

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 24

Sayı: 2

Yıl: 2016



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 24 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2016

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mustafa AVCI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN & Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT & Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ
& Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU & Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Doç. Dr. Berrin AKBULUT
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. Erdal YERDELEN
Prof. Dr. Reyhan SUNAY	Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	Yrd. Doç. Dr. S. Sami AKKURT
Prof. Dr. Faruk BİLİR	Yrd. Doç. Dr. Nurşen AYAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)	Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Aydın GÜLAN (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Arslan KAYA (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA
Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05
İnternet: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> e-posta: hukukdergi @ selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
TÜBİTAK – ULAKBİM – HUKUK VERİ TABANINDA YER ALMAKTADIR.

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 24 – Sayı: 2 – Yıl: 2016

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

SİSTEMİ ENGELLEME, BOZMA, VERİLERİ YOK ETME
VEYA DEĞİŞTİRME..... 7

Doç. Dr. Berrin AKBULUT

DEVLETLERİN İNSANCIL HUKUK KURALLARININ İHLÂLİ
NEDENİYLE SORUMLULUĞU57

Arş. Gör. Hatice GEYİK

1879 USUL-İ MUHAKEME-İ HUKUKÎYYE KANUN-I
MUVAKKATİ'NDE İMZA VE MÜHRE İTİRAZ VE İTİRAZIN
İNCELENMESİ.....93

Arş. Gör. İbrahim ÜLKER

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN KURULUŞUNDA
TARİHSEL SÜREÇ VE BM GÜVENLİK KONSEYİNİN
ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN İŞLEYİŞİ
ÜZERİNDEKİ YETKİLERİ.....111

Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU

ÖZEL HUKUK

TÜRK HUKUKUNDA MEZARLIKLAR.....153

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT

SELÇUK UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Volume: 24 – Number: 2 – Year: 2016

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

BLOCKING, DISRUPTING THE SYSTEM, DESTROYING OR
CHANGING THE DATA 7

Doç. Dr. Berrin AKBULUT

THE RESPONSIBILITY OF STATES FROM VIOLATIONS OF
HUMANITARIAN LAW RULES57

Arş. Gör. Hatice GEYİK

IN THE 1879 RULES OF PROCEDURE OF THE CIVIL
COURT(1879 USUL-İ MUHAKEME-İ HUKUKÎYYE KANUN-I
MUVAKKATİ), OBJECTION TO SIGNATURE AND SEAL,
EXAMINATION OF THE OBJECTION93

Arş. Gör. İbrahim ÜLKER

THE HISTORICAL PROCESS IN THE ESTABLISHMENT OF
THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE
AUTHORITIES OF THE UN SECURITY COUNCIL ON THE
INTERNATIONAL CRIMINAL COURT'S FUNCTIONING ...111

Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU

ÖZEL HUKUK

CEMETERIES IN TURKISH LAW153

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT

Makaleler

Kamu Hukuku

SİSTEMİ ENGELLEME, BOZMA, VERİLERİ YOK ETME VEYA DEĞİŞTİRME

Doç. Dr. Berrin AKBULUT*

BLOCKING, DISRUPTING THE SYSTEM, DESTROYING OR CHANGING THE DATA

ÖZET

Bilişim alanında yaşanan gelişmelerin sonuçlarından biri de suçluluk alanında yaşananlardır. Klasik suçların yanında yeni suç işleme şekilleri ortaya çıkmıştır. Bu suçlardan biri de Türk Ceza Kanununun 244. maddesinde düzenlenen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçlarıdır. 244. maddenin ilk fıkrasında bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçu, ikinci fıkrasında ise bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi veya mevcut verilerin başka yere gönderilmesi suçu hükme bağlanmıştır. 3. fıkrada ise suçların nitelikli hali düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçlar, tarafı bulunduğumuz Siber Suç Sözleşmesinde de yer verilen suçlardır. Ancak doktrinde bazı yönlerden eleştirilmekte ve

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

tartışmalara neden olmaktadır. Aşağıda her bir suç unsurlarıyla incelenirken eleştiriler ve tartışmalara yer verilecek, özellik arz eden hususlar belirtilecektir. Bu yapılırken suçlar ayrı ayrı incelenmeyecek, tekrara yer vermemek için aynı başlık altında, fakat ortak ve farklı hususları kapsayan açıklamalar yapılacaktır.

ANAHTAR KELİMELELER: *Bilişim sistemi, veri, suç, nitelikli hal, Siber Suç Sözleşmesi.*

ABSTRACT

One of the consequences of the developments in the field of information is the experiences in the area of criminalness. Apart from classical crimes, new forms of crimes have emerged. One of these crimes is the crime of blocking, disrupting the system, destroying or changing the data, which is regulated in Article 244 of the Turkish Penal Code. In the first paragraph of Article 244, the crime of blocking or disrupting the information system is regulated; in the second paragraph, breaking down, destroying and changing the data, making the data inaccessible in the information system, placing of data into the system or sending of existing data to another are resolved. In the third paragraph of the article qualified version of the crimes is regulated.

Crimes which are regulated in the first and second paragraphs of the Article 244 of the Turkish Penal Code are also regulated in the Cyber Crime Convention. But in doctrine, it is criticized in some ways and causes debates. While examining the elements of crimes in the following, reviews and discussions will be included, issues which give important features will be noted. While doing this, the offenses will not be examined separately, but in order to avoid recurrence, explanations will be made under the same headline by covering common and different aspects.

KEYWORDS: *Information System, Data, Crime, Qualified Version, Cyber Crime Convention.*

GİRİŞ

İnsanlar bilginin işlenmesi, saklanması ve ona erişilmesiyle uzun yıllardan beri uğraşmaktadırlar. Zaman içinde bu konuda kolaylık sağlayacak çalışmalar yapılmıştır. 20. yüzyılın ortalarına gelindiğinde

bilginin işlenmesi ve değerlendirilmesi konusunda büyük bir gelişme olmuş ve bilgisayarlar üretilmeye başlanmıştır. Bilgisayarların üretilmesi ve insanlığın hizmetine sunulması yeni bir tehlike etkeninin varlığını da ortaya çıkarmıştır. Çünkü, bilgisayarlar bazı menfaatlerin ihlâl edilmesinde araç olarak kullanılmaya başlandığı gibi, sistemde veya bilgisayarlarda yer verilen verilere zarar verilmesi sonucunu da doğurmuştur. Başlangıçta bilgisayarla işlenen böyle bir suçluluk türünün olup olmadığı şüphelerle karşılanmışken, zamanla düzenlemeye gidilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmıştır. Ceza Hukukunun genellikle maddî konuları korumaya alması, diğer konularla pek meşgul olmaması, ülkeleri bilişim suçları konusunda ayrı düzenleme yapma yoluna yöneltmiştir. Maddî konuları koruyan mevcut düzenlemeler bilişim suçlarına uygulanamamıştır. Örneğin, mala veya malvarlığına zarar verme niteliği taşıyan zarar verme fiilleri, sisteme veya verilere zarar vermeye ilgili hareketlere uygulanamamıştır. Türkiye de bu ihtiyacı görerek 1991 yılında ilk düzenlemeyi yapmıştır. Türkiye'ye ilk bilgisayar 1960 yılında alınmasına rağmen, ilk düzenleme ancak 1991 yılında 3679 sayılı Kanunla yapılabilmektedir. Bilişim suçları Ceza Kanunumuzun "Bilişim Alanında Suçlar" adını taşıyan on birinci babında 4 madde halinde düzenlenmiş ve bunlardan biri de inceleme konumuz olan sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçlarıdır (m. 525/b-1). Bu düzenleme 1 Haziran 2005 tarihine kadar yürürlükte kalabilmiş, bu tarihte yeni bir Ceza Kanunu yürürlüğe girmiş ve inceleme konumuz suçlar da 244. maddenin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. Ceza Kanunumuzun Toplumla Karşı Suçlar başlığını taşıyan üçüncü kısmın Bilişim Alanında Suçlar ismini taşıyan onuncu bölümünde sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçları hükme bağlanmıştır. Aşağıda bu suçlar incelenmeye çalışılacaktır. Ancak şu belirtilmelidir ki, getirilen düzenlemede 765 sayılı Kanunda bulunmayan ancak 5237 sayılı Kanunda yer verilen bazı kavramlar yönünden özellikle sorun içermektedir.

I. GENEL OLARAK

Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu TCK'nın 244. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "(1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri

yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

Maddede ilki birinci fıkrada, ikincisi 2. fıkrada, üçüncüsü ise 4. fıkrada yer alan üç ayrı suç düzenlenmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise, ilk iki fıkrada düzenlenen suçların nitelikli haline yer verilmiştir.

TCK'nın 244. maddesi 765 sayılı TCK'nın 525/b maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. 244. maddenin ilk iki fıkrasındaki suçlar 765 sayılı Kanunda bazı farklarla 525/b maddesinin 1. fıkrasında aynı cezayla cezalandırılan tek suç olarak dzenlenmiřti¹. 5237 sayılı Kanunun 244. maddesinde, 765 sayılı Kanunun m. 525/b-1'de olan “başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla” ibaresine yer verilmemiş ve m. 525/b-1'de olmayan erişilmez kılmak, sisteme veri yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi kavramları metne işlenmiştir. Ayrıca m. 525/b-1'de yer alan sisteme zarar verme ifadesine 244. maddede yer verilmemiştir. TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında yere alan suç ise, 525/b'nin 2. fıkrasında maddenin 1. fıkrasına yollama yapılmaksızın ve başka bir suç oluşturmaması şartına bağlanmaksızın düzenlenmekteydi.

TCK'nın 244. maddesi, 765 sayılı Kanun döneminde hazırlanan 1997 ve 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarıları (m. 348, m. 347)² esas

¹ Ceza Kanunumuzun 525 b/1 maddesi, “Başkasına zarar vermek veya kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla, bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş bir sistemi veya verileri veya diğer herhangi bir unsuru kısmen veya tamamen tahrip eden veya değiştiren veya silen veya sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlayan kimseye iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş milyon liradan elli milyon liraya kadar hapis cezası verilir” şeklinde düzenlenmiştir.

² Tasarının 348. maddesi, “Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüzmilyon liradan beşyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası verilir. Bilişim sistemine hukuka

alınarak düzenlenmiştir. Her iki Tasarıda da bir bilişim sisteminin tahrip edilmesi, maddî unsuru oluşturan bir fiil olarak düzenlenmemiştir. Sisteme müdahale ile verilere müdahale 765 sayılı TCK'da olduğu gibi aynı suçun seçicilik unsurları olarak düzenlenmemiş, 5237 sayılı TCK gibi ayrı fıkralarda ayrı suçlar olarak hükme bağlanmışlardır. Bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması, 1. fıkrada suç olarak düzenlenmiştir. Ancak suçun karşılığı olan ceza, 5237 sayılı TCK'dan (m. 244/1'den) farklı olarak hem hapis cezası hem de para cezasını gerektiren suç olarak hükme bağlanmıştır. Hapis cezasının üst sınırı da 5237 sayılı Kanundan farklı olarak kaleme alınmıştır. Tasarılar da yer alan 347. ve 348. maddelerin 2. fıkralarında ise, verilere müdahale teşkil eden fiillere yer verilmiştir. Suçun oluşması için bilişim sistemine verileri sokmak veya sistemin içerdiği verileri yok etmek veya değiştirmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK ise bu unsurlara ek olarak verilerin bozulmasını, erişilmez kılınmasını ve var olan verileri başka bir yere

aykırı olarak veriler sokan veya sistemin içerdiği verileri yok eden veya değiştiren kimseye üç yıldan altı yıla kadar hapis ve üçyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen eylemlerle fail, başkasının zararına ve kendisinin veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlarsa iki yıldan beş yıla kadar hapis ve ikiyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar ağır para cezasına hükmedilir.

Bu suçlara teşebbüs halinde faille tamamlanmış suçun cezası verili” şeklinde düzenlenmiştir.

Tasarının 347. maddesi, “Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçmilyar liradan onbeşmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bilişim sistemine hukuka aykırı olarak veriler sokan veya sistemin içerdiği verileri yok eden veya değiştiren kimseye üç yıldan altı yıla kadar hapis ve onmilyar liradan otuzmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen eylemlerle fail, başkasının zararına ve kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlarsa iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasına hükmedilir.

Bu suçlara teşebbüs halinde faille tamamlanmış suçun cezası verili” şeklinde düzenlenmiştir.

gönderilmesini aramıştır. Ayrıca Tasarılarda yer verilen para cezaları 5237 sayılı Kanuna alınmamış ve hapis cezaları da farklı olarak belirlenmiştir. Bunun dışında Tasarılarda hukuka aykırılığa işaret eden kavrama da 244. maddenin 2. fıkrasında yer verilmemiştir. Tasarıların 347. ve 348. maddelerinin 3. fıkrasında ise, haksız çıkar sağlama suçu düzenlenmiştir. Bu suçun oluşması için TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında olduğu gibi 1. ve 2. fıkradaki fiillerle haksız çıkar sağlanması gerekmektedir. 765 sayılı Kanundan farklı olarak hangi fiillerle haksız çıkar sağlanması gerektiği maddelerde ifade edilmiştir. Ancak 5237 sayılı Kanundan farklı olarak suçun başkasının zararına işlenmesine yer verilmiştir. Suçun cezası 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi Tasarılarda da hem hapis cezası hem de para cezası olarak öngörülmüştür. Hapis cezasının miktarı 347. maddede yer verildiği kabul edilmiştir. Para cezası sistemi 5237 sayılı Kanunda farklı kabul edildiği için bu konuda belirleme yapmıyoruz. Tasarılarda olmayan bir belirlemeye 5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesinde yer verilmiştir. Bu belirleme 1. ve 2. fıkrada tanımlanan fiillerin başka suç oluşturmaması gerektiğidir. Tasarılarda yer verilen, ancak 5237 sayılı TCK'ya alınmayan düzenleme ise her üç suçta teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına ilişkin hükümdür.

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinde 3 ayrı suç düzenlenmekle beraber, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu başlığı altında 4. fıkradaki suç belirtilmeyecek, söz konusu suç başka bir inceleme konusu yapılacaktır. Çalışmada 1. ve 2. fıkradaki suç aynı başlık altında bazı konularda tekrara yer vermemek için birlikte belirtilecektir. Dolayısıyla aşağıdaki belirlemeler bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlama suçuyla ilgili değildir.

Kanun koyucu bir bilgisayar sisteminin, gerek hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak girilerek gerçekleştirilen kullanılmalarında gerek herhangi bir kullanımanın söz konusu olmadığı durumlarda, sistemde yer alan verilerin veya bunlardan oluşan bilgilerin veya veri işleme olayının herhangi bir hakka veya yetkiye dayanmayan tecavüzlere karşı korunması için bu maddeyi kabul etmiştir. Çünkü kişisel alanda, idarede, ekonomide kullanılan bilgisayarların soyut unsurlarında veya veri işleme akışında meydana gelebilecek bir zarar olağanüstü boyutlara ulaşabilmektedir. Örneğin muhasebe ve ücret hesaplamaları yapılamamakta, büyük miktarda ekonomik kayıplar oluşabilmektedir. Ayrıca bu tür fiillerin işlenmesinin gelinek teknolojik gelişme göz

önünde tutulduğunda ne kadar kolay olduğu anlaşılacaktır. Virüsler, kurtçuklar, truva atları gibi programlarla gerçekleştirilen bu tür fiillere sıklıkla rastlamaktayız. Bu gibi programların gittikçe daha iyi konuma getirilmesi ve dolayısıyla da kötü niyetli bir kullanıcıların elinde çok büyük zararlara yol açılması söz konusu olabilecektir. İnternet aracılığıyla gönderilen virüsler birçok ülkedeki bilgisayarlardaki verilerde veya sistemlerde zararlara yol açmaktadır. Bu tür olayların belirli dönemlerde çok sık gündeme gelmesi nedeniyle, gazeteler haberi e-mail modası başlığıyla okuyuculara duyurmuşlardır. Türk kanun koyucusu da bu tür fiillerin işlenmesinin önlenmesi için önce 765 sayılı Kanuna 525/b-1 maddesini ilâve etmiş, 5237 sayılı Kanunda da 244. maddeyi yürürlüğe koymuştur. Mala zarar verme suçunu düzenleyen hükümler, yalnız mal niteliği taşıyan şeylere verilen zararlara uygulanabildiğinden mal niteliğinde kabul edilmeyen değerlerde oluşan zararlar için ayrıca düzenleme yapılması gereği ortaya çıkmıştır.

TCK'nın 244. maddesinde düzenlenen suçlara, Siber (Sanal Ortamda İşlenen) Suç Sözleşmesinin 4. ve 5. maddelerinde yer verilmiştir. 244. maddenin 2. fıkrasındaki suçun karşılığı 4. maddede verilere müdahale ismiyle, 1. fıkrasındaki suç ise Sözleşmenin 5. maddesinde sisteme müdahale başlığıyla düzenlenmiştir. Sıralamanın bu şekilde düzenlenmesinin nedeni, verilere müdahale etmek suretiyle sistemin işleyişinin engellenmesinin veya bozulmasının da sisteme müdahale çerçevesinde nitelendirilmesidir. Ceza Kanunumuzda ise sistemin işleyişinin engellenmesinin veya bozulmasının verilere müdahale edilmesi fiilleriyle bağlantılı olmasına ilişkin bir belirleme yapılmamış, tam tersine ilk suç belirlemesi sisteme müdahaleyle ilgili olarak gerçekleştirilmiştir. Sistemin işleyişini engelleyen veya bozan her hareket sorumluluk kapsamında kabul edilmiştir. Sözleşmeyle düzenlememiz arasındaki diğer bir farklılık da, sisteme veri yerleştirmek, var olan verileri başka bir yere göndermek fiilleri sözleşmede sisteme müdahalenin kapsamında belirtilirken, 244. maddede verileri yok etme veya değiştirmek kapsamında düzenlenmesidir. Diğer bir farklılıkta Sözleşmede her iki suç açısından da maddelerde yer alan fiillerin haksız gerçekleştirilmesi aranırken TCK'nın 244. maddesinde buna ilişkin bir belirlemeye yer verilmemiştir. Alman Ceza Kanununda da Siber Suç Sözleşmenin sıralaması geçerli olup, önce verilerin değiştirilmesi (m. 303 a), sonra bilgisayar sabotajı (m. 303 b) suçları düzenlenmiştir.

II. KORUNAN HUKUKİ DEğER

Ceza Kanunumuz 244. maddesinde, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması (f.1) ile sistemdeki verilerle ilgili bazı fiillere (f. 2) yer verilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 525/b-1 maddesinde hem sisteme zarar vermeye yönelik fiillere hem soyut unsurlara yönelik hareketlere hem de sistemin işlemesine engel olan veya yanlış biçimde işlemesini sağlamaya yönelik davranışlara seçimlik olarak tek bir hükümdede yer verilmişti. Bu durum m. 525/b-1'in koruduğu değerin ne olduğu konusunda tartişmalara yol açmış ve değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar, malikin veya sistemi kullananın bilgisayarın usulüne uygun olarak çalışmasındaki menfaatinin korunmak istendiğini ifade etmişlerdir. Bu görüşe göre fıkra, hem fizik hem de soyut unsurları korumaktadır³. Söz konusu görüşü kabul eden yazarlardan bazıları, sistemin çalışmasına yönelik fıkranın aynı zamanda mülkiyet hakkı ile ekonomik hakları da koruduğunu belirtmiřlerdir⁴. Bazı yazarlar, sistemin çalışmasını engelleyecek tarzda fiziksel zarar vermelerin de maddeye girdiğini, bilişim sisteminin tamamen veya kısmen tahrip edilmiş olması şartıyla bilgisayar kasasının kaldırılıp atılması fiilleri de 525/b-1'yi ihlal ettiğini kabul etmektedir. Korunan hukuki değer, bilişim sisteminin ve özelinde de verilerin ve diğer unsurların dokunulmazlıęıdır⁵. Bazı yazarlar ise, fıkrada kısmen zarar doğuran, kısmen de sistemdeki bilgilerden yararlanma imkânının ortadan kaldıran fiillere yer verildiği görüşünden hareketle, korunan hukuki değerin kişisel yararlar olduğunu ileri sürmüřlerdir⁶. TCK'nın 525/b-1 maddesinde bilgisayarın hem fizikî unsurlarına, hem de soyut unsurlarına yönelik hareketlere yer verilmesine

³ Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onbeşinci Bası, İstanbul 1998, s. 528; Yazıcıoğlu, Yılmaz, Bilgisayar Suçları, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukukî Boyutları İle, İstanbul 1997, s. 259, 260.

⁴ Yazıcıoğlu, s. 260.

⁵ Karagülmez, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Ankara 2005, s. 137.

⁶ Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler (C. 4), Ankara 1997, s. 4747.

rağmen burada amacın bilgisayar ortamına yönelik fiillerin cezalandırılması olduğunu belirten diğer bazı yazarlar ise, korunan hukuki değerın bireyin malvarlığı olduğunu ifade etmişlerdir⁷. Biz ise kanunumuzun 525/b-1 maddesinin hem sistemin fizikî yapısına, hem de sistemde bulunan verilere yönelik fiilleri yaptırım altına almakla beraber, bilgisayarın “hardware” kısmına yönelik fiillere yer verilmesinin amacının, sistemin bütünlüğünü korumak değil, sistemin usulüne uygun olarak çalışmasını sağlamak olduğunu belirtmiştik. Bilgileri otomatik olarak işleme tâbi tutmuş sistem ister kişisel bir bilgisayar olsun, ister büyük kurum ve kuruluşların bilgisayar sistemleri olsun, tasarruf yetkilisinin verilerle meydana getirilmiş bilgilerin herhangi bir engel, arıza olmadan kullanılmasındaki ve sistemin arızasız çalışmasındaki yararın korunduğunu ifade etmiştik⁸. Veriler kişisel nitelikte olabileceği gibi, ekonomik değerde de olabilir. Mülga 765 sayılı TCK’nın 525/b-1

⁷ Ersoy, Yüksel, “Genel Hukukî Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, Yılmaz Günal’a Armağan, Ankara 1994, C. 49, S. 6-12, s. 176, 177, 166.

⁸ Bu görüşle ilgili olarak bkz.: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25., neubearbeitete Auflage von Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree, München 1997, s. 2079, 2081; Dreher, Eduard/Herbert, Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 47., neubearbeitete Auflage von Otto Schwarz begründeten Werkes, München 1995, § 303a, kn. 2, § 303 b, kn. 2; Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 3. Auflage, Berlin/NewYork 1991, s. 185, 186; Möhrenschrager, Manfred, “Das neue Computerstrafrecht”, wistra, 1986, Heft 4, s. 141, 142; Sondermann, Markus, Computerkriminalität, Die neuen Tatbestände der Datenveränderung gem. § 303a StGB und der Computersabotage gem. § 303 b StGB, Münster 1989, s. 25, 86; Hilgendorf, Eric, “Grundfälle zum Computerstrafrecht”, JuS, 1996, Heft 10, s. 890 ; Hilgendorf, Eric, “Grundfälle zum Computerstrafrecht”, JuS, 1996, Heft 12, s. 1082; Schulze Heiming, Ingeborg, Der strafrechtliche Schutz der Computerdaten gegen die Angriffsformen der Spionage, Sabotage und des Zeitdiebstahls, New York 1995, s. 165, 166, 196; Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 21. Aufl., München 1995, § 303 a, kn. 1, § 303 b, kn. 1; Gerhards, Thomas, Computerkriminalität und Sachbeschädigung, Mannheim 1993, s. 25; Wessels, Johannes, Strafrecht, Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 20., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1997, s. 13, 14.

maddesiyle veri nakil ağında veya bilgisayarda bulunan verilerin, veri tabanlarının ve veri bankalarında bulunan bilgilerin yetkili olmayan kişiler tarafından değiştirilmesi, silinmesi önlendiği gibi, sistemin işlemesinin kesintiye uğratılmasıyla oluşacak zararlar da engellenmektedir. Burada korunmak istenen şey, bazı yazarların belirttiği gibi sistemin fizikî varlığı değildir. Dolayısıyla, TCK'nın 525/b-1 maddesinin verilere zarar vermeyen veya veri işlemin yapılmasını engellemeyen fiilleri kapsamadığını dile getirmiştik. İçinde verilerin bulunmadığı bilgisayarların kırılması durumunda uygulanacak olan hükmün Türk Ceza Kanununun mala zarar vermeye ilişkin düzenlemesi olduğunu belirtmiřtik⁹. Fiilin konuluş amacı, söz konusu fıkranın (525/b-1) gerekçesinde “madde birinci fıkrasında bir bakıma bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş sistemlere karşı işlenen suçları cezalandırmakta ve sistemlere yöneltilen ızrar fiillerini böylece ve ayrıca cezalandırmaktadır” şeklinde ifade edilmiřtir¹⁰.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, 244. maddede sistemin işleyişini engelleyen veya bozan fiiller ile verilere müdahale niteliğinde fiilleri ayrı suçlar olarak düzenlemiş ve sisteme zarar vermeye yönelik ifadeye yer vermemiştir. Ancak korunan hukuki değer konusundaki farklı belirlemeler sona ermemiştir. Bazı yazarlara göre, maddede 2 temel hukuki değer korunmaktadır. Birincisi bilişim sisteminin ve verilerin güvenliğidir. İkincisi ise, mülkiyet hakkıdır. Zira TCK m. 244'de yer alan fiiller sahibinin bilişim sistemi ve veriler üzerindeki tasarruf yetkisine açık bir tecavüz niteliği tařımaktadır¹¹. Bazı yazarlara göre, burada sistemlere yöneltilen ızrar fiillerinin özel bir suç haline getirilmesi söz konusu olup, hem bilişim sisteminin hem de bu sistem içerisinde yer alan veriler veya diğer unsurların zarar görmemesi hedeflenmektedir¹². Bazı yazarlara göre ise, mala zarar verme suçunun özel görünüş biçimini

⁹ Akbulut, Berrin, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2000, s. 130.

¹⁰ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Gerekçesi, Ankara 1989, s. 392.

¹¹ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara 2016, s. 945.

¹² Karagülmez, s. 187.

oluşturan bu suçla mala zarar verme suçundaki mülkiyetin korunduğunu ifade etmektedirler¹³. TCK'nın 1 ve 2. fıkraları için ayrı ayrı belirleme yapan yazarlar ise, 1. fıkrada, bilgisayar sabotajı niteliğindeki fiiller önlenmekte ve bilişim sistemleri işletmecileri ile kullanıcılarının bu sistemleri uygun bir biçimde işletme haklarının korunduğunu, 2. fıkrada ise bilgisayar verilerini ve bilgisayar programlarını kasıtlı zarar verme girişimlerine karşı koruma altına alındığını belirtmektedirler. Ayrıca verilerin başka yere gönderilmesiyle özel hayatın gizliliğinin, sistemin işleyişi engellendiğinde veya bozulduğunda ise haberleşme özgürlüğü ihlal edilmektedir¹⁴. Korunan hukuki değerın karma nitelik gösterdiğini belirten yazarlar ise, veriler üzerinde tasarruf yetkisi olan kişilerin, verilerle oluşturulan değerlere herhangi bir arıza, engel ya da gecikme olmaksızın ulaşması ve kullanmasındaki çıkarı olduğunu ifade etmektedirler¹⁵. Diğer bazı yazarlar ise, 244. maddede düzenlenen suçlar aynı zamanda bireyin malvarlığı değerini de ihlal etmekle beraber, suçların düzenleme yeri göz önüne alındığında bireyin malvarlığından ziyade bilişim sistemlerinin doğru ve işlevine uygun bir şekilde işlemedeki yararın korunduğunu belirtmektedirler¹⁶. Kanaatimizce 244. maddede iki ayrı suç düzenlendiğinden ayrı ayrı belirleme yapılmalıdır. Birinci fıkrada tüm bilişim sistemleri sahipleri, işletmecileri ile kullanıcılarının sistemin arızasız çalışmasındaki yararı korunmaktadır. Kanun koyucu sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulması ifadeleriyle herhangi bir problem olmadan sistemin çalışmasındaki yararı korumak istemiştir. İkinci fıkrada ise, veriler üzerinde tasarruf yetkisi olan kişilerin verilerin bozulmadan, engel çıkartılmadan, verilere müdahale olmadan kullanmasındaki yararı korunmaktadır. Biz belirlememizi tüm fiilleri göz önüne alarak yapıyorsak da, 2. fıkrada

¹³ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara 2016, s. 954.

¹⁴ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Ankara 2015, s. 880, 886

¹⁵ Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara 2005, s. 370

¹⁶ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2016, s. 825.

sisteme veri yerleştirme veya var olan verileri başka bir yere gönderme hareketlerinin bu fıkroda düzenlenmesi doğru olmamıştır. Zira sisteme veri yerleştirme verilere müdahale edilmeden de, verilere zarar vermeden de (bozmadan, yok etmeden, değiştirmeden, erişilmez kılmadan da) yapılabilir, verilerin kullanılmasını da engellemeyebilir. 2. fıkrada yer alan ilk dört belirlleme ise, verilerin kullanılmasına müdahale teşkil eden, verilere zarar verme niteliğe sahiptir. Eğer sisteme veri yerleştirmenin bu nitelikte olduğu düşünülerek düzenlemede yer alması söz konusuysa, gereksiz yere kullanılma söz konusudur. Zira sisteme veri yerleştirme, verileri değiştirme sonucunu doğuruyorsa ya da diğer belirlemeler kapsamına giriyorsa ayrıca sisteme veri yerleştirilmesi diye bir kavrama yer verilmemesi gerekmektedir. Bu nitelikte olmayan sisteme veri girilmesi kastediliyorsa da düzenleme yeri burası değildir. Çünkü sistemde var olan veriler üzerinde tasarruf etmeyi engelleyen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak TCK'nın 244. maddesi açısından sisteme veri yerleştirmenin, sistemin işleyişinin engellenmesiyle veya 4. fıkradaki haksız çıkar sağlama suçuyla ilgili olabilir. Dolayısıyla verilerin herhangi müdahale olmadan kullanılmasındaki yararı etkilemeyen, bu değeri koruyan diğer fiillerle herhangi bir ilgili bulunmayan sisteme veri yerleştirmenin 2. fıkrada düzenlenmesi amaçla uygun olmayan bir belirlleme niteliği taşımaktadır. Verileri başka yere göndermek de veriler yok edilmeksizin, bozulmaksızın veya değiştirmeksizin yapılabilir. Verilerin kullanılmasına engel olmaksızın da verilerin başka yere gönderilmesi söz konusu olabilir. Eğer bu nitelikte ise zaten ayrıca düzenlemesi gerekmiyor, mevcut fiiller amacı karřılıyor¹⁷. Bunlar olmadan gerçekleştiriliyorsa o zamanda düzenlemenin 2. fıkrayla ilgili bulunmamaktadır. Düzenlemenin başka fıkrada veya başka bölüm ya da bölümlerde (kişisel veri, özel hayat, sır vb. niteliğinde olmasına göre) yapılması ya da değişikliğe gidilmesi uygun olurdu. Eğer sistemde var olan verilerin gönderilmesi sistemin işleyişini engelliyorsa veya bozuyorsa o zaman birinci fıkra çerçevesinde değerlendirmek gerekir. şayet sisteme veri yerleştirme veya verileri başka yere gönderme fiilleri 4. fıkrayla bağlantılı olarak ifade edilmişse bunun yerinin ikinci fıkra olmaması, 4. fıkrada hükme bağlanması gerekirdi. Mülkiyetin korunduğu

¹⁷ Düzenlemeye yönelik benzer eleştiriler için bkz.: zbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 953.

görüşüne ise katılmamaktayız. Zira hükümler yalnızca verilerin malikinin yararlarını korumamaktadır. Malik olmasa bile veriler üzerinde tasarruf yetkisi varsa bu kişilerin yararları da korunmaktadır. Dolayısıyla mülkiyetle bağlantılı değerlendirme yapılmasını benimsememekteyiz. Özel hayat veya haberleşmenin korunduğunu da düzenleme yeri itibariyle düşünmemekteyiz.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi unsur

1. Fail

Suçun faili herhangi bir kişi olabilir. Zira düzenlemelerde faille ilgili herhangi bir özelleştirmeye gidilmemiştir. Başkalarının haklarını ihlâl etmediği sürece failin kendi sisteminin işleyişini engellemesi veya bozması veya verilerine müdahale etmesi suç niteliğinde değildir. Maddede buna ilişkin belirleme yoksa da düzenleme amacından bu anlaşılmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinde düzenlenen verilere veya sisteme müdahale niteliğindeki fiilleri gerçekleştiren ve fail olan kişinin tespiti için mülkiyet, kullanım veya tasarruf yetkisinin göz önünde bulundurulması gerekir. Örneğin TCK'nın 244. maddenin 2. fıkrasındaki suçun faili, veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayan kişidir. Sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiili açısından ise suçun faili sistemin sahibi veya kullananın dışındaki kişi veya tasarruf yetkilisi dışında bir kişi olabilir. Dolayısıyla, TCK'nın 244. maddesinde yer alan suçların işlenip işlenmediğinin tespitinde malik veya kullananın veya tasarruf yetkilisinin kim olduğu tespit edilmelidir. Örneğin bir sistemin sahibi olan kişi, sistemi kullanma hakkına sahip bir başkasının verilerine zarar verirse, TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrasındaki suçu işlemiş olur.

Verilere veya sistemin işleyişine zarar vermek suçunun işlenip işlenmediğinin tespitinde ayrıca, bilgisayarın kullanım hakkıyla ilgili değerlendirme yapılmalıdır. Bazen kişi veri taşıyıcısının sahibi olmakla beraber verilerin kullanımını üçüncü bir kişiye bırakabilmektedir. Örneğin programla birlikte bilgisayarın kullanılması için kiralanması söz konusu olabilmektedir. Eğer kullanan kişi bilgisayar malikinin sistem programına kasten bir zarar verirse, hareketi 244/2. madde kapsamında cezalandırılan bir fiil niteliği taşır. Uygulama programları açısından da 244. maddenin gerçekleşmesi söz konusu olabilir. Örneğin uygulama

programı sahibi, bunun kullanım hakkını başka birine bıraktıktan sonra, söz konusu programa zarar verirse fiili TCK m. 244/2 kapsamındadır¹⁸. Veri taşıyıcısının mülkiyeti ile kullanım hakkının birbirinden ayrıldığı durumlarda tasarruf yetkisi ilgililerin arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenmelidir. Sözleşmeye göre kullanım yetkilisi, devredilen verilerde aynı kullanım yetkililerinin yanına veya hatta yerine geçmişse, yani veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmuşsa verilere müdahale etmesi suç oluşturmaz. Buna karşılık veri taşıyıcısının sahibinin bir başkasının verilerdeki tasarruf yetkisini ihlal etmesi ve fail olabilmesi mümkündür¹⁹. Tasarruf yetkisi verilmemişse yalnızca verileri sisteme girme yetkisi verilmişse, kullanan kişinin verilere zarar vermesi TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrası kapsamına girecektir. Yani sipariş üzerine başkalarının verilerini işlemekle yükümlü olan kişiler de suçun faili olabilir. Bu kişiler kendisine verilen verilere zarar verirlerse, veriler üzerinde her tür yetkiye sahip olmadıklarından, onları belirli şartlar dahilinde kullanmakla yükümlü bulduklarından fiilleri suç olarak kabul edilecektir²⁰. Ancak bu tür fiillerde sipariş verenin verilerin bir kopyasını kendisinde alıkoyduğu görüşünden hareketle, sipariş alanın verilere zarar vermesinin suç oluşturmayacağı da belirtilmektedir²¹. Yetkisiz olarak başkasının veri taşıyıcısına kaydedilen verilere, veri taşıyıcısının hukuka uygun sahibinin zarar vermesi TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrası kapsamına girmemektedir. Örneğin bir hırsız tarafından çalınan veri taşıyıcısına (dizüstü bilgisayara) kaydedilen

¹⁸ Dreher/Tröndle, § 303 b, kn. 8.

¹⁹ Bkz.: Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Stree, Walter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin/Heine, Günter/Perron, Walter/Sternberg Lieben, Detlev/Eisele, Jörg/Bosch, Nikolaus/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/Schittenhelm, Ulrike, München 2010, Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 3.

²⁰ Rudolphi, Hans Joachim/Horn, Eckhard /Samson, Erich, Systematischer Kommentar, Strafgesetzbuch, Besonderer Teil (Band 2), 4. Auflage, Neuwied/ Kriftel 1991, Samson, SK, § 303 a, s. 4, 5.

²¹ Hilgendorf, 1996, Heft 10, s. 893.

verilerin veri taşıyıcısının sahibi tarafından silinmesi bu niteliktedir²². Yine başka birinin bilgisayarına yetkisiz olarak kurulan virüs cookie, truva atı gibi dosyaların silinmesi TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrası kapsamına girmez. Bunların dışında başka birinin veri taşıyıcısına yetkisiz olarak kopyalanan veriler üzerinde de verilerin sahibinin tasarruf yetkisi devam etmez. Dolayısıyla bu verilerin veri taşıyıcısı sahibi tarafından silinmesi durumunda TCK m. 244/2 oluşmaz²³.

2. Mağdur

Suçun mağduru verilere müdahale suçu açısından veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişi veya kişilerdir. Tasarruf yetkisine sahip olmayan verilerin ilgili olduğu kişi ise, suçun mağduru değildir²⁴. Suçtan zarar gören olabilir. Sistemi engelleme veya bozma suçu açısından ise mağdur, sistemin kullanıcısı veya işleticisi veya sahibi olabilir. Mağdur ancak gerçek kişi olabileceğinden tüzel kişiler suçtan zarar gören olabilir. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarının bilişim sistemlerine karşı fiillerin işlenmesi halinde toplumu oluşturan herkes suçun mağdurudur. Kısaca verilerin zararsızlık hakkı veya sistemin herhangi bir kesintiye uğramadan çalışmasındaki arızasızlık hakkı kime ait ise suçun mağduru da o kişidir²⁵.

Veriler üzerinde tasarruf yetkisinin kime ait olduğu doktrinde tartışmalıdır. Veriler veya kanunda belirtilen diğer soyut unsurlar medeni hukuk anlamında bir şey olmadıkları için mülkiyetle ilgili kurallar ceza hukukuna kolayca uygulanamamakta, dolayısıyla da veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişi mülkiyet ilişkisiyle belirlenememektedir. Mülkiyet ilişkisiyle belirlenemeyen verilerin yetkilisinin somut olayda

²² Samson, SK, § 303 a, s. 4, 5; Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 3.

²³ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 3.

²⁴ Bkz.: Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, § 303 a, kn. 4; Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 3. Verilerin ilgili olduğu kişinin de suçtan zarar gören durumunda olabileceğine ilişkin olarak bkz.: Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München 2014, § 303 a, kn. 4; Möhenschlager, s. 141.

²⁵ Bkz.: Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 1

tespit edilmesi her zaman kolay olmadığından, bu konuda değişik kriterler ileri sürülmüřtür²⁶:

(1) Verilerin kazanılması. Bu görüşe göre veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişi, verileri hukuka uygun olarak iktisap eden kişidir. Kim hukuka uygun olarak verileri iktisap ederse, başka bir şey kararlaştırılmadığı sürece sınırsız tasarruf yetkisine sahiptir.

(2) Verilerin içeriğiyle ilgili olmak. Bu görüşü savunanlara göre verilerin hakkında bir şeyler söylediği kişi, yani verilerin içeriğinin ilgilisi tasarruf yetkisine sahiptir.

(3) Veri taşıyıcısındaki mülkiyet. Veri taşıyıcısının mülkiyeti kime aitse, verilerin tasarruf yetkisi de o kişiye aittir. Örneğin bir disket veya bilgisayar kime aitse içindeki veriler de onun tasarrufundadır.

(4) Verilerin fikrî hak sahibi. Veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişinin verilerin üreticisine göre tespit edilmesi gerektiğini belirten görüştür. Bu görüşe göre verilerin kime ait bulunduğu veya kiminle ilgili olduğuna bakılmaksızın, verilerle meydana getirilmiş bilginin üreticisi hangi kişiye, tasarruf yetkisine de o kişi sahiptir.

(5) Verilerin kaydedilmesi. Bu görüş verilerin yüklenmesini (kaydedilmesine) veya nakledilmesini doğrudan gerçekleştiren kişinin, verilerin sahibi olduğunu ifade edenlerin savunduğu fikirdir. Bunlardan hiçbirisi tek başına veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip kişinin belirlenmesinde yeterli değildir. Birinci kriter ilk yetki sahibinin açıklanmasında, ikinci kriter verileri kaydeden ile ilgili olan kişinin farklı olduğu durumlarda, üçüncü kriter veri taşıyıcısının mülkiyetinin birine, verilerin başka birine ait olmasında, dördüncü kriter ceza kanununun fikrî hakları koruma kanunu bulunmamasında, son kriter ise verilerin kazanılması konusunda yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla yalnızca belirli kriterlere bağlı olarak belirleme yapılmamakta, diğer ölçütler de göz önünde tutulmaktadır²⁷.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hilgendorf, 1996, Heft 10, s. 892, 893.

²⁷ Bkz.: Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 3; Lackner/Kühl, § 202 a, kn. 1; Hilgendorf, Eric, "Grundfälle zum Computersstrafrecht", JuS, 1997, Heft 4, s. 324.

Tasarruf yetkisi noktasında malik benzeri (eigentümerähnlicher) veri tasarruf yetkisi belirlenmesi yapılmaktadır²⁸. Malik benzeri hak olarak veri tasarruf yetkisi karakteri, asıl veri tasarruf yetkisinin eşya hukukuyla ilişkili bilişim sistemiyle (veri taşıyıcısıyla) bağlantılı olarak belirlenmesini desteklemektedir. Bu nedenle tasarruf yetkisi bilişim sisteminin sahibine veya hukuka uygun zilyedine aittir. Bir kişi hem bilişim sisteminin maliki olabilir hem de veriler üzerinde tasarruf yetkisi bulunabilir. Ya da bilişim sisteminin maliki olmamakla beraber (mülkiyet başkasına ait olabilir), veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olabilir. Örneğin birinden kiraladığı bilgisayara verilerini kaydettiğinde, bilgisayarın sahibi olmamakla beraber veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Bu verilere bir başkası tarafından zarar verildiğinde mağdur verileri kaydeden ve üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişidir. Keza veri taşıyıcısının maliki başkası tarafından hukuka uygun olarak kaydedilen verilere zarar verirse 244. maddedeki/2. fıkradaki suçu işlemiş olur. Ancak daha önce de söylendiği gibi kendi veri taşıyıcısına bir başkası tarafından yetkisiz olarak kaydedilen verileri sildiğinde verileri kaydeden kişi tasarruf yetkisine sahip olmadığından suçun oluşması kabul edilmemektedir. Doktrinde tasarruf yetkilisinin kural olarak verileri kaydetme işini ilk olarak yapan kimse olduğu da belirtilmektedir²⁹. E-mail gönderiminde gönderenin tasarruf yetkisi, mailin alıcının servis sağlayıcısının server'ına ulaştığı ana kadardır. Bu andan itibaren artık tasarruf yetkisi alıcıya aittir. Alıcının veriler üzerinde değişiklik yapması suç oluşturmazdır. Bir başkasının değişiklik yapması durumunda alıcı suçun mağduru olacaktır. Telefon kartı alan bir kişi, karta kaydedilen veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğundan kart üzerinde teknik manipülasyon yaptığında 244. maddenin 2. fıkrası anlamında cezalandırılan bir fiil söz konusu değildir. Aynı şey sim kilidi gibi program kilidiyle donatılmış cep telefonu alıcısı için de geçerlidir. Burada veri taşıyıcısının mülkiyetinin değişimiyle işletim yazılımındaki tasarruf yetkisi de ona geçtiğinden verileri sildiğinde ve

²⁸ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 3; Hilgendorf, 1996, Heft 10, s. 892. Ayrıca Bkz.: Lenckner, Theodor/Winkelbauer, Wolfgang, "Computerkriminalität - Möglichkeiten und Grenzen des 2. WiKG (III)", CR, 1986, Heft 12, s. 829.

²⁹ Hilgendorf, 1997, Heft 4, s. 326.

böylece sim kilidini işlevsiz hale getirdiğinde m. 244/2' yi ihlal etmiş olmaz³⁰. Buna karşılık banka müşterisi ona banka tarafından devredilen karttaki veriler üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir³¹.

3. Konu

Suçun konusu, TCK'nın 244. maddesinin 1. fıkrasındaki sistemi engelleme, bozma suçu açısından bilişim sisteminin işleyişi³², 2. fıkrasındaki verileri yok etme, değiştirme suçu bakımından ise bilişim sistemindeki veriler (bozma, yok etme, değiştirme, erişilmez kılma ve verilerin başka yere gönderilmesi açısından) veya bilişim sistemine yerleştirilen veriler (sisteme veri yerleştirmek açısından) olarak ifade etmiştir.

Bilişim, insanların teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin temeli olan bilginin elektronik araçlarla özellikle bilgisayarlar aracılığıyla işlenip, ses, görüntü ve veri taşıyan iletişim hatları aracılığıyla aktarılması bilimi olarak tanımlanmaktadır³³. Tanımdan anlaşılacağı üzere bilişim, hem verilerin işlenmesini, yani veri işleme hem de bilgi işleme sonucunun aktarılmasını, yani veri iletişimini ifade eden bir kavramdır. Verilerin işlenmesi ve aktarılmasında kullanılan bileşenlerin, teknolojilerin bütününe ise bilişim sistemi adı verilmektedir. Yazılım, donanım, bilgisayar ağları, iletişim ekipmanları gibi araçlar bilişim sistemi kapsamı içine girmektedir. Görüldüğü gibi bilişim, birçok yapının bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Bilgisayar bu yapılardan biridir. Bilişim, bilgisayarı da içine alan daha üst bir kavramdır. WAP uyumlu cep telefonları, üzerindeki WEB paneli sayesinde ağa bağlanıp bilgi aktarımı yapabilen elektronik ev aletleri, veri iletişimini sağlayan

³⁰ Ancak bu konuda farklı görüş de ifade edilmektedir. Bunun için bkz.: Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 3.

³¹ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 3.

³² Koca/Üzülmez, s. 826.

³³ Bkz.: Kurtaran, Özlem Meltem/Çubukçu, Faruk, Ansiklopedik Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1991, s. 35; Gürsel, Mayda/Gürsel, İhsan, Büyük Bilgisayar Terimleri Sözlüğü, Ankara 1991, s. 158; Yarmalı, E. Sabri, Bilgisayar Terimleri Sözlüğü, İstanbul, (Birsen yayınevi), 1995, s. 143.

somut ve soyut ağlar bilişim sistemi içine girmektedir³⁴. Kanunumuzda geniş bir kavramın ve yaşanacak gelişmeleri karşılayacak belirlemenin seçilmesi yerinde tercih olmuştur³⁵.

Bilişim sisteminin neyi ifade ettiği mevzuatımızda Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelikte (m. 3/1-b) tanımlanmıştır. Buna göre, bilgisayar, çevre birimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistem, bilişim sistemini ifade etmektedir. Görüldüğü gibi bilişim sistemi, bilgisayar ve ona bağlantılı sistemleri ifade etmek için kullanılmıştır. Bilişim sistemi ayrıca 243. maddenin gerekçesinde de belirtilmiştir. Buna göre bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tutma olanağı veren manyetik sistemlerdir. Mülga 765 sayılı Kanundaki düzenlemelerde tercih edilen otomatik işleme tabi tutma kavramına TCK'nın 243. maddenin gerekçesinde yer verilmiştir. 765 sayılı Kanunun gerekçesinde ise bilgileri otomatik işleme tâbi tutmuş kavramının bilgisayarları karşıladığı ifade edilmiştir. 765 sayılı TCK döneminde bilgisayar karşılamak için düzenlemelerde yer verilen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş sistem ifadesi değişik nedenlerle eleştirilmiştir³⁶. Kavram bilgisayarları karşılamakta tamamen yanlış bir ifade olmamakla beraber, bilgisayarları anlatmak bakımından yetersiz bir ifade olduğu görülmektedir. Çünkü birçok araçta bilgileri depo etme, bunları işleyebilme ve anlamlı sonuçlar üretme özelliği görebiliriz (hesap makineleri gibi). Ancak bunları bilgisayar olarak nitelendiremeyeceğimiz gibi, bilişim suçlarının işlenmesine imkân veren başka bir sistem özelliğine sahip olduğunu da söyleyemeyiz. Zira bunlar hafızalarında bulunan sabit programlarla belirli bir amaç doğrultusunda kullanılabilmeye uygun, bilgileri aktarma özelliğine sahip bulunmayan cihazlardır. Ayrıca bilgisayarların yalnızca manyetik özelliği bulunmamakta, elektronik, optik gibi nitelikleri de söz konusudur. Dolayısıyla bilişim suçlarının işlendiği bilgisayarları ifade etmeyen bu

³⁴ Yenidünya, A. Caner/Değirmenci, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul 2003, s. 31.

³⁵ Bkz.: Akbulut, s. 86.

³⁶ Bu eleştiriler için bkz.: Akbulut, s. 84, 85.

kavramın daha uygun başka bir kavramla değiştirilmesinin uygun olduğunu belirtmiřtik³⁷. Bu anlamda kanunumuzun bilişim sistemi tercihinin yerinde olduğunu belirtmek istiyoruz. Siber Suç Sözleşmesi de bilişim sistemini değil, bilgisayar sistemi ifadesini kullanmış ve “bir veya birden fazlası, bir program uyarınca otomatik veri işleyebilen herhangi bir cihaz veya birbirleriyle bağlantılı veya ilgili bir grup cihazı ifade eder” şeklinde tanımlamıştır.

Veri işlemin esasını oluşturan veri (İng. data, Alm. Daten)³⁸, sistem içindeki bütün soyut unsurları ifade etmektedir (TCK m. 243 gerekçesi). Programlar da veri kavramı içindedir. Sisteme girilen, sistemde işlenen ve saklanan her tür değeri ifade etmektedir³⁹. Bu kavramın kapsamına rakamlar, harfler dahil olduğu gibi, diğer birtakım özel simgeler de (virgöl, nokta, noktalı virgöl, tire, tırnak işareti gibi) dahildir. Söz konusu bu değerler, işlenecek konu için gerekli olan bilgileri oluştururlar ve değişik nesnelere ve olaylar hakkında fikir verirler.

Doktrinde suçun konusunu oluşturan verilerin mutlaka bilişim sisteminde yer alan veriler olması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle de disket, CD, flash bellek gibi yalnızca veri saklama işlevine sahip olan cihazlardaki verilere müdahale edilmesinin bu suçu oluşturmayacağı ifade edilmektedir. Bu cihazlara verilere ulaşılamaması amacıyla zarar verilmesinin veya fiziki olarak kullanılmasının engellenmesinin 244. maddedeki suçu oluşturmayacağı, mala zarar verme suçunu oluşturacağı ileri sürülmektedir⁴⁰. Ancak bu görüşe katılmadığımızı belirtmek

³⁷ Akbulut, s. 84, 85. Aynı yönde Yazıcıoğlu, s. 215.

³⁸ Data ve daten kelimeleri hem teki hem de çoğul anlamında kullanılmaktadır. Örneğin Almanca Daten kelimesi, Datum kelimesinin çoğulunu ifade etmektedir. Ancak bu ayrıma yazım esnasında pek riayet edildiği söylenemez.

³⁹ Veri kavramının bilgi kavramıyla eşanlamlı olmayıp, her iki kavram farklı anlamlara gelmektedir. Nitekim bazı yazarlar da bunu ifade etmektedirler: Güder, Gazi, Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1986, s. 109; Kurtaran/Çubukçu, s. 177; Aydın, Emin D., Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş, Ankara 1992, s. 3; Babür, Zafer, Bilgisayarla İletişim, İstanbul 1995, s. 1. Buna göre veri işlenmemiş bilgiyi, bilgi ise verilerin veri işlem yardımıyla işlenerek anlamlı hale getirilmesini ifade etmektedir.

⁴⁰ Koca/Üzülmez, s. 826, 827.

istiyoruz. Bilişim sistemi içinde yer alan donanım kavramı içine ana kart, ekran, yazıcı, ses sistemi, disk, disket, modem kartı, manyetik bant gibi maddî bünyeye sahip parçalar girmektedir. Dolayısıyla sistemde yer alan veri kavramıyla bilgisayarın hafızasında kayıtlı bulunan veriler anlaşıldığı gibi, anakart üzerindeki veri yollarına takılmak suretiyle kullanılan birimlerdeki (USB bellek aygıtı, cd-rom gibi) veriler de kabul edilmektedir. TCK'nın 244. maddesinin 2. fıkrasında yer alan seçimlik unsurlardan birinin gerçekleşmesi şartıyla sorunun içtima kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin verilere zarar vermek amacıyla cihazlara zarar verilmesi halinde mala zarar verme suçu (TCK m. 151) ile 244. madde arasında fikri içtima ilişkisi söz konusu olacaktır.

2. Hareket ve Netice

a) Bilişim Sisteminin İşleyişinin Engellenmesi veya Bozulması

Ceza Kanunumuzun 244. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun oluşması için sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulması gerekmektedir. Sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçun netice unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu suç neticeli bir suç niteliğindedir⁴¹. Suçun bu neticeleri gerçekleştirmeye elverişli her tür hareketle işlenebilmesi mümkündür. Bu özelliği nedeniyle de suç, serbest hareketli suçtur⁴².

Veri işlem yapılmasını, yani verilerin kullanılmasını, kaydedilmesini, depolanmasını, işlenmesini veya değerlendirilmesini veya veri aktarımını önlemeye yönelik her tür hareket **bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi kavramı** altına girmektedir. Kanun koyucu bazı hareketlerin cezasız kalmaması esnasından yola çıkarak düzenlemede geniş bir kavrama yer vermiştir. Bilişim sistemine yapılan müdahale veri işlem yapılmasını kesintiye uğratmışsa veya önlemişse sistemin işlemesine engel olunmuştur. Bu anlamda sisteme ve unsurlarına zarar veren veya sistemin işlevde bulunmasını önleyen hareketler, sistemin işlemesine engel olmak kavramı altına girmektedir. Bilişim sisteminin

⁴¹ Akbulut, s. 200; Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 1; Koca/Üzülmez, s. 827. Sırf hareket suçu olduğuna ilişkin olarak bkz.: Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 951

⁴² Koca/Üzülmez, s. 827. Bağlı hareketli suç olduğuna ilişkin olarak bkz.: Özbek/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 951.

teknik fonksiyonuna zarar vermek, veri akışının kesilmesi, program verilerinin silinmesi veya değiştirilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Yine DoS, DDoS saldırıları da sistemin işlemlerine engel olmaktadır⁴³. Keza bilişim tesisinin veya veri işlem taşıyıcısının yetkili kişinin tasarruf alanından uzaklaştırılması (gizlemek veya almak gibi), şifrenin değiştirilmesi veya şifre ilâvesiyle sistemin kullanılmasına engel konulması, programın bozulması, sistemin kilitlenmesi hareketleri de sistemin işlemlerine engel olmak niteliği taşımaktadır⁴⁴. Görüldüğü üzere sistemin işlemlerine engel olma, sisteme fizikî etki şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, soyut unsurlara yapılan müdahalelerle de söz konusu olabilir. Verilerin bozulması, yok edilmesi, erişilmez kılınması, verilerin değiştirilmesi, sisteme veri yerleştirilmesi, sistemdeki verilerin iletilmesi suretiyle de sistemin işlemlerine engel olunabilir. Burada önemli olan bilişim sisteminin işleyişini engellenmesi sonucunu doğuran bir hareketin yapılmış olmasıdır⁴⁵. Sistem işliyor ancak yavaş işliyorsa sistemin işlemlerine engellenmemiştir. Örneğin hatalı program teslimiyle bir firmanın işlemlerinin yavaş işlemlerine neden olunmasında olduğu gibi⁴⁶. Ancak doktrinde bazı yazarlar bu suçun konusunun sistemin soyut unsurları olduğunu, sistemin fiziki unsurlarına zarar vermenin bu suçun değil mala zarar verme suçunu oluşturduğunu ifade etmektedirler. Sistemin işleyişini sağlayan soyut unsurlara zarar verme fiillerinin ancak 244. maddedeki suçun oluşturduğunu belirtmektedirler⁴⁷. Siber suç sözleşmesinde olduğu gibi (m. 5) sadece sistemin soyut unsurlarına müdahale edilmek suretiyle sistemin işleyişinin engellenmesine yönelik

⁴³ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 b, kn. 9.

⁴⁴ Bazı yazarlar, sistemi veya verileri tahrip etmeyen, yalnız sistemin kullanılmasını engelleyen bilgisayar virüsünün maddenin kapsamına girip girmediği konusuna açıklık getirilmediğini belirtmektedirler: Yücel, Mustafa T., “Bilişim Suçları”, ABD, 1992, Yıl 49, S. 1-6, s. 505-512, s. 511. Ancak bu görüşe karşı söz konusu fiilin madde kapsamına girdiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir: Malkoç/Güler, s. 4762.

⁴⁵ Bkz.: Akbulut, s. 139.

⁴⁶ Hatalı programların teslimiyle ve sistemin kullanılmasına engel olunmasıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Hilgendorf, 1996, Heft 12, s. 1084; Sondermann, s. 117-119; Schulze Heiming, s. 219.

⁴⁷ Koca/Üzülmez, s. 827, 828.

sınırlayıcı belirleme 244. maddenin 1. fıkrasında bulunmadığından bu görüşe katılmıyoruz. Bilişim sistemi hem soyut (yazılım) hem de fiziki unsurlardan (donanımdan) oluşmaktadır. Fiziki unsurlarda gerçekleştirilen hareketlerle de sistemin işleyişi engellenebilir. Burada korunmak istenen sadece verile müdahale edilmeden sistemin usulüne uygun çalışması değil, herhangi bir problem olmadan sistemin çalışmasındaki yararlarıdır. Dolayısıyla yalnızca soyut unsurlara müdahaleyle bunun sağlanamayacağını düşünüyoruz. Nitekim Alman Ceza Kanununun 303 b maddesinde veri işlem tesisine veya veri taşıyıcısına müdahalelerin de bilgisayar sabotajını oluşturacağı kabul edilmiştir. Bizim kanunumuz hareketleri tek tek saymayarak sadece neticeye yer vererek geniş belirleme yapmıştır. Ancak bu düzenleme kanunilik ilkesi açısından sorun doğuracak niteliktedir. Zira kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan belirlilik ilkesi, haksızlık teşkil eden fiilin tam ve özenli bir dilde anlatılmasını istemektedir. Sınırları belirli olmayan hükümlerden oluşan normların, geniş yorumlama imkânı veren kavramların varlığı, belirlilik ilkesine aykırıdır. Siber Suç Sözleşmesinde veya Alman Ceza Kanununun 303 b maddesinde olduğu gibi bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulmasının hangi fiillerle gerçekleştirileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

765 sayılı TCK'nın 525/b-1 maddesinde bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistemin tahrip edilmesi ayrıca seçimlik olarak sayılmıştı. Ancak o dönemde de sistemde oluşan zararın 525/b-1 maddesine göre suç oluşturabilmesi için sistemin içinde bulunan soyut unsurları, yani verileri etkilemesi, onlara zarar vermesi gerektiğini kabul etmiştik. Verilere zarar vermeyen hareketlerin 525/b-1 maddesi bakımından tahrip etmek değil, sistemin işlemesine engel olmak niteliği taşıdığını, çünkü kanun koyucu aynı fıkra da sistemin işlemesine engel olmak fiilini de ayrıca belirttiğinden, sistemde meydana gelen zarar nedeniyle sistemin düzenli çalışması, başka bir söyleyişle veri işlem yapılması engellenmişse hareket tahrip etmeyi değil, sistemin işlemesine engel olmayı oluşturduğunu belirtmiştik. Kanunumuzda, sistemin tahrip edilmesinin ayrıca düzenlenmesine gerek bulunmadığını, eğer tahrip edilmesinde bir zarar oluşmuşsa, bunun zaten verilerin tahrip edilmesi kavramına gireceğini, verilere bir zararın verilmesi söz konusu olmayıp da sistemin işlemesine engel olunmuşsa, bu da sistemin işlemesine engel

olmak kavramı içinde değerlendirileceğini ifade etmiştik. Her ikisi de söz konusu değilse yapılan hareket mala zarar verme suçunu oluşturacaktır.

Sistemin işlemesine engel olunmasının daimî veya geçici bir süre için olmasının önemi bulunmamaktadır⁴⁸.

Bilişim sisteminin işleyişinin geçici olarak engellenmesi durumunda da madde 244/1'deki suçun oluşacağını kabul etmekle birlikte, bilişim sisteminin işleyişinin her tür engellenmesinin cezalandırılmaması gerektiğini düşünüyöruz⁴⁹. Kanunumuzda böyle bir sınırlandırma bulunmamaıyla beraber, sistemin işlemesini önemsiz ölçüde engelleyen veya birtakım değişikliklerle meydana getirilen durumun ortadan kalkmasına neden olan hallerin 244. maddenin cezalandırılması kapsamı dışında tutulması gerekir. Haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle ceza verilmemesi yoluna gidilmesi gerekir. Bu yönde bir belirlemeye suçla ilgili olarak yer verilmesinin uygun olacağını düşünüyöruz.

