

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW



Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2020

Volume: 10, No: 2, Year: 2020

ISPARTA

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ (SDÜHFD)**

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 10, Sayı (Number): 2, Yıl (Year): 2020, ISPARTA

ISBN: 2146-7129

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı



SOBIAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini



HEINONLINE Veri Tabanı

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ (SDÜHFD)**

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 10, Sayı (Number): 2, Yıl (Year): 2020, ISPARTA

ISBN: 2146-7129

Sahibi / Owner

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co- Editors

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER

Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Yüksel METİN

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER

Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER

Arş. Gör. Didem ERDOĞAN

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayınlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

SDÜ Basın ve Halkla ilişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu/Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin ESER	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr Mariagiulia Giuffré	Edge Hill University / Ormskirk
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayınlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayardaCalibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.2 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, hukukdergi@sdu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi

ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007), s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, "5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (internet linki, 23.02.2011)

(4) Yargıtay kararları

Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler

ESER, Albin, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri", Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslararası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucular,

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, akademisyenlerin ve araştırmacıların değerli eserleriyle 2011 yılının Haziran ayında başladığı yayım hayatına, 2020 yılının ikinci ve aynı zamanda son sayısı ile devam etmektedir.

Dergimizin bu sayısında; Doç. Dr. Yavuz Güloğlu'nun "Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi" isimli makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Bayram Doğan ve Arş. Gör. Ali Fuat Geyik'in "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi" isimli makaleleri, Dr. Öğr. Üyesi Fatmagül Kale Özçelik'in "Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)" isimli makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Bozdağ'ın "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret" isimli makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Çakır'ın İngilizce kaleme aldığı "Silahlı İnsani Müdahalenin Etik ve Siyasi Gerekçeleri" isimli makalesi, Doç. Dr. Nimet Özbek'in İngilizce kaleme aldığı "Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca İdari Tutuklama" isimli makalesi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsünde doktora öğrencisi olan Gönül Gülgezen'in "İnsani Müdahale ve Kosova Örneği" isimli makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Cemil Simil'in "Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi" isimli makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Volkan Özçelik'in "Kurumların Aktifinde İki Yıl Süreyle Bulunan Taşınmazların Cebri İcra Yoluyla Satılması Durumunda Katma Değer Vergisi İstisnası" isimli makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Özcan ve Av. Ali Türk'ün "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 70 Hükmü Uyarınca Açılacak Tazminat Davalarının Şartları" isimli makaleleri, Arş. Gör. Samed Atasoy'un "Tanzimat Dönemi Osmanlı Kanunlaştırma Usulü ve Meclislerin Rolü (1838-1876)" isimli makalesi, Arş. Gör. Sude Can Sönmez'in "Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma'nın 15'inci Maddesi: "Ücret Geliri"nde ve 16'ncı Maddesi: "Yöneticilere Yapılan Ödemeler"de Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi ve Türk Vergi Hukuku'ndaki Durumu" isimli makalesi, Öğr. Gör. Salih Korkmaz'ın "Mehmed Hilmi El-Akhisârî'nin "Risâle Fî Beyânî'r-Ribâ Ve Beyü'l-Fâsid" Adlı Risâlesi ve Tahkiki" isimli makalesi ve Dr. Öğr. Üyesi Cemal Kıtıl ve Dr. Öğr.

Üyesi Şevki Nezir tarafından Arapça dilde kaleme alınan “Organize Suç Örgütleriyle Mücadelede İşbirliği Aracı Olarak Suçluların İadesi Rejimi” isimli makaleleri olmak üzere toplam on dört eser yer almaktadır.

