım İşçilerinin ve Ailelerinin İhtiyaçlarının Belirlenmesi Araştırması 2011”, Elif Matbaası, Şanlıurfa, Nisan 2012.

TBMM, “Mevsimlik Tarım İşçilerinin Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu”, Sıra:716, Mart 2015.

Temir M, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tarımda Çalışanlar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

Temir M, “İş Hukuku Boyutuyla Tarımda İş ve İşçi Bulma Aracılığı”, C.73, S.1, 2024, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.437-475.

Tiritoglu Ersoy H H, “Türkiye’de Mültecilerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları”, S.2, 2019, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, ss.435-474.

Uşan M F, “Yargıtay Kararları Işığında İş Kanunu Açısından Tarım İşleri (4773 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler de Dikkate Alınarak)”, C.7, S.2, 2003, Kamu-İş Dergisi, ss.511-534.

Uşan M F/Erdoğan C, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

Yardımcıoğlu D, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020.

Yılmaz M/Sayın C/Bozoğlu M, "Mevsimlik Gezici Tarım İşçiliğinde Tarım Aracılığının Rolü: Giresun İli Fındık Örneği", C.34, S.2, 2021, Mediterranean Agricultural Sciences, ss.189-194.

Yürekli S, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN VERGİSEL YÜKÜMLÜLÜKLERİN DEVRİNİN SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİ KAPSAMINDA ELE ALINMASI

Considering the Transfer of Tax Liabilities Arising from Factoring Contracts within the Scope of the Principle of Freedom of Contracts

Ayfer KAHRAMAN*

Öz: Özel hukuka hakim olan ve temeli irade özerkliği ilkesine dayanan sözleşme serbestisi ilkesi bireylere istedikleri içerikte ve şekilde sözleşme yapma özgürlüğü sağlar. Faktoring sözleşmeleri de sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak düzenlenen sözleşmelerdir. 6361 sayılı Kanun m. 38'de tanımı yapılsa da Kanun'da esaslı unsurlarına yer verilmemiş sözleşmenin isimsiz sözleşme türlerinden karma sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Tarafların iradelerine göre şekillendirilen faktoring sözleşmelerinin akdedilmesi sonucunda bir takım vergisel yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin finansal yönden güçlü tarafını oluşturan faktoring şirketleri vergisel yükümlülüklerini müşteriye devredebilmektedir. Sözleşme serbestisi ilkesi, bir taraftan Anayasa ile güvence altına alınırken diğer taraftan bu ilkenin sınırsız kullanımı kabul edilmeyerek, kanuni sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Faktoring sözleşmelerindeki vergisel yükümlülüklerin devrinin de bu sınırlar içinde ele alınması gerekir. Buna göre, vergi hukuku bakımından sözleşme ile vergisel yükümlülüklerin devri kabul edilmediği halde bu hükümler bireysel sözleşmelerde iç ilişkide tarafları bağlar. Ancak genel işlem koşulu içeren faktoring sözleşmelerinde vergisel yükümlülüklerin devrinin sözleşmenin karşı tarafı olan müşteri ile müzakere edilmeksizin kararlaştırıldığı ve sözleşme adaletine uygun düşmediği anlaşılırsa geçersiz olduğuna karar verilebilir.

Anahtar Kelimeler: Faktoring, Sözleşme Serbestisi, Vergi Yükümlülüğünün Devri

Abstract: The principle of freedom of contract, which dominates private law and is based on the principle of autonomy of will, gives individuals the freedom to make contracts in the content and manner they want. Factoring contracts are contracts drawn up as a result of the principle of freedom of contract. Law No. 6361 art. Although it is defined in Article 38, the contract is considered to be a mixed contract in anonymous contract types since its essential elements are not included in the Law. A number of tax liabilities arise as a result of the conclusion of factoring contracts shaped according to the will of the parties. Factoring companies, which are the financially strong side of the contract, can transfer their tax liabilities to the customer. The unlimited use of the freedom of contract guaranteed by the Constitution is not accepted and is subject to legal restrictions. The transfer of tax liabilities in factoring contracts should also be considered within these limits. Accordingly, although the transfer of tax liabilities through a contract is not accepted in terms of tax law, these provisions bind the parties in internal relations in individual contracts. However, in factoring contracts that contain general transaction conditions, it may be decided that they are invalid if it is understood that the transfer of tax liabilities is decided without negotiation with the customer, the other party of the contract, and that it does not comply with the fairness of the contract.

Keywords: Factoring, Freedom Of Contract, Transfer Of Tax Liability

* Ankara 1. Vergi Mahkemesi Üyesi, Başkent Üniversitesi Doktora Öğrencisi, ayferkahramanzy@gmail.com

ORCID: 0000-0002-0132-9479

DOI: 10.57083/adaletdergisi.1573694

Makale Geliş Tarihi: 22.07.2024, Makale Kabul Tarihi: 26.09.2024

GİRİŞ

Sözleşmeler, kişilerin ilişkilerini hukuken sonuç doğuracak şekilde düzenlemelerine imkân sağlamaktadır. Özel hukuk alanındaki ihtiyaçlarını sözleşmeler aracılığıyla şekillendiren bireyin özgürce karar verme hakkı bulunmalıdır. Bireylere sözleşmelerini özgürce düzenlemesine imkân sağlayan temel prensip ise sözleşme serbestisidir. Sözleşme serbestisi ilkesinin uygulandığı bir hukuk düzeninde bireyler iradelerine uygun tipte ve içerikte sözleşme yapabilirler.

İsimsiz sözleşmelerden olduğu kabul edilen faktoring sözleşmelerinin temelini de sözleşme serbestisi ilkesi oluşturmaktadır. Bu bakımdan faktoring sözleşmelerinin hüküm ve sonuçları, az sayıdaki kanun hükmü yanında sözleşmenin taraflarının iradeleri ile belirlenmektedir.

Diğer taraftan, sözleşme serbestisi ilkesine dayanılarak kurulan faktoring sözleşmeleri, ekonomik ve ticari hayatın bir gereği olarak işletmelerin finansman ihtiyacını gidermeye hizmet etmektedir. Ancak çoğunlukla sözleşmelerin bir tarafı ekonomik yönden güçlü finansman şirketleri iken, diğer tarafı küçük ve orta büyüklükteki işletmelerdir. Sözleşmenin koşullarının daha çok taraf iradeleri ile oluşturulduğu göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmenin ekonomik ve entellektüel yönden zayıf konumdaki tarafının yeterince söz sahibi olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Faktor lehine sözleşme koşullarının sözleşme serbestisi ilkesine getirilen sınırlamalar çerçevesinde denetlenmesi adil bir sözleşme ilişkisi kurulmasını temin eder.

Tarafların iradeleri ile oluşturulan faktoring sözleşmeleri sonucunda bazı vergisel sonuçlar ortaya çıkmakta olup sözleşmenin güçlü tarafını oluşturan faktoring şirketlerinin vergisel yükümlülüklerini müşteriye devreden sözleşme koşulları ile karşılanmaktadır. Faktoring sözleşmelerinde yer alan vergilendirmeye ilişkin koşulların gerek sözleşme serbestisi ilkesi gerekse vergi hukukuna hâkim olan verginin kanuniliği ilkesi bakımından değerlendirilerek bu koşulların geçerli sayılıp sayılmayacağına ortaya konulması gerekmektedir.

Bu çerçevede, faktoring sözleşmelerinde yer alan vergilendirmeye ilişkin koşullar sözleşme serbestisi ilkesine getirilen sınırlar çerçevesinde ele alınarak vergi hukukuna hâkim olan prensipler yönüyle de geçerli olup olmayacağı çalışmamızda ortaya konulacaktır.

I. FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN VERGİSEL YÜKÜMLÜLÜKLERİN DEVRİ

A. FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

İşletmelerin ticari faaliyetlerinin sürdürülmesi için nakit akışı hayati niteliktedir. İhtiyaç duyulan nakit ihtiyacı işletmelerin câri aktiflerinden

sağlanırken, câri aktifi oluşturan vadeye bağlı alacakların tahsil edilememesi durumunda işletmenin faaliyetlerinin sürdürülebilmesi imkânsız hâle gelir.¹

Mal ve hizmet sunan ticari işletmelerin alacaklarını zamanında tahsil etmesi ve ihtiyaçlarını karşılaması, ticari bakımdan sürekliliğinin gereğidir. Sürdürülebilir ticari ilişkilerin temini için riskin ortadan kaldırılması güdüsü, kişileri yeni alternatif finansman yöntemlerine başvurmaya yönlendirmiştir. Faktoring işlemleri de bu yöntemlerden biridir. Finansal Kurumlar Birliği tarafından “*ticaretin çarklarını döndüren*” önemli bir finans tekniği olarak görülen faktoring işlemleri, dünya finansal piyasalarında 19. yüzyıldan, ülkemizde ise 1990’lı yıllardan itibaren uygulanagelmektedir.²

6361 sayılı “*Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu*”³ (6361 sayılı Kanun) m. 38’de düzenlenen hükme göre, faktoring sözleşmesi, müşterinin mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak alacaklarının faktoring şirketi tarafından devir alınması ile bu alacakların tahsili, hesaplarının tutulması, finansman sağlanması veya faktoring garantisi verilmesi işlemlerinden tümünü veya en az birini içeren bir sözleşmedir. Faktoring sözleşmesinin temel işlevleri, finansman işlevi, teminat (delkledere) işlevi ve iş görme işlevi⁴ olarak üç başlık altında toplanmakta iken, faktoring sözleşmesi ile tarafların hak ve yükümlülükleri ve hangi işlevlerin yerine getirileceği belirlenmektedir.⁵

Faktoring sözleşmeleri temelde teminat riskinin üstlenilip üstlenilmediği göz önünde bulundurularak gerçek faktoring ve gerçek olmayan faktoring olarak iki türde yapılabilir. Gerçek faktoring sözleşmesinde faktore devredilen alacağın borçlu tarafından ödenmeme riski -delkredere rizikosu- faktor tarafından üstlenilmektedir.⁶ Buna göre,

¹ Eletta Onaepemipo/Umaru Zubairu/Abubakar Bilkisu/Araga Simeon/Umar Hadiza Ocheba, “Factoring As An Effective Working Capital Option: A Critical Review”, *International Journal of Commerce and Finance*, Vol. 5, Issue 1, 2019, ss. 60-69, s. 60. (<http://ijcf.ticaret.edu.tr/index.php/ijcf/article/view/112>) ET. 10/07/2024; Erkut Onursal, “Dış Ticaretin Finansmanında Factoring Ve Factoringin Hukuki Çerçevesi”, S. 6 (22), 2001, *Dış Ticaret Dergisi*, ss. 65-84, s. 66.

² Fatih Kayhan/ Mehmet İslamoğlu, “Türk Faktoring Sektöründe Finansman Ve Nakit Yönetiminin Yapısı: Kümülatif Nakit Akış Modeli Önerisi”, C. 9, Y. 9, S. 2, *Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2013, ss. 171-187, s. 172.

³ RG. 13/12/2012, S. 28496.

⁴ Arif B. Kocaman, *Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi)*, Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1994, s. 11; Halil Akkanat, “Gerçek Factoring Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, ss. 889-911, s. 892; Cumhur Özakman, “Factoring İşlemlerinin Hukuki Niteliği ve Fonksiyonları”, İstanbul, 2008, *Finans Hukuku Panelleri-2 Faktoring Hukuku ve Sorunları*, ss. 31-42, s. 32.

⁵ Zekai Özdemir, “Dış Ticaret Finansman Tekniklerinden Faktoring ve Forfaiting İşlemleri”, S. (10) 2005 / 2, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, ss. 194-224, s. 203; Kocaman, 2000, s. 165.

⁶ Arif, B. Kocaman, *Factoring İşleminin Hukuki Niteliği*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1992, s. 40; Kocaman, 1994, s. 15; Vefa M. Toroslu, *Hukuksal ve Finansal Açısından Factoring*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 25.

borçludan tahsil edilemeyen alacağın müşteriye rücu edilmesi söz konusu olmaz.⁷ Gerçek olmayan faktoring sözleşmesinde ise alacağın tahsil edilmeme riski faktor tarafından üstlenilmez. Faktor, iş görme ve finansman işlevini yüklediği halde teminat işlevini yüklenmemektedir.⁸

Factoring sözleşmesi, ekonomik gelişmenin ve ihtiyaçların sonucunda sözleşme serbestisi ilkesine dayanılarak ortaya çıkan sözleşme türlerinden biridir.⁹ Sözleşme serbestisi kavramı ise hukuk düzeninin sınırları içinde, kişilerin özel borç ilişkilerini, yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkileridir.¹⁰

6361 sayılı Kanun'da faktoring sözleşmesinin tanımı yapılmış (m. 38), ancak sözleşmenin diğer unsurları bu Kanun'da veya başka bir kanunda açıklanmamıştır. Bir sözleşmenin yalnızca tanım olarak bir kanunda yer alması sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmemektedir.¹¹ Kanun'da yer alan tanımda faktoring sözleşmelerinin esaslı unsurları, tarafların hak ve borçları gibi hususlar açıklanmadığından isimsiz sözleşmeler arasında yer aldığı kabul edilmektedir.¹² Ayrıca öğretilerde çoğunluğun görüşüne göre faktoring sözleşmeleri isimsiz sözleşme türlerinden her bir işlevi, kanunda ayrı ayrı düzenlenmiş sözleşme tiplerine ilişkin edimlerin yüklenildiği karma bir sözleşme olup¹³ bu karma sözleşme içinde ödünç, hizmet, vekâlet, garanti, alacağın devri sözleşmelerine ilişkin unsurları içermektedir.¹⁴

⁷ Toroslu, s. 25.

⁸ Kocaman, 1992, s. 43; Şükrü, Saraç, Yargıtay Kararları Işığında Factoring, Ankara, 2017, s. 73; Yargıtay 19. HD, T. 15/05/2008, E. 2007/11609, 2008/3542; Yargıtay 19. HD, T. 18/04/1996, E. 1995/11837, K. 1996/4005 (Saraç, s. 618); Akkanat, s. 892; Akyol, s. 17.

⁹ Barış Oranlı, "Factoring Leasing Sözleşmeleri ve Vergisel Boyutu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2002, s. 34.

¹⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023a, s. 948; Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s. 15; Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 23.

¹¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023b, s. 946.

¹² Özge Uzun Kazmacı, Factoring Sözleşmesi, 2. Baskı (Tıpkı Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 50; Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması (İsimsiz Sözleşmeler)", C. 55, S. 1-2, 1995, İÜHF, ss. 263-296, s. 264; Eren, 2023a, s. 1001-1002; Saraç, s. 140; Yargıtay 15. HD., 04/03/2015 T., E. 2014/2532, K. 2015/1152; Yasemin Yücesoy Yılmaz, Hukuki Açıldan Factoring İşlemi, Yetkin, Ankara, 2018, s. 85: "Yargıtay 19. HD., 01/02/2012 T., E. 2011/7613, K. 2012/1288 kararına göre, faktoring sözleşmesi alacağın temlikli hükümlerini de bünyesinde barındıran karma nitelikli atipik bir sözleşme türüdür". Yargıtay 19. HD., 01/07/2015 T., E. 2015/1974, K.2015/9718: "... faktoring sözleşmeleri temelinde alacağın temlikli hükümlerini de barındıran ve birden fazla sözleşme türünü içeren karma nitelikli atipik sözleşmelerdir...".

¹³ Eren, 2023a, s. 1001; Oruç Hami Şener, Factoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikli Sözleşmeyle Yasaklanması, Seçkin, Ankara, 2005, s. 16; Akyol, s. 19; Kocaman, 1992, s. 129; Mustafa Çeker, "Uluslararası Factoring

Factoring sözleşmeleri, genellikle Factoring Derneği tarafından hazırlanan ve factoring şirketince tek taraflı olarak müşteriye sunulan, sözleşmenin koşullarının müşteri tarafından müzakere edilemediği, standart (tip) sözleşmelerdir.¹⁵ Bu niteliği itibarıyla, sözleşmeler genel işlem koşullarını içerirler ve TBK m. 20-25 arasında düzenlenen genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin hükümlere göre denetlenirler.