Bilişim sisteminin işleyişinin bozulması ise, sistemin çalışma şeklinin bozulması, sistemin yapması gerekenden farklı şeyleri yapmasının sağlanması ifade etmektedir. Kısaca bilişim sisteminin veri işlem yapmasının, verileri aktarmasının sistemden beklenildiği şekilde gerçekteşiremeyecek, eskisi gibi yapamayacak hale getirilmesini

⁴⁸ Dönmezer, s. 528; Yazıcıoğlu, s. 263.

⁴⁹ Doktrinde bu tür fiiller değişik şekillerde nitelendirilmektedir. İçel'e göre, meydana getirilen zararın veya tehlikenin belirli bir ağırlıkta bulunması suçun gerçekteşip gerçekteşmemesine etki etmektedir. Örneğin hiçbir değeri olmayan basit bir kağıt parçasının çalınması halinde hırsızlık suçu oluşmayacaktır. Yazar suçun oluşmasını önleyen bu özelliğe suçun niceliği adını vermektedir. Bir suçun tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu oluşu o suçun niteliği özelliğini, gerçekteştirilen zararın veya tehlikenin belirli ağırlıkta olması ise, suçun niceliği özelliğini oluşturmaktadır (İçel, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul 1972, s. 26). Özgenç'e göre ise, zararın çok az olması durumunda kanunda belirtilen suç gerçekteşmekte, ancak fiilin haksızlık muhtevasında önemli derecede azalma olmaktadır. Bu nedenle zararın az olması failin cezalandırılmasına etki etmelidir. Bu etki ya failin cezalandırılmasını önleyecek ya da cezanın belirli bir miktarda indirilmesini sağlayacaktır (Özgenç, İzzet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözömlü Örnekle Olaylar ve Karar Tahlilleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1998, s. 109, 127, 145.

belirtmektedir⁵⁰. Bu herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilir. Sistemin fizikî unsurlarına zarar vererek veya fizikî varlığına zarar vermeden yalnız soyut unsurlarına yapılacak müdahaleyle bilişim sisteminin işleminin bozulması sağlanabilir⁵¹. Örneğin sistemin parçalarının değiştirilmesi veya verilerin değiştirilmesi veya bazı verilerin silinmesi veya hatalı program teslimi veya virüs göndermek suretiyle bilişim sisteminin işleyişinin bozulması söz konusu olabilir. Sistemin yanlış işleminin sağlanması da sistemin işleyişinin bozulması kapsamına girmektedir. Bilişim sisteminin normal yapması gerekeni yapamayacak hale getirilmesi sağlanıyorsa sistemin işleyişi bozulmuştur. Sistemin kendisinden isteneni tamamen veya kısmen yerine getiremeyecek olması bozulma açısından önemsizdir. Sistemin işleyişinin bozulması durumunda sistemin işleyişinin engellenmesi de söz konusu olabilmektedir. Ancak her engelleme durumunda sistemin bozulması gerçekleşmediği için kanun koyucu ayrı belirleme yapmıştır⁵².

b) Bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi veya mevcut verilerin başka yere gönderilmesi

Ceza Kanunumuzun 244. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi veya mevcut verilerin başka yere gönderilmesi suçu, birinci fıkradan sonra düzenlenmiştir. Aslında ilk fıkrada düzenlenmesi yoluna gidilmesi daha doğru olurdu. Zira sistemin engellenmesi veya bozulması fiilleri 1. fıkrada belirtilen fiillerle de gerçekleştirilebilmektedir. TCK'nın 1. ve 2. fıkrasının yer değiştirmesi düzenleme şekli itibariyle daha yerinde bir düzenleme niteliği taşıyacaktır.

Kanun koyucu 2. fıkrada verilerin kullanılmasına müdahale niteliği taşıyan belirlemelere yer verdiği gibi bu nitelikte olmayan hareketlere de yer vermiştir. Verilerin bozulması, yok edilmesi, erişilmez kılınması, değiştirilmesi, verilerin istenen amaç

⁵⁰ Bozmak için bkz.: http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.581c3db859b712.08285126 (E.T.03.11.2016)

⁵¹ Farklı düşünce için bkz.: Yazıcıoğlu, s. 263.

⁵² Bkz.: Koca/Üzülmez, s. 828.

doğrultusunda kullanılmasına engel olma niteliği taşırken, sisteme veri yerleştirilmesi veya verilerin başka yere gönderilmesi bu nitelikte değildir.

Verilerin bozulması, verilerin kullanılabilirliğine zarar verilmesidir. Fıkıada kullanılan verilerin bozulması kavramı, bir neticeyi ifade etmektedir. Zarar niteliği taşıyan neticedir. Verilerin belirlenen amaç doğrultusunda kullanılmasının tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasını sağlayacak Şekilde verilere zarar verilmesini ifade etmektedir⁵³. Verilerin bozulmasında, veriler artık usulüne uygun olarak kullanılmayacak hale getirilmektedir⁵⁴. Örneğin birbirine bağlı veri cümlelerinin yerlerinin değiştirilerek anlamının karıřtırılması⁵⁵ veya ilâve Őeylerin katılması veya veri cümlelerinden tek tek verilerin silinmesi suretiyle verilerin kullanılabilirliğine zarar verilmesi verilerin bozulması anlamındadır⁵⁶. Keza virüs programları da verilerin bozulmasında kullanılan diğer bir yöntemdir.

Verilerin yok edilmesi, verilerin varlığının ortadan kaldırılmasıdır. Bilişim siteminde depolanmış verilerin tamamen ve tafafisi olmayacak Şekilde tanınmaz hale getirilmesidir⁵⁷. Verilerin ortadan kaldırılmasını, yani veri cümlelerinin veya verilerin oluşturduğu bilgilerin, işaretlemelerin ortadan kaldırılmasını veya verilerin üzerine yeni veriler geçirilmesi suretiyle aslı içeriğinin artık tamamen mevcut olmaması halini ifade etmektedir⁵⁸. Verilerin yok edilmesinde verilerin

⁵³ Dreher/Tröndle, § 303a, kn. 7; Tröndle/Fischer, § 303a, kn. 11; Samson, SK, § 303a, s. 5.

⁵⁴ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 7.

⁵⁵ Dreher/Tröndle, § 303a, kn. 7, 8; Tröndle/Fischer, § 303a, kn. 11.

⁵⁶ Schulze Heiming, s. 180; Sondermann, s. 57.

⁵⁷ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 5; Dreher/Tröndle, § 303a, kn. 5; Tröndle/Fischer, § 303 a, kn. 9; Samson, SK, § 303 a, s. 5; Haß, Gerhard, Der strafrechtliche Schutz von Computerprogrammen, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2., völlig berarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1993, s. 498; Lackner/Kühl, § 303 a, kn. 3; Lenckner/ Winkelbauer, s. 824, 829.

⁵⁸ Schulze Heiming, s. 173, 175.

varlığı ortadan kaldırıldığı için tekrar yinelenmesi söz konusu değildir⁵⁹. Örneğin, cracker'ler vasıtasıyla kopya engelinin kaldırılması, mobil telefonlardaki sim kilidinin kaldırılması bu niteliktedir⁶⁰. Yok edilen bilgilerin birtakım yardımcı aletler aracılığıyla geri getirilebilmesi durumunda suçun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar bazı araçlar yardımıyla geri getirilme imkanı varsa, telâfisi mümkün olmayacak şekilde tanınamaz yapmanın gerçekleşmediğini kabul etmektedir⁶¹. Buna karşılık doktrinde bazı yazarlar verilerin geriye dönüşü imkansız olacak şekilde yok edilmesinin gerekmediği, veriye erişim için girilen komutun sonuçsuz kalacak şekilde kayıtlardan silinmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir⁶². Bazı yazarlar ise, verilerin ortadan kaldırılmasının, verilere normal yollardan ulaşılmasının güçleştirilmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini, ortadan kaldırılan verilere bazı araçlarla veya programlarla ulaşılabilme imkanının varlığının suçun oluşmasını engellemeyeceğini belirtmektedirler⁶³. Biz ilk görüşe katılıyoruz ve geri getirme imkanı varsa verilerin yok edilmesinin söz konusu olmadığını ifade ediyoruz. Başka seçimlik unsurlar kapsamına, örneğin şartları taşıyorsa verilerin erişilmez kılınmasına girebileceğini düşünüyoruz.

Verilerin yok edilmesi herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilir. Silmek suretiyle de veriler yok edilebilir⁶⁴. Ancak kısmî silmeler, yok etme kavramı içine girmez. Yalnızca veri taşıyıcısındaki bilgilerin silinmesi de verilerin yok edilmiş sayılması için yeterli değildir⁶⁵. Kopyası bulunan verilerin silinmesi durumunda, verilerin yok edilmesi gerçekleşmez⁶⁶. Ancak güvenlik kopyası bulunan verilerin silinmesinin verilerin yok edilmesi anlamını taşıyacağı, tipikliğin gerçekleşeceği ifade

⁵⁹ Tröndle/Fischer, § 303 a, kn. 9.

⁶⁰ Lackner/Kühl, § 303 a, kn. 3.

⁶¹ Schulze Heiming, s. 173

⁶² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 952.

⁶³ Koca/Üzülmez, s. 830.

⁶⁴ Koca/Üzülmez, s. 830.

⁶⁵ Schulze Heiming, s. 173. Ayrıca bkz: Sondermann, s. 48, 49, 50.

⁶⁶ Hilgendorf, 1996, Heft 10, s. 893.

edilmektedir⁶⁷. Virüsler aracılığıyla, bilişim sistemine zarar vermekle de veriler yok edilebilir⁶⁸. Ancak bu nitelikteki fiilin sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulması kapsamında olmaması gerekir.

Verilerin değiştirilmesi, kaydedilmiş verilerin başka bir bilgi içeriği almasını ifade etmektedir⁶⁹. Başka bir söyleyişle, yeni bir bilginin oluşmasını sağlayan her tür hareket değiştirmek olarak kabul edilmektedir. Kaydedilmiş verilerin içerik değiştirilmesinin her formu verilerin değiştirilmesidir. Bunun yanında içerik değiştirmeksizin başka bir program dili⁷⁰ koduna çevirme veya şifrenin ve şifresiz yazının değişimi de verilerin değiştirilmesi kapsamındadır⁷¹. Bunlara göre verilerin içeriğinin tamamen değiştirilmesi veya veri sonuçlarının değiştirilmesi veya program dilinin değiştirilmesi veya verilerin metin içindeki yerlerinin değiştirilmesi veya verilerin kısmi silinmesi veya verilere ilave şeylerin katılması, yeni bir bilginin oluşturulmasını sağlayan hareketlerdir. Verilerin tamamen silinmesi de bazı durumlarda değiştirmek olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar verilerin tamamen ve geri getirilemez şekilde silinmesi verilerin yok edilmesi kapsamı içinde yer almakla ve değiştirmek olarak kabul edilmemekle beraber eğer silinen veriler yeni bir şey ifade ediyorsa, yani silinmeden olumlu bir sonuç çıkıyorsa bu da değiştirmek anlamında deęerlendirilmektedir⁷².

Verilerin izinsiz şekilde kopyalanması verilerin değiştirilmesi kapsamında değildir. Mevcut verilerde değişiklik yapmak suretiyle

⁶⁷ Sondermann, s. 45 vd; Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 5; Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich, Strafgesetzbuch, Band 3, 4. Auflage, Baden-Baden 2013, § 303 a, kn. 7.

⁶⁸ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 5; Tröndle/Fischer, § 303 a, kn. 9.

⁶⁹ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 8.

⁷⁰ Ancak program değişikliklerinde ara sonucun değiştirilmesinin değiştirme olarak kabul edilip edilmeyeceği tartişmalıdır. İtiraz, değiştirilenin söz konusu olması için kaydetmenin varlığının olması gerektiği noktada toplanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Schulze Heiming, s. 183.

⁷¹ Dreher/Tröndle, § 303a, kn. 8; Tröndle/Fischer, § 303 a, kn. 12; Hilgendorf, Heft 10, s. 891.

⁷² Möhrenschräger, s. 141.

başkasına ait WLAN'ın kullanılması söz konusu olmuşsa verilerde değişiklik söz konusudur. Ancak fail verilerde değişiklik yapmamış, internete yalnızca giriş yapmışsa 244. madde kapsamında değildir⁷³.

Değiştirmenin orijinal verilerde yapılması gerekir. Kopya edilmiş verilerde yapılan değişikliklerde m. 244/2 uygulanmaz⁷⁴.

Verilerin erişilmez kılınması, yetkili kişinin verilere ulaşmasının ortadan kaldırılması suretiyle verileri kullanmasının engellenmesidir⁷⁵. Yetkilinin somut kullanım iradesinin tespiti zorunlu değildir. Yetkili kişinin potansiyel erişim imkanının kaldırılması yeterlidir⁷⁶. Herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilir. Virüs saldırısı veya spamming denilen hususlarla gerçekleştirilebilir⁷⁷. Verilere ulaşmak için mevcut olan bağın ortadan kaldırılması suretiyle de veriler erişilmez kılınabilir. Bu durumda verilere ulaşmak isteyen kişi bağın koparılması nedeniyle ancak emek ve masrafla söz konusu bilgileri elde edebilmektedir⁷⁸. Şifre engeli koymak veya dosya isimlerini değiştirmek, dosyaları gizlemek, veri taşıyıcısına elkoymak, elektronik postaları gizlemek, içindekileri silmek gibi yollarla verilerin erişilmez kılınması gerçekleştirilebilir⁷⁹.

Doktrinde silme kavramı fiziki silme ve mantıki silme diye ikiye ayrılmaktaydı. Fiziki silme verilerin fiziken ortadan kaldırılmasını, yok edilmesini ifade ederken, mantıki (veya mecazi) silme ise veriler ortadan kaldırılmamakla birlikte kişi verilere ulaşamamaktadır⁸⁰. Dolayısıyla da düzenlemede silme ifadesi geçiyorsa silmenin hangisini ifade ettiği tartışılmaktaydı. Doktrinde silme kavramının anlamı noktasında çoğunlukla kabul edilen görüş, meydana getirilen tanınmazlığın fizikî

⁷³ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 8.

⁷⁴ Hilgendorf, 1996, Heft 10, s. 890; Tröndle/Fischer, § 303 a, kn. 12.

⁷⁵ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 6; Lackner/Kühl, § 303 a, kn. 3.

⁷⁶ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 6.

⁷⁷ Lackner/Kühl, § 303 a, kn. 3.

⁷⁸ Bkz.: Schulze Heiming, s. 174.

⁷⁹ Tröndle/Fischer, § 303 a, kn. 10.

⁸⁰ Bkz.: Akbulut, s. 136, 137.

anlamda olması gerektiğidir. Bu görüşe göre mantık anlamda silmek, silmek kavramına dahil olmayıp, gizlemek kavramı içine girmektedir⁸¹. Ancak bu ayrımın bugün doktrinde ifade edilmediği sylenebilir⁸². 765 sayılı Ceza Kanunumuzda, verilere veya veri işleme zarar vermek suçunda verilerin gizlenmesi veya başka bir şekilde yetkilinin verileri kullanmaktan mahrum bırakılması maddî unsuru oluşturan bir seçenek olarak düzenleme kapsamına alınmamıştı. Düzenlemede silmek kavramı yer almaktaydı. Biz de bu nedenle silmek kavramını sınırlayıcı yoruma tâbi tutmamızı gerektiren herhangi bir neden bulunmadığını, silmek kavramını geniş yorumlayarak verilerin fiziki olarak ortadan kaldırılması yanında, verilere ulaşmanın engellenmesinin de bu kapsamda nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştik. 5237 sayılı Kanunumuz verilerin erişilmez kılınmasını açıkça düzenleyerek bu sorunu ortadan kaldırmıştır. Dolayısıyla güvenlik engellerinin veya şifrenin değiştirilmesi suretiyle veya başka yollarla yetkili kişi verilere ulaşamıyorsa verilere ulaşım engellenmiştir. Verilere ulaşımın engellenmesinin ne suretle olduğu önemli değildir. Yeni giriş engeli yaratılmışsa veya belirli şekilde kaydedilmiş verilerin adresleri silinmişse verilere ulaşım engellenmiřtir⁸³. Keza verilerin silinmesi suretiyle mağdur verilere belirli süre erişememiş, ancak daha sonra verileri tekrar elde etmişse veriler erişilmez kılınmiştır.

Verilerden yararlanılmasına engel oluşturucu hareketlerin ne kadar süre için olması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar verilerin erişilmez kılınmasının sürekli olması gerektiğini belirtirken⁸⁴, bazı yazarlar geçici bir süre verilerin kullanılmasının engellenmesinin bu fiil açısından yeterli olduğunu ifade etmektedirler⁸⁵. Genel görüş olarak geçici sürede de suçun oluştuğu kabul edilmekle birlikte, bu sreden ne anlaşılması gerektiği belirli değildir. Bir görüş

⁸¹ Schulze Heiming, s. 175.

⁸² Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 6; Lackner/Kühl, § 303 a, kn. 3; Kindhuser/Neumann/Paeffgen, § 303 a, kn. 8.

⁸³ Schulze Heiming, s. 178.

⁸⁴ Samson, SK, § 303a, s. 5.

⁸⁵ Dreher/Tröndle, § 303a, kn. 6; Lackner /Kühl, § 303 a, kn. 3; Haß, s. 498 ; Hilgendorf, 1996, Heft 10, s. 891; Tröndle/Fischer, § 303a, kn. 10; Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 6.

sürenin önemli bir zamana tekâbül etmesini ararken⁸⁶, diğer bir görüş kullanılmamanın en azından kesin bir süreyi göstermesinin yeterli olduğunu belirtmektedir⁸⁷. Kullanılmamanın sürekli olmasının aranmaması gerektiğini, zira geçici bir süre verilerin erişilmez yapılmasının da önemli bir zarara sebep olabileceğini belirtmek gerekir. Geçici olarak verilerin kullanılmasının engellenmesini kabul etmekle beraber, geçiciliği, önemsiz olmayan bir süre için verilere erişimin imkansız olması şeklinde anlıyoruz ve bu halde suçun oluşacağını kabul ediyoruz.

Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan hareketlerin gerçekleştiriliş biçimi önemli değildir. Verilere kullanılmasına müdahale niteliği taşıyan hareketler çoğunlukla icraî bir hareketle gerçekleştirilir. Ancak ihmali hareketle de suçun işlenmesi mümkündür. Eğer fail, belirli bir icrai davranışta bulunma hukuki yükümlülüğü altında olmasına rağmen verilerin kullanılmasına engel olucu hareketleri önlemiyorsa 2. fıkradaki suçu gerçekleştirmiş olacaktır. Örneğin belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü olan garantörün, bilişim sistemindeki verileri etkileyecek virüs gönderildiğini tespit etmesine rağmen virüsün verilere zarar vermesini engellemediğinde 2. fıkra gereğince ihmalden dolayı sorumlu olacaktır.

Buraya kadar m. 244/1 ve 2' de yer kavramlarla ilgili yapılan açıklamalardan sonra şu belirtilmelidir ki kavramların birbirinden ayrımını ve sınırlandırmasını yapmak kolay olmamaktadır. Çünkü yapılan bir hareket, maddede belirtilen kavramlardan birkaçının kapsamına girebilmektedir. Örneğin verileri yok etmek anlamına gelen bir hareket, aynı zamanda verileri bozmak niteliği taşıdığı gibi aynı zamanda sistemin işleyişine engel olmak unsurunu da gerçekleştirebilmektedir. Konunun çözümü hem içtima açısından hem de fıkraların düzenlediği kavramlar açısından yapılmalıdır. Önce gerçekleştirilen bir fiilin fıkralarda geçen ve seçimlik olan kavramların

⁸⁶ Schlüchter, 2. WIKG, s. 73; Sondermann, s. 73; Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 39. Auflage, Heidelberg 2016, kn. 60; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 303 a, kn. 8.

⁸⁷ Lenckner /Winkelbauer, s. 829.

hangisinin kapsamına girdiği tespit edilmelidir. Aynı fıkradaki birkaç kavramın kapsamına giriyorsa hangisinin daha özel olduğuna göre belirleme yapılmalıdır. Buna karşılık gerçekleştirilen fiil, hem 1. fıkranın hem de 2. fıkranın düzenlemesinde yer alan kavramların kapsamına giriyorsa sorun içtima kapsamında zmlenmelidir⁸⁸.

Kanunda yer verilen ve bilişim sistemindeki verilerin kullanılmasına müdahale teşkil etmeyen kavramlardan birisi olan **sisteme veri yerleştirmek ise**, dış verilerin (sistemde bulunmayan) bilişim sistemine girilmesidir. Örneğin klavye suretiyle veya flash bellek, CD gibi veri taşıyıcıları aracılığıyla veriler sisteme girilmişse sisteme veri yerleřtirilmiřtir⁸⁹. Keza internet ortamından sisteme veri yerleştirmek suretiyle suç gerekleřtirilebilir⁹⁰.

Var olan verileri başka yere göndermek ise, telekomünikasyon yolları üzerinden veya mevcut aę içerisinde bir sistemdeki verilerin başka bir sisteme gönderilmesidir. W-LAN aracılığıyla gönderilmesi de bu hareket kapsamındadır⁹¹. Doktrinde verilerin bir veri taşıma cihazına gönderilmesi de verilerin başka yere gönderilmesi şeklinde nitelendirilmektedir⁹². Bu hareketin oluşması açısından verilerin kopyasının gönderilmesi mi gerektiği, yoksa verilerin orijinalinin mi gönderilmesi gerektiği madde metninde herhangi bir ayırıcı belirleme olmadığı için anlaşılamamaktadır. Ancak orijinalinin gönderilmesi durumunda fıkrada geçen hareketlerin kapsamına giren bir durum oluşacaktır. Kopyalanması kastediliyorsa verileri başka yere göndermenin neden 2. fıkradaki suç kapsamında nitelendirildiği anlaşılamamaktadır. Çünkü verilerin kullanılmasına engel olmamakta, verilere zarar vermemektedir.

⁸⁸ Almanya'daki durum için bkz.: Sondermann, s. 62,123 ; Schulze Heiming, s. 184, 185.

⁸⁹ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 b, kn. 7; Koca/zlmez, s. 830.

⁹⁰ Koca/zlmez, s. 831.

⁹¹ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 b, kn. 7.

⁹² Koca/zlmez, s. 831.

B. Manevî unsur

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçlar, kasten işlenebilir. Suçların oluşması için olası kast da yeterlidir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda (m. 525/b-1'de) zarar vermek veya yarar sağlamak maksadıyla hareket edilmesi gerekmekteydi. Doktrinde kanun koyucunun bu tercihi eleştirilmişti⁹³. 1997 ve 2003 Tasarılarında verilere veya veri işleme zarar vermek suçunun karşılığı olarak düzenlenen 348. ve 347. maddelerin 1. ve 2. fıkralarında bu şekilde amaca yer verilmemiştir. Ancak 348. ve 347. maddelerin verilere müdahaleyi düzenleyen 2. fıkralarında fiilin hukuka aykırı olması şartı aranmıştı⁹⁴. Mevcut düzenlemedeki verileri bozmak, yok etmek, değiştirmek veya erişilmez kılmak için amaca yer verilmemesi doğru olmakla beraber, sisteme veri yerleştirmek veya var olan verileri başka bir yere göndermek açısından kanun koyucunun neden bu kavramları 244. maddede düzenlediğini ortaya koyması gerekirdi. Sistemin işleyişinin engellenmesi amacıyla mı, yarar sağlamak amacıyla mı, mağdurun zararına olarak mı gerçekleştirilmesi gerektiğini açıklığa kavuşturması gerekmekteydi. Kavramların şu anki düzenleme şekli sorunlu nitelik taşımaktadır. Daha önce de kavramların 244. maddenin 2. fıkrasında yer verilmesini değişik gerekçelerle eleştirdiğimizden burada tekrara yer vermemek için ayrıntılara girmiyoruz.

Kast için suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesi gerekir. Yani failin sistemdeki verilere değiştirdiğini, yok ettiğini, bozduğunu, erişilmez kıldığını, sistemin işleyişini engellediğini, sistemin işleyişini bozduğunu bilmelidir. Failin muhtemel bilmesi de yeterlidir. Hata halinde 30. madde hükmü uygulanır. Örneğin fail hareketinin hatalı olarak tasarruf hakkı içerisinde olduğunu kabul ediyorsa (kendi verilerini yok ettiğini zannediyorsa) kastı ortadan kaldıran tipiklik hatası söz

⁹³ Bkz.: Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 508; Ersoy, s. 181.

⁹⁴ Hukuka aykırılık ibaresine yer veren Almanya'da böyle bir kavrama yer verilmesinin eleştirisi ve tipikliğin unsuru mu yoksa genel hukuka aykırılık unsuru mu olduğu noktasında bkz.: Lackner /Kühl, § 303 a, kn. 4; Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 10; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 303 a, kn. 12. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Gerhards, s. 70-81.

konusudur. Buna karşılık kullanım hakkı başkasına ait olmakla beraber veri taşıyıcısının maliki olarak verileri siler ve bunun tipikliği oluşturmadığını, tipikliğin ancak başkasına ait veri taşıyıcısındaki verilerin silinmesi halinde oluşacağını düşünüyorsa yorum hatası söz konusudur. Burada kastı ortadan kaldıran hata değil, yasak hatası söz konusudur⁹⁵.

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinde verilere veya sisteme müdahale edilmesinin taksirli şekline yer verilmemiştir. Ancak verilere veya veri işleme zarar vermek suçu taksirle işlenebilir. Örneğin, fail ücret ödeyerek girdiği bir sitemdeki verilere dikkatsizlikle zarar vermiş olabilir⁹⁶. Suçların taksirli şekline ilişkin bir belirleme olmadığından cezalandırılmaları söz konusu değildir. Buna karşılık sisteme hukuka aykırı giriş yapılması nedeniyle sitemdeki verilerin yok olması veya değişmesi hali, yani fiilin taksirli şekli TCK'nın 243. maddesinin 3. fıkrasında netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak yaptırım altına alınmıştır.

C. Hukuka Aykırılık

Hukuka uygunluk nedenlerinden ilgilinin rızasının gerçekleşmesi mümkündür. Yetkili kişi verilerin yok edilmesine, değiştirilmesine veya diğer fiillere rıza göstermişse suç oluşmayacaktır.

Görevin ifası kapsamında gerçekleştirilen fiiller de 244. madde çerçevesinde fiilin hukuka uygunluğunu sağlayacaktır. Örneğin 5651 sayılı Kanun gereğince erişimin engellenmesi kararının verilmesi ve bu kararın yerine getirilmesi durumunda fiil, sistemin işleyişinin engellenmesi suçunu oluřurmuyacaktır⁹⁷. Yine belirli döneme ait veya bazı şartların gerçekleşmesi şartıyla, vergi borçlarının silinmesi yolunda karar alınması ve buna dayanılarak yapılan düzenleme çerçevesinde vergi borçlarını silinmesi durumunda verileri silen kişi verileri yok etmekten sorumlu tutulmayacaktır.

⁹⁵ Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 9.

⁹⁶ Akbulut, s. 144.

⁹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 959, 960; Koca/Üzülmez, s. 831

IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ

Ceza Kanunumuzun 244. maddesinin 3. fıkrasında, 244. maddenin 1. ve 2. fıkrasında yer alan fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenerek nitelikli hale yer verilmiştir.

Kanun koyucu nitelikli halin uygulanmasını yalnızca banka veya kredi kurumu ya da kamu kurum ve kuruluşlarıyla sınırlamıştır. Bu sınırlamanın yerinde olmadığını düşünüyoruz. Çünkü bir şirket veya işletme açısından da sistemin işleyişinin engellenmesi çok fazla önem taşıyabilir. Dolayısıyla da sınırlamanın sadece belirtilen kurumlarla ve kuruluşlarla ilgili yapılmaması gerekirdi. Ayrıca sabit artırım sisteminin kabul edilmesi de doğru olmamıştır. Artırım miktarında alt ve üst sınırın kabul edilmesi gerekirdi. Zira yukarıda belirtilen fiillerin gerçekleştirildiği bilişim sistemlerinin ve verilerin ait olduğu kurum ve kuruluşlar veya şirketlerin göz önüne alınması gerekirdi. Sistemler veya veriler farklı önemde olabilir ve verilen zararlar da farklı nicelikte olabilir. Doğrusu alt ve üst sınırlar arasında artırım miktarının belirlenmesi ve bu aralıklar arasında artırım yapılması noktasında hakime yetki verilmesinin kabul edilmesidir. Ayrıca sistemin işleyişinin engellenmesi ile verilere müdahale teşkil eden eylemler aynı ölçüde zarar verme niteliğinde değildir. Bunun dışında sistemin işleyişinin engellenmesi uzun süre devam edebilir. Artırım yapılırken bu hususların da göz önüne alınması gerekir. Bunlar dikkate alınmadan belirtilen kurum veya kuruluşların sistemlerinde gerçekleştirilen tüm fiillere aynı artırım oranını uygulamak yerinde bir tercih olmamıştır. Bunların dışında nitelikli halin kabul edilmesi yerinde olmuştur. Zira kişisel bilgisayarını kullanan kişinin sisteminin işleminin engellenmesiyle veya verilerin kullanılmasının engellenmesiyle, bir bankanın veya kamu kurum ve kuruluşun sisteminin işleminin engellenmesi veya verilerine müdahale edilmesi aynı şey değildir. Özellikle belirtilmelidir ki kişisel bilgisayarlar için sistemin işleminin engellenmesiyle ilgili uygulamaları çok sınırlıyken, asıl düzenleme amacını oluşturması gereken bankalar veya kuruluşlar için aynı şey söylenemez. Onların sistemlerinin işleminin engellenmesinden doğan zararlar kişilere oranla çok büyük miktarlara ulaşabilmektedir. Örneğin merkezî bir bilgisayarın bulunduğu ve verilerin iletildiği bir

sistemde, iletimin yapılmasını sağlayan cihazın bozulması durumunda, veriler zarar görmemekle birlikte sistemin işlemlerine engel olunmakta ve dolayısıyla sistemin sahibi kuruma oldukça büyük zarar verilebilmektedir.

Fıkıradaki geçen kamu kurumları⁹⁸ veya kuruluşları ifadesi merkezi idare, yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları da dâhil olmak üzere tüm idari kuruluşların karşılığı olarak kullanılmaktadır⁹⁹. Yani tüzel kişiliği olan, olmayan tüm idari kuruluşlar için geçerli bir kavramdır¹⁰⁰. Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, bakanlık gibi asli, Devlet Planlama Teşkilatı, Milli Güvenlik Kurulu, Sayıştay gibi yardımcı kuruluşlar; il ve ilçe idaresi, bölgesel örgütler şeklinde gruplandırılan merkezi idare, il özel idaresi, belediye idaresi, büyük şehir belediyesi, köy idaresi gibi yerel yönetimler, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, T.C. Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü, Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu, T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu, Basın İlan Kurumu, TÜBİTAK, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu, Üniversiteler gibi hizmet yerinden

⁹⁸ Kamu kurumları kavramı, İdare Hukukunda tüm idari kuruluşlar için değil hizmet yerinden yönetim kuruluşları için kullanılan bir ifadedir: Özac, İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2002, s. 131; Günday, Metin, İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2004, s. 464.

⁹⁹ İdare Hukukunda kamu kurumları ile kamu idareleri arasında yapılan ayırımın anayasal veya yasal dayanağı olmadığı için çeşitli mevzuatlarda (Ceza Kanunu gibi) kullanılan kamu müesseseleri kavramının çoğunlukla tüm idari kuruluşlar karşılığı olarak kullanıldığı belirtilmektedir. Günday, s. 464.

¹⁰⁰ Tüzel kişiliği olanlar için kamu kurumu bu özelliği sahip olmayan örgütler içinse (Danıştay, Sayıştay, Devlet Denetleme Kurulu gibi) kamu kuruluşu kavramı da kullanılmaktadır. Ancak kamu kuruluşu kavramının hukuksal bir tanımı bulunmadığı yapılan ayırımın doktrinde göz önünde bulundurulabilecek bir öneri olduğu da ifade edilmektedir. Özac, s.132,133.

yönetim kuruluşları ve bağımsız idari kurumlar¹⁰¹ 235. maddede geçen kamu kurum veya kuruluşları kapsamına girmektedir.

Nitelikli halin uygulanmasını sağlayan banka kavramı ise, mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade etmektedir (Bankacılık Kanunu m.3). Kredi kurumu ise, mevduat bankalarını ve katılım bankalarını belirtmek için kullanılmaktadır (Bankacılık Kanunu m. 3). Tanımlamada geçen bankaların ne anlama geldiği de yine bankacılık kanununda düzenlenmiştir. Buna göre, mevduat bankası, bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini; katılım bankası, bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini; kalkınma ve yatırım bankası ise, bu Kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini ifade etmektedir (Bankacılık Kanunu m. 3).

V. TEŞEBBÜS

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçlarda teşebbüs gerçekleşebilir. Örneğin, failin sisteme yerleştirdiği bir virüs programının harekete geçmez sistem sahibi tarafından fark edilerek, verilerde bir zarar oluşmadan veya müdahale olmadan virüsün yok edilmesi durumunda, fiil teşebbüs aşamasında kalmıştır. Keza kurulan virüs programları aracılığıyla sisteme girilen virüsün yok edilmesi durumunda teşebbüs söz konusudur. Yine DoS saldırısının fark edilip failin sistemin işleyişini engelleyememesi halinde fiil teşebbüs halinde kalmıştır.

TCK'nın 244. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında yer verilen suçlardaki maddi unsura ilişkin yapılan belirlemeler seçimlik olarak sayıldığından herhangi birisinin gerçekleşmesi durumunda diğer seçimlik

¹⁰¹ Hizmet yerinden yönetim, merkezi idare ve yerel yönetimler için bkz.: Günay, s. 353 vd.

belirlemeler teşebbüs halinde kalsa bile suç gerçekleşmiş sayılır. Örneğin, fail verilerin tamamını silmek isterken kısmi silmeyi gerçekleştirmişse, verilerin değiştirilmesi gerçekleştirilmiştir.

VI. İŐTİRAK

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinde yer verilen suçlarda, faille ilgili özel bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla iştirak açısından TCK'nın 37 vd. maddeleri uygulanacaktır. Bu suçlarda iştirak şekillerinin gerçekleşmesi mümkündür.

VII. İÇTİMA

Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçlarının zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Aynı kişiye karşı bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda gerçekleştirilmesi durumunda zincirleme suç kuralları uygulanacaktır. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda, “sanığın hizmetli olarak çalıştığı bankanın bilgisayar sistemine girerek usulüne uygun açılmış bir maaş kredi limitli bankomat 7/24 hesabı açması eylemi TCK'nın 525 b maddesinin 1. fıkrasında yazılı suçu oluşturur. Sanık bir suç işleme kararı ile Yasanın aynı hükmünü iki ayrı eylemle ihlâl ettiğinden teselsül uygulanmalıdır” gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuřtur¹⁰².

Bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçu ile bilişim sistemindeki verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi veya erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi, var olan verilerin başka yere gönderilmesi suçu birlikte gerçekleşebilir. Örneğin verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi sonucunu doğuran hareket aynı zamanda sistemin işleyişinin engellenmesi neticesini de gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda sorun fikri içtima (TCK m. 44) hükümlerine göre çözümlenmelidir. Tek fiille farklı suçlar gerçekleştirilmiştir. Ancak doktrinde verilerin yok edilmesi veya değiştirilmesi veya bozulması veya erişilmez kılınması veya sisteme verilerin ilave edilmesi sistemin işleyişinin engellenmesi sonucunu doğurmuşsa 244. maddenin 2. fıkrasının değil, 1. fıkrasındaki suçun oluşacağını belirtmektedirler. 2. fıkradaki suçun oluşması için verilere

¹⁰² 11. CD, 2.12.1997, 5052/6536, YKD, 1999, C. 25, S. 7, s. 1017,1018.

müdahale niteliği taşıyan hareketin bilişim sisteminin işleyişini engelleme boyutuna ulaşmaması gerektiğini ifade etmektedirler¹⁰³.

Ceza Kanunumuzun 244. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki suçların, 4. fıkradaki bilişim sistemleri aracılığıyla hukuka aykırı çıkar sağlamak suçu arasındaki ilişki ise fiil tekliği ilişkisidir. Birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunmayıp tek fiil ve tek suç bulunmaktadır. Çünkü 1. ve 2. fıkroda yer verilen fiiller 4. fıkradaki suçun unsuru niteliğindedir. Dolayısıyla verilere müdahale ederek veya sistemin işleyişini bozarak veya engelleyerek çıkar sağlayan kişi yalnızca 4. fıkradan cezalandırılacaktır¹⁰⁴.

Verilere veya veri işleme zarar vermek suçu ile TCK'nın 151. maddesindeki mala zarar verme suçu arasındaki ilişki ise, farklı alternatiflere göre incelenmesi gereken bir husustur. Örneğin failin bilişim sistemine zarar vermek suretiyle verileri de yok etmişse veya verileri bozmuşsa veya veri işlem yapılmasına engel olmuşsa içtima ilişkisinin ortaya konulması gerekir. Çünkü bu durumda fail, hem mala zarar verme suçunu hem de 244. maddeyi ihlâl etmiştir. Eğer fail, kendine ait bilişim sistemine zarar vermek suretiyle, sistemde bulunan başkasına ait verilere de zarar vermişse kendi malına zarar vermesi mala zarar verme suçunu oluşturmadığından yalnızca m. 244/2'yi ihlâl etmiştir. Zira m. 151'e göre, suçun oluşması için başkasına ait taşınır veya taşınmaz mala zarar verilmesi gerekmektedir. Buna karşılık fail, başkasının mülkiyetinde olan bir sisteme zarar vermek suretiyle verileri yok etmişse hem mala zarar verme suçunu hem de m. 244/2'yi ihlâl etmiştir. Suçlar tek fiille gerçekleştirildiğinden fikrî içtima hükümlerine göre sorumluluğun tayini gerekecektir. Keza sistemin başkasına ait, içindeki verilerin bir başkasına ait olması durumunda da aynı şey geçerlidir¹⁰⁵.

¹⁰³ Koca/Üzülmez, s. 829; Karagülmez, s. 190.

¹⁰⁴ Koca/Üzülmez, s. 833.

¹⁰⁵ Aynı yönde Möhrensclager, s. 142; Ersoy, s. 177; Tröndle/Fischer, § 303 a, kn. 16, § 303 b, kn. 19; Samson, SK, § 303b, s. 7, 8; Sondermann, s. 81, 82, 129; Schulze Heiming, s. 226; Lenckner /Winkelbauer, s. 831. Farklı düşünce için bkz. : Lackner /Kühl, § 303 a, kn. 7, § 303 b, kn. 10;

Failin verilere müdahale etmek (verileri değiştirmek veya veri yerleştirmek veya verileri yok etmek gibi) suretiyle sahte belge düzenlemesi halinde de fikri içtima kuralları gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumlu olacaktır¹⁰⁶. Doktrindeki bazı yazarlar ise bu durumda gerçek içtimanın uygulanacağını belirtmektedirler¹⁰⁷.

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinde düzenlenen suçlar ile 243. maddede hükme bağlanan bilişim sistemine girme suçu arasında da fikri içtima kuralları uygulanmalıdır¹⁰⁸. Doktrinde belirtilen durumda geçitli suç belirlemesi yapanlar olduğu gibi¹⁰⁹, failin kastına göre hangi suçun olduğunun belirlenmesi gerektiğini ifade edenler¹¹⁰ ve gerçek içtimanın söz konusu olduğunu kabul edenler de¹¹¹ bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinde ifade edilen bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesiyle haberleşmenin engellenmesi (TCK m. 124) de gerçekleştirilmiş olabilir. Tek fiille farklı suçların gerçekleştirilmesi söz konusu olduğundan fikri içtima kuralları uygulanmalıdır¹¹². Aynı şekilde m. 136 ile m. 244 arasında da fikri içtima söz konusu olabilir.

Türk Ceza Kanununun 245/A maddesinde bilişim suçlarının düzenlendiği bölümde yer alan suçların işlenmesi için hazırlık hareketlerinin yapılması bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla 244. maddede yer verilen suçların işlenmesi için bir cihazın, bilgisayar

Hilgendorf, 1996, Heft 12, s. 108; Yazıcıoğlu, s. 266; Malkoç/Güler, s. 4761.

¹⁰⁶ Akbulut, s. 214.

¹⁰⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 889.

¹⁰⁸ Lackner/Kühl, § 303 a, kn. 7; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, § 303 a, kn. 20; Stree/Hecker-Schönke/Schröder, § 303 a, kn. 14; Koca/Üzülmez, s. 819.

¹⁰⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 884.

¹¹⁰ Yazarlar geçitli suçun olduğunun söylenebileceğini belirtmekle beraber bu kurumu kabul etmediklerini, dolayısıyla kasta göre sorunun çözülebileceğini ifade etmektedirler: Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 942.

¹¹¹ Meran, s. 368

¹¹² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 961.

programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi 245/A maddesiyle cezalandırılacaktır. Ayrıca fail TCK'nın 244. maddesindeki suçları da işlemişse gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

VIII. YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA

A. Yaptırım

1. Genel Olarak

Kanun koyucu bilişim suçlarını 1991 yılında 3756 sayılı Kanun'la yaptırma bağlarken, mala zarar verme suçunda kabul ettiği esas, sabotaj ve verilere müdahale teşkil eden fiillerin aynı fıkra da aynı suç kapsamında düzenlediği 525/ b-1 açısından da benimsemiş ve cezasını hem hürriyeti bağlayıcı ceza hem de para cezası olarak öngörmüştür. Kanun koyucu bu belirlemeyi yaparken bilişim suçunun niteliğinden hareket etmiş, söz konusu suçun cezası ile klâsik anlamdaki benzerinin cezası arasında paralellik kurmuştur. 5237 sayılı Kanunda sabotaj fiilleri ile verilere müdahale teşkil eden fiilleri farklı fıkralarda ayrı suçlar olarak düzenlemiş, mala zarar verme suçunda kabul ettiği esas benimsememiş ve suçların cezasını yalnızca hapis cezası olarak düzenlemiş, para cezasına yer verilmemiştir. Oysa mala zarar verme suçunda hapis cezası ile adli para cezası seçimlik olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olarak öngörülmesi suçların niteliği açısından daha doğru olurdu. Alt sınır yönünden de fark yaratılmış, mala zarar verme suçunun alt sınırı 4 aydan başlarken verilere yok etme veya değiştirme suçunun alt sınırı 6 aydan başlamaktadır.

Getirilen cezaların türü ve miktarı ne olursa olsun suçların önlenmesi açısından yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu, hem suçların niteliği açısından hem de takibi bakımından geçerlidir. Suçların çoğunlukla uzman kişiler tarafından gerçekleştirilmesi ve tespitinin zor olması, farklı ülkelerden işlenebilmesi kişilerin suç işlemesini engelleyeceği yerde arttırmaktadır. Ayrıca suçların adliyeye bildirilmesinde karşılaşılan sorunlar da suçların ve suçluların tespitinde olumsuz bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilişimi suçlarının sayısı

ve zarar miktarı her geçen gün artmakla beraber, bunların çok az bir kısmı kovuşturma makamlarına ihbar edilmektedir. Bankalar ve ünlü firmalar bu tür olayları branşlarında ve müşterilerinin yanında güvenilmez iş ortağı nn almamak için saklamakta ve sorunu kendi bünyeleri içinde halletmek yolunu tercih etmektedirler. Keza bu suçların bazen tesadüfen ortaya çıkması da suçların bilinmemesi açısından önemli bir etkidir. Belirtilen nedenlerle kovuşturma makamlarına çok az intikal eden bilişim suçlarının, “aysbergin zirvesini” oluşturduğu ifade edilmektedir¹¹³. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri’nde 1997 ve 1998 yıllarının mart aylarında San Francisco’daki Bilgisayar Güvenlik Enstitüsü (The Computers Security Institute CSI) tarafından 500’n üzerinde kuruluşla yapılan iki arařtırmada¹¹⁴, bilişim suçlarının işlenme oranlarının her geçen yıl daha fazla arttığı, bunların çok az kısmının adliyeye intikal ettiği ortaya çıkmıştır. 1998 yılındaki araştırmada, kuruluşların ancak % 17’sinin aleyhlerine işlenen bilişim suçlarını adliyeye bildirdikleri anlaşılmıştır.

2. Ceza

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinde, bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişinin, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması kabul edilmiştir (f. 1). Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişinin ise, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması hükme bağlanmıştır (f. 2). Doktrinde suçların alt sınırlarının, işlenme sıklığı ve verdiği zararların ağırlığı göz önünde tutulduğunda az olduğu ifade edilmektedir¹¹⁵.

Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme fiillerinin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya

¹¹³ Frey, Silvia, Computerkriminalitt in eigentums – und vermgensstrafrechtlicher Sicht, München 1987, s. 17-19.

¹¹⁴ Communications Media Center at New York Law School: “Computer Crime Survey Released” (March 6, 1997), “Watch Group Reports Computer Crime Booming” (March 5, 1998), <http://www.cmcnyls.edu/public/bullentins/CSISurv.htm>.

¹¹⁵ Koca/zlmez, s. 833.

kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu belirleme hem sabit artırım oranının kabul edilmesi hem de yalnızca bazı kuruluşların belirtilmesi açısından yerinde olmamıştır.

B. Kovuşturma

Türk Ceza Kanununun 244. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında yer alan suçlar resen takip edilen suçlardandır. Resen takip edilen bu suçların davasına, suçtan zarar gören kişilerin katılması mümkündür. Mağdur, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişiler kamu davasına katılabilirler (CMK m. 237).

Bilişim suçlarının bazen şikâyet üzerine kovuşturulması mümkün olabilmektedir. Örneğin, yabancı bir ülkede bilişim suçlarından birini işleyen Türk vatandaşı failin daha sonra Türkiye'ye gelmesi durumunda, suçun takibi şikâyet üzerine yapılacaktır. Bu halde vatandaş iade edilmeyeceğinden, Türkiye'de yargılanması gerekmektedir. Türk Ceza Kanununun 11. maddesine göre, Bir Türk vatandaşı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suç yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde Türk kanunlarına göre cezalandırılacaktır. Bu halde soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlı değildir. Ancak suçun cezası, bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde resen soruşturma ve kovuşturma yapılamamakta, suçtan zarar görenin veya yabancı hükûmetin şikayeti gerekmektedir. (TCK m. 11/2). Bu durumda şikayet, vatandaşın Türkiye'ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır. Ceza Kanunumuzun 244. maddesinin 2. fıkrasındaki suçun cezası da altı aydan başladığından, alt sınır bir yıldan az olduğundan resen soruşturma ve kovuşturma yapılamayacak, suçtan zarar görenin veya yabancı hükûmetin şikayeti aranacaktır. Dolayısıyla yabancı ülkede suç işleyip Türkiye'ye gelen Türk vatandaşı fail hakkında şikayet gerçekleşirse soruşturma ve kovuşturma yapıp cezalandırılması söz konusu olacaktır. Yabancı ülkede işlenen suç, bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçu ise, bu suçun cezasının alt sınırı bir yıldan başladığından resen takibat yapılacaktır.

Görevli mahkeme, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 11. ve 12. maddeleri gereğince asliye ceza mahkemesidir.

Yetkili mahkeme ise CMK m. 12 gereğince suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suçun işlendiği yer ise TCK m. 8'e göre belirlenecektir. Bu maddeye göre hareketin kısmen veya tamamen işlendiği veya neticenin geręekleřtięi yer suçun işlendiği yerdir. Dolayısıyla hareketin veya neticenin geręekleřtięi yerlerdeki mahkemeler yetkili mahkemelerdir. İnceleme konumuz olan suçlarda yer verilen unsurların çoğu, netice kapsamında yer aldığından hem bu neticelerin geręekleřtirildięi yerler hem de bu neticeleri geręekleřtiren hareketlerin yapıldığı yerler suçun işlendiği yerlerdir. Örneğin bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması veya sistemdeki verilerin yok edilmesi veya bozulması veya değiştirilmesi fiilleri netice kapsamında olduğundan hareketin veya neticeden birinin Türkiye'de geręekleřtirilmesi suçun işlendiği yerin Türkiye olması ve oradaki mahkemenin yetkili olması için yeterlidir. Buna karşılık verilerin başka yere gönderilmesinde suçun işlendiği yer ve yetkili mahkeme harekete göre belirlenecektir. Hareket geręekleřtirildięi yer, kişinin beden olarak bulunduğu yeri ifade etmektedir. Ancak hareket yeri, beden olarak bulunan yer dışında hareketin aynı anda ortaya çıktığı yer veya hareketin kısımlara bölündüğü yeri de kapsamaktadır. Bilişim suçlarında kişinin beden olarak bulunduğu yer ile hareketin açığa çıktığı yerler çoğunlukla farklı yerlerdir. Bu nedenle her iki yer de hareket yeridir. Bir başka ifadeyle bilgisayar aracılığıyla interneti kullanan kişinin bu sırada fiziki olarak bulunduğu yer ile üzerinde suç teşkil eden hareketin geręekleřtirildięi amaç aracın bulunduğu yer birbirinden farklı olduğundan her iki yer de hareket yeridir. Her iki yerde de hareket geręekleřtirilmektedir¹¹⁶. Ancak doktrinde hareket ile neticenin farklı yerlerde geręekleřtirildięi suçlarda suçun işlendiği yerin tespitinin güçleştiği, hareketin geręekleřtirildięi yer tespit edilebiliyorsa yetkili mahkemenin hareketin geręekleřtirildięi yer mahkemesinin olması gerektiği, hareketin geręekleřtirildięi yer tespit edilemiyorsa neticenin geręekleřtięi yer mahkemesinin yetkili kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁷. Ancak bu belirleme TCK'nın 8. maddesinin yaptığı

¹¹⁶ Bu tespit ile ilgili olarak bkz.: zbek, Veli zer, "İnternet Kullanımında Ortaya ıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları", DEÜHFD, 2002, C. 4, S. 1, s. 126, 127.

¹¹⁷ zbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 962.

düzenlemeye uygun değildir. Ülke içinde işlenmiş suçlarla ilgili ifade edildiği anlaşılan tespit 8. maddeye uygun olarak hem hareket yeri hem de netice yeri esas alınarak yetkili mahkemenin belirlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Ayrıca bu tespit farklı ülkelerle bağlantılı Türkiye’de (örneğin hareketin Almanya’da neticenin Türkiye’de gerçekleştiği) işlenen suçlar açısından da doğru sonuç vermeyecektir. Hareket veya neticeden birinin Türkiye de gerçekleşmesi şartıyla gerçekleştiği yer mahkemesi yetkili mahkeme kabul edilmelidir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Ceza Kanunumuzun 244. maddesinde/1-2 düzenlenen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçları siber suç sözleşmesinin gereğini yerine getirmek ve bu suçların ihlal ettiği hukuki değerleri korumak adına Kanunumuzda yer verilen ve 1991 yılından beri var olan düzenlemelerdir. Ancak kanun koyucu 5237 sayılı Kanunda bu düzenlemeleri yaparken bize göre yerinde olmayan belirlemeler yapmıştır. Aşağıda bu belirlemeler ve çözüm önerileri ifade edilecektir.

1. Fıkraların düzenleme sırasının doğru olmadığı düşünülmektedir. 1. fıkrada sisteme müdahale, 2. fıkrada verilere müdahale niteliği taşıyan fiillere yer verilmiştir. Sisteme müdahale fiilleri verilere müdahale etmek suretiyle de gerçekleştirildiğinden sıralama açısından önce verilere müdahale daha sonra sabotaj fiilleri düzenlenmeliydi.

2. TCK’nın 244. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme kanunilik ilkesi açısından sorun doğuracak niteliktedir. Sistemin işleyişinin engellenmesinin veya bozulmasının hangi fiillerle gerçekleştirileceğinin belirlilik ilkesi açısından ortaya konulması gerekmektedir.

3. 244. maddenin 2. fıkrasında sisteme veri yerleştirme veya var olan verileri başka bir yere gönderme hareketlerinin düzenlenmesi de doğru bir tercih olmamıştır. Bu belirtilen hareketlerin fıkrada belirtilen diğer fiillerle bir ilgisi bulunmamaktadır. Düzenleme amacı da anlaşılabilir değildir. Kavramların ya sistemin işleyişinin engellenmesi veya bozulmasıyla ilgili yapılması ya da başka fıkrada veya başka bölüm ya da bölümlerde (kişisel veri, özel hayat, sır vb. niteliğinde olmasına göre) düzenlenmesi (veya değişikliğe gidilmesi) uygun olurdu. Eğer mevcut 244. maddede var olması isteniyorsa neyin amaçlandığının belirtilmesi gerekir. Mevcut düzenlemedeki verileri bozmak, yok etmek,

değiştirmek veya erişilmez kılmak için amaca yer verilmemesi doğru olmakla beraber, sisteme veri yerleştirmek veya var olan verileri başka bir yere göndermek açısından belirlemeye gidilmesi doğru olacaktır.

4. Kanun koyucunun nitelikli halin uygulanmasını yalnızca banka veya kredi kurumu ya da kamu kurum ve kuruluşlarıyla sınırlaması da eksik düzenleme niteliği taşımaktadır. Çünkü bir şirket veya işletme açısından da sistemin işleyişinin engellenmesi çok fazla önem taşıyabilir. Dolayısıyla da sınırlama sadece belirtilen kurumlarla ve kuruluşlarla ilgili yapılmamalıydı.

5. Ayrıca sabit artırım sisteminin kabul edilmesi de doğru olmamıştır. Artırım miktarında alt ve st sınırların kabul edilmesi gerekirdi. Zira yukarıda belirtilen fiillerin gerekleştirildiği bilişim sistemlerinin ve verilerin ait olduğu kurum ve kuruluşların veya şirketlerin aynı önemde olmadığı, dolayısıyla zararların aynı lde olmadığı veya sistemin işleyişinin engellenmesi ile verilere müdahalenin aynı nitelikte bulunmadığı, ortaya çıkan zararların farklı miktarda olabileceği, sistemin işleyişinin engellenmesinin veya müdahalenin farklı srelerde gerçekleştirilebileceği hususları göz önüne alınarak alt ve st sınırlar arasında artırım oranı kabul edilmeliydi. Bunlar dikkate alınmadan belirtilen kurum veya kuruluşların sistemlerinde gerçekleştirilen tüm fiillere aynı artırım oranının uygulanmasının kabul edilmesi yerinde bir tercih olmamıştır.

6. Suçların karşılığı olan cezanın yalnızca hapis cezası olarak kabul edilmesi de fiillerin zarar verme yönü göz önüne alındığında doğru gözükmemektedir. Aynı nitelikte olan mala zarar verme suçunda olduğu gibi bu suçlarda da hapis cezasının yanında adli para cezası ngrlmeliydi.

KAYNAKLAR

Akbulut, Berrin, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2000.

Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku, zel Hükümler, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Ankara 2015.

Aydın, Emin D., Bilişim Suçları ve Hukukuna Giriş, Ankara 1992.

Babür, Zafer, Bilgisayarla İletişim, İstanbul 1995.

Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onbeşinci Bası, İstanbul 1998.

Dreher, Eduard/Herbert, Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 47., neubearbeitete Auflage von Otto Schwarz begründeten Werkes, München 1995.

Ersoy, Yüksel, “Genel Hukukî Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, Yılmaz Günel’a Armağan, Ankara 1994, C. 49, S. 6-12, s. 149-183.

Frey, Silvia, Computerkriminalität in eigentums – und vermögensstrafrechtlicher Sicht, München 1987.

Gerhards, Thomas, Computerkriminalität und Sachbeschädigung, Mannheim 1993.

Güder, Gazi, Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1986.

Gürsel, Mayda/Gürsel, İhsan, Büyük Bilgisayar Terimleri Sözlüğü, Ankara 1991.

Haß, Gerhard, Der strafrechtliche Schutz von Computerprogrammen, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1993.

Hilgendorf, Eric, “Grundfälle zum Computerstrafrecht”, JuS, 1996, Heft 10, s. 890-894.

Hilgendorf, Eric, “Grundfälle zum Computersstrafrecht”, JuS, 1997, Heft 4, s. 323-331.

Hilgendorf, Eric, “Grundfälle zum Computerstrafrecht”, JuS, 1996, Heft 12, s. 1082-1084.

İçel, Kayıhan, Suçların İçtimarı, İstanbul 1972.

Karagülmez, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Ankara 2005.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullric, Strafgesetzbuch, Band 3, 4. Auflage, Baden-Baden 2013.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2016.

Kurtaran, Özlem Meltem/Çubukçu, Faruk, Ansiklopedik Bilgi İşlem Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1991.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 21. Aufl., München 1995.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München 2014.

Lenckner, Theodor/Winkelbauer, Wolfgang, “Computerkriminalität - Möglichkeiten und Grenzen des 2. WiKG (III)”, CR, 1986, Heft 12, s. 824-831

Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler (C. 4), Ankara 1997.

Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara 2005.

Möhrenschlager, Manfred, “Das neue Computerstrafrecht”, wistra, 1986, Heft 4, s. 128-142.

Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 3. Auflage, Berlin/NewYork 1991.

Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.

Özay, İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2002.

Özbek, Veli Özer, “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”, DEÜHFD, 2002, C. 4, S. 1, s. 101-158.

Özbek, Veli Özer/Doğın, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara 2016.

Özgenç, İzzet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar Tahlilleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1998.

Rudolphi, Hans Joachim/Horn, Eckhard /Samson, Erich , Systematischer Kommentar, Strafgesetzbuch, Besonderer Teil (Band 2), 4. Auflage, Neuwied/ Kriftel 1991.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25., neubearbeitete Auflage von Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree, München 1997.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Stree, Walter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin/Heine, Günter/Perron, Walter/Sternberg Lieben, Detlev/Eisele, Jörg/Bosch, Nikolaus/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/Schittenhelm, Ulrike, München 2010.

Schulze Heiming, Ingeborg, Der strafrechtliche Schutz der Computerdaten gegen die Angriffsformen der Spionage, Sabotage und des Zeitdiebstahls, New York 1995.

Sondermann, Markus, Computerkriminalität, Die neuen Tatbestände der Datenveränderung gem. § 303a StGB und der Computersabotage gem. § 303 b StGB, Münster 1989.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara 2016.

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006.

Wessels, Johannes, Strafrecht, Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 20. , neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1997.

Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 39. Auflage, Heidelberg 2016.

Yarmalı, E. Sabri, Bilgisayar Terimleri Sözlüğü, İstanbul, (Birsen yayınevi), 1995.

Yazıcıoğlu, Yılmaz, Bilgisayar Suçları, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukukî Boyutları İle, İstanbul 1997.

Yenidünya, A. Caner/Değirmenci, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları, İstanbul 2003.

Yücel, Mustafa T., “Bilişim Suçları”, ABD, 1992, Yıl 49, S. 1-6, s. 505-512.

DEVLETLERİN İNSANCIL HUKUK KURALLARININ İHLÂLİ NEDENİYLE SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Hatice GEYİK*

THE RESPONSIBILITY OF STATES FROM VIOLATIONS OF HUMANITARIAN LAW RULES

ÖZET

İnsancıl hukuk ve devletlerin sorumluluğu uluslararası hukukun önemli konularındandır. Her iki konunun birleştiği nokta olan devletlerin insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle sorumluluğu da koruduğu haklar ve tartışılan bir konu olması sebebiyle aynı şekilde öneme sahiptir.

Savaş süresince uyulması gereken ve savaşın insani bir niteliğe uygun olarak yürütülmesi amacına hizmet eden insancıl hukuk, özellikle iki büyük dünya savaşı sonucunda yaşanan büyük kayıp ve yıkımlar sebebiyle ortaya çıkan ve gelişme gösteren kurallardan oluşmaktadır. Ancak her savaşın bu kurallara uygun şekilde yürütüldüğünü iddia etmek

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

güçtür. Günümüzde yaşanan silahlı çatışmalarda görüldüğü gibi bu tip durumlarda sivillerin zarar görmesi kaçınılmaz bir durumdur.

İnsancıl hukuk kuralları ihlallerinde devletin sorumluluğuna gidilmesi bu kuralların ihlalleri için bir yaptırım olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu ihlallerden ötürü devletin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, sorumluluk söz konusu ise onun kapsamı ve nerede son bulduğu tartışmalı durumlardır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Savaş Hukuku, Uluslararası İnsancıl Hukuk, İnsancıl Hukuk İhlalleri (Savaş Suçları), Uluslararası Sorumluluk, Devletin Uluslararası Sorumluluğu.*

ABSTRACT

Both the law of war and the responsibility of the states are important issues in international law. The state's responsibility due to abuse of the law of war, where these two issues meet, has also serious importance as well, because of the rights which it protects and on the ground that it is a controversial subject.