Bu zamana kadar editörlük görevini büyük bir özveri ve çabayla yürüten, derginin eksiksiz olarak yayımlanmasını ve bilim dünyasında tanınmasını sağlayan Prof. Dr. Haluk Songur’a ve kendisinden önce editörlük görevini yürüten Prof. Dr. Faruk Turhan’a teşekkür eder, bu sayıdan itibaren devraldığım editörlük görevini, aynı kararlılıkla devam ettirme yolunda, dergimizi daha iyiye ulaştırma gayreti içinde olacağımı belirtmek isterim. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin 10. cildinin 2. sayısına katkıda bulunan öğretim üyelerine, araştırma görevlilerine ve araştırmacılara teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Editör

Prof. Dr. Yüksel METİN

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

- Ahlak Kurallarının Türk Hukuk Sistemine Etkisi..... 1**
Doç. Dr. Yavuz Güloğlu
- Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi 19**
Dr. Öğr. Üyesi Bayram Doğan, Arş. Gör. Ali Fuat Geyik
- Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme) 47**
Dr. Öğr. Üyesi Fatmagül Kale Özçelik
- İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret..... 79**
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Bozdağ
- Silahlı İnsani Müdahalenin Etik ve Siyasi Gerekeçleri..... 103**
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Çakır
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca İdari Gözetim 119**
Doç. Dr. Nimet Özbek
- İnsani Müdahale ve Kosova Örneği..... 139**
Gönül Gülgezen
- Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi 171**
Dr. Öğr. Üyesi Cemil Simil
- Kurumların Aktifinde İki Yıl Süreyle Bulunan Taşınmazların Cebri İcra Yoluyla Satılması Durumunda Katma Değer Vergisi İstisnası 195**
Dr. Öğr. Üyesi Volkan Özçelik
- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 70 Hükmü Uyarınca Açılabilir Tazminat Davalarının Şartları 219**
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Özcan, Avukat Ali Türk
- Tanzimat Dönemi Osmanlı Kanunlaştırma Usulü ve Meclislerin Rolü (1838-1876).. 245**
Arş. Gör. Samed Atasoy

Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma'nın 15'inci Maddesi: "Ücret Geliri"nde ve 16'ncı Maddesi: "Yöneticilere Yapılan Ödemeler"de Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi ve Türk Vergi Hukuku'ndaki Durumu 275
Arş. Gör. Sude Can Sönmez

Mehmed Hilmi El-Akhisârî'nin "Risâle Fî Beyâni'r-Ribâ ve Beyü'l-Fâsid" Adlı Risâlesi ve Tahkiki..... 309
Öğretim Görevlisi Salih Korkmaz

Organize Suç Örgütleriyle Mücadelede İşbirliği Aracı Olarak Suçluların İadesi Rejimi 331
Dr. Öğr. Üyesi Cemal Kıtıl, Dr. Öğr. Üyesi Şevki Nezir

CONTENTS

ARTICLES

- The Effects of Moral Rules on Turkish Law System 1**
Assoc. Prof. Dr. Yavuz Güloğlu
- Principle Of Seperation Of Powers At Turkish Presidential Government System 19**
Asst. Prof. Dr. Bayram Doğan, Res. Asst. Ali Fuat Geyik
- Compulsory Vaccination For Children in The Context Of Conflict and Balancing of Rights (A Review Under The European Convention On Human Rights) 47**
Asst. Prof. Dr. Fatmagül Kale Özçelik
- The Effort That Must Be Shown in Order to Benefit From Volunteer Waiving in The Crimes Committed As Participation 79**
Asst. Prof. Dr. Ahmet Bozdağ
- Moral And Political Grounds of Armed Humanitarian Intervention..... 103**
Asst. Prof. Dr. Mustafa Çakır
- Administrative Detention in Accordance With The Foreigners and International Protection Law 119**
Assoc. Prof. Dr. Nimet Özbek
- Humanitarian Intervention and The Case of Kosovo..... 139**
Gönül Gülgezen
- Adjudication of a Temporary Injunction By The Courts of Appeal and It's Judicial Review 171**
Asst. Prof. Dr. Cemil Simil
- Value Added Tax Exemption in The Forced Sale by Auction of Institutions for The Immovable Property for Two Years Period 195**
Asst. Prof. Dr. Volkan Özçelik
- Conditions of Compensation Trials That Are Prosecured Accordance With The Code Of Intellectual And Artistic Works Article 219**
Asst. Prof. Dr. Zeynep Özcan, Lawyer Ali Türk
- The Ottoman Legislation Procedure in The Tanzimat Period and The Role of The Assemblies (1838-1876) 245**
Res. Asst. Samed Atasoy