Sözleşmenin bir tarafını veya her iki tarafını tacirlerin oluşturduğu ticari sözleşmelerde kararlaştırılan genel işlem koşullarının tacirler için de kullanılması mümkündür.¹⁶ Genel işlem koşulları hem TKHK, hem TBK, hem de TTK'da ayrı ayrı düzenlenmiş olsa da, TBK ve TTK arasında, bu Kanunların uygulanışı bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir¹⁷. Öte yandan tacirlerin akdettiği genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen basiretli iş adamı esas alınarak (TTK m. 18/2) denetim yapılmaktadır. Tacirin basiretli iş adamı niteliğinin bir gereği olarak özellikle TBK m. 20-22 hükümlerinde yer alan yürürlük denetiminin tacirler için de emredici olarak düzenlenmiş olması eleştirilmektedir. Zira, tacirler arasında işlemlerin hızlı bir şekilde yürütülmesi önem taşır. Genel işlem koşulunun yürürlük denetimine tabi tutulması işlemleri yavaşlatabilir. Ayrıca basiretli bir iş adamı olarak hareket eden tacirin sözleşmenin henüz başlangıcında korunmasının sınırlı olması gerektiği düşünülmektedir. Belirtilen gerekçelerle tacirler için daha ziyade içerik denetiminin önemli olduğuna işaret edilmektedir.¹⁸

Factoring sözleşmeleri, daha çok küçük ölçekte işletmeler veya gerçek kişi tacirler ile diğer finansman şirketleri arasında akdedilmektedir. Bu bakımdan, ekonomik olarak dar boğazda bulunan tacirlerin hukuk çerçevesinde korunma imkânlarından faydalandırılmaları gerekir. Zira genel işlem koşullarının getirilmesiyle Kanun'da amaçlanan, sözleşmenin zayıf olan ve sözleşme hükümlerini müzakere kabiliyeti bulunmayan tarafın hak ihlâlinin önüne geçilmesidir.

Sözleşmeleri ve Karşılan Bazı Hukuki Sorunlar”, C. 17, S. 4, 1994, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, ss. 111-127, s. 118; Cumhur Özakman, Factoring Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 1989, s. 56; Saraç, s. 247; Özakman, 2008, s. 40.

¹⁴ Eren, 2023a, s. 1001; Özakman, 2008, s. 40.

¹⁵ Kocaman, 1992, s. 88; Uzun, Kazmacı, s. 67.

¹⁶ Eren, 2023b, s. 230; Atamer, s. 137.

¹⁷ Atamer, s. 53.

¹⁸ Yeşim, Atamer, “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, Çiğdem Kırcı (ed.), TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2013, s. 131 vd.

B. FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN VERGİSEL YÜKÜMLÜLÜKLER

I. Gelir- Kurumlar Vergisi Yükümlülüğü

Factoring şirketlerinin kurulması ve factoring işlemleri sonucunda sözleşme gereğince ifa edilen edimler neticesinde bir takım vergisel yükümlülükler oluşmaktadır. Vergi mevzuatında factoring işlemlerinin vergilendirilmesine ilişkin özel hükümlere yer verilmediğinden genel düzenlemelere tabidirler. Factoring sözleşmeleri sonucunda elde edilen kazancın, işlemlerin ifası neticesinde yararlanılan hizmetin vergilendirilmesi, faktörün harç ve diğer vergisel yükümlülükleri mevcut vergi kanunlarına göre belirlenmektedir.

Factoring şirketlerinin işlemlerinden elde edilen kazançların vergilendirilmesi gerekmekte olup 6361 sayılı Kanun m. 5'e göre anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu olan ve sermaye şirketi niteliğinde bulunan bu şirketler 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu¹⁹ m. 1 gereğince kurumlar vergisine tabidirler. Kurumlar vergisi, factoring şirketlerinin bir hesap dönemi içinde elde ettiği sâfi kurum kazancı üzerinden hesap edilir (5520 sk m. 6/2). Kurumların sâfi kurum kazancının tespitinde 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun²⁰ ticari kazanç hakkındaki hükümleri uygulanır (5520 sk m. 6/2-2. cümle). Gelir Vergisi Kanunu m. 40 ve 41 hükmüne göre sâfi kurum kazancı tespit edilmektedir.

Factoring şirketinin gelirleri finansman faizi olarak da adlandırılan faiz,^{21/22} komisyon,²³ teminat (delkredere) harcı,²⁴ refinansman ücretinden oluşur.²⁵ Bu kazançlar 193 sayılı Kanun hükümlerine göre menkul sermaye iradı veya serbest meslek kazancı niteliğinde bulursa da sermaye şirketi olan factoring şirketleri kurumlar vergisi yükümlüsü olduklarından ticari kazançla ilişkin hükümlere göre vergilendirilirler.²⁶

¹⁹ RG. 21/06/2006, S. 26205.

²⁰ RG. 06/01/1961, S. 10700.

²¹ Toroslu, s. 51; Uzun, Kazmacı, s. 80.

²² Özakman, 1989, s. 82; Saraç, s. 67; Toroslu, s. 51; Onursal, s. 69: *"finansman faizi, alacakların vadesinden önce, ön ödeme veya iskonto yoluyla müşteriye finansmanı sağlandığında, ödeme tarihi ile alacağın tahsil tarihi arasındaki süre için banka ticari hesap faizi oranında ödenen tutardır."*

²³ Komisyon, factoring şirketinin factoring sözleşmesi uyarınca müşterisine sunulan hizmetler için ödenen tutardır. Bkz. Akkanat, s. 906; Kocaman, 1992, s. 37; Akyol, 2001, s. 26; Özakman, 1989, s. 82.

²⁴ Gerçek factoringde riskin tümünü üstlenen factoring şirketine, factoring komisyonu yanında fatura değerinin % 0,2 ile 0,4'ü arasında teminat (delkredere) harcı ödenmektedir. Bkz. Kocaman, 1992, s. 31; Yılmaz, s. 59.

²⁵ Oranlı, s. 51: *"Refinansman ücreti, factoring sözleşmelerinde riskin üstlenilmediği ve ön ödeme yapılmasının öngörüldüğü hallerde, alacağın borçlu tarafından ödenmemesi durumunda, müşteriye verilen ön ödeme bedelinin geri istenilmesi halinde talep edilen ücrettir."*

²⁶ Oranlı, s. 50.

Factoring sözleşmesinin karşı tarafı olan müşteri, mal satışı veya hizmet ifası sonucunda doğan vadeli alacağını factoring şirketine devrederek factoring hizmeti talep eden gerçek veya tüzel kişilerdir.²⁷ Müşteri çoğunlukla ticari işletme sahibi gerçek kişi tacirler veya şahıs şirketleri ya da sermaye şirketleri olsa da, bir ticari işletmeye sahip olmayan esnaf veya çiftçi gibi gerçek kişiler veya diğer tüzel kişiler de factoring sözleşmesinin tarafı olabilirler.²⁸ Müşterinin gerçek kişi olması durumunda 193 sayılı Kanun m. 1 hükmü gereğince gelir vergisi yükümlülüğü söz konusu iken, tüzel kişi olması durumunda 5520 sayılı Kanun m. 1/1 hükmü gereğince kurumlar vergisi yükümlülüğü bulunmaktadır.

Mükelleflerin ticari kazancının tespitinde 193 sayılı Kanun m. 40 hükmünde yer alan indirilebilecek giderler dikkate alınmaktadır. Müşteri tarafından factoring şirketine ödenen faiz, komisyon, teminat harcı ve diğer ücretleri, gelir vergisi veya kurumlar vergisine ilişkin sâfi kazancın tespitinde gider olarak indirilebilir. Müşterilerin factoring sözleşmeleri gereğince ödedikleri faiz, komisyon ve harca ilişkin tutarlar ticari kazançların elde edilmesi ve idame ettirilmesi amacıyla ödendiğinden, gelir ve kurumlar vergisi matrahı belirlenirken gider olarak gösterilebilirler.²⁹

Uygulamada factoring şirketine devredilmiş olan ve şirketin aktifinde yer alan alacakların 213 sayılı Kanun m. 281 maddesi uyarınca kayıtlı değeri üzerinden değerlendirilmesi yapılır.³⁰ Factoring işlemlerinde, factoring şirketine devredilen alacağın % 80 ila %90'ı devir anında,³¹ kalan kısmı ise alacağın vadesinde tahsil edilmesi üzerine faiz, komisyon ve harçlar mahsup edildikten sonra müşteriye ödenmektedir.³² Faiz ve komisyon gelirleri ile tüm diğer gelir ve giderler tahakkuk esasına göre muhasebeleştirilir. Dolayısıyla muhasebeleştirme için faizin tahsili beklenilmemektedir. Factoring işlemlerine başlandığında müşteriye düzenlenen faturada yer alan faiz, komisyon ve hizmet bedeli de tahakkuk esasına göre vergilendirilmektedir.³³ Buna göre, factoring sözleşmesi gereğince müşteriye ödenen ön ödeme tutarı üzerinden hesaplanan faizlerin vadesi bir

²⁷ Toroslu, s. 9; Saraç, s. 56-57; Uzun, Kazmacı, s. 49; Şener, s. 7.

²⁸ Saraç, 56; Uzun, Kazmacı, s. 49.

²⁹ Oranlı, s. 51.

³⁰ Oranlı, s. 55; Vedat Ekeril/Fevziye Çağran Kalıpçı, "Türkiye Muhasebe Standartlarının Factoring Muhasebe İşlemlerine Etkileri Ve Uygulamada İskontolu Factoring İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi", C. 12, S. 30, 2016, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, ss. 213-236, s. 226;

³¹ Akkanat, s. 908; Özakman, 1989, s. 84; Akyol, s. 25-26.

³² Özdemir, s. 200; Uzun, Kazmacı, s. 81.

³³ Ekeril/Çağran, s. 226; "TMS 39'a göre faiz ve komisyon gelirleri, kalan anapara bakiyesi ile beklenen ömrü boyunca elde edilecek tahmini nakit girişlerini söz konusu varlığın kayıtlı değerine indirgeyen efektif faiz oranı nispetinde ilgili döneme tahakkuk ettirilmektedir." Aksi yönde görüşü içerecek karar için bkz. Danıştay 4. Dairesi'nin 01/06/2023 tarih ve E. 2020/1622, K.2023/3191 (UYAP, E.T. 13/07/2024).

sonraki döneme sirayet etse dahi, dönemsellik ilkesi gereği o yılın kazancı olarak beyan edilmesi gerekmektedir.³⁴

Bir alacağın vadesinde tahsil edilememesi veya ileride tahsil edilip edilemeyeceğinin şüpheli görülmesi halinde 213 sayılı Kanun m. 323 gereğince şüpheli alacakların normal alacaklar arasından çıkarılmasına izin verilmektedir. Tahsili şüpheli hale gelmiş alacaklar için değerlendirme gününün tasarruf değerine göre pasifte karşılık ayrılabilir. Müşterinin vadeli alacaklarının devralındığı faktoring sözleşmelerinde de devrolunan alacakların tahsil edilememesi durumu ile karşılaştırılabilir. Faktoring sözleşmesinde devredilen alacağın tahsil edilmeme riskinin üstlenilmediği gerçek olmayan faktoring işleminde tahsil edilemeyen alacak müşteriye rücu edilmektedir. Bu sebeple bir görüş faktoring şirketi tarafından şüpheli alacak için karşılık ayrılmasına gerek olmadığını savunmaktadır.³⁵ Bu görüşe göre, değersiz alacağın zarara kaydedilmesi ve 213 sayılı Kanun m. 323'e göre şüpheli alacaklar için karşılık ayırma hakkı müşteride olacaktır. Fakat ödenmeme riskinin faktoring şirketi tarafından üstlenildiği gerçek faktoring işlemlerinde şüpheli ve değersiz alacak karşılığı ayırma hakkı faktoring şirketinde bulunmaktadır.³⁶ Bize göre, faktoring şirketlerince gerçek faktoring, gerçek olmayan faktoring ayrımı yapılmaksızın değersiz alacak ve şüpheli alacak karşılığı ayrılmalıdır. Zira faktoring sözleşmesinin temelinde yer bulan alacağın devri işlemi, alacağı devreden ile devralan arasında yapılan sözleşmeye dayanan bir tasarruf işlemidir.³⁷ Faktoring sözleşmesi çerçevesinde devredilen alacak hakkı müşterinin mal varlığından faktörün mal varlığına geçer. Tasarruf hakkı uhdesine geçen alacaklar için tahsil edilememe durumunda faktoring şirketince şüpheli alacaklara ilişkin karşılık ayrılabilir veya zarar kaydedilebilir (213 sk. m. 322 ve 323).³⁸

2. Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi Yükümlülüğü

Factoring şirketleri, işlemleri sonucunda müşterilerinden tahsil edilen para üzerinden banka ve sigorta muameleleri vergisi (BSMV) ödemektedirler. Faktoring işlemleri, 5411 sayılı "Bankacılık Kanunu"³⁹ ile bankacılık faaliyetleri arasında sayılmış ve Bankacılık Düzenleme ve

³⁴ Taner Sarısoy, "Factoring İşlemleri ve Vergilendirilmesi", S. 78, Ekim-Kasım, 2005, Vergi Raporu, ss. 22-29, s. 28.

³⁵ Ekergil/Çağırın, s. 232; Oranlı, s. 56.

³⁶ Ekergil/Çağırın, s. 232; Oranlı, s. 56.

³⁷ Nurcihan Dalcı, "Müstakbel Alacakların Toptan Devri", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. I, 2013, ss. 749-767, s. 750; Eren, 2023b, s. 1362.

³⁸ Bu konuda farklı görüşler için bkz. Sarısoy, s. 28. Danıştay 4. Dairenin istikrar kazanmış içtihadına göre, faktoring şirketlerinin şüpheli alacaklar için karşılık ayırmasının vergi dairelerince kabul edilmemesi üzerine tahakkuk eden kurumlar vergileri için açılan davalarda, mahkemelerce faktoring işleminin gerçek faktoring, gerçek olmayan faktoring olup olmadığı hususunda ayırım yapılmaksızın verilen kabul kararlarının onandığı görülmektedir. Bkz. anılan Dairenin 06/12/2021 tarih ve E. 2020/1622, K. 2023/3191, 28/03/2022 tarih ve E.2018/5431, K. 2022/1870 sayılı kararları.

³⁹ RG. 01/11/2005, S. 25983.

Denetleme Kurulu (BDDK) ile ilişkilendirilerek, faktorlerin faaliyetleri sonucunda alınan paralar BSMV'ye⁴⁰ tabi tutulmuştur.

6802 sayılı Gider Vergisi Kanunu m. 28'e göre BSMV'de vergiyi doğuran olay, banka ve sigorta şirketlerinin finansal kiralama dışında bütün işlemleri için alınan paralardır. BSMV'nin yükümlüleri, hizmetlerinden faydalanan kimselere bu vergiyi hizmet bedeliyle yansıtırlar.⁴¹

Doktrinde bir görüş,⁴² faktoring işlemlerinin bir kredi işlemi olduğunu kabul ederek, faktoring şirketlerinin BSMV'nin yükümlüsü sayılması gerektiğini savunmakta iken bu görüşün karşısında yer alan görüş,⁴³ hukuki yapıları ve işlemleri itibarıyla faktoring işlemlerinin salt kredi işlemi olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle faktoring işlemlerinin katma değer vergisine (KDV) tabi olması gerektiğini savunmaktadırlar.

Daha önce açıklandığı gibi, faktoring sözleşmeleri karma sözleşme olarak, birden fazla işlevi bünyesinde bulundurmaktadır. İş görme işlevi, faktoring sözleşmesine diğer sözleşmelerden ayırıcı bir özellik vermektedir. Bu işlevin yanı sıra finansman işlevi ile teminat işlevi de tarafların iradesine göre, faktoring sözleşmesinde yer alabilmektedir.