The law of war, which shall be followed during the war time and serves to the aim that the war is to be carried out in accordance with humanitarian law rules, consists of rules which come into existence because of huge losses and destructions as a result of two great world war and make progress. However, it is hard to argue that every war is carried out under these rules. As seen in today's armed conflicts, it is inevitable that civilians get hurt in such cases.

It is a sanction for the violations of the rules of the law of war to hold the state responsible based on the acts committed against civilians and under certain circumstances non civilians. But, there are controversial subjects whether the state is responsible and the scope of the responsibility and where it ends when the state is responsible.

KEYWORDS: *War Law, International Humanitarian Law, Violations in War Law (War Crimes), International Responsibility, International Responsibility of State.*

GİRİŞ

Uluslararası hukukta, devletler egemenliklerinden uzun süre vazgeçmemiş ve egemen bir varlık olarak savaşa başvurma hakkına sahip olduklarını düşünmüşlerdir. Başka bir deyişle savaşa başvurmak, devletin egemenliğinin basit bir göstergesi olarak kabul edilmiştir¹ ve bu durumun bir sonucu olarak savaş olgusu insanlığın var olduğu günden beri çeşitli yoğunluklarda varlığını sürdürmüştür. Bu yoğunluğa bir de teknolojinin gelişmesi ve değişen askeri stratejiler eklenince sivillerin savaştan etkilenme durumu da daha ciddi bir hal almıştır. Özellikle yaşanan iki büyük dünya savaşı da sivillerin cephe arkasındaki göreceli güvenli konumlarının yok olma noktasına geldiğini göstermiştir². İşte bu noktada savaşın belli kurallar çerçevesinde yürütülmesi ve savaşın ortaya çıkardığı insancıl acıların sınırlandırılması gerektiğini ifade eden insancıl hukuk kuralları³ oluşturulmaya çalışılmıştır.

Sorumluluk bir kişiye, bir olayın sonuçlarını üstlenme yükümlülüğü getiren kavramsal bir bağdır. Hukuk alanında da hangi kişilerin; hangi davranışlarının ya da kendi yetki alanlarına giren hangi olayların sonuçlarını üstlenmesi gerektiği kısaca sorumluluk konusu

¹ **ÇAKMAK Cenap**, Uluslararası Hukuka Giriş, 1. Baskı, Bursa 2014, s. 179.

² **HOŞ Serdar H.**, Haklı Savaş ve İnsancıl Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 85.

³ “İnsancıl hukuk” kavramı “savaş hukuku” yerine kullanılan yeni bir kavramdır. BM de bu kavramı esas alarak her türlü karar ve uluslararası belgede “savaş” kavramına yer vermemeye özen göstermektedir. **BAGHERI Saeed**, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Nükleer Silahlar, 1. Baskı, Ankara, 2015, s. 29. Ancak savaş hukuku ve insancıl hukuku birbirinden ayrı hukuk alanları olarak kabul edenler de vardır. Bunlara göre savaş hukuku 1899 ve 1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri’nde yer alan ve savaşı araç ve yöntem olarak sınırlayarak savaşan devletlerin hak ve borçlarını belirleyen kurallardır. İnsancıl hukuk ise başta Cenevre Sözleşmeleri olmak üzere çeşitli sözleşmelerde düzenlenen savaş dışı kalan askeri personel ve savaşa hiç katılmayan sivilleri koruma amacı güden kurallardan oluşmaktadır. **ÖKTEM Emre**, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 71.

gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukuk için önem arz eden bir durumdur⁴. Bu nedenle hukuk düzeni sorumluluğa ilişkin kurallar belirlemiştir⁵. Belirlenen temel ilkeler uluslararası hukuk bakımından da geçerlidir ve bir uluslararası hukuk süjesi olmasının gereği olarak devlet de uluslararası sorumluluğa sahiptir⁶. Uluslararası örf ve adet kuralı niteliği taşıyan sorumluluk kuralları, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında hazırlanan 59 maddelik bir tasarı ile kodifiye edilmiştir⁷.

Devletin insancıl hukuk kurallarının ihlali nedeniyle sorumluluğu ise, insancıl hukuk ve uluslararası sorumluluk konularının bir kesişim noktası niteliğindedir. Bu bakımdan konunun anlaşılması için insancıl hukuk ve devletin sorumluluğu konularının da anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmada devletlerin gerek iç hukukta gerek uluslararası hukukta insancıl hukuk kuralları gereğince sahip olduğu yetkileri ele alınacak, devletlerin insancıl hukuk ihlalleri sebebi ile sorumluluğu konusunun anlaşılması noktasında katkı sağlayacak insancıl hukuk ve devletin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar çalışmanın esas konusu ile ilgileri nispetinde incelenecektir.

I. İNSANCIL HUKUK KURALLARININ TARİHİ GELİŞİMİ

Savaş olgusu insanlık tarihi kadar eskidir. İnsanlık tarihi boyunca insan toplulukları ve devletler savaşı uzunca bir süre birbirlerine karşı bir dış politika aracı olarak kullanmıştır. Bunun sonucunda yaşanan savaşlar ciddi acı ve yıkımlara sebep olarak insancıl hukuk kurallarının ayrıntılı biçimde düzenlenmesini sağlamıştır. Özellikle siyasal ve teknolojik gelişmelerin savaşın etkisini ve zararlarını arttırması savaşın tamamen önlenemese bile etkilerinin sınırlandırılması fikrini ortaya çıkarmıştır⁸.

⁴ **KLABBERS Jan**, International Law, New York 2013, s. 138.

⁵ **ERKİNER Hakan Hakkı**, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 1.

⁶ **SUR Melda**, Uluslararası Hukukun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 2013, s. 260.

⁷ Tasarı metni için bkz. **KAYA İbrahim**, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Ankara 2013, s. 346-372.

⁸ **ASLAN Muzaffer Yasin**, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 21-22.

Bu kapsamda antik zamanlara kadar dayanan⁹ ve uluslararası örf ve adet hukukuyla belirlenmiş bazı esasları bulunan insancıl hukuk¹⁰, 17. yüzyıldan itibaren Grotius tarafından “Savaş ve Barış Hukuku (De jure belli ac pacis)” adlı eseri ile sistemleştirilmiştir¹¹. İnsancıl hukuk kuralları başlangıçta savaşın acılarını hafifletmek, dürüst bir şekilde savaşmak, sivillere zarar vermemek gibi ilkeler, ahlaki ve dini emirler biçiminde ortaya çıkmış olsa da bu alandaki ilk önemli adımlar 19. yüzyılda atılmıştır¹².

I. Dünya Savaşı, ortaya çıkardığı büyük kayıplar nedeniyle insancıl hukuk kuralları açısından önemli bir dönüm noktası olmuş ve konu ilk kez yazılı olarak Versay Andlaşması’nda düzenlenmiştir¹³. II. Dünya Savaşı’ndan sonraki dönemde ise önce Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi Statüsü’nde ardından Eski Yugoslavya ve

⁹ **CRYER Robert, FRİMAN Hakan, ROBINSON Darryl, WILMSHURST Elizabeth**, An Introduction To International Criminal Law and Procedure, New York 2010, s. 267; **ERDAL Selcen**, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara 2010, s. 89.

¹⁰ **BAŞAK Cengiz**, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2003, 171; **ASLAN**, s. 22. İnsancıl hukuk ve teamüllerine ilişkin kurallar kaynağını Avrupa’dan almaktadır. Özellikle Ortaçağ’da bu hukukun gelişiminde kilise önemli bir yer tutmaktadır. **ASLAN**, s. 131.

¹¹ **SUR**, s. 281.

¹² **ASLAN**, s. 23. Taşındığı önem itibariyle savaş suçları birçok konferansa konu olmuştur. 1981 yılında Dünya Yahudi Kongresinin yıl dönümünde yapılan konferans da bunlardan biridir. **GREEN L. C.**, “Political Offences, War Crimes and Extradition”, International and Comparative Law Quarterly, Cilt:11, Sayı:2, Nisan-1962, s. 329.

¹³ **ATAÖV Türkkaya**, “Savaş Suçları Uluslararası Mahkemesi: Jenosit Oturumu”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 23/2, 1968, s. 322; **ÖNDER Orhan**, Birleşmiş Milletler Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara, 2006, s. 6. Sözü edilen andlaşmanın 227-250. maddelerinde, başta Almanya eski imparatoru II. Wilhelm olmak üzere savaş yasa ve geleneklerini ihlal eder biçimde suç işleyenlerin kurulacak özel bir mahkemede yargılanmaları hükme bağlanmıştır. **ERDAL**, s. 60-61. Ancak II. Wilhelm’in Hollanda’ya sığınması üzerine böyle bir yargılama yapılamamış ve insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla bireysel cezai sorumluluk konusu üzerine tartışmalar devam etmiştir.

Ruanda Mahkemelerinin statülerinde insancıl hukuk kurallarının ihlali sebebiyle bireysel cezai sorumluluk kabul edilmiştir¹⁴.

Bunların ardından savaş, Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıyla belli kurallara bağlanmış; ilk olarak 16.10.1925 tarihinde Almanya, İngiltere, Fransa, İtalya ve Belçika arasında imzalanan Ren Misakı ile yasaklanmıştır¹⁵. 1928 Briand-Kellog Paktıyla da yasa dışı olarak kabul edilmiştir. Bu Pakt Milletler Cemiyeti sisteminin eksikliklerini gidermek amacıyla Fransa ve ABD'nin girişimleri ile kabul edilmiştir. Fakat bu Pakt sadece bir yasak getirmiş; bu yasağı kuvvetlendirecek garantiler ve usuller öngörmemiştir¹⁶.

Sonuçta bu düzenlemeler başarıya ulaşamamış ve II. Dünya Savaşı yaşanmıştır. Bu savaşın ardından kurulan Birleşmiş Milletler örgütü ise uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımını yasaklayan ilk evrensel düzenlemeyi yaparak BM Andlaşması'nın 2/4. maddesinde savaşı kesin bir şekilde yasa dışı kabul etmiştir. 19. yüzyıl itibariyle de insancıl hukuk kurallarının oluşturulması yönünde bir çaba başlamıştır.

Özetle, tarihsel süreçte devletler savaşı hukuki bir yol olarak görmüş, ancak belli kurallara bağlı olmasını kabul etmiş ve bu kapsamda insancıl hukuk kuralları oluşturmaya başlamıştır. Sonrasında ise devletlerin savaşa başvurmaması gerektiği yönündeki görüşler ortaya çıkmış ve nihayetinde savaş yasaklanmıştır¹⁷.

¹⁴ **ÖNDER**, s. 6-7. Bu gelişmeler insancıl hukukun ihlali olan savaş suçlarının uluslararası hukukta kabulü 1906 tarihli Kara Savaşında Yaralılara ve Hastalara İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne dayansa da bu suçlardan dolayı bireysel cezai sorumluluğun tesisi sözü edilen mahkemelerin uygulamalarıyla olduğunu göstermiştir. **AKSAR Yusuf**, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 154.

¹⁵ **ÖRNEK Serdar**, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 17.

¹⁶ **GÜNDÜZ Aslan**, Milletlerarası Hukuk, 8. Baskı, İstanbul 2014, s. 104.

¹⁷ **ÇAKMAK**, s. 180-181.

II. İNSANIL HUKUK KURALLARININ İHLALİ (SAVAŞ SUÇLARI)

A. GENEL OLARAK

“Uluslararası hukukta bireysel sorumluluğa yol açan silahlı çatışma hukuku ve örf adet kurallarının ihlali¹⁸”, “silahlı çatışmalarda insancıl hukuka ait düzenlemeler içeren antlaşmaların ve örf ve adet kurallarının ciddi ihlali¹⁹” veya “silahlı çatışma boyunca işlenen uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlali²⁰” şeklinde tanımlanabilecek olan savaş suçları, uluslararası suçlar arasında gerek suç ve cezaların yasallığı bakımından gerek yargılama yetkisi bakımından en sağlam temele sahip olan suç türüdür²¹. Silahlı çatışma sırasında bireysel değerleri korumayı amaçlayan bu düzenlemeler oldukça önemlidir²².

Savaş suçları savaş sırasında işlenebildiğinden savaş olgusunun ele alınması gerekir. Bu noktada öncelikle savaş kavramının öğretide ve mahkeme kararlarında herkes tarafından kabul edilen bir tanımının yapılamadığı ifade edilmelidir. Ancak bu zorluk, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile getirilen silahlı çatışma kavramıyla kısmen aşılmıştır. Uluslararası Kızılhaç Komitesinin Cenevre Sözleşmesi Şerhi’nde de bu kavram “devletler arasında silahlı kuvvetlerin silahlı çatışmaya giriştikleri herhangi bir uyuşmazlık” olarak tanımlanmıştır²³. Genel

¹⁸ **CRYER ve DİĞERLERİ**, 267.

¹⁹ **CASSESE Antonio**, International Criminal Law, New York 2008, s. 81.

²⁰ **VAN DER WOLF Willem-Jan**, War Crimes, The Netherlands 2010, s. 23.

²¹ **ASLAN**, s. 129.

²² **LEE Roy, S.**, The International Criminal Court The Making of The Rome Statute Issues, Negotiations, Results, Londra 1997, s. 88.

²³ **SUR**, s. 284. Ancak bu tanım savaş ve savaşa varmayan silahlı çatışmaları kapsamadığı ve esasen bunların hukuki etkileri farklı olduğundan yeterli değildir. **DEMİRAG, Fahrettin**, Uluslararası Ceza Divanı, Savaş Suçları-Saldırı Suçu, Mevzuatımıza Göre Savaş Hali”, Feridun Yenisey (Ed.), Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 96. Fakat Cenevre Sözleşmeleri kavramın tanımını bilinçli olarak yapmamıştır. Çünkü savaşın tanımlanması açısından yaşanan hukuki sorunlarla karşılaşılacak istenmemiştir. **TÜTÜNCÜ Ayşe Nur**, İnsancıl Hukuka Giriş, 1. Baskı, İstanbul, Şubat-2012 s. 53.

olarak savaş kavramını, devletler arasındaki ve belirli bir yoğunluktaki silahlı çatışmalar veya silahlı güç kullanılması vasıtasıyla diğerlerine karşı üstünlük sağlanması olarak tanımlamak mümkündür²⁴.

Uygulamada daha çok askerler tarafından “Harp Hukuku”, uygulayıcı hukukçular tarafından “Silahlı Çatışmalar Hukuku” ve akademisyenler tarafından “Uluslararası İnsancıl Hukuk” olarak adlandırılan insancıl hukuk kuralları²⁵ ise, kuvvet kullanımına başvurulup çatışmalar başladığı zaman, bunun ne şekilde yürütülmesi gerektiğini düzenleyen kurallardan oluşur ve silahlı kuvvet kullanmanın haklılığıyla ilgilenmez²⁶. Bu kurallar hem devletleri hem de çatışmalara katılan bireyleri bağlamaktadır. Yine bu kurallar; savaşın saldırının araç, yöntem ve hedeflerini seçmesine sınırlamalar getirirken, askeri gereklilik ve insancıl düşünceler arasında bir denge kurmaktadır. Bu nedenle faili ister sivil ister asker kişi olsun insancıl hukuk kurallarını ihlal eden herkes savaş suçlusudur²⁷.

İnsancıl hukuk kuralları insanlığın savaşla tanışmasından itibaren var olmasına rağmen bu kuralların yazılı hale gelmesi yakın zamanda olmuştur. İlk önemli örnek Amerikan İç Savaşı’nda çıkarılan 1863 tarihli Lieber Kanunu’dur. Bu kanun birçok ülkenin askeri tarifnamesindeki benzer durumlar ve ihlaller için bireysel sorumluluğu yeniden düzenlemiştir²⁸. Bunun ardından 1864 tarihli “Savaş Alanındaki Ordularda Bulunan Hasta ve Yaralıların Durumunun İyileştirilmesine Dair Cenevre Sözleşmesi” ile ilk uluslararası genel düzenleme yapılmıştır. Lahey Barış Konferansları sonunda kabul edilen 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri, konuya ilişkin olarak hayata geçirilen diğer düzenlemelerdir. 1925 yılında “Savaşta Boğucu, Zehirleyici ve Benzer Gazların ve Bakteriyolojik Savaş Yöntemlerinin Kullanılmasının Yasaklanmasına Dair Protokol” yapılmış, II. Dünya Savaşı sonrasında ise

²⁴ TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 475.

²⁵ GÜNDÜZ, s. 507.

²⁶ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 471; ASLAN, s. 133; GÜNDÜZ, s. 507; ÖKTEM, s. 67.

²⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 472; TÜTÜNCÜ, s. 1.

²⁸ CRYER ve DİĞERLERİ, s. 273.

1949 Cenevre Sözleşmeleri hazırlanmıştır. 1954'te "Silahlı Çatışmalarda Kültürel Değerlerin Korunmasına Dair Sözleşme", 1972'de "Biyolojik ve Zehirli Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanmasının Yasaklanmasına Dair Sözleşme", 1976'da "Çevre Değiştirme Tekniklerinin Askeri Amaçlı Kullanımının Engellenmesine Dair Sözleşme", 1980'de "Fark Gözetmeyen Etkileri Olan ve Aşırı İzdıraba Yol Açan Silahların Kullanılmasına Dair Sınırlar ve Yasaklara İlişkin Sözleşme", 1993'te "Kimyevi Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanmasının Yasaklanması ve İmhasına Dair Sözleşme", 1997'de "Anti-personel Mayınların Kullanılması, Depolanması, Üretilmesi ve Naklinin Yasaklanması ve İmhasına Dair Sözleşme" ve 2000 yılında da "Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Silahlı Çatışmalara Çocukların Dahil Olmasına Dair Protokol" bu alanda kabul edilen düzenlemelerden olmuştur. Ayrıca bu kuralların devletin değil, bireyin çıkarlarını koruyan mutlak kurallar oldukları ve bu özellikleri dolayısıyla jus cogens²⁹ nitelikte oldukları ifade edilmelidir³⁰.

Günümüzde uluslararası hukukta iki tür savaş suçu kategorisi bulunmaktadır³¹. Birinci kategoride Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır

²⁹ Jus cogens normlar uluslararası hukukta var olan bir norm türüdür ve evrensel nitelikteki bu normlar uluslararası hukuktaki diğer normlardan bu yönüyle farklıdır. **YARWOOD Lisa**, State Accountability under International Law, Londra ve New York 2012, s. 63. Bu normların niteliği ve kökeni konuları ise tartışmalıdır. Ancak bu tartışmalar yasal bir gerçeklik olmaktan ziyade doktrindeki farklı görüşler dolayısıyladır. Bu tip kuralların uygulamada korunması da siyasi ve ahlaki bir durumdur. **YARWOOD**, s. 61. Devletin hangi yükümlülüklerinin jus cogens nitelikte olduğunu belirleme noktasında ise şu söylenmelidir ki, açıkça andlaşma ile böyle bir tespit yapılmayan durumlarda üzerinde uzlaşma sağlanmış bir liste yoktur. **YARWOOD**, s. 68.

³⁰ **BAGHERI**, s. 27.

³¹ Ancak esasen öğretilerde savaş suçlarının kapsamının belirlenmesi bakımından üç görüş bulunmaktadır. İlk görüş savaşa ilişkin herhangi bir kuralın ihlalini savaş suçu kabul etmektedir. İkinci görüş sadece Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinin ağır ihlallerini savaş suçu saymaktadır. Üçüncü görüş ise savaşa ilişkin kural ve adetlerin uluslararası ceza hukuku metinlerinde öngörülmesi halinde ihlalleri söz konusu olursa savaş suçu

ihlalleri, ikincisinde ise diğer insancıl hukuk ve örf ve adet kurallarının ihlali yer almaktadır³².

Cenevre Sözleşmeleri, II. Dünya Savaşı'nın en önemli sonuçlarından olmasının yanı sıra, silahlı çatışmalar hukukunun kodifiye edilmesi ve savaş esnasında sivillerin korunması bakımından en temel ilkeleri içeren düzenlemelerdir. Bu sözleşmeler doğrudan doğruya bireylere herhangi bir sorumluluk yüklememekte, ancak taraf devletlere gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması ve ağır ihlallerden dolayı sorumluların yargılanması yönünde bir zorunluluk getirmektedir³³.

Savaş yasa ve geleneklerinin ihlali başlığı altında toplanan diğer savaş suçlarının temeli de 1907 Lahey Sözleşmeleri, Nuremberg Mahkemesi Statüsü ve Uluslararası Askeri Ceza Mahkemelerinin Statülerinde düzenlenmektedir³⁴.

olacağı yönünde bir eğilim göstermektedir. **TEZCAN, ERDEM, ÖNOK**, s. 474.

³² Savaş suçlarını kesin bir şekilde sınıflandırmak mümkün değildir, ancak öğretilerde şöyle bir tasnif yapılmaktadır: Silahlı çatışmalara katılmayan kişilere karşı işlenen savaş suçları, yasak savaş metodlarına başvurmak suretiyle yabancı savaştan ya da sivillere karşı işlenen savaş suçları, yasak savaş araçları kullanmak suretiyle düşman savaştan ya da sivillere karşı işlenen savaş suçları, özel koruma altında olan kimse ya da nesnelere karşı işlenen savaş suçları, ayırt edici işaret ve amblemlerin kural dışı kullanılması suretiyle işlenen savaş suçları. **TEZCAN, ERDEM, ÖNOK**, s. 479.

³³ **AKSAR**, s. 155. Sözleşmenin ağır ihlal olarak nitelendirdiği fiiller için bkz. I. Cenevre Sözleşmesi, madde 50; II. Cenevre Sözleşmesi, madde 51; III. Cenevre Sözleşmesi, madde 130; IV. Cenevre Sözleşmesi, madde 147; Ek Protokol I madde 85.

³⁴ **AKSAR**, s. 156. Bu kategori altında sayılan fiiller şöyledir: Zehirli silah, gaz ya da gereksiz acıya neden olan silah kullanma, askeri gereklilikle bağdaşmayan nitelikte şehirlerin, kasabaların veya köylerin yok edilmesi, savunmasız kasaba, köy, yerleşim yeri veya binalara saldırılması ya da bombalanması, dini, hayır, eğitim, sanat ve bilimlere adanmış kurumlara, tarihi yerler ve bilim ve sanat eserlerine zarar verilmesi, yok edilmesi veya el konulması, kamu veya özel mülkün yağmalanması. Nuremberg Statüsü, madde 6(b); Tokyo Statüsü, madde 5(b). Aynı eylemler EYUCM Statüsü madde 3'te de yer almıştır.

Uluslararası ceza hukukunda savaş suçlarının ortaya çıkış zamanı ise insancıl hukuk kurallarının geçerli olduğu zaman dilimidir. Başka bir ifadeyle savaş suçu olarak nitelendirilen bir fiil çatışmaların başlamasından barış antlaşması imzalanana kadarki süreçte işlenmelidir. Ayrıca bu fiil, silahlı çatışma bağlamında ve onunla ilişkili olarak gerçekleşmelidir; aksi takdirde bu fiil savaş zamanında işlense bile savaş suçu olarak nitelendirilemeyecektir³⁵. Son olarak, savaş suçlarında failin bu suçları doğrudan veya olası kastla işleyebileceği belirtilmeli ve failin bu suçu icrai hareketlerle gerçekleştirebileceği gibi ihmali hareketlerle de gerçekleştirebileceği ifade edilmelidir³⁶.

B. ROMA STATÜSÜ'NDE SAVAŞ SUÇLARI

Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü, 15 Haziran 1998 yılında toplanan Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Tam Yetkili Temsilcilerden Oluşan Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı'nın çalışmaları sonunda 17 Temmuz 1988 tarihinde kabul edilmiştir. Statü, İtalya'nın başkenti Roma'da 160 devletin, 33 uluslararası örgütün ve 238 hükümet dışı örgütün katılımı ile yapılan konferansta 120 devletin olumlu oyuyla kabul görmüş, 31 Aralık 2000 tarihine kadar imzaya açılmıştır. Bu tarihe kadar ABD'de dahil olmak üzere toplam 139 devlet Statü'yü imzalamıştır³⁷.

Giriş ve 128 maddeyi içeren 13 bölümden oluşan Statü'nün amacı uluslararası toplumun tamamının varlığını tehdit eden ve vicdanını yaralayan en ciddi uluslararası suçları yargılayacak daimi bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasıdır³⁸. Daimi bir ceza mahkemesi kurulması ile ise uluslararası barış ve adaletin, bireysel sorumluluğun sağlanması ve ad hoc mahkemelerin sakıncalarının ortadan kaldırılması amaçlanmıştır³⁹.

³⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 482; LEE, s. 91.

³⁶ BAŞAK, s. 181-182.

³⁷ ERDAL, s. 90.

³⁸ KARAKEHYA Hakan, "Uluslararası Ceza mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", AÜHFD, Cilt:57, Sayı: 2, 2008, s. 133.

³⁹ ERDAL, s. 85-87.

Bu kapsamda Statü birçok savaş suçunu da özel olarak tanımlamış ve genel olarak sorumluluğa dair detaylı düzenlemeler vermiştir⁴⁰.

Roma Statüsü bakımından aşağıda incelenecek olan savaş suçları için öncelikle belirli fiillerden herhangi birisinin “özellikle, bir plan, politika ya da bu fiillerin geniş çaplı olarak işlenmesinin bir parçası” olarak işlenmesi gerektiği ifade edilmelidir. Ancak buradaki vurgunun savaş suçları açısından yeni bir asgari eşik getirmediği ve Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin yargı yetkisini kesin olarak sınırlandırmadığı da belirtilmelidir. Bu vurgu maddede sayılan fiillerin mutlaka bahsedilen çerçevede işlenmesini değil, ancak bu çerçevede işlenen fiillerin her durumda UCM’nin yargı yetkisine girdiğini belirtmektedir⁴¹.

Ayrıca Statü’de tanımlanan fiillerden ötürü failin sorumlu tutulması, failin maddi unsuru oluşturan hareketi silahlı bir çatışmanın varlığını bilerek gerçekleştirmesine bağlıdır. Statü manevi unsur olarak ise kastı aramaktadır.

1. 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerinin Ağır İhlalleri

Statü’nün 8/2-a hükmü Cenevre Sözleşmesi ile korunan kişi ve mallara karşı bentler halinde sayılan fiillerden herhangi birinin işlenmesini savaş suçu saymıştır⁴².

⁴⁰ CASSESE, s. 94.

⁴¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 481-482.

⁴² Söz konusu fiiller şöyledir: Kasten öldürme, işkence ve yahut biyolojik deneyler de dahil olmak üzere insanlık dışı muamele, kasten büyük ezaya ya da vücut veya sağlıkta ciddi zarar yol açma, askeri zaruretin haklı kılmadığı ve hukuka aykırı ve keyfi olarak gerçekleştirilen yaygın yıkım ve mülkiyete el konulması, bir savaş esirini ya da koruma altındaki diğer bir kişiyi, yabancı bir kuvvetin emrinde hizmet vermeye zorlama, bir savaş esirini ya da koruma altındaki diğer bir kişiyi, adil ve olağan yargılanma haklarından kasten yoksun bırakma, bir savaş esirini ya da koruma altındaki diğer bir kişiyi, yabancı bir kuvvetin emrinde hizmet vermeye zorlama, bir savaş esirini ya da koruma altındaki diğer bir kişiyi, adil ve olağan yargılanma haklarından kasten yoksun bırakma, hukuka aykırı olarak sürgün veya nakil etme ya da hukuka aykırı olarak tecrit etme, esir alma. Sözleşme metni için bkz. Erişim adresi:

Bahsedilen koruma altındaki kişiler için öncelikle Cenevre Sözleşmeleri'nin I No.lu Savaş Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi, II No.lu Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Sözleşmesi, III No.lu Savaş Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme ve IV No.lu Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme olmak üzere dört ayrı sözleşmeden oluştuğu belirtilmelidir. Koruma altında bulunan kişiler ise ilk üç sözleşme bakımından uluslararası silahlı çatışmaya taraf bir Devletin silahlı kuvvet mensupları, IV No.lu Sözleşme bakımından ise çatışmaya Taraf Devletlerden birinin ya da vatandaşı olmadıkları bir işgalci kuvvetin elinde bulunan kimselerdir. Bu hüküm sadece uluslararası nitelikli çatışmalarda uygulanabileceğinden iç silahlı çatışmalar bakımından uygulama alanı bulamayacaktır ve bahsedilen ihlalin ağırlık derecesi fiilin objektif yapısına göre değil, somut koşullar esas alınarak askeri gereklilik ölçüsünü ne denli aştığına göre tespit edilecektir⁴³.

2. Savaş Yasa ve Geleneklerinin Ciddi İhlalleri

Statü'nün 8/2-b hükmüne göre uluslararası örf ve adet kurallarının silahlı çatışmalarda uygulanır kısmına yönelik ihlaller de savaş suçudur. Sözü edilen düzenlemede savaş suçu olarak sayılan fiillerden bazıları şöyledir:

-Çarpışmalarda doğrudan yer almayan bireysel sivillere ya da sivil nüfusa karşı kasten saldırı yöneltme,

-Sivil hedeflere saldırı düzenleme,

-Savunmasız veya askeri hedef oluşturmayan kent, köy, yerleşim yeri veya binaları bombalama veya bu yerlere herhangi bir araçla saldırma,

-İşgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara doğrudan veya dolaylı olarak nakletme veya işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamını veya bir kısmını devlet sınırları içinde veya dışında sürme veya nakletme,

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm, erişim tarihi:22.08.2015.

⁴³ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 486-487.

-Askeri gerekliliklerin haklı kılmadığı düşman mallarını imha etme veya bu mallara el koyma.

Sözü edilen madde büyük ölçüde Lahey Hukuku dikkate alınıp hazırlanmış olmasına rağmen, bunun yanı sıra örf ve adet kuralı düzeyine ulaştığı kabul edilebilecek nispeten yeni kuralları da içine almaktadır. Ayrıca bu bentteki fiillerde özellikle karşıt savaşanlar suçun mağduru olmakta ve bu hüküm de sadece uluslararası silahlı çatışmalarda uygulama alanı bulabilmektedir⁴⁴.

3. Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesinin Ciddi İhlalleri

Sözleşme'nin 8/2-c bendinde ifade edilen bu duruma göre silahlarını bırakmış olan silahlı kuvvet mensupları ve hastalık, yaralanma, tutulma veya diğer herhangi bir sebeple çatışma dışı kalan kişilere karşı işlenen bazı fiiller savaş suçudur. İlgili bentte sayılan şöyledir:

-Yaşam ve kişiye karşı şiddet kullanımı, özellikle her türden adam öldürme, fiziksel sakatlık (yaralayarak sakat bırakma),

-Zalimane muamele ve işkence,

-Kişi onuru üzerinde tecavüzde, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamelede bulunma,

-Esir alma ve genel olarak vazgeçilmez olarak kabul edilen adli güvencelerin tanındığı, olağan biçimde kurulmuş bir mahkeme tarafından önceden verilmiş bir hüküm olmaksızın, kararlar verme ve infazlar gerçekleştirme.

Ayrıca bu suçların mağdurunun çatışmada aktif olarak yer almayan herkes olabileceği belirtilmelidir. Failin, mağdurun bu statüsünü doğuran koşulların bilincinde olması gerektiği de ifade edilmelidir. Örneğin fail mağdurun doktor olduğunu bilmelidir ve fakat doktor olarak özel koruma altında bulunduğunu bilmesine gerek yoktur⁴⁵.

⁴⁴ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 491.

⁴⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 493.

4. Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Uygulanabilen Yasa ve Geleneklerin Diğer Ciddi İhlalleri

Bu ihlaller Sözleşme'nin 8/2-e bendinde düzenlenmiş olup Statü uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilen bu kural ve adetlerin ihlallerini savaş suçu olarak kabul etmektedir.

-Sivil nüfusa ya da çatışmalarda doğrudan yer almayan sivillere karşı kasten saldırı yönelme,

-Binalara, malzemelere, tıbbi birimlere ve ulaşım araçlarına ve uluslararası hukuka uygun olarak Cenevre Sözleşmelerindeki ayırt edici amblemleri kullanan personele karşı kasten saldırı yönelme,

-Saldırı sonucu ele geçirilmiş de olsa, bir kasaba ya da yeri yağmalama,

-On beş yaşının altındaki çocukları silahlı kuvvetlere veya gruplara çağırma veya kaydetme (alma) ya da onları çatışmalara etkin biçimde katılacak surette kullanma sözü edilen düzenlemede savaş suçu olarak sayılan fiillerdendir.

Madde 8/2-e'de düzenlenen savaş suçları uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında uygulanabilecektir. Bu nedenle 8/2-e; ayaklanma, münferit ve zaman zaman meydana gelen nitelikteki şiddet hareketleri ve benzer nitelikteki eylemler gibi iç karışıklık ve gerginlikler olması durumunda uygulanmayacaktır⁴⁶. Bu durum devletlerin egemenliği ilkesine de uygundur⁴⁷. Maddenin c ve e bentlerinin uygulaması bakımından önemli bir hüküm de aynı maddenin f bendinde bulunmaktadır. Buna göre, bir devletin topraklarında gerçekleşen ve hükümet yetkilileri ile organize silahlı gruplar arasında veya bu tür silahlı grupların kendi arasında yaşanan, uzayan silahlı çatışmalarda 8/2-e hükümleri uygulanacaktır.

İnsancıl hukukun belki de en çok karşılaşılan ihlalleri niteliğindeki savaş suçları bu başlık altında incelenerek bu hukuk alanı daha somut şekilde ele alınmaya çalışılmıştır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, uygulamada savaş hukuku ve insancıl hukuk kavramları birbiri

⁴⁶ ERDAL, s. 108.

⁴⁷ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 495.

yerine kullanılsa da bu ikisi tamamen aynı fiilleri içermemektedir. Savaş hukuku insancıl hukuku da içine alan daha geniş bir kavramdır⁴⁸.

III. DEVLETİN SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

Sorumluluk, bir uluslararası hukuk kişinin neden olduğu belirli bir takım zararların etkisini, zarar gören uluslararası hukuk kişisi bakımından ortadan kaldırma amacına yönelik bir uluslararası hukuk kurumudur⁴⁹. Bu kavramın temeli esasında ahlaki değerlere dayanmaktadır⁵⁰. Devletler, bir uluslararası hukuk süjesi olmanın gereği ve sonucu olarak, uluslararası sorumluluk altındadır⁵¹. Bu kapsamda devletin uluslararası hukuka aykırı fiilleri ve zarara neden olan özde uluslararası hukuka uygun bazı faaliyetleri uluslararası sorumluluğun doğmasına neden olmaktadır⁵².

Bazen yasal, bazen ahlaki ve genelde de siyasi bir konu olan devletlerin sorumluluğu⁵³, başlangıçta teamül kuralları olarak ortaya çıkmıştır. Sonrasında kurallar milletlerarası yargı organı kararlarının etkisi ile gelişim göstermiş ve özellikle BM'nin çabalarıyla kodifikasyon çalışmaları hızlanmıştır⁵⁴. Bu kapsamda Uluslararası Hukuk Komisyonu 1948 yılında kurulmuş ve temel görevlerinden olan uluslararası hukukun

⁴⁸ **BEYAZIT Özgür**, “La Haye Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne Giden Süreçte Uluslararası Ceza Yargılaması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Sayı:5, 2011, s. 314.

⁴⁹ **PAZARCI Hüseyin**, Uluslararası Hukuk, 12. Baskı, Ankara 2013, s. 409.

⁵⁰ **BOZKURT Enver, KÜTÜKÇÜ M. Akif, POYRAZ Yasin**, Devletler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 279.

⁵¹ Pratik uygulamaları oldukça yeni olsa da devletlerin sorumluluğu yanında bireylerin cezai olarak sorumlu tutulabilmeleri ve uluslararası mahkemelerce yargılanabilmeleri de mümkündür. **BEYAZIT**, s. 310. Bu tip bir yargılamaya tabi olan ilk kişi de 1474 yılında yargılanan Peter Von Hagenbach’dır. **BEYAZIT**, s. 311.

⁵² **CRAWFORD James, OLLESON Simon**, “The Nature and Forms of International Responsibility”, (ed. Malcolm D. EVANS), International Law, 2010, s. 441.

⁵³ **YARWOOD**, s. 93.

⁵⁴ **BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ**, s. 280.

geliştirilmesi ve bu disipline ait kuralların yazılı hale getirilmesi amacıyla adımlar atmıştır. Komisyon'un 1949 yılında çalışma sahası olarak belirlediği 14 konudan biri de devletlerin sorumluluğudur⁵⁵. Komisyon bu kapsamda 1980 yılında Maddeler Taslağı'nın birinci bölümünü kabul etmiş ve 1996 yılında da ikinci ve üçüncü bölümler üzerindeki ilk incelemesini tamamlamıştır⁵⁶. Sonrasında ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na 2001 yılındaki 53. Oturumunda⁵⁷, 59 maddelik bir taslak olarak teslim etmiştir. "Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Doğan Sorumluluğu"na ilişkin bu Tasarı hem mevcut örf ve adet kurallarına hem de yeni birtakım kurallara yer vermiştir⁵⁸.

B. SORUMLULUĞUN DAYANAĞI

Devletin sorumluluğunun dayanağı noktasında farklı iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki subjektif sorumluluk (geleneksel görüş) olarak da ifade edilen görüştür. Geleneksel görüş, uluslararası sorumluluğun doğması için uluslararası hukuka aykırı düşen bir kusur işlenmesini aramaktadır. İkincisi ise, objektif sorumluluğu savunan görüştür. Uluslararası sorumlulukta bir kusurun varlığının anlaşılması, özellikle fiili işleyen kişinin niyeti, davranış biçimi gibi daha birçok verinin değerlendirilmesini gerektirdiğinden, 20. yüzyılın başlarında daha objektif kriterlerin aranması gerektiğini savunan bu görüş ortaya çıkmıştır. En basit şekliyle bu görüş, uluslararası sorumluluğun doğması için bir zararın ortaya çıkmasını yeterli görmüş, kusur şartını aramamıştır⁵⁹.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun da "Uluslararası Hukukun Yasaklamadığı Faaliyetlerden Kaynaklanan Zarar Verici Etkiler Nedeniyle Uluslararası Sorumluluk" konusu çerçevesinde ilke olarak objektif sorumluluk fikrini benimsediği ifade edilebilir. Ancak bu konuda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun açık bir düzenleme yapmadığı belirtilmelidir.

⁵⁵ AKSAR, s. 175.

⁵⁶ BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ, s. 281.

⁵⁷ TÜRÜNCÜ, s. 178.

⁵⁸ SUR, s. 260.

⁵⁹ PAZARCI, s. 411 -412; ÜNAL, s. 300.

C. ULUSLARARASI SORUMLULUĞUN DOĞMASI

Devletlerin uluslararası sorumluluğunun ortaya çıkması için hukuka aykırı bir fiil veya sonuçlarına sorumluluk atfedilen özde uluslararası hukuka uygun bir faaliyetin varlığı, bu fiil neticesinde oluşmuş bir zarar ve zarar ile fiil arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

1. Sorumluluğa Yol Açan Fiil

İlgili Tasarı'nın 1. maddesi “devletin uluslararası hukuka aykırı her fiili uluslararası sorumluluğuna yol açar⁶⁰” şeklindedir. Düzenlemede yer verilen uluslararası hukuka aykırı fiil kavramının içeriği uluslararası hukuk kurallarının yanı sıra her bir devletin özellikle taraf olduğu andlaşmalar çerçevesinde üstlendiği yükümlülükler göre farklı şekillerde ortaya çıkar⁶¹.

Ayrıca burada bahsedilen sorumluluk hukuki sorumluluktur. Çünkü ulusal hukukta sorumluluk türleri, sorumluluğun doğuşuna sebep olan olaya göre farklılık arz eder ve sorumluluk türleri (hukuki ve cezai sorumluluk) de buna göre şekillenir. Ancak uluslararası hukukta böyle bir ayırım yoktur⁶².

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğu karmaşık bir formda olduğundan sorumluluğun da tek bir kaynağı yoktur⁶³. Sorumluluğu

⁶⁰ Tasarı tam metin için bkz. **KAYA**, s. 346-372.

⁶¹ **AKSAR**, s. 176.

⁶² **CRAWFORD, OLLESON**, s. 449.

⁶³ **CRAWFORD, OLLESON**, s. 446. Esasen devletin cezai sorumluluğu uluslararası hukukta da gündeme gelmiş, ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2000 yılı raporundan çıkarılmıştır. **TÜTÜNCÜ**, s. 182. Çünkü bir fiilin devlete atfedilebilmesinde fiziksel bir problem olduğu, devlet ruh veya akıl sahibi bir varlık olmadığı için suç işleme noktasında bir kastı veya ihmali olmayacağı, tüm bu nedenlerle de devletin sorumluluğunun cezai olmayacağı kabul edilmektedir. Bu yüzden uluslararası ceza mahkemeleri de devletleri değil, bireyleri yargılayabilmektedir. Ancak yine de devletin cezai sorumluluğu konusunun nitelik ve kapsam olarak tartışmalı olduğu unutulmamalıdır. **ÜNAL**, s. 296. Bu konu hakkındaki tartışmalar BM tarafından hazırlanan Tasarı'nın da çok önceden ele alınmaya başlanmasına rağmen ancak 2001 yılında ortaya konulmasında etkili olmuş, bu süreci yavaşlatmıştır. **YARWOOD**, s. 78. Çünkü devletin sorumluluğunun bütünüyle hukuki veya cezai nitelik arz

doğuran uluslararası yükümlülüklerin kaynağı uluslararası andlaşma, örf ve adet kuralı veya hukukun genel ilkeleridir. Yükümlülüğün kaynağının ve niteliğinin sorumluluk açısından hiçbir önemi yoktur⁶⁴. Ancak bazen fiil hukuka aykırı olmasa da devletin sorumluluğu doğar⁶⁵.

Devletin sorumluluğu konusunda iki temel prensip vardır. Ya bir fiil devlete atfedilecek ya da devletin görevlileri uluslararası hukuka aykırı bir ihlal işleyecektir⁶⁶. Demek ki, devletin bir fiilden sorumlu olması için hukuka aykırı fiilin devlete isnat edilmesi, başka bir ifadeyle fiil ile sorumluluk arasında bir köprü kurulması gereklidir⁶⁷. Bunun için de en başta devlet organlarının sorumluluğa sebep olan fiili doğrudan işlemiş olmaları veya bu tip bir faaliyeti kendi adlarına yürütmüş olmaları gerekir⁶⁸. İkinci bir durum da fiilin devletin veya organların talimatı ve emirleri ile hareket eden otoritesi altındaki kişi ve kurumlarca işlenmesidir⁶⁹. Çünkü devlet de iç hukuktaki diğer organizasyonlar gibi faaliyetlerini organları ve temsilcileri aracılığıyla yürütür⁷⁰.

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarı ise devletin sorumluluğunun doğması için yasama, yürütme ve yargı organlarına⁷¹ ait tasarrufların (md. 6), devletin iç hukukuna göre devlet

etmediği, sui generis bir yapıya sahip olduğu şeklinde bir görüş de vardır. **ELÇİN ERTUĞRUL Ümmühan**, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 37.

⁶⁴ **BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ**, s. 284; **AKSAR**, s. 186.

⁶⁵ **PAZARCI**, s. 409; **SUR**, s. 261.

⁶⁶ **KLABBERS**, s. 126.

⁶⁷ **BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ**, s. 291.

⁶⁸ **PAZARCI**, s. 415. Burada iç hukukun kendisine yetki verdiği her kişi ya da kurul devletin organı sayıldığı belirtilmelidir. **BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ**, s. 294.

⁶⁹ **AKSAR**, s. 180.

⁷⁰ **CRAWFORD, OLLESON**, s. 452.

⁷¹ Devletin yargı organının hukuka aykırı fiilleri dolayısıyla da sorumluluğu vardır. Yargı organlarını diğerlerinden ayırarak, bunların fiillerini uluslararası sorumluluk kapsamına sokmama şeklinde bir görüş var olsa da

adına işlem yapma yetkisine sahip olanların tasarruflarının (md. 5), resmi görev yapan kamu görevlilerinin tek başına veya birlikte yaptıkları tasarrufların bulunması gerektiğini ifade etmiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi devletin organları yanında, özel kişilerin faaliyetleri de devletin sorumluluğunun doğmasına sebep olabilmektedir. Bu bakımdan devletin özel kişilerin faaliyetlerinden doğan sorumluluğuna özel kişilerin uluslararası yükümlülüğe aykırı fiillerinin sebep olmadığı ifade edilmelidir. Bu tip durumlarda devletin sorumlu tutulmasının sebebinin, özel kişilerin uluslararası yükümlülüğe aykırı bir fiilinin sonucu olmadığı aksine devletin gerekli önlemleri almada başarısız olması olduğu da belirtilmelidir.⁷²

Özel kişilerin fiillerinin devletin sorumluluğunu doğurabilmesi için bazı şartlar gerçekleşmelidir. Öncelikle bu fiiller ile devletin doğrudan bir bağının kurulması gerekir⁷³. Çünkü kural olarak devletin özel kişilerin fiillerinden ötürü bir sorumluluğu yoktur. Eğer özel kişi fiilini devletin hizmetinde veya devletin emriyle yapmışsa bu durumda ilgili kişi devletin organı olarak kabul görür ve fiili de devletin sorumluluğuna yol açar. Yine devlet, kişinin faaliyetlerini önleme adına alması gereken önlemleri almazsa kişinin fiilinden sorumlu olur. Yine devlet, kendisiyle hiçbir bağı bulunmayan kişilerin gerçekleştirdiği fiilleri onaylaması veya teşvik etmesi durumunda söz konusu fiillerden de sorumludur⁷⁴.

Ayrıca bu kısımda ayaklananların fiilleri dolayısıyla devletin sorumluluğunun da incelenmesi gerekir. Tasarı'nın 10. maddesinde yer verilen bu durum için uluslararası mahkeme kararları ve öğreti, ayaklanmanın sonucuna göre bir ayırım yapmaktadır. Kural olarak devlet

rağbet gördüğünü söylemek mümkün değildir. **BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ**, s. 299.

⁷² **CRAWFORD, OLLESON**, s. 454.

⁷³ **PAZARCI**, s. 419.

⁷⁴ Bu durum için verilebilecek en güzel örnek Tahran Rehineler Davası'dır. 1980 yılında İranlı öğrencilerin Birleşik Devletlere ait büyükelçilik ve konsoloslukları işgal ederek çalışanları rehin alması karşısında İran'ın bu davranışı onaylar şekilde açıklamalar yapması Uluslararası Adalet Divanı tarafından İran'ın sorumluluğunun doğduğu şeklinde bir karar verilmesine sebep olmuştur.

ayaklananların fiilinden sorumlu olmayacaktır. Ancak ayaklanma başarılı olup yeni bir hükümet kurulmuşsa, bu durumda yeni hükümet hem önceki hükümetin hem de kendi fiillerin sorumluluğunu taşıyacaktır⁷⁵. Bunun yanı sıra devlet ayaklananları affeder veya yabancıyı kurtarmak için yeterince özen göstermezse yine devletin sorumluluğu doğacaktır⁷⁶.

Devletin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yukarıda da belirtildiği gibi hukuka aykırı bir fiilin bulunması şarttır. Ancak bazı durumlarda, fiilin hukuka aykırılığı şartı ortadan kalkmaktadır. Mağdurun rızası, meşru müdafaa, meşru karşı önlemler, zorlayıcı neden, tehlike ve zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardır. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, işlenen fiilin iç hukuka uygun olması, fiilin uluslararası hukuka aykırılığını ortadan kaldıran durumlardan biri değildir⁷⁷.

2. Zarar

Genel bir kavram olarak zarar, hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların hukuka aykırı fiil gerçekleşmeden önceki ve sonraki halleri arasında ortaya çıkan farkı ifade etmektedir. Uluslararası hukuk bakımından ise zarar “uluslararası hukuk sùjelerinin haklarının kapsadığı alanda meydana gelen eksilme⁷⁸” olarak tanımlanabilir.

Uluslararası hukuka aykırı fiilin veya sonuçlarına sorumluluk atfedilen özde uluslararası hukuka uygun faaliyetlerin sonucunda ortaya çıkan zarara, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Tasarı’da ayrıca yer verilmemiş olsa da, devletin sorumluluğunun ortaya çıkmasında aranan bir diğer şart olarak kabul edilmektedir. Fakat zararın genel bir şart olmadığını, her olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini savunanlar da vardır. Bu görüştekilere göre, bazen sadece yükümlülüğün ihlali yeterli iken, bazen de zararın ortaya çıkması gereklidir⁷⁹. Ancak ortaya çıkan her zarar, uluslararası sorumluluğun doğması için yeterli değildir.

⁷⁵ SUR, s. 262- 264.

⁷⁶ PAZARCI, s. 421; BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ, s. 302.

⁷⁷ ÜNAL, s. 298.

⁷⁸ BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ, s. 286.

⁷⁹ AKSAR, s. 188.

Bu bakımdan zarar kavramı daraltılmıştır. Zararın sorumluluğa sebep olması için uluslararası hukukta korunan bir hakka ilişkin olması⁸⁰, fiilin doğrudan bir sonucu olması⁸¹ ve uluslararası hukuka aykırı fiilin zorunlu bir sonucu olması gerekmektedir⁸². Zararın maddi veya manevi olması arasında ise bir fark yoktur⁸³.

3. İlliyet Bağı

Devletin ortaya çıkan maddi veya manevi zarardan sorumlu olabilmesi için hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle ortaya çıkan zarar söz konusu hukuka aykırı fiilin sonucu olmalı, zarar ile fiil arasında bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır.

D. ZARARIN TAZMİNİ

Bir önceki başlık altında incelenen şartlar ortaya çıkıp devletin hukuka aykırı fiil dolayısıyla sorumluluğu doğunca izlenecek yol ise öncelikli olarak devletin hukuka aykırı davranışına son vermesidir. Bundan sonra ise eski hale getirme, maddi ve manevi tazmin şeklinde tazmin yolları vardır.

⁸⁰ **PAZARCI**, s. 413.

⁸¹ Genel olarak doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı illiyet bağı göz önünde tutularak yapılan bir sınıflandırmadır. Bu ayrıma göre fiilin uygun bir sonucu olan zarar doğrudan zarardır. Bunun dışında kalan zararlar ise dolaylı zararlardır. **BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ**, s. 286.

⁸² **SUR**, s. 266.

⁸³ Fakat 20. yüzyılın başlarına kadar uluslararası mahkemeler yalnızca maddi zararları devletin sorumluluğu kapsamında kabul etmişlerdir. 1.11.1923 tarihli Lusitania Davası'nda hakemlik mahkemesi ilk kez manevi zararın da sorumluluk kapsamında olduğunu belirtmiş ve bu tarihten sonra maddi-manevi zarar ayrımı yapılmamıştır. Hatta günümüzde devletlerin vatandaşlarının uğradığı zarar dolayısıyla zarar veren devletin sorumluluğunu ileri sürmesi de bu tip zararın kişinin vatandaşı olduğu devlet bakımından bir tür manevi zarar oluşturduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. **BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ**, s. 287.

E. DEVLETİN YABANCILAR BAKIMINDAN SORUMLULUĞU

Bir devletin vatandaşlarının bir başka devletin tesis ettiği işlem veya eylem nedeniyle zarar görmesi durumunda işlem veya eylem gerçekleştiren devletlerin de bu durumda sorumluluğu ortaya çıkar. Böyle durumlarda uygulanan uluslararası hukukta bir varsayımdan hareket edilmekte; vatandaşın gördüğü zarar devletin gördüğü zarar olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da devlet vatandaşını diplomatik korumasına alarak durumun düzeltilmesi yollarını aramaktadır. Bir devletin vatandaşını diplomatik koruması altına alması ise bazı şartlara bağlıdır.

İlk şart zarar gören kişinin, zararın giderilmesini talep eden devletin vatandaşı olmasıdır. Bu durum ilgili devletçe ispat edilmelidir. Sonrasında kişinin vatandaşlık bağıyla bağlı bulunduğu devletin diplomatik koruma hakkını kullanması gerekir.

Ayrıca yabancının zarar görmesine sebep olan muamele neticesinde sorumluluk doğması için söz konusu muamelenin de belli unsurları taşıması gerekir. Bu noktada farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş devletlerin yabancılara ancak kendi vatandaşlarına gösterdikleri muameleyi göstermeleri gerektiğini, diğer bir görüş ise devletin kendi vatandaşlarına aynı tavrı göstermese de yabancılara asgari uluslararası standartlara uygun davranması gerektiğini savunmaktadır. Asgari uluslararası standart görüşü gelişmiş devletlerce, ulusal standart görüşü ise geliştirmekte olan devletler tarafından savunulmaktadır. Ulusal standart görüşü tam anlamıyla uygulandığı takdirde yabancının lehinedir; ancak devletin kendi vatandaşlarına da aynı muameleyi uyguladığını savunarak sorumluluğa sebep olacak şekilde davranması da ihtimal dahilindedir⁸⁴.

Son olarak iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, aranan başka bir koşuldur. Bununla birlikte iç hukuk yollarına başvurulmasının olumlu bir sonuç vermeyeceği başlangıçta belli ise⁸⁵, başka bir deyişle uğranılan zararı karşılayacak iç hukuk mekanizmaları mevcut değilse veya yetersizse, iç hukuk mekanizmalarında gereksiz gecikmeler yaşanıyorsa, zararın meydana geldiği anda sorumlu olduğu ileri sürülen devlet ile kişi

⁸⁴ AKSAR, s. 193.

⁸⁵ ÜNAL, s. 302-304.

arasında herhangi bir bağ yoksa, kişinin iç hukuk yollarına başvurması engelleniyorsa veya sorumlu olduğu iddia edilen devlet bundan vazgeçmişse iç hukuk yollarının tüketilmesi şart değildir⁸⁶.

IV. DEVLETİN İNSANCIL HUKUK KURALLARININ İHLALİ NEDENİYLE SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

Devletin sorumluluğu başlığında da ifade edildiği gibi devletler hukuka aykırı her fiilinden ötürü sorumludurlar ve ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdürler. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 yılında son şeklini verdiği Tasarı'da da yer verilen bu genel kural, devletlerin insancıl hukuk ihlalleri için de geçerlidir. Bu da demektir ki, devletler silahlı çatışmalar sırasında kendisinin veya kendisi adına hareket eden organ ve görevlilerin insancıl hukuk kurallarına aykırı hareketlerinden sorumludur. Bu, aynı zamanda bir uluslararası örf ve adet kuralıdır. Bunun yanı sıra, insancıl hukuka ilişkin sözleşmelerde ve pek çok devletin askeri talimatnamesinde de bu kurala yer verilmiştir⁸⁷.

Ayrıca uluslararası hukuka saygı gösterme yükümlülüğünün bir şekli olan uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme yükümlülüğü de, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 1. maddesinde yer verilen bir başka kuraldır ve hem ulusal hem de uluslararası nitelikteki çatışmalar için geçerlidir. Bu kural gereğince devletler insancıl hukuka hem saygı göstermek hem de saygı gösterilmesini sağlamak şeklinde iki ayrı yükümlülük altındadır ve bu yükümlülükler karşılıklılığa tabi olmayan örf ve adet kuralı niteliğindedir⁸⁸.

Bütün bunların yanında insancıl hukuk kurallarının jus cogens nitelikte oldukları belirtilmelidir. Bu kuralların jus cogens nitelikte olması insanların, devletlerin ve uluslararası hukukun çıkarlarına yönelik bir tehlikenin var olması durumunda buna sebep olan devletin sorumluluğu arasında bir bağ kurmaktadır⁸⁹. Bu da devletin sorumluluğunun doğmasını sağlamaktadır.

⁸⁶ **AKSAR**, s. 201.

⁸⁷ **DÜLGER Kenan**, Devletın Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 110-113.

⁸⁸ **DÜLGER**, s. 209.

⁸⁹ **YARWOOD**, s. 70.

B. DEVLETİN İNSANCIL HUKUK İHLALLERİNDEN SORUMLU TUTULDUĞU HALLER

1. Devletin Doğrudan Devlet Organlarının Faaliyetlerinden Dolayı Sorumluluğu

Soyut bir varlık olan devlet faaliyetlerini gerçek kişilerden oluşan organları aracılığıyla yürütür. Devletin diğer tüm faaliyetleri gibi, silahlı çatışmalar sırasındaki faaliyetleri de gerçek kişilerce yerine getirilir. Devleti oluşturan temel organlar olan yasama, yürütme ve yargının silahlı çatışmalar sırasında ve ona ilişkin faaliyetleri dolayısıyla devletin sorumluluğu söz konusudur. Bu konu 1930 tarihli Lahey Kodifikasyon Konferansı'nda da ele alınmış⁹⁰ ve bu ilke “yasama, idari ve yargı faaliyeti olsun, tüm devlet organlarının, söz konusu devlet sınırları içerisindeki bir yabancıya şahsına ya da malına zarar veren ve uluslararası yükümlülükleri ile bağdaşmayan hukuka aykırı fiilleri, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmaktadır⁹¹” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, devletin yasama organı, yukarıda ele alınan insancıl hukuk kurallarına aykırı nitelikte bir kanun yaparsa veya bu kurallar gereğince yapması gereken düzenlemeyi yapmazsa, devletin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Ancak, devletin sorumluluğunun ortaya çıkması bir zararın meydana gelmesine de bağlı olduğundan, soyut kanunların tek başına kabul edilmesi sorumluluk için yeterli değildir. Bunların uygulanmasından doğan bir zarar olmalıdır.

Devletin yürütme organının faaliyetlerinden dolayı sorumluluğunda ise devlet, görevlilerinin uluslararası insancıl hukuk ilkelerine aykırı hareketlerinden sorumludur. Yargı organı için de aynı durum geçerlidir. Şayet devletin yargı organları uluslararası yükümlülükleri aykırı bir karar alırsa veya adaleti temin etmekten kaçınırsa devlet bu fiillerden ötürü sorumlu olur. Ancak yalnızca adaletten kaçınma durumunun her zaman devletin sorumluluğuna sebep olmayacağı ifade edilmelidir. Adaletten kaçınma olarak nitelendirilen durumun ilgili devletin iç hukukuna da aykırı olması gerekir⁹².

⁹⁰ DÜLGER, s. 118.

⁹¹ ERKİNER, s. 123.

⁹² DÜLGER, s. 121.

2. Devletin Silahlı Kuvvetlerinin Faaliyetlerinden Dolayı Sorumluluğu

Öncelikle belirtilmelidir ki, yasama, yürütme ve yargı gibi, askeri teşkilatlanma da devletin organı sayılan bir yapılanmadır. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı organlarının fiilleri için devletin sorumluluğu hakkındaki kurallar devletin askeri kuvvetlerine ait fiiller için de geçerlidir. Bu nedenle askeri kuvvetlerin hukuka aykırı ve bazı durumlarda da hukuka uygun fiillerinin devlete yüklenmesi ve devletin bu fiiller itibariyle sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür.

Devletin bu durumlardaki sorumluluğu insancıl hukuk kuralları için önem arz eden 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nde de dile getirilmiştir. Dört ayrı sözleşme için de ortak bir hüküm niteliği taşıyan 51. maddeye göre taraf devletler, Sözleşme'de yer verilen insancıl hukuk ihlallerinin işlenmesi nedeniyle kendisini veya başka bir taraf devleti sorumluluktan kurtaramayacaktır. Ayrıca, devletin askeri kuvvetlerinin fiillerinden ötürü sorumluluk taşıdığı birçok sözleşmede (I. Dünya Savaşı'nın ardından galip devletlerin Almanya ile yaptığı Versay Barış Andlaşması gibi⁹³), birçok ülkenin askeri talimatnamesinde ve uluslararası mahkeme kararlarında⁹⁴ da kendisine yer bulmuştur.

Devletin askeri kuvvetlerinin faaliyetlerinden sorumluluğu konusunda tartışmalı olan ancak incelenmesi önem arz eden iki durum daha bulunmaktadır. Bunlar özel askeri şirketler ve güvenlik şirketleri ile paralı askerlerin fiilleridir. Devletler tüm kamu faaliyetlerini yapma yetkisini her zaman kendisine münhasır tutmamakta, bazı durumlarda o işin yürütülmesini özel sektöre bırakmaktadır. Özellikle son zamanlarda sıklıkla karşılaşılan bu konuda, ilk önce devletin doğrudan organı olmasa da kamu gücü unsurlarını kullanma noktasında yetkilendirilmiş bu tip kişi ve kuruluşların hukuka aykırı fiillerinden devletin sorumlu

⁹³ **DÜLGER**, s. 124.

⁹⁴ Uluslararası Adalet Divanı'nın 2005 tarihli Kongo Topraklarındaki Askeri Faaliyetler Davası bu kararlar için verilebilecek ilk örnektir. Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TÜTÜNCÜ Ayşe Nur**, Milletlerarası Adalet Divanı Kararları, 1. Baskı, İstanbul, 2008, s. 55-80.

olduğunun kabul edildiği belirtilmelidir⁹⁵. Bu durum Tasarı'nın 4. maddesinde de ifade edilmiştir.