Prevention of Double Taxation Within The Context Of “Income From Employment” Regulated in Article 15 and “Directors’ Fees” Regulated in Article 16 of The Model Tax Convention on Income and on Capital And Situation in Turkish Tax Law 275

Res. Asst. Sude Can Sönmez

Mehmed Hilmi El-Akhisârî’s Book Titled “Risâle Fî Beyâni’r Ribâ Ve Beyü’l-Fâsid” and It’s Examination 309

Lecturer Salih Korkmaz

The Extradition Regime as a Mechanism of International Cooperation to Struggle Against Organized Crime..... 331

Asst. Prof. Dr. Cemal Kital, Asst. Prof. Dr. Şevki Nezir

MAKALELER / ARTICLES

AHLAK KURALLARININ TÜRK HUKUK SİSTEMİNE ETKİSİ***Doç. Dr. Yavuz GÜLOĞLU******ÖZ**

Toplum hayatı içinde kişilerin davranış ve ilişkilerini düzenleyen bir takım kurallar bulunmaktadır. Ahlak kuralları da bu kurallardan bir kısmını oluşturmaktadır. Devlet tarafından korunan ve ihlal edildiğinde uyulmasını sağlamaya yönelik yaptırım uygulanan hukuk kurallarının birçoğunun temelinde aslında ahlak kuralları, din kuralları ve örf adet kurallarının yattığı görülmektedir. Diğer sosyal düzen kuralları ile ahlak kuralları arasında bazı yönlerden büyük yakınlıklar olduğu gibi birçok yönden de bu kurallar arasında farklılıklar bulunmaktadır.

Pozitif hukuk kuralları oluşturulurken ahlaki normlar referans alındığı gibi mevzuatta doğrudan ahlak kurallarına atıfta bulunan birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Yasa koyucu kanunlaştırma faaliyeti esnasında toplumun genel ahlak anlayışını ve ahlaki normları dikkate almak zorundadır. Zira toplum tarafından benimsenmiş sosyal düzen kurallarına aykırı yasaların uzun süreli uygulanma kabiliyeti pek olası değildir.

Bu çalışmada ahlak kurallarının diğer sosyal düzen kuralları ile ilişkisi, ahlak kurallarının özel hukukta ve kamu hukuku üzerine etkileri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ahlak, hukuk, sosyal düzen kuralları

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17/07/2020

Kabul Edildiği Tarih: 02/09/2020

** Kastamonu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü,
Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı
E-Mail: yavuzguloglu@kastamonu.edu.tr
ORCID: /0000-0003-4493-2179

THE EFFECTS OF MORAL RULES ON TURKISH LAW SYSTEM

ABSTRACT

There are some rules in community life that regulate the behaviour and relations of people. Moral rules constitute a part of these rules. It is seen that many law rules, which are protected by the state and are imposed sanction to be obeyed when violated are actually underlied by moral rules, religious rules and customary rules. There are significant similarities between other social order rules and moral rules in some aspects as well as differences in many aspects.

As moral norms are referred to while forming positive law rules, there are so many legal regulations in legislation that directly refer to moral rules. The law maker should take into consideration the general moral understanding and rules of the society during the legislating activity. It is because laws against social order rules that have been adopted by the society are unlikely to be conducted for a long time.

In this study, the relation between moral rules and other social order rules and the effects of moral rules on private and public laws are examined.

Keywords: Morals, law, social order rules.

GİRİŞ

Köken itibarıyla Arapça bir kelime olan ahlak, huluk veya hulk kelimesinin çoğuludur.¹ Sözlükte kelime anlamı olarak seciye, tabiat, güzel huy, karakter, mizaç, iyi nitelikler gibi anlamlara gelmektedir.²

Ahlak, kişinin mensubiyet hissettiği toplum içinde diğer kişilerle olan ilişkilerinde neyi nasıl yapması gerektiğine ilişkin kendine rehberlik etmesi amacıyla kabul edip içselleştirdiği değerler, ilkeler ve kurallar manzumesi olarak tanımlanabilir.³ Başka bir tanımla ahlak, bilinçli, hür bir bireyin tercih hakkının olduğu durumda herhangi bir yaptırım endişesi taşımaksızın niyet ve davranışlarını ifade eder. Bilinçli bir seçimin ve vicdani bir kabulün olmadığı davranış, yerleşik bir uygulama haline gelmediği için ahlak olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁴

Ahlaki bilgi gibi nesnel bir temele dayandırarak ilk defa evrensel ahlak yasasının varlığını kabul eden düşünür ve mutlulukçu etiğin ilk kurucusu Sokrates'e göre mutluluğun kaynağı bilgi olup, bireyden bireye, çağdan çağa değişmeyen nesnel ahlaki erdemler mevcuttur. Sokrates, insanların ruhlarında saklı durumda bulunan birtakım ahlaki kavram ve durumların varlığına inanmakta ve doğurtma yöntemi ile bunların ortaya çıkarılabileceğini belirtmekte, kendi beni hakkında doğru kavrayışa sahip, yaşamın amacını bilen ve bu bilgiye göre davranan insanın mutlu olacağını ifade etmektedir.⁵

Temeline iyi idesini yerleştirmek suretiyle ahlaki objektif özelliklerin belirlediğini belirten Platon ise içinde yaşadığımız âlemdeki varlıkların asıllarının ebedi olan idealarda bulunduğunu, ideaların insanın amaçlarına yön veren ahlaki ölçütler olduğunu, bir fiilin iyi ya da kötü olmasının iyi idesine uygun olup olmadığına bağlı olduğunu, insanın mutlu olması için iyi idesine yönelmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶ Aristoteles ise Nikomakhos'a Etik adlı eserinde teolojik bir ahlak anlayışını savunmuş, ruhta olup biten şeylerin duygular, yetenekler ve huylar olduğunu, tercihi orta yoldan yapmanın önemli olduğunu, düşünce ve karakter erdemi olmak üzere iki kısma ayrılan erdemde de dengenin önemli olduğunu ifade eder.⁷

Ahlaki bakımdan doğru olanı nedensel zorunlulukla özdeşleştiren ve evrensel ahlak yasasını nesnel özelliklerin belirlediğini ifade eden Spinoza ise ahlak ilkelerinin aynen geometrinin aksiyomları gibi aklın eseri olduğunu, genel ahlak ilkelerinden diğer kuralların tümünden gelim yoluyla çıkarılabileceğini, aklın ürünü olduğu için geometri yöntemi ile ortaya konulan ahlakın herkes tarafından kabul edileceğini belirtmektedir. Evrensel ahlak yasasının varlığını kabul eden filozoflardan Farabi ise Zorunlu Varlığın sırf iyilik olduğu için iyiliğin kaynağı olduğunu, gerçek mutluluğun bilgi ve aydınlanma ile gerçekleşeceğini, insanın iyi eylemlere aklın bilgiyle seçim yapması sonucunda

¹ İbn Manzur, Ebul Fazl Muhammed b. Mukerrem, Lisanü'l Arab, Daru Sadır, Beyrut, 1414, C.10, s.86

² Türkçe Sözlük, C.1, Türk Dil Kurumu Yayını, 1988, s.30.

³ BAYRAM, Selma Aydın, Ahlak Felsefesi (Etik), Felsefeye Giriş, Editör: Murat Arıcı, Nobel Yayınevi, 2019, s. 157.

⁴ KÖSE, Saffet, Hukuk mu Ahlâk mı?, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.17, 2011, s.18.

⁵ ARSLAN, Ahmet, Felsefeye Giriş, Adres Yayınları, Ankara, 2009, s. 198.

⁶ CEVİZCİ, Ahmet, Felsefeye Giriş, Nobel Yayınları, Ankara, 2010, s. 159.