Öte yandan her ne kadar gerçek olmayan faktoring işlemi ödünç (kredi) olarak nitelendirilebilirse de gerçek faktoring işleminin ödünç (kredi) olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. 6802 sayılı Kanun m. 28'deki düzenlemede BSMV'ye tâbi olanlar arasında faktoring şirketi sayılmadığı gibi, 5411 sayılı Kanun m. 48 hükmünde kredi işlemleri arasında faktoring işlemi sayılmamıştır⁴⁴. Ayrıca vergi hukuku bakımından işlemlerin biçimlerinden ziyade, içeriğinin ele alınması ve faktoring işlemlerinin bütün fonksiyonları dikkate alınarak vergilendirilmeleri gerekmektedir. Faktoring işlemlerinde finansman işlevi yanında işgörme ve teminat işlevlerine de yer verilmekte iken, sadece finansman işlevi ele alınarak faktoring şirketlerinin

⁴⁰ Maliye Bakanlığı, faktoring işlemleri neticesinde elde edilen hasılatın, BSMV'ye tabi olacağı konusunda görüş bildirmiştir. (Bkz. 15/06/2020 tarihli ve 66813766-180[6802-2019/2]-163477 sayılı özelge.) ana metinde de öyle tercih edilmiş. Yeknesaklık.

⁴¹ Oranlı, s. 57.

⁴² Özdemir, s. 204-205; Toroslu, s. 55; Onursal, s. 79: *"henüz doğmamış alacaklar için verilen avansa faiz yürütülürse bu işlemin kredi unsurlarını taşıyacağı, verilen avansın malını satan müşteri açısından vadesinden önce çekilen parası olduğu, burada da iskonto esasına dayalı kısa vadeli kredi işlemine benzer bir uygulama ortaya çıktığı belirtilmiştir."*; Sarısoy, s. 28, Ekeril/Çağırın, s. 226.

⁴³ Ahmet Erol, "Faktoring İşleminin Vergisel Boyutu ve Karşılaşılan Sorunlar", <https://www.turmob.org.tr/ekutuphane/detailPdf/a5f09d06-2606-4ec6-9710-59e25bf7853a/faktoring-islemlerin-vergisel-boyutu-ve-karsilasilan-sorunlar>, ET. 03/07/2024; Oranlı, s. 59.

⁴⁴ Belirtmek gerekir ki, 5411 sayılı Kanun m. 4/1-r hükmüne göre bankalar faktoring işlemleri gerçekleştirebilmekte olup, 6361 sayılı Kanun m. 2/2 hükmü gereğince bankalar tarafından yürütülen faktoring işlemleri bu Kanun hükümlerine tabidir.

bankacılık muamelelerinden birini devamlı olarak yaptığı gerekçesiyle BSMV'ne tabi tutulması, ekonomik yaklaşım⁴⁵ ilkesine aykırı düşer.

Verginin yasallığı ilkesi gereği, bir verginin yükümlüsünün yasada açıkça gösterilmesi gerekmektedir. BSMV'nin yükümlülerine benzer olduğu gerekçesiyle faktoring şirketlerinin bu vergiye tabi kılınması, kıyas yolu ile yükümlülük tesis edilmesi anlamına gelir. Nitekim 6802 sayılı Kanun m. 28'de açıkça faktoring işlemine yer verilmemektedir.

Uygulamada, BSMV'nin müstakar haline gelmiş olmasının sebebi, şüphesiz %5'lik vergi oranı ile KDV'den daha az maliyette olmasıdır. Ancak, faktoring işlemleri 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu⁴⁶ m. 1'de yer alan işlemler arasında yer almaktadır. Şayet, faktoring işlemlerinin teşvik edilmesi isteniyorsa, Kanununda özel düzenleme yapılarak, özel oran belirlenmelidir. Kanaatimizce faktoring işlemlerinin BSMV'ye değil, KDV'ye tâbi olması gerekmektedir.

3. Damga Vergisi Yükümlülüğü

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu⁴⁷ m. 1 gereğince, kişilerin yazılı bir şekilde düzenlediği ve imzaladığı sözleşmeler damga vergisinin konusunu oluşturur. Bu Kanun'a ekli I sayılı Tablo'da yazılı kâğıtlar damga vergisine tabi tutulmaktadır. 6361 sayılı Kanun m. 38/2'de⁴⁸ faktoring sözleşmeleri için yazılı şekil şartı öngörülmüştür. 488 sayılı Kanun m. 4'te bir kâğıdın damga vergisine tabi tutulup tutulmayacağına ilişkin anlaşılması için o kâğıdın mahiyetine bakılacağı düzenlenmiştir. 488 sayılı Kanun'a ekli I sayılı Tablo'ya göre faktoring sözleşmeleri gereğince yapılan işlemler sonucunda damga vergisine konu olabilecek kâğıtlar, faktoring sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, ek sözleşme, alacak bildirim formu ve limit onay bildirimidir.⁴⁹

488 sayılı Kanun eki I sayılı Tablo'nun "I. Akitlerle ilgili kâğıtlar" başlıklı kısmının, m. A/1'e göre belli parayı ihtiva eden sözleşmeler ve temliknameler damga vergisine tabi tutulmuştur. Bu noktada faktoring sözleşmeleri çerçevesinde alacakların devredilmesinin temlikname niteliğinde olup olmadığı ve bu çerçevede damga vergisine tabi tutulup

⁴⁵ Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, 32. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, s. 24: "Ekonomik yaklaşımın vergi hukukundaki anlamı vergiyi doğuran olayın belirlenmesinde ve vergi kanunlarının yorumlanmasında tarafların yapmış oldukları hukuki biçimlerin ötesine geçip olayın gerçek ekonomik ve içeriklerin esas alınmasıdır."

⁴⁶ RG. 02/11/1984, S.18563.

⁴⁷ RG. 11/07/1964, S. 11751.

⁴⁸ 6361 sayılı Kanununun 38/2. maddesinde 7247 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, faktoring sözleşmelerinin Kurulca belirlenen usullerde elektronik ortamda yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükme dayanılarak BDDK tarafından hazırlanan Yönetmelik ile faktoring şirketlerinin müşterinin kimliğinin uzaktan tespit edilmesinin ardından bir bilişim veya elektronik cihaz kullanılarak yazılı şeklin yerine geçecek sözleşme ilişkisi kurulmasına dair usul ve esaslar düzenlenmiştir.

⁴⁹ Oranlı, s. 62.

tutulamayacağı incelenmelidir. Daha önce belirtildiği gibi,⁵⁰ faktoring sözleşmeleri müşterinin alacaklarının devri, faktorün finansman sağlama ve işgörme edimleri ile üçüncü kişi müteselsil kefillerin beyanlarının yer aldığı karma bir sözleşmedir.⁵¹ Faktoring sözleşmesi ile müşterinin mevcut ve gelecekteki alacaklarının tamamı faktoring şirketine önceden ve toptan devredilmektedir.⁵² Dolayısıyla faktoring sözleşmesinde müşterinin alacaklarının toptan devrine ilişkin kısmı tasarruf işlemi niteliğindedir.⁵³ Toptan devrin tasarruf işlemi olmasının bir sonucu olarak müşterinin doğmuş ve doğacak alacak hakları devralan faktoring şirketinin malvarlığına geçer.⁵⁴ Bu bakımdan faktoring sözleşmesi aynı zamanda temlikname (alacağın devri) niteliğindedir.⁵⁵ Buna göre faktoring sözleşmeleri çerçevesinde yapılan alacağın devri işlemlerin damga vergisine tabi tutulacağı düşünülebilirse de, damga vergisinden istisna edilen kağıtların düzenlendiği 488 sayılı Kanun II Sayılı Tablo'sunun "IV Ticari ve medeni işlerle ilgili kağıtlar" başlıklı kısmına 12/06/2002 tarihli ve 4761 sayılı Kanun m. 6 ile eklenen 20. maddesinde, "faktoring şirketlerinin müşterileriyle yaptıkları faktoring sözleşmeleri ile bu sözleşmelere ilişkin olarak düzenlenen diğer kâğıtlar"da sayılmış olup buna göre, faktoring sözleşmeleri gereğince devredilen alacaklara ilişkin temlikname, ek sözleşme, kefalet sözleşmesi için damga vergisi alınmamaktadır.⁵⁶ Ayrıca, 2008/6 sayılı Tebliğ ile de faktoring şirketlerinin ihracat sayılan ve döviz kazandırıcı hizmetleri sonucunda aldıkları paralar damga vergisinden istisna edilmiştir.⁵⁷

⁵⁰ Bkz. I.A.

⁵¹ Oranlı, s. 62.

⁵² Yılmaz, s. 58-59.

⁵³ Dalcı, s. 750; Özakman, 1989, s. 71; Şener, s. 21; Uzun, Kazmacı, s. 118.

⁵⁴ Eren, 2023b, s. 1362; Şener, s. 35. Aksi yönde görüş için bkz. Özakman, 1989, s. 71, "gelecekte doğacak alacakları bakımından faktoring sözleşmesinin taahhüt işlemi niteliğinde olduğu ve alacak doğduğunda münferit bir sözleşme ile faktore devri gerektiği" belirtilmektedir.

⁵⁵ Oranlı, s. 63.

⁵⁶ Danıştay 9. Dairesi'nin 16/03/2023 tarih ve E. 2021/4232, K.2023/801: "*Vergi Mahkemesince, faktoring şirketlerinin müşterilerle imzaladıkları faktoring sözleşmeleri ile bu sözleşmelere ilişkin olarak düzenlenen diğer kâğıtların damga vergisinden istisna olduğu, temlik sözleşmesine istinaden alacağın teminatı olarak ipotek tesisine ilişkin belgeler nedeniyle damga vergisi tahakkuk ettirilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı yönündeki kararı onanmıştır.*"(UYAP, ET.20/07/2024).

⁵⁷ RG.05/12/2008, S. 27075. "İhracat, Transit Ticaret, İhracat Sayılan Satış Ve Teslimler İle Döviz Kazandırıcı Hizmet Ve Faaliyetlerde Vergi, Resim Ve Harç İstisnası Hakkında Tebliğ (İhracat: 2008/6)", ayrıca bu konuda verilen özelgeler için bkz. 16/07/2019 tarih ve **64597866-155.01-13839 sayılı özelge**: "Bankalar tarafından gerçekleştirilen faktoring işlemleri nedeniyle düzenlenen sözleşmelerde damga vergisi ödenmeyeceği belirtilmiştir.", 15/09/2015 tarih ve 97895701-140[38-2014/172]-81217 sayılı özelge: "Faktoring sözleşmesinden kaynaklanan işlemlerin yerine getirilmesi amacıyla düzenlenen borç tasfiye sözleşmesi ve ibranamenin harç ve damga vergisine tabi olup olmadığı hakkında verilen özeldede faktoring sözleşmesi haricinde yapılan bu sözleşmenin damga vergisine tabi olduğu belirtilmiştir."

C. FAKTORİNG SÖZLEŞMELERİNDE DEVREDİLEN VERGİSEL YÜKÜMLÜLÜKLER

Tarafların kendi iradelerine göre içeriğini belirledikleri faktoring sözleşmelerinde vergisel yükümlülüklerin devrine ilişkin koşullara da yer verilebilmektedir. Faktoring sözleşmelerinde genellikle sözleşmesinin imzalanması ve teminatların alınmasından kaynaklanan vergi, harç ve resimler ile masrafların müşteri tarafından ödenmesi kararlaştırılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere⁵⁸ faktoring şirketlerinin gelirleri üzerinden kurumlar vergisi ödenmekte olup anılan bu verginin müşteriye yansıtılması söz konusu değildir. Faktoring sözleşmelerinde müşterinin alacaklarının devri ile sağlanan finansman sebebiyle oluşan masrafların müşteriye ait olacağı koşullarına yer verilebilmektedir. Bu masraflara örnek olarak, alacağın devredildiğinin faktor tarafından borçluya bildirilmesi sebebiyle oluşan masraflar,⁵⁹ devredilen alacağın ödenmemesi durumunda müşteriye yapılan ön ödeme sebebiyle alacağın aslı ve ferilerine ilişkin oluşan zararın tazmini, devrolunan alacakların ve teminatlarının tahsili için ödenen vekâlet ücreti, yargılama giderleri ve diğer masraflar, müşterinin sattığı mala ilişkin sigorta primi ve masrafları gösterilebilir. Müşteri tarafından faktöre ödenen masrafların ise ticari kazancın belirlenmesine ilişkin hükümlere göre gider olarak beyanı mümkündür.⁶⁰ Yine müşteri gerçek olmayan faktoring işlemlerinde faktoring şirketine devrolunan alacağın tahsil edilmemesi durumunda faktoring şirketi tarafından alacağın tekrar kendisine devredilmesi ile 213 sayılı Kanun m. 322 ve 323 gereğince değersiz alacak ve şüpheli alacak karşılığı ayrılabilir.⁶¹

Factoring işlemleri sebebiyle faktoring BSMV ödeme yükümlülüğünün bulunduğu yukarıda bahsedilmiş idi.⁶² Gider vergisi niteliğindeki BSMV hizmetten yararlanan kişilere yansıtılmaktadır. Faktoring sözleşmelerinde de faktor tarafından ödenen bu verginin müşteri tarafından faktöre ödeneceği düzenlenmektedir.⁶³

⁵⁸ Bkz. I.B.1.

⁵⁹ Faktoring sözleşmelerinde alacağın faktora devrinin borçluya ihbarının faktoring şirketi tarafından yapılması durumunda ihbara ilişkin tüm masrafların müşteri tarafından tazmin edileceği düzenlenebilmektedir. Örnek faktoring sözleşmesi için bkz. <https://kapitalfaktoring.com.tr/Content/Dokuman/factoring-sozlesmesi.pdf>. E.T. 20/07/2024.

⁶⁰ Oranlı, s. 51.

⁶¹ Oranlı, s. 56,

⁶² Bkz. I.B.2.

⁶³ Faktoring sözleşmelerinde, “Müşteri, ayrıca faktor’a devir olunan alacakların tahsilatı veya finansmanın kullandırılmasında ya da sair ödemeler esnasında oluşacak banka masrafları ile bunların gider vergilerini de ödeyeceğini kabul eder.” şeklinde koşullara yer verilmektedir.

II. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN VERGİSEL YÜKÜMLÜLÜKLERİN DEVRİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. VERGİ HUKUKU VE SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİNİN SINIRLARI BAKIMINDAN

1. Vergi Yükümlülüğünün Devri

Devlet ve vergi mükellefleri arasındaki vergi ilişkisinden doğan hak ve ödevleri ele alan vergi hukukunun müessese ve işlemleri ekonomik hayatın işleyişi üzerine kurulmuştur.⁶⁴ Ekonomik hayata ilişkin işlemler ise daha çok özel hukuk alanında gerçekleşmektedir. Kişilerin özel hukuk alanında hak ve borçlarına ilişkin işlemlerin düzenlenmesi sözleşme serbestisi ilkesi temeline dayanmaktadır.

Vergilendirmeye ilişkin Anayasa⁶⁵ m. 73/3 hükmü ile verginin yasallığı ilkesi düzenlenerek vergi yükümlülüğünün kanun ile düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir.⁶⁶ İrade özgürlüğüne dayanan sözleşme serbestisi ilkesi ise hukuk sistemimizde, gerek Anayasa m. 48/1, gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁶⁷ m. 26, 27 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁶⁸ m. 23 gibi hükümler ile teminat altına alınmıştır. Devletin vergi hukukunu kullanarak, mülkiyet hakkını ve sözleşme özgürlüğünü ihlâl etmemesi gerekir.⁶⁹

Vergi hukuku, hukuk düzeninin sunduğu olanakların kullanılmasına ve kişilerin iktisadi özgürlüklerini serbestçe kullanmasına saygılı olmak zorunda⁷⁰ iken hukuk düzeninin tanıdığı düzenleme olanaklarının bu düzenle çatışan biçimde kötüye kullanımı kabul edilmemektedir.⁷¹ Özel hukuk kapsamındaki sözleşme serbestisinden faydalanılarak vergi yükünün

⁶⁴ Ersin Nazalı, “Vergi Hukuku-Özel Hukuk İlişkisi ve VUK’un 3. Maddesinde Yer Alan Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Uygulanması”, Y. 16, S. 181, Ocak-2008, Yaklaşım, s. 102.

⁶⁵ RG. 09/11/1982, S. 17863.