Ulus devlet anlayışının getirdiği devletlerin kuvvet kullanma yetkisini tekelinde buldurması anlayışı yakın zamanlarda ortaya çıkan silahlı çatışmalarda devlet dışı unsurların ortaya çıkması ile zayıflamıştır. Bu yeni unsurlar özel askeri şirketler ve güvenlik şirketleridir. 1960'lı yıllarda Afrika ve Orta Doğu'daki bazı ülkelerde yaşanan silahlı çatışmalarda faaliyet göstererek ilk defa ortaya çıkan bu unsurlar 1990'lı yıllarda Soğuk Savaş'ın sona ermesi ile birlikte daha fazla dikkat çekmiştir. Özellikle devlet otoritesinin yetersiz olduğu veya hiç kurulmadığı az gelişmiş ülkeler, bu şirketlerden yardım alma yoluna başvurmuştur. Aslında bu şirketler, bu tip ülkeler için etkili birer müttefik konumunda görülmüştür. Irak'ın işgali bu sektörün gelişimi için son derece belirleyici olmuş, bundan sonra gittikçe büyüyen ve önemli bir hale gelen sektör çatışma alanlarında etkin bir rol üstlenmiştir⁹⁶.

Söz konusu gelişimin ardından, özel askeri şirketler ve güvenlik şirketleri ile yapılan işbirliği devletler açısından daha az maliyetli olması, üstelik buna karşın daha fazla teknolojik ve askeri gücün kullanılabilmesi⁹⁷, ayrıca gerek ulusal gerek uluslararası kamuoyunda karşılaşılan siyasi baskı ve sorumluluğu en aza indirmesi dolayısıyla sıklıkla tercih edilen bir uygulama olmuştur⁹⁸. Ayrıca bu yolun tercih edilmesinde özel askeri şirketlerin ve güvenlik şirketlerinin paralı askerlere oranla daha yasal, sürekli ve hiyerarşik bir düzene sahip olmasının da etkisi vardır.

Sayılan bu olumlu özellikleri yanında eleştirilen yanlara da sahip olan bu şirketler, özellikle devlete ait olan kuvvet kullanma yetkisini

⁹⁵ ERKİNER, s. 128-129; ÖKTEM Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 594.

⁹⁶ TOPAL Ahmet Hamdi, "Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:60, Sayı: 4, 2011, s. 964-966.

⁹⁷ Önceden sadece güçlü devletlerin sahip oldukları askeri imkânlar bu şirketler aracılığıyla diğer devlet veya devlet dışı unsurlar tarafından da kullanılabilir.

⁹⁸ TOPAL, 965.

kullandığı için devlete yüklenecek sorumluluğu azalttığı yönünde eleştirilere maruz kalmaktadır. Uluslararası hukukta hakkında herhangi bir düzenleme bulunmayan bu şirketlerde çalışanların hukuki statüsü de belli olmadığından özellikle sorumluluk noktasında ciddi tartışmalar vardır. Ancak devlet ile bağı kurulması durumunda, bu şirketlerin çalışanlarının bir silahlı çatışmada savaşıyor statüsüne sahip olacağı ve bu nedenle hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumlulukları doğacağı kabul edilmektedir. Böyle bir bağ kurulamazsa da bu çalışanların sivil olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmelidir⁹⁹.

Verilen bilgiler çerçevesinde, uluslararası hukukta silahlı çatışmalarla bağlantılı askeri hizmetler sunan kar amaçlı ticari kuruluşlar, olarak tanımlanabilecek olan bu tip şirketlerin, kullanılmasını yasaklayan bir düzenleme de bulunmadığından, bahsedilen kuruluşların kolayca faaliyet gösterdikleri ifade edilmelidir¹⁰⁰.

Sözü edilen şirket çalışanlarının hukuka aykırı fiilleri için devletin sorumluluğu konusu, Irak'ta Ebu Garip Cezaevi'ndeki mahkumlara yönelik işlenen suçlar dolayısıyla, fiilleri işleyen şirket çalışanlarının yargılanmaması ve cezasız kalması sonrasında uluslararası hukuk için daha ciddi bir gündem olmuştur¹⁰¹. Bu durum, Devletin Sorumluluğuna İlişkin Tasarı kapsamında farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Daha önce de belirtildiği üzere devlet, organlarının fiillerinden ötürü sorumludur. Ancak özel askeri şirketlerin ve güvenlik şirketlerinin devletin bir organı olarak kabul edilmesi doğru değildir. Bu nedenle devletin bu şirketlerin fiillerinden sorumlu olması, ilgili şirketlerin kamu gücü unsurlarını kullanma konusunda yetkilendirilmelerine bağlıdır (5. madde gereğince). Bu durumda devlet, ilgili şirket çalışanlarının hukuka aykırı fiillerinden sorumlu olacaktır. Eğer böyle bir yetkilendirme yok ise, bu durumda da 8. madde kapsamında devletin şirketleri talimatla yönlendirip yönlendirmediği veya şirketlerin devletin denetimi altında olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁰².

⁹⁹ **DÜLGER**, s. 133-150.

¹⁰⁰ **TOPAL**, s. 967.

¹⁰¹ **TOPAL**, s. 976.

¹⁰² **DÜLGER**, s. 153.

Kısaca teorik açıdan devletin paralı askerleri veya bu tip şirketleri silahlı kuvvetlerine dahil etmesine bir engel bulunmadığı, ancak açıkça böyle bir şey yapılmadığı sürece bunları ilgili devletin silahlı kuvvetlerinden kabul etmenin mümkün olmadığı belirtilmelidir¹⁰³.

Savaşın ortaya çıktığı ilk zamanlardan beri kullanılan paralı askerler¹⁰⁴ ise, 17. yüzyıldan itibaren ortaya çıkan devlet algısı nedeniyle gittikçe daha az başvurulan bir yol olmuştur. Ancak paralı askerlerin modern askeri şirketlerin öncüleri olduğu ifade edilmelidir¹⁰⁵.

Zaman içinde paralı askerlerin para kazanmak için bu işi yapması ve daha çok para veren tarafın yanında olması gibi sebepler, paralı askerlere daha az başvurulmasına yol açmıştır. Ancak paralı asker uygulaması, 1950'li yıllardan sonra özellikle sömürge altında yaşayan halkların bağımsızlık mücadelelerinde tekrar gündeme gelmiştir. Bu durum da meşruiyeti tartışmalı olan paralı askerleri tekrar inceleme konusu yapmıştır¹⁰⁶.

Paralı askerler, 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol'ün 47. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir;

“1. Bir paralı asker muharip ya da savaş esiri olma hakkına sahip olmayacaktır.

2. Aşağıdaki tanımlara uyan kişiler paralı askerdir:

a) Ülke içinde ya da yurt dışında, silahlı bir çatışmada savaşmak üzere silahlı hizmete kaydedilmiş;

b) Muhasamata doğrudan katılmış olan;

c) Esasen özel kazanç arzusu ile muhasamatta yer almak istememiş olan ve aslında, çatışmanın bir Tarafınca ya da Taraf adına, işbu Tarafın, silahlı kuvvetlerindeki benzer rütbe ve görevler için muhariplere öngördüğü veya ödediği miktarın oldukça üstünde maddi karşılık alacağı vaat edilen;

¹⁰³ TOPAL, s. 984.

¹⁰⁴ Paralı askerler için “kazanç amacıyla bir araya gelen ve çatışmalar sona erdiğinde dağılan şahıslar ya da bu şahısların oluşturduğu geçici askeri gruplar” şeklinde bir tanım yapılabilir. TOPAL, s. 977.

¹⁰⁵ TOPAL, s. 977.

¹⁰⁶ DÜLGER, s. 157.

d) Ne çatışmanın Taraflarından birinin vatandaşı olan ne de çatışmanın bir Tarafınca kontrol edilen topraklar üzerinde ikamet eden;

e) Çatışmanın Taraflarından birinin silahlı kuvvetlerine mensup olmayan ve

f) Çatışmanın Taraflarından olmayan bir Devlet tarafından işbu devletin silahlı kuvvetlerinin bir mensubu olarak resmi görevle gönderilmemiş olanlar¹⁰⁷.”

Bu Protokol paralı askerlik konusunu ele alan ilk uluslararası düzenlemedir. Ancak düzenleme metnindeki “ve” ifadesinden de anlaşılacağı üzere kişinin paralı asker olarak kabul edilmesi için 2. fıkradaki bütün şartların birlikte bulunması gerekmektedir. Bu da hükmün uygulanmasını nerdeyse imkânsız hale getirmektedir. Ayrıca madde sadece paralı askerleri savaş esiri statüsünden mahrum etme esasına dayanmaktadır. Ancak bu tür faaliyetleri yasaklayan ya da cezalandıran bir hükme Sözleşme’de rastlanmamaktadır¹⁰⁸.

Paralı askerlere ilişkin diğer uluslararası sözleşmeler ise 1977 tarihli Afrika’da Paralı Askerliğin Kaldırılmasına İlişkin Afrika Birliği Sözleşmesi ve 1989 tarihli Paralı Askerlerin Çalıştırılması, Kullanılması, Finanse Edilmesi ve Eğitilmesine Karşı Uluslararası Sözleşme’dir¹⁰⁹. Her iki sözleşmede de tüm yetersiz yanlarına rağmen yukarıda bahsedilen Protokol’deki hüküm esas alınmış, ancak bu sözleşmelerde sözü edilen hükümden farklı olarak taraf devletlere paralı askerlik tanımına uyan kişileri ayrı bir suç kategorisi içinde yargılamaları şeklinde bir yükümlülük getirilmiştir¹¹⁰.

3. Devletin Talimatı, Yönlendirmesi veya Kontrolü Altında Hareket Eden Kişi ya da Grupların Fiillerinden Sorumluluğu

Yukarıda ifade edildiği üzere, devletin özel kişi veya grupların fiilleri dolayısıyla gerçekleşen insancıl hukuk ihlallerinden ötürü herhangi bir sorumluluğu yoktur. Ancak ihlal teşkil eden fiili

¹⁰⁷ Protokol metni için bkz. Erişim adresi: <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, erişim tarihi: 28.04.2016.

¹⁰⁸ **TOPAL**, s. 982.

¹⁰⁹ **DÜLGER**, s. 159.

¹¹⁰ **TOPAL**, s. 984.

gerçekleştiren özel kişi veya gruplar devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket ettiği zaman bu kural değişecektir. Böyle durumlarda devlet, ortaya çıkan ihlallerden sorumlu olacaktır.

Bazı durumlarda, devlet ihlalin gerçekleştirilmesi sırasında söz konusu fiili gerçekleştirmemekte, fiil devlete atfedilememektedir. Ancak sonrasında devlet ilgili fiili onaylamakta veya benimsemektedir. Bu gibi durumlarda da devletin bir talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altında olmasa da özel kişi veya gruplarca gerçekleştirilen ihlal teşkil eden fiiller devletçe onaylandığı veya benimsendiği için devlet için sorumluluk ortaya çıkacaktır¹¹¹.

Son olarak belirtmelidir ki, tüm bu aykırılıklar durumunda uluslararası silahlı çatışmalar için devletin sorumluluğu devletler arasında özel bir anlaşma yoksa uygulanan uluslararası hukukun genel ilkeleri gereğince ileri sürülmek zorundadır. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için ise uluslararası silahlı çatışmalar için uygulanan hükümler kıyas yoluyla uygulanmalıdır¹¹².

SONUÇ

Devletin sorumluluğu konusu hemen hemen uluslararası hukukun oluşması ile birlikte ortaya çıkmış, uluslararası hukuk bakımından oldukça önemli ve dikkat çeken bir konudur. Özellikle gelişen teknoloji ve yaşanan savaşlar dolayısıyla insanlara verilen zararın ciddi seviyelere ulaşması, devletin sorumluluğu konusunu bu bakımdan daha önemli bir hale getirmiştir. Böylece, zaten önem arz eden bu konunun insancıl hukuk gibi insanın temel varlığını korumayı amaçlayan kurallar açısından ele alınması bir zorunluluk halini almıştır.

Çalışmada da ifade edildiği gibi uluslararası hukukta devletin sorumluluğuna ilişkin ilkeler zaten mevcuttur. Bunlar özel bir alt başlık olan devletin insancıl hukuk ihlalleri dolayısıyla sorumluluğu için de geçerli olan kurallardır. Buna göre devlet kendine atfedilebilen fiiller sonucu ortaya çıkan insancıl hukuk ihlallerinden ötürü sorumludur. Devletin bizzat organlarınca işlenen ihlallerin yanı sıra silahlı kuvvetlerince işlenen ihlallerden dolayı da sorumluluğu söz konusudur.

¹¹¹ DÜLGER, s. 166.

¹¹² PAZARCI, s. 650-651.

Ayrıca her ne kadar devlet, kural olarak özel kişi veya grupların fiilleri sonucu ortaya çıkan insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu olmasa da bu durumun istisnaları vardır. Örneğin, özel kişi veya grupların fiilleri devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altında işlenmişse ya da devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü bulunmasa da işlenen fiil sonrasında devlet tarafından onaylanmışsa veya benimsenmişse devletin sorumluluğu doğacaktır.

Tüm bu sorumluluk halleri insancıl hukuk gibi önem arz eden kurallar için gereklidir. Ancak devletin sorumluluğunun kapsamı ve nerede son bulduğu, hangi durumlarda ortadan kalkacağı da belirlenmesi gerekli olan diğer noktalardır. Yine gelişen dünya düzeni içerisinde ciddi bir tehdit olan ve oldukça önemli zararlara sebebiyet veren terörist hareketler dolayısıyla devletin sorumluluğu konusu incelenmesi gereken bir başka durumdur. Çünkü bu konunun genel kurallarla çözülmeye çalışılması durumunda, devlet bu tip özel kişi veya grupların (terör örgütleri) fiillerinden ötürü sorumlu olmayacak, ancak çalışmada da yer verilen istisnai durumlar var ise sorumlu olacaktır.

Halbuki böyle bir durumda ortaya çıkan manevi zararları bir kenara bırakırsak, maddi zararlar çok büyük olmakta ve vatandaşın bunu tek başına göğüslemesi mümkün olmamaktadır. Bu konuda pek çok ülkede devletin risk sorumluluğu gereği zararları tazmin etmesi gerektiğini kabul etmiştir.

KAYNAKLAR

ASLAN Muzaffer Yasin, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, 3. Baskı, Ankara 2006.

AKSAR Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2012.

ATAÖV Türkkaya, “Savaş Suçları Uluslararası Mahkemesi: Jenosit Oturumu”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 23/2, 1968, ss. 319-333.

BAGHERI Saeed, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Nükleer Silahlar, 1. Baskı, Ankara 2015.

BAŞAK Cengiz, Uluslararası Ceza Mahkemeleri ve Uluslararası Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2003.

BEYAZIT Özgür, “La Haya Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne Giden Süreçte Uluslararası Ceza Yargılaması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Sayı:5, 2011, ss. 309-338.

BOZKURT Enver, KÜTÜKÇÜ M. Akif, POYRAZ Yasin, Devletler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2015.

CASSESE Antonio, International Criminal Law, New York 2008.

CRAWFORD James, OLLESON Simon, “The Nature and Forms of International Responsibility”, (ed. Malcolm D. EVANS), International Law, New York 2010.

CRYER Robert, FRİMAN Hakan, ROBINSON Darryl, WILMSHURST Elizabeth, An Introduction To International Criminal Law and Procedure, 2. Baskı, New York 2010.

ÇAKMAK Cenap, Uluslararası Hukuka Giriş, 1. Baskı, Bursa 2014.

DEMİRAĞ Fahrettin, “Uluslararası Ceza Divanı, Savaş Suçları-Saldırı Suçu, Mevzuatımıza Göre Savaş Hali”, Feridun Yenisey (Ed.), Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, ss. 89-122.

DÜLGER Kenan, Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2015.

ELÇİN ERTUĞRUL Ümmühan, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2012.

ERDAL Selcen, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara 2010.

ERKİNER Hakan Hakkı, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2010.

GREEN L. C., “Political Offences, War Crimes and Extradition”, International and Comparative Law Quartely, Cilt:11, Sayı:2, Nisan-1962.

GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk, 8. Baskı, İstanbul 2014.

HOŞ Serdar H., Haklı Savaş ve İnsancıl Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2013.

KARAKEHYA Hakan, “Uluslararası Ceza mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, AÜHFD, Cilt:57, Sayı: 2, 2008.

KAYA İbrahim, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Ankara 2013.

KLABBERS Jan, International Law, New York 2013.

LEE Roy S., The International Criminal Court The Making of The Rome Statute Issues, Negotiations, Results, Londra 1997.

ÖKTEM Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, 1. Baskı, İstanbul 2011.

ÖKTEM Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2013.

ÖNDER Orhan, Birleşmiş Milletler Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, Ankara 2006.

ÖRNEK Serdar, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, 1. Baskı, Ankara 2013.

PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 12. Baskı, Ankara 2013.

SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 2013.

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2014.

TOPAL Ahmet Hamdi, “Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Statüsü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:60, Sayı: 4, 2011, ss. 963-1021.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, Milletlerarası Adalet Divanı Kararları, 1. Baskı, İstanbul 2008.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, 1. Baskı, İstanbul Şubat-2012.

ÜNAL Şeref, Uluslararası Hukuk, Ankara 2005.

VAN DER WOLF Willem-Jan, War Crimes, The Netherlands 2010.

YARWOOD Lisa, State Accountability under International Law, Londra ve New York 2012.

İnternet Kaynakları

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm. (erişim tarihi: 22.08.2016)

<https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>. (erişim tarihi: 28.04.2016)

**1879 USUL-İ MUHAKEME-İ HUKUKİYYE KANUN-I
MUVAKKATİ'NDE İMZA VE MÜHRE İTİRAZ VE
İTİRAZIN İNCELENMESİ**

Arş. Gör. İbrahim ÜLKER*

**IN THE 1879 RULES OF PROCEDURE OF THE CIVIL
COURT(1879 USUL-İ MUHAKEME-İ HUKUKİYYE
KANUN-I MUVAKKATİ), OBJECTION TO SIGNATURE
AND SEAL, EXAMINATION OF THE OBJECTION**

ÖZET

Osmanlıda, Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu 1879 yılında kabul edilmiş ve 1927 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Bu kanun, nizamiye ve ticaret mahkemelerindeki yargılama işlemlerini düzenlemek üzere çıkarılmıştır.

1879 yılında yürürlüğe giren kanunda imzaya itiraz ve bu itirazın nasıl inceleneceği de düzenlenmiştir. Bu çalışma ile Tanzimat döneminde imzaya itiraz ve itirazın nasıl inceleneceği, dönemin mevzuatı, usul kitapları ve temyiz mahkemesi kararları incelenerek ortaya konulmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: Nizamiye Mahkemesi, Tanzimat, Usul Kanunu, İmzaya İtiraz.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

ABSTRACT

In Ottoman Empire, the Rules of Procedure of the Civil Court was adopted in 1879 and it remained in force until 1927. This law has been issued to regulate the proceedings in the civil and commercial courts.

The code which entered into force in 1879, has an objection to the signature and how the objection will be examined. With this study, it was tried to put forward the objection to the signature and the examination of the objection during the Tanzimat period by examining the legislation of the period, procedural books and appeal court decisions.

KEYWORDS: *Civil Court, Tanzimat, Law of Procedure, Objection to signature.*

I. GİRİŞ

Osmanlıda, Tanzimat'ın ilanından sonra yeni mahkemeler kurulmuş, kurulan yeni mahkemelerin yargılama işlemlerini düzenlemek için usul kanunlarına ihtiyaç duyulmuştur.¹ Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-ı Muvakkati² 1879 yılında kabul edilmiş ve 1927 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Nizamiye ve ticaret mahkemelerindeki yargılama işlemlerini düzenlemek üzere çıkarılan bir kanundur.³

Kanun, Şûrâ-yı Devlet üyeleri tarafından Fransız ve İtalyan mevzuatının yanı sıra Mecelle Cemiyeti'nin hazırlamış olduğu taslak metinden de yararlanılarak hazırlanmıştır. İkinci, Mecelle Cemiyeti'nin hazırlamış olduğu taslağın kanunda çok önemli bir ağırlığa sahip olduğu, tespitinden yola çıkarak, bu kanunun Avrupa'dan iktibas edilen kanunlardan sayılması yerine, yerli bir kanun olarak değerlendirilmesi gerektiği, görüşünü ileri sürmüştür.⁴ Gerçekten de bu kanunda şahitlerin

¹ EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Osmanlı Mahkemeleri**, Arı Sanat Yay, İstanbul,2004, s.41

² Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-ı Muvakkati, **Düster**, 1. Tertip, 4. Cilt, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1293, s. 257.

³ AVCI, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, Konya, 2015, s.569.

⁴ EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Ateş İstidası**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2001, s.167.

tezkiyesi gibi İslam hukuku temelli kurumlara yer verilmiştir.⁵ Mecellenin *dava* ve *beyyinat* kitapları başta olmak üzere, yargılamayla ilgili hükümleri ile uyumlu düzenlemelere yer verilmiş ve bazı konularda Mecelle'ye atıflar yapılmıştır.⁶

Yazılı belgenin yargılamada delil niteliğine sahip olduğu, Tanzimat döneminde tartışmasız olarak kabul edilmiştir. Usul kanununda “hucec-i hattıye” olarak ifade edilen yazılı belgelerin neler olduğu Osmanlı hukukçuları tarafından da açıklanmıştır. “*Hucec-i hattıye beraet-i sultani ve kuyud-ı defter-i hâkâni ve müddea aleyhin bi'l-muhakeme mahkumiyetine dair bir mahkeme-i şer'ıye veya nizamiyeden suret-i kat'ıyyede verilip tasni' ve tezvirden âri olan ilamât ile müddea aleyh tarafından verilmiş imzalı veya mühürlü senedat-ı resmiyye ve gayri resmiyye ve tüccarın mu'teddün-bih olan defterinden ibarettir.*”⁷

Bu çalışma ile Tanzimat döneminde imzaya itiraz ve itirazın nasıl inceleneceği, başta Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu olmak üzere

⁵ Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu 89. madde: “*Şahadetin nisabı ve keyfiyeti iddiası ve şurut-ı esasıyesi ve davaya muvafakati ve şahitlerin ihtilaf ve ifadatı ve iddia-yı şahadetten sonra tezkiyeleri veyahut şahadetten nükülleri hususları Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin kitabü'l-beyyinatına tevfiik olunur.*” Ahmet Ziya, **Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu Şerhi ve Zeyli**, Cihan Matbaası, İstanbul, 1329, s.363

⁶ BAYINDIR, Abdülaziz, “**Osmanlıda Yargının İşleyişi**” Osmanlı (Teşkilat), Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, C. 6, s. 434; “*İsbat-ı müddea zımnında ibraz olunan evrak diğer taraftan kabul olunmaz veya inkar olunur ise (Mecelle'nin) Kitab-ı İkrarın bab-ı rabiinde ve Kitab-ı Beyyinatın bab-ı sanisinde münderiç olan ahkama tevfiik muamele olunur...*” Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu Muvakkati, 56. madde, **Düstur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.269.

⁷ Arisdages Kasbaryan, **Hukuk Müşaviri**, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1314 (1897), s.107; Arisdages maddede sayılan hücceti hattıye'ye ek olarak resmi ve adi senet ile tacirin defterlerini de eklemiştir. Halbuki Usul Kanunu 90. maddesinde kesin deliller “*Hucec-i hattıye, beraet-i sultani ve kuyud-ı defter-i hakani ile müddea aleyhin bi'l-muhakeme mahkumiyetine dair bir mahkeme-i şer'ıye ve nizamiyeden suret-i kat'ıyyede verilip tasni' ve tezvirden müberra olan ilamlar olarak bunlar sübutu müddeaya kafî addolunur.*” şeklinde zikredilmiştir.

dönemin mevzuatı, usul kitapları ve Temyiz Mahkemesi⁸ kararları incelenerek ortaya konulmaya çalışılmıştır.

II. YARGILAMADA İMZAYI İNKÂR

Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye Kanununun 72. maddesine göre bir kimse, yargılama esnasında kendisine atfedilen bir senet ibraz edildiğinde, senet üzerindeki imzayı ikrar veya inkâr etmeye mecburdur. Mahkemeler yargılamada bu hususu gözetmek zorundadır. Temyiz Mahkemesi kararları da bu yöndedir. Mahkeme bir kararında davalının sunmuş olduğu senedin davacı vekiline gösterilerek senet altındaki imza ve mührün⁹ müvekkiline ait olup olmadığının sorulmasını, senedin davacı vekili tarafından inkâr edilmesi durumunda yazı ve mühür incelemesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesini istemiştir.¹⁰

⁸ 1879 yılında yapılan yeni düzenlemeler ile o döneme kadar yerel mahkemelerin kararlarını temyiz yolu ile inceleyen Divan-ı Ahkam-ı Adliye kaldırılmış yerine Mahkeme-i Temyiz kurulmuştur. EKİNCİ, **Ateş İstidası**, s.162.

⁹ Mühür yaptırılması, taşınması ve kullanılması Osmanlı toplumunda çok yaygın bir durumdu. Devlet memuru olsun yada olmasın genellikle herkesin kendine özgü bir şasi mührü bulunur, düzenlediği evraklarda bu mührü kullanırdı. Kişilerin kullandığı mühürlerde sahteliği önlemek için resmi dairelerde kişilerin kullandıkları mühür örneklerinin bulunduğu “tatbik mührü” adı verilen defterler tutulurdu. Mühürçülerde hazırladıkları mühürlerin örneklerini bir defterde bulundurmak zorundaydılar. KÜTÜKOĞLU Mübahat S., **“Mühür”** Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Yıl:2006, Cilt:31, s.510

¹⁰ “*icabı müzakere olundukta ilam-ı mezkur mealinden müstebân olduğu üzere müddeaaaleyhin ibraz eylediği senet müddei vekiline bi'l-irâe senedi mezkur zîrindeki imzai müvekkilinin olup olmadığı sual olunarak inkar halinde Usul-ü Muhakeme-i Hukukiye Kanununun tatbiki hat ve hatem faslına tevfikan tetkikat icrası lazım gelir iken bu yolda icra-i muamele edilmemiş olduğu gibi şahadet-i vakıa kabul olan Mecellenin 1713 üncü maddesinin ikinci fıkrası mucibince şuhud-ı merkumenin zamanda ihtilafları şahadetlerinin kabulüne mani olamaz iken mahkemece kabul edilmemesi ve hususiyile şahitlerin esbab-ı saire-i kanuniyeden dolayı şahadetlerinin kabul olunmadığı halde müddeaaaleyhin bu babda müddeiye bir yemin teklifi hakkı derkar bulunmuş iken bu cihetin dahi nazarı dikkate alınmaması yolsuz ve usul kanununa muğayir olduğundan Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye kanununun 232 inci maddesi mucibince ilam-ı mezkurun nakzına ekseriyet*

Mahkemeye sunulan belgedeki imza veya mührün ikrar etmesi durumunda mecellenin “ikrar bi'l-kitabe” faslında bulunan hükümler uygulanır. Bir kimse kendisine arz olunan mühür ve imzayı inkâr veya ikrar etmeyip sükût eder ise inkâr etmiş sayılır.¹¹

Mecellede düzenlendiği üzere bir kimsenin yazısını ve mührünü kabul etmesi durumunda bir sorun bulunmamaktadır. Yazı ile amel olunur. Ancak yazısını veya mührünü inkâr etmesi durumunda nasıl bir yol takip edilmesi gerektiği Mecelle'nin yanı sıra Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanununda da düzenlenmiştir. Buna göre hat ve hatem tatbiki yapmak gerekmektedir ve bu işlem adliyece icra edilen bir tahkikat muamelesidir. Hat ve hatem tatbiki, hususi imzası veya mührü kendisine sunulup, ilgilisi tarafından inkâr edilen bir senedin, o kişi tarafından imzalanıp imzalanmadığını, mühürlenip mühürlenmediğini açığa çıkaran bir yöntemdir.¹²

Hat ve hatem tatbiki, yani yazı ve mühür incelemesi, kişiler arasında düzenlenen resmi senetler dışındaki adi belgeler için söz konusudur.¹³ Usul Kanununun 72. maddesinde düzenlendiği üzere, bir resmi makam tarafından yazılan veya kişiler arasında düzenlenerek resmi bir makam tarafından tasdik edilerek resmi senet hükmünü kazanan senetler hakkında yapılan itirazlar için yazı ve mühür incelemesi yapılamaz. Zira resmi senetle düzenlenen bir konuda kanuni bir teminat bulunduğu için sahteliği iddia edilip ispat edilinceye kadar bu senetler geçerli kabul edilmektedir.¹⁴

aza ile karar verildi.” Arisdages Kasbaryan, İlamat Torbası Yahud Tefsir-i Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1316, s.229; Temyiz Mahkemesinin benzer nitelikteki 13 Nisan 1312 tarihli kararı için Bkz: Kasbaryan, İlamat Torbası, s.274-275.

¹¹ Mecelle 1822. madde, **Düstur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.120; Ali Haydar, **Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkam**, Hukuk Matbaası, İstanbul, 1330, C.IV, s.758.

¹² Abdurrahman Talat, **Zeyl-i Sâk ve Şerh-i Usûl-i Muhakeme-i Hukukiye**, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul,1302(1885), s.158.

¹³ Kasbaryan, **Hukuk Müşaviri**, s.165.

¹⁴ Ahmet Ziya, **Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Şerhi**, Karabet Matbaası, İstanbul,1322, s.423.

Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkati'nde imza ve mührün inkâr edilmesi durumunda imza incelemesi yapılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle Temyiz Mahkemesi imza ve mühür incelemesi dışında, belge üzerine konulan bir işaretin sahibine ait olup olmadığı konusunda inceleme yapılmasının kanuna aykırılık teşkil edeceği beyan edilmiştir. Örnek kararda mahkemeye sunulan senet, davalı tarafından parmak basılarak işaretlenmiştir. Senet altındaki işaretin davalı tarafından inkâr edilmesi üzerine yerel mahkeme tarafından bilirkişi incelemesi yapılmış ve rapor doğrultusunda karar verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Temyiz Mahkemesi parmak izi incelemesi yapılmasının kanuna aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁵

III. İMZA İNKÂRINDA MAHKEME TARAFINDAN İZLENECEK YOLLAR

Kanunun ilgili maddelerine göre, muhakeme esnasında taraflardan biri, bir adi senet ibraz eder ve karşı taraf bu senet üzerindeki kendisine ait olduğu iddia edilen imza veya mührü inkâr ederse olayın özelliklerine göre dört farklı durumdan bahsedilebilir.

Birincisi: İmza ve mührün meşhur ve bilinen olması durumudur. Bu durumda bilirkişi tayin edilerek inceleme yaptırılmasına gerek yoktur. İmza ve mühür ister hayatta, isterse ölmüş bir kişiye ait olsun mühür ve imzanın insanlar arasında şöhreti ve bilinirliği mahkeme tarafından tespit edilir.¹⁶ Bir imzanın veya mührün meşhur olduğunun tespiti mahkemede hazır bulunan veya dışarıdan getirilecek insanların

¹⁵ “icab-ı müzakere olundukta ilam-ı müzakere mealinden münfehim olduğu üzere esna-i muhâkeme-i iptidaiyede ibraz olunan senedi müdde aleyh İliya'nın inkar etmesine ve sened-i mezkurun imza ve mühre havi olmayıp yalnız parmak işaretine müştemil bulunmasına nazaran mahkemece senedi mezkurun müdde aleyhin olduğu müddeiye ispat ettirilmek lazım gelir iken, senedin ispatı cihetine gidilmeyerek hat ve hatemden ma'dud olmayan parmak işareti hakkında tetkik-i hat ve hatem kaidesine tevfi kanun icra-i tetkikat ile ehlihibre canibinden vuku bulan ihbara binaen hükmedilmesi muğayir-i kanun olduğundan Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanununun 232inci maddesi mucibince ilam-ı mezkurun nakzına mütefekkan karar verildi. 29 Teşriisani 1306 (1890)” Kasbaryan, **İlamat Torbası**, s.277.

¹⁶ Usul Kanunu 101. madde, **Düster**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.279.

beyanlarının tutanakla tespiti ile olur.¹⁷ Bu durumu düzenleyen usul kanununun 101. maddesi ile Mecellenin 1610. maddesi birbirini destekler niteliktedir, Tanzimat dönemi hukukçularından Ahmet Ziya, Usul Kanunu'nda yapılan bu düzenleme ile İslam fihhının ortaya konulduğu kadim kitaplardaki usulün kanunda da benimsendiğini söylemektedir.¹⁸

Bir yazı yada mührün meşhur ve mütearef olduğu sabit değil ise; diğer maddelerde düzenlendiği usul ile, imza ve mühür incelemesi yapmaksızın hüküm kurmak caiz değildir.¹⁹ Ayrıca bir yazı yada mührün mahkeme heyeti tarafından biliniyor olması hüküm kurulması için yeterli değildir. Zira hukuk yargılamasında hâkim kendi ameli ile hüküm kurma yetkisine sahip değildir.²⁰

İkincisi: İnkâr olunan mühür ve imzayı kanunun 99. maddesinde yazılan üç nevi evraktan biri ile tatbik etmektir. Bu üç nevi evrak maddede şu şekilde açıklanmıştır. “...evvelen, mahkeme veyahut memuru mahsus huzurunda tasdik olunmuş huzuru mahkemede deaviye dair evrak üzerine vaz’ ve tahrir kılınmış yani senedat-ı resmîyeden madud olmuş olan evrakta muharrer ve mevzu’ hatem ve imzadır.

Saniyen, yazısı tatbik olunacak kimsenin devlet memuriyetinde iken yazmış olduğu evrak-ı resmîyedir.

Salisen, müddeâ aleyh tarafından imza ve tahtim olunduğu ikrar ve itiraf olunan senedat-ı adiyeden ibarettir.

Müddeâ aleyhin münkir olduğu adi bir senetteki hatem imza kendisinin olduğuna mukaddemen bir mahkeme tarafından hükmedilmiş olsa bile medarı tatbik olunamaz.”²¹

¹⁷ Abdurrahman Talat, s.160-161.

¹⁸ Ahmet Ziya, **Zeyl**, s.385.

¹⁹ Temyiz Mahkemesi tarafından verilen bir kararda senedi düzenleyen kişinin senet altındaki mührünün davalının başka belgelerde kullandığını gerekçe göstererek imza ve mühür incelemesi yapmaksızın belgeye dayanarak hüküm tesis etmesini hukuka uygun görmeyerek istinaf mahkemesi kararını 30 Temmuz 1300 tarihli kararı ile bozmuştur. Kasbaryan, **İlamât Torbası**, s.137.

²⁰ Ahmet Ziya, **Zeyl**, 386.

²¹ Usul Kanunu 99. maddesi, **Düştur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.279.

Üçüncüsü: İstiktabdır, yani mühür ve imzayı inkâr eden kişi hayatta ise, ona yazı yazdırarak iki yazıyı mahkeme huzurunda tayin edilecek bilirkişilere inceletmektir.²² Kanunun 99. maddesine göre bu işlem şu şekilde icra edilir: Mahkeme tarafından tayin olunacak gün ve saatte davacı ve davalı mahkemede hazır bulunurlar, bilirkişi heyeti toplanır. Bilirkişi heyeti huzurunda imzayı inkâr eden kişiye yeterli miktarda yazı yazdırılır. Heyet tarafından bu yazı ile inkâr edilen evrak üzerindeki yazı ile mukayese edilerek incelenir.²³ Ancak bu usul, Osmanlı hukukçuları tarafından ikinci usulden daha zayıf bir delil olarak görülmüştür. Zira mahkeme huzurunda yazı tatbiki yaptırılacak olan kimse, elinden geldiği kadar eski yazısına benzemeyen bir yazı ile yazı tatbiki yapacaktır.²⁴ Bu nedenle yalnızca istiktab yoluna başvurarak bir evrak üzerindeki yazının inkârı ile ilgili iddialar kabul edilemez.

Dördüncüsü: kanunun 103. maddesinde düzenlendiği üzere senedin yazıldığını veya onda mühür ve imza konulduğunu görenlerin ifadelerine başvurmaktır. *“Münazi’ fi h olan senedin yazıldığını veyahut da müdde aleyhin ol senede vaz’i hatem veya imza ettiğini görenler ile hakikat-i hali zahire ihracına medar olabilecek vukuattan haberdar olanların ifadeleri istima’ ve münaziün fi h olan senet kendilerine ibraz ve irae ile suret-i ifadeleri bittahrir kendilerine imza ettirilir.”*²⁵ Kanunda, yazının yazıldığını gören şahitlerin yanı sıra; taraflar arasında yapılan sözleşmeyi bilen kimselerin de evrakın sıhhatinin tespitinde şahit olarak dinlenebilecekleri belirtilmiştir. Zira taraflar arasında yapılan sözleşmeyi bilen kimselerin tedariki, taraflar arasında yapılan bir mukavelenin yazıldığı anda gören kimselerin tedarikinden daha kolay bir durumdur.²⁶

Mahkeme imza inkârına ilişkin olarak yapacağı incelemede yukarıda beyan olunan dört yolun hepsini birden kullanabileceği gibi bu yollardan yalnızca biri, mahkemede kanaat oluşması için yeterli olmuş ise, bu yolla yetinip diğer yollara başvurmayabilir. Ancak kanunun 99.

²² Usul Kanunu 102. maddesi, **Düstur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.279.

²³ Usul Kanunu 99. Maddesi, **Düstur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.279.

²⁴ Abdurrahman Talat, s.161; Ahmet Ziya, **Zeyl**, s.381.

²⁵ Usul Kanunu 103. maddesi, **Düstur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.279-280.

²⁶ Ahmet Ziya, **Zeyl**, 388; Kasbaryan, **Hukuk Müşaviri**, s.166.

maddesinde beyan edilen ve inkar edenin daha önceden düzenlemiş olduğu, imza incelemesinde kullanılmaya elverişli evrak var iken bu yolu kullanmayarak yalnızca inkar edenin mahkeme huzurunda yazı örneklerinin alınması ile yetinmek caiz olmaz. Ancak inkâr edenin daha önce düzenlediği evraklar ile itiraza konu evrak üzerindeki yazı ve mührün karşılaştırılmasından sonra yazı tatbiki ve şahit istemek caizdir.²⁷

IV. İMZAYA İTİRAZIN İNCELENMESİ

A. Bilirkişilerin Seçimi ve Naip Üye Tayini

Muhakeme esnasında ibraz edilen adi senet üzerinde yazı ve mührün tetkik ve tatbiki icap olduğu zaman, mahkeme bu yönde bir karar vererek Kanununun 97. maddesinde belirtildiği üzere üç kişiye bilirkişilik emri ve teklifinde bulunur. Yargılamanın tarafları aralarında görüşerek bilirkişilik yapacak isimler üzerinde anlaşmaları mümkün ise, aralarında görüşerek bilirkişilik yapacak kişileri belirleyebilirler. Aralarında yargılama esnasında görüşüp anlaşmaları mümkün değil ise, duruşma başka bir güne ertelenerek üzerinde ittifak ettikleri kişilerin isimlerini mahkemeye bildirmeleri istenir. Belirlenen günde taraflar, kararlaştırdıkları isimleri mahkemeye bildirirler. Mahkeme bu bilirkişileri ihzar eder. Taraflar bilirkişi isimleri üzerinde ittifak edemezler ise mahkeme doğrudan doğruya bilirkişileri belirleyebilir. Her iki durumda da bilirkişilere nezaret etmek üzere mahkeme azalarından biri naip üye olarak belirlenerek bir heyet oluşturulur. Naip üye olarak tayin edilen kimse incelemenin yapılması için bir gün tayin eder ve tarafların ve naip üyenin gözetiminde bilirkişiler tarafından yazı ve mühür üzerinde gerekli inceleme yapılır.²⁸

Temyiz Mahkemesi bilirkişi olarak belirlenen kişilerin sayısının üçten az olmasını ve öncelikle taraflara üzerinde ittifak sağlayacakları üye isimlerini vermeleri konusunda bir hak tanımaksızın bilirkişilerin mahkeme tarafından doğrudan doğruya atanmasını, kanuna aykırılık teşkil ettiği için bozma sebebi olarak kabul etmiştir.²⁹

²⁷ Abdurrahman Talat, s.161.

²⁸ Kasbaryan, **Hukuk Müşaviri**, s.165; Abdurrahman Talat, s.162-163.

²⁹ “Evvel emirde müsted’iye-i mümâ ileyh Raif Bey’in serdeylediği vazife itirazı istida daire-i aliyesince reddedilmiş olmakla esas maddenin icabı müzakere olundukda tatbiki hat ve hatem için tayin olunacak ehli hibrenin

Kanunda, imza incelemesi sürecinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak naip üye tarafından zabıt tutulması konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı şekilde kanun, tarafların ihzarı ve bilirkişilerin ne şekilde mahkemeye davet edileceğine ilişkin de bir düzenleme içermemektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayacak böyle bir işlemin sözlü olarak yapılması birçok sakıncayı beraberinde getirmektedir. Bu sakıncalar göz önüne alınarak mahkemenin belirlemiş olduğu naip üyenin, yapılacak işlemleri mahkeme huzurunda yapılan işlemler gibi zabıt ve kayıt altına alması gereklidir. Aynı şekilde tarafların ve bilirkişilerin gerektiğinde ihzar edilerek inceleme yapılacak günde, belirlenen yerde hazır olmaları için kendilerine davetiye gönderilmelidir. İnceleme yapılacak günün belirlendiği zaman mahkemede hazır iseler incelemenin yapılacağı günün tutulacak bir tutanakla tespiti ve tarafların ve bilirkişilerin belirlenen günde hazır olacaklarına ilişkin taahhütlerinin alınarak imzalarının bu tutanağın altına alınması uygun olacaktır.³⁰

Naip üyenin bu şekilde bir tutanak tutarak tarafların ve bilirkişilerin toplantı günü hazır olacaklarına ilişkin taahhüt alması ve işlemler tamamlanana kadar meydana gelen olayları bu tutanağa yazması uygun olacaktır. Tutanak tutulması, taraflar toplantı günü gelmedikleri veya getirmeyi taahhüt ettikleri evrak ve şahitleri getirmedikleri zaman, durumun mahkemeye arzını ve ihlallerin zabıt varakası ile ispatını sağlayacaktır. Mahkemenin inceleme safhasında yapılan işlemleri tutanaklardan takip edebilecek ve ona göre karar verecektir.³¹

Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye Kanununun 97inci maddesi mucibince üç kişiden ibaret olması lazım gelir iken bidayet mahkemesince iki nefer ehlihibre tayin olunmuş ve hakkı tayin ise tarafeyn-i muhasıme-yne ait ve tarafeynin imtinai halinde mahkemeye râci' iken mahkemece tarafeyne teklif edilmeksizin doğrudan doğruya kendisi ehlihibre tayin eylemesi yolsuz ve muğayir-i kanun olduğuna ve müstedinin itirazı dahi bu cihete mütedair olarak şayan-ı kabul görüldüğüne binaen Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye Kanununun 232inci maddesi mucibince ilamı mezkurun nakzına ekseriyetle karar verildi. 17 Mayıs 1313” Kasbaryan, İlamat Torbası, s.275.

³⁰ Abdurrahman Talat, s.163-164.

³¹ **Düstur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.279.

B. Naip Üye ve Bilirkişinin Vazifeleri

Naip üye ve bilirkişiler belirlenen günde toplanarak Kanunun 99. maddesinde gösterildiği üzere imzası inkâr edilen senedin tetkik ve tahkikini yaparlar. Maddeye göre naip üye, tarafından incelemeye esas olan evraka mukayese edilecek evrakın olup olmadığını sorar. Bu konuda beyanda bulunmak veya evrak getirmek için taraflara naip üye tarafından mühlet verilebilir. Taraflar aralarında istişare ederek eğer mühür ve imzayı inkâr eden mukayese edilmesi konusunda uzlaşırlarsa inkâr edilen yazı ve mührün mukayese edileceği evraklara birlikte karar verebilirler. Taraflar anlaşıp anlaşmama konusunda hürdür. Taraflar imza incelemesinde mukayese için kullanılacak evraklar üzerinde anlaşmaları durumunda, bu evrakların resmi belge yada adi belge olmaları arasında bir fark yoktur. İncelemede mukayese için kullanılabilirler. Eğer taraflar arasında anlaşma sağlanamaz ise naip üye, 99. maddede belirtilen evraklar ile yazı incelemesi yapılmasını bilirkişilerden ister.³²

Yapılacak bilirkişi incelemesinde mukayese için kullanılacak evraklar kanunda sayılmıştır. Öncelikle bir kimsenin mukâvelât muharrirlerine³³ müracaatla tahrir ettirdiği mukavelenamede mevzu ve musaddak olan mühür ve imzalar kullanılabilir. Çünkü mukâvelât muharrirleri kendi nizamnameleri hükmüne göre kendilerine müracaat eden şahısların kendilerini tanımadıkları zaman kimliklerinin tespiti için şahit dinlerler ve kişinin hüviyetini gerçek anlamda tespit etmek için gerekli olan tedbirleri alırlar. Bu nedenle mukâvelât muharrirlerinin ellerinde bulunan belgeler hile ve sahtelikten beri kabul edilir. Zabıta ve nüfus memurlarıyla bunlardan başka diğer memurlar kişilerin gerçek kimliklerini araştırmadıkları için tasdik edilmiş olsa bile, onlar tarafından alınan yazı ve imzalara itibar edilmez.³⁴

³² Ahmet Ziya, **Zeyl**, s.378.

³³ Osmanlıda 1879 Yılında Mukâvelât Muharrirleri Nizamnamesi ile bu günkü notere benzer fonksiyonlar ifa eden bir kurum oluşturulmuştur. Mukâvelât Muharririnin düzenlemiş olduğu belge kesin delil niteliğine sahiptir. GEDİKLİ, Fethi, **Kâtibiadllere Mahsus Sak Osmanlı Dönemi Noterlik İşlem Formülleri**, Türkiye Noterler Birliği Yay., Ankara, 2012, s.17.

³⁴ Kasbaryan, **Hukuk Müşaviri**, s.165; Abdurrahman Talat, s.165.

İmzayı inkâr eden kişinin mukâvelât muharrirliğinde imza ve mührü bulunmaz ise inkârda bulunan kişinin davanın görüldüğü mahkemede ya da başka bir mahkemede bu davadan evvel diğer bir hususta cereyan eden davalarda kullanılmış olan dava evrakları üzerine konulmuş bir imzası bulunur ise onunla tatbik edilir. Mahkemelerde kimlikleri kesin olarak bilinmeyen kimselerin kimliklerinin tespiti için mensup oldukları mahalle veya köy muhtarlarıyla, esnaf kethüdası veya amir veya zabıtlar tarafından düzenlenmiş ilmühaber talep ederek kimlikleri konusunda şüpheleri ortadan kaldırırlar.³⁵

Mahkeme huzurunda dava evrakı üzerine konulmuş olan imzalar yapılacak olan yazı ve mühür incelemesine esas alınarak kullanılabilir. Mahkemenin ceza, ticaret, hukuk mahkemesi olması fark etmez. Yargılama sırasında tutulan zabıtlar, hâkim huzurunda imzalanan sulh evrakları kişinin kimliği mahkeme tarafından tespit edildiği için kıyasta kullanılabilir. Bunun dışında mahkeme kâtibi veya mübaşiri huzurunda dava evrakı olmayan başka bir belge üzerine konulmuş olan imza ve mühürlerin şüpheden ari olduğu söylenemez. Ziya bu memurların yapmış oldukları işlemlerde kendilerine başvuran kimselerin gerçek kimliklerini araştırıp tespit etme zorunlulukları bulunmamaktadır. Mahkeme azalarından biri ve kâtibin bir dava ile ilgili olarak mahallinde yapmış oldukları keşif esnasında şahit veya tespit için mahallinde yazdığı zabıt kâğıtlarında bulunan imzalar ile bir mübaşirin tebliğ ettirdiği ihzar varakasında tebliğ için aldığı imzalar, sahiplerinin hakiki ve hükmen tahtı itiraflarında olmadıkça medarı tatbik olamaz.³⁷

İkinci olarak mühür ve imzasını inkâr eden kimsenin devlet memuriyetinde bulunduğu sırada düzenlediği veya imzaladığı şaibeden uzak resmi evrak imza incelemesinde kullanılabilir. Örneğin bir memurun maaş senedinde bulunan imza ve mührü, doktorların vermiş oldukları raporlardaki imzalar imza incelemesinde yardımcı delil olarak kullanılabilir.³⁸ Bir memur devlet memuru olarak çalıştığı dönemde

³⁵ **Düstur** 1. Tertip, 4. Cilt, s.240-241; Abdurrahman Talat, s.165.

³⁶ Ahmet Ziya, **Zeyl**, s.378.

³⁷ Abdurrahman Talat, s.166.

³⁸ Abdurrahman Talat, s.165.

düzenlediği resmi olmayan adi belgeler ancak karşı tarafın rızası olur ise imza incelemesinde kullanılabilir.³⁹

Üçüncüsü imzasını inkâr eden kimsenin daha önce düzenlediği, imza ve mühülediği ve kendisinin de inkâr etmediği adi senetlerdir. Mesela kişinin daha önce düzenlediği başka bir mukavele daha önce görülmüş olan bir mahkemede delil olarak sunulmuş ve kişi bu belgedeki imzasını inkâr etmemiş ise bu belgedeki imza ve mühür imza incelemesinde inkâr ettiği imza veya mührünü kıyas etmek için kullanılabilir.⁴⁰

Naip üye bu sayılan evraklardan birinin bulunup bulunamayacağını iddia sahibine sorar. Birden fazla evrak bulunduğunu beyan ederse bunlardan dilediğini getirebileceğini söyler. Ancak uyuşmazlık konusu evraka en yakın tarihli belge diğerlerinden daha uygundur. Naip üye iddia sahibine mahkemeye sunması gereken evrakları temin edip sunması için uygun bir mühlet verir. Evraklar mahkemeye sunulduğunda bunların imza incelemesinde emsal olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkar ise, naip üye durumu mahkemeye arz eder ve mahkeme duruma bir çözüm getirir. Naip üye kendisi bu olayı çözemez. Zira naip üye, taraflar ve bilirkişiler ile mahkeme arasında bir vasıtaadır.⁴¹

Davacı, beyan etmiş olduğu evrakları temin edip getirebiliyorsa getirir. Ancak beyan olunan evraklar devlet dairesinde veya herhangi bir şahıs elinde bulunur ve davacı bu evrakları almaya muktedir olamaz ise naip üye tarafından ilgisine yazılacak bir tensiple bu evrakların tayin olunan vakitte imza incelenesinde kullanılmak için getirilmesi istenir.⁴² Usul Kanununun ilgili maddelerinde naip üye tarafından istenecek olan evrakları gerek sıradan insanların gerekse devlet memurlarının getirmelerini mecbur kılacak bir düzenleme bulunmamaktadır. Evrak elinde bulunan insanların ve memurların evrakı istenen zamanda istenilen yerde hazır bulundurma eylemleri bir nevi şahadet olarak kabul edilebilir.

³⁹ Ahmet Ziya, **Zeyl**, s.379.

⁴⁰ Ahmet Ziya, **Zeyl**, s.379.

⁴¹ Abdurrahman Talat, s.166.

⁴² Usul Kanunu 100. maddesi, **Düstur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.279.

Eğer bu getirme işi bir nevi şahitlik olarak kabul edilirse o zaman şahidin şahadeti hususunda kanunda düzenlenen emredici hükümler, bu evrakı elinde bulunduran insanlar ve memurlar içinde söz konusu olabilir.⁴³

Usul-i Muhakeme Kanununun 55. maddesinde görülmekte olan bir dava ile ilgili resmi bir dairede bir evrak ve kayıt bulunur ise ve dava sahibine kendisine itimat edilmemesi gibi bir sebepten dolayı evrak teslim edilmiyor ise, mahkeme tarafından bir müzekkere düzenlenerek ilgili kayıt ve evrak celp olunabilir. Bu düzenlemeden yola çıkarak imza incelemesi yapılacağına incelemede emsal olarak kullanılacak evrak bir resmi dairede bulunuyor ise naip üye, bu durumu mahkemeye bildirip mahkeme tarafından bir müzekkere yazılarak ilgili evrakın celp edilmesini sağlayabilir.⁴⁴ Emsal olarak istenecek evrak, inceleme mahalline getirilemiyorsa veya bu evraklar başka bir şehirde veya kasabada ise, naip üyenin mahkemeye sunacağı gerekçelerle imza incelemesinin mahallinde yapılması talep edilebilir. Mahkeme bu talebi inceleyerek imza incelemesinin başka bir yargı bölgesinde yapılmasına karar verilebilir. Böyle bir kararı verilmesi durumunda davanın görüldüğü yer mahkemesi, incelemenin yapılacağı yer mahkeme reisine hitaben bir yazı yazacak ve incelenmesini istediği evrakı da ekleyerek gönderecektir.⁴⁵

Yazı incelemesi yapacak olan bilirkişiler imza inkârında bulunan kişinin eski imzaları yanı sıra imza örneklerini de alacaklardır. Bu örnekleri alırken gerçek yazısını gizlemeye mecali kalmayacak kadar yazı örneğinin alınması ve örneklerin dikkatlice incelenmesi gerçeğe ulaşmak için naip ve bilirkişilerin yapmaları gereken vazifeler arasındadır.⁴⁶

C. Raporun Mahkemeye Sunulması ve Sonuçları

Yapılacak incelemenin sonunda inkâr olunan imza ve mührün ilgisine ait olup olmadığı ve bunun için yapılan çalışmaları içeren bir rapor inceleme komisyonu için görevlendirilen âzâ tarafından yazılır. Âzâ ve bilirkişiler tarafından imza ve mühürlenir, diğer evraklarla birlikte

⁴³ Abdurrahman Talat, s.168.

⁴⁴ Abdurrahman Talat, s.168.

⁴⁵ Usul Kanunu 100. madde, **Düstur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.279.

⁴⁶ Ahmet Ziya, **Zeyl**, 389

mahkemeye sunulur.⁴⁷ Burada şunu da belirtmek gerekir ki; mahkeme tarafından görevlendirilen naip bilirkişilere refakat ederek işlemlerin usulüne uygun olarak yürütülmesinden sorumludur. Bu nedenle tanzim edilecek raporda yalnız bilirkişiler tarafından yapılan işlemlerin ve beyan edilen sonucun yazılması ile iktifa etmelidir. Mahkeme azası olarak kendi rey ve mütalaasını bu rapora yazmamalıdır.⁴⁸

Bilirkişi heyeti tarafından incelenen imza ve mühür, inkâr eden kişinin imza ve mührü olduğu anlaşılır ise bu yönde karar verilir.⁴⁹ Ancak bilirkişi raporunda yapılan incelemelerin ve imza incelemesinde tatbik için kullanılan belgelerinde zikredilmesi gerekir. Zira Temyiz Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında bilirkişiler tarafından yapılan bilirkişi incelemesinde belge altında bulunan imzanın davalıya ait olduğuna kanaat getirildiği ancak raporda imzanın neye tatbik edildiğinin belirtilmemiş olmasını kanuna aykırı olarak değerlendirmiş ve kararı bozmuştur.⁵⁰ Uyuşmazlık konusu belge üzerindeki mühür ve imzanın inkâr eden şahsa ait olduğu tespit edildiği takdirde, hasmının bu yüzden yapmış olduğu masrafı tazmin ile de mahkûm olur.⁵¹ İmza itirazı vaki olduğu takdirde yapılacak masrafların tazmini kanunda ayrıca zikredilmiştir. Hâlbuki yargılama giderlerinin haksız çıkan taraftan tahsil edileceğine ilişkin usul kuralı doğal olarak burada da uygulanacaktır.

⁴⁷ Usul Kanunu 104. madde, **Düştur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.280.

⁴⁸ Ahmet Ziya, **Zeyl**, s.390.

⁴⁹ Kasbaryan, **Hukuk Müşaviri**, s.166.

⁵⁰ “...tatbiki hat ve hatem tayin olunan ehlihibrenin raporlarında mezkur imza müddeaya aleyhin olduğu gösterilmiş olmasına binaen kambiyal bedeli olan üçyüz sekiz adet Fransız lirası tahtı hükme alınmış ise de imza-ı mezkurun neye tatbik olunarak müddeaya aleyhin olduğuna kesbi kanaat olunduğunun rapor mealinde gösterilmemiş olması Usul-i Muhakeme-i Hukukiyece noksan-ı tetkikattan ma’dud bulunmuş ve müsted’inin layihasında muharrer başlıca itiraz bu vecihte mütedair olarak muvafık-ı nefsi’l-emr görünmüş olduğundan Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanununun 232inci maddesi mucibince ilam-ı mezkurun nakzına mütefekkan karar verildi. 2 Temmuz 1312” Kasbaryan, **İlamat Torbası**, s.283.

⁵¹ Usul Kanunu 100. madde, **Düştur**, 1. Tertip, 4. Cilt, s.280.

SONUÇ

İnsanlar tarih boyunca kendi haklarını güvence altına almak istemişler, bunun için çeşitli yollara başvurmuşlardır. Bu yollardan biri de hukuki işlem tesis edilen konuda yazılı belge düzenlenmesidir. Ancak insan kendi lehine olan şeye meyil ettiği için bu belgeler tartışmalara sebep olmuş, sahtelik veya tahrifat iddiaları yüzünden yargılama işlemlerine konu olmuştur.

Bu çalışmada günümüze yüz otuz yedi sene önce yürürlüğe giren Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanunu Muvakkati'nde düzenlenen imzaya itiraz ve itirazın incelenmesinin ne şekilde yapıldığı, yasal düzenlemeler, yüksek mahkeme kararları ve dönemin hukukçularının görüşleri göz önüne alınarak incelenmeye çalışılmıştır.

Yapılan yasal düzenlemede, bilirkişilerin ve incelemede kıstas olarak kullanılacak evrakların belirlenmesinde, öncelikle taraflara uzlaşma ile bilirkişileri ve evrakları belirlenme imkânının sağlanmış olması dikkat çekicidir. Taraflar, incelemeyi yapacak bilirkişiler veya incelemede kullanılacak emsal belgeler konusunda uzlaştıkları takdirde, mahkeme bu uzlaşmaya göre işlem tesis edecektir. Bu fırsatın verilmiş olması tarafların ileride açıklanacak bilirkişi raporuna veya mahkeme kararına olan güvenlerini artıracaktır.

Bu çalışmada elde edilen sonuçlardan biri de bazı araştırmacılar tarafından Batıdan alındığı iddia edilen Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-ı Muvakkati ile yerli olan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin bir biri ile nasıl uyumlu düzenlemeler içerdiğinin ve zaman zaman birbirlerine atıflar yaptığının ortaya konulmuş olmasıdır. Böylece Tanzimat döneminde yabancılardan iktibas edilen bazı kanunların o günün Osmanlı toplumuna uygun hale getirilmesi için ciddi değişiklikler yapıldıktan sonra yürürlüğe konulduğu anlaşılmaktadır.

KAYNAKLAR

Abdurrahman Talat, Zeyl-i Sâk ve Şerh-i Usûl-i Muhakeme-i Hukukiye, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1302.

Ahmet Ziya, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi, Karabet Matbaası, İstanbul, 1322.

Ahmet Ziya, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Şerhi ve Zeyli, Cihan Matbaası, İstanbul, 1329.

Ali Haydar, Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, Hukuk Matbaası, İstanbul, 1330.

Arisdages Kasbaryan, Hukuk Müşaviri, Artin Asaduryan Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1314.

Arisdages Kasbaryan, İlamat Torbası Yahut Tefsir-i Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul, 1316.

AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya, 2015.

BAYINDIR, Abdülaziz, “Osmanlıda Yargının İşleyişi” Osmanlı (Teşkilat), Ankara, 1999, Yeni Türkiye Yayınları.

Düstur, 1. Tertip, 4. Cilt, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1293.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Ateş İstidası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2001.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Mahkemeleri, Arı Sanat Yay, İstanbul, 2004.

GEDİKLİ, Fethi, Kâtiyadihlere Mahsus Sak Osmanlı Dönemi Noterlik İşlem Formülleri, Türkiye Noterler Birliği Yay. Ank.2012.

KÜTÜKOĞLU Mübahat S., “Mühür” Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Yıl:2006, Cilt:31.

**ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN
KURULUŞUNDA TARİHSEL SÜREÇ VE BM GÜVENLİK
KONSEYİNİN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN
İŞLEYİŞİ ÜZERİNDEKİ YETKİLERİ**

Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU*

**THE HISTORICAL PROCESS IN THE
ESTABLISHMENT OF THE INTERNATIONAL
CRIMINAL COURT AND THE AUTHORITIES OF THE
UN SECURITY COUNCIL ON THE INTERNATIONAL
CRIMINAL COURT'S FUNCTIONING**

ÖZET

Uluslararası mahkeme kavramı genel olarak devletlerarasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmiş bir yargı organını ifade etmekle beraber devletlerarasında yapılan bir antlaşmayla veya uluslararası örgüt kararıyla kurulan, bağlayıcı kararlar verme yetkisine sahip olan bağımsız yargı organını ifade etmektedir. Silahlı çatışma gerçekleşmeden uluslararası hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların diplomatik çözüm yollarına ek olarak, uluslararası mahkemeler

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi İletişim: s.emrezorlu@hotmail.com

aracılığıyla çözümlenmesi, dünya barışının ve uluslararası güvenliğin sağlanmasında çok önemli bir yere sahiptir.