⁷ GÖKBERK, Macit, Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2010, s.60,65,69,88.

ulaşabileceğini ifade eder.⁸ Farabi eserlerinde siyaset ve toplumsal ahlak üzerinde ayrıntılı olarak durmuştur. Bir eylemin ancak ödev ve yükümlülük duygusuyla yapıldığı zaman ahlaki bir değeri olabileceğini belirten Kant'a göre ödevde uygun eylem, ahlak yasasına duyulan saygının zorunluluğuyla gerçekleştirilen eylemdir ve kişi ahlak yasasına isteyerek itaat etmektedir.⁹

Hegel, düşüncelerini açıklarken merkeze koyduğu ruh kavramını subjektif, objektif ve mutlak olmak üzere üçe ayırmakta, onun ahlak anlayışı içine objektif ruh soyut hukuk, sübjektif ahlaklılık ve objektif ahlaklılık aşamalarından oluşmaktadır.¹⁰ Evrensel ahlak yasasını öznel özelliklerin belirlediğini savunan Bergson; akla dayanan ve toplumun kendini koruma, düzeni sürdürme isteğinden doğan toplumsal ahlak ile evrensel olan, temelinde sezgi bulunan insanın kendini aşmasını ve özgürleşmesini sağlayan evrensel ahlak olmak üzere iki tür ahlaktan bahseder.¹¹

Tikel bir toplulukta insanlar arası ilişkileri düzenleyen ilke ve kurallar bütünü olarak da tanımlanan ahlak¹² bireysel ve toplumsal ahlak olarak iki gruba ayrılmaktadır. Bireysel ahlak bir kişinin tutum ve davranışları olarak tanımlanabilir. Bireylerin oluşturduğu toplumsal ahlakın da temelinde yine bireysel ahlak vardır. Ancak hukuk kurallarının uygulanmasında kişilerin bireysel ahlâk anlayışları değil, topluma egemen olan objektif ahlâk anlayışı esas alınır.¹³

Ahlaki normların ve ahlaki yükümlülüğün taşıyıcıları ve koruyucuları tek tek kişilerdir.¹⁴ Tek başına yaşayan bir insanın gerçek değeri, toplum içinde ortaya çıkar. Bu anlamda bireysel olarak sadece arı-duru bir kişiliğe sahip olmak belki de kişisel tatmin aracı olmanın ötesinde pratikte bir anlam ifade etmeyebilecektir.¹⁵ Kişilerin eylemlerinden topluma karşı sorumlu olduğu kısmı, esas itibarıyla diğer kimseleri ilgilendiren bölümünü oluşturmaktadır.¹⁶ İnsanların özgür olarak düşünme, düşündüklerini yapabilme, kendini geliştirme kabiliyeti insanlara saygınlık atfedildiği bir zeminin parçalarıdır.¹⁷

⁸ ÖZDEN, Hacı Ömer, *İslam Felsefesi Tarihi*, Bilge Kültür Sanat Yayınları, İstanbul, 2017, s.83.

⁹ ARSLAN, Ahmet, *Felsefeye Giriş*, Adres Yayınları, Ankara, 2009, s. 195.

¹⁰ ÇUHADAR, Cengiz, "Hegel'in Hukuk Felsefesinin Prensipleri" Adlı Eseri Bağlamında Ahlakın Oluşumu, *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.7, S. 4, 2018, s. 719.

¹¹ BOLAY, Süleyman Hayri, *Felsefeye Giriş*, Akçağ Yayınları, Ankara, 2007, s.59.

¹² ÇUHADAR, Cengiz, COŞAR, Hakan, *İslam Ahlak Esasları ve Felsefesi*, "Ahlak ve Temel Ahlaki Kavramlar", Editör: Erdoğan, İsmail, Demirpolat Enver, Lisans Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.12.

¹³ ÖZTAN, Bilge, Ozanemre Yayla Hatice Tolunay, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas Ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım, 2017/3 Ankara Barosu Dergisi, s.197-225, s. 207.

¹⁴ HELLER, Agnes, *Bir Ahlak Kuramı*, (Çev. A. Yılmaz-K. Tütüncü-E. Demirel), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2006, s.84.

¹⁵ YAMAN, Ahmet, "Kur'an'da Yaşamın Arka Planı Olarak Ahlak", *Marife*. Yıl. 6, Sayı. 1, Bahar 2006, s. 42.

¹⁶ MILL, John Stuart, "Introductory," *On Liberty*, London: Longman