⁶⁶ Anayasa m. 2, 10 ve 73 hükümleri vergilendirme ile ilgili en önemli hükümlerdir. Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesi, 10. maddesinden alan kanuni eşitlik ilkesi, “Vergi Ödevi” başlıklı 73. maddesinde ise, Anayasal vergilendirme ilkeleri olan, “vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi”, “vergi adaleti ilkesi”, “vergilerin kanuniliği ilkesi” düzenlenmiştir.

⁶⁷ RG. 04/02/2011, S. 27836.

⁶⁸ RG. 08/12/2001, S. 24607.

⁶⁹ Yusuf Karakoç, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 15, Özel Sayı, 2013, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1259-1308, s. 1260.

⁷⁰ Mustafa Akkaya, “Vergi Borcunu Etkileme Çabalarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Karşısında Konumu,” Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, ed. Billur Yaltı, Beta, İstanbul, 2014, ss. 25-44, s. 38.

⁷¹ Akkaya, s. 40.

azaltılması veya ortadan kaldırılması 213 sayılı Kanun⁷² m. 3/(B)'de düzenlenen ekonomik yaklaşım ilkesi ile engellenmeye çalışılmaktadır.

Öte yandan hukukumuzda Anayasa m. 13 esas alınarak temel hak ve özgürlükler arasında sayılan sözleşme serbestisinin özüne dokunulmamak koşuluyla genel sınırlamalar getirilmiştir. Sözleşme serbestisi ilkesine getirilen başlıca sınırlama 6098 sayılı Kanun m. 27'de düzenlenmiştir.⁷³ Bu düzenlemede yer alan sınırlardan biri de kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme içeriğinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasıdır.

213 sayılı Kanun m. 8/3'de, vergi mükellefiyetine ve sorumluluğuna ilişkin özel hukuk sözleşmelerinin vergi dairelerini bağlamayacağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre vergi kanunlarında öngörülen istisnai durumlar dışında vergi sorumluluğu ve vergi yükümlülüğünün devri mümkün değildir. Sözleşme ile vergiye ilişkin sorumluluğun devri kararlaştırılsa da vergi daireleri kanunda tanımlanan vergi sorumlusuna başvurur ve verginin zamanında ödenmemesi dolayısıyla vergi sorumlusu hakkında işlem yapılır.⁷⁴ Vergi hukukuna hâkim olan ekonomik yaklaşım ilkesi vergi ödevlisi ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme ile vergi yükümlüsünün değiştirilmesine imkân vermemektedir.⁷⁵

213 sayılı Kanun m. 8/3 hükmünün sözleşmenin geçerliliğine etkisi yönünden farklı iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş, vergi sorumluluğu ve yükümlülüğünün devrine dair özel hukuk sözleşmelerinin özel hukuk bağlamında geçerli olduğu, ancak vergi dairesi bakımından geçerli olmadığı yönündendir.⁷⁶ İkinci görüş ise böyle bir sözleşmenin taraflar bakımından da geçerli olmayacağını ileri sürmektedir.⁷⁷ 6098 sayılı Kanun m. 27'de yer alan, "*kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı*" hükmü sebebiyle vergi dairesini bağlamayan bu gibi sözleşmelerin adliye mahkemelerinde de hükümsüz sayılacağı belirtilmektedir.

Bize göre, vergi yükümlülüğü ve sorumluluğuna dair kişiler arasında yapılan sözleşmeler iç ilişkide geçerlidirler ve özel hukuk bağlamında öngörmüş oldukları sonuçları doğururlar. Sözleşme ilişkisi ile doğan borç ilişkisi nispi nitelikte olup yalnız taraflar için hüküm ifade edeceğinden mükellefiyet ve vergi sorumluluğuna ilişkin bir sözleşmede üçüncü kişi konumunda olan vergi idaresini bağlayıcı etkisinin olmayacağı tabiidir.

⁷² RG.10/01/1961, S. 10703.

⁷³ Türk Borçlar Kanunu'nun "kesin hükümsüzlük" başlıklı m. 27/1'e göre; "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür".

⁷⁴ Sadık Kırbaş, Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar, 21. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018, s. 64-65.

⁷⁵ Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 168.

⁷⁶ Gülsen Güneş, "Vergi Yükümlülüğüne Ya da Vergi Sorumluluğuna Yönelik Özel Hukuk Sözleşmelerinin Vergi Dairesi Açısından Bağlayıcılığı", C. 68, S. 7-8-9, İstanbul Barosu Dergisi, 1993, ss. 594-609, s. 596; Mustafa Akkaya, "Özel Hukuk Sözleşmesinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği Sorunu", Y. 8, s. 95, Kasım 2000, Yaklaşım, ss. 145-151, s. 151; Doğan Şenyüz, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2002, s. 32.

⁷⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 73; Nazalı, s. 106.

Yargıtay'ın da kararlarında sözleşme ile kararlaştırılan vergiye ilişkin hükümlerin taraflar arasında geçerli olacağı belirtilmektedir.⁷⁸

Ayrıca vergi hukukundaki emredici hükümler hazinenin amme alacağını elde etmesini sağlayacak temel konulardır. Danıştay'ın kararında da, 213 sayılı Kanun m. 8/3'de mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna ilişkin sözleşmelerin vergi dairesini bağlamayacağı hükme bağlandığından mükellefiyetin tayininde taraflarca kararlaştırılan özel koşulların esas alınmayacağı belirtilmiştir.⁷⁹ Vergi hukukunun ekonomik yaklaşım ilkesini esas aldığı bu maddede, vergi hukuku özel hukukun işlemlerini yok saymamakta sadece bu sözleşmelerin vergisel anlamda sonuç doğurmadığını ifade etmektedir. Böyle bir sözleşme mevcut olsa da yükümlü ya da sorumlu vergi idaresine karşı ödevlerini yerine getirmek durumundadır. Ancak özel sözleşme çerçevesinde iç ilişkide bunu yüklenmiş olan kişiye rücu edilebilir.⁸⁰

Factoring sözleşmeleri standart tip sözleşme kullanılması yönüyle genel işlem koşulları içermektedir. Genel işlem koşulunda müşteri aleyhine koşul içeren hükmün müşteriye açıklaması, özellikle aleyhine olan hükümler hakkında dikkatlerini çeken bir bilgilendirme yapılması gerekir. Aksi halde sözleşme hükmünün sözleşmeye dâhil olmadığı itirazı ile karşılaşılabılır (6098 sk. m. 21).⁸¹ Müşteri ile müzakere edilerek üzerinde tartışılan factoring sözleşmesi hükümlerinin bireysel sözleşmeye dönüştüğü kabul edilebilir. Sözleşmede vergi yükümlülüğünün müşteriye devredilmesine ilişkin hükmün müşteri ile tartışılarak bireysel sözleşmeye dönüştüğünün kabulü için yalnızca sözleşme üzerine tartışıldığı kaydının düşülmesi yeterli olmayıp gerçekten tartışıldığı sonucuna varılması gerekir. Bunun için müşterinin faktor karşısında güçlü ve etkin bir kuruluş olması, bilgi ve birikimi, profesyonel destek sağlaması gibi müzakere gücüne etki eden hususların değerlendirilmesi gerekir.⁸² Buna göre factoring

⁷⁸ Yargıtay 19. HD., T. 10/10/2013, E.2013/262, K.2013/15810; “Sözleşme ile kararlaştırılmadığı halde KDV bedelinin satış bedeline ilave edilmesinin hukuki dayanağı bulunmamaktadır.”; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 11/04/1989 tarih, 1989/533 E, 1989/2502 K sayılı kararında da aynı hususlara değinilerek bir satış ilişkisinde satış bedeli ödenip, hukuki ilişki sona erdikten sonra satıcının, alıcıdan ayrıca KDV talebinde bulunamayacağı belirtilmiştir. Diğer kararlar için bkz. Yargıtay 19. HD, T. 17/05/2012, E. 2012/2914, K. 2012/8351, Yargıtay 19. HD, T. 24/11/2011, E. 2011/4778, K. 2011/14707, Yargıtay 19. HD, T. 11/04/2011, E.2010/9130, K.2011/4737.(UYAP E.T. 17/07/2024).

⁷⁹ Danıştay 9. D., T. 30/12/1976, E. 1828/4057. (Güneş, s. 602).

⁸⁰ Şenyüz, s. 34.

⁸¹ Uzun, Kazmacı, s. 69; Yargıtay 11. HD., T. 04/10/2016, E. 2016/7538, K. 2016/7764 sayılı Kararında; “davacının imzalı beyanı ile sözleşmenin ayrıntılı olarak incelendiğinin belirtildiği, sözleşmenin içeriğinin öğrenilmesi için zaman ve imkan sağlandığının anlaşıldığı durumlarda banka tarafından sözleşme hükmü hakkında yeterli bilgilendirme yapıldığının kabul edildiği anlaşılmaktadır.”

⁸² Sirmen, s. 115: “Müşterinin genel işlem şartları hakkında tam bir bilgi sahibi olarak bunları kabul ettiği girişimci tarafından kanıtlanmadıkça, genel işlem şartlarının global olarak kabul edildiği, yani, okunmadan ve tam bilgi sahibi olmadan, okunsa da anlamadan imzalandığı kabul edilir.”; Atamer, 2010, s. 74; Aydoğdu/Kahveci, s. 269.

sözleşmelerinde yer alan bazı vergisel yükümlülüklerin müşteri tarafından karşılanacağına ilişkin hükümlerin bireysel sözleşmeye dönüştüğü kanaatine varılırsa vergilendirmeye ilişkin ilkelere aykırı olduğu ve sözleşme serbestisi ilkesinin sınırlarının aşıldığı kabul edilmez.

2. Vergi Cezalarının Devri

Factoring sözleşmeleri ile faktor aleyhine tahakkuk edecek vergi cezalarının ödenmesinden müşterinin sorumlu olduğuna ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir.⁸³

Bilindiği gibi, Anayasa m. 38'de yerini bulan şahsilik ilkesi ceza hukukunun en temel ilkelerindendir. Bu ilkeye göre bir kişi sadece kendi eylemlerinden sorumludur.⁸⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda⁸⁵ şahsilik ilkesini düzenleyen hüküm ise m. 20/1'dir. Mutlak bir şekilde kabul gören bu ilke, ceza hukukunda konusu suç olan bir eylem sebebiyle eylemin faili olan kişinin dışında başka bir kişinin cezalandırılmasını yasaklar.⁸⁶

Şahsilik ilkesi kabahatler ve bu çerçevede vergi hukukunda yer alan vergi cezaları bakımından da geçerlidir. Vergi Ceza Hukukunun yaptırımları, vergi kabahatleri ile vergi suçlarıdır. 213 sayılı Kanun'da düzenlenen vergi kabahatleri, vergi ziyai, genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarıdır. Bu cezalar idari nitelikteki para cezalarıdır. 213 sayılı Kanun m. 333'de, tüzel kişilerin faaliyetlerinin görülmesi sırasında oluşacak vergi kabahatleri sebebiyle vergi cezasının tüzel kişi adına kesileceği düzenlenmiştir.⁸⁷ Bu düzenleme, 4721 sayılı Kanun'un m. 50'de yer alan tüzel kişinin yetkili organları tarafından yapılan hukuki işlemler ile hukuka aykırı filleri de olmak üzere bütün fiillerden tüzel kişinin sorumlu olacağına ilişkin kural ile de uyumludur. Factoring sözleşmeleri bakımından bu hükümler, vergi cezaları veya diğer idari para cezalarının tüzel kişiliği bulunan factoring şirketi adına tahakkuk ettirilerek uygulanmaktadır.

⁸³ Factoring Sözleşmelerinde; “Müşteri her ne sebeple olursa olsun tahakkuk ettirilebilecek cezaları ile faizlerinin ve bircümle ferilerinin, hukuki ve cezai sorumluluklarının tarafına ait olduğunu gayrikabili rücu beyan ve itkrar etmekte, bu nedenlerle mevzuat hükümleri uyarınca da olsa FAKTOR'un sorumluluğuna başvurulması ihtimalinde, FAKTOR'u özel ya da kamu kurum ve kuruluşları, resmi daireler, merciler mahalli idareler karşısında bu cezai ve hukuki sorumluluklardan, ferilerinden, dava ikamesi ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın, açılmış davaların sonuçlarını beklemeksizin derhal kurtarmayı taahhut, garanti etmektedir.” şeklinde koşullara yer verilebilmektedir.

⁸⁴ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 76.

⁸⁵ RG. 12/10/2004, S. 25611.

⁸⁶ Murat Batı/Uğur Hakan Gafar, “Vergi Ceza Hukukunda ‘Ne Bis in Idem’ İlkesi: Sorumluluk Hükümleri Açısından Farklı Bir Bakış”, 2020; 64, Maliye Çalışmaları Dergisi, ss. 15-29, s. 24.

⁸⁷ Benzer düzenleme için bkz. Kabahatler Kanunu m. 8/1: “Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.”

Ancak faktoring şirketi adına kesilen bu cezaların, faktoring sözleşmesi ile müşteriye yükletilmesi mümkün görünmemektedir. Yukarıda 213 sayılı Kanun m. 8/3 hükmünde mükellefiyet ve vergi sorumluluğuna ilişkin sözleşmelerin vergi dairesini bağlamayacağı kuralı açıklanmış idi. Bu hükmün aksi yorumundan yola çıkılarak vergi sorumluluğunun sözleşme ile devri halinde bunun vergi dairesini bağlamasa da iç ilişkide sözleşmenin taraflarına rücu edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak, idari cezalar bakımından cezaların şahsiliği ilkesi, faktor adına kesilen cezanın sözleşme ile müşterinin sorumluluğuna bırakılmasına ve rücu edilmesine engel olmaktadır.⁸⁸

Genel işlem koşulu içeren faktoring sözleşmelerinde vergi cezalarının müşteriye devrine ilişkin koşullar, müşterinin kabulü ile sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu veya üzerinde müşteri ile müzakere edilerek bireysel sözleşmeye dönüştüğü kabul edilebilirse de, kanunun emredici kurallarına, ahlaka kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı sözleşme kuralları kesin olarak hükümsüz⁸⁹ sayıldığından diğer hususlara bakılmaksızın geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla faktoring sözleşmesinde yer alan böyle bir hükmün emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturması sebebiyle hükümsüzlüğüne karar verilebilir (6098 sk. m. 27).

B. Genel İşlem Koşulları Bakımından

6098 sayılı Kanun m. 20-25’de genel işlem koşullarının denetlenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiş olup bu hükümler emredici hukuk kurallarındandır. Bu çerçevede sözleşmelerde yer alan koşulların “yürürlülük denetimi” (m. 21),⁹⁰ “yorum denetimi” (m. 23)⁹¹ ve “içerik

⁸⁸ Yargıtay 9. CD., E. 2010/2357, K. 2010/2913: “*şirketin uçakla ilgili yaptığı alt sözleşmelerin yolcuları bağlamayacağı, hukuki sorumlulukta rücu kabul edilse bile cezaî yünden rücunun mümkün olmadığı, tüm sorumluluğun devir sözleşmeleri ile taşeron şirketlere devredilerek hukuki ve cezaî yaptırımların kolayca bertaraf edilmesinin kabul edilemeyeceği gerekçesine yer verilmiştir.*” (<https://www.hukukihaber.net/ceza-hukuku-sorumlulugu-sozlesme-ile-devredilebilir-mi>) ET. 22/03/2024; Kırkbeşoğlu, s. 147 dn. 148: “*Taraflardan birinin işlediği trafik suçundan doğan borcu ödeyeceği yönündeki sözleşme kaydı ‘cezaların şahsiliği’ ilkesini emredici hukuk kuralı olarak açıkça düzenleyen 26/09/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22. maddesinde açıkça düzenlendiği göz önünde tutulduğunda emredici hukuk kuralına aykırı olduğu kabul edilecektir.*”

⁸⁹ Sirmen, s. 120: “*Yazar kanunun emredici kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olmamakla beraber, haksız olarak nitelendirilen şartların da içerik denetiminin konusuna girdiği, Yargıtay 13. HD. 19/02/2004 tarih ve E. 2003/13819, K. 2004/1888 sayılı kararında TKHK’un emredici kurallarına aykırı olan sözleşme kaydını haksız şart olarak nitelendirmesinin yerinde olmadığı görüşündedir.*”

⁹⁰ TBK m. 21’e göre, “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*”

denetimi” (m. 25)⁹² yapılmaktadır. 6098 sayılı Kanun’un genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri her türlü sözleşme ilişkisine bu kapsamda tacirler arasında akdedilen sözleşmeler için de uygulanır. Faktoring şirketinin önceden ve tek taraflı olarak hazırladıkları, sözleşmenin koşulları müşteri tarafından müzakere edilemediği, standart (tip) sözleşmelerdir.⁹³ Standart sözleşme kullanılması yönü ile genel işlem koşulu niteliğinde bulunan faktoring sözleşmelerinin emredici hukuk kurallarına ve genel işlem koşullarına aykırılığı denetlenir.