Uluslararası ceza mahkemesi aynı zamanda bu fonksiyonuyla uluslararası alanda barışın sağlanmasında çok büyük bir rol oynayacaktır. Elbette Uluslararası Ceza Mahkemesinin bu çok önemli yetkisinin ve işlevinin yanında küresel güç odaklarından tamamen bağımsız ve özerk bir yapı olduğu da söylenemez. Ancak en azından son çare olan savaş durumundan önce devletlerarasında bir anlaşma zemini de sağlayabileceği açıktır. Unutulmamalıdır ki tarihte gerçekleşen büyük savaşları küçük olaylar tetiklemiştir.

Bu çalışmamızda Öncelikle Uluslararası Ceza Mahkemesinin tarihsel sürecinden bahsedilecek ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi üzerine bilgiler verilerek BM Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin işleyişi üzerindeki yetkileri ifade edilecektir.

ANAHTAR KELİMELER: *Uluslararası Mahkeme, Uluslararası Ceza Mahkemesi, BM Adalet Divanı, İnsan Hakları, BM Güvenlik Konseyi*

ABSTRACT

The concept of an international court, in general, refers to a judicial body tasked with resolving conflicts between states as well as international court, established by a treaty or an international organization with a decision made between the state, which represents the independent judicial body authorized to issue binding decisions. Realization of armed conflict, international law of conflicts between people, be resolved through international courts, maintenance of international peace and security in the world has a very important place.

International criminal court, is also in ensuring peace in the international arena with this function will play a very big role. Of course, this is a very important beside the powers and functions of the International Criminal Court, said that there is a completely independent and autonomous from global powers. But it is clear at least can provide the ground for an agreement between the state before the state of war as a last resort. It must be remembered that great battle that took place in history has triggered small events.

In this study, First to be mentioned in the historical process of the International Criminal Court and giving information on the functioning of the International Criminal Court and finally The UN Security Council, the authority that will be expressed on the functioning of the International Criminal Court.

KEYWORDS: *International Court, International Criminal Court, UN Court of Justice, Human Rights, UN Security Council.*

GİRİŞ

Devletlerin uluslararası sorumlulukları, uluslararası hukukun temel konularından birisidir. Bu sorumluluk bir devletin başka bir devlete karşı giriştiği uluslararası haksız faaliyetler sonucunda ortaya çıkmaktadır. Uluslararası sorumluluk kavramı, uluslararası yükümlülüklerin ihlali ve bu ihlalin doğurmuş olduğu zararın tazmini üzerine kuruludur.

Devletlerin uluslararası sorumluluğunu yerine getirmemelerinin hukuki bir karşılığı, yaptıkları veya yapmadıklarının cevabı, hukuka aykırılık kavramı içerisinde değerlendirilir. Her hukuka aykırılığın karşılığı hukuki yaptırımdır. Bu yaptırım cezai olabileceği gibi mevcut hukuk düzeninin tanımaması da olabilir. Devletlere bu hukuki yaptırımları uygulayacak uluslararası nitelikte bir organ gereklidir.

Uluslararası bir niteliğe sahip olan bir uluslararası ceza mahkemesi devletlerarasında gerçekleşen kural ihlallerine gereken yargılama ve yaptırımı uygulamakla uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması aracı olabilir. Uluslararası hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların silahlı çatışma olmaksızın uluslararası mahkemeler yolu ile çözümlenmesi dünyanın sıhhati için de son derece önemlidir. Zira insanoğlunun tek evi dünyadır. Günümüzde başta atom bombası olmak üzere son derece gelişmiş kitle imha silahlarının, belirli sayıdan fazla kullanımı ile insanoğlunun mavi gökyüzünü uzun bir süre göremeyeceği bilinmektedir.

Uluslararası ceza mahkemesi, uluslararası alanda barışın sağlanmasında büyük bir rol oynayabilir. Elbette Uluslararası Ceza Mahkemesinin bu çok önemli yetkisinin ve işlevinin yanında küresel güç odaklarından tamamen bağımsız ve özerk değildir. Ancak en azından son

çare olan savaş durumundan önce devletlerarasında bir anlaşma zemini de sağlayabileceği açıktır. Unutulmamalıdır ki Birinci Dünya Savaşı'nda olduğu gibi gerçekleşen büyük savaşları küçük olaylar tetiklemiştir.

Bu çalışmamızda Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş aşamasına kadarki tarihsel sürece değinildikten sonra Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi üzerine bilgiler verilerek BM Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin işleyişi üzerindeki yetkileri ele alınmıştır.

Ş1. TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ

I- GENEL OLARAK

Kronolojik olarak bir uluslararası antlaşma aracılığı ile kurulması düzenlenen ilk uluslararası mahkeme “Uluslararası Zoralmı Mahkemesi” olmuştur.¹ Ancak mahkemenin hukuksal dayanağını oluşturan “Uluslararası Zoralmı Mahkemesi Sözleşmesi” yürürlüğe girmediğinden mahkeme ölü doğmuş bir mahkeme olarak kalmıştır.²

Hukuki olarak varlık kazanmış ilk uluslararası mahkeme ‘Orta Amerika Adalet Divanı’dır. Divan 10 yıllık süre için kurulmuş ve bu süre içerisinde faaliyet göstermiştir. Biri faaliyete geçememiş, diğeri bölgesel ve geçici nitelikteki bu iki denemeden sonra düzenli faaliyet gösteren ilk uluslararası mahkeme olan “Milletler Arası Daimi Adalet Divanı” Milletler Cemiyeti bünyesinde kurulmuştur. Divan 15.02.1922 tarihinde faaliyete başlamış ve 18.04.1946 tarihinde faaliyetine son verilmiştir. Milletlerarası Daimi Adalet Divanının faaliyete son verilmesiyle bu mahkemenin yerini Birleşmiş Milletler antlaşmasıyla kurulan ‘Uluslararası Adalet Divanı’ almıştır.³

Bir Uluslararası ceza mahkemesi fikrinin son iki yüz elli yılı saymazsak pek de gelişmediği görülmektedir. İnsanlık bu zaman

¹ PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, 2006, s.468.

² KILIÇ, Ali Şahin, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme, **AÜHFD**, 2009, C. 58, s. 3, s. 619

³ KILIÇ, s. 619.

diliminde genellikle savaşlar katliamlar ve soykırımlarla büyük acılar çekerek gelişimini devam ettirmeye çalışmıştır. Sürekli devam eden savaşlar birçok medeniyetin yok olmasına savaşlar sonucu işlenen suçlar insanlarda kin, nefret ve intikam duygusunun hakim olmasına yol açmıştır.⁴ Bu nedenle uluslararası nitelikteki suçları yargılayacak bir mahkeme oluşturma düşüncesi uluslararası hukukta her zaman canlı kalmıştır. Bu süreçteki ilk mahkeme 1474 yılında Almanya'nın Breisach kentinde kurulan Roma-Germen İmparatorluğu mahkemesidir. Mahkeme Alman İmparatoru Peter Von Hagenbach'ı, askerine sivil halkın ırzına geçilmesi, öldürülmesi ve yağma yapılması için emirlerde bulunduğu gerekçesiyle mahkum etmiştir.⁵

Kişilerin savaşta işledikleri suçlar nedeniyle uluslararası bir platformda yargılanmaları gerektiği, 1899 ve 1907 La Haye konferansları sonucunda imzalanan sözleşmelerde de çeşitli hükümlerle yer almıştır.⁶

Uluslararası bir ceza mahkemesinin eksikliği Birinci Dünya Savaşı sonrasında kendini yeniden hissettirmiş ve bu fonksiyonu icra edecek bir mahkemenin kurulması fikri yeniden gelişmiştir. Bu doğrultuda Versailles antlaşmasınının 227. maddesi özel bir Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasını ve Alman İmparatoru İkinci Wilhelm'in bu mahkemede yargılanmasını öngörmüştür. Ancak Kaiser Wilhelm'in Hollanda'ya kaçması ve Hollanda'nın iade taleplerini reddetmesi ile mahkeme faaliyete geçememiştir.⁷

⁴ “Tarih boyunca gerçekleşen savaşlarda galip devletler Napolyon’un yaptığı gibi mağlup devlet başkan veya yöneticilerini hızlı bir yargılama sonucu idam ederek veya bazen sürgün ederek adaleti yerine getirdiklerini iddia etmişlerdir.”; KLABBERS, Jan, *İnternational Criminal Law*, **İnternational Law**, New York, 2013, s. 219.

⁵ TÖNGÜR, Ali Rıza, **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 4.

⁶ “Uçakların kanun dışı ele geçirilmesinin önlenmesi hakkında La Haye sözleşmesi Türkiye tarafından 23. 03.1950 tarih ve 5630 sayılı kanun ile onaylanması uygun bulunmuş ve 29. 03.1950 tarih ve 7469 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.”ÖNOK, R. Murat, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara, 2003, s. 2.

⁷ TÖNGÜR, s. 5; KILIÇ, s. 619.

Bu gelişmelerden sonra 1939 yılına kadar uluslararası niteliğe sahip bir ceza mahkemesi kurulması düşünce ve gayretleri sona ermemiştir. Milletler Cemiyetinin uluslararası ceza alanında yetkili olmak üzere bir mahkeme kurulması doğrultusunda çabaları olmasına rağmen bu çabalar birinci Dünya Savaşı bitimine çok yakın olması nedeniyle sonuçsuz kalmıştır. Ayrıca 1934 yılında Fransa'ya resmi ziyaret amacıyla giden Yugoslavya Kralı I. Alexandre ve Fransız dışişleri bakanına yapılan suikast, soğuyan uluslararası ceza mahkemesi fikrini yeniden gündeme getirmiş, bunun hemen sonrasında 16 Kasım 1937 tarihinde, Milletler Cemiyeti tarafından “Tedhişçiliğin önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme” ile öngörülen “Uluslararası Tedhiş Suçlarını Cezalandırmakla Görevli Uluslararası Ceza Divanının Kurulmasına Dair Antlaşma” kabul edilmiş ancak bu antlaşmalar II. Dünya Savaşı'nın başlaması üzerine uygulanamamıştır.⁸

Yirminci yüzyıla gelindiğinde insanlık daha önce karşılaşmadığı bir durumla karşı karşıya kalmıştır. Dünya, tarihinin en dehşetli savaşları Birinci ve İkinci Dünya savaşlarının yıkıcı etkisiyle sarsılmış, eskiden sadece yerel bazda gerçekleşen savaşlar, hammadde ihtiyacı, gelişen teknoloji ve artan nüfus nedeniyle çok kolay sıçramaya başlamıştır. Ayrıca Kimyasal ve Atom bombası gibi kitle imha silahları ile evlerinde oturan yüzbinlerce kişi bir anda katledilmiştir. Bu iki dünya savaşının temel sebebi devletlerin egemenlik sahasını genişletme isteğidir. Tüm bu acı veren olaylardan sonra devletler egemenlik haklarını yirminci yüzyılın ikinci yarısına kadar sınırlandırmak istememişler ancak tekrar bir dünya savaşı riskini de almak istememişlerdir. Bu nedenle ilk büyük tavizler Avrupa birliğinin temelini atan antlaşmalar olmuş ve Avrupa tek devlet olma yolundaki sürece girmiştir. Günümüzde Avrupa devletleri eski savaş tecrübelerinin etkisiyle bu süreçte gerekli adımları atmaya devam etmektedir.⁹

Ceza hukuku alanında faaliyet gösteren uluslararası mahkemelerin ilk örnekleri İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Nuremberg Askeri Ceza Mahkemesi ve Tokyo Uzak-doğu Uluslararası

⁸ TEZCAN, Durmuş, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, **Hukuk Kurultayı**, Ankara, 2000, c.1, s. 273; TÖNGÜR, s. 5.

⁹ TÖNGÜR, s. 4.

Askerî Ceza Mahkemeleridir. Bunlardan sonra Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan ‘Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’ ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi’ tarihsel süreç içerisinde kurulan uluslararası ceza mahkemelerinin diğer örnekleridir. Ruanda ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemeleri, evrensel ceza hukuku ilkelerinden “kanunilik” ve “tabii hakim” ilkelerini ihlal ettikleri görüşüyle eleştirilmiştir. Ancak 2. Dünya Savaşı sonucunda kurulan savaş mahkemeleri gibi sadece galip devletlerin menfaatlerini koruyan, diğer bir deyişle tarafsızlıkları şüphe arz ettiğinden, uluslararası toplum bakımından daha kolay kabul görmüş mahkemelerdir.¹⁰ Bunların yanında bir de uluslararası hale getirilmiş Doğu Timor, Kamboçya, Sierra Leone ve Kosova Ceza mahkemeleri söz konusudur. Bu mahkemeler uluslararası nitelik taşımakla beraber karma bir statüye sahiptir.¹¹

II- NUREMBERG ULUSLARARASI ASKERİ CEZA MAHKEMESİ

İkinci Dünya Savaşı daha bitmeden insanlığın maruz kaldığı soykırımlar, yargısız infazlar, zulümler ve ağır insancıl hukuk ihlalleri karşısında henüz savaş bitmeden, suçluların yargılanması gereği vurgulanmıştır. Avrupanın belli başlı şehirleri gece gündüz ayrımı yapılmadan bombalanmış, bombardımanlar askeri ve sivil yerleşim yerlerinde hem maddi hem de manevi zararlar vermiştir. II. Dünya Savaşı sırasında meydana gelen soykırım ve savaş suçları, uluslararası toplumda, bu suçları planlayan ve uygulayanların yargılanması konusunda ciddi bir kamuoyu desteği almıştır.¹²

Almanya’da iktidarı demokratik usullerle devralan Naziler 1933 yılında mevcut demokratik yapıya son vererek muhalefet partilerini ortadan kaldırdılar. Daha sonra Musevi halk üzerinde baskılara başlayarak Almanya Musevilerinin tüm vatandaşlık haklarını Nürenberg yasaları ile ellerinden aldılar. 1940 yılında kurdukları toplama

¹⁰ ŞEN, Ersan, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara, 2009, s. 20.

¹¹ ŞEN, s. 20; TÖNGÜR, s. 5-6; KILIÇ, s. 620; KARAKEHYA, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk**, AÜHFD, 2008, c. 57, S. 2, s. 138.

¹² AZARKAN, Ezeli, **Nuremberg’den La Haye’ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, İstanbul, 2003, s.120.

kamplarında altı milyondan fazla Yahudinin soykırıma tabi tutulduğu iddia edilmiştir. Almanya'nın işgal ettiği diğer ülkelerde ve Almanya'nın müttefiki olan İtalya, Macaristan ve Romanya'da hayatta kalan Yahudilerin de gaz odaları ve ölü yakma merkezlerinde toplanmaları sağlandı.¹³

Ancak tabi ki unutulmaması gereken bir hususta bu mahkemelerin II. Dünya Savaşlarının Galip Devletlerinin etkisi ve veraseti altında olması gerçeğidir.¹⁴ Nitekim yaklaşık olarak üç yüz elli bin sivilin katledildiği Hiroşima ve Nagazaki Atom bombası saldırıları meşru görülmüş ve bu vahşetin failleri sadece galip olduğundan insanlığın kurtarıcıları gibi Dünya milletlerine servis edilmişlerdir. Ayrıca mağlup devletlerin işlediği suçlar abartılmış ancak galip devletlerin uyguladığı sistematik işkenceler ve soykırımlar göz ardı edilmiştir. Bugün dahi Atom Bombası saldırısını yapan vahşiler medya karşısında kahraman olduklarını gerilip söylemekten çekinmemektedirler. Bu durum o dönemki uluslararası yargının sadece güçlülerin mahkemesi olduğunu ve usta tiyatroculara taş çıkarttığını açıkça göstermektedir.¹⁵

Ancak yine de uluslararası nitelik taşımaları ve uluslararası nitelik taşıyan bir ceza mahkemesine giden yolda atılmış bir adım olmaları

¹³ ÇINAR, M. Fatih, **Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı**, Çanakkale, 2004, s. 12; BEYAZIT, Özgür, **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Yetkisi**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2008, s. 26.

¹⁴ “2. Dünya Savaşı olurken insanlığa karşı suçlar belirlenmemiştir, hatta bu hususla ilgili herhangi bir normun da mevcut olmadığı ifade edilebilir.”; ALLEN, Buchanan, “From Nuremberg to Kosova”; **Human Rights Legitimacy, And The Use Of Force**, 2010, New York, s. 305.

¹⁵ “Her ne kadar bu mahkemelerin görünürdeki amacı adaleti gerçekleştirmek ve dünya üzerinde bozulan düzeni sağlayıp, insanlığın vicdanını rahatlatmak olsa da, bu mahkemelerin dışarıya sunulmayan ve gerçekte bulunan sessiz amacı vardır ki o da ikinci Dünya Savaşını kazanan Devletlerin, bireysel intikamlarını savaşta kaybeden devletlerin yöneticilerinden ve üst düzey komutanlarından almaları olarak kabul edilmelidir.” ŞEN, s. 20.

nedeniyle bu mahkemelerin önemli bir gelişme olduğunun da belirtilmesi gerekir.¹⁶

İkinci Dünya Savaşı'nın galibi müttefik devletler 1943 Moskova bildirisinde, nazi savaş suçularının; yerel suçlarda, fiilin gerçekleştiği ülkelerin ulusal mahkemelerince ve özellikle bir bölge içerisinde gerçekleşmemiş suçlar bakımından da oluşturulacak uluslararası bir komisyon tarafından cezalandırılmaları gereğini vurgulamışlardır.¹⁷

8 Ağustos 1945 tarihinde imzalanan Londra antlaşmasıyla Avrupa 'Miğfer Devletlerinin' savaş suçularını yargılamak üzere bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması kararlaştırılmış ancak mahkemede yalnızca Alman savaş suçularını yargılanmıştır.¹⁸

Nuremberg Mahkemesi galip devletlerce atanmış 4 yargıç ve yedeklerinden oluşmuştur (mahkeme statüsü md.2). Savcılık görevini yine galip devletlerce atanan 4 başsavcı yerine getirmiştir (Statü md.14-15). Kararlar oyçokluğuyla alınmış; eşitlik durumunda başkanın oyu belirleyici olmuştur.¹⁹

Alman Savaş Suçularının yargılanması sürecinde Sözleşme'ye ekli Uluslararası Askeri Mahkeme (UAM) Şartı'nın 6. maddesiyle, "barışa karşı işlenen suçlar", "savaş suçları" ve "insanlığa karşı işlenen suçlar" olmak üzere üç tip suç tanımlanmış mahkemenin yargı alanına dâhil edilmiştir.²⁰

¹⁶ Sadece Uluslararası olmakla Nuremberg Mahkemesi o döneme kadar eşsiz değildir, aynı zamanda yargılama yetkisinin genişliği ile de eşsizdir. KLABBERS, s. 220; ÇINAR, s. 15; BERLİN; s. 89.

¹⁷ BAŞAK, Cengiz, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar**, Ankara, 2003, s. 28; AZARKAN, s.120.

¹⁸ ÇINAR, s. 15; BAŞAK, s. 28.

¹⁹ BAŞAK, s. 31.

²⁰ "... (a) Barışa karşı suçlar: Bir saldırı savaşının ya da anlaşmalara aykırı bir savaşın yönetilmesi, hazırlanması, başlatılması ya da sürdürülmesi ile bu eylemlerin gerçekleşmesi için bir ortak plâna ya da işbirliğine katılması eylemlerini içermektedir.

(b) Savaş suçları: Savaş eylemi sırasında uyulması gereken kuralların çiğnenmesini belirtmektedir. Bunlar özellikle, işgal edilen ülkelerde sivil halkın öldürülmesi, kötü muameleye tabi tutulması ya da zorla çalıştırılması

Nuremberg Askeri Ceza Mahkemesi statüsünün 6.maddesine göre Mahkemenin yetki alanına giren suçlar savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçlar olmak üzere üç grup halinde sayılmıştır. Mahkemenin yetki alanı dışında kalan suçlar için yargılama yetkisi Almanya Kontrol Konseyi'nin 10 sayılı yasasıyla Alman ulusal mahkemelerine verilmiştir.²¹

1945 Kasımında yargılamaya başlayan Mahkeme yargılama faaliyetine 13 Nisan 1949 tarihine kadar devam etmiş, Mahkemede 3. Reich kabinesinin yargılanmakta olan yirmi dört üst düzey memurundan yirmi biri suçlu bulunmuş, üçü hakkında beraat kararı verilmiştir. Mahkeme yargılanan organizasyonlardan Nazi Liderler Grubunu, Gestapo'yu ve SS'leri kollektif savaş suçu işlemekten dolayı mahkum etmiştir.²²

III. TOKYO UZAKDOĞU ULUSLARARASI ASKERİ CEZA MAHKEMESİ

Müttefik Kuvvetler Komutanı General MacArthur tarafından 19 Ocak 1946 tarihinde yayımlanan, özel bir bildiriyle Uzakdoğu Askerî Ceza Mahkemesi pasifik savaş suçlularını cezalandırmak üzere kurulmuştur.

Mahkemede 11 yargıç görev yapmış, iddia makamı Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı bir savcı ve 10 savcı yardımcısından oluşmuştur. Mahkeme kararlarını oy çokluğu ile almış eşitlik durumunda başkanın oyu belirleyici olmuştur.²³

eylemleri ile savaş tutsaklarının öldürülmesi ya da kötü muameleye tabi tutulması, rehinelere öldürülmesi, kamu ve özel kişilerin mallarının yağmalanması, gereksiz yere kentlerin yakılıp yıkılması gibi eylemleri kapsamaktadır.

(c) İnsanlığa karşı suçlar: Savaş öncesi ve savaş sırasında sivil halkın öldürülmesi, köle olarak kullanılması, sürülmesi ve öteki insanlık dışı muamelelere tabi tutulması ile savaş suçlarına bağlı olarak siyasal, ırkçı ya da dinsel nedenlerle yapılan zulümleri kapsamaktadır.” PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Ankara, 1999, s. 175.

²¹ AZARKAN, s. 123; BAŞAK, s. 29; BEYAZIT, s. 621.

²² ÇINAR, s. 15.

²³ BEYAZIT, s. 621.

Mahkemenin yetki alanına giren suçlar, statünün 2. bölüm 5. maddesinde barışa karşı suçlar, konvansiyonel savaş suçları, insanlığa karşı suçlar olmak üzere üç grup halinde düzenlenmiştir.²⁴

Mahkeme, Japon hükümetinde aktif görev yapmış yirmi beş Japon vatandaşını yargılamıştır. Bu kişilerden yedisi idam cezasına, on altısı müebbet hapis cezasına, ikisi de süreli hapis cezasına çarptırılmıştır.²⁵

Nuremberg ve Tokyo uluslararası askerî ceza mahkemeleri, kanunsuz suç ve ceza olmaz ve geçmişe yönelik kanunlaştırma yoluyla ceza yaratılamaz ilkelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bu mahkemeler, henüz o tarihte tanımı daha önce hiç yapılmamış olan ve ne uluslararası hukuk ne de ceza hukuku literatürüne girmiş olan “soykırım suçu” işlendiği iddiasıyla yargılama yapmamıştır. Gerçektende soykırım suçu ilk olarak BM Genel Kurulu tarafından 09.12.1948 tarihinde kabul edilip, 12.01.1951 tarihinde yürürlüğe giren “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi” ile tanımlanmıştır. Bu itibarla hukuka aykırı olan herhangi bir fiilin soykırım suçunu oluşturup oluşturmadığı, uluslararası ceza hukukunun kapsamına bu sözleşme ile girmiştir. “Suçta Kanunilik” ilkesi açısından ancak bu tarihten sonra işlenen fiillerin “soykırım suçu” olarak tanımlanabilmesi mümkündür. Tokyo ve Nürnberg mahkemeleri tarafından yapılan ceza yargılamalarında, “soykırım suçu” tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla sanıkların daha tanımlanmamış bir suçtan cezalandırılması düşünülemez. Nitekim bu mahkemeler “suçta kanunilik” ilkesini yok saymışlar ve kişilerin yargılamalarını suç konusu fiil işlenmeden evvel tanımı yapılmamış olan “barışa karşı suçlar”, “savaş suçları” ve “insanlığa karşı suçlar” bakımından gerçekleştirmişlerdir.²⁶

Ayrıca Nurenberg ve Tokyo mahkemelerinin ikinci dünya savaşı galiplerinin adaletine hizmet ettiği öne sürülmüştür. Eleştirilerin haklılık payı bir yana ve mahkemelerin adaleti sağlama konusunda başarılı

²⁴ TEZCAN, s. 274; TÖNGÜR, s. 8.

²⁵ TEZCAN, s. 274; TÖNGÜR, s. 8.

²⁶ ŞEN, s. 21; TÖNGÜR, s. 7.

olmadıkları görülse de uluslararası ceza hukuku sisteminin oluşmasına katkıları büyüktür.²⁷

IV. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BÜNYESİNDE KURULAN AD HOC²⁸ ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi²⁹ 1993 yılında uluslararası yargılama yetkisi olan iki mahkeme kurmuştur. Bunlar Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi(ICTY) ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi(ICTR)'dir.³⁰

A. ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Soğuk savaş sonrası iki kutuplu Dünya dengelerinin değişmesi neticesinde Yugoslavya milliyetçi hareketler sonucu, dağılma sürecine girmiştir. Ülkede insan onuruna karşı çok ağır hukuk ihlalleri yaşanmıştır.³¹

²⁷ TÖNGÜR, s. 9.

²⁸ “Bir defaya mahsus özel bir amacı gerçekleştirmek için kurulan” YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2005, s. 26.

²⁹ “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin öncelikli görevi uluslararası barış ve güvenliğin muhafazasıdır. Tüzüğü'nün 7. Bölümünde kendisine tanınan yetkiye göre: “Uluslararası barışa karşı tehdit oluşturan, barışı ihlal eden veya uluslararası barışa karşı ağır bir tehdide karşı kararlılık göstermektir.” Ayrıca 41. Ve 42. Maddeye göre uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası ve korunması için tavsiyelerde bulunmak ve hangi önlemlerin alınacağını karara bağlamaktır.”; LEPARD, Brian D., **Customary International Law A New Theory with Practical Applications**, New York, 2010, s. 181; PUBLISHERS, Martinus Nijhoff, **The New International Law**, Boston, 2010, s. 205.

³⁰ PARLETT, Kate, **The Individual in the International Legal System**, New York, 2011, s. 261; BAKIRCIOĞLU, s. 155.

³¹ “Sırp Srebrenitsa'ya geldiğinde Hollandalı Birleşmiş Milletler gücü komutanı, Sırp'ları engellemek yerine onlara katliam konusunda yardımcı oldu. Rivayete göre Hollandalı birliklerin komutanı, Sırp general Mladic ile karşılıklı olarak kadeh bile kaldırmıştır. Hollandalı birlikler hiç müdahale bulunmamış, hatta soykırımın düzgün bir şekilde gerçekleştirilmesi için katliama yardımcı bile olmuşlardır. Kadın ve çocuklar ayrıldıktan sonra askerlik çağına gelmiş olan erkekler otobüslere bindirilip kampın yakınında

Slovenya ve Hırvatistan'ın 1991 yılında bağımsızlıklarını ilan etmesinin ardından daha önce bilinçli bir şekilde Sırp ırkçılarının hakim olması sağlanan Yugoslav Federal Ordusu önce Slovenya'ya arkasından da Hırvatistan'a saldırdı. Çok uzun sürmeyen çatışmalardan sonra taraflar anlaşmaya varmış, ve bir kısım Avrupa devletinin, yeni kurulan devletleri tanınması ile 1991 yazında çatışmalar durma noktasına gelmiştir. Bu tarihlerde Bosna Hersek Parlamentosu'nda bağımsızlığını ilan etmiş ve Avrupa Birliği de Bosna Hersek Devleti'nin bağımsızlığını tanımıştır. Bu olayların hemen arkasından, Avrupa Devletlerinin yanı başında bulunan Bosna Hersek Devletinde; Sırp, Boşnaklar ve Hırvatlar arasında bir iç savaş patlak vermiş, Sırp ve Hırvatların işgal ettikleri bölgelerde yüz binlerce Boşnak zorunlu göçe tabi tutulmuş, toplama kamplarında binlerce Boşnak insanlık dışı muamele ve işkence görmüş; binlerce Boşnak kadına planlı olarak tecavüz edilmiş; onbinlerce insanın katledilmesi³² çok sayıda tarihi eserin; okul, kütüphane, hastane gibi sosyal tesislerin tahrip edilmesi; birçok yerleşim biriminin yakılarak

kurşuna dizilerek öldürülmüştür. II. Dünya Savaşı'ndan sonraki bu en büyük soykırımında 10-15 bin Boşnak'ın katledildiği iddia edilmektedir. Kızıllaç yetkilileri bu olaylar sırasında 7.500-8000 kişinin kaybolduğunu bildirmiştir. Olayın en ilginç tarafı ise, bu olaydan utanması gereken Hollandalı birlikler, memleketlerine döndüklerinde Hollanda hükümeti tarafından "madalya" ile ödüllendirilmişlerdir.”; <http://www.milliyet.com.tr/srebrenitsa-katliami-nedir--gundem-2086393/>; 17.08.2015; 11:00; <http://chgs.umn.edu/museum/memorials/srebrenica/>; 17.08.2015; 11:03.

- ³² “Srebrenica çevresindeki ilk toplu mezarları ortaya çıkararak Pulitzer Ödülü kazanan Amerikalı gazeteci David Rohde bu tavrı eleştirerek şöyle dedi: “Uluslararası camia tarafı bir şekilde binlerce insanı silahsızlandırmış ve sonra da onları en azgın düşmanlarına teslim etmiştir. Srebrenica, uluslararası camianın felaketin uzağında durduğu bir durum değildir. Aksine, uluslararası camianın eylemleri katilleri cesaretlendirmiş, onlara yardım etmiş ve işlerini kolaylaştırmıştır. Srebrenica'nın düşmesi gerçekte olması gereken bir durum değildi. Binlerce iskeletin Doğu Bosna'da oraya buraya saçılmasına hiç gerek yoktu. Binlerce Müslüman Bosnalı çocuğun Sırp tarafından boğazlanmış babalarının, dedelerinin, amcalarının ve kardeşlerinin hikayesi ile büyümesine hiç gerek yoktu.” <http://www.washingtonpost.com/wpsrv/style/longterm/books/reviews/serbs.htm>; 17.08.2015; 12:48.

yok edilmesi tarzında, insanlık tarihinde az rastlanır bir vahşet sergilenmiştir. Bütün bunlar olup biterken kılımı dahi kıpırdatmayan Medeni Avrupa Devletleri Müslüman Savaşçıların bölgeye intikali ve başarı elde etmeye başlamalarının ardından apar topar müdahale etmeye çalışmışlardır. BM Güvenlik Konseyi 25.04.1991 tarihinden itibaren çatışmalara müdahale ederek ambargo ve kınama kararları ile çatışmaları durdurmaya çalışmıştır.³³

Güvenlik Konseyinin almış olduğu pasif zorlama tedbirlerinin etkisiz kalması üzerine, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi aldığı 808 sayılı kararla Yugoslavya'da uluslararası bir mahkemenin kurulmasını kararlaştırmış ve Konseyin 827 sayılı kararıyla, 25 Mayıs 1993 tarihinde mahkemenin statüsü kabul edilmiştir.³⁴

EYUCM ikinci Dünya savaşıdan sonra kurulmuş olan Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinden tam 48 yıl sonra, aynı şekilde yeniden uluslararası ceza yargılaması yetkisine sahip bir şekilde kurulmuştur. Bu anlamda 48 yıl sonra aynı amaçla kurulan ilk mahkemedir. Ayrıca EYUCM kendisinden bir yıl sonra kurulmuş olan Raunda Mahkemesine hem şekil açısından hem de yetkileri bakımından örnek teşkil etmiştir.³⁵

Mahkeme, üç ceza dairesi ve bir temyiz dairesinden müteşekkil olup, ceza dairelerinde üçer, temyiz dairelerinde ise beşer hakim görev yapmaktadır. (Statü md.11-12) Hakimler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun önerdiği liste içerisinde, Güvenlik Konseyi tarafından seçilmektedir(Statü md.13).³⁶

EYUCM'nin konu bakımından yetkisi, mahkeme statüsünün 2. ve 5. maddeleri arasında belirtilmiştir. İlgili hükümlerle mahkeme, Cenevre sözleşmelerinin ağır ihlalleri, savaş hukukuna ilişkin kanun ve

³³ “Bir diğer deyişle Avrupalı Devletler, Avrupalı olmayan Devletleri, uluslararası hukukta hukuk dışı bir unsur olarak algılamakla beraber, bu devletlerin ileri sürebilecekleri haklarını da reddetmektedirler.”, BAKIRCIOĞLU, s. 221; ÇINAR, s. 20.

³⁴ PARLETT, s. 262; BAŞAK, s. 36.

³⁵ ÖNOK, s. 55.

³⁶ ÇINAR, 23; KILIÇ, 622.

teamüllerin ihlalleri, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar bakımından yetkilendirilmiştir.³⁷

Mahkemenin, bir uluslararası antlaşmaya dayanmadığı ve Güvenlik Konseyinin yetkisini aştığı gerekçeleriyle hukuka aykırı olduğu öne sürülmüştür. Buna karşılık mahkemenin uluslararası bir antlaşma yerine Güvenlik Konseyi kararıyla mahkemenin kurulması, olayların uluslararası barış ve güvenliği tehdit eder boyutlara geldiği ve antlaşma sürecinin uzun olduğu gerekçelerine dayandırılmıştır. Nuremberg ve Tokyo mahkemeleri hakkında haklı olarak yapılan geçmişe dönük kanunlaştırma yapıldığı eleştirilerine karşı, Cenevre ve La Haye sözleşmelerine yapılan atıflar ayrıca dikkat çekicidir.³⁸

Mahkemede bugüne kadar 161 kişi hakkında duruşma yapılmış, bunlardan 106'sı hakkında hüküm verilmiş ve kesinleşmiştir.³⁹

B. RUANDA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Ruanda'da Hutu halk grubunun 1994 yılında Tutsi etnik azınlığa karşı giriştiği katliamlar neticesinde 3 ay içinde 800 binden fazla insan hayatını kaybetmiştir.⁴⁰ Her türlü insanlık dışı eylem 4 yıl süren iç savaşta yaşanmış, tam bir soykırım gerçekleştirilmiş, ayrıca yüz binlerce insan mülteci olarak komşu ülkelere sığınmışlardır. Dünyada daha önce bu boyutta, bu kadar kısa zamanda, ırksal ve politik arenada böylesine kanlı bir vahşetin yaşandığı başka yer yoktur. Yaşanan vahşetin boyutu rakamlara yansımıştır. İstatistiklere göre, 1994'ün Nisanı'ndan Haziran ayının başına kadar, toplam kayıpların %80'i yaşanmış; 100 gün içinde, en az 500.000, büyük olasılıkla da 800.000 kişi öldürülmüştür. Bu kısa süre içerisinde, tüm halkın %10'u öldürülmüştür. Nazi kamplarında bile yaşananın takriben 5 kat üstünde olan bir günlük öldürme oranı olduğu anlaşılmaktadır. 100 gün içinde olup biten olaylar sonucunda bu kadar

³⁷ ŞEN, s. 25.

³⁸ ÇINAR, s. 22-23.

³⁹ KILIÇ, 622.

⁴⁰ BAKIRCIOĞLU, Önder, **Self-Defence in International and Criminal Law**, New York, 2011, s. 178.

çok kimsenin ölmüş olması, Fransa destekli hükümetin olayları ne kadar detaylı bir şekilde planlandığının göstergesidir.⁴¹

Yaşanan bu iç karışıklık ve soykırım olayları sonucunda, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 08.11.1994 tarih ve 955 sayılı kararı ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin statüsünü kabul etmiştir.⁴²

Mahkeme yapısal olarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin yapısıyla aynıdır. Mahkemenin zaman itibariyle yetkisi, mahkeme statüsünün birinci maddesi uyarınca 1 ocak 1994 ile 31 aralık 1994 tarihi arasında işlenen suçlarla sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki, statünün 2. ve 4. maddeleri arasında düzenlenmiş olup soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve Cenevre sözleşmesi 3. maddenin ve 2. ek protokolün ağır ihlalleri ile sınırlıdır.⁴³

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin kişiler üzerindeki yargı yetkisi Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinde olduğu gibi gerçek kişilerle sınırlandırılmıştır.⁴⁴ Mahkeme 1995 yılında göreve başlamıştır. Mahkemede şu ana kadar 11 sanık hakkında karar verilmiştir, 64 sanığın yargılanmasına devam edilmektedir.⁴⁵

İkinci Dünya Savaşı sonrasında savaşın galipleri tarafından ve soğuk savaşın bitiminde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından kurulan bu geçici nitelikte mahkemelerin evrensel yargı amacı taşımaktan çok, açık siyasi amaçları olan oluşumlar oldukları ifade edilmektedir.

Sonuç olarak, Nuremberg, Tokyo, Eski Yugoslavya ve Ruanda uluslararası ceza mahkemeleri ele alındığında her birinin mevcut bir takım siyasi güç odaklarının verasetinde veya etkisinde olmaları, hukuka uygunlukları yönünden var olan tereddütlere, adaleti sağlama

⁴¹ ÖNOK, s. 82.

⁴² “Birleşmiş Milletlerin Ruanda da yapılmış bir soykırımın faillerini yargılamaktan ziyade soykırımı engelleme görevi olduğu açık olmakla birlikte bu görev ve sorumluluğu yeterince vurgulanmamıştır.”; KLABBERS, S. 309; PARLETT, s. 263; ÇINAR, s.24.

⁴³ ŞEN, 27.

⁴⁴ ÇINAR, 25.

⁴⁵ KILIÇ, s. 622.

konusundaki yetersizliklerine, karşılaşılan zorluklara, mahkemelerin yapısal kusur ve zayıflıklarına rağmen, bu mahkemelerin sürekli nitelikte bir Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasında büyük ölçüde pay sahibi olduğu bir gerçektir.⁴⁶

Ş2. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

I. KURULUŞ AŞAMASI

Daimi bir uluslararası ceza mahkemesi oluşturma çalışmalarına ilk olarak Cenevre Sözleşmelerinin kabulünden sonra 1947 yılında Nuremberg Uluslararası Askerî Ceza Mahkemesi yargıçlarından Henri Donnedieu de Vabres'in önerisiyle başlanmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, bu tarihte, Uluslararası Hukuk Komisyonundan Nuremberg prensiplerinden hareketle bir uluslararası ceza mahkemesi statüsü hazırlamasını istemiş bunun neticesinde Cenevre Komitesi⁴⁷ kurulmuştur. Cenevre Komitesinin Hazırladığı taslağın devletler tarafından kabul görmemesi üzerine komite, yerini New York komitesine bırakmıştır.⁴⁸ 1954 yılına gelindiğinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, başlamakta olan soğuk savaşın etkisini hissetmeye başlamış ve bu türlü bir ortamın savaş suçlarının belirlenmesini ve yargılanmasını imkansız hale getirmesiyle, saldırı suçunun tanımlanmasının zorluğunu gerekçe göstererek komisyonun çalışmalarına ara vermesini istemiş, taslak statü rafa kaldırılarak bu girişim sonuçsuz kalmıştır.⁴⁹

⁴⁶ “Bu mahkemelerin olumsuz ortak özellikleri, geçici olmalarına, suçta ve cezada kanunilik ilkesini takip edememelerine ve tabii hakim güvencesine bağlı kalmamalarına dayanmakta olup, bu yönleriyle sürekli eleştirilmişlerdir. İşte bu eleştirilere son vermek anlamında, sürekli görev yapacak, kanunilik ilkesi ve tabii hakim güvencesine bağlı kalacak, uluslararası toplumun tüm üyelerini kapsayacak bir ceza mahkemesi kurulmasında ortak ve yüksek bir fayda bulunduğu tartışmasıdır.”, ŞEN, s. 29.

⁴⁷ ALSAN, Zeki, “Bir Milletler Arası Ceza Divanı Kurulması İle İlgili Fikirler Ve Teşebbüsler”, A.Ü.H.F.D., Ankara, 1951, c. 8, S. 1-2, s.1-42, s.23.

⁴⁸ ALİBABA, Arzu, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, A.Ü.H.F.D., Ankara, 2000, c. 49, S. 1-4, s. 181-207.

⁴⁹ KILIÇ, s. 625.

İlk olarak 1948 yılında Nuremberg ve Tokyo mahkemeleri sonrasında BM Genel Kurulu toplu katliam yapanların ve savaş suçu işleyenlerin yargılanması için bir sistem kurulması gerektiğini belirtmiş, ancak Dünya barışı için gerekli olan Uluslararası Ceza Mahkemesi için somut bir ilerleme sağlanamamıştır.⁵⁰ BM Teşkilatı, suçluların cezasız kalmaması için bir sürü dolambaçlı yol izlemek zorunda kalmış, hem bu tür ağır suçların cezasız kalmaması için, hem de tarihte kurulmuş olan ad hoc mahkemelerine yöneltilen eleştirilerden korunabilmek amacıyla daimi bir Uluslararası Ceza Divanı kurulması gerektiği görüşünü, her zaman muhafaza etmiştir.⁵¹

Uluslararası hukuk komisyonu 1954 tasarısını 1991’de geçici olarak kabul etmiş ve 1954 taslağı üye ülkelere gönderilmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesi için 1992 yılına gelindiğinde statü taslağı hazırlama çalışmalarına yeniden başlanmış; ülkelerin yorumları da bir yıl sonra, dikkate alınarak yeniden düzenlenen ve 1994 yılında tamamlanıp birleşmiş milletler genel kuruluna sunulan taslak, ad hoc komite ve hazırlık komitesi tarafından incelenerek, 1998 Roma Konferansı’na hazır hale getirilmiştir.⁵²

Roma Konferansı 15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında gerçekleşmiş ve Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsü yüz yirmi kabul, yedi ret ve yirmi bir çekimser oyla kabul edilmiştir. Türkiye çekimser oy veren devletlerden birisidir. Statü, 126. maddedeki altmış ülkenin onaylaması şartının gerçekleşmesi ile 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵³

⁵⁰ “1948 yılında yapılan soykırım kongresinde ilk olarak bir iç hukuk problemi olan bireysel ceza sorumluluğu uluslararası bir anlaşmanın konusu olmuştur. Bu anlaşmada Polonya asıllı Amerikalı avukat Ralph Lemkin’in yoğun gayretleri büyük önem taşır. Lemkin soykırım teriminin Uluslararası kamuoyunda farkındalık elde etmesinde de ciddi rol oynamıştır.”; BERLİN, Mark, *From Pirates to Pinochet, The Politics of the Globalization of Law*, Edited: Alison Brysk; New York, 2013, s. 88.

⁵¹ ÇINAR, s. 27.

⁵² KILIÇ, s. 625.

⁵³ ÖNOK, s. 102; ÇINAR, 30.

II. MAHKEMENİN ÖZELLİKLERİ

A. GENEL OLARAK

Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası toplumun tümünü ilgilendiren “en ciddi suçları işleyen” kişileri yargılamak amacıyla çok taraflı bir andlaşma ile kurulan daimi bir uluslararası kuruluştur. (md.1) Görüleceği üzere Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 1. maddesinde mahkemenin sürekli, gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisi kullanan ve ulusal ceza hukuku sistemlerini tamamlayıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir. Statünün 4. maddesinde mahkemenin uluslararası hukuk tüzel kişiliğine sahip olması öngörülmüştür.⁵⁴

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisi konusu, gerek Roma Statüsü’nün hazırlık aşamalarında gerekse Statünün kabul edilmesi safhasında çok tartışmalı ve hassas süreçlerden geçmiştir. Burada anlaşmazlığın asıl sebebi, bir tarafta etkili bir mahkeme tesis etmeye çalışanlara karşılık, öbür tarafta devletlerin egemenliği prensibinin zedelenebileceği endişesiyle hareket eden devletlerin varlığıdır. Gerçektende etkinliği hafifletilmiş bir mahkemenin ciddiyeti hasar görecektir ve istenilen amaca ulaşamayacaktır. Tartışmalar sonunda anlaşmaya varılmış ve bir ölçüde her iki tarafı dengeleyici bir noktada olmasına gayret edilmiştir.⁵⁵

Mahkeme Hollanda’nın Lahey kentinde kurulmuştur. (md.5) Uluslararası Ceza Mahkemesinin görev süresi sınırlandırılmış değildir. Mahkeme statünün yürürlüğe girdiği 2002 yılından itibaren, görev ve yetki alanı içerisinde faaliyet gösterecektir. Bu niteliğiyle mahkeme, uluslararası ceza hukuku alanında yaşanan boşluğu büyük ölçüde giderecektir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi ceza hukukunun “suç ve ceza yaratan kuralların geçmişe yürütülmemesi” ve “yasallık” ilkelerini esas alarak sadece geleceğe yöneliktir. (md.11/1)

⁵⁴ William W. Burke-White, Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justices, **Harvard International Law Journal**, c. 49, S. 1, s. 53; ÖNOK, s. 139; EKŞİ, 29; Statü maddelerine ulaşmak için bkz. http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi_ceza_mahkemesi_rom_a_statusu.pdf, 28.12.2012, 21:48.

⁵⁵ BAŞAK, s. 54.

Mahkemenin süreklilik niteliği (md.1), uluslararası hukukta da kabul edilen doğal hakim ilkesinin bir gereği ve sonucudur. Ad hoc mahkemelerinden farklı olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kararları, genel olarak devletlerin sözleşme yükümlülüklerinin önüne geçmeyecektir.⁵⁶

Uluslararası Ceza Mahkemesi, ulusal ceza hukuku sistemlerini tamamlayıcı nitelikte bir mahkeme olarak oluşturulmuştur. Bunun sonucu olarak, ancak ulusal yargı yollarıyla failin cezalandırılmaması halinde mahkeme devreye girecektir.⁵⁷

Uluslararası Ceza Mahkemesi ikinci planda bir mahkeme olarak öngörülmüştür. Ancak mahkeme bazı ulusal üstü özelliklere de sahiptir. Ulusalüstülük (supranationality), uluslararası bir örgüt tarafından alınan kararların devlet tarafından herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmaksızın, devletin ülkesi ve vatandaşları üzerinde etki doğurmasıdır. Hüküm verme özelliği Uluslararası Ceza Mahkemesinin ulusalüstü özelliklerinden kuşkusuz en önemlisidir. Statüyü her bir taraf devlet ulusal hukuklarının bir parçası haline getirmek amacıyla yapacakları onaylama işlemi ile Mahkemeyi kendi ulusal yargı sistemlerinin bir uzantısı durumuna getirecektir. Mahkemenin verdiği hüküm kesinleştikten sonra, hakkında hüküm verilen kişinin ülkesinin herhangi bir onayına ihtiyaç olmadan karar uygulanacaktır.⁵⁸

Uluslararası Ceza Mahkemesinin bu yetkisinin yanında Roma Statüsünün 99. maddesinin 4. paragrafında düzenlenen savcının bazı durumlarda ülke yetkilileri olmadan sanığı sorgulayabilmesi, statünün 57. madde 3. paragrafın (d) bendinde düzenlenen, duruşma öncesi mahkemesinin yetkilendirmesiyle, savcının ilgili devlet ülkesinde soruşturma yapmaya yönelik adımlar atabilmesi, 58. madde 7. paragrafı

⁵⁶ BAŞAK, s.55; EKŞİ, 59.

⁵⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi bu yönüyle taraf devletlerin ulusal yargısının daha dikkatli olmasına ve ulusal adli işlemlerin gözle görülür bir şekilde hızlanmasına sebep olacaktır. William W. Burke-White, Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justices, s. 107. BAŞAK, s.64; EKŞİ, 30.

⁵⁸ EKŞİ, 30.

uyarınca sanığı mahkeme huzuruna getirmek üzere celpname çıkarılmasını isteyebilmesi ve 58. madde 1. paragraf uyarınca bir şahıs hakkında tutuklama müzekkeresinin çıkarılması mahkemenin diğer ulusal üstü özellikleri olarak gösterilmiştir.⁵⁹

Bağımsızlık, mahkemenin bir diğer özelliğidir. Kuruluş aşamasında büyük tartışmalar sonucunda, mahkemenin, Birleşmiş Milletlerin bir organı olarak değil, Birleşmiş Milletlerle ilişkileri bir antlaşma ile belirlenen bağımsız bir organ olarak kurulması kararına varılmıştır. Bu karara varılmasında mahkemenin Güvenlik Konseyinin vetosundan korunmak istenmesi ve birleşmiş milletler kurucu antlaşmasında köklü değişiklikler yapılmasının gerekmesi etkili olmuştur.⁶⁰

İnsanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve soykırım gibi insanlığın vicdanını kanatan haince eylemleri kovuşturmak ve cezalandırmak için uluslararası toplumun elinde, tarihte ilk defa daimi bir yargısal organ olacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesi sayesinde faillerin sorumluluğu sağlanacak, mağdurların suçtan doğan mağduriyeti giderilecek ve gelecekte benzer suçların işlenmemesi yönünde gözdağı verilmiş olacaktır. Uluslararası ceza hukukunun yorumu ve bu yorumun pratiğe geçirilmesinde ve uygulanmasında temel standartları tespit edecek bir mekanizma oluşturulmuş ve özellikle ceza adaletinin sağlanmasında milli organlara bir model sağlanmış olacaktır.⁶¹

B. YAPISAL ÖZELLİKLER

Statünün 4. bölümünde Uluslararası Ceza Mahkemesinin yapısal özellikleri düzenlenmiştir. Statünün 34. maddesine göre Uluslararası Ceza Mahkemesi üç temel organdan oluşmaktadır. Bunlar (a) Yargılama Makamı (Başkanlık, Temyiz Mahkemesi, Duruşma Öncesi Mahkemesi'ni içerir), (b) Savcılık Makamı ve (c) İdari organdır. Mahkemede on sekiz yargıç görev yapacaktır (statü md.35). Yargıçlar taraf devletlerin, ceza hukuku alanında uzman, yargıç, savcı veya avukat olarak görev yapmış yada uluslararası hukuk, uluslararası insancıl hukuk, insan hakları gibi alanlarda uzmanlık sahibi vatandaşları arasından

⁵⁹ KILIÇ, s. s. 627.

⁶⁰ ÖNOK, s. 103.

⁶¹ ÖNOK, s. 103.

seçilecektir. Yargıçların seçimi sırasında dünyadaki başlıca hukuk sistemlerinin temsili, eşit coğrafi temsil ve yargıçlarının cinsiyet bakımından adil oranda olmaları göz önünde bulundurulacak ve mahkemede aynı anda, aynı ülkeden iki yargıç görev yapmayacaktır (statü md.36).⁶²

34. maddede sayılmayan taraf devletler meclisi adli teşkilatın bir parçası değildir ancak Uluslararası Ceza Mahkemesinin organlarından birisidir ve önemli yetkilere sahiptir. Meclis, yerine getirdiği fonksiyon sebebi ile Uluslararası Ceza Mahkemesinin bir nevi yasama organı olarak da adlandırılabilir. 121. madde 1. paragraf hükmü uyarınca Roma statüsünün yürürlüğe girmesinin üzerinden yedi yıl geçtikten sonra her taraf devlet statüde değişiklik önerebilir. 2. paragraf hükmü uyarınca önerinin incelenip incelenmeyeceği oy çokluğuyla belirlenecektir. Önerinin kabul edilip statüde değişiklik yapılması ise aynı madde 3. paragraf hükmü uyarınca taraf devletlerin üçte iki çoğunluğunun kabul oyu vermesiyle mümkün olacaktır. 122. maddede Meclisin, statüsünün kurumsal nitelikli hükümlerinde yapacağı değişiklikler belirtilmiştir. Bu değişiklikler de taraf devletlerin üçte iki çoğunluğunun kabul oyu vermesiyle gerçekleşebilir.⁶³

C. YARGILAMA MEKANİZMASININ HAREKETE GEÇİRİLMESİ VE GÜVENLİK KONSEYİNİN MAHKEME SAVCILIĞINA BAŞVURUSU

Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 13. maddesi “Bu Statü hükümleri gereğince, 5. maddede söz konusu bir suç ile ilgili olarak Mahkeme, aşağıdaki koşullarda yargı yetkisini kullanabilir:

(a) Bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü bir durumun 14. madde gereğince bir taraf devlet tarafından mahkeme savcısına bildirilmesi;

(b) Bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü bir durumun Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından mahkeme savcısına bildirilmesi;

⁶² Ayr. Bilg. İçin bkz. ÖNOK, s. 115- 127.

⁶³ KILIÇ, s. 628.

(c) Bir suçun işlendiğine dair savcı tarafından 15. madde gereğince soruşturma başlatılması.” şeklindedir.

Buna göre mahkemenin yargılama mekanizmasının kimler tarafından harekete geçirilebileceği belirtilmiştir. Maddenin (a) bendinde belirtilen taraf devletlerin savcılığa başvurusuyla soruşturmanın başlatılması usulü 14. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre taraf devletlerden birisi, bir veya birden fazla suçun işlenmiş gözüktüğünü belirterek yargılama yapılıp yapılmayacağını belirlemek amacıyla durumun soruşturulmasını savcılıktan talep edecektir. Başvuru hakkını kullanan taraf devlet mümkün olduğu kadar maddi vakıaları ortaya koyacak ve başvurunun yapılıp yapılamayacağını belirlemesini mahkemeden talep edebilir. Güvenlik Konseyinin başvuruda bulunabilmesi Birleşmiş Milletler antlaşmasının 7. bölümü uyarınca evrensel barış ve güvenliği sağlama amacıyla hareket etmesiyle mümkün kılınmıştır.⁶⁴

Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 13. maddesinin (c) bendinde mahkeme savcısının proprio motu (kendiliğinden) harekete geçebileceği belirtilmiş, statünün 15. maddesinde savcının re’sen dava açması düzenlenmiştir. Savcı soruşturmaya başlamadan önce mahkemeden soruşturmayı yürütme yetkisi alması gerekir.⁶⁵

D. YARGI YETKİSİNİN KAPSAMI

a. Konu Bakımından Yargı Yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi, statünün ikinci bölümünde düzenleme alanı bulmuş ve görev alanına giren suçlarla sınırlandırılmıştır. Statünün ikinci bölümü roma konferansında en çok

⁶⁴ “Mahkemenin yargı yetkisini kullanabilmesi için suçun, taraf devletin kendi ülkesinde veya kendi vatandaşı tarafından işlenmiş olması ve 17. maddedeki koşullarında gerçekleşmesi gerekecektir.” YENİSEY, Feridun, **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul, 2007, s. 128-129.

⁶⁵ “Savcının re’sen soruşturma yetkisi etkili ve bağımsız bir uluslararası ceza mahkemesi için önemli bir faktör olmakla birlikte, bu yetkinin daha soruşturmanın başında Mahkemenin denetimine tabi tutulması savcının yetkisine getirilen önemli bir sınırlamadır.” YENİSEY, s. 129.

tartışılan konulardan birisidir.⁶⁶ Statünün ikinci Bölüm beşinci maddesi Mahkemenin görev alanına giren suçları belirlemektedir. Buna göre:

“1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak igilendiren en ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu Statü’ye uygun olarak, aşağıdaki suçlar hakkında yargı yetkisine sahiptir⁶⁷:

i. Soykırım Suçu

Uluslararası kriterler açısından soykırım suçu konusu çok teknik olarak değerlendirilen ve uluslararası insaniyet hukuku kuralları içerisinde en ağır ihlallerin başında sayılan bir suçtur. Soykırım suçuna uluslararası literatürde “crime of crimes” suçların suçu da denilmektedir.⁶⁸

Soykırım suçu 1948 tarihli ‘Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Faillerinin Cezalandırılması Sözleşmesi’ ile düzenlenmiştir. Bu sözleşme ile soykırım suçu uluslararası hukuka göre suç sayılmış, uluslararası hukuk düzenine aykırılık teşkil edecek bir suç olarak sayılmamış ve böylece taraf olan devletleri iç hukuklarında bu fiillerin cezalandırılmasını sağlayacak düzenlemeler yapma yükümü altına sokmuştur.⁶⁹

Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 6. maddesinde soykırım suçu şu şekilde düzenleme alanı bulmuştur.

Madde uyarınca ulusal, etnik, ırkî veya dinsel bir gurubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla: a) Gruba mensup olanların öldürülmesi;

b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;

⁶⁶ EKŞİ, s. 27; BAYILLIOĞLU, Uğur, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye**, AÜHF Dergisi, Ankara, 2007, c. 56, S. 1, s.58.

⁶⁷ İronik olarak Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama yetkisinde, varoluşunun bir gereği olarak illegal ilaç trafiği suçu yer almamıştır sadece politik suçlar olarak kabul edilen suçlar yer almıştır. KLABBERS, s. 221.

⁶⁸ BAŞAK, s. 71.

⁶⁹ BAŞAK, s. 72; DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 3, İstanbul, 1999, s. 668.

- c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracığı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek;
- d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;
- e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek; fiillerinden birisinin gerçekleştirilmesiyle soykırım suçu işlenmiş olacaktır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 6. maddesinde tanımı yapılan soykırım suçunun oluşabilmesi için maddede sayılan gruplardan birinin tamamen veya kısmen yok edilmesine yönelik özel kastın varlığı gereklidir. Suçun oluşması için sadece genel kast yeterli görülmemektedir. Soykırım suçu 6. maddenin a, b ve e bentlerinde düzenlenen fiillerle işlenmesi halinde suçun oluşumu sonucun gerçekleşmesine bağlıdır. C ve d bentlerinde belirlenen fiiller bakımından ise suçun unsurlarının tamamlanmış sayılabilmesi için soykırım kastının varlığı ve bu kastla fiillerin gerçekleştirilmiş olması yeterlidir. Örneğin grup içinde doğumları engellemek maksadıyla bir takım işlemlerin yapılmış olması mesela gıda maddelerine kısırlaştırıcı madde konulması suçun oluşması için yeterlidir. Doğumların engellenmiş olması gerekmez.⁷⁰

Soykırım sözleşmesinin 9. maddesinde Soykırım sözleşmesinin uygulanması ve yerine getirilmesi için bir anlaşmazlık çıktığında uyuşmazlığın taraf devletlerden birinin talebi üzerine Uluslararası adalet divanı önüne getirilebileceği düzenlenmiştir. Taraf devletlerin soykırım teşkil eden fiillerden devletlerin sorumluluğu dahilinde yükümlü olması hususu uluslararası hukuk tarafından kabul edilmiştir. Soykırım suçundan dolayı devletlerin sorumluluğu bireysel sorumluluk konusundan ayrı olmasına rağmen, her iki tip sorumluluk arasında yakın ilişki olduğu gerçeği de göz ardı edilmemelidir. Bireysel sorumluluk ile herhangi bir devletin sorumluluğu hususu doğrudan doğruya ilişkilendirilemese de her halükarda bireysel sorumluluk vardır.⁷¹

⁷⁰ KILIÇ, s. 629.

⁷¹ BAŞAK, s. 75-76.

ii. İnsanlığa Karşı Suçlar

İnsanlığa karşı suçlar Roma Statüsünün 7. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu maddeye göre

“İnsanlığa karşı suçlar

1. Bu Statünün amaçları bakımından “insanlığa karşı suçlar”, herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki fiilleri kapsamaktadır:

(a) Öldürme;

(b) Toplu yok etme; (c) Köleleştirme;

(d) Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli;

(e) Uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme;

(f) İşkence;

(g) Irza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri;

(h) Paragraf 3’te tanımlandığı şekliyle, her hangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan her hangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki her hangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm;

(i) Kişilerin zorla kaybedilmesi;

(j) Apartheid (İrk ayrımcılığı) suçu;

(k) Kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.

2. 1. paragrafın amaçları bakımından:

(a) “Herhangi bir sivil topluluğa yöneltilmiş saldırı”, devlet ya da kurumsal bir politikanın uzantısı ya da bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak 1. paragrafta belirtilen eylemlerin herhangi bir sivil topluluğa karşı müteaddit kereler yapılması anlamına gelir;

(b) “Toplu yok etme”, nüfusun bir bölümünü yok etmek amacıyla, yiyecek ve ilaca erişimden mahrum bırakmanın yanı sıra yaşam koşullarını kasten kötüleştirmeyi de içerir;

(c) “Köleleştirme”, kadın ve çocuklar başta olmak üzere, bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerin, insan ticareti dahil kullanılması anlamına gelir;

(d) “Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli”, uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, bir yerde hukuka uygun olarak ikamet eden insanların zorla yerlerinden edilmeleri ya da başka zorlayıcı fiillerle yer değiştirilmeleri anlamına gelir;

(e) “İşkence”, hukuksal yaptırımların doğasına ve buna bağlı olarak kaynaklanan acı ve ıstırap hariç olmak üzere, gözaltında bulunan veya sanığın gözetiminde bulunan bir kişinin, fiziksel ya da zihinsel olarak şiddetli acı veya ıstırap çekmesini bilerek sağlama anlamına gelir;

(f) “Zorla hamile bırakma”, uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali veya bir topluluğun etnik bileşimini değiştirme amacıyla, bir kadının arzusu olmadan zorla hamile bırakılması anlamına gelir; ancak bu tanım, hiçbir şekilde hamileliğe ilişkin ulusal yasaları etkileyecek şekilde yorumlanamaz;

(g) “Zulüm”, bir grubun veya topluluğun, kimliğinden dolayı, uluslararası hukuka aykırı olarak, temel haklardan ağır bir şekilde mahrum bırakılması anlamına gelir;

(h) “Apartheid (İrk ayrımcılığı) suçu”, bir ırkın, başka bir ırk grubu veya grupları üzerinde, sistematik hakimiyet ve baskı kurmaya yönelik kurumsal bir rejim çerçevesinde ve bu rejimi koruma amacıyla işlediği ve 1. paragrafta sözü edilen insanlık dışı fiiller anlamına gelir;

(i) “Kişilerin zorla kaybedilmesi” bir devlet veya siyasi bir örgüt tarafından ya da onların yetkisi, desteği ve bilgisi dahilinde, kişilerin gözaltına alınması, tutuklanması veya kaçırılmasını takiben, bu kişilerin uzunca bir süre, kanun korumasından uzak tutulması amacıyla, nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi reddetme ve bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları bilgisini inkar anlamına gelir;

3. Bu Statünün amacı bakımından “cinsiyet” toplumsal bağlamda, kadın ve erkek olmak üzere iki cinse atıf yapmaktadır.

“Cinsiyet” terimi, yukarıda açıklanandan başka bir anlam taşımamaktadır.”

Statünün 7. maddesinde her bir insanlığa karşı suçun tanımlanması yapılmıştır. Sayılan bu suçların tespitinde bireysel suçları değil, herhangi bir sivil topluluğa karşı geniş çapta veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen ve maddede sayılan eylemlerin dikkate alınması gerekmektedir.⁷²

Ayrıca, insanlığa karşı suçlar, herhangi bir sivil halka yöneltilmiş yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak belirtilen fiil veya fiillerin işlenmesi halinde oluşacaktır. Ancak failin bu saldırının bilincinde olması gerekir. Söz konusu fiillerin yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olması yetmekte, ayrıca, Nüremberg Statüsünde ve Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde olduğu gibi, bir silahlı çatışmanın varlığı şartı aranmamaktadır. Bu bakımdan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ile benzerlik taşımaktadır.⁷³

Maddeye göre herhangi bir sivil topluluğa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğu bilinerek maddede sayılan fiillerden birinin gerçekleştirilmesi halinde suç işlenmiş olacaktır. Sistematiklik, suçun bir plan veya politika çerçevesinde işlenmesini; yaygınlık, mağdur insan sayısının çok olmasını ifade eder.⁷⁴

iii. Savaş Suçları

Savaş suçları Roma statüsünün 8. Maddesinde düzenlenmiştir. Tarih boyunca savaşlarda masum insanların öldürülmesi, işkence görmesi, gerek maddi gerek manevi olarak insanlık dışı muamelelere tabi tutuldukları bir gerçektir. İşte bu madde ile savaş sırasında vuku bulan silahlı çatışmaların tarafları arasında, en azından asgari insancıl hukuk standartları oluşturulmak istenmiştir. Silahlı çatışma içinde bulunanların birbirlerine karşı ve çatışma dışında kalan kişilere yönelik uygulanacak

⁷² ŞEN, s. 93.

⁷³ BAYILLIOĞLU, s. 80.

⁷⁴ Akt. KILIÇ, s. 630, William A. Schabas, *Genocide In International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 171.

kurallarının nelerden ibaret olduğunu ortaya koymak amacıyla yasaklanan fiiller savaş suçlarını oluşturur.⁷⁵

Savaş suçları Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 8. maddesine göre şu şekilde düzenlenmiştir: 1949 tarihli Cenevre sözleşmelerinin ciddi bir şekilde ihlali, mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde uluslararası savaş hukukuna uygulanabilir diğer önemli yasa ve geleneklerin ihlalleri; uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda, 1949 tarihli sözleşmelerin ortak 3. maddesinin ciddi ihlalleri olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. Bu maddeden anlaşılacağı üzere madde hem uluslararası çatışmalarda hem de uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulama alanı bulacaktır. Uluslararası silahlı çatışmalar esnasında işlenebilecek otuz dört ve uluslararası nitelikte olmayan çatışmalarda uygulanabilecek on altı cezalandırılabilir suç tipi öngörülmüştür.⁷⁶

Görüleceği üzere sözleşmenin 8. maddesi, uzun bir liste ve sıralama yapmış, savaş suçları sayılacak fiilleri tanımlamıştır. Her somut olayın özellikleri dikkate alınarak “suçta kanunilik” prensibi çerçevesinde, somut olayda işlendiği iddia olunan fiilin 8. maddede tanımlanmış olan suçlardan birine karşılık gelip gelmediği araştırılmalıdır.⁷⁷

iv. Saldırı Suçu

Tarih boyunca devletler birbirleriyle toprak, zenginlik, itibar ve güç için savaşmışlar ve devletlerin savaş yapma hakkına sahip oldukları uzun süre kabul edilen bir ilke olmuştur. Hasım devletlerden birisinin diğer devleti yok edebilecek kadar güçlenme imkanına sahip olmasının savaş yapma hakkını devlete verdiği, bunun tıpkı bireylerde olduğu gibi devletlerde de olan kendini koruma güdüsünün sonucu olduğu söylenmiştir.⁷⁸

⁷⁵ BAŞAK, s. 170.

⁷⁶ KILIÇ, s. 631.

⁷⁷ ŞEN, s. 98.

⁷⁸ Charles L. Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (Çev:Fehmi Baldaş), İstanbul, 1998, s.140;KILIÇ, s. 632.

Özellikle ikinci dünya savaşından sonra devletlerin barışı koruma amacına yönelmeleri bu şekildeki görüşü tamamen dışlamış, barışa karşı işlenen suçların cezalandırılması gereğinin benimsenmesini sağlamıştır. Saldırı suçu, 1974 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından: “Bir devletin diğer bir devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne, siyasi bağımsızlığına karşı silah kullanması veya Birleşmiş Milletler kurucu antlaşmasına aykırı düşen herhangi bir yola başvurmaları” şeklinde tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletlerce yapılan bu tanımda devletlerin uluslararası sorumluluğu esas alınmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesinin devletler üzerinde yargı yetkisi olmadığından suçun tanımı yapılırken gerçek kişi merkezli bir tanım yapılacaktır.⁷⁹

30 Mayıs-11 Haziran 2010 tarihleri arasında Uganda'nın başkenti Kampala'da düzenlenen UCM Gözden Geçirme Konferansı'nda Saldırı suçunun unsurlarının belirlenmesi konusundaki BM görüşmeleri sonucu ortak bir tanıma ulaşılmıştır. Buna göre “saldırı suçu”, bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından, karakteri, ağırlığı ve boyutu itibariyle Birleşmiş Milletler Şartı'nı açıkça ihlal eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrasını ifade eder. Ayrıca sözleşmeye taraf devletler, Kampala'da aldıkları bir başka karar ile saldırı suçu konusunda UCM'nin yargılama yetkisini 2017 yılı sonrasına ötelediler. Bunun nedeni, bu suç ile sorunu olan devletlere zaman kazandırmak, 2017 yılına kadar bu suç ile sorunu olan devletlere sorunlarını çözmeleri için fırsat yaratmaktır.⁸⁰

Suçtu doğuran fiil devletin sorumlu tutulacağı saldırı eyleminde silahlı kuvvet kullanılmasıdır. Gerçek kişilerin sorumlu olacağı saldırı

⁷⁹ TÖNGÜR, s. 45; KILIÇ, s. 632; “Diğer taraftan, bilhassa ikinci dünya davasının sebep olduğu tahribat bu kaygıyı daha çok arttırmış ve devletlerin sulhun temini için egemenliklerinden vazgeçmeye razı olduklarını yazılı bir şekilde anayasalarında da taahhüt etmelerine sebep olmuştur.” ÖZMAN, Aydoğan, Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, 1965, c. 22, s. 115.

⁸⁰ KURŞUN, Günal, 101 Soruda Uluslar Arası Ceza Mahkemesi, Ankara, 2011, s. 14, http://www.iccnw.org/documents/101_questions_on_the_ICC_Gunal_Kursun_Sept_2011_BOOK.pdf, 30.12.2012, 15:45.

suçunda ise suçu doğuran fiil ilgili kişinin silahlı kuvvet kullanımını planlaması hazırlaması, başlatması, sürdürmesi veya bunlara ilişkin genel bir plana ya da komploya katılması olacaktır.⁸¹

b. Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesi roma statüsünün yirmi beşinci maddesine göre gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Devletler ve tüzel kişiler üzerinde yargı yetkisi söz konusu değildir. Statünün yirmi altıncı maddesine göre ise On sekiz yaşından küçük gerçek kişiler mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar bakımından tam ehliyetsiz sayılmışlardır. Özellikle mağduriyetin giderilmesi noktasında Uluslararası Ceza Mahkemesi çok ciddi bir ilerleme kaydedebilecek iken tüzel kişiler üzerinde yetkisiz bırakılmıştır. Amerika Birleşik Devletlerinin uluslararası müdahalelerinin büyük bir ayağını uluslararası özel güvenlik hizmeti veren şirketler oluşturmaktadır. Bu şirketler işgal politikası gereği her türlü faaliyette etkin hizmet vermekte ve çok ciddi insan hakları ihlalleri gerçekleştirmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesinin sadece gerçek kişileri yargılama yetkisi, mağduriyetin giderilmesi noktasında tam olarak etkinlik gösterememesi sonucunu doğurmaktadır.⁸²

Mahkeme statüsü, failler arasında ülke içindeki mevkilerinden dolayı bir ayırım yapmamıştır. Mahkemede siyasi liderler, komutanlar ve bunların yönetiminde veya komutası altında bulunanlar yargılanır. Bu itibarla özellikle devlet başkanlarının ve üst düzey yöneticilerinin devlet egemenliği dolayısı ile kendilerine verilmiş dokunulmazlıkları bertaraf edilmektedir.⁸³

⁸¹ “Saldırı suçunda eylem unsurunun niteliği konusunda Nuremberg ve Tokyo Statülerindeki tanım ile UCM hazırlık çalışmalarında ortaya konan teklifler, belgelerin yaptıkları tanımlar arasında farklılıklar olduğu görülmektedir.” ACER, Yücel, ‘Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu Kavramının Temel Unsurları: Tanım Çalışmaları Ve Yansımalar’, **Uluslararası Hukuk Ve Politika**, Y. 1, S. 3, 2005, s.34; KILIÇ, s. 632.

⁸² KLABBERS, s. 222; BERLİN, s. 90.

⁸³ TÖNGÜR, s. 46.

c. Yer İtibariyle Yetki ve Güvenlik Konseyinin Bir Durumu Mahkemeye Havale Etmesi

Uluslararası Ceza Mahkemesinin yer itibariyle yargı yetkisi Roma statüsünün 12. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre:

“Bir devlet, bu Statüye taraf olmakla, 5. maddede bahsi geçen suçlarla ilgili olarak Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş olur.

2. Aşağıdaki devletlerden bir veya daha fazlası Statüye taraf ise ya da 3. paragrafa uygun olarak yargı yetkisini tanımış ise Mahkeme 13. maddenin (a) veya (c) bentleri ile ilgili olarak yargı yetkisini kullanabilir:

(a) Toprakları üzerinde sorun teşkil eden olayın meydana geldiği devlet ya da suç, bir uçak veya gemide işlenmiş ise gemi veya uçağın kayıtlı bulunduğu devlet;

(b) Suçlanan kişinin vatandaşı olduğu devlet.

3. Bu Statüye taraf olmayan devletin 2. paragrafa göre kabulü aranıyorsa, o devlet Mahkeme Yazı İşleri Dairesi'ne sunacağı bir bildirme ile suç konusu olayla ilgili olarak, Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilir. Kabul eden devlet 9. Bölüm'e uygun olarak erteleme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile işbirliği yapacaktır.”

Görüleceği üzere madde, mülkilik ve şahsilik sistemlerini öngörmüş, suçun taraf devletlerden birinin topraklarında veya taraf devlet vatandaşlarından birisi tarafından işlenmesi hallerinde mahkemeyi yetkili kılmıştır. Roma konferansı sırasında Almanya tarafından insanlığa karşı suçlar, soykırım ve savaş suçları bakımından Uluslararası Ceza Mahkemesinin evrensel yargı yetkisine sahip olması önerilmiş fakat kabul edilmemiştir.⁸⁴

Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluş sürecinde, Uluslararası Hukuk Komisyonunun hazırladığı taslak metinde olduğu gibi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesine “davaları” havale edebilmesi gerektiği savunulmuştur. Ancak hazırlık müzakereleri sonucunda, davaların havale edilmesi seçeneği reddedilmiş ve dar manada mesele geniş manada durum kavramı kapsamına girecek

⁸⁴ “Alman teklifi başlangıçta biraz taraftar bulsa da daha sonra genel kabule mazhar olamadığı için geri çekilmiştir.”, BAŞAK, s. 60-61.

hususların Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyince, Uluslararası Ceza Mahkemesine Havale edebileceği ifade edilmiştir. Ancak Roma Konferansı müzakerelerinin sonuna doğru, Roma statüsünde yer alan şekliyle düzenlemeden anlaşılması gerekenin, meseleden ziyade durumun Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyince Uluslararası Ceza Mahkemesine havale edilebileceğidir.⁸⁵

Görülebileceği üzere Roma Statüsüne göre mahkemenin evrensel yargılama sistemi uyarınca yargılama yapabilmesi yalnızca Güvenlik Konseyinin bir durumu mahkemeye havale etmesi halinde söz konusu olacaktır.⁸⁶

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü dahilinde hareket edip belli bir bölgede işlenen uluslararası suçlarla ilgili olarak spesifik bir ad hoc yani özel yetkili bir mahkeme kurma yetkisi mevcudiyetini devam ettirmektedir. Eğer bir ad hoc mahkeme kurma yetkisi kullanılırsa suç fiillerinin işlenmesiyle ilgili olan devletler rıza gösterse de göstermese de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin bu kararı bağlayıcı hüküm ifade edecektir.⁸⁷

d. Zaman İtibariyle Yetki

Roma statüsünün on birinci maddesi zaman bakımından yargı yetkisini düzenlemektedir. Buna göre:

“1. Mahkeme, bu statünün yürürlüğe girmesinden sonra işlenen suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir.

2. Eğer bir Devlet, Statü yürürlüğe girdikten sonra bu Statü’ye taraf olursa; 2. maddenin 3. paragrafına göre devlet tarafından bir bildirimde bulunulmadıkça, Mahkeme o devlet için yargı yetkisini sadece Statü’ye taraf olduktan sonra işlenen suçlar için kullanabilir.”

Görülebileceği üzere mahkeme statünün yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen suçlarda yargı yetkisine sahip olacaktır. Bu tarihten önce işlenen suçlar bakımından mahkemenin yargı yetkisi kullanması söz konusu değildir.

⁸⁵ BAŞAK, s. 67.

⁸⁶ KILIÇ, s. 633.

⁸⁷ BAŞAK, s. 66.

Roma Statüsünün yüz yirmi dördüncü maddesinde zaman bakımından uygulamada, taraf olan devletin yayınlacağı bir bildiriyle divanın yetkisini statünün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlatabileceğini düzenlemiştir. Buna göre: 12. maddenin 1. paragrafına bakılmaksızın, bir devlet bu statüye taraf olurken, tüzüğün kendisi bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren 7 yıllık bir süre ile bir suçun, kendi uyrukları tarafından veya kendi ülkesinde işlendiği ileri sürüldüğü zaman 8. maddede öngörülen suçlara ilişkin olarak Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmediğini ilan edebilir.

Sözleşmeye katılma yoluyla taraf olan bir devlet, savaş suçları bakımından mahkemenin yargı yetkisi kullanmasını yedi yıl süreyle erteleyebilir.⁸⁸

e. Güvenlik Konseyinin Soruşturmayı Veya Davayı Erteleme Yetkisi

Roma statüsünün on altıncı maddesi zaman bakımından yargı yetkisini ilgilendiren bir düzenlemeye sahiptir. Buna göre: Soruşturmanın ya da davanın ertelenmesi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne dayanarak aldığı karar dahilinde, Mahkeme'den talepte bulunmasından itibaren 12 ay süreyle, bu statüye dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılmaz veya açılan bir davaya devam edilemez; talep, aynı koşullar altında Konsey tarafından yenilenebilir.

E. BM GÜVENLİK KONSEYİNİN TALEBİ ÜZERİNE SAVCININ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE GÜVENLİK KONSEYİNİN SAVCININ KARARINI YENİDEN DEĞERLENDİRME İSTEMİ

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün 13. maddesi, bir veya birden fazla suçun işlenmesi halinde bu durumun, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından, Mahkeme savcısına bildirilmesini düzenlemektedir. Buna göre mahkemenin yargılama mekanizmasının kimler tarafından harekete geçirilebileceği belirtilmiştir. Güvenlik Konseyinin başvuruda bulunabilmesi, Birleşmiş Milletler Antlaşmasının

⁸⁸ KILIÇ, s. 634.

7. bölümü uyarınca evrensel barış ve güvenliği sağlama amacıyla hareket etmesiyle mümkün kılınmıştır.⁸⁹

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma statüsünün 53. maddesine göre savcının Güvenlik Konseyini, verdiği karar hakkında bilgilendirme yükümlülüğü vardır. 14. maddeye göre, olayı Mahkemeye intikal ettiren devlet veya 13. maddenin (b) paragrafına göre Güvenlik Konseyi'nin talebi üzerine, Ön Dava Dairesi, Savcının 1. ve 2. paragraflarda belirtilen takibata devam etmeme kararını gözden geçirmesini ve Savcıdan kararını tekrar ele almasını isteyebilir⁹⁰.

F. GÜVENLİK KONSEYİNİN ERTELEME YETKİSİ

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bağımsızlığının kabul edilmesine rağmen, Güvenlik Konseyi'ne, statünün 16. maddesiyle soruşturma ve yargılamaları bir yıl süreyle erteleme yetkisi verilmiştir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nin baskısıyla Bosna'da görev yapan barış gücü askerleri bakımından soruşturma açılmasına bir yıl süreyle ara verilmiştir. Bu durum mahkemenin bu özelliğiyle politik etkilere ne kadar açık olduğunun iyi bir göstergesi olmuştur.⁹¹ Mahkeme uluslararası hukuk tüzel kişiliğine sahiptir. Bu özelliğiyle mahkeme uluslararası antlaşmalar yapabilir, uluslararası hukukun diğer kişileriyle diplomatik ilişki kurabilir. Mahkemenin tüzel kişiliği statüye taraf olsun olmasın her devlet açısından geçerlidir.⁹²

⁸⁹ “Mahkemenin yargı yetkisini kullanabilmesi için suçun, taraf devletin kendi ülkesinde veya kendi vatandaşı tarafından işlenmiş olması ve 17. maddedeki koşullarında gerçekleşmesi gerekecektir.” YENİSEY, s. 128-129.

⁹⁰ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, 53. Madde

⁹¹ ERDAL Selcen, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara, 2010, s. 146.

⁹² KILIÇ, s. 627.

**G. GÜVENLİK KONSEYİNİN BİR DURUMU SAVCILIĞA
HAVALE EDEBİLME YETKİSİ VE MAHKEMENİN,
ROMA STATÜSÜNE TARAF OLMAYAN DEVLETLERİN
VATANDAŞLARI ÜZERİNDE YARGI YETKİSİ
AÇILARINDAN KONUNUN İNCELENMESİ**

Daha önce belirtildiği üzere Roma Statüsünün 14. maddesi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargılama mekanizmasını harekete geçirebilme yetkisine sahiptir. Güvenlik Konseyi'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne bir uyuşmazlığı taşıması Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması'nın 7. bölümü uyarınca uluslararası barış ve güvenliği koruma amacıyla hareket etmesine bağlıdır.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde soruşturma başlatmak için savcılığa başvurma yetkisinin verilmesi devletlerin egemen eşitliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹³

Devletlerin egemenliği yönünden asıl sorunu yaratacak olan Güvenlik Konseyi'nin dava açması halinde statünün 12. maddesinde yazılı olan ön koşulların aranmayacak olmasıdır. Güvenlik Konseyi, Roma Statüsüne taraf olmayan bir devlet hakkında da mahkemeye suç duyurusunda bulunabilecek ve mahkeme yargılama yapabilecektir.

Nitekim Güvenlik Konseyi 1593 sayılı kararıyla Darfur'daki durumu Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne havale etmiştir. Roma Statüsüne taraf olmayan Sudan vatandaşları üzerinde mahkeme böylece yargı yetkisine sahip olmuştur.⁹⁴

Bu durumda herhangi bir devletin vatandaşı devletin statüsüne taraf olmadığı uluslararası bir mahkeme tarafından yargılanacaktır. Uluslararası hukuk kriterleri bakımından bir devletin taraf olmadığı uluslararası nitelikteki bir sözleşmeye uymasını istemek hilafı akıldır. Herhangi bir devlet bakımından o devletin taraf olmadığı bir antlaşma ile yükümlülük yüklenmesi mümkün değildir. Uluslararası bir mahkemenin devlet hakkında yargılama yapabilmesi, o devletin rızasına bağlıdır. Bu

⁹³ ERDAL, s. 143.

⁹⁴ ERDAL, s. 144.

rıza Uluslararası Ceza Mahkemesi bakımından Roma Statünün kabulüyle veya geçici olarak yargılama yetkisinin tanınmasıyla açıklanabilir. Bir kişinin, tâbi olduğu, vatandaşlığında bulunduğu veya sığınmacı konumunda bulunduğu devletin, yargı yetkisini kabul etmediği bir mahkeme tarafından yargılanması, ulusal egemenlik anlayışını hiçe saymak demektir. Ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletlerin bir organı olarak kurulmamıştır. Bu durum doğal olarak Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin tümünün mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş olmadığını göstermektedir.⁹⁵

SONUÇ

Hukuki nitelik bakımından devlet egemenliği bir çeşit sözleşme olarak değerlendirilmiştir. Bu sözleşme seçim yolu ile hükümetlerin iş başına gelmesinde kendini gayet açık bir şekilde göstermektedir. Zira burada devlet başkanlığı, idare edecek ile idare edileceklerin anlaşmasına ve aradaki sözleşmeye dayanır. Günümüzde eskiye nazaran çok daha hızlı bir ivmeyle gelişen bir dünya düzeni mevcuttur. Teknolojik gelişmeler, kitle iletişim araçlarının gelişmesi, kitle imha silahlarının yıkıcı ve caydırıcı gücü, ekonomik krizlerin sadece olduğu ülkeyi değil tüm dünyayı tehdit etmesi günümüz dünyasının artık sınırlarına çekilmiş devlet geleneğinin yok olduğunu göstermektedir. Bu da artık devlet ile onun egemenliğini kabul eden yurttaşlarının arasındaki sözleşmenin de değiştiğini göstermektedir.

Tunus'ta özgürlük için kendini yakan bir gencin üç devlet başkanını veya diktatörü alaşağı eden bir akıma sebep olduğu günümüz, kelebek etkisinin artık çok daha hızlı bir şekilde ilerlediğini bizlere göstermektedir. Kelebek etkisi teorisine göre Çin'de kanat çırpan bir kelebek oluşturduğu enerji sebebiyle Amerika'da fırtınaya sebep olabilir. Artık hiçbir lider, hiçbir ticari veya askeri kuruluş, sadece kendi sınırlarındaki olaylarla ilgilenmemekte güvenliklerini ve çıkarlarını sağlamak için aktif dış politika izlemektedirler.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin egemen devletlerin son derece yıkıcı sonuçları olan dış politikalarının gerçekleşmesi için bir araç olarak kullanılmamasını umut etmekteyiz. Kötüye kullanıldığı taktirde,

⁹⁵ ERDAL, s. 144.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir mahkeme olmaktan çok bir silah olarak kabul edilebilecektir.

Kim tarafından yapıldığı veya yapılmasına izin verildiği belli olamayan onbir Eylül saldırıları, resmi olmayan rakamlara göre Afganistan ve Irak'ta toplam 400.000 masum sivilin katledilmesine sebep olmuş, II. Dünya Savaşında zafer uğruna üçyüzbin sivil tek seferde katletmekten çekinmeyen Amerikan kartelleri ve galip devletler, kendilerini, insan haklarının ve demokrasinin savunucusu, mazlum konumunda galiplerin adaletiyle davayı kazanmış olarak Dünyaya empoze etmişlerdir. Medeni Avrupa'nın tam ortasında bulunan Bosna'da Müslüman soykırımına fiili olarak destek vererek, soykırımı Dünya'nın gözü önünde kolaylaştıran ve yardım eden BM barış gücü askerleri, daha sonra ülkelerinden kahramanlık nişanı almışlardır.

Daha birçok örnekleri olan tezat kelimesinin bile ifade etmekte yetersiz kaldığı durumlar olduğu halde, herkes gibi umut ediyoruz ki, uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmuş olması, büyük çapta insancıl hukuk ihlallerinin azalmasında önemli rol oynayacaktır. Egemen devletlere verdiği tavizlere rağmen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, insan hakları ihlalinde bulunan suçlular için her zaman büyük bir tehdit niteliğindedir. Bu açıdan Dünya barışının sağlanması ve devam etmesinde dürüst bir şekilde kullanıldığı takdirde olumlu etkisi olabilecektir.

KAYNAKLAR

ACER, Yücel, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu Kavramının Temel Unsurları: Tanım Çalışmaları Ve Yansımalar', Uluslararası Hukuk Ve Politika, Y. 1, S. 3, 2005, s. 15-42.

ALLEN, Buchanan, "From Nuremberg to Kosova"; Human Rights Legitimacy, And The Use Of Force, New York, 2010, s. 673-705.

ALİBABA, Arzu, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu', A.Ü.H.F.D., Ankara, 2000, c. 49, S. 1, s. 181-207.

ALSAN, Zeki, Bir Milletler Arası Ceza Divanı Kurulması İle İlgili Fikirler Ve Teşebbüsler', A.Ü.H.F.D., Ankara, 1951, c. 8, S. 1-2, s. 1-42.

AZARKAN, Ezeli, Nuremberg'den La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri, İstanbul, 2003.

- BAŞAK, Cengiz, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar, Ankara, 2003.
- BAKIRCIOĞLU, Önder, Self-Defence in International and Criminal Law, New York, 2011,
- BAYILLIOĞLU, Uğur , Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye, AÜHF Dergisi, Ankara, 2007, c. 56, S. 1, s. 56-122.
- BERLİN, Mark, From Pirates to Pinochet, The Politics of the Globalization of Law, Edited: Alison Brysk; New York, 2013.
- Charles L. Montesquieu, Kanunların Ruhuna Üzerine (Çev:Fehmi Baldaş), İstanbul, 1998.
- BEYAZIT, Özgür, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Yetkisi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2008.
- ÇINAR, M. Fatih, Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı, Çanakkale, 2004.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. 3, İstanbul, 1999.
- ERDAL Selcen , Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara, 2010.
- KARAKEHYA, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk, AÜHFD, Ankara, 2008, c. 57, S. 2, s. 133-163.
- LEPARD, Brian D., Customary International Law A New Theory with Practical Applications, New York, 2010.
- PARLETT, Kate, The Individual in the International Legal System, New York, 2011.
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Ankara, 1999.
- PUBLISHERS, Martinus Nijhoff, The New International Law, Boston, 2010.
- KILIÇ, Ali Şahin, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme, AÜHFD, 2009, c. 58, S. 3, s. 615-657.
- KLABBERS, Jan, International Criminal Law, International Law, New York, 2013.
- KURŞUN, Günel, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara, 2011.
- ŞEN, Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara, 2009.
- TÖNGÜR, Ali Rıza, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, İstanbul, 2005.

TEZCAN, Durmuş, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı, Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000.

ÖNOK, R. Murat, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara, 2003.

ÖZMAN, Aydoğan, Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1965, c. 22, s. 98-158

William W. Burke-White, Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justices, Harvard International Law Journal, c. 49, S. 1.

YENİSEY, Feridun, Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul, 2007.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2005.

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi_ceza_mahkemesi_roma_statusu.pdf,

<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/style/longterm/books/reviews/serbs.htm>;

<http://www.milliyet.com.tr/srebrenitsa-katliami-nedir--gundem-2086393/>

<http://chgs.umn.edu/museum/memorials/srebrenica/>

Makaleler



Özel Hukuk

TÜRK HUKUKUNDA MEZARLIKLAR

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT*

CEMETERIES IN TURKISH LAW

ÖZET

Mezarlıktan bahsedebilmesi için öncelikle o yerin mezarlık vasfı taşıması gerekir. Mezarlık vasfı taşıyan bu yerlerin de idare tarafından ölülerin defnedilmesine tahsis edilmiş olması gerekir. Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıklar, kamu malları ve kamunun özel malları ayırımında kamu malları içerisinde yer alır. Bu nedenle, bu yerlere, kamu hukuku rejimi uygulanır. Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların kamu malları içerisindeki yeriyse tartışmalıdır. Açık bir tahsisten çıkarma kararı alınmadığı sürece metruk mezarlık da umumî mezarlıklar gibi hizmet malı niteliğindedir. Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişilerine ait olan umumî mezarlıklar üzerinde mülkiyetin kurulabilir. Öğretide baskın olan görüşe ve yargı kararlarına göre kamu tüzel kişileri kamu malları üzerinde kamu mülkiyetine sahiptir. Fakat belediye veya köy tüzel kişilerinin her ne kadar umumî mezarlıklar üzerinde mülkiyet hakkı olsa da bu mülkiyet hakkı, malikine, özel hukuk anlamında mülkiyet hakkının verdiği bütün yetkileri vermez. Belediye veya köy tüzel kişileri, mülkiyetinde bulundurduğu umumî mezarlıkları devredemez. Bu

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

bakımdan, malik olan belediye veya köy tüzel kişilerine tasarruf işlemleri bakımından sınırlama getirilmiştir. Yine, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıklar, aslı gayesi dışında bir amaç için kullanılamaz. Bu bakımdan da malik olan belediye veya köy tüzel kişilerine tasarruf eylemleri bakımından sınırlama getirilmiştir. Öte yandan, bu yerlerin kamu malı niteliğinde olması dolayısıyla getirilmiş olan sınırlamalar da söz konusudur. Meselâ, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişilerine ait olan umumî mezarlıklar zamanaşımı yoluyla iktisaba elverişli değildir. Bu yerlerin zamanaşımı yoluyla kazanılamamasının sebebi olarak ise, özel mülkiyete elverişli olmaması gösterilebilir.

ANAHTAR KELİMELER: *Mülkiyeti Belediye veya Köy Tüzel Kişiliklerine Ait Olan Umumî Mezarlıklar, Metruk Mezarlıklar, Kamu Mülkiyeti, Kamu Malı, Zamanaşımı Yoluyla İktisap*

ABSTRACT

Since we can talk about the cemetery, it is necessary that the place must carry the qualification of cemetery. These places bearing the graveyard must also be assigned to the burial of the deaths by the administration. Public cemeteries belonging to a municipality or village legal entity are included in the public goods between public goods and private goods. For this reason, the public law regime applies to these places. The public cemetery whose property belongs to the municipality or village legal entity should be discussed in public goods. Unless a decision for explicit dismiss is made, the abandoned cemetery is also servitude property, like a public cemetery. Ownership may be established on public cemeteries owned by municipal or village legal entities. According to doctrine and judicial decisions, public legal entities have public ownership over public goods. However, even if municipal or village legal entities have the right to own property on public cemeteries, this right of property shall not be given by all the authorities granted by the right of property, in the sense of private law. The municipal or village legal entities may not transfer the property right of public graveyards. In this respect, limitations have been imposed on the municipal or municipal legal entities in terms of acts of disposal. Also, public cemeteries whose property is owned by a municipality or a village legal entity can not be used for any purpose other than the principal goals. In

this respect, municipalities or village legal entities which are the owners are also restricted in terms of acts of disposal. On the other hand, there are limitations that have been brought about because these places are public properties. For example, public cemeteries whose property is owned by municipal or village legal entities are not eligible to acquire by means of prescription. The reason why these places can not be won through prescription is that private property is not available.

KEYWORDS: *Public Cemeteries Whose Property is Owned by Municipal or Village Legal Entities, Abandoned Cemeteries, Public Property, Public Domain, Acquisition by Means of Prescription.*

§ 1. GİRİŞ

İnsan için ölüm kaçınılmaz bir sonudur. Her ne kadar ölüm kaçınılmaz bir son gibi görünse de birçok kültürde ölüm bir son değil, yeni bir yaşamın başlangıcını ifade eder. İnsan nasıl doğumla yeni bir yaşama başlamış ise, ölümle de başka bir yaşama başlar. İnsanlar da bu yeni yaşamın başlangıcına açılan kapı olarak mezarları görmüşlerdir. Diğer bir ifadeyle, insanlar, sona eren yaşamlarından yeni başlayan yaşamlarına mezarlar sayesinde adım atarlar. Bu nedenle de mezarlar insanların her zaman ilgisini çekmiş ve bundan sonra da çekmeye devam edecektir.

Mezar ve mezarlıklara ihtiyaç duyulmasının sebebi, ölü kimselerin ayrı bir yerde tutulması gerekliliğidir. Zira usulüne uygun şekilde defin işlemi yapılmayan ölen kimselerin insan sağlığı açısından bir tehdit oluşturduğu aşikârdır. Bu nedenle, ölen kimselerin ayrı bir yerde tutulması, toplum hâlinde yaşamının zorunlu bir sonucudur. Dolayısıyla, toplum hâlinde yaşamının bir gerekliliği olarak mezar ve mezarlıklara her zaman ihtiyaç duyulmaktadır.

İnsanların mezar ve mezarlıklara ihtiyaç duymasının diğer bir sebebi olarak ise, bu yerlerin ölen kimsenin ardında bıraktığı kimseler açısından ziyaret ve hatırlama gibi sembol alanları niteliği taşıması gösterilebilir. Hattâ ölen kimsenin ardından mezarına yapılan mezar taşları, ölen kimsenin yok oluşunun kanıtı niteliğindedir. Ayrıca, bu yerler, ölen kimselerin tarihî bir vakıa olarak önceden var olduğunu da göstermektedir. Bu nedenle, tarihte önceden yaşamış olduğu anlaşılan

kimselerin mezar ve mezar taşlarının araştırmacılar için çok önemli bir bilgi kaynağı olduğu söylenebilir.

Bu çalışma, Türk hukukunda mezarlıkları incelemeyi amaçlamaktadır. Fakat, konunun genişliği sebebiyle temelde mülkiyeti belediye veya köy tüzel tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar incelenecektir.

§ 2. GENEL OLARAK MEZAR VE MEZARLIK KAVRAMI, MEZARLIK KAVRAMININ UNSURLARI, ÇEŞİTLERİ VE KAMU MALLARI İÇERİSİNDEKİ YERİ

I- GENEL OLARAK MEZAR VE MEZARLIK KAVRAMI

İnsan hayatında doğumdan sonra gelen kaçınılmaz son ölümdür¹. Ölüm ise, birçok kültürde insanın maddî varlığının sona erip manevî varlığının yeni bir yaşama başlaması olarak kabul edilir². Her ne kadar ölüm bir son gibi görünse de birçok kültürde ölüm bir son olmayıp yeni bir yaşamın başlangıcını ifade eder³. Mezarlar da bu yeni yaşamın başlangıcına açılan kapı olarak düşünülmüştür⁴. Aynı zamanda mezarlar,

¹ Ölümün kaçınılmaz bir son olduğu hakkında bkz., H. Emrah **Özarlan**, Mezarlıkların Peyzaj Planlama ve Tasarımı Açısından İncelenmesi: İstanbul Zincirlikuyu Mezarlığı Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 13; Mehmet **Demirci**, Ölümdeki Hayat (Tasavvuf Düşüncesinde Ölüm), Tasavvuf İlmî ve Akademik Araştırma Dergisi, S. 4, 2000, s. 9-16, s. 9.

² **Özarlan**, s. 13.

³ Nilgün **Çıblak**, Anadolu'da Ölüm Sonrası Mezarlıklar Çevresinde Oluşan İnanç ve Pratikler, Türk Kültürü, C. 40, S. 474, 2002, s. 605-614; s. 606; Ali **Çelik**, Trabzon-Şalpazarı Çepni Türkleri'nde Ölümle İlgili Gelenek, Görenek ve İnanmalar, Geçmişten Günümüze Mezarlık Kültürü ve İnsan Hayatına Etkileri Sempozyumu, 18-20 Aralık 1998, İstanbul 1999, s. 288; **Özarlan**, s. 13.

⁴ **Çıblak**, s. 607, 608. **Akıllı**'ya göre, insanlar, ölümü öbür dünyaya atılan bir adım olarak görür ve yok oluşunu kalıcı bir mezar taşı yaparak kabullenmeye çalışır (bkz., Hüseyin **Akıllı**, Edirne Osmanlı Mezarlıklarının Restorasyon ve Konservasyon Işığı Altında Değerlendirilmesi, Geçmişten Günümüze Mezarlık Kültürü ve İnsan Hayatına Etkileri Sempozyumu, 18-20 Aralık 1998, İstanbul 1999, s. 146). **Doğan**'a göre insanlar, mezarları iki dünya arasındaki kapı olarak düşünmüşler ve mezarla ilgili olan her şey

ölünün geride bıraktığı en önemli işaretlerden biri olarak da kabul edilir⁵. Bu nedenle, mezarlar, insanların her zaman ilgisini çekmiş ve çekmeye de devam edecektir.

Sözlük anlamıyla mezar kavramı, “ölünün gömülü olduğu yer, kabir, sin, makber, gömüt” olarak ifade edilir⁶. Mezar, Arapça kökenli bir kelime olup, “ziyaret yeri, ziyaret edilen⁷, ölünün gömülü olduğu yer” anlamlarına gelmektedir. Mezar kavramından mevzuatlarımızda⁸

insanların her zaman ilgisini çekmiştir (bkz., İsmail **Doğan**, Günümüz Türkiye’inde Mezar Taşlarının Dili (Antalya-Burdur-İzmir-Kırıkkale-Kırşehir-Malatya-Manisa-Şanlıurfa Mezarlıkları), Geçmişten Günümüze Mezarlık Kültürü ve İnsan Hayatına Etkileri Sempozyumu, 18-20 Aralık 1998, İstanbul 1999, s. 160).

⁵ **Özarlan**, s. 13; **Çıblak**, s. 607. **Özarlan**’a göre, mezarların büyük taşlarla kapatılmasının asıl amacı her ne kadar ölüye gerçekleştirilecek olan istenmeyen müdahalelerden korumak olsa da ölenin adına bir anıt oluşturma uğraşı insanlık kültürünün ilk zamanlarına kadar uzanır (bkz., age., s. 15). Aynı yönde bkz., **Akıllı**, s. 146. **Şeker**’e göre mezarlar, bu dünyadan göçmüş olan insanların tarihî bir vâkıâ olarak varlığının kanıtı niteliğindedir. Bu nedenle, tarihe geçmiş olan insanların mezarları hangi ilim dalı ilgilenirse ilgilensin araştırmacıları çok yakından ilgilendirir (bkz., Mehmet **Şeker**, ‘Türk Mezar Bilimi’ Bir Disiplin Olarak Kurulmalı, Geçmişten Günümüze Mezarlık Kültürü ve İnsan Hayatına Etkileri Sempozyumu, 18-20 Aralık 1998, İstanbul 1999, s. 26. Türk mezar biliminin bir disiplin olarak kurulması ve geçmişten elde edilecek bilgilerin derli toplu bir bütün hâlinde geleceğe taşınması gerektiği hususu hakkında bkz., **Şeker**, s. 31, 32.

⁶ Bkz., TDK. Büyük Türkçe Sözlük, <https://tdk.gov.tr>, (12.3.2016).

⁷ Adem **Sağır**, Halk Kültüründe Belirleyici Bir Öge Olarak Ölüm: Toplu Merasimlerden Belediye Hizmetlerine Kurumsallaşan Ölüm Bağlamında Bir Ölüm Sosyolojisi Denemesi, Turkish Studies, International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Prof. Dr. Çoşkun Ak Armağanı, C. 7, S.2, 2012, s. 903-925, s. 912.

⁸ 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanununun 2 nci maddesinde mezar terimine yer verilmektedir. Aynı şekilde, Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin muhtelif maddelerinde de mezar terimine yer verilmektedir (Yönetmelik 1,m.8/II, 8/III, 12/I, b.g, 14, 15, 39/IV). 11410 sayılı Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin muhtelif maddelerinde de mezar terimine yer verilmektedir

bahsedilmiş olmakla birlikte tanımına ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Mezar, tıbben beyin ölümü⁹ gerçekleşen kişinin ölü bedeninin toprağın altında ayrışacağı¹⁰, kanunen belirlenen ebatlara uygun olarak ölünün defnedildiği yerdir.

Sözlük anlamıyla mezarlık kavramı ise, “*mezarların bulunduğu yer, kabristan, gömütlük, sinlik, tahtalıköy, mezaristan*” şeklinde ifade edilir¹¹. Öğreti¹² ve Yargıtay¹³ mezarlıkları, ölülerin gömülmesine terk ve

(MHN.m.6, 11/I, b.F, 16/I, b.A, 16/I, b.B, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 35, 40). 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda da mezar terimine yer verilmektedir (UHK.m.223, 227, 229, 300).

⁹ Ölümün hangi anda meydana geldiği konusunda öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Biyolojik ölüm görüşüne göre, büyük hayat fonksiyonları olarak kabul edilen dolaşım ve solunum gibi temel hayat fonksiyonlarının sona ermesiyle birlikte ölüm gerçekleşmiş olur. Genellikle kabul edilen beyin ölümü görüşüne göre ise, kişinin ölmüş sayılabilmesi için, beynin vücuttaki fonksiyonel koordinasyonunu yerine getiremeyecek şekilde harap olması gerekir (bkz., Mehmet **Ayan** / Nurşen **Ayan**, *Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 171-172; Mustafa **Dural** / Tufan **Öğüz**, *Türk Özel Hukuku*, C. 2, *Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2015, s. 23, 24; M. Kemal **Oğuzman** / Özer **Seliçi** / Saibe **Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul 2015, s. 19-22; Rona **Serozan**, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2014, s. 416; Aydın **Zevkliler** / M. Beşir **Acarbey** / K. Emre **Gökyayla**, *Zevkliler Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 556-558).

¹⁰ Mezarlık olarak belirlenecek olan alanın toprağının defnedilen kimselerin ayrışmasına elverişli olması gerekir. Gerçekten, Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 5 inci maddesinin ikinci fıkrası, “*toprağın jeolojik vasıfları, gömülecek cesetlerin ayrışmasına müsait, su ve havanın geçmesine izin verecek şekilde küçük taneli olmalıdır. Bu maksatla kumlu, az miktarda kireçle karışık topraklar uygundur*” şeklindedir.

¹¹ Bkz., TDK. Büyük Türkçe Sözlük, <https://tdk.gov.tr>, (20.03.2016).

¹² Zerrin **Toprak** / Ahu **Karakurt**, *Türkiye’de Yabancı Mezarlıkları ve Stratejik Yaklaşımlar*, *Yargıtay Dergisi*, C. 35, S. 3, 2009, s. 369-396, s. 378; Zerrin **Toprak** / Ahu **Karakurt**, *Türkiye’de Yabancı Mezarlıkları ve Küresel İlişkiler Ağında Stratejik Gelişmeler; İzmir İçin Bir Yaklaşım*,

tahsis edilen yer olarak tanımlamaktadır. 6831 sayılı Orman Kanununa Göre Orman Kadastrosunun Uygulanması Hakkındaki Yönetmeliğin¹⁴ 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının “i” bendinde mezarlıklar, “*köy, kasaba ve şehir halkının ölülerini defnettiği kadim yerlerdendir*” şeklinde tanımlanmıştır.

Mezarlıkların, ölen kimselerin ayrı bir yerde tutulması ihtiyacından dolayı ortaya çıktığı söylenebilir. Zira, usulüne uygun bir şekilde defin işlemi yapılmayan ölüler belirli bir süre sonra çürümeye başlar ve insan sağlığı açısından tehdit oluşturur. Bu nedenle de ölülerin yaşayan insanlardan farklı bir yerde tutulması gerekir. Bu ise, mezarlıklar aracılığıyla sağlanır. Ayrıca, mezarlıklar ölenin ardında bıraktığı kimseler için ziyaret, hatırlama gibi sembol alanlarıdır¹⁵. Bu nedenle, mezarlıklar ilk insanlardan bu yana vardır ve var olmaya da devam edecektir.

Mezarlık, mezarlık vasfı taşıyan ve ölülerin defnedilmesine tahsis edilen yerdir. Bu bakımdan, mezarlıktan bahsedebilmemiz için öncelikle o yerin mezarlık vasfı taşıması diğer bir deyişle mezarlık olarak kullanılmaya elverişli olması gerekir. Mezarlık olarak kullanılmaya elverişli bu yerlerin de idare tarafından ölülerin defnedilmesine tahsis edilmiş olması gerekir.

II- MEZARLIK KAVRAMININ UNSURLARI

Bir yerin mezarlık olarak kabulü için o yerin mezarlık vasfı taşıması ve mezarlığın kamunun kullanımına tahsis edilmiş olması gerekir. Dolayısıyla, mezarlığın unsurları¹⁶, “*mezarlık olarak tahsis*

Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 7, S. 1, 2009, s. 73-99, s. 91. **Özarlan**, mezarlığı, mezarların toplu hâlde bulunduğu yer olarak tanımlamaktadır (bkz., agm., s. 15).

¹³ 8.HD., 12.5.1994, E.1993/4823 K.1994/6756, “... Mezarlıklar, ölülerin gömülmesine terk ve tahsis edilen yerlerdendir. ...”, (www.hukukturk.com).

¹⁴ RG. 15.7.2004, S. 25523.

¹⁵ Aysel **Uslu**, Çevreye Dost Mezarlık (Ekolojik Mezarlık) Planlama Yaklaşımları ve Dünya Kentlerinden Örnekler, 5. Uluslararası İleri Teknolojiler Sempozyumu (IATS'09), 13-15 Mayıs 2009, Karabük 2009, s. 1860-1864, s. 1860.

¹⁶ Mezarlık terimi ile kast edilen mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyeye; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişiliklerine ait olan

edilecek alanın mezarlık vasfı taşıması” ve “*tahsis*” şeklinde iki ayrı başlık altında incelenebilir.

A) MEZARLIK OLARAK TAHSİS EDİLECEK ALANIN MEZARLIK VASFI TAŞIMASI

Bazı malların kamu malı statüsüne sokulması toplum hâlinde yaşamanın zorunlu bir sonucudur. Mezarlıklar da toplum hâlinde yaşamanın zorunlu bir sonucu olarak geçmişten günümüze var olan ve var olmaya devam edecek olan kamu mallarındandır. Gerçekten de mezarlıklar ölen yakınlarımızı hatırlamak ve onların ruhlarını memnun etmek için yaşattığımız yerlerdendir. Bu nedenle, idarenin mezarlıkları kullanıma müsait hukukî ve fiilî bir durumda bulundurması gerekir. İdarenin, mezarlık olarak belirlenecek alanın seçiminde sınırsız bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, idare, mezarlık olarak belirlenecek alanı seçerken birtakım özellikleri ve hususları dikkate almak zorundadır.

Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin¹⁷ 5-7 inci maddeleri arasında mezarlık yerinin seçimi yapılırken¹⁸ dikkat edilmesi gereken hususlar düzenlenmiştir.

Yeni kurulacak mezarlık alanlarının seçimi için, il merkezindeki belediye ve köylerin valiliğe, ilçeye bağlı belediye ve köylerin ise, bağlı oldukları kaymakamlığa müracaat etmesi gerekir (Yönetmelik 1,m.6/II). Müracaat üzerine komisyon oluşturulur¹⁹. Komisyon, yeni kurulacak

umumî mezarlıklardır. Bu nedenle, mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyeye; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların unsurları, “*mezarlık olarak tahsis edilecek alanın mezarlık vasfı taşıması*” ve “*tahsis*”tir. Dolayısıyla, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olmayan mezarlıklarda bu unsurlardan biri ya da birkaçı bulunmayabilir. Gerçekten de özel mezarlıkların söz konusu olduğu hâllerde tahsis unsuru bulunmamaktadır. Zira, özel mezarlıklar kamu malı olmadığı için idarenin tahsis işlemine de gerek kalmaz.

¹⁷ RG. 19.1.2010, S. 27467.

¹⁸ Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 11 inci maddesinde öncelikle mezarlıkların belirli esasları içeren bir planının yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

¹⁹ Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğinin 6 ncı maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında komisyonun kimlerin katılımıyla oluşacağı ifade edilmektedir.

mezarlık alanlarının mezarlık olarak kullanımının uygun olup olmadığına, su kaynaklarına, yerleşim yerine ve insanların iskânına mahsus meskenlere mesafesine, hâkim rüzgârın yönü, bölgenin coğrafi, jeolojik, meteorolojik şartları, arazi ve ulaşım imkânları gibi şartları da göz önüne alarak bir rapor hazırlar ve bu raporu il veya ilçe Umumi Hıfzıssıhha Kurullarına sunar (Yönetmelik 1,m.6/I, VI). Umumi Hıfzıssıhha Kurulu, komisyonun raporuna göre teklif edilen alanın mezarlık yeri olarak kullanımının uygun olup olmadığına karar verir (Yönetmelik 1,m.6/VI,c.1). Umumi Hıfzıssıhha Kurulu mezarlık yeri olarak teklif edilen alanın mezarlık yeri olarak kullanımının uygun olmadığına dair karar verirse, söz konusu alan mezarlık olarak kullanılamaz. Eğer Umumi Hıfzıssıhha Kurulu mezarlık yeri olarak teklif edilen alanın mezarlık olarak kullanımının uygun olduğuna dair karar verirse, söz konusu alanın mezarlık olarak tapuya tescili gerekir. Tapu tescili yapılmadan söz konusu alan mezarlık olarak kullanılamaz (Yönetmelik 1,m.6/VI,c.5).

B) TAHSİS

Kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan bir malın kamu malı hâline gelebilmesi için, o malın ya kamunun doğrudan doğruya kullanımına veya yararlanmasına ya da bir kamu hizmetine o hizmet için özel bir düzenleme ile tahsis edilmiş olması gerekir²⁰. Gerçekten, mezarlığın, kamu malı statüsü kazanabilmesi için, kamunun doğrudan doğruya yararlanmasına tahsis edilmiş olması gerekir. Mezarlığın kamu yararına tahsis edilmesi ise, örf ve âdet yoluyla ya da tahsis işlemi yoluyla olmak üzere iki ayrı şekilde olmaktadır.

Mezarlıklar, geçmişten günümüze kadar kamunun doğrudan doğruya yararlandığı yerlerdendir²¹. Gerek toplumda gerek kamu makamlarında bu yerlerin kamu malı olduğu yolunda genel bir inanç hâkimdir. Bu nedenle, çok eski zamanlardan beri mezarlık olarak kullanılan yerlerin kamunun doğrudan doğruya yararlanmasına tahsis

²⁰ Kemal **Gözler**, İdare Hukuku, C. 2, 2. Baskı, Bursa 2009, s. 842; Ramazan **Yıldırım**, Türk İdârî Rejimi Dersleri, C. 1, Konya 2014, s. 370; Halil **Kalabalık**, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 5. Baskı, Konya 2014, s. 658; Akın **Düren**, İdare Malları, Ankara 1975, s. 66.

²¹ Yıldızhan **Yayla**, İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 332; **Gözler**, s. 844; **Kalabalık**, s. 659.

edilmiş olduğunun kabulü gerekir. Meselâ, geçmişte boş bir araziye yapılan defin ile başlayan ve akabinde devam eden definler sonucunda önceden boş olan arazi yüzlerce mezardan oluşan bir mezarlık hâline gelebilir. Oysa, bu yerin mezarlık olduğuna dair çoğu zaman bir tahsis kararı bulunmamaktadır. Tahsis kararı bulunmamasına rağmen bu yerlerin mezarlık olarak kabulü gerekmektedir. Zira, kamu makamlarının örf ve âdet yoluyla çok eski zamanlardan beri mezarlık olarak kullanılan yer hakkında sonradan bir tahsis kararı alması bu yerleri kamu malı hâline getirmez. Diğer bir ifadeyle, örf ve âdet yoluyla çok eski zamanlardan beri mezarlık olarak kullanılan yerler için sonradan alınan tahsis kararı kurucu olmayıp açıklayıcı niteliktedir²².

Öte yandan, günümüzde mezarlık ihtiyacı, özellikle büyük şehirlerde fazlasıyla hissedilmektedir. Zira, geçmişte mezarlık olarak tahsis edilen alanların büyük bir çoğunluğu şehir içinde kalmakta ve ardından artan yapılaşmayla birlikte etrafının kapanması ve mezarlık içerisinde mezar alanlarının kalmaması sonucu mezarlık ihtiyacı ortaya çıkmakta ve yeni mezarlık alanlarına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle, kamu makamları, öncelikle mezarlık vasfı taşıyan alanlar oluşturup bu yerleri kamunun yararlanmasına tahsis etmektedirler. Kamu makamları tahsis işlemini ise, bir tahsis kararı ile gerçekleştirmektedir²³.

Tahsis kararını gerçekleştirecek olan makam ise, söz konusu malın mülkiyetine sahip olan kamu tüzel kişisidir²⁴. 5393 sayılı Belediye Kanununun²⁵ 79 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, “... mezarlıklar ... belediyenin tasarrufundadır”. Devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerinin bir taşınmaz malı belli bir kamu hizmetine tahsisine yetkili olduğu hâllerde tahsis kararı verecek olan makamlar o kamu tüzel kişisinin taşınmaz mallarını idare etmeye yetkili makam olmayıp karar organıdır²⁶. Gerçekten, 5393 sayılı Kanunun meclisin görev ve yetkileri

²² **Gözler**, s. 845. **Kalabalık**'a göre, öteden beri doğrudan doğruya kamunun yararlandığı mezarlıkların aksine bir karar alınarak bu nitelikleri kaldırılmadığı müddetçe orta malı olarak kabulü gerekir (bkz., age., s. 659).

²³ **Kalabalık**, s. 660 vd.; **Düren**, s. 67 vd.; **Gözler**, s. 845.

²⁴ **Gözler**, s. 846.

²⁵ RG. 13.7.2005, S. 25874.

²⁶ **Kalabalık**, s. 662.

başlığını taşıyan 18 inci maddesinin birinci fıkrasının “e” bendinde, “taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması hâlinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesisine karar vermek” de belediye meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Şu hâlde, belediye bulunan yerlerde, belediye meclisi; köy bulunan yerlerde, köy ihtiyar heyetinin mezarlık olarak belirlenen alanı kamunun yararlanmasına tahsis edeceği söylenebilir.

III- MEZARLIKLARIN ÇEŞİTLERİ

Mezarlıklar, defin yapılıp yapılmamasına göre “faal mezarlık” ve “metruk mezarlık” olmak üzere ikiye ayrılabilir²⁷. Faal mezarlıklar da “umumî mezarlıklar” ve “özel mezarlıklar” olmak üzere ikiye ayrılır. Umumî mezarlıklar ise, “mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar” ve “mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olmayan diğer umumî mezarlıklar” olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenebilir.

A) FAAL MEZARLIKLAR

Defin yapılabilen mezarlıklara, faal mezarlıklar adı verilmektedir. Faal mezarlıklar, umumî mezarlıklar ve özel mezarlıklar olmak üzere ikiye ayrılabilmesine karşılık, şu anki mevzuatımıza göre bir kimsenin, derneğin veya caminin özel mezarlığı olamaz²⁸. Fakat, 3194 sayılı İmar

²⁷ **Düren**'e göre, mezarlıklar ölü gömülüp gömülmemesine göre ikiye ayrılırlar. Ölü gömülmeyen mezarlıklara metruk mezarlık, ölü gömülen mezarlıklara da faal mezarlık adı verilir (bkz., age., s. 115). **Aygün**'e göre, ölü gömülmesi yasaklanan yerlere metruk mezarlık, ölü gömülmeye devam edilen mezarlıklara da faal mezarlık adı verilir (bkz., Mustafa Yaşar **Aygün**, İlişkilerin Belirlenmesi Bakımından Mülkiyet-Mezar-Mezarlık-Orman, Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 3, 2001, s. 421-480, s. 469).

²⁸ 8.HD. 12.5.1994, E.1993/4823 K.1994/6756, “... Belediye, Köy veya Yerel İdare Birlikleri Tüzel Kişiliğine ait metruk veya faal mezarlıklar dışında özel mezarlıklara yer verilmemiştir. Daha açık bir deyimle, Yasalarımızda bir şahsın, derneğin veya Caminin mezarlığı olamaz. ...” (www.hukukturk.com); 8.HD. 30.9.1991, E.1991/13609 K.1991/13019, “... Genel olarak mezarlıklar, sınırları içerisinde bulunduğu kamu tüzel

Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısına²⁹ göre özel mezarlıkların kurulmasının ve işletilmesinin önü açılmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar şu an özel mezarlıklar kurulması ve işletilmesi mümkün olmasa da umumî mezarlıkların karşısı olarak ayrı bir başlık altında ele alınabilir.

1- Umumî Mezarlıklar

Umumî mezarlıklar denildiği zaman, akla 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun³⁰ gelmektedir. Zira, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun 1 inci maddesi, “Devlet mezarlığı, Vakıflar Genel Müdürlüğü yönetimindeki tarihi mezarlıklar ile şehitlikler ve cemaatlere ait özel statüsü bulunan mezarlıklar hariç, umumi mezarlıkların mülkiyeti belediye bulunan yerlerde belediyelere, köylerde köy tüzel kişiliklerine aittir. Bu yerler satılamaz ve kazandırıcı zamanaşımı zilyedliği yolu ile iktisap edilemez” şeklindedir. Anılan hükümden, devlet mezarlığının, Vakıflar Genel Müdürlüğü yönetimindeki tarihi mezarlıkların, şehitliklerin, cemaatlere ait özel statüsü bulunan mezarlıkların da bir umumî mezarlık olduğu fakat, bu yerlerin mülkiyet bakımından 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun kapsamı dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, umumî mezarlıklar, “mülkiyeti belediyelere veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar” ve “mülkiyeti belediyelere veya köy tüzel kişiliklerine ait olmayan umumî mezarlıklar” şeklinde iki ayrı başlık altında ele alınabilir.

a) Mülkiyeti Belediye veya Köy Tüzel Kişiliklerine Ait Olan Umumî Mezarlıklar

aa) Genel Olarak

Mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediye; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunda düzenlenmiştir.

kişiliğine aittir. Özel mezarlık ya da bir caminin mezarlığı söz konusu değildir. Gerek Belediye, gerekse Köy Kanununa göre bu tür yerler kamu mallarından sayılır. ...” (www.hukukturk.com).

²⁹ http://www.emo.org.tr/ekler/4a4deb11804b1ba_ek.pdf?tipi=2&turu=X&su be =0, (30.03.2016).

³⁰ RG. 13.06.1994, S.21959.

Anılan kanun ile mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların devir ve ferağ edilemeyeceği ve zamanaşımı yoluyla kazanılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Gerçekten de 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanununun 1 inci maddesine göre, “...*Bu yerler satılamaz ve kazandırıcı zamanaşımı zilyedliği yolu ile iktisap edilemez*”. Her ne kadar Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunda açıkça ifade edilmese de mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların haczedilemeyeceğinin de kabulü gerekmektedir. Aynı zamanda, Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin altıncı fıkrası gereğince bu yerlerin tescil edilmesi gerekmektedir.

bb) Mülkiyeti Belediye veya Köy Tüzel Kişiliklerine Ait Olan Umumî Mezarlıklar İçerisinde Bulunan Mezarların Sınıflandırılması

Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 20 nci maddesine göre umumî mezarlıklar dâhilindeki mezarlıklar³¹, “*birinci sınıf mezarlar*”, “*ikinci sınıf mezarlar*”, “*üçüncü sınıf mezarlar*” olmak üzere üç sınıfa ayrılırlar.

aaa) Birinci Sınıf Mezarlar

Birinci sınıf mezarlar, belediye tarafından belirlenen bedel karşılığında en fazla 12 m² olarak ve sürekli olarak aile bireylerine intikal eden aile mezarlığıdır³². Bu mezarlar, sürekli olarak kişiye özgülendiği için üçüncü bir kişiye devri mümkün değildir. Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasında mezarın kullanım hakkını satın alan kişinin kullanım tahsisini mirasçılara devredebileceği ifade edilmektedir. Anılan hüküm ile birlikte Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 20 nci maddesinin birinci fıkrasının “A” bendini de göz önüne alırsak birinci sınıf mezarların üçüncü bir kişiye devrinin mümkün

³¹ Umumî mezarlıklar dâhilindeki mezarlıklar ifadesi ile kast edilen, mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyeye; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişiliğine ait olan mezarlıklardır.