Factoring sözleşmesi ile vergi ve ceza yükümlülüğünün müşteriye devredilmesinin genel işlem koşulları yönüyle de incelenebilir. Yukarıda⁹⁴ faktoring sözleşmesi ile bir takım vergi yükümlülüğünün emredici hukuk kurallarına aykırı olmadığı, böyle bir sözleşme hükmü vergi idaresi için bağlayıcı olmasa da taraflarca geçerli olduğu belirtilmiş idi. Ancak genel işlem koşulları içinde böyle bir şarta yer verildiğinde bakılmalıdır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)⁹⁵ m. 5/7⁹⁶ hükmünde, sözleşmede kararlaştırılan fiyatın haksız şartın belirlenmesinde değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu hükme göre, tarafların aralarındaki edim-karşı edim dengesi içerik denetimi dışında kalmaktadır. Bu istisna genel işlem koşullarının denetiminde de söz konusudur.⁹⁷ Sözleşmede

⁹¹ TBK m. 23’e göre, “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”

⁹² TBK m. 25; “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”

⁹³ Kocaman, 1992, s. 88; Uzun, Kazmacı, s. 67.

⁹⁴ Bkz. II.A.1.

⁹⁵ RG. 28.11.2013, S. 28835.

⁹⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/7, “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”

⁹⁷ Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/EWG sayılı “Tüketiciler Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Yönerge”nin m. 1/1 ve m. 4/2’de yer alan hükümlere göre, denetim dışı bırakılan iki husus hukuki bir düzenlemeyi aynen genel işlem koşullarına aktaran kayıtlar ile edim/karşı edim dengesini ilgilendiren kayıtlardır. (Lale Sirmen, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 2012, ss. 109-134, s. 124; Atamer, 2010, s. 220); Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Genel İşlem Koşulları Şerhi, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 287; Yargıtay HGK, T., 22/09/2010, E. 2010/13-466, K. 410: “Genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmaması durumunda, ilke olarak tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Tüketici aleyhine haksız şart içeren böyle bir genel işlem şartının tüketiciyi bağlamayacağı duraksamadan uzaktır”, (Doğa Ekrem Doğanca, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 31). Ayrıca tüzel kişi tacirlerinde tüketici konumunda yaptığı işlemler için 6502 sk. kapsamında korunması gerektiği yolunda görüş için bkz. İpek, Aktürk, Yücer, “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, C. XX, Y. 2016, Sa. 2, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 103-128, s. 118-119.

tarafının edim-karşı edim dengesi denetlenemese de edimin tam olarak ne olduğunun anlaşılacağı, saydamlık ilkesine aykırı fiyat belirlemeleri denetlenebilmektedir.⁹⁸

Factoring sözleşmeleri bakımından öncelikle 6098 sayılı Kanun m. 20-25’de düzenlenen hükümler uygulansa da standart olarak hazırlanan bir factoring sözleşmesinin müşteri ile müzakere edilmediği anlaşılıyorsa factoring sözleşmelerinin denetiminde 6502 sayılı Kanun ile Yönetmelik’te⁹⁹ yer alan haksız şarta ilişkin kavramın kapsamı, mahiyeti ve tanımının kullanılması mümkündür.

Zira factoring sözleşmelerinde kullanılan genel işlem koşulları, sözleşmede tarafların menfaat dengesini ortadan kaldıracaktır. Factoring sözleşmelerinde müşterinin gerçek kişi veya tüzel kişi tacir olduğu durumlarda müşterinin sözleşmelerde basiretli bir tacir gibi hareket edeceği, akdettiği sözleşmeyi okuma, itirazlarını iletme ve pazarlık etme gücünün daha fazla olacağı kabul edilebilirse de küçük ölçekli bir işletmenin varlığını sürdürmesi için ihtiyacı olan finansal kaynağı karşılamak üzere yapacağı kredi başvurusunda banka tarafından kendisine sunulan kredi sözleşmesini müzakere etme şansının olduğu söylenemez. Bu bakımdan sözleşmede faktörün vergi yükümlülüğünün müşteriye devri konusu da sözleşmenin bütün koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Factoring sözleşmesinin denetiminde, müşterinin pazarlık ederek karşılıklı müzakere ile sözleşmeyi akdettiği, hak ve menfaatlerin sözleşmede dengeli dağıtıldığı anlaşılabiliriyorsa sözleşme hükmünün geçerli olduğuna karar verilebilir.

Vergi cezalarının müşteriye devrine ilişkin koşullar ise müşterinin kabulü ile genel işlem şartları sözleşmenin içeriğine dâhil olsa da, kanunun emredici kurallarına, aykırı sözleşme kuralları kesin olarak hükümsüz sayıldığından diğer hususlara bakılmaksızın geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

SONUÇ

Factoring özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmelere finansman sağlayan alternatif bir finansman yöntemi olması yönüyle ekonomik ve ticari hayatın sürdürülmesi için önemli bir role sahiptir. Factoring sözleşmeleri sözleşme serbestisi ilkesinden yararlanılarak tarafların hak ve yükümlülüklerini belirledikleri sözleşmelerdir.

⁹⁸ Avrupa Birliği Mahkemesi Kararları (European Court of Justice) (C-226/12, 16.01.2014) “Satıcının ödemesi gereken belediye vergisinin sözleşme ile alıcıya aktarılmasına ilişkin hükmün denetimi kabul edilmiştir.”; BGH, NJW 2012, 2337: “Teminatların idaresi, satılması veya kaldırılması için alınan ücretlerin hukuka aykırı olduğu” (Atamer, 2011), Yargıtay 13. HD. 21/11/2005 tarih ve E.2005/11415, K.2005/17157 sayılı kararında Yargıtay devre tatil aidatının çok yüksek olduğu gerekçesiyle indirimine tabi tutulmasına karar vermiştir. (Sirmen, s. 125).

⁹⁹ RG. 17/06/2014, S. 29033 ile yayımlanarak yürürlüğe giren “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”. Bu Yönetmelik ekinde yer alan Ek-1, Haksız Sözleşme Şartları’nın factoring sözleşmelerinde müşteri ile müzakere edilmeksizin düzenlenmesi halinde geçersiz kılınmasına karar verilebilir.

Tarafların özgür iradeleri ile istedikleri içerikte sözleşme yapabilmesi sözleşme serbestisi ile sağlansa da bu serbestinin de Kanunda belirtilen sınırlara göre kullanılması gerekir. Aksinin kabulü özellikle tarafların gücünün birbirine eşit olmadığı durumlarda, sözleşmenin güçlü tarafı lehine, diğer tarafı aleyhine koşulların düzenlenmesine yol açar. Hukukumuzda da sözleşme serbestisinin Kanunda belirlenen sınırlarına yer verilmiştir.

Çoğunlukla ekonomik, psikolojik, entellektüel ve organizasyon bakımından güçlü konumdaki faktoring şirketleri karşısında yer alan müşterinin sözleşmeyi eşit koşullarda müzekere ederek, koşulları pazarlık konusu edilerek akdedildiğini söylemek güçtür. Faktoring şirketince daha önce tek taraflı hazırlanan standart sözleşmeleri kullanılarak, faktorün bazı vergisel yükümlülüklerinin müşteriye devredildiği görülmektedir.

Faktorün vergisel yükümlüğünün müşteriye devri vergi hukuku yönünden değerlendirildiğinde vergilendirilmede ekonomik yaklaşım ilkesi gereğince geçerli kabul edilmemekte, vergi idaresince kanunda belirlenen yükümlüye müracaat edilmektedir. Ancak bireysel sözleşmelerde sözleşme hükmü taraflar yönünden bağlayıcı niteliğini korumakta olup verginin yüklenildiği tarafa ödenen vergi rücu edilebilmektedir. Genel işlem koşulu yönüyle incelendiğinde ise faktoring sözleşmesi hak ve yükümlülüklerin dağılımı ve sözleşme adaletinin sağlanması yönüyle denetlenerek böyle bir sözleşme hükmünün geçersizliğine karar verilebilir.

Factoring sözleşmesinde yer alan vergi cezalarının müşteriye devrine ilişkin koşullar ise emredici kanun hükümlerine aykırı olup geçersiz kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

Akkanat H, “Gerçek Factoring Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, ss. 889-911.

Akkaya M, “Vergi Borcunu Etkileme Çabalarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Karşısında Konumu,” Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, ed. Billur Yaltı, Beta, İstanbul, 2014.

Akkaya M, “Özel Hukuk Sözleşmesinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği Sorunu”, Y. 8, s. 95, Kasım 2000, Yaklaşım, ss. 145-151.

Aktürk Y, İpek, “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, C. XX, Y. 2016, Sa. 2, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 103-128.

Atamer Y, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2010.

Atamer Y, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşleme Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar, 8 Nisan 2011, BATİDER, Ankara, 2011.

Atamer Y, “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, Çiğdem Kırca (ed.), TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2013.

Batı M/Gafar U H, “Vergi Ceza Hukukunda ‘Ne Bis in Idem’ İlkesi: Sorumluluk Hükümleri Açısından Farklı Bir Bakış”, 2020; 64, Maliye Çalışmaları Dergisi, ss. 15-29.

Çeker M, “Uluslararası Factoring Sözleşmeleri ve Karşılan Bazı Hukuki Sorunlar”, C. 17, S. 4, 1994, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, ss. 111-127.

Dalcı N, “Müstakbel Alacakların Toptan Devri”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. I, 2013, ss. 749-767.

Doğancı E D, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, Oniki Levha, İstanbul, 2018.

Ekergil V/Çağırın Kalıpçı F, “Türkiye Muhasebe Standartlarının Faktoring Muhasebe İşlemlerine Etkileri Ve Uygulamada İskontolu Faktoring İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi”, C. 12, S. 30, 2016, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, ss. 213-236.

Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023a.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Ankara, 2023b.

Erol A, “Faktoring İşleminin Vergisel Boyutu ve Karşılansın Sorunlar”, https://www.turmob.org.tr/ekutuphane/detailPdf/a5f09d06-2606-4ec6-9710-59e25bf7853a/factoring-islemlerin-vergisel-boyutu-ve-karsilansin-sorunlar_

Güneş G, Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2011.

Güneş G, “Vergi Yükümlülüğüne Ya da Vergi Sorumluluğuna Yönelik Özel Hukuk Sözleşmelerinin Vergi Dairesi Açısından Bağlayıcılığı”, C. 68, S. 7-8-9, 1993, İstanbul Barosu Dergisi, ss. 594-609.

Karakoç Y, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 15, Özel Sayı, 2013, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1259-1308.

Kayhan F/ İslamoğlu M, “Türk Faktoring Sektöründe Finansman Ve Nakit Yönetiminin Yapısı: Kümülatif Nakit Akış Modeli Önerisi”, C. 9, Y. 9, S. 2, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, ss. 171-187.

Kırbaş S, Vergi Hukuku Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar, 21. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2018.

Kırkbeşoğlu N, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Kocaman Arif B, Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi), Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1994.

Kocaman A B, Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1992.

Nazalı E, "Vergi Hukuku-Özel Hukuk İlişkisi ve VUK'un 3. Maddesinde Yer Alan Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Uygulanması", Yaklaşım, Y. 16, S. 181, Ocak-2008, s. 102.

Oktay S, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması (İsimsiz Sözleşmeler)", C. 55, S. 1-2, 1995, İÜHF, ss. 263-296.

Oranlı B, "Factoring Leasing Sözleşmeleri ve Vergisel Boyutu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2002.

Onursal E, "Dış Ticaretin Finansmanında Factoring Ve Factoringin Hukuki Çerçevesi", S. 6 (22), 2001, Dış Ticaret Dergisi, ss. 65-84.

Öncel M/ Kumrulu A/Çağan N, Vergi Hukuku, 32. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.

Onaepemipo Eletta-Zubairu, Umaru-Abubakar, Bilkisu- Araga, Simeon-Umar, Hadiza-Ochepa, "Factoring As An Effective Working Capital Option: A Critical Review", International Journal of Commerce and Finance, Vol. 5, Issue 1, 2019, ss. 60-69, s. 60. (<http://ijcf.ticaret.edu.tr/index.php/ijcf/article/view/112>).

Özakman C, "Factoring İşlemlerinin Hukuki Niteliği ve Fonksiyonları", İstanbul, 2008, Finans Hukuku Panelleri-2 Factoring Hukuku ve Sorunları, ss. 31-42.

Özakman C, Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989.

Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.

Özdemir Z, "Dış Ticaret Finansman Tekniklerinden Factoring ve Forfaiting İşlemleri", S. (10) 2005 / 2, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, ss. 194-224.

Saraç Ş, Yargıtay Kararları Işığında Factoring, Ankara 2017.

Sarısoy T, "Factoring İşlemleri ve Vergilendirilmesi", S. 78, Ekim-Kasım, 2005, Vergi Raporu, ss. 22-29.

Sirmen L, "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, ss. 109-134,

Şener O H, Factoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Seçkin, Ankara, 2005.

Şenyüz D, Vergi Hukuku Açısından Özel Hukuk Sözleşmeleri, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2002.

Toroslu V, M, Hukuksal ve Finansal Açından Factoring, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Uzun K Ö, Factoring Sözleşmesi, 2. Baskı (Tıpkı Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Yücesoy Y Y, Hukuki Açından Factoring İşlemi, Yetkin, Ankara, 2018.

İNCELEME

SAĞIR VE İŞİTME ENGELLİLERİN ADALETE ERİŞİMDE YERİ

The Role Of The Deaf And Hearing Handicapped In Access To Justice

Kader GÜNER*

GİRİŞ

Ülkemizde engelliler alanında yapılan çalışmaların eksikliği herkesin malumudur. Dezavantajlı gruplar arasında yer alan sağır ve işitme engelliler açısından ise durum biraz daha farklılık göstermektedir. Sağırın kim olduğuna değinecek olursak; “*işitme duyusundan yoksun, işitmeyen ya da işitme duyusu az çok körelmiş (kimse)*” anlamına gelmektedir.¹ Türk kültüründe bugüne kadar sağır-dilsiz, ahraz, işitme ve konuşma engelli gibi çeşitli sıfatlar kullanılmıştır. Osmanlı dönemine baktığımızda sağırın bîzebân ve lâl olarak adlandırıldığı bilinmektedir.²

Türk kültürümüzün geçmişine baktığımızda ise Osmanlıda Türk İşaret Dilinin hep var olduğu bilinmekte ve hatta 1500-1700 yılları arasında Osmanlı mahkemelerinde gizliliğin sağlanabilmesi için hizmet vermek üzere bir Sağır Topluluğu bulunmaktaydı. Sağır ve lâl olan bireylerin sarayın sırlarına ilişkin gizlilik gerektiren görevlerde sorumlu oldukları görülmektedir.³ Özellikle İstanbul, Edirne ve diğer önemli merkezlerde Sağır devlet hizmetlerinde çalışmış ve yine mahkemelerde görev yapmıştır. Sağırlerle iletişim sağlayabilmek için, işitme kaybı bulunmayan hâkimlerin, saray çalışanlarının ve sağır bireylerin ailelerinin işaret dili bildiği görülmektedir.⁴ Bugüne kadar yapılan araştırma ve çalışmaların sonucuna göre, Osmanlı mahkemelerinde kompleks bir işaret dili üretilerek uygulandığı, bu dilin Sağır çalışanlar tarafından olduğu gibi mahkeme görevlilerince de bilindiği ve işaret dili bilmenin ayrıcalıklı bir statüsü

* Sivas İcra Dairesi Müdürlüğü İcra Katibi, Türk İşaret Dili Eğitmeni, Türk İşaret Dili Tercümanı, ab237309@adalet.gov.tr, ORCID: 0009-0004-4176-0636

1 <https://sozluk.gov.tr/> (s.e.t.:11.06.2023).