³² **Aygün**, s. 436.

olmadığı, fakat kullanım tahsisinin mirasçılara geçebileceği söylenebilir.

bbb) İkinci Sınıf Mezarlar

İkinci sınıf mezarlar, belediye tarafından belirlenen bedel karşılığında 4,50 m² olarak ve sürekli olarak kişiye özgülünen mezarlardır³³. Bu mezarlar, sürekli olarak kişiye özgülendiği için üçüncü bir kişiye devri mümkün değildir. Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasında mezarın kullanım hakkını satın alan kişinin kullanım tahsisini mirasçılara devredebileceği ifade edilmektedir. Anılan hüküm ile birlikte Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 20 nci maddesinin birinci fıkrasının “B” bendini de göz önünde alırsak ikinci sınıf mezarların üçüncü bir kişiye devrinin mümkün olmadığı, fakat kullanım tahsisinin mirasçılara geçebileceği söylenebilir.

ccc) Üçüncü Sınıf Mezarlar

Üçüncü sınıf mezar, belediyeye herhangi bir bedel ödemeksizin mezarlıktaki adacıklar içerisinde, düzeni önceden tayin edilen sıraya uyularak ölülerin gömüldüğü mezarlardır³⁴. Bu mezarların da birinci sınıf mezarlar ve ikinci sınıf mezarlar gibi üçüncü bir kişiye devri mümkün değildir.

Üçüncü sınıf mezarlardaki cesetlerin kemik ve cesetten geriye kalan kalıntıları, toprağın kendine özgü durumunu dikkate alınmak ve sağlık memurlarının verecekleri raporlara dayanmak ve beş yıldan az olmamak kaydıyla belediye meclisince tespit edilecek bir süre geçtikten sonra özel bir şekilde hazırlanan genel bir yere nakledilerek boş kalan üçüncü sınıf mezara sıra geldiği zaman yeniden cenaze defnedilebilir³⁵. Gerçekten, Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 22 nci maddesine göre, “*üçüncü sınıf mezarlardaki cesetlerin kemik ve bakıyesi toprağın tabiatına göre sıhhiye memurlarının verecekleri raporlara istinat etmek ve beş seneden az olmamak üzere belediye meclisince tespit edilecek bir müddet geçtikten sonra sureti mahsusada hazırlanan umumi bir mahalle*

³³ **Aygün**, s. 437.

³⁴ **Aygün**, s. 437.

³⁵ **Aygün**, s. 438.

nakiliye defnolunarak boş kalan mezara sıra geldiği zaman yeniden cenaze gömülebilir". Oysa, birinci ve ikinci sınıf mezarlar sürekli olarak aile bireylerine ve kişiye özgü olduğu için yeniden defin yapılması mümkün değildir.

b) Mülkiyeti Belediye veya Köy Tüzel Kişiliklerine Ait Olmayan Umumî Mezarlıklar

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olmayan umumî mezarlıklar 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde belirtilmiştir. Anılan hükümden, Devlet mezarlığının, Vakıflar Genel Müdürlüğü yönetimindeki tarihî mezarlıkların, şehitliklerin, cemaatlere ait özel statüsü bulunan mezarlıkların da bir umumî mezarlık olduğu fakat, bu yerlerin mülkiyet bakımından bu Kanun kapsamı dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların hukukî rejimi çalışma kapsamında olmadığı için sadece ismen belirtmekle yetinilecektir.

2- Özel Mezarlıklar

Kadimden beri kullanılan mezarlıkların kent içinde kalmaya başlaması ile birlikte ortaya çıkan mezar yeri ihtiyacı ve buna paralel olarak ortaya çıkan mezar yeri kullanım tahsis bedellerinin artışı özel mezarlıklar konusunu gündeme getirmiştir. Bu nedenle, 3194 sayılı İmar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısında özel mezarlığa ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Gerçekten, 3194 sayılı İmar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının³⁶ 4 üncü maddesinin on birinci fıkrasına göre, "*imar planlarında talep halinde, özel mezarlık alanları ayrılabilceği gibi imar planlarında mezarlık alanı olarak belirlenen yerlerin özel mülkiyete tabi kısımları mülkiyet sahiplerince özel mezarlık olarak yapıp işletilebilir*". 3194 sayılı İmar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının 4 üncü maddesinin on ikinci fıkrası ise, "*bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle belirlenir*"

³⁶ http://www.emo.org.tr/ekler/4a4deb11804b1ba_ek.pdf?tipi=2&turu=X&sube=0, (30.03.2016).

şeklindedir. Bu düzenlemelerin amacı ise, özel mezarlıkları umumî mezarlıkların alternatifi olarak oluşturup mezar yeri kullanım tahsis bedelinde azaltmaya gitmektir.

Anılan Tasarının 4 üncü maddesinin on birinci fıkrasının nasıl uygulanacağı ise, yönetmelikle belirlenir. Öte yandan, hâlihazırda bu konuya ilişkin bir yönetmelik ise, bulunmamaktadır. Bu nedenle, özel mezarlık yapılıp işletilebilme kriterleri de somutlaşmamaktadır. Bu konuda, özel mezarlık olacak alanın ileride şehir içinde kalmamasına, ulaşım güzergâhına elverişliliğine, belirli bir büyüklükte alan olmasına dikkat edilmesi gerektiği savunulabilir. Zira, şehir içinde tesis edilecek olan bir özel mezarlık ya da belirli bir büyüklükte olmayan bir alanda yapılan özel mezarlık ileride tekrardan mezar yeri ihtiyacına neden olabilir.

Öte yandan, burada değinilmesi gereken diğer bir husus ise, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden önce oluşturulmuş ve 01.07.1931 tarihli ve 11410 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilen Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin³⁷ 2 nci maddesine göre oluşturulan mezarlıkların hukukî durumudur.

2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, 1580 sayılı Belediye Kanunu yürürlükten kalkmıştır. Fakat, yürürlükten kalkan 1580 sayılı Belediye Kanununa dayanan Mezarlıklar Hakkındaki Nizamname ise, hâlen yürürlüktedir. Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 2 nci maddesi ise, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanuna aykırıdır. Zira, Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 2 nci maddesine dayanan tapu ile tasarruf olunan mezarlıkların, şahıslara ve ailelere ait özel vakıf mezarlıkların ve cami harimlerindeki mezarlıkların mülkiyeti belediyelere ait değildir. Belediyeye ait olmayan bu mezarlıklar, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olmayan mezarlıklar arasında da ifade edilmemiştir. Bu nedenle, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte artık Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 2 nci maddesine dayanılarak tapu ile tasarruf olunan mezarlıklar, şahıslara ve ailelere ait

³⁷ RG. 9.8.1931, S.1868.

özel vakıf mezarlıklar ve cami harimlerinde mezarlıklar oluşturmak mümkün değildir³⁸. 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 2 nci maddesine dayanılarak oluşturulan mezarlıkların ise mülkiyetinin belediye veya köy tüzel kişiliklerinde olmadığı kabulü gerekir³⁹. Aksi hâlde, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 2 nci maddesine dayanılarak oluşturulan mezarlıkların mülkiyetinin belediye veya köy tüzel kişiliklerine geçeceği kabulü Anayasanın 46 ncı maddesine aykırılık oluştururdu. Gerçekten, Anayasanın 46 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, “Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir”.

B) METRUK MEZARLIKLAR

Sözlük anlamı itibarıyla metruk kelimesi “*bırakılmış, terk edilmiş, kullanılmayan*” anlamına gelir⁴⁰. Metruk mezarlık kavramının tam olarak karşılığı kanunî düzenlemeler ile ortaya konulmamıştır. Öğreti, metruk mezarlık kavramını ölü defni yapılmayan mezarlık olarak kullanmaktadır⁴¹.

Öncesinde faal mezarlık olan bir yerin çeşitli sebeplerle ölü defni yapılamaz hâle gelmesi sonucunda ortaya çıkan yere metruk mezarlık adı verilir. Mezarlıkların, metruk hâle gelmeden önce aslında bir umumî mezarlık olduğu söylenebilir. Diğer bir ifadeyle, önceden umumî mezarlık olarak ölü defnedilen mezarlık sonradan metruk mezarlık hâline

³⁸ Toprak / Karakurt, Stratejik Yaklaşımlar, s. 381, 382; Toprak / Karakurt, Yabancı Mezarlıklar, s. 17, 18.

³⁹ Toprak / Karakurt, Stratejik Yaklaşımlar, s. 381, 382; Toprak / Karakurt, Yabancı Mezarlıklar, s. 17, 18.

⁴⁰ Bkz., TDK. Büyük Türkçe Sözlük, <https://tdk.gov.tr>, (02.04.2016).

⁴¹ Düren'e göre, ölü gömülme mezarlıklara metruk mezarlık adı verilir (bkz., age., s. 115). Aygün'e göre ise, ölü gömülmesi yasaklanan yerlere metruk mezarlık adı verilir (bkz., age., s. 469). Ayrıca bkz., Toprak / Karakurt, Stratejik Yaklaşımlar, s. 383.

gelebilir. Umumî mezarlıkların ise, kamu malı olduğu tartışmasızdır. Mezarlığın kamu malı statüsü kazanabilmesi için kamunun doğrudan doğruya kullanımına tahsis edilmiş olması gerekir. Mezarlığın kamunun doğrudan doğruya kullanımına tahsis edilmesi ise, örf ve âdet yoluyla ya da tahsis işlemi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Yani, idarenin özel malının kamu malı hâline gelebilmesi için her zaman formel bir tahsis kararı gerekmez⁴². Buna karşılık, bir malın kamu malı olmaktan çıkarılabilmesi için mutlaka formel ve açık bir tahsisten çıkarma kararının alınması gerekmektedir⁴³. Zira, bir malın kamu malı olmasından dolayı sahip olduğu güvenceleri o malın kullanılmamasından dolayı kaybedeceği düşüncesi isabetli olmasa gerekir⁴⁴. Bu nedenle, bir umumî mezarlığın fiilen ölü defni için kullanılmaması, terk edilmesi gibi sebepler o umumî mezarlığın kamu malı statüsünde bir değişiklik yapmaz. Diğer bir ifadeyle, artık ölü defni için kullanılmayan mezarlık hâlâ kamu malıdır. Kadimden beri kullanma şeklinde mezarlığın kamu malı hâline gelebileceği söylenebilirse de kadimden beri kullanmama şeklinde mezarlığın kamu malı olmaktan çıktığı söylenemez. Eğer, bir umumî mezarlık fiilen kullanılmaması nedeniyle metruk mezarlık hâline

⁴² **Gözler**, s. 848.

⁴³ **Gözler**, s. 848. **Yıldırım**'a göre, özgüleme işlemi ister geleneğe isterse yazılı hukuka dayansın, her ikisinde de özgülemenin kaldırılmasının mutlaka yazılı hukuka dayanması gerekir (bkz., age., s. 371). **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**' göre, gelenek ve görenek ile özgüleme ve gelenek ve göreneğin değişmesi ile kamu malı bu niteliğini kaybetmez. Açık bir biçimde özgüleme işleminin idare tarafından kaldırılması ve taşınmaz malın özel hukuka bağlı mal statüsüne geçirilmesi gerekir. Özgüleme işlemi ile kamu malı niteliği kazanan mallar da özgüleme işleminin kaldırılması ile bu kamu malı niteliğini kaybeder (bkz., İsmet **Giritli** / Pertev **Bilgen** / Tayfun **Akgüner** / Kahraman **Berk**, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul 2013, s. 1015, 1016). **Kalabalık**'a göre, örf ve âdet hukuku ile kamu malı niteliği kazanan mallar, bu örf ve âdetin değişmesi sonucunda kamu malı niteliğini kaybetmezler. Zira, bir malın kamu malı niteliğini kaybedebilmesi için, bir tahsis kararı ile açık bir şekilde bu malın özel mal statüsüne geçirilmesi gerekir. Bir kamu malının fiilen kullanılmaması kamu malı niteliğinin kaybı sonucunu doğurmaz (bkz., age., s. 665).

⁴⁴ **Gözler**, s. 848.

gelmiş ise, bu mezarlığın kamu malı niteliğinin sona ermesi için ayrıca ve açık bir tahsisten çıkarma kararı gerekir⁴⁵. Açık bir şekilde alınmış tahsisten çıkarma kararı yok ise, metruk mezarlıkların da hâlâ kamu malı niteliğini devam ettiğinin kabulü gerekir. Kamu tüzel kişileri isterler ise, sonsuza kadar metruk mezarlıkların kamu malı niteliğini devam ettirebilirler. Diğer bir deyişle, kamu tüzel kişilerinin metruk mezarlıkların kamu malı niteliğini devam ettirip ettirmeyeceği hususunda tam bir takdir yetkisi söz konusudur. Eğer, kamu tüzel kişileri metruk mezarlıkların kamu malı niteliğini açık bir tahsis kararı ile sona erdirirse, metruk mezarlıklar, kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyetine geçer ve bunlar hakkında özel hukuk hükümleri uygulanır. Nitekim, 2644 sayılı Tapu Kanununun 24 üncü maddesinin “köylerde bulunan metruk ve kimsesiz mezarlıklarla vakfa ait umumi mezarlıklar köyün manevi şahsiyeti namına tescil olunur” şeklindeki hükmünü metruk mezarlıkların özel mülkiyete alınabileceği şeklinde yorumlamak gerekir⁴⁶.

IV- MEZARLIKLARIN KAMU MALLARI İÇERİSİNDE YERİ

İdare, görev ve hizmetlerini yerine getirirken taşınır ve taşınmaz mallara ihtiyaç duyar. İhtiyaç duyulan bu malların hizmetlerin yapısına uygun bazı özel kurallara tâbi olması zorunludur⁴⁷. Bu nedenle, hukukî güvenlik ve istikrar ilkesinin de bir gereği olarak hangi malın⁴⁸ hangi

⁴⁵ **Gözler**, s. 849.

⁴⁶ Aynı yönde bkz., HGK. 14.4.1954, 5/36-38, “... köyün orta malı olan mezarlığın metruk olsa dahi müruruzamanla iktisabı caiz bulunmamış ve Tapu Kanununun 24 cü maddesinde köyün metruk mezarlığının köyün manevî şahsiyeti adına kayıt olunacağına dair olan hükmü bu kabil yerlerin köyün hususî emvali meyanına alınabileceğini göstermekte olup, bunun tahakkuku da usulüne tevfi kan yapılacak idarî tasarrufa vabeste bulunmuş ve bu muamele yapılmadıkça metruk mezarlığın köy orta malı meyanından çıkarılmasına imkân görülmemiş olmasına göre ...” (**Düren**, s. 116).

⁴⁷ A. Şeref **Gözübüyük**, Yönetim Hukuku, 31. Baskı, Ankara 2012, s. 251; **Kalabalık**, s. 642; **Düren**, s. 3; **Yıldırım**, s. 358; **Gözler**, s. 815; **Yayla**, s. 315; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 951.

⁴⁸ Hukukî anlamda mal, haklara konu olabilen şeyleri ifade eder. Kural olarak mallar, maddî mallar ve maddî olmayan mallar olmak üzere ikiye ayrılır.

hukukî rejime tâbi olduğunun önceden bilinmesi gerekir⁴⁹. Her ne kadar bir malın hangi hukukî rejime tâbi olduğunun önceden bilinmesi gerekirse de bunu sağlayacak genel bir kanun ya da her mal kategorisi için geçerli olan ölçütler bulunmamaktadır⁵⁰. Buna karşılık öğretide⁵¹, çeşitli ölçütlere başvurulduğu görülmektedir.

Öğretide mallar, sahiplerine göre “*özel kişilere ait mallar*” ve “*kamuya ait mallar*” şeklinde ikiye ayrılmaktadırlar⁵². Özel kişilere ait mallar, özel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınır ve taşınmazlardan oluşur. Bu mallar, kamu malı sayılmaz ve bunlara özel hukuk hükümleri uygulanır⁵³. Kamuya ait mallar ise, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınır ve taşınmazlardan oluşur⁵⁴. Kamuya ait mallar ile özel kişilere ait malların ayırt edilmesinde başvuru ölçüte göre bir malın kamuya ait mal olabilmesi için, öncelikle o malın bir kamu tüzel kişisine ait olması gerekir⁵⁵. Diğer bir ifadeyle, özel kişilere ait olan mallar kamuya ait mal olarak kabul edilemez.

Maddî mallar, cismanî bir varlığı olan, hissedilen veya mekânda sınırlı bir yer kaplayan şeylerdir. Maddî olmayan mallar ise, cismanî bir varlığı olmayan, hissedilemeyen, mekânda bir yer kaplamayan şeylerdir. Bkz., Jale G. **Akipek** / Turgut **Akıntürk**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 25, 26. İdare hukukunda çoğu zaman “*maddî mal*” yerine “*mal*” terimi kullanılmaktadır. Mal terimi ile kastedilen ise, maddî mallardır. Bkz., **Gözler**, s. 818.

⁴⁹ Aydın **Gülan**, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim, İstanbul 1999, s. 14.

⁵⁰ **Gülan**, s. 14.

⁵¹ **Gülan**, her mal kategorisi için geçerli olan ölçütlerin bulunmadığını kabul etmesine rağmen, kamuya ilişkin mallar ile özel kişilere ait malların ayırt edilmesinde, kamuya ilişkin mallar kategorisi içinde yapılan kamu malları ile kamunun özel mallarının ayırt edilmesinde ve kamu malları kategorisi içinde yapılan, orta malı, hizmet malı ve sahipsiz malların ayırt edilmesinde çeşitli ölçütlere başvurmuştur (bkz., age., s. 14-16).

⁵² **Gözler**, s. 818.

⁵³ **Gözler**, s. 818; **Gülan**, s.16.

⁵⁴ **Gözler**, s. 818; **Gülan**, s.16.

⁵⁵ Yıldızhan **Yayla**, Kamu Malının Çağdaş Tanımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 7, S. 1-3, 1992-1993, s. 7-19, s. 12; **Gülan**, s. 16; **Gözler**, s. 821.

Öğretide kamuya ait mallar, “*kamunun özel malları*” ve “*kamu malları*”⁵⁶ şeklinde ikiye ayrılmaktadırlar⁵⁷. Kamunun özel malları, kamu tüzel kişinin kamu mülkiyetinde⁵⁸ bulunmasına rağmen kamu yararına tahsis edilmemiş olan taşınır ve taşınmazlardır⁵⁹. Kamu malları ise, kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan ve kamu yararına tahsis edilmiş olan taşınır ve taşınmazlardır⁶⁰. Kamu tüzel kişilerinin elindeki malları kamunun özel malları ve kamu malları şeklinde ayırmanın pratik sonucu ise, kamu mallarına kamu hukukunun; kamunun özel mallarına ise, özel hukukun uygulanacak olmasıdır⁶¹.

⁵⁶ **Gözler**, “*kamu malları*” yerine “*kamusal mal*” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir. Zira, kamu malları, kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu kamu hukukuna ya da özel hukuka tâbi olan tüm malları anlatmak için kullanılabilir. Kamusal mal ise, kamu tüzel kişilerinin sadece kamu hukukuna tâbi olan mallarını anlatmak için kullanılabilir. Buna karşılık yazar, kamu malı ile kamusal mal terimleri arasında dilbilgisi bakımından anlam farkı yaratmanın zor olduğunu ve kamu malı kavramının hem öğretilerde hem mevzuatlarda hem de yargı kararlarında yerleşmiş olduğundan kamusal mal teriminin kullanılmasının pratik açıdan gerekli olmadığını ifade etmektedir (bkz., age., s. 818).

⁵⁷ **Gülan**, s. 24. **Yavuz**’a göre devlet malları, devletin özel malları ve devletin kamu malları olmak üzere ikiye ayrılır (bkz., Nihat, **Yavuz**, Türk Hukukunda Kamu Malları, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 1975, s. 486-493, s. 490). Aynı yönde bkz., Suat, **Şimşek**, Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları, Sayıştay Dergisi, S. 92, 2014, s. 93-115, s. 95

⁵⁸ Türk hukuk öğretisinde baskın olan görüşe göre kamu tüzel kişileri kamu malları üzerinde kamu mülkiyetine sahiptir. Bkz., **Gülan**, s. 90; **Gözler**, s. 838; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 970; **Kalabalık**, s. 647; **Düren**, s. 63-64; **Yıldırım**, s. 369. Ayrıca bkz., D.3D. 13.10.1980, E.1980/157 K.1980/181, (www.hukukturk.com).

⁵⁹ **Gözler**, s. 819; **Gülan**, s. 29. **Gülan**, kamu tüzel kişilerinin kamu malı statüsünde olmayan mallarının kamunun özel malı olacağı şeklinde bir tespiti yapabileceğini ifade etmektedir (bkz., age., s. 31).

⁶⁰ **Gözler**, s. 818. **Gülan**, s. 29.

⁶¹ **Gülan**, s. 24; **Kalabalık**, s. 643; **Gözler**, s. 820. **Yayla**, kamunun özel mallarına kısmen özel hukuk hükümlerinin uygulandığını ve bu malların

Kamuya ait bir malın, kamu malı mı yoksa kamunun özel malı mı olduğu hususunun tespitinde öncelikle kanunî bir düzenlemenin mevcut olup olmadığına bakılır. Eğer, kanunî bir düzenleme mevcut ise, kanunun bu düzenlemesini kabul etmek gerekir⁶². Kanunî bir düzenlemenin mevcut olmaması hâlinde kamu malından bahsedebilmek içinse, malın ya kamunun doğrudan doğruya kullanılmasına veya yararlanmasına ya da bir kamu hizmetine o hizmet için özel bir düzenleme⁶³ ile tahsis edilmiş olması gerekir⁶⁴. Buna karşılık, kamuya ait malın doğrudan doğruya kamunun kullanımında veya yararlanmasında bulunmaması ya da bir kamu hizmetine o hizmet için özel bir düzenleme ile tahsis edilmemesi durumunda o malın kamunun özel malı olduğunun kabulü gerekir⁶⁵.

Kamu malları, tahsis amaçlarına göre “*sahipsiz mallar*”, “*orta malları*” ve “*hizmet malları*” şeklinde üçe ayrılırlar⁶⁶. Sahipsiz mallar, ayrıca bir tahsis işlemine gerek olmaksızın doğal özellikleri nedeniyle doğrudan doğruya kamunun ortak kullanılmasına açık olan mallardır⁶⁷.

kamu hukukunun da sınırlayıcı kurallarına tâbi olduğunu ifade etmektedir (bkz., İdare, s. 316).

⁶² **Yıldırım**, s. 361; **Gülan**, s. 27. **Gülan**'a göre, kanunun bu nitelendirmesinin kabul edilebilmesi için, kamuya ait mallar arasında kamu malı ve kamunun özel malı ayrımının bilindiği bir tarihten sonra yapılması gerekir (bkz., age., s. 27).

⁶³ **Gözler**'e göre, kamu tüzel kişilerine ait birçok mal kamu hizmetine tahsis edilebilir. Dolayısıyla, kamu malları kavramının kapsamını genişletmemek için kamu hizmetine veya kamunun ortak kullanımına tahsis edilmiş bir malın amacına yönelik olarak özel bir düzenlemeye tâbi tutulması aranır (bkz., age., s. 823, 824).

⁶⁴ **Gülan**, s. 29; **Gözler**, s. 823; **Yıldırım**, s. 361; **Kalabalık**, s. 643; **Şimşek**, s. 95.

⁶⁵ **Gülan**, s. 29. **Düren**'e göre, özel mallar, ancak kapital değeri ve verimi ile dolaylı olarak kamuya hizmet eden mallardır ve kural olarak özel hukuk hükümlerine tâbidir (bkz., age., s. 31, 38). **Şimşek**'e göre, devletin özel malları, kamu hizmetinin görülmesine sağladıkları gelirlerle dolaylı yoldan katkı sağlayan maldır (bkz., agm., s. 95).

⁶⁶ **Gözler**, s. 826.

⁶⁷ Fikret **Eren**, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 281, 282; Lâle **Sirmen**, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 18; **Giritli / Bilgen /**

Orta malları, bir tahsis sonucu doğrudan doğruya herkesin veya kamunun bir kısmının kullanımına veya yararlanmasına açık olan mallardır⁶⁸. Hizmet malları ise, idarenin görevlerini yerine getirmek için doğrudan doğruya kamu hizmetine tahsis etmiş olduğu mallardır⁶⁹. Sahipsiz mallar ile orta mallarının bu nitelikleri devam ettiği sürece bunlar üzerinde özel mülkiyet kurulamaz⁷⁰. Gerçekten, 4721 sayılı yeni Medenî Kanunun⁷¹ 715 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, “*sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin⁷² hüküm ve tasarrufu altındadır*”. Hizmet mallarının da devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunun kabulü gerekir⁷³. Şu hâlde, kamu malları devletin hüküm ve tasarrufu altında olması dolayısıyla bunlar üzerinde özel mülkiyet kurulamaz. Buna karşılık, bu malların kamu malı niteliğinin açık bir tahsisten çıkarma

Akgüner / Berk, s. 971; **Gözler**, s. 826; **Yıldırım**, s. 364; **Gülan**, s. 41; **Düren**, s. 32.

⁶⁸ **Yıldırım**, s. 362; **Sirmen**, s. 17; **Eren**, Mülkiyet, s. 282; **Düren**, s. 32; **Gözler**, s. 828; **Kalabalık**, s. 644; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 973; **Gülan**, s. 34.

⁶⁹ **Eren**, Mülkiyet, s. 281; **Düren**, s. 31; **Sirmen**, s. 17; **Şimşek**, s. 96; **Gülan**, s. 38; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 973; **Kalabalık**, s. 644; **Gözler**, s. 829, 830; **Yıldırım**, s. 363.

⁷⁰ **Eren**, Mülkiyet, s. 282.

⁷¹ RG. 8.12.2001, S. 24607.

⁷² **Gözler**'e göre, 4721 sayılı yeni Medenî Kanunun 715 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen devlet ibaresini geniş anlamda kamu tüzel kişilerini de içine alacak şekilde anlamak gerekir (bkz., age., s. 829). Gerçekten 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun 1 inci maddesine göre, “... *umumi mezarlıkların mülkiyeti belediye bulunan yerlerde belediyelere, köylerde köy tüzel kişiliklerine aittir. ...*”.

⁷³ İsviçre hukukunda, yararı kamuya ait mallar ifadesinin hizmet mallarını da kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Türk hukukunda ise, İsviçre hukukundan farklı olarak kamu mallarına ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle hizmet mallarının da devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz., **Eren**, Mülkiyet, s. 282, dn. 277; **Düren**, s. 30, dn. 33; **Sirmen**, s. 17. **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**' e göre, maddede belirtilen yararı kamuya ait mallar ile bir kısım orta ve hizmet malları kastedilmektedir (bkz., age., s. 954).

kararıyla kaldırılması durumunda özel mülkiyete elverişli hâle geldiği söylenebilir⁷⁴.

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıklar⁷⁵, kamuya ait mallar ile özel kişilere ait mallar ayrımında kamuya ait mallar arasında yer alır. Zira, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde umumî mezarlıkların mülkiyetinin belediye veya köy tüzel kişiliklerinde olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların özel kişilere ait mallardan olmadığı kabulü gerekir. Buna karşılık, her ne kadar mevcut hukuk sistemimizde özel kişilere ait mezarlık kurulması mümkün olmasa da 3194 sayılı İmar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının yasalaşması hâlinde özel mezarlıklar kurulabilecektir. Bu yerlerin ise, kamuya ait mallar ile özel kişilere ait mallar ayrımında özel kişilere ait mallar arasında yer aldığı kabulü gerekir.

Aynı zamanda, 1931 tarihli Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 2 nci maddesine dayanılarak oluşturulan mezarlıkların da kamuya ait mallar ile özel kişilere ait mallar ayrımında özel kişilere ait mallar arasında yer aldığı kabulü gerekir. Zira, bu yerlerin mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait değildir. Bu nedenle, özel mülkiyet konusu olan bu yerlerin kamuya ait mal olduğundan bahsedilemez. Ayrıca, cemaatlere ait özel statüsü bulunan umumî mezarlıkların mülkiyeti, belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait değildir. Bu nedenle, bu yerlerin de kamuya ait mal olduğundan bahsedilemez.

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıklar, kamu malları ve kamunun özel malları ayrımında kamu malları içerisinde yer alır. Bu nedenle, bu yerlere, kamu hukuku rejimi uygulanır. Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların kamu malları içerisindeki yeri tartışmalıdır. Tartışma, öğretisi ile kanunî düzenleme arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.

⁷⁴ Şimşek, s. 94.

⁷⁵ Mezarlıklar terimiyle mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyeye; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıklar kast edilmektedir.

Öğretide, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların orta malı olduğu noktasında bir görüş birliği bulunmaktadır⁷⁶. Zira, bu yerler, kamunun doğrudan doğruya kullanımına ve yararlanmasına tahsis edilmiş yerlerdendir⁷⁷. Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıklar, kamunun doğrudan kullanımına veya yararlanmasına çoğunlukla idarenin alacağı idarî bir kararla tahsis edilir. Meselâ, belediye bir yeri mezarlık hâline getirir ve o yeri, kamunun doğrudan doğruya kullanımına veya yararlanmasına tahsis eder. Ancak, bir malın orta malı olabilmesi için kamunun ortak kullanımına veya yararlanmasına her zaman açık bir idarî kararla tahsis edilmiş olması gerekmez⁷⁸. Bu tahsis, örf ve âdet yoluyla⁷⁹ da yapılabilir. Gerçekten, bazı yerler çok eski zamanlardan beri mezarlık olarak kullanılmaktadır. Meselâ, geçmişte bir mezar ile başlayan ve yüzlerce yıl sonra pek çok mezardan oluşan bir yerin mezarlık olduğunun kabulü gerekir. Oysa, böyle bir yerin mezarlık olduğuna ilişkin kamu makamları çoğu zaman herhangi bir karar almamıştır. Eğer böyle bir karar alınmış ise, bu kararın kurucu olmayıp açıklayıcı nitelikte olduğu söylenebilir⁸⁰.

Kamu mallarına ilişkin olarak genel bir kanun bulunmama ile birlikte Anayasada ve çeşitli kanunlarda kamu mallarını düzenleyen hükümler bulunmaktadır. 3402 sayılı Kadastro Kanununda da⁸¹ kamu mallarını düzenleyen başlıca hükümler bulunmaktadır. Fakat, anılan kanunda ki hükümlerin isabeti tartışmalıdır. Öğreti, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16 ncı maddesinde her bir kategori mal için verilen örneklerin isabetli olmadığını ifade etmektedir⁸². Gerçekten, yolların,

⁷⁶ **Gözler**, s. 828; **Yıldırım**, s. 362; **Düren**, s. 115; **Gülan**, s. 35.

⁷⁷ **Gözler**, s. 823.

⁷⁸ **Gözler**, s. 828.

⁷⁹ **Gözler**, s. 828; **Yayla**, İdare, s. 332.

⁸⁰ **Gözler**, s. 844, 845.

⁸¹ RG.9.7.1987, S.19512.

⁸² **Gülan**, s. 61; **Sirmen**, s. 18. **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**'e göre, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16 ncı maddesinde, "hukuksal bir sınıflama yapmaktan ziyade taşınmaz malların sınırlarını ve hukuksal durumlarını arazi ve harita üzerinde saptayarak tapu sicilini kurmak amaçlanmaktadır. Bu nedenle, anılan Kanun taşınmazların kamu malı olmasının sonucunu saptayarak hukuksal bir kimlik vermektedir" (bkz., age., s. 954, dn. 1189).

meydanların, pazar yerlerinin, parkların, bahçelerin, umumî mezarlıkların orta malı olduğu öğretide ittifakla kabul edilmektedir⁸³. Buna karşılık, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının “A” bendinde, kapanmış yollar, genel mezarlık (umumî mezarlık), meydanlar, pazar yerleri, parklar, bahçeler hizmet malına örnek olarak gösterilmiştir. Anılan hükmün, bu açıdan isabetli olmadığı kuşkusuzdur⁸⁴. İsbetli olmamasının diğer bir kanıtı ise, meydanın hem KK.m.16/I,b.A da hizmet malı hem de KK.m.16/I,b.B,c.3 te orta malları arasında gösterilmiş olmasıdır⁸⁵. Tartışmaya açık diğer bir husus ise, kapanmış yolun hizmet malları arasında gösterilmesine karşın (KK.m.16/I,b.A), yolun orta malları arasında gösterilmesidir (KK.m.16/I,b.B,c.3)⁸⁶. Oysa, böyle bir farklılığı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Hükme getirilebilecek diğer bir eleştiri ise, 442 sayılı Köy Kanununun⁸⁷ 2 nci maddesinde cami ve mektep orta malları arasında gösterilmesine rağmen, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının “A” bendinde hizmet malları arasında gösterilmesidir (KK.m.16/I,b.A)⁸⁸. Zira, farklı kanunlarda aynı mal için farklı nitelendirilmelerde bulunulması eleştiriye açıktır. Tüm bu gerekçelerle KK.m.16 düzenlemesinin isabetli olmadığı söylenebilir. Gerçekten de mezarlıklar hizmet malı olmayıp orta malıdır. Fakat, KK.m.16 hükmünün açık ifadesi nedeniyle umumî mezarlıkların (genel mezarlıkların) hizmet malı olduğunun kabulü gerekmektedir.

⁸³ **Eren**, Mülkiyet, s. 282; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 973; **Düren**, s. 32; **Sirmen**, s. 17, 18; **Yıldırım**, s. 362, 363; **Kalabalık**, s. 644; **Gülan**, s. 35, 36; **Gözler**, s. 828; **Gözübüyük**, s. 252; **Yayla**, İdare, s. 316.

⁸⁴ **Sirmen**'e göre, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16 ncı maddesinde orta malı çeşitlerinin hizmet malları arasında gösterilmesi ile kastedilen şey özel bir kanunla belirli bir kamu tüzel kişiliğinin yetki alanına devredilen orta mallarıdır. Yazar, bu görüşüne gerekçe olarak KK.m.16/I,b.B,c.3 te yol, meydan, köprü gibi orta mallarından bahsedilmesini göstermektedir (bkz., age., s. 18).

⁸⁵ **Gülan**, s. 61.

⁸⁶ **Gülan**, s. 61.

⁸⁷ RG. 7.4.1924, S. 68.

⁸⁸ **Gülan**, s. 61, dn. 297.

3402 sayılı Kadastro Kanunu metruk mezarlıkların⁸⁹ kamu malları içerisindeki yerine ilişkin herhangi bir hüküm getirmemiştir. Açık bir tahsisten çıkarma kararı alınmadığı sürece metruk mezarlığın da umumî mezarlıklar gibi hizmet malı niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

Ş 3. MÜLKİYETİ BELEDİYE VEYA KÖY TÜZEL KİŞİLİKLERİNE AİT OLAN UMUMÎ MEZARLIKLARIN HUKUKÎ REJİMİ

I- MÜLKİYET BAKIMINDAN

3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun “*Mülkiyet*” başlıklı 1 inci maddesinde umumî mezarlıkların mülkiyeti düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede bu husus, “... *umumi mezarlıkların mülkiyeti belediye bulunan yerlerde belediyelere, köylerde köy tüzel kişiliklerine aittir. ...*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişilerine ait olan umumî mezarlıklar üzerinde mülkiyetin kurulabileceği söylenebilir.

Bu yerler üzerinde mülkiyetin kurulabileceğinin kabulü ile birlikte bu mülkiyetin niteliğinin tespiti gerekir. Eğer, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişilerine ait olan umumî mezarlıklar üzerinde kurulan mülkiyetin özel hukuk anlamında mülkiyet olduğunu kabul edersek, özel hukuk rejiminin uygulanması gündeme gelecek; buna karşılık, bu yerler üzerinde kurulan mülkiyetin kamu hukuku anlamında mülkiyet olduğunu kabul edersek, kamu hukuku rejiminin uygulanması gerekecektir. Öğretide baskın olan görüşe⁹⁰ ve yargı kararlarına göre⁹¹ kamu tüzel

⁸⁹ Metruk mezarlık ifadesiyle mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklardan fiilen kullanılmayanları kast edilmektedir.

⁹⁰ **Gülan**, s. 90; **Gözler**, s. 838; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 970; **Kalabalık**, s. 647; **Düren**, s. 63-64; **Yıldırım**, s. 369.

⁹¹ D.3D. 13.10.1980, E.1980/157 K.1980/181, “... Kamu malları üzerindeki hakkın idare hukukuna mahsus bir mülkiyet hakkı olduğu teorisine gelince; bu teoriye göre, idarenin kamu malları üzerindeki yetkisinin sadece bir denetim ve nezaretten ibaret olmadığını bunları muayyen amaçlara tahsis ve bu amaçlar içinde kullandığını, gelirlerinden yararlandığını, bunlar üzerinde kendisine mali menfaatler temin edebilecek haklar tesis eylediğini, bir kısım medeni haklardan da yararlandığını göz önünde tutarak Devletin kamu malları üzerinde bir mülkiyet hakkının mevcudiyeti kabul

kişileri kamu malları üzerinde kamu mülkiyetine sahiptir. Bu nedenle, belediye veya köy tüzel kişilerinin umumî mezarlıklar üzerinde kamu hukukundan kaynaklanan bir mülkiyet hakkına sahip olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, belediye ve köy tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan umumî mezarlıklara kamu hukuku rejiminin uygulanması gerekir. Zira, bu yerler, bir kamu malıdır ve kamu mallarına bu niteliği açık bir tahsis kararı ile kaldırılmadıkça özel hukuk hükümleri uygulanmaz.

II- TASARRUFLAR BAKIMINDAN

"Mülkiyet hakkı, malike, bir eşyaya ilişkin olarak sözü edilebilecek bütün yetkileri tanıır. Malik, eşyayı hâkimiyeti altında bulundurabileceği gibi, onu kullanabilir, ürünlerinden (semerelelerinden) istifade edebilir, tasarruf eylem ve işlemlerine konu yapabilir, üçüncü kişilerin haksız saldırılarına karşı hukukî koruma talep edebilir (MK.m.683/II)"⁹². Fakat, belediye veya köy tüzel kişilerinin her ne kadar

edilmektedir. Ancak bu mülkiyet hakkı medeni hukuktaki manasında bir mülkiyet hakkı olmayıp bir nevi idare hukuku mülkiyetidir. Bu nedenle kapsamının ve hükümlerinin de idare hukuku kurallarına göre tayin ve tespit edilmesi lazımdır. ... Türk Medeni Kanununun 641.maddesi "Sahipsiz şeyler ile menfaati umuma ait olan mallar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır" hükmü ile amme emlakı üzerindeki hakkın idare hukukuna mahsus bir mülkiyet hakkı olduğu kuramını bertaraf edecek bir hükmü getirmediği gibi, teori olarak idarenin amme emlakı üzerindeki yetkisinin sadece bir denetim ve nezareten ibaret olmadığını, bunları muayyen gayelere tahsis ve bu gayeler içinde istimal ettiği hususu ile bunların semerelelerinden, üzerinde kendisine mali menfaatler temin edebilecek haklar tesis eyleyebileceği hususunu gözönünde tutmuştur. Nitekim, bunlar hakkında ahkam-ı mahsusa vazolunur, demek suretiyle Devletin, bu mülkiyet hakkının Medeni Hukuktaki manasında bir mülkiyet hakkı olmayıp, nev'i şahsına münhasır bir nevi idare hukuku mülkiyeti olduğunu işaret etmiştir. Binaenaleyh bu mülkiyet hakkının kapsamının ve hükümlerinin de idare hukukuna göre tayin ve tesbit edilmesi gerekir. Bu teoriden çıkarılan sonuç, idare hükmi şahıslarının amme emlakinin mahiyetini, tahsis cihetini ve ammenin istimal ve istifadesini ihlal ve takyit etmemek şartıyla bunlar da bir malik gibi her türlü iktisadi ve mali menfaatler temin ve istihsal edebilmek yetkisini haiz olduklarının kabulüdür. ..." (www.hukukturk.com);

⁹² Mehmet **Ayan**, Eşya Hukuku, C. 2, Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 27.

umumî mezarlıklar üzerinde mülkiyet hakkı olsa da bu mülkiyet hakkı, malikine, özel hukuk anlamında mülkiyet hakkının verdiği bütün yetkileri vermez. Bu nedenle, belediye veya köy tüzel kişileri, umumî mezarlıkları tasarruf eylem ve işlemlerine konu yaparken bazı sınırlamalar ile karşılaşır. Meselâ, belediye veya köy tüzel kişileri, mülkiyetinde bulundurduğu umumî mezarlıkları devir ve ferağ edemez. Bu bakımdan, malik olan belediye veya köy tüzel kişilerine tasarruf işlemleri bakımından sınırlama getirildiği söylenebilir. Yine, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıklar, aslı gayesi dışında bir amaç için kullanılamaz. Bu bakımdan da malik olan belediye veya köy tüzel kişilerine tasarruf eylemleri bakımından sınırlama getirildiği ifade edilebilir. Öte yandan, bu yerlerin kamu malı niteliğinde olması dolayısıyla getirilmiş olan sınırlamalar da söz konusudur. Meselâ, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişilerine ait olan umumî mezarlıklar zamanaşımı yoluyla iktisaba elverişli değildir. Bu yerlerin zamanaşımı yoluyla kazanılamamasının sebebi olarak ise, özel mülkiyete elverişli olmaması gösterilebilir.

Umumî mezarlıklar üzerinde belediye ve köy tüzel kişilerine getirilen bu sınırlamalar, “*hukukî tasarruflar bakımından*” ve “*fiili tasarruflar bakımından*” olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenebilir.

A) HUKUKÎ TASARRUFLAR BAKIMINDAN

1- Mülkiyeti Belediye veya Köy Tüzel Kişiliklerine Ait Olan Umumî Mezarlıklar Devredilemez

Devredilmezlik ilkesi, kamu malı kavramının ayrılmaz bir unsurudur⁹³. Zira, bir malın devredilebilmesi için o malın özel mülkiyete elverişli olması gerekir. Özel mülkiyete elverişli olmayan kamu mallarının ise, devredilebilmeleri mümkün değildir⁹⁴. Dolayısıyla, kamu malı olan mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişilerine ait olan umumî mezarlıkların da devredilemeyeceğinin kabulü gerekir. Bu yerlerin devredilemeyeceği, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanununun 1 inci maddesinde ve Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze

⁹³ **Gülan**, s. 121;

⁹⁴ Refik **Kiraz**, İdare Hukukunda Kamu Mallarından Yararlanma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011, s. 45.

Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasında ifade edilmiştir.

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların devredilememesinin sebebi, malın niteliğinin bir sonucu olmayıp o mala kamu malı niteliğini kazandıran tahsis işleminin bir sonucudur⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, bu yerlerin devredilememesinin sebebi, o malın niteliğiyle alakalı bir durum olmayıp tahsisle içine girdiği hukukî statü ile alakalıdır. Bu nedenle, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların kamu malı niteliğinin açık bir tahsisten çıkarma kararı ile sona erdirilmesi hâlinde idarenin özel malı hâline geleceği ve idarenin özel mallarına da özel hukuk hükümleri uygulanması sebebiyle devredilebileceği söylenebilir.

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların devir ve ferağ edilemezlik ilkesinin en önemli sonucu ise, bu mallar üzerinde tahsis devam ettiği sürece yapılacak olan satışın kesin hükümsüz olmasıdır⁹⁶. Zira, 6098 sayılı Borçlar Kanununun⁹⁷ 27 nci maddesinin birinci fıkrasına göre, “*kanunun emredici hükümlerine,*

⁹⁵ **Gülan**, s. 125; **Gözler**, s. 869, 870. **Düren**'e göre, kamu mallarının devir ve ferağ edilemezliği ilkesi özellikle doğal nitelikleri nedeniyle kamu malı niteliği kazanan sahihsiz mallarda kendisini göstermekle beraber hizmet ve orta mallarında bu ilke sahihsiz mallarda olduğu kadar önemli değildir. Zira, kamu malı niteliğini bir tahsis sonucunda kazanan mal ikinci bir tahsis işlemi ile özel mal niteliğine dönüştürülebilir ve dolayısıyla, özel mal hâline gelen mal üzerinde tasarruf edilebilir (bkz., age., s. 75). Aynı görüşte bkz., **Kalabalık**, s. 647, 648. Karşı görüşteki **Gülan** ise, doğal nitelikleri gereği kamu malı niteliği kabul edilen sahihsiz mallarda da bir tahsis işlemi bulunmaktadır. Kamu mallarının devir ve ferağ edilemezliği ilkesinin etkisini belirleyen ise, tahsisin olup olmaması değil tahsisin hangi hukukî araçlarla yapılmış olup tahsisi kaldırma yetkisinin kimde olduğu hususudur (bkz., age., s. 123, dn.573).

⁹⁶ **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**'e göre, kamu mallarının devir ve ferağına ilişkin işlemler geçersizdir (bkz., age., s. 981). Aynı şekilde **Gülan**'a göre, “kamu mallarının devir ve ferağ edilemezliği ilkesinin en önemli pratik sonucu, tahsis devam ettiği sırada yapılan satış, takas veya başka özel hukuk muamelelerinin geçersiz olmasıdır” (bkz., age., s. 124).

⁹⁷ RG. 4.2.2011, S. 27836.

ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür". 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanununun 1 inci maddesi, "... , *umumi mezarlıkların mülkiyeti belediye bulunan yerlerde belediyelere, köylerde köy tüzel kişiliklerine aittir. Bu yerler satılamaz ...*" ve Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrası, "*umumî mezarlıkların mülkiyeti belediye bulunan yerlerde belediyelere, köylerde ise köy tüzel kişiliklerine aittir. Bu yerler satılamaz ...*" hükümlerinden bu yerlerin satılamayacağı emredici olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların satışına ilişkin sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Dolayısıyla, kesin hükümsüzlükte geçersizlik kesin olduğu için tarafların borçlarını bilerek ve isteyerek ifa etmeleri ya da aradan belirli bir sürenin geçmesi işleme geçerlilik kazandırmaz⁹⁸.

2- Mülkiyeti Belediye veya Köy Tüzel Kişiliklerine Ait Olan Umumî Mezarlıklar Kazandırıcı Zamanaşımıyla İktisap Edilemez

Özel hukuk açısından zamanaşımı "*düşürücü zamanaşımı*" ve "*kazandırıcı zamanaşımı*" olmak üzere iki ayrı anlama gelir⁹⁹. Düşürücü zamanaşımı (ıskatî müruruzaman), alacak haklarının hukuk düzenince kararlaştırılan belirli bir süre içinde kullanılmaması dolayısıyla mahkeme

⁹⁸ Mehmet **Ayan**, Borçlar Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 128, 129; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014, s. 92, 93; Safa **Reisoğlu**, Türk Borçlar Hukuku, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 146; Ali Naim **İnan** / Özge **Yücel**, İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 233; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 334.

⁹⁹ **Ayan**, Mülkiyet, s. 246. **Esener / Güven**'e göre, zamanaşımı, "*kazandırıcı*" ve "*hak düşürücü*" olmak üzere ikiye ayrılır (bkz., Turhan **Esener** / Kudret **Güven**, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 229). **Oğuzman / Seliçi / Oktay - Özdemir**'e göre zamanaşımı ile kazanma denilince, itiraza uğramaksızın uzun süre devam eden zilyetliğe dayanarak hak kazanılması anlaşılır (Kemal M. **Oğuzman** / Özer **Seliçi** / Saibe **Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 18.Baskı, İstanbul 2015, s. 420). **Eren**'e göre, mülkiyet hakkının zamanaşımıyla kazanılmasında hakkı düşüren zamanaşımı değil, hakkı kazandıran zamanaşımı vardır (**Eren**, Mülkiyet, s. 263).

huzurunda dava ve takip konusu yapılabilme (talep edilebilir olma) özelliğini yitirmesidir¹⁰⁰. Kazandırıcı zamanaşımı¹⁰¹ (iktisabî müruruzaman) ise, “hukuk düzeninin öngördüğü belirli bir sürenin belirli şartlar altında geçirilmesiyle birlikte zilyetlik altında bulundurulmuş eşya üzerinde aynı hak kazanılmasıdır” şeklinde tanımlanabilir¹⁰². Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması açısından önemli olan zamanaşımı ise, kazandırıcı zamanaşımıdır.

Taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılmasının biri “*olağan zamanaşımı*”¹⁰³ (*alelâde müruruzaman*)” (MK.m.712) ve diğeri “*olağanüstü zamanaşımı* (*fevkalâde müruruzaman*)” (MK.m.713) olmak üzere iki çeşidi vardır.

Taşınmaz mülkiyetinin olağan zamanaşımı yoluyla kazanılması Medenî Kanununun 712 nci maddesinde düzenlenmiştir. Gerçekten, Medenî Kanununun 712 nci maddesine göre, “*geçerli bir hukukî sebep olmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişi, taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle ve iyiniyetle sürdürürse, onun bu yolla kazanmış olduğu mülkiyet hakkına itiraz edilemez*”. Taşınmaz mülkiyetinin olağan zamanaşımı yoluyla

¹⁰⁰ **Ayan**, Mülkiyet, s. 246, 247.

¹⁰¹ **Eren**’e göre, kazandırıcı zamanaşımının “*sağlamlaştırıcı fonksiyon*” ve “*iyileştirici fonksiyon*” olmak üzere başlıca iki fonksiyonu vardır (**Eren**, Mülkiyet, s. 264). **Sirmen**’e göre, olağan ve olağanüstü zamanaşımının “*iyileştirme*” ve “*istikrar sağlama*” olmak üzere iki işlevi söz konusudur (bkz., age., s. 339). **Akipek / Akıntürk**’e göre, kazandırıcı zamanaşımı (iktisabî müruruzaman) ifadesi bu müessese ile bağdaşmadığından yerinde ve doğru bir terim olarak kabul edilemez. Zira, Medenî Kanununun 712 ve 713 üncü maddelerinde mülkiyeti kazandıran uzun bir sürenin geçmiş olması olmayıp taşınmazın uzun bir süre belirli bir kişinin fiilî hâkimiyetinde bulunmuş olmasıdır (bkz., age., s. 481).

¹⁰² **Ayan**, Mülkiyet, s. 246.

¹⁰³ Olağan zamanaşımı kavramı için “*sicil zamanaşımı*” terimi de kullanılmaktadır. Bkz., Halil **Akkanat**, Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 62, S. 1-2, 2004, s. 317-332, s. 321; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya, s. 421; **Ayan**, Mülkiyet, s. 248; **Eren**, Mülkiyet, s. 265; **Akipek / Akıntürk**, s. 481.

kazanılabilmesi için gerekli şartlar, “taşınmazın olağan zamanaşımına elverişli olması”, “yolsuz bir tescilin bulunması”, “on yıl süreyle zilyetlik” ve “iyiniyetli olma” şeklinde dört ayrı başlık altında ele alınabilir¹⁰⁴. Şu hâlde, bir taşınmazın mülkiyetinin olağan zamanaşımı yoluyla kazanılabilmesi için her şeyden önce o taşınmazın olağan zamanaşımıyla mülkiyet kazanımına elverişli olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, taşınmazın hem tapu kütüğüne kayıtlı olması hem de özel mülkiyete elverişli olması gerekir¹⁰⁵. Bu nedenle, kamu malı niteliğini taşıyan taşınmazlar olağan zamanaşımı yoluyla kazanılamaz¹⁰⁶. Çünkü, kamu malları özel mülkiyete elverişli değildir. Bu yerler, herhangi bir nedenle tapu siciline kaydedilse dahi olağan zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez. Zira, kamu malı niteliğinde bulunan bir malın tapu siciline kaydedilmesi o malın kamu niteliğini sona erdirmez¹⁰⁷. Gerçekten de

- ¹⁰⁴ **Ayan**, Mülkiyet, s. 248. **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**'e göre, olağan zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması için aranan şartlar, “taşınmaza ilişkin şart”, “kazanana ilişkin şart” ve “zilyetliğe ilişkin şart” olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenebilir (**Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya, s. 422 vd.).
- ¹⁰⁵ **Ayan**, Mülkiyet, s. 248, 249; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya, s. 422; **Eren**, Mülkiyet, s. 266; **Esener / Güven**, s. 230, 231; **Akkanat**, s. 321, 322. **Eren**'e göre, “tapu kütüğüne kayıt zorunluluğu olmayan kamu malı niteliğindeki taşınmazlarla devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler ve kütüğe kayıtlı olmayan özel mülkiyete tabi olmayan taşınmazlar olağan zamanaşımı yoluyla kazanılamaz” (**Eren**, Mülkiyet, s. 266). **Akipek / Akıntürk**'e göre, mülkiyetin olağan zamanaşımı yoluyla kazanılması, sadece tapuya kayıtlı taşınmazlardan özel mülkiyet kullanımına elverişli olanlarda söz konusu olabilir (bkz., age., s. 481).
- ¹⁰⁶ Kamu mallarının zamanaşımı yoluyla iktisap edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz., **Gülan**, s. 130 vd.; **Gözler**, s. 882 vd.; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 986 vd.; **Kalabalık**, s. 650 vd.; **Yayla**, İdare, s. 337; **Yıldırım**, s. 369; **Düren**, s. 76.
- ¹⁰⁷ Selâhattin Sulhi **Tekinay / Sermet Akman / Hâlûk Burcuoğlu / Atilla Altop**, Tekinay Eşya Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1989, s. 725; Kemal Tahir **Gürsoy / Fikret Eren / Erol Cansel**, Türk Eşya Hukuku 2. Baskı, Ankara 1984, s. 515; **Ayan**, Mülkiyet, s. 249; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya, s. 422; **Eren**, Mülkiyet, s. 266-267; **Akipek / Akıntürk**, s. 482; **Sirmen**, s. 339; **Esener / Güven**, s. 230, 231. 1.HD. 15.5.1989, E.1989/3543 K.1989/5936, “... tescile tabi olmayan ve özel mülkiyete konu

3402 sayılı Kadastro Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasında bu durum “*orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ile kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez*” şeklinde ifade edilmiştir.

Taşınmaz mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılmasının ikinci yolu, olağanüstü zamanaşımıdır. Olağanüstü zamanaşımı (fevkalâde müruruzaman), esas itibarıyla Medenî Kanununun 713 üncü maddesi tarafından düzenlenmiştir. Olağanüstü zamanaşımı, “*tapu sicilinde kayıtlı bulunmayan veya kayıtlı olup da sicilden gerçek hak sahibinin kim olduğu anlaşılmayan bir taşınmazın mülkiyetinin davasız ve aralıksız malik sıfatıyla yirmi yıl devam eden zilyetliğe dayanılarak kazanılmasıdır*” şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁸.

Olağanüstü zamanaşımının “*olağanüstü zamanaşımına elverişli bir taşınmazın bulunması*” ve “*taşınmaza belirli özelliklerle yirmi yıl süreyle zilyet olunması*” şeklinde iki şartı bulunmaktadır¹⁰⁹. Dolayısıyla,

teşkil etmeyecek yerlerin her nasılsa sicile kaydedilmiş olması taşınmazın kamu malı olma niteliğini, eş anlatımla hukuksal niteliği değiştiremez. ...” (Ayan, Mülkiyet, s. 249, dn.380); HGK. 29.7.1973, E.1971/1-931 K.1971/738, “... Kamu malları özel hukuk kurallarıyla iktisap edilemeyeceğinden, dâvacı, Medeni Kanununun 638 ve 931. maddelerinden yararlanarak bu taşınmaz malları iktisap edemez. Davacının tapuda kendi adına tesis edilmiş bulunan sicil kaydına dayanarak 10 yıldan fazla bu taşınmaz mallar üzerinde iyiniyetli zilyet bulunması, mülkiyet hakkının davacıya geçmesini sağlamaz. ...” (Eren, Mülkiyet, s. 267, dn.220); 14.HD. 15.12.1981, E.1981/6939 K.1981/7298, “... Mer'a, yaylak ve kışlaklar, kamu mallarıdır. Kamu malları özel mülk konusu olamazlar ve zilyetlik sebebine dayanılarak tapuya tescil edilemezler. Böyle bir tescil vukuu bulunmuş ise, tapu kayıtları hukuken yokluk ifade ederler. Bu yerler için tesis edilmiş tapu kayıtları üzerinden iktisapta bulunan kişilerin de MK.nun 638. ve 931 maddelerinden yararlanmaları mümkün değildir. Açıklanan durum karşısında hükmün gerekçesi, hukuken geçersizdir. ...” (www.hukukturk.com).

¹⁰⁸ Ayan, Mülkiyet, s. 255, 256; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 520.

¹⁰⁹ Ayan, Mülkiyet, s. 255, 256.

olağanüstü zamanaşımı yoluyla bir taşınmazın mülkiyetinin kazanılabilmesi için her şeyden önce o taşınmazın olağanüstü zamanaşımına elverişli bir taşınmaz olması gerekir. Olağanüstü zamanaşımına elverişli bir taşınmazdan bahsedebilmek için ise, öncelikle o taşınmazın özel mülkiyete elverişli olması gerekir. Bu nedenle, kamu malları üzerinde olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyet kazanılamaz¹¹⁰. Zira, kamu malları özel mülkiyete elverişli değildir. 3402

¹¹⁰ İsmet G. **Sungurbey**, İsviçre – Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruruzaman, İstanbul 1956, s. 10 vd.; Ali R. **Düzceer**, Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Ankara 1984, s. 7 vd.; Safa **Reisoğlu**, Fevkalâde Müruruzaman ve İlgili İçtihadı Birleştirme Kararları, SBF.D., C.17, S.2, 1962, s.361-392, s. 363; Hakan **Albaş**, Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Olağanüstü Zamanaşımı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanımında Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlememesi Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007, s. 1-28, s. 5; **Ayan**, Mülkiyet, s. 255, 256; **Akipek / Akıntürk**, s. 491; **Esener / Güven**, s. 233,234; **Sirmen**, s.344,345; **Eren**, Mülkiyet, s. 281, 287; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya, s. 14, 15, 16, 17, 435. 8.HD. 14.10.2010, E.2010/4459 K.2010/4780, “.... T.M.K.nun 715 ve 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 16. maddelerinde yolların kamu malı olduğu açıklanmıştır. Kamu malı niteliğinde bulunan bir yerin kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yolu ile edinilmesi ve özel mülkiyet şeklinde tapuya tescili mümkün bulunmamaktadır. Bu açıklamalar karşısında bilimsel verilere dayalı orijinal pafta göz önünde tutularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken takdiri delil niteliğindeki yerel bilirkişi ve tanık anlatımlarına değer verilerek davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir. ...” (www.hukukturk.com); 8.HD. 13.3.1995, E.1994/3642 K.1995/2417, “... Yapılan keşif ve uygulamaya göre dava konusu yerin imar planında yol olarak bırakıldığı anlaşılmaktadır. Onayla imar planında yol olarak gösterilen veya eylemli olarak yola dönüştürülen bir yer kamu emlaki sayılır. Böyle bir yerin kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik nedenine dayanılarak tescili istenilemeyeceği gibi MK. nun 912. maddesi hükmü uyarınca özel mülkiyet şeklinde tapuya tescili de mümkün bulunmamaktadır. ...” (www.hukukturk.com); 16.HD. 12.2.2002, E.2002/100 K.2002/1034, “... Arazi Kanununa göre özel mer'aların tapuda kayıtlı olması gerekir. Tapuda kayıtlı olmayan ve mer'a niteliğinde bulunan taşınmazların zilyetlik yolu ile kazanılması mümkün değildir. Vergi kaydının bulunması da sonuca etkili bulunmamaktadır. ...” (www.hukukturk.com).

sayılı Kadastro Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*orta malları*¹¹¹, *hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler ile kanunları uyarınca Devlete kalan taşınmaz mallar, tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez*”.

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar olağan ve olağanüstü zamanaşımı yoluyla iktisap edilemezler. Gerçekten, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanununun 1 inci maddesinde ve Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasında mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların zamanaşımıyla kazanılamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, KK.m.16/I,b.A’da genel mezarlıkların (umumî mezarlıkların) hizmet malı olduğu düzenlenmiştir. Hizmet malı olarak düzenlenen bu yerlerin de KK.m.18/II gereğince kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılamayacağı açıktır¹¹². Öte yandan, mülkiyeti belediye veya köy

¹¹¹ 8.HD. 8.10.2004, E.2004/5589 K.2004/6528, “... Dava konusu taşınmaz kadastro müdürlüğünün Hazine 'ye hitaben yazmış olduğu cevabi yazıdan ve orijinal paftasından anlaşılacağı gibi, yol ve meydan niteliğinde bir yerdir. Böyle bir yer 3402 Sayılı Kanununun 16/A maddesine göre kamu mallarındandır. Böyle bir yerin zilyetlikle iktisabı mümkün değildir. Dava konusu taşınmazın belirlenen niteliği karşısında davanın reddine karar vermek gerekirken kabulüne karar verilmiş olması doğru olmamıştır. ...”(www.hukukturk.com).