2 Hüsnü Erten/ Prof. Dr. Nursal Arıcı, “İşaret Dilinin Tarihi Serüveni ve Türk İşaret Dili”, C.24, S.2, 2022, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.6.

3 Hüseyin Çakır/ Şaban Çetin/ Abidin Baş, “İşitme Engellilere Yönelik Dinamik Web Sayfasının Geliştirilmesi”, C.6, S.2, 2013, Bilişim Teknolojileri Dergisi, s.6.

4 Miles M, "Deaf People, Sign Language and Communication, in Ottoman and Modern Turkey: Observations and Excerpts from 1300 to 2009. From sources in English, French, German, Greek, Italian, Latin and Turkish, with introduction and some annotation", 2009, <https://www.independentliving.org/miles200907.html> (s.e.t.:22.06.2023).

olduğunu söylemek mümkündür.⁵ Osmanlı devletinde ilk olarak kabul gören özel eğitim kurumu ise 1889 yılında açılan “Dilsizler Mektebi” dir.⁶



Kaynak: Ali Haydar, 1925, s. 1252⁷

Osmanlı mahkemeleri üzerinde yapılan sağır ve işaret dili çalışmalarına baktığımızda sağırların doğru veyahut eksiksiz anlaşılabilmesinin sağlanması yönünde bir çaba olduğunu görmekteyiz.

Sağır ve işitme engellilerle iletişim sağlama yöntemimiz **Türk İşaret Dili**'dir. Türk İşaret Dili; Türk İşaret Dili Sisteminin Oluşturulması ve Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik'in "*Tanımlar*" başlıklı 4 üncü maddesinin d fıkrasında; "*Duygu, düşünce, istek ve ihtiyaçların ifade edilmesi amacıyla el ve vücut hareketleri ile mimikler kullanılarak oluşturulan görsel dili*" olarak tanımlanmıştır.⁸ Bu dil farklı el formları, jest, mimik ve sağır kültüründen oluşmaktadır. Ülkemizde işitme engelli sayısı net olarak bilinmemektedir. Birleşmiş Milletler Dünya

⁵ Ulrike Zeshan, "Aspects of Türk İşaret Dili (Turkish Sign Language)", C.6, S.1, 2003, Sign Language and Linguistics, ss.46-47.

⁶ Mahmut Çitil, Türkiye'de Özel Eğitim Tarihsel, Politik ve Yasal Gelişmeler, Ankara, 2021, s.18.

⁷ Ali Haydar, "Sağır ve Dilsizler", C.3, S.29, 1925, Muallimler Mecmuası, s.1252.

⁸ Bkz. "Türk İşaret Dili Sisteminin Oluşturulması ve Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik", (T.C. Resmi Gazete, S.26139, 14.04.2006).

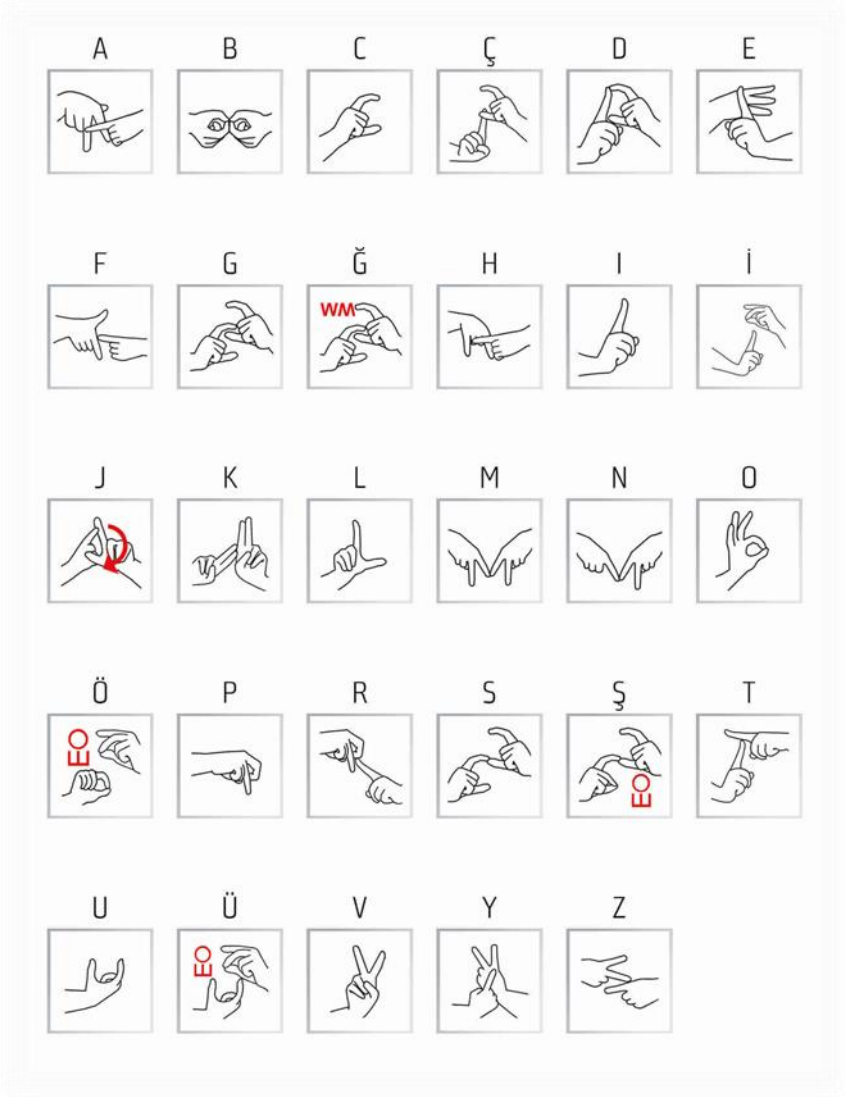
Engellilik Araştırmasında bu sayı 2.5 milyon olarak açıklanmışken; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığımız tarafından 2 milyon olarak ifade edilmiştir. Türkiye İşitme Engelliler Federasyonu ise bu sayının yaklaşık 3 milyon olduğunu belirtmektedir.⁹

Türk İşaret Dilinin konuşmaya engel olması, bu nedenle işitme engellilerin konuşturulması gerekliliği öngörülerek 1953 yılında Millî Eğitim Bakanlığınca yönetmelik kapsamında yasaklanmıştır. Sağır ve işitme engelli çocukların konuşmaya ve sözel eğitime yönlendirilebilmesi amacıyla artikülasyon çalışmalarına ağırlık verilmiştir. Sağır ve işitme engellilerin toplumdandan kopuşunu önleme amacıyla çıkarılan yasa doğrultusunda Millî Eğitim Bakanlığı tarafından 2005 yılına kadar herhangi bir çalışma yapılmamıştır.¹⁰ Aradan geçen yarım asırlık süre zarfında sağır ve işitme engelliler arasında il, ilçe hatta en ayrıntıya inildiğinde aile içinde gündelik yaşamda kullanımı kolaylaştırmaya yönelik işaretler oluşturulmuş ve bu işaretler Türk İşaret Dili açısından dil birliği sağlanmasının önüne geçmiştir. Bundan dolayı Türk İşaret Dili eğitimleri ve tercümanların istihdamı konusunda ciddi problemlerin ortaya çıktığı, günlük yaşantıda sağır ve işitme engellilerin kamu kurum ve kuruluşlarında iletişim noktasında sorunlar yaşadığı bilinmektedir. Bu kurumların başında ise adliyeler gelmektedir. Daha önce belirttiğimiz istatistiki verilere ilişkin sağır ve işitme engelli toplumun adalete erişiminin sağlanmasında yargı çalışanlarının belli sorumlulukların olduğu bilinmektedir. Bunun yanı sıra sağır kültürüne hakim olmanın birinci dereceden yakını anne-baba, kardeş ve çocuk olması durumunda bu dilin öğrenilmesi zorunlu hale gelerek beden dili, jest ve mimik iletişim sağlamada etken bir rol almaktadır. Türk işaret dilinin yalnızca evden öğrenilemeyeceği için çeşitli kurum ve kuruluşlarca iletişim gereği kişisel gelişim adı altında eğitimler verilmektedir. Lakin bu dilin hukuksal anlamda çevirisi gündelik yaşamda kullanılacak Türk işaret dili ile örtüşmemektedir. Soyut-somut kavramlar arasındaki uzamsal zekâ yönünden geçişleri zorlaştırdığı görülmektedir. İşaret dili ile doğru anlatımın kısıtlı olduğu bilinmektedir. Bu sebeple işaretlerin gösteriminde tek ve destekleyici nitelikte çift el kullanılmaktadır. Her ülkenin dili farklı olduğu gibi işaret dili de evrensel bir dil değildir, lakin ülkemizde bölgelere göre el formlarında ufak tefek değişiklikler görülebilmektedir.¹¹

⁹ Bkz. TÜİK, “Özürülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması”, 2010, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ozurlulerin-Sorun-ve-Beklentileri-Arastirmasi-2010-%206370> (s.e.t.:11.06.2023).

¹⁰ Zeren Berna Kın, “Türk İşaret Dili Alfabetinin Derin Öğrenme Yöntemi ile Sınıflandırılması. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)”, Başkent Üniversitesi, Ankara, 2019, s.9.

¹¹ Mehmet Fatih Karaca/ Şafak Bayır, “Türk İşaret Dili İncelemesi: İletişim ve Dil Bilgisi”, C.2, S.2, 2018, Ulusal Eğitim Akademisi Dergisi, s.37.



Türk İşaret Dili Parmak Alfabeti

Günümüze baktığımızda gündelik iletişimin sağlanabilmesi amacıyla belirli saatler doğrultusunda eğitim alıp mahkemelerde yeminli tercümanlık yapmak isteyen adalet alanında herhangi bir paydaşı bulunmayan tercümanlara rastlamaktayız. Türk İşaret Dilinde adli ve hukuksal anlamda mahkeme çevirmenliğinin önemlilik arz ettiğinin farkında olamadığımız elde edilen sonuçlarla tepkimede bulunan Sivil Toplum Kuruluşları ile apaçık ortadadır. Ülkemizde mahkeme çevirmenliği yapmak isteyenlerin hukuki alanda bulunan terimlerin öncelikle anlamlarının idrakını sağlamaları ve karşısında bulunan sağır ve işitme engelli bireye doğru

aktarımını yapabileceğini kanıtlaması gerekmektedir. Soyut ve somut kavramların hukuk diline çevrilerek yalın bir anlatım şekli ile sağır ve işitme engelli bireylere anlaşılır görülmesi büyük önem arz etmektedir. Adalet hizmetlerinde kullanılan tanık, fail, derdest, müteveffa, icra, cebir, taksir vb. terimler Türk Hukuk Sisteminin geniş bir lügata sahip olduğunu göstermektedir. Bu terimler Türkçe olduğu gibi Arapça, Farsça ve Osmanlıcanın yanı sıra birçok dil barındıran zengin bir kaynaktan oluşmaktadır.

T.C. Anayasanın 10. Maddesi olan “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” olmasına rağmen sağır ve işitme engellilerin eğitim, istihdam ve kamu hizmetleri konusunda eşitliği sağlayamadığımız görülmektedir. Yine 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un 1. Maddesinde Kanunun amacı; “engellilerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmasını teşvik ve temin ederek ve doğuştan sahip oldukları onura saygıyı güçlendirerek toplumsal hayata diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılımlarının sağlanması ve engelliliği önleyici tedbirlerin alınması için gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak” olarak açıklanmış olup şüphe yoktur ki, sağır ve işitme engellilerin adalete erişiminde kullanılması gereken en önemli araç Türk İşaret Dili’dir.¹²

Ülkemizin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin,¹³

- “Erişebilirlik” başlıklı 9 uncu maddesinde; “*Taraf Devletler kamuya açık binalara ve tesislere erişimi kolaylaştırmak için rehberler, okuyucular ve profesyonel işaret dili tercümanları dahil çeşitli canlı yardımların ve araçların sağlanması*” yükümlülüğü,
- “Düşünce ve İfade Özgürlüğü ile Bilgiye Erişim” başlıklı 21 inci maddesinde; “*Taraf Devletler kamuya sunulması amaçlanan bilginin engellilerin erişebileceği biçimlerde ve farklı engelli gruplarına uygun teknolojilerle güncel olarak ve ek bir bedel alınmaksızın sunulması*” gerekliliği,
- “Eğitim” başlıklı 24 üncü maddesinde ise; “*Taraf Devletler bu hakkın yaşama geçmesini sağlamak için, engelli olanlar dahil olmak üzere, işaret dilini ve Braille alfabesini bilen öğretmenlerin işe alınması ve eğitimin her düzeyinde çalışan uzmanların ve personelin eğitimi için uygun tedbirleri alır. Söz konusu eğitim engelliliğe ilişkin bilincin artırılmasını, alternatif iletişim araç ve biçimleri ile destekleyici eğitim tekniklerinin ve materyallerinin kullanılmasını içermelidir*” hüküm altına alınmıştır.

Bu konuda İşitme engellilere sağlanması gereken desteğin en sağlıklı yönteminin işaret dili bilen personellerin görev alması gerektiği hususu yine

¹² Bkz. Engelliler Hakkında Kanun, (T.C. Resmî Gazete, S.25868, 07.07.2005).

¹³ Bkz. Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, (T.C. Resmî Gazete, S.27288, 14.07.2009).

5378 sayılı Kanun Ek Madde 8’de düzenlenmiştir. Bununla birlikte tüm adliye personelinin işaret dili bilmesini beklemek hayalden öteye geçmeyecektir. Önceliğimiz Türk işaret dili bilen hâkim, savcı, avukat, memur, güvenlik personeli sayısını arttırmaktır.

SONUÇ

Sağır ve işitme engelliler ile ele aldığımız konularda erişilebilir kılınabilmesi ve dünya genelinde alınmış kararlar doğrultusunda özellikle adalete erişimde daha hassas davranılması gerektiği görülmektedir. Kendini savunmasız hisseden bir sağır bireyin yanında Türk İşaret Dili bilen bir kişiyi bulundurma zorunluluğu bulunmadan korkusuzca adliyelere gelerek maruzatını anlatabilmesi gerekmektedir. Geçmiş tarihimizden günümüze uygulamaların uyarlanarak devam edilmesi yolunda çalışmalar süregelmektedir.

Edinilmiş bilgiler üzerine ülkemizde ele aldığımız hukuk alanındaki terimlerin çoğunun Osmanlıca, Arapça ve Farsça olduğu bilinmektedir. Günümüz teknolojisine baktığımızda dile yerleşen İngilizce, Fransızca, Almanca vb. ülke dilleri içerisinde Adalet boyutunda anlama, kavrama ve yorumlama problemleri yaşanmaktadır. Ülkemizde sağlıklı bir insanın hukuk alanında bir çalışması veyahut ilgi durumu bulunmuyor ise hukuksal terimleri telaffuz ve yorumlama kısmında yetersiz olduğu bilinmektedir. Sağlıklı bir insan hukuksal terimlerde anlaşılabilir kılınmıyor ise sağırın bu durumu idrak etmesi uzun soluklu bir çalışma sonucunda ancak elde edilebilir. Sağırın günlük yaşantılarda problemler yaşamamaları adına yapılan etkili çalışmalar kısaca belirtecek olursak; Sağır kültürü,¹⁴ Türk İşaret Dili Sözlüğü,¹⁵ Türk İşaret Dili Dilbilgisi Kitabı,¹⁶ İşaret Dilinin Yapısının İncelenmesi,¹⁷ ve Sağır İçin Ders Materyali Hazırlama¹⁸ gibi bu alanda birçok araştırma olduğunu ve çalışmaların devam ettiğini görmekteyiz.

Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığınca yapılan Türk İşaret Dili eğitimlerinin artırılmasına yönelik çalıştayımızda da zaman zaman asıl kaynak olan Sağır ve İşitme Engelli arkadaşlarımız yer almış ve sorunlarını bizlerle paylaşmışlardır. Adliyelerimize adli sicil kaydı almak için müracaat ettiklerinde dahi zorlandıklarını ve Tercüman/ Bilirkişi talebinde

¹⁴ Bkz. Belemir Erken, “Dil Sükûta Eller İcraatta: Osmanlı Sarayında ve Toplumunda Dilsizler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)”, Ordu Üniversitesi, 2015.

¹⁵ Bkz. Türk İşaret Dili Sözlüğü, T.C. MEB Özel Eğitim ve Rehberlik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2015.

¹⁶ Bkz. Türk İşaret Dili Dilbilgisi Kitabı, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Ankara, 2015.

¹⁷ Bkz. Engin Arık, “An Experimental Approach to Word Order in Turkish Sign Language”, S. 94, 2020, Bilig, ss.75–96.

¹⁸ Bkz. Oğuzhan Özdemir/ Hacer Keser, “İşitme Engelli Öğrenciler İçin Geliştirilen Bilgisayar Destekli Kelime Öğretim Materyalinin Uygulanmasına İlişkin Bir Durum Çalışması”, C. 19, S.1, 2017, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Özel Eğitim Dergisi, ss.29–53.

bulduklarını; soruşturma ve kovuşturma aşamasında çağırılan Tercüman/Bilirkişilerin eksiksiz ve anlaşılabilir çeviri yapılmadığından herhangi bir kusuru bulunmazken kusurlu duruma düşerek mağdur edildiklerini anlatmışlardır. Adalet için büyük önem arz eden bu konu hakkında çalışmaların artırılarak desteklenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Arık E, "An Experimental Approach to Word Order in Turkish Sign Language", S.94, 2020, Bilig, ss.75–96.

Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, (T.C. Resmi Gazete, S.27288, 14.07.2009).

Çakır H/ Çetin Ş/ Baş A, "İşitme Engellilere Yönelik Dinamik Web Sayfasının Geliştirilmesi", C.6, S.2, 2013, Bilişim Teknolojileri Dergisi, ss.1–9.

ÇİTİL M, Türkiye’de Özel Eğitim Tarihsel, Politik ve Yasal Gelişmeler, Ankara, 2021.

Engelliler Hakkında Kanun, (T.C. Resmî Gazete, S.25868, 07.07.2005).

Erken B, "Dil Sükûтта Eller İcraatta: Osmanlı Sarayında ve Toplumunda Dilsizler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)", Ordu Üniversitesi, 2015.

Erten H/ Arıcı N, "İşaret Dilinin Tarihi Serüveni ve Türk İşaret Dili", C.24, S.2, 2022, C.24, S.2, 2022, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss.1-14.

Haydar A, "Sağır ve Dilsizler", C.3, S.29, 1925. Muallimler Mecmuası, ss.1237–1260.

Karaca M F/ Bayır Ş, "Türk İşaret Dili İncelemesi: İletişim ve Dil Bilgisi", C.2, S.2, 2018, Ulusal Eğitim Akademisi Dergisi, ss.35-58.

Kın Z B, "Türk İşaret Dili Alfabesinin Derin Öğrenme Yöntemi ile Sınıflandırılması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)", Başkent Üniversitesi, Ankara, 2019.

Miles M, "Deaf People, Sign Language and Communication, in Ottoman and Modern Turkey: Observations and Excerpts from 1300 to 2009. From sources in English, French, German, Greek, Italian, Latin and Turkish, with introduction and some annotation", 2009, <https://www.independentliving.org/miles200907.html> (s.e.t.:22.06.2023).

Özdemir O/ Keser H, "İşitme Engelli Öğrenciler İçin Geliştirilen Bilgisayar Destekli Kelime Öğretim Materyalinin Uygulanmasına İlişkin Bir Durum Çalışması", C. 19, S.1, 2017, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Özel Eğitim Dergisi, ss.29–53.

TÜİK, "Özürlülerin Sorun ve Beklentileri Araştırması", 2010, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Ozurlulerin-Sorun-ve-Beklentileri-Arastirmasi-2010-%206370> (s.e.t.:11.06.2023).

Türk İşaret Dili Dilbilgisi Kitabı, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Ankara, 2015.

Türk İşaret Dili Sözlüğü, T.C. MEB Özel Eğitim ve Rehberlik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2015.

Türk İşaret Dili Sisteminin Oluşturulması ve Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esasların Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik, (T.C. Resmî Gazete, S.26139, 14.04.2006).

Zeshan U, "Aspects of Türk Isaret Dili (Turkish Sign Language)", C.6, S.1, 2003, Sign Language and Linguistics, ss.43–75.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/01/20110118-3.htm> (08.06.2023).

<https://sozluk.gov.tr/> (s.e.t.:11.06.2023).

<https://orgm.meb.gov.tr/icdep/tid/parmak-alfabesi-icerik-5> (s.e.t.:13.06.2023).

ADALET DERGİSİ ETİK KURALLARI

Adalet Dergisi yayın etiği ile açık erişim politikası; 11 Ağustos 2020 tarih ve 31210 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği'ni, Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics, COPE) açık erişimde yayınladığı kılavuz ve politikasını, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'ni, Açık Erişim Dergileri Dizinini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Öpen Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayımlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerini (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) benimsemiştir.

Bir makalenin hazırlanması veya yayımlanmasıyla ilgili olarak aşağıdaki haller etiğe aykırı davranış olarak kabul edilir:

- a) Uydurma: Araştırmada bulunmayan verileri üretmek, bunları rapor etmek veya yayımlamak.
- b) Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek.
- c) İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek.
- ç) Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak çok sayıda yayın yapmak.
- d) Mükerrerlik: Aynı araştırma sonuçlarını, birden fazla dergiye yayım için göndermek veya yayımlamak.
- e) Desteklenerek yürütülen çalışmaların sonuçlarını içeren sunum ve yayınlarda destek veren kurum veya kuruluş desteğini belirtmemek.
- f) Araştırma ve makalede ortak araştırmacı ve yazarların yazılı görüş birliği olmadan, araştırmada ve makalede aktif katkısı bulunanların isimlerini çıkartmak veya yazarlıkla bağdaşmayacak katkı nedeniyle yeni yazar veya yazarlar eklemek ya da yazar sıralamasını değiştirmek.
- g) Diğer etik ihlali türleri: İnsan ve hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalarda etik kurallara uymamak, yayınlarında hasta haklarına saygı göstermemek, hakem olarak incelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri yayınlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak, bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak, tamamen dayanaksız, yersiz ve kasıtlı etik ihlali suçlamasında bulunmak. Bu hususlarda ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

Bu anlamda araştırma, makale yazımı ve yayımı konusunda Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nden de yararlanılarak aşağıdaki etik kurallar ve ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkeler Adalet Dergisi tarafından uygulanmaktadır.

1. Yazarlar ve hakemlerle şeffaf bir iletişim sağlanır.
2. Çalışmalarda bilimsel standartlar ve kalite önceliklidir.

3. Makalede kişi haklarına özen gösterilmelidir. Örnek olarak ele alınacak veya incelenecek mahkeme kararlarında kişi bilgileri, kişi bilgilerini ele verecek diğer özel bilgi ve işaretler gizlenmelidir.

4. Makale yayımında, değerlendirilmesinde, incelenmesinde din, mezhep, etnisite, siyasi görüş, bölge, cinsiyet gibi hususlar bir ayırım nedeni olarak kabul edilemez. Makalelerde bu konular ayrımcılık tarzıyla ele alınmaz. Makalelerin yayım kararlarında bunlar belirleyici olamaz.

5. Makalelerde insan hakları ve özgürlüklerine saygılı bir tutum sergilenir.

6. Eserlerin ortaya çıkarılması süreçlerinde katkıları olan özel ve tüzel kişiler bilgilendirilmelidir, yazıda bu hususlara yer verilir. Onay gereken konular ilgili özel veya tüzel kişilerin onayı alınır.

7. Veri ve sonuçlar, bilimsel yöntemlerle elde edilir. Bunların değerlendirilmesi, yorumu ve kuramsal sonuçların elde edilmesinde bilimsel yöntemlerin dışına çıkılamaz; bu sonuçlar saptırılamaz, elde edilmemiş sonuçlar araştırma sonuçlarıymış gibi gösterilemez.

8. Henüz savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışma, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanılamaz.

9. Yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uyulur.

10. Bilimsel çalışmalarda, başka kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgiler izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılır, bu bilgilerin gizliliğine riayet edilir ve korunmasını sağlar.

11. Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunulamaz.

12. Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergi taranıyor gibi gösterilemez, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapılamaz.

13. Anket ve davranış araştırmalarında katılımcıların rızası alınmalıdır. Araştırma, bir kurumda yapılacaksa, katılımcıların rızasından sonra bağlı oldukları kurumun izni gerekir.

14. Hayvan sağlığına ve ekolojik dengeye zarar verilmemesi temel ilkedir. Çalışmalara başlanılmadan önce gerekli izinler yetkili birimlerden yazılı olarak alınmalıdır. Bu çerçevede uluslararası beyanname hükümleri ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ulusal mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulur.

15. Araştırmacılar, kendi vicdanî kanaatlerine göre zararlı sonuçlara ve/veya onaylamadıkları uygulamalara yol açabilecek araştırmalara katılmama hakkına sahiptir.

16. Yapılacak çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgilerin, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanılması, gizliliğine riayet edilmesi ve korunması sağlanır.

17. Bilimsel araştırma için tahsis edilen imkân ve kaynaklar amacı dışında kullanılamaz.

18. Makaleler bilimsel niteliğine uygun olarak tarafsız, net, açık ve anlaşılır olmalıdır.

Kabul edilmiş olan bu etik ilkelere uyulmaması durumunda, çalışma kabul edilmeyeceği gibi ilgili mevzuat gereği yerine getirilecektir.

Etik Kurul İzni Gerektiren Çalışmalar Şu Şekildedir:

1. Anket, görüşme, odak grup çalışması, saha çalışması, gözlem, deney, görüşme teknikleri kullanılarak katılımcılardan veri toplanmasını gerektiren nitel veya nicel yaklaşımlarla yürütülen her türlü araştırma ve çalışma;

2. İnsan ve hayvanların (materyal/veri dahil) deneysel veya diğer bilimsel amaçlarla incelenmesi;

3. İnsanlar üzerinde klinik veya biyolojik araştırmalar;

4. Hayvanlar üzerinde araştırmalar;

5. Kişisel verilerin korunması kanunu uyarınca geriye dönük çalışmalar.

Bu kapsamda Adalet Dergisi'ne değerlendirilmek üzere gönderilecek çalışmalarda;

1. Yazar veya yazarlar, etik kurul kararı gerektiren deney, anket, ölçek, görüşme, gözlem, odak grup çalışması gibi nicel veya nitel yöntemlerle veri toplamaı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı almalıdır.

2. Yazar makalenin ilk-son sayfası ve yöntem bölümünde etik kurul adı, karar tarihi ve numarası belirtilmeli ve etik kurul kararını gösteren belge makalenin uygulanması ile birlikte Dergiye iletmelidir. Ayrıca olgu sunumunda olgu aydınlatılmalı ve onam formunun alındığına ilişkin bilgilere yazıda yer verilmelidir.

ADALET DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

1873 yılından günümüze kadar fasılalarla Adalet Bakanlığı uhdesinde yayınlanan Adalet Dergisi, hukuk birimine akademik ve doktrin bakımından her anlamda katkı sağlamayı, Adalet Bakanlığının uyguladığı veya uygulayacağı hukuk politikalarının akademik alandaki karşılığını görmeyi ve bundan istifade etmeyi, dergi aracılığıyla akademik birikimi yargıya ve hukuk politikası üreten bütün kamu kurum ve kuruluşlara aktarmayı hedefleyen hakemli bir dergidir.

Adalet Dergisi Türk hukuk tarihi ve Türk hukukunun gelişim evreleri, uygulamadaki ve doktrindeki kaynakların tespit edilmesi, anlaşılması ve işlenmesi bakımından özel bir dikkat sahibidir.

Yayın Danışma Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayımlayabilir.

Adalet Dergisi'nin resmi internet sitesi adaletdergisi.adalet.gov.tr adresidir. Matbu olarak yayımlanan derginin dijital nüshaları bu sitede arşivlenerek yayımlanmaktadır. Derginin akademik hakemli süreçten önceki arşivi de bu internet sitesinde yayımlanmıştır.

Adalet Dergisi “AD” kısaltmasını kullanmaktadır.

Dergide makaleler ile ilgili nihai kararı ön incelemede Editör/Genel Yayın Yönetmeni, hakem sürecinden sonra Yayın Danışma Kurulu vermektedir.

Adalet Bakanlığının, Derginin fiziki ve dijital nüshalarından hiçbir ticari amacı bulunmamaktadır.

Adalet Dergisi, bilimsel çalışmaların ilerletilebilmesi için bilgiye kolay ulaşılabilir olması gerektiğinin bilincinde olan bir dergi olarak hakemli dergi literatürünün açık erişimini destekler ve yayınlanan tüm makaleleri herkesin okuyabileceği ve indirebileceği bir ortamda ücretsiz olarak sunar.

Genel İlkeler:

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Mart ve Eylül aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayımlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Adalet Bakanlığı Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir.

6- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

7- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

8- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim

Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

9- Yayınlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

10- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

Makale Gönderme

1. Makaleler dergi sayısı ile ilgili duyuru metninde yer alan son yazı gönderme tarihi içerisinde gönderilmelidir. Süre aşımı yapan makalelerle ilgili karar Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne aittir.

2. Makaleler ilanda belirtilen e-posta adresine (dergiadalet@gmail.com) dijital olarak ve yine ilanda belirtilen standartlara göre gönderilmelidir.

3. Makale sahiplerinin yazıları ile ilgili olarak ihtiyaç halinde görüşme sağlanabilmesi için dilekçelerinde iş ve cep telefon numaraları ile açık adreslerini belirtilmelidir. Yazarlar, görev yaptıkları kurum veya üniversite yanında unvanlarını belirtmelidir. Bunlarla birlikte ORCID kimlikleri, e-posta adresleri de belirtilmelidir.

4. Daha önce hiç bir yerde yayımlanmadığı veya yayımlanmak üzere gönderilmediği, başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığı ve bu husustaki tüm sorumluluğun üstlenildiği hususlarının yazılı olarak beyan edilmesi gerekmektedir. (**Dilekçe Örneği**). Dilekçe göndermeyen yazarların makalelerinin gönderdikleri haliyle yayımlanabileceğini, derginin yayım, yazım ve etik kurallarını kabul ettikleri varsayılacaktır. Bu beyanlar neticesinde yayımlanmaya uygun bulunan çalışmanın işleme, çoğaltma, yayma hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Dergide yayımlanan çalışmaların elektronik ortamda bütün olarak yayımı, fiziki olarak basımı, tanıtım amacıyla farklı dijital veya matbu mecralarda görsel olarak paylaşımı, alıntı yapılması gibi hususlar da dahil olmak üzere yayım hakları Adalet Bakanlığına geçmiş olacaktır. Makalelerin olduğu başka bir yerde yayımı konusunda Bakanlık hak talebinde bulunabilecektir. Diğer yandan yazarın makaleleri kendi adıyla yayımlayacağı kitaba alması, kendine ait internet sitesinde yayımlanması hakları bulunmaktadır.

5. Yazıların ilan yayın ilkeleri ve yazım kuralları ile etik kurallara uygun hazırlanması gereklidir. Bu kurallara uymayan makaleleri, her aşamada Editör ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından geri çevrilebilir.

6. Dergide yayımlanan bir makale veya çalışmanın bilimsel ve telif hakları sorumlulukları da dahil olmak üzere idari, hukuki ve etik sorumlulukları yazar(lar)a aittir. Çeviri çalışmalarla ilgili olarak ise, makalenin veya çalışmanın yazarının, yazar dışında ise telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanı eş zamanlı olarak çalışma ile Dergiye gönderilmelidir. Çevirilerin de telif hakkı, hukuki hakları başta olmak üzere tüm sorumlulukları çevirene aittir.

7. Yayınlanmayan çalışmalar yazarlarına geri gönderilmez. Ancak ekte verilen dilekçede belirtilen yayım hakları konusundaki taahhüt ortadan kalkmış olur.

8. Yayımlanan yazılar için yazarlara, çeviriler için çevirenlere, incelemeler için hakemlere Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre hesaplanan telif ücreti ödenmektedir.

Makale İnceleme Süreci

1. Makaleler hakem süreci başlamadan Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Ön incelemeden geçen makaleler için hakem süreci başlatılır.

2. Her makale yazar veya yazarlarının kimlik bilgileri (adı-soyadı, unvanı, üniversite veya kurum bilgileri) kapatılarak (kör hakem uygulaması yöntemiyle) incelenmesi için iki hakeme gönderilir.

3. Makalelerle ilgili hakem takip süreci dergi Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirdiği yardımcıları tarafından yapılır.

4. Hakem incelemeleri, makale yazarıyla eşit unvan veya üst unvandaki hakemler tarafından yapılır.

5. Hakemlerden birinin kabul diğerinin red verdiği makale hakkında üçüncü hakem yoluna gidilir veya bu durumda Editör/Genel Yayın Yönetmeni karar verir.

6. Üçüncü hakem incelemesi sonucunda oluşacak kanaat ve rapor makalenin yayımlanıp yayımlanmayacağı hususunu belirler.

7. Hakemler tarafından düzeltme istenen makaleler yazarlarına gönderilir. Yazar, hakemlerin düzeltme talepleri çerçevesinde düzeltme yapabilir. Yazarların düzeltmelerinin ardından, gerekli görüldüğü hallerde, makale tekrar hakeme gönderilir.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve/veya Yayın Danışma Kurulu tarafından bir sonraki sayıda değerlendirilmesine karar verilen makale yazarına bilgi verilir.

Değerlendirme İlkeleri

Yayınlanması talep edilen makale genel olarak dört ana çerçevede değerlendirilmektedir.

1. Çalışmaların genel anlamda hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

2. Bilimsel etik kurallara, kişi haklarına, telif haklarına ve diğer sorumluluklara riayet edilmiş olması gerekmektedir.

3. Şekil açısından ilan edilen standartlara uyulması, Türkçe dilbilgisi kurallarına uyulması, yabancı bir dilde yayımlanacak makalenin o dilin kurallarına uygun olması, Türkçe ve yabancı dildeki özetlerin yine dil kurallarına uygun olması gerekmektedir.

4. Çalışmaların içerik bakımından özgün olması en öncelikli kriterdir. Diğer yandan çalışmaların doğru ve öğretici bilgi vermesi, yol gösterici olması, tartışarak bir gerçeği hedeflemesi, siyasi ve polemik konuları içermemesi, akademik dilin gerektirdiği şekilde başka görüş ve düşünceleri rencide etmemesi ve genel olarak bilimsel yöntemlere göre hazırlanması önem taşımaktadır.

Editör'ün/Genel Yayın Yönetmeni'nin ve Yayın Danışma Kurulunun Sorumlulukları

Genel Sorumluluklar

1. Dergiye yayımlanmak üzere gönderilen tüm çalışmaların sağlıklı yürütülmesinden Yayın Danışma Kurulu Üyeleri ve Editör (Genel Yayın Yönetmeni) sorumludur.

2. Bu çerçevede, Yayın Danışma Kurulu üyeleri kamu yararına bağımsız kararlar vermelidir.

3. Yayın Danışma Kurulu üyeleri ve Editör/Genel Yayın Yönetmeni dergiyi sürekli iyileştirmek ve yayın kalitesini yükseltmek için çaba gösterir.

4. Yayın Danışma Kurulu üyeleri, yayın, kör hakemlik, değerlendirme süreci ve etik ilkeler gibi dergi politikalarının tanımlanmasını ve uygulanmasını sağlar.

5. Yayın Danışma Kurulu Üyeleri, Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yazarların, hakemlerin ve okuyucuların dergi ve yayın

süreci hakkında bilgi ihtiyaçlarını karşılamaya çalışır ve bu konuda aydınlatıcı kılavuzlar hazırlar.

6. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, dergi yayıncılık süreçlerinin yayıncılık politikalarına ve yönergelerine uygun olarak yürütülmesini sağlar ve süreçteki görev alanlarını yayın politikalarındaki gelişmelerden haberdar eder.

7. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, Dergi'ye gelen şikayetleri inceler, durumla ilgili genel değerlendirmeyi ve gerekli açıklamaları yapar.

8. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, incelenen makalelerdeki kişisel verilerin korunmasını sağlar; yazar, hakem ve okuyucuların kişisel verilerini korurlar.

9. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, değerlendirilen eserlerde insan ve hayvan haklarının korunmasını sağlamakla yükümlüdür.

10. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerin fikri mülkiyet haklarını korumak ve olası ihlallerde dergi ve yazar(lar)ın haklarını savunmakla yükümlüdür. Ayrıca Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, yayınlanan tüm makalelerdeki içeriğin diğer yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi için gerekli önlemleri almak ve bu kapsamda özgünlük kontrolü yapmakla yükümlüdür.

11. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler, olası suistimal ve suistimallere karşı önlem almakla yükümlüdür. Bu durumla ilgili şikayetler olduğunda objektif bir araştırma yapar ve konuyla ilgili bulgularını paylaşır.

12. Hakem raporlarının ve ilgili diğer evrakın düzenli bir şekilde arşivlenmesini sağlamak.

13. Editör/Genel Yayın Yönetmeni ve görevlendirilmiş editörler Dergide TR Dizin şartları çerçevesinde hakemsiz bilimsel nitelikte makalelere yer verilebilir.

Özel Sorumluluklar

1. Editör/Genel Yayın Yönetmeni, makaleleri kabul etmek ya da reddetmek sorumluluk ve yetkisine sahiptir.

2. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil ve tarafsız bir şekilde değerlendirilmelidir.

3. Kabul ya da reddedilen makalelerle ilgili çıkar çatışması içerisinde olunmamalıdır.

4. Yalnızca özgün ve alanına katkı sağlayacak makaleler yayıma kabul edilmelidir.

5. Gönderilen eserlerin hakemlik süreçleri gizlilik içerisinde etik kurallar çerçevesinde sürdürülmelidir. Bu bağlamda hakemlerin kimlikleri gizli tutulmalıdır. Hakemler dergi yayımlandığında genel olarak liste halinde yayımlanabilir. Her makale konunun uzmanı olan hakeme gönderilir. Hakemlerin makul sürede incelemeyi tamamlamaması durumunda hakemlerden incelemenin hızlandırılması talebinde bulunması, süresi içinde incelemenin yetiştirmeyeceği kanaati oluştuğunda ise yeni bir hakem incelemesine başvurma yetkisi bulunmaktadır.

6. Gönderilen eserler ile ilgili tüm bilgiler gizli tutulmalıdır.

7. Dergi politikası ve yayım kurallarına uymayan eksik ve hatalı çalışmalar hiçbir etki altında kalmadan reddedilmelidir.

8. Yayın Kurulu, gönderilen makalenin hakem değerlendirmelerine dayalı olarak yayımlanması kararının verilmesinden, derginin yayın kurulu politikalarından

ve intihal, hakaret ve telif hakkı ihlaline karşı yasal tedbirlerin alınmasından sorumludur.

9. Makalelerin geliş tarihi ve kabul tarihi yayımlanan yazıların ilk sayfasında verilir.

10. Çalışmada ciddi bir sorun olmadığı sürece olumlu hakem önerileri göz ardı edilmez.

11. Yazarlara açıklayıcı ve bilgilendirici beyan ve geri bildirim sağlanır.

12. Hakemlerin kimlikleri ve raporları gizli tutulur.

13. Hakemlerin performansını artırıcı uygulama ve politikalar belirlenir.

14. Editör/Genel Yayın Yönetmeni farklı hakemler arar, hakem listesini geniş ve güncel tutar.

Hakemlerin Sorumlulukları

1. Hakemler yalnızca kendi uzmanlık alanına giren konularda yazılmış makaleleri kabul eder.

2. Hakemler makul sürede makalenin içeriğine dönük bilimsel değerlendirmeyi detaylı bir şekilde yapmakla yükümlüdür. Adalet Dergisi bu süreyi 20 gün olarak belirlemiştir, 10 gün de ek süre imkanı tanımıştır.

3. Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, tâbiyet veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir. Hakemler yazarın kapatılan kimliğini araştırma ve öğrenme çabasına girmemelidir

4. Değerlendirme için gönderilen bir eserin içeriğinin, teklif götürülen hakemin bilimsel alanı ya da birikimi ile uyumsuz olduğu düşünüldüğünde veya önerilen süre zarfında hızlı bir değerlendirme yapılamayacağı durumlarda Editör/Genel Yayın Yönetmeni bilgilendirmeli ve ilgili makalenin hakemliğinin yapılmasına yönelik teklif reddedilmelidir.

5. Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

6. Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

7. Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör'e bildirilmelidir.

8. Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

9. Makalenin yayımlanmasının reddine neden olabilecek herhangi bir bilgiye erişildiği takdirde, durum Editör bildirilmelidir. Aynı zamanda bilimsel makale yazma konusundaki tespitler ve etik kurallar ihlalleri de Editör'e/Genel Yayın Yönetmeni'ne iletilmelidir.

Yazarların Sorumlulukları

1. Yazarların en başta özgün çalışma yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Yazar verdiği dilekçe ile fikir ve sanat eserleri ve telif haklarına ilişkin tüm sorumlulukları üstlenebileceğini de beyan ve kabul etmiştir. Makalede intihal bulunması durumunda, tüm sorumluluk yazara aittir.

2. Yazarlar makale yazımında bilimsel makale yazım kurallarına, etik kurallara ve Dergi'nin ilan ettiği yayın ve yazım kurallarına uymakla sorumludur. Yazarlar,

Adalet Dergisi web sayfası ve Dergipark'ta yayımlanan; etik ilkeleri, yayın politikası, değerlendirme ilkeleri, yazım ve atıf kurallarına uymakla yükümlüdür. Bunların yanında yazar, makale başvurusu ile belirtilen tüm sorumluluklar ile hukuki sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır.

3. Yazarlar makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiğini beyan eden (ek) dilekçe ile makalesini e-posta ile Adalet Dergisi editörlüğüne ulaştırması gerekmektedir.

4. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifte bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir. Tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Alıntılar makul oranda olmalıdır. Mevzuat veya mahkeme kararları zorunlu olmadıkça anlamı bozmayacak şekilde özetlenmelidir.

5. Bir yazar kendi yayımlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltmeyi dergide düzeltme metni olarak yayımlayabilir ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

6. Hakem değerlendirmeleri sırasında, hakemler tarafından talep edildiği takdirde, araştırmalara ilişkin ham verilerin sunulması şarttır.

7. Makalede adı geçen tüm yazarlar, gönderilen ve yayımlanan makaleler üzerinde eşit sorumluluğa sahiptir.

8. Deney, anket ve saha araştırmaları ve odak grup çalışması gibi nicel ya da nitel yöntemlerle veri toplamayı gerektiren araştırmalar için etik kurul onayı olmak yazarın yükümlülüğündedir. Etik kurul adı, karar tarihi ve sayısı aday makalenin ilk ve son sayfasında ve yöntem bölümünde belirtilmelidir. Yazar, bu kararı, makale ile birlikte göndermelidir.

YAZIM VE ATIF KURALLARI

I. YAZIM KURALLARI

A) 1- Makaleler, kaynakça dahil 4.000 kelimedenden az, 15.000 kelimedenden çok olmamalıdır.

2- Makalelerde “Başlık” 12 kelimeyi aşmamalı, “Öz” ilk sayfada 150-250 kelime arası olmalı, “Anahtar Kelimeler” 3-8 kelime arası bulunmalıdır.

3- Makalelerde “Başlık, Öz ve Anahtar Kelimeler”in Türkçe’nin yanı sıra İngilizce (veya diğer dilde) yazılması zorunludur.

B) 1-Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (kanun-yasa, hakim-yargıç vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek aralık", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematîği Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

7- Giriş ve Sonuç bölümlerine numara verilmemeli.

II. ATIF KURALLARI

A) Hazırlanan makalelerde atıflar sayfa altı dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

B) 1- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), eser adı, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri ise çevirenin adı parantez dışında "Çev." ibarelerinin ardında, birden fazla baskısı yapılmış ise baskı sayısı (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır), yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir.

Örnek:

Ernst E. Hirsch, Anılarım, Çev. Fatma Suphi, II. baskı, Yayınevi, Ankara, 1997, s. 362

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar soyadı", eserin yayın yılı ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Örnek:

Hirsch, s. 362

3- Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla yazarın soyadı, eserin yayınlandığı yıl, sayfa numarası şeklinde atıf yapılmalıdır.

Örnek:

Hirsch, 1997, s. 362

Hirsch, 2021, s. 30

4- Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır.

Örnek:

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

C) Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın adı-soyadı araya "/" yazılarak ikinci yazarın adı-soyadı virgül adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın soyadından sonra "vd." şeklinde yapılmalıdır.

Örnek 1:

Feridun Yenisey/ Nurullah Kunter/ Ayşe Nuhuğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku – 1, 18. Baskı, Yayınevi, İstanbul, Ekim 2010.

Örnek 2:

Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yayınevi, Ankara, 2016.

Ç) 1 Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar adı-soyadı, (tırnak içinde) "makale adı", varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl, yayımlandığı dergi, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Örnek:

M. Âkif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", C. 24, S. 24, 2004, Osmanlı Araştırmaları, ss.37-46

2- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, "a, b" harfleri yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

3- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

D) Bir derleme eserde derleyici soyadı yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün soyadı yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleme eserin adı, derleyen veya editör veya yayıma hazırlayanın ismi verilmelidir.

E) İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave olarak parantez içinde "son erişim tarihi" anlamında "s.e.t." ibaresine yer verilmelidir.

F) Arşiv belgeleri ile ilgili atıf şekli: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

Örnek:

BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

G) Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., Yayının adı, baskı sayısı, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde baskı yeri yok anlamında "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise tarih yok anlamında "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

Ğ) Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı-soyadı, tez adı (italik olmadan tırnak içinde), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

H) İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgilere atf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

I) Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atf, bildiri sahibinin adı-soyadı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", sempozyum adı, düzenleyen veya yayımlayan, şehir, düzenlenme tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

İ) Gazete, akademik olmayan dergi vb. yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar adı-soyadı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin adı- soyadı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

J) Mahkeme kararına atıflar şu şekildedir: Dava Adı, Mercii, Başvuru no, E:, K:, T:. Şeklinde sıralanmalıdır.

Örnek 1:

Ahmet B. Başvurusu, AYM, Başvuru No:2014/**, K.T. 11.2.20** (Karara ulaşılan kaynak).

Örnek 2:

Yargıtay 2. CD, E: 2015/**, K: 2016/**, T: 11.02.20** (Karara ulaşılan kaynak).

K) Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar şu şekildedir:

RG, 02.01.2020, S. 30996.

III. KAYNAKÇA

A) Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir. Birden fazla yazarlı eserlerde ilk yazarın soyadına öncelik verilerek, belirtilen şekilde sıralanır.

"Yazar soyadı yazar adının ilk harfi, eser adı, baskı sayısı, yayınevi, yayın yeri, yıl" şekilde sıralanmalıdır.

B)Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir. Aktarım yapılan eserler değil aktaran esere kaynakçada yer verilmelidir.

C) Metin içerisinde atıf yapılan mevzuata kaynakçada yer verilmesi zorunlu değildir.

Ç) Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIğI
EğİTİM DAİRESİ BAŞKANLIğINA

Adalet Dergisinin.... yılının ayında yayımlanacaknci sayısında yer almasını istediğim,

..... başlıklı makalem ekte yer almakta olup ayrıca belirtilen e-posta adresine de gönderilmiştir.

Bu makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalışma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiğimi beyan ederim.

Bilgi ve gereğini arz ederim. .../.../20...

Adı Soyadı
İmza

Görev Yeri :
Unvanı :
Yazışma adresi :
İletişim e-posta :
Cep Tel :
İrtibat Tel :
ORCID :