¹¹² 7.HD. 6.5.1988, E.1985/3711 K.1988/4449, “... Tapulama sırasında 3184 parsel sayılı taşınmaz, Orhanlı Köyü adına mezarlık olarak tesbit edilmiştir. İtirazı komisyonca reddedilen davacı izzet, taşınmazın adına tesbit gören 3183 parsel sayılı taşınmazla bir bütün olduğunu ileri sürmüştür, vergi kaydı ve zilyetliğe dayanarak dava açmıştır. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dava konusu 3184 parsel sayılı taşınmaz mezarlık niteliği ile Orhanlı Köyü tüzel kişiliği adına tesbit edilmiştir. Davacı dava konusu taşınmaza komşu olup, adına tesbit olunan 3183 parsel sayılı taşınmaz revizyon gören vergi kaydının dava konusu taşınmazı da kapsamı içine aldığı, taşınmazın vergi kaydının kapsamı dışında kaldığı kabul edilse dahi zilyetlikle taşınmaz edinme koşullarının yararına gerçekleştiğini ileri sürerek dava açmıştır. Mahkemece taşınmazın vergi kaydının kapsamı dışında kaldığı ve mezarlık Olduğu

tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar herhangi bir nedenle tapu siciline kaydedilse dahi bu yerler olağan zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez. Buna karşılık, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların kamu malı niteliğinin sona ermesi hâlinde idarenin özel malı hâline geleceği ve idarenin özel mallarına da özel hukuk hükümleri uygulanacağından şartları dâhilinde zamanaşımıyla kazanılabileceği söylenebilir.

Metruk mezarlıkların ise, zamanaşımıyla iktisap edilip edilemeyeceği tartışmalıdır:

kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Davacının dayandığı vergi kaydı mezarlık sınırı itibariyle genişletilmeye elverişlidir. Hüküm gününde yürürlükte bulunan Tapulama Kanununun 42, hüküm gününden sonra yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Kanununun 20. maddesi hükmüne bu nitelikteki belgeler yüzölçümü ile geçerlidir. Vergi kaydı yüzölçümü ile dava dışı 3183 parsel sayılı taşınmazın revizyon görmüştür. Bu nedenlerle dava konusu taşınmazın vergi kaydının kapsamı içinde kaldığından söz edilemez. Diğer yandan, taşınmazın "faal" mezarlık olduğu mahkemece yapılan keşif ve uygulama, toplanıp değerlendirilen diğer delillerle saptanmıştır. Delillerin değerlendirilmesi mahkemeye ait olup, takdirde yanılığa düşülmemiştir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16. maddesinde mezarlıklar kamu malı olarak kabul edilmiştir. Öğreti ve uygulama da bu doğrultudadır. Kamu malı niteliğinde olan mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile iktisabı olanaksızdır. ..." (www.kazanci.com); 16.HD. 16.6.2006, E.2006/3943 K.2006/4684, "... Mezarlık hududu gayrisabit hudutlardan olup genişletilmesi mümkün olan sınırlardandır. Mezarlıkların zilyetlikle iktisabı mümkün değildir. Dayanılan vergi kaydı 12 numaralı parsel revizyon gördüğüne vergi kaydı taşınmaz yönünü mezarlık okuduğuna ve mezarlık hududu da gayrisabit nitelikte bulunduğuna göre kayıt miktar fazlasının mezarlıktan elde edildiğinin kabulü zorunludur. Her ne kadar dinlenen yerel bilirkişi ve tanıklar taşınmazın mezarlık veya mezarlığa ait bir arazi bölümü olmadığını davacı ve atasının çok uzun süreli zilyetliğinin bulunduğunu ifade etmişler ise de; resmi kayda ve özellikle davacı tarafın dayandığı vergi kaydına ve eylemli duruma aykırı düşen bilirkişi ve tanık sözlerine değer verilemez. Hal böyle olunca; davacının davasının reddine, taşınmazın tespitinde olduğu gibi Hazine adına tesciline karar verilmesi gerekir. ..." (www.hukukturk.com); 16.HD. 22.5.2003, E.2003/4971 K.2003/4740, (www.hukukturk.com).

- Bir görüşe göre, mezarlık metruk da olsa orta malıdır. Metruk mezarlığın zamanaşımı yoluyla iktisap edilebilmesi için idarenin tahsis işlemini geri alması gerekir. Ancak, tahsis işleminin kaldırılmasıyla birlikte köyün veya belediyenin özel malı hâline gelen metruk mezarlıklar zamanaşımı yoluyla kazanılabilir¹¹³.

- İkinci görüşe göre, kamu malı, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez. Bu nedenle, metruk mezarlıkların kamu malı mı yoksa özel mal mı olduğunun belirlenmesi gerekir. Kamu hizmetlerini açıklayabilmek için kontrol unsuru dikkate alınabilir. Mezarlık hizmetlerinde de nihai kontrol belediye ve köy idarelerine aittir. Dolayısıyla, mezarlık hizmetlerinin tam kamusal mal olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca, metruk mezarlıklar üzerinde kamunun egemenlik hakkı da devam etmektedir. Hattâ, mezarlıkların Emlak Vergisi Kanununun hükümlerine göre vergi kapsamında değerlendirilen ancak muaf hükümle vergi alınmayan araziler olarak sayılması da mezarlıkların tam kamusal mal olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, mezarlık alanlarını metruk olarak sınıflandırmaya yönelik idarî kararlar metruk mezarlık alanlarını kamusal mal olmaktan çıkarmaz¹¹⁴.

- Uygulamanın, konuya ilişkin olarak tercih ettiği çözüm farklıdır. Yargıtay bazı¹¹⁵ kararlarında metruk mezarlığın zamanaşımı yoluyla iktisabının mümkün olmadığını ifade etse de ağırlık kazanan kararlarında¹¹⁶ metruk mezarlıkların zamanaşımı yoluyla

¹¹³ **Düren**, s. 115, 116.

¹¹⁴ **Toprak / Karakurt**, Stratejik Yaklaşımlar, s. 384-387.

¹¹⁵ YHGK. 14.4.1954, 5/36-38, "... köyün orta malı olan mezarlığın metrük olsa dahi müruruzamanla iktisabı caiz bulunmamış ve Tapu Kanununun 24 cü maddesinde köyün metrük mezarlığının köyün manevî şahsiyeti adına kayıt olunacağına dair olan hükmü bu kabil yerlerin köyün hususî emvali meyanına alınabileceğini göstermekte olup, bunun tahakkuku da usulüne tevfi kan yapılacak idarî tasarrufa vabeste bulunmuş ve bu muamele yapılmadıkça metrük mezarlığın köy orta malı meyanından çıkarılmasına imkân görülmemiş olmasına göre ..." (**Düren**, s. 116). Ayrıca bkz., YHGK. 27.6.1962, 7/54-62 (**Düren**, s. 116); 7.HD. 1.2.1964, 7609/7819 (**Düren**, s. 116); YHGK. 1.4.1970, 7/755-154 (**Düren**, s. 116); YHGK. 14.4.1957, 7/11-11 (**Düren**, s. 116).

¹¹⁶ 8.HD. 20.4.1992, E.1991/18756 K.1992/7078, "... Metruk mezarlıklar Belediyeler Kanununun 160. maddesi gereğince belediyeye geçmektedir.

kazanılabileceğini ifade etmektedir. Yargıtay, metruk mezarlıkların zamanaşımı yoluyla kazanılabileceğine ilişkin kararlarının gerekçesini,

2644 sayılı Tapulama Kanununun 24. maddesi gereğince metruk mezarlıklar, belediyelerin özel mülkiyetine geçer ve tescile tabi yerlerdendir. Nizalı taşınmazın 20 yıldan fazla süre ile davacı ve satıcısı tarafından çekişmesiz ve aralıksız tasarruf edildiği tanık ifadeleri ile tesbit edilmiştir. Bu tür yerler zilyetlik yoluyla kazanılabilir. O itibarla, nizalı taşınmazın davacı adına tesciline karar verilmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. ...” (www.hukukturk.com); 20.HD. 9.6.1998, E.1998/5222 K.1998/6027, “... Mahkemece yapılan araştırma ve inceleme hükme yeterli değildir. Karara dayanak alınan orman mühendisi bilirkişi raporunda; taşınmazın memleket haritasında kısmen orman alanı olarak görüldüğü, taşınmazın mezarlık olduğuna dair kalıntılara rastlandığını belirterek tümünün orman sayılmayan yer olduğu açıklanmıştır. Yapılan araştırmaya göre taşınmaz faal mezarlık değildir. 6831 sayılı Yasanın 1. maddesine göre; ölü gömülen kadim mezarlıklar orman sayılmaz metruk mezarlıklar ise, zilyetlikle kazanılabilecek yerlerdendir. Bu yerler için de orman sayılan yerlerin mezarlık olduğu gerekçesi ile köy adına tapulanması olanağı yoktur. Mahkemece yeniden yapılacak keşifte uzman orman mühendisi aracılığı ile resmi belgeler zemine uygulanıp, orman olarak görünen kesimlerin belirlenmesi, uzman ormancı ve fen ehli bilirkişiye infaza elverişli müşterek kroki düzenletirilmesi, tüm kanıtlar birlikte değerlendirilip, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. ...” (www.hukukturk.com); 16.HD. 22.5.2003, E.2003/4971 K.2003/4740, “... 3402 sayılı Kadastro Kanunu 'nun 16/A. maddesi gereğince genel mezarlıklar kamu hizmet malı olup, zilyetlikle iktisap edilemez ise de, metruk mezarlıkların zilyetlikle kazanılmasını önlemeye yönelik yasalarımızda hüküm bulunmamaktadır. Öncelikle mezarlığın niteliğinin saptanması gerekir. Öte yandan kural olarak mezarlık sınırları değişebilir sınırlardır. Ancak, yerel bilirkişi mezarlık sınırının sabit olduğunu bildirmiştir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmamış dava konusu taşınmazla mezarlık arasında ayırıcı unsur olup olmadığı, eğim farkı bulunup bulunmadığı, mezarlık aleyhine genişleme yapılıp yapılmadığı konusunda yerel bilirkişiler, teknik bilirkişi ve taraflarca bildirilecek tanıklardan ayrıntılı ve gerekçeli bilgi alınmamıştır. Ayırıcı unsurun varlığının kanıtlanması halinde vergi kaydının sabit sınırlı kabul edilerek kapsamının sınırlarına değer verilerek belirlenmesi gerekir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması isabetsizdir. ...” (www.hukukturk.com);

metruk mezarlıkların kamu malı olmadığına, metruk mezarlıkların zilyetlikle kazanılmasını önlemeye yönelik hüküm olmadığına ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 24 üncü maddesine dayandırmaktadır¹¹⁷.

Yargıtay'ın bu gerekçelerinin isabetli olmadığı söylenebilir. Her şeyden önce metruk mezarlıkların açık bir tahsisten çıkarma kararı alınmadığı sürece kamu malı olduğunun kabulü gerekir. Zira, mezarlığın kamu malı hâline gelebilmesi için her zaman açık bir tahsis kararının alınması zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle, bir yer, örf ve âdet yoluyla çok eski zamanlardan beri mezarlık olarak kullanılarak kamu malı hâline gelebilir. Buna karşılık, bir yer, çok eski zamanlardan beri kullanılmaması nedeniyle kamu malı niteliğini kaybetmez. Diğer bir ifadeyle, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî bir mezarlığa çeşitli sebeplerle ölü defni yapılamaması nedeniyle metruk hâle gelen mezarlığın artık kamu malı niteliğinde olmadığı söylenemez. Zira, kamu malının bu niteliğinin sona erebilmesi için mutlaka açık bir tahsisten çıkarma gerekmektedir. Açık bir tahsisten çıkarma kararı ile ancak kamu malının bu niteliğine son verilebilir ve artık bu mal idarenin özel malları arasına girer. Bu nedenle, öncelikle, metruk mezarlıkların da öncesinde bir umumî mezarlık olduğu ve açık bir tahsisten çıkarma kararı alınmadıkça bu yerlerin de kamu malı niteliğini devam ettirdiği ve bu yerlerin kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılamayacağına kabulü gerekir.

Öte yandan, Yargıtay'ın metruk mezarlıkların zilyetlikle kazanılmasını önlemeye yönelik hüküm olmadığı gerekçesi de isabetli değildir. Zira, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanununun metruk mezarlıkların zamanaşımıyla kazanılıp kazanılamayacağına ilişkin düzenleme yapmamasının sebebi anılan kanunla mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların düzenlenmek istenmesindedir. Bu husus Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun Teklifine ilişkin olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi İçişleri Komisyonunun 18.9.1992 tarih ve E.2/340 K.21 sayılı raporunda da ifade edilmiştir. Ayrıca, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16 ncı maddesi gereğince umumî mezarlıkların hizmet malı olduğu açıktır. Metruk mezarlıkların da öncesinde bir umumî mezarlık olduğu, umumî

¹¹⁷ Toprak / Karakurt, Stratejik Yaklaşımlar, s. 384-385.

mezarlıkların çeşitli sebeplerle metruk mezarlık hâline gelebileceği; buna karşılık, bu yerlerin metruk hâle gelmesinin kamu malı niteliğinde bir değişikliğe neden olmayacağı ve bu nedenle, metruk mezarlıkların açık bir tahsisten çıkarma kararı alınmadığı sürece hizmet malı niteliğinin devam ettiği ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince hizmet malı olan metruk mezarlıkların zamanaşımı ile iktisap edilemeyeceği söylenebilir.

Son olarak, Yargıtay'ın 2644 sayılı Tapu Kanununun 24 üncü maddesine dayanarak metruk mezarlıkların zamanaşımı yoluyla iktisap edilebileceği görüşüne kısmen katılıyoruz. 2644 sayılı Tapu Kanununun 24 üncü maddesi “*köylerde bulunan metruk ve kimsesiz mezarlıklarla vakfa ait umumi mezarlıklar köyün manevi şahsiyeti namına tescil olunur*” şeklindedir. Anılan hüküm, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.4.1954 tarih ve 5/36-38 sayılı kararında da belirttiği gibi metruk mezarlıkların köyün manevî şahsiyeti namına tescile elverişli yerlerden olduğu göstermektedir¹¹⁸. Bu bakımdan, anılan hüküm, henüz köyün manevî şahsiyeti namına tescil edilmemiş metruk mezarlıkların zamanaşımıyla iktisaba elverişli olduğunu göstermez. Bu nedenle, öncelikle açık bir tahsisten çıkarma ile metruk mezarlığın kamu malı niteliğine son verilmesi gerekir ve daha sonra ise, kamunun özel malı hâline gelen metruk mezarlığın 2644 sayılı Tapu Kanununun 24 üncü maddesi gereğince köyün manevî şahsiyeti namına tescil edilebileceğini kabulü gerekir. Eğer, metruk mezarlık köyün manevî şahsiyeti namına tescil olunmuş ise, ancak o zaman zamanaşımıyla kazanılabilir.

3- Mülkiyeti Belediye veya Köy Tüzel Kişiliklerine Ait Olan Umumî Mezarlıklar Haczedilemez

Kamu mallarının haczedilemezliği ilkesinin kamu mallarının devredilemezliği ilkesinin bir sonucu olduğu söylenebilir¹¹⁹. Zira, haciz de bir devir sonucu doğurmaktadır. Kamu mallarının haczedilmemesinin sebebi ise, tahsis ile alâkalıdır. Çünkü, kamu malından bahsedebilmek için tahsis gerekir. Kamu malının haczi de kamu malının tahsis edildiği

¹¹⁸ Aynı görüşte bkz., **Düren**, s. 115, 116.

¹¹⁹ **Gözler**, s. 873.

amaçlarda kesintilere neden olabilir¹²⁰. Bu nedenle, kamu hizmetlerinin düzenli ve kesintiye uğramaksızın yürütülebilmesi için kamu mallarının haczedilmemesi gerekir¹²¹. Kamu mallarının haczedilmemesinin diğer bir sebebi olarak ise, devlete karşı cibrî icra usulünün işlemeyeceği düşüncesidir¹²². Aynı zamanda, kamu mallarının haczedilememesi ilkesi, kamu hizmetlerinin görülebilmesini kolaylaştırarak hukuk devletinin gerçekleştirilmesine de yardımcı olur¹²³.

¹²⁰ **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 985; **Gülan**, s. 147. **Kalabalık**'a göre, kamu mallarının haczedilmemesinin sebebi kamu hizmeti görevini yerine getirmenin gereğidir. Bu kural ile hem devletin ve kamunun hem de ilgili yasa kurallarıyla kişilerin zararı önlenir (bkz., age., s. 649).

¹²¹ İBK. 15.1.1947, E.1946/14 K.1947/5, "... İcra ve İflas Kanunu'nun seksen birinci maddesinde Devlet mallarının haczedilemeyeceğine dair konulmuş olan hüküm kamu hizmetlerinin düzenli ve arsız bir tarzda yürütülmesini sağlamak maksadığını güder. Milli servetin korunması hususu ise kamu hizmetlerinin bir nevidir. Diğer taraftan, Muhasebe Umumiye Kanunu'nun ikinci maddesi Devlet mallarını sayarken bunlar arasında her türlü menkul ve gayrimenkul eşyayı ve bunların hasılat ve icratı ile satış bedellerini de tasrih etmiştir. Devletin kendisine ait olan borcu ödemesi lüzumu, Devlet kamu kişiliğinin itibar ve haysiyeti icabından bulunmakla, Devlet'ten alacaklı bulunan kişilerin kovuşturma yollarına başvurmalarına lüzum ve ihtiyaç bulunmayacağı da aşıkardır. Kaldı ki; kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan malların hacze konu olabileceklerini düşünmek Devlet'in yerine getirmekte görevli bulunduğu hizmetlerin ifa vasıtalarını ortadan kaldırmak gibi arzu edilmeyen bir netice doğurur. ...” (www.hukukturk.com).

¹²² Baki **Kuru** / Ramazan **Arslan** / Ejder **Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku, 27.Baskı, Ankara 2013, s. 268; **Gözler**, s. 873; **Kalabalık**, s. 649; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 985; **Yayla**, İdare, s. 338.

¹²³ AYM. 21.10.1992, E.1992/13 K.1992/50, "... Kamu hizmetlerine özgülenmiş ve halkın doğrudan yararlandığı malların haczedilememesi ilkesi, kamu hizmetlerinin görülebilmesini kolaylaştırarak hukuk devletinin gerçekleşmesine yardımcı olur. Bu hizmetler; Devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından veya bunların gözetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını sağlamak için yapılan ve topluma sunulan devamlı ve düzenli çalışmalardır. ... Sonuç olarak Devlet mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin kural, Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceği ve bunun hukuk devletinin gereği olduğu esasına dayanır. Devlet

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun¹²⁴ 82 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi, “devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar” haczedilemez şeklindedir. Öğretide, devlete ait malların özel mal ya da kamu malı olması fark etmeksizin haczedilemeyeceği; buna karşılık, devlet dışındaki kamu tüzel kişilerine ait sadece kamu mallarının haczedilemeyeceği özel mallarının ise haczedilebileceği ifade edilmektedir¹²⁵.

5393 sayılı Belediye Kanununun¹²⁶ 15 inci maddesinin dokuzuncu fıkrası, “belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez” şeklindedir. Dolayısıyla, belediyelerin kamu hizmetinde fiilen kullanılan mallarının haczedilemeyeceği söylenebilir. Belediyelerin, kamu hizmetine fiilen özgülenmiş malları dışında kalan mallarının ise, haczedilebilmesi mümkündür¹²⁷.

mallarının haczi, bu malların kullanma biçimini değiştireceğinden, devletin malvarlığında ve mali hukukta sürekliliğe engel olarak, kamu yararına zarar verir. Uyuşmazlık konusu olayda, borcun hiç ödenmesinden değil, bütçe olanaklarına göre yılını aştığı işin geçikerek ödemenin sağlanacağından söz edilmektedir. Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz. ...” (RG. 30.6.1993, S. 21623).

¹²⁴ RG. 19.6.1932, S.2128.

¹²⁵ **Düren**, s. 76; **Gözler**, s. 876, 877; **Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk**, s. 984, 985; **Gülan**, s. 147, 148.

¹²⁶ RG.3.7.2005, S.25874.

¹²⁷ AYM. 20.9.2000, E.1999/46 K.2000/25, “... 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 1. maddesinde "Belediyeler, beldenin ve belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye ile mükellef hükmi şahsiyettir." denilmektedir. Aynı Yasa'nın 15. maddesi ile diğer maddelerinde belirtilen Belediyeye ait hizmetler, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak için kamu yararı gözetilerek yapılan, devamlı ve düzenli çalışmalardır. Günümüzde kamu yararı, toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, bireysel çıkardan farklı ve onun üstünde ortak bir yararadır. Belediyelerin, devamlılık gösteren hizmetlerinin görülmesine

442 sayılı Köy Kanununun 8 inci maddesine göre “köyün orta malı kanun karşısında Devlet malı gibi korunur. Bu türlü mallara el uzatanlar Devlet malına el uzatanlar gibi ceza görürler”. Anılan hükümden, köyün orta mallarının haczedilemeyeceği buna karşılık, orta malları dışında kalan malların ise haczedilebileceği anlaşılmaktadır¹²⁸.

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların ve açık bir tahsisten çıkarma kararı alınmadığı sürece metruk mezarlıkların kamu malı olduğunun kabulü gerekir. Bu yerlerin mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyelere; köy bulunan yerlerde ise, köy tüzel kişiliğine aittir. Bu bakımdan, 5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin dokuzuncu fıkrası gereğince fiilen kamu hizmetine tahsis edilen bu yerlerin haczedilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Aynı zamanda, metruk mezarlıkların da açık bir tahsisten çıkarma kararı alınmadığı sürece kamu malı niteliği devam ettiğinden bunlar hakkında da haciz söz konusu olamaz¹²⁹.

ayrılmış olan emval veya eşyaların hacze konu olabilmesinin, belediyelerin yerine getirmekle yükümlü buldukları kamuya ilişkin hizmetlerin ifa vasıtalarını ortadan kaldırmak gibi arzu edilmeyen bir netice doğuracağı kuşkusuzdur. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlamada amaç toplum yararının üstün tutulmasıdır. Bu sınırlama dışında belediye aleyhine her türlü icra takibinin yapılabilmesi mümkündür. Bu nedenle, engellenmeden söz edilemeyeceği gibi haklı bir neden olmaksızın mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilmesi olanağının borçlu idarenin iradesine bırakılmış olduğu iddiası da yerinde değildir. ...” (RG. 4.10.2002, S. 24896); D.3D. 31.10.2003, E.2001/2076 K.2003/4814, (www.hukukturk.com).

¹²⁸ Gözler, s. 877.

¹²⁹ 12.HD. 22.6.2004, E.2004/12672 K.2004/16456, “... 1580 Sayılı Belediye Kanunu'nun 19/7.maddesi gereğince Belediyelerin (Umuma ait akar olmayan açık ve kapalı mahalleri) ve ayrıca (Belediyelere yasalarla verilen paylar ile vergi, resim ve harçlar) belediyelerin 6183 Sayılı Kanun hükümlerine göre tahsili gereken borçları dışında haczedilemez. Ayrıca, Belediye Encümeni tarafından kamuya tahsisine karar verilen belediye mallarının da idari nitelikteki bu karar kaldırılmadığı sürece haczi mümkün değildir. Bundan başka yine belediyelerin "Kendiliğinden kamuya tahsisli" taşınır ve taşınmaz mallarının kamuya tahsis kararına gerek bulunmadan haczedilemeyecekleri yerleşik Yargıtay İçtihatları ile kabul edilmiştir.

4- Mülkiyeti Belediye veya Köy Tüzel Kişiliklerine Ait Olan Umumî Mezarlıklar Tapuya Tescil Edilir

Özel mülkiyete tâbi olmayan kamu malı niteliğindeki taşınmazlar kural olarak tapu kütüğüne kaydedilmezler¹³⁰. Gerçekten, Medenî Kanununun 999 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, “*özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynî hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz*”. Tapu Sicili Tüzüğü’nün 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre de, “*özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynî hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz*”. Fakat, özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan

Ayrıca Belediye Meclisi tarafından verilen kamuya tahsis kararının, bu karardan önceki uygulanan hacizler 09.04.2004 tarihinde verildiği için şikâyet konusu adilen ve daha önce uygulanan hacizler yönünden anılan karar gerekçe gösterilerek hacizlerin kaldırılması talep edilemez. Bu nedenle yukarıdaki ilkeye aykırı olarak hüküm tesisi Yasaya aykırıdır. Meclisi tarafından verilen kamuya tahsis kararının, bu karardan önceki hacizlere uygulanması mümkün değildir. Somut olayda kamuya tahsis kararın 09.04.2004 tarihinde verildiği için şikâyet konusu adilen ve daha önce uygulanan hacizler yönünden anılan karar gerekçe gösterilerek hacizlerin kaldırılması talep edilemez. Bu nedenle yukarıdaki ilkeye aykırı olarak hüküm tesisi Yasaya aykırıdır. Mahkemece yapılacak iş, haczedilen banka hesaplarının, dökümünü getirtmek, bu hesaplara hangi paraların yatırıldığını belirlemek, taşınır ve taşınmazların niteliği araştırılıp tespit etmek ve bunların vergi, resim, harç, İller Bankası payı, cenaze arabası, çöp arabası, ambulans, mezarlık, su kuyusu, spor alanları gibi, kamuya tahsis kararına gerek olmadan kendiliğinden haczedilemeyecek mallardan olup olmadıkları saptanarak sonucuna göre bir karar vermektir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. ...” (www.hukukturk.com).

¹³⁰ Mehmet **Ayan**, Eşya Hukuku, I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 268, 269; **Düren**, s. 77; **Sirmen**, s. 160; **Esener / Güven**, s. 158; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, Eşya, s. 188, 189; **Akipek / Akıntürk**, s. 268. **Gözler**’e göre, kamu malları devredilemez ve kural olarak kamu malları üzerinde aynî hak kurulamaz. Bu nedenle, kamu mallarının tapu siciline gerek yoktur (bkz., age., s. 888).

bir yer lehine veya aleyhine bir aynî hak¹³¹ kurulacak ise, öncelikle bu yerin taşınmaz olarak tapu kütüğüne kaydı gerekir¹³². Fakat, bu kayıt taşınmazın kamu malı olma özelliğini kaldırmaz. Sadece kurulan sınırlı aynî hak özel hukuk hükümlerine tâbi olur¹³³.

Medenî Kanuna göre tapu kütüğüne kaydı gerekmeyen bir yerin 3402 sayılı Kadastro Kanunu gereğince tapu kütüğüne kaydı ise gerekebilir. KK.m.16/I,b.A gereğince hizmet mallarının Hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye köy veya mahalli idare birlikleri tüzelkişiliği, adlarına tespit¹³⁴ olunması gerekir. KK.m.16/I,b.A anlamında yapılacak olan bir tespit ile birlikte bu yerin kamu malı niteliğinin değiştiği söylenemez¹³⁵. Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların da KK.m.16/I,b.A uyarınca hizmet malları arasında gösterildiğinden bu yerlerin tespiti gerekmektedir. Her ne kadar bu yerlerin tespiti gerekirse de bu yerlerin kamu malı niteliğinin devam ettiğinin kabulü gerekir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun¹³⁶ 45 inci maddesinin birinci fıkrasına göre de genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin edindiği taşınmazların Hazine adına, diğer kamu idarelerine ait taşınmazların ise, tüzel kişilikleri adına tapu sicilinde tescil edileceği açıktır. Fakat, kamu mallarının tapu siciline tescili kurucu nitelikte

¹³¹ Aynî hak terimi ile ifade edilmek istenen hususun mülkiyet olmayıp sınırlı aynî hak olduğu hususunda bkz., **Ayan**, I, s. 269, dn.236.

¹³² Haluk Nami **Nomer** / Mehmet Serkan **Ergüne**, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2014, s. 103; **Düren**, s. 79; **Esener** / **Güven**, s. 158; **Oğuzman** / **Seliçi** / **Oktay-Özdemir**, Eşya, s. 188, 189; **Akıpek** / **Akıntürk**, s. 268.

¹³³ **Nomer** / **Ergüne**, s. 103; **Ayan**, I, s. 269, dn.236.

¹³⁴ **Sirmen**, tespit sözcüğünün dar anlamda tapulama, diğer bir ifadeyle tapu kütüğüne kayıt anlamına geldiğini ifade etmektedir (bkz., age., s. 161).

¹³⁵ **Nomer** / **Ergüne**'ye göre, Kadastro Kanunu uyarınca böyle bir yere kayıt yapılması o yerin hukukî niteliğini değiştirmez (bkz., age., s. 105). Aynı yönde bkz., **Gülan**, s. 145, dn.671.

¹³⁶ RG. 24.12.2003, S. 25326.

olmayıp açıklayıcı niteliktedir¹³⁷. Zira, kamu malı tescil edildikten sonra dahi kamu malı niteliğini devam ettirir¹³⁸. Bu nedenle, bir kamu malının tapuda bir özel kişi lehine tescil edilmiş olması bu malın o kişinin özel malı hâline geldiğini göstermez.

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların tescil edilmesi gerekir. Bu husus, Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin altıncı fıkrasında, “... Uygun görüş verilerek mezarlık yeri olarak seçilen alanlar, tapu tescili yapılmadan mezarlık olarak kullanılamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Fakat, bu yerlere kamu malı niteliğini veren husus tahsistir. Bu nedenle, mezarlık vasfı taşıyan yerin kamunun yararlanmasına tahsis edilmesiyle birlikte bu yerin kamu malı niteliğine sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların tapu kütüğüne tescili kurucu olmayıp açıklayıcı nitelik taşır. Tapu kaydı ve tescili olmayan mezarlıkların durumu ise, Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik geçici madde bir de, “*tapu kaydı ve tescili olmayan mezarlıkların kesin sınırları tespit edilir, Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten itibaren 1 yıl içinde ilgili belediye veya köy ihtiyar heyeti tarafından tescile esas olacak haritaları yapılır veya yaptırılır, bu haritaların teknik kontrolü ve tescili Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün tescil mevzuatı çerçevesinde yapılır*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹³⁷ **Gözler**, s. 889. **Düren**'e göre, “özel kanunlarca kamu malı niteliğinde olan taşınmazların da tapu siciline geçirilmesi öngörülmüşse, bu takdirde sicile düşen kayıt sadece bir tespit mahiyetindedir” (bkz., age., s. 78). Aynı yönde bkz., **Kalabalık**, s. 653.

¹³⁸ 16.HD. 22.1.1996, E.1996/70 K.1995/2417, “... Bir taşınmazın tapuya tescili mümkün olmadığı hâlde, tapuya tescil edilmiş olması hukuki anlam ve değer taşımaz. Bu gibi yerlerin kamu tüzel kişileri tarafından satılması da hukuken sonuç doğurmaz. Bu gibi durumlarda Medenî Kanununun 931. maddesinin uygulanması da mümkün değildir. ...” (**Ayan**, I, s. 269, dn.238). **Düren**'e göre, kamu malı niteliğindeki bir taşınmazın tapu siciline geçirilmiş olması, o taşınmazın ilgili kamu tüzel kişisinin özel mülkiyetine bulunduğu karine teşkil etmez (bkz., age., s. 78, 79).

B) FİİLÎ TASARRUFLAR BAKIMINDAN

Kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan bir malın kamu malı hâline gelebilmesi için, malın ya kamunun doğrudan doğruya kullanımına veya yararlanmasına ya da bir kamu hizmetine o hizmet için özel bir düzenleme ile tahsis edilmiş olması gerekir¹³⁹. Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar da kamu malı niteliğini tahsis ile kazanır. Dolayısıyla, bu yerlerin kamu malı niteliğini kazanmasının sebebi sayılan tahsisin korunması gerekir. Bu koruma ise, hem malın mülkiyetine sahip bulunan kamu tüzel kişiye hem de üçüncü kişilere karşı olmaktadır¹⁴⁰. Tahsisin korunmasına ilişkin hükümler ise, Anayasada veya kanunda bulunmaktadır. Meselâ, Anayasanın 45 inci maddesinin birinci fıkrası, “Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır” şeklindedir. Yine, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanununun 2 inci maddesine göre, “Mezarlıklar ve şehitlikler ile mezarlar bozulamaz, tahrip edilemez ve kirletilemez. Bu yerler imar mevzuatı ile veya başka herhangi bir şekilde park, bahçe, meydan, otopark, çocuk parkı, yeşil alan gibi sahalar olarak ayrılamaz ve asli gayesi dışında hiç bir amaç için kullanılamaz. Yol geçme zorunluluğu bulunduğu İçişleri Bakanlığınca kabul edilen mezarlıklar veya bölümleri bu hükmün dışındadır”. Aynı zamanda, Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “mezarlıklar ve şehitlikler ile mezarlar bozulamaz, tahrip edilemez ve kirletilemez. Bu yerler imar mevzuatı ile veya başka herhangi bir şekilde park, bahçe, meydan, otopark, çocuk parkı, yeşil alan gibi sahalar olarak ayrılamaz ve asli gayesi dışında hiçbir amaç için kullanılamaz. Yol geçme zorunluluğu bulunduğu İçişleri Bakanlığınca kabul edilen mezarlıklar veya bölümleri bu hükmün dışındadır. Mezarlık vasfı taşımayan mevcut mezarlıklar da mezarlık dışında başka hiç bir amaç için kullanılamaz”.

¹³⁹ Gözler, s. 842; Yıldırım, s. 370; Kalabalık, s. 658; Düren, s. 66.

¹⁴⁰ Gülan, s. 153.

Öte yandan, mezarlık vasfı taşımayan mezarlıklarda ise, gerekli düzenlemeler yapılarak cenaze defnine devam edilir (Yönetmelik 1,m.10/I). Gerekli düzenlemelerle mezarlık vasfı kazandırılmayacak ise, İl ve İlçe Umumî Hıfzıssıhha Kurulunun kararıyla yeni cenaze defnine izin verilmez (Yönetmelik 1,m.10/II,c.1). Bu mezarlıkların bakım ve onarımı ise, bağlı bulunduğu belediye veya Köy İhtiyar Heyeti tarafından yapılmaya devam edilir (Yönetmelik 1,m.10/II,c.2). Bu alanlar, mezarlık dışında başka hiçbir amaç için kullanılamaz (Yönetmelik 1,m.10/II,c.3).

III-YARARLANMA BAKIMINDAN

Mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklarda bulunan mezarlardan yararlanmanın özel bir yararlanma olduğu söylenebilir. Zira, özel yararlanma kamu malının bir kısmından veya tamamından yararlanmayı ifade eder¹⁴¹. Gerçekten de mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar da bir kamu malıdır ve bu kamu malının bir kısmı olan mezarlardan ölü defni suretiyle yararlanılmaktadır. Özel yararlanma, mezarlardan yararlanan kişilere o mezar üzerinde diğer yararlanmalara engel olabilme hakkı vermesinin yanı sıra üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koyabilme hakkı da verir.

Mezarlardan yararlanma, serbest olmayıp önceden izin alınması gerekir. Gerçekten de ölüm belgesi alınmış olmadıkça hiçbir cenaze defnedilemez (Yönetmelik 1.m.39/I). Ölüm belgesi ise, tabip veya ölüm belgesi düzenleme yetkilisi tarafından verilen, cenazenin defninin yapılmasının uygun olduğunu gösteren belgeyi ifade eder (Yönetmelik 1,m.4/I,b.g). Bu bakımdan, mezarlardan yararlanmanın serbest olmadığı söylenebilir.

Mezarlardan yararlanma, yararlanan kişiye yoğun ve diğer yararlanarlardan müstakil bağımsız bir yararlanma sağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, mezarlardan yararlanan kimsenin kamu malının bir kısmından yoğun ve müstakil bir yararlanması söz konusudur. Bu nedenle, bu yararlanmanın bir karşılığının olması gerekebilir. Gerçekten de mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıklar birinci sınıf mezarlar, ikinci sınıf mezarlar ve üçüncü sınıf mezarlar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Birinci sınıf mezarlar ve ikinci

¹⁴¹ **Gülan**, s. 201.

sınıf mezarlarda belediye tarafından belirlenen bir ücret karşılığında daimî surette bir özgülleme söz konusudur. Bu nedenle, birinci sınıf ve ikinci sınıf mezarlardan yararlanmanın bir karşılığının olduğu söylenebilir. Öte yandan, özel yararlanmanın karşılığının olmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Bu ise, yararlanmanın tahsise uygun olması ve kamu yararı ile açıklanabilir. Gerçekten de mezarlardan yararlanma, o malın kamu malı hâline gelebilmesi için yapılmış tahsisin kapsamında olup o tahsisin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴². Diğer bir ifadeyle, bir yerin mezarlık olarak tahsis edilmesi mezar yerine gömülme şeklinde özel yararlanmaları gerektirmekte olup bu yararlanma tahsis ile doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle, mezarlardan yararlanmanın karşılığının olmadığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Gerçekten de mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkta bulunan üçüncü sınıf mezarlardan yararlanma ücretsizdir. Bu durumun kamu yararını gerçekleştirdiği için isabetli olduğu söylenebilir.

Özel yararlanmalarda yararlanma talebinin reddi veya kabulü hususunda idarenin takdir yetkisi sınırlıdır¹⁴³. Gerçekten de mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkların tahsisinin sebebi, mezarlara ölü definin yapılmasını sağlamaktır. Bu bakımdan, tahsisin kapsamında olan mezarlardan yararlanma talebinin kabulü gerekir. Buna karşılık, mezarlardan yararlanma talebinin kabulünün müsait olan yararlanma çerçevesinde olduğu söylenebilir. Meselâ, belediye tarafından mezarlık olarak tahsis edilen yerde mezar kalmamış ise, mezar yeri talebinin reddi kaçınılmazdır. Fakat, belediyelerin ihtiyaç sahiplerine yer göstermek zorunda olduğunun da kabulü gerekir. Bu nedenle, belediyelerin, ihtiyaç duyulması hâlinde mezarlıklar tahsis etmekle yükümlü olduğu söylenebilir. Aynı zamanda, tahsisin kapsamına uymayan taleplerin de reddi gerekir. Meselâ, mezar yeri olarak belirlenen alanda defin haricindeki taleplerin de reddi gerekir. Bunun dışındaki hâllerde ise, idarenin yararlanma talebinde bulunanların taleplerini kabul etmesi gerektiği söylenebilir. Zira, herkesin yakınlarını gömebilme hakkının¹⁴⁴ kabulü gerekir. Bu hak açıkça düzenlenmesini

¹⁴² **Gülan**, s. 207.

¹⁴³ **Gülan**, s. 208.

¹⁴⁴ Hakkın sahibi kişilerdir. Zira, kişi, hukuk tarafından hak sahibi olabileceği kabul edilen, kendisine hak sahibi olma yeteneği tanınmış varlıklardır. Bu

gerektirmeyecek kadar doğal bir haktır. Ölenin defnedildiği mezarlar ardında bıraktığı kimseler için bir ziyaret ve hatırlama niteliği taşıyan sembol alanlardır. Bu nedenle, yasal sınırlar çerçevesinde¹⁴⁵, ölenin yakınlarının ölüyü gömebilme hakkının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, idarenin, mezarlardan yararlanma talebinde bulanların taleplerini kabul etmesi gerekmektedir.

Burada değinilmesi gereken diğer bir husus, ölenin yakınlarının ölüyü gömebilme hakkının kullanılması sırasında anlaşmazlığa düşmesidir. Diğer bir ifadeyle, ölenin hangi mezarlığa gömüleceği hususunda yakınların anlaşamaması hâlidir. Meselâ, ölenin ardında bıraktığı annesi ve babası arasında ya da babası ile dedesi arasında veya babası ile oğlu arasında ya da ölenin anne tarafı ile baba tarafı arasında anlaşmazlık çıkabilir. Bu örnekler sınırlayıcı olmayıp daha da artırılabilir. Bu konuda mevzuatlarda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda ilk olarak ölenin nereye gömülmek istediğini önceden açıklayıp açıklamadığına bakılabilir. Meselâ, ölen kimse öldüğü zaman annesinin mezarının bulunduğu mezarlığa defnedilmek istediğini ifade etmiş olabilir. Bu durumda, ölenin yakınlarının bu yere defin yapması gerektiği söylenebilir. Buna karşılık, ölen kimse nereye defnedilmek istediğini açıklamamışsa yakınlarının¹⁴⁶ anlaşıp anlaşamadığına bakılır. Eğer, ölen kimsenin yakınları ölenin defnedileceği yer konusunda anlaşırsa herhangi bir sorun çıkmaz. Anlaşma için oy birliği gerekmezse de genel çoğunluğun anlaşmasının yeterli olacağını kabulü gerekir. Eğer, ölen

anlamda, ölen kişinin bu hakka sahip olmadığı açıktır. Dolayısıyla, gömebilme hakkının sahibi ölenin yakınlarıdır.

¹⁴⁵ Burada kast edilen, ölenin yakınlarının ölüyü gömebilme hakkının kamu yararı gibi belirsiz ifadelerle kısıtlanabilmesi değildir. Burada ifade edilmek istenen husus bu hakkın kullanılış şekline getirilmiş sınırlamalardır. Meselâ, ölenlerin yakınları, cenazeyi defnetmek istiyorlarsa defin için kanunda belirtilen sürele uygun hareket etmesi gerekir. Gerçekten, Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 39 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, “mezarlıklara, sabah saat sekizden akşam gün batıncaya kadar cenaze gömülebilir. Bu saatler dışında, zorunlu sebepler haricinde cenaze gömülemez. Zorunlu sebebin tayini belediye başkanı veya köy muhtarına aittir”.

¹⁴⁶ Bu hususta uyuşmazlıkların fazla olmaması için yakın kavramının dar yorumlanması gerektiği söylenebilir.

kimsenin yakınları ölenin defnedileceği yer konusunda anlaşamazlarsa ne olacağı hususunda bir açıklık yoktur. Burada ölenin yakınlarının hâkimin müdahalesini isteyebileceği söylenebilir de bu durum ölüm hadisesinin ruhuna aykırıdır. Bu nedenle, uyuşmazlıkların çoğu zaman hâkimin müdahalesi istenmeden çözüldüğü söylenebilir. Fakat, bu hususta yasal bir düzenlemenin eksikliği ortada olduğu için bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilebilir.

Kamu mallarından özel yararlanmanın geçici nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁷. Buna karşılık, mezarlıkların tahsis edilmesinin sebebi mezar yeri olarak yararlanılmasını sağlamaktır. Bu nedenle, tahsise uygun olduğu için mezarlardan yararlanmanın istikrar gerektirdiği ifade edilebilir. Hattâ, mezarlıklardan mezar yeri olarak özel yararlanmanın kural olarak sürekli olmadığı söylenemez. Gerçekten de mülkiyeti belediye veya köy tüzel kişiliklerine ait olan umumî mezarlıkta tesis edilen birinci ve ikinci sınıf mezarlar daimî surette kişilerin yararlanmasına sunulmuştur. Öte yandan, üçüncü sınıf mezarlarda ise, cesetlerin kemik ve cesetten geriye kalan kalıntıları, toprağın kendine özgü durumunu dikkate alınmak ve sağlık memurlarının verecekleri raporlara dayanmak ve beş yıldan az olmamak kaydıyla belediye meclisince tespit edilecek bir süre geçtikten sonra özel bir şekilde hazırlanan genel bir yere nakledilerek boş kalan üçüncü sınıf mezara sıra geldiği zaman yeniden cenaze gömülebilir. Bu nedenle, üçüncü sınıf mezarlardan yararlanmanın daimî surette olduğu söylenemez.

Mezar yerlerinden yararlanan kimselere belediye, bedel karşılığı alınan mezarların kullanım hakkının satın alan kişiye ait olduğunu, kullanım tahsisini vârislerine devredebileceğini ve bu mezar yerine yapılacak mükerrer defin ancak vârislerinin uygun göreceği kişilere ait olabileceğini belirtir ve mezar yeri kullanım tahsis belgesi verilir. Bu bakımdan, mezar yerlerinin mülkiyeti mezar yerinden yararlanan kimseye ait olmayıp mülkiyet belediyeye aittir. Bu nedenle, mezar yerinden yararlanan kimsenin bu yeri üçüncü bir kişiye satıp tescil etmesi mümkün değildir.

Mezarlardan yararlanmanın mekân itibarıyla sınırlı olduğu da söylenebilir. Zira, mezarlık olarak seçilmiş yerlerden başka yerlere

¹⁴⁷ **Gölan**, s. 209.

cenaze defni kural olarak mümkün değildir. Bu nedenle, cenaze defni mezarlık olarak seçilmiş yerlerden başka bir yere kural olarak yapılamaz. Dolayısıyla, ölen bir kimsenin cenazesinin evinin bahçesine defnedilmesi mümkün değildir. Fakat, mezarlık olarak seçilmiş yerlerden başka yerlere cenaze defninin mümkün olmamasının istisnaları söz konusu olabilir. Gerçekten, Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmeliğin 39 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, “mezarlık olarak seçilmiş yerlerden başka yerlere cenaze defni, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 211 inci maddesinde belirtilen istisna haricinde yasaktır. Ölüm belgesi alınmadıkça hiçbir cenaze gömülemez”. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun¹⁴⁸ 211 inci maddesi ise, “mezarlık ittihaz olunan yerlerden başka yerlere ölü defni memnudur. Fevkalade hallerde ve sıhhi mahzur mevcut olmadığı takdirde İcra Vekilleri Heyeti kararıyla muayyen ve malum mezarlıklar haricinde ölü defnine müsaade edilir” şeklindedir. Aynı zamanda, Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 5 inci maddesine göre, “belediyece tespit olunan umumi mezarlıktan başka yerlere ölü gömülmesi yasaktır (f.1). Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 211 ve 218 inci maddelerine göre yapılacak muameleler bu hükümden müstesnadır (f.2)”. Söz konusu hükümlerle, aslında belediyelere ve köy tüzel kişiliklerine ait olan mezar yeri tahsisi ve cenazenin defnine müsaade verilmesi yetkisi bazı şartların gerçekleşmesi ile Bakanlar Kuruluna tanınmıştır. Bakanlar Kurulunun söz konusu yetkiyi kullanabilmesi için ortada fevkalâde bir hâlin olması ve sıhhi bir mahzurun bulunmaması kanun hükmü gereğince açıktır. Buna karşın, fevkalâde hâlin ne olduğu hususu kanunda belirtilmemiştir.

Bakanlar Kurulunun bu yetkisini genellikle¹⁴⁹ hâzirelere defin için kullandığı görülmektedir. Sözlüğe göre hazîre, “1.Etrafı çitlerle çevrili ve girilmesi yasak olan yer. 2.Cami, türbe, tekke vb. yerlerde çevresi parmaklıklarla çevrili mezar yeri”ni ifade eder. Hazîre, cami, türbe, tekke gibi dinsel yapıların yanında yer alan ve etrafı çitler, duvar ve parmaklıklarla çevrili mezarlıklar olarak tanımlanabilir¹⁵⁰. Hazîreler,

¹⁴⁸ RG. 6.5.1930, S.1489.

¹⁴⁹ Bakanlar Kurulunun bu yetkisine anıt mezarlara definler için de başvurmaktadır.

¹⁵⁰ **Aygün**, s. 457.

birkaç mezardan oluşabileceği gibi daha fazla sayıda mezardan da oluşabilir¹⁵¹. Hazîrelerin ilk çekirdeğini yanında bulunan binayı yaptıranın veya o bina ile bağı olan kişilerin mezarları oluşturur¹⁵². Cami, türbe, tekke gibi dinsel yapıları yaptıranlar, genellikle, bu yapıların yanına defnedilmiştir. Cami, türbe, tekke gibi dinsel yapıların yanına yapılan definlerin sayısının artmasıyla birlikte hazîreler oluşmaya başlamıştır. Hazîrelerin büyüklüğü ise, söz konusu yapıların yanına defnedilen ilk kişinin makamına ve mezarlık olmaya elverişli alanın genişliğine bağlı olarak değişebilmektedir¹⁵³. Öğretide, genel olarak, büyük mezarlıkların hazîrelerin gelişmesiyle ya da hazîreler topluluğu şeklinde oluştukları ifade edilmektedir¹⁵⁴.

Hazîreler önemini kişilerin Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 211 inci maddesine dayanarak Bakanlar Kuruluna hazîrelere defin için başvurması ve Bakanlar Kurulunun defin için izin vermesinde göstermektedir. Zira, Bakanlar Kurulunun hazîrelere defin için yapılan başvurulardaki takdir yetkisi sınırlıdır. Diğer bir deyişle, Bakanlar Kurulunun mutlak bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bakanlar Kurulu, bu yetkisini kullanırken fevkalâde bir hâlin bulunup bulunmadığını ve sıhhi bir mahzurun bulunup bulunmadığına göre karar vermelidir.

SONUÇ

İnsanlar, toplum hâlinde yaşamanın bir gerekliliği olarak mezarlıklara her zaman ihtiyaç duymaktadırlar. İdare de toplumun bu ihtiyacını giderebilmek için mezarlık alanları tahsis etmektedir. Dolayısıyla, idarenin sahip olduğu bir malı kamunun yararına tahsis etmesiyle birlikte, bu yerin kamu malı hâline geldiği söylenebilir. Kamu mallarını düzenleyen genel bir kanun bulunmamakla birlikte, 3402 sayılı Kadastro Kanununda kamu mallarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Gerçekten, KK.m.16/I,b.A, umumî mezarlıkları (genel mezarlıklar) hizmet malları arasında göstermiştir. KK.m.16/I,b.A düzenlemesinin, bu nitelendirme açısından isabetli olmadığı söylenebilir.

¹⁵¹ **Aygün**, s. 459.

¹⁵² **Aygün**, s. 459.

¹⁵³ **Aygün**, s. 459.

¹⁵⁴ **Aygün**, s. 458.

Zira, umumî mezarlıkların orta malları arasında gösterilmesinin daha doğru olacağı ifade edilebilir.

Mezarlıklara ilişkin olarak temel düzenleme, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanun ile yapılmıştır. Bu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, artık Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 2 nci maddesine dayanılarak tapu ile tasarruf olunan mezarlıklar, şahıslara ve ailelere ait özel vakıf mezarlıklar ve camii harimlerinde mezarlıklar oluşturmak mümkün değildir. Ayrıca, bu düzenlemeyle, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Mezarlıklar Hakkındaki Nizamnamenin 2 nci maddesine dayanılarak oluşturulan mezarlıkların mülkiyetinin belediye veya köy tüzel kişiliklerine geçmediği ifade edilebilir.

Mezarlıklar hakkında önem taşıyan diğer bir husus ise, mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılıp kazanılamayacağıdır. Mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyeye; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılamayacağı açıktır. Metruk mezarlıkların ise, kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılıp kazanılamayacağı tartışmalıdır. Çünkü, 3998 sayılı Mezarlıkların Korunması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde sadece mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyeye; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılamayacağı düzenlenmiş; metruk mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılıp kazanılamayacağına ilişkin bir düzenlemeyle getirmemiştir. Her ne kadar KK.m.16'da metruk mezarlıklar kamu malları arasında gösterilmese de metruk mezarlığın kamu malı niteliği devam ettiği sürece KK.m.18/II gereğince kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılamaması gerekir. Zira, KK.m.16 düzenlemesinde sayılan kamu malları sınırlayıcı olmayıp örnekleyici nitelik taşımaktadır. Bu nedenle, öncelikle metruk mezarlıkların kamu malı niteliğinde olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Zira, bir yerin kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılabilmesi için, her şeyden önce o yerin özel mülkiyete elverişli olması gerekir. Kamu malları ise, özel mülkiyete elverişli değildir. Mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyeye; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişiliğine ait olan umumî mezarlığa çeşitli sebeplerle ölü defni gerçekleştirilememesi, bu yerlerin kamu malı niteliğinde bir değişiklik sonucu doğurmaz. Bu nedenle, metruk mezarlıkların açık bir tahsisten

çıkarma kararı ile kamu malı niteliğine son verilmediği sürece bu yerlerin kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılamayacağı söylenebilir. Yargıtay ise, çoğu kararında metruk mezarlıkların kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay, bu kararlarına gerekçe olarak 2644 sayılı Tapu Kanununun 24 üncü maddesini göstermektedir. Oysa, anılan hükmün sadece metruk mezarlıkların köyün manevî şahsiyeti namına tescile elverişli yerlerden olduğunu gösterdiği söylenebilir. Bu nedenle de henüz köyün manevî şahsiyeti namına tescil edilmemiş metruk mezarlıkların zamanaşımıyla kazanılamayacağını kabulü gerekir. Buna karşılık, metruk mezarlıkların köyün manevî şahsiyeti namına tescil edilmesi hâlinde, kazandırıcı zamanaşımıyla kazanılabileceği söylenebilir.

Ayrıca, mülkiyeti belediye bulunan yerlerde, belediyelerin; köy idaresi bulunan yerlerde, köy tüzel kişilerinin mezarlardan yararlanmak isteyenlerin taleplerini yasal sınırlar içerisinde olmak kaydıyla kabul etmesi gerektiği söylenebilir. Zira, herkesin yakınlarını defnedebilme hakkının kabulü gerekir. Bu hakkın kullanılması sırasında ölen kimsenin yakınlarının anlaşmazlığa düşmesi hâlinde ne olacağına ilişkin ise, açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Anlaşmazlık nedeniyle ölen kimsenin yakınlarının hâkimin müdahalesini isteyebileceği söylenebilir de bu durum ölüm hâdisesinin ruhuna aykırıdır. Bu nedenle, yasal bir düzenleme yapılması gerektiği söylenebilir.

Son olarak, özel mezarlıklara ilişkin yasal düzenlemelerin yürürlüğe girmesi hâlinde bazı mezarlıklara kamu hukuku rejimi bazı mezarlıklara ise, özel hukuk rejiminin uygulanması gündeme gelecektir. Mezarlıklara ilişkin mevzuatın eskiliği ve yetersizliği de göz önüne alınırsa yeni bir mezarlıklara ilişkin kanun düzenlemesinin gerektiği söylenebilir.

KAYNAKLAR*

Akıllı, Hüseyin: Edirne Osmanlı Mezarlıklarının Restorasyon ve Konservasyon Işığı Altında Değerlendirilmesi, Geçmişten Günümüze

* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir

Mezarlık Kültürü ve İnsan Hayatına Etkileri Sempozyumu, 18-20 Aralık 1998, İstanbul 1999.

Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Akkanat, Halil: Taşınmaz Mülkiyetinin Olağan Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 62, S. 1-2, 2004, s. 317-332.

Albaş, Hakan: Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Olağanüstü Zamanaşımı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanımında Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlememesi Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007, s. 1-28.

Ayan, Mehmet / Ayan, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.

Ayan, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, Borçlar).

Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, I).

Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, II, Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, II).

Aygün, Mustafa Yaşar: İlişkilerin Belirlenmesi Bakımından Mülkiyet-Mezar-Mezarlık-Orman, Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 3, 2001, s. 421-480.

Çelik, Ali: Trabzon-Şalpazarı Çepni Türkleri'nde Ölümle İlgili Gelenek, Görenek ve İnanmalar, Geçmişten Günümüze Mezarlık Kültürü ve İnsan Hayatına Etkileri Sempozyumu, 18-20 Aralık 1998, İstanbul 1999.

Çıblak, Nilgün: Anadolu'da Ölüm Sonrası Mezarlıklar Çevresinde Oluşan İnanç ve Pratikler, Türk Kültürü, C. 40, S. 474, 2002, s. 605-614.

Demirci, Mehmet: Ölümdeki Hayat (Tasavvuf Düşüncesinde Ölüm), Tasavvuf İlmî ve Akademik Araştırma Dergisi, S. 4, 2000, s. 9-16.

Doğan, İsmail: Günümüz Türkiye'sinde Mezar Taşlarının Dili (Antalya-Burdur-İzmir-Kırıkkale-Kırşehir-Malatya-Manisa-Şanlıurfa

Mezarlıkları), Geçmişten Günümüze Mezarlık Kültürü ve İnsan Hayatına Etkileri Sempozyumu, 18-20 Aralık 1998, İstanbul 1999.

Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, C. 2, Kişiler Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2015.

Düren, Akın: İdare Malları, Ankara 1975.

Düzceer, Ali R.: Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Ankara 1984.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015 (Eren, Borçlar).

Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014 (Eren, Mülkiyet).

Esener, Turhan / Güven, Kudret: Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.

Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun / Berk, Kahraman: İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2013.

Gözler, Kemal: İdare Hukuku, C. 2, 2. Baskı, Bursa 2009.

Gözübüyük, A. Şeref: Yönetim Hukuku, 31. Baskı, Ankara 2012.

Gülan, Aydın: Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim, İstanbul 1999.

Gürsoy, Kemal T./ Eren, Fikret/ Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku 2.Baskı, Ankara 1984.

İnan, Ali Naim / Yücel, Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

Kalabalık, Halil: İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, 5. Baskı, Konya 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014.

Kiraz, Refik: İdare Hukukunda Kamu Mallarından Yararlanma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011.

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, 27.Baskı, Ankara 2013.

Nomer, Haluk Nami / **Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2014.

Oğuzman, Kemal M. / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 18.Baskı, İstanbul 2015 (Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya).

Oğuzman, Kemal M. / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2015 (Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Kişiler).

Özarlan, H. Emrah: Mezarlıkların Peyzaj Planlama ve Tasarımı Açısından İncelenmesi: İstanbul Zincirlikuyu Mezarlığı Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

Reisoğlu, Safa: Fevkalâde Müruruzaman ve İlgili İçtihadı Birleştirme Kararları, SBFD., C.17, S.2, 1962, s.361-392 (Reisoğlu, Fevkalâde Müruruzaman).

Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku, 25. Baskı, İstanbul 2014 (Reisoğlu, Borçlar).

Sağır, Adem: Halk Kültüründe Belirleyici Bir Öge Olarak Ölüm: Toplu Merasimlerden Belediye Hizmetlerine Kurumsallaşan Ölüm Bağlamında Bir Ölüm Sosyolojisi Denemesi, Turkish Studies, International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Prof. Dr. Çoşkun Ak Armağanı, C. 7, S.2, 2012, s. 903-925.

Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2014.

Sirmen, Lâle: Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.

Sungurbey, İsmet G.: İsviçre – Türk Hukukuna Göre İktisabî Müruruzaman, İstanbul 1956.

Şeker, Mehmet: ‘Türk Mezar Bilimi’ Bir Disiplin Olarak Kurulmalı, Geçmişten Günümüze Mezarlık Kültürü ve İnsan Hayatına Etkileri Sempozyumu, 18-20 Aralık 1998, İstanbul 1999.

Şimşek, Suat: Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları, Sayıştay Dergisi, S. 92, 2014, s. 93-115.

Tekinay, Selâhattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Hâlûk / **Altop**, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1989.

Toprak, Zerrin / Karakurt, Ahu: Türkiye’de Yabancı Mezarlıkları Ve Küresel İlişkiler Ağında Stratejik Gelişmeler; İzmir İçin Bir Yaklaşım, Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 7, S. 1, 2009, s. 73-99 (Toprak / Karakurt, Yabancı Mezarlıklar).

Toprak, Zerrin / Karakurt, Ahu: Türkiye’de Yabancı Mezarlıkları ve Stratejik Yaklaşımlar, Yargıtay Dergisi, C. 35, S. 3, 2009, s. 369-396 (Toprak / Karakurt, Stratejik Yaklaşımlar).

Uslu, Aysel: Çevreye Dost Mezarlık (Ekolojik Mezarlık) Planlama Yaklaşımları ve Dünya Kentlerinden Örnekler, 5. Uluslararası İleri Teknolojiler Sempozyumu (IATS’09), 13-15 Mayıs 2009, Karabük 2009, s. 1860-1864.

Yavuz, Nihat: Türk Hukukunda Kamu Malları, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 1975, s. 486- 493.

Yayla, Yıldızhan: İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2010 (Yayla, İdare).

Yayla, Yıldızhan: Kamu Malının Çağdaş Tanımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 7, S. 1-3, 1992-1993, s. 7-19 (Yayla, Kamu Malı).

Yıldırım, Ramazan: Türk İdârî Rejimi Dersleri, C. 1, Konya 2014.

Zevkliler, Aydın / Acarbey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre: Zevkliler Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmalar (01 Ocak 2017 tarihinden itibaren), DERGİPARK üzerinden (<http://dergipark.gov.tr/suhfd>) sisteme yüklemek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar dergipark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin yabancı dildeki adı, en fazla 100 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve beş adet anahtar kelimenin (Keywords) eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda kaynakça yer almalıdır.

3. Sayfa yapısı: Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. Metin yazıları: Times New Roman karakteri ile **11,5** punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. Dipnotlar: Times New Roman yazı karakteri, **10,5** punto, **Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECEKTİR.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

İnternet adresi: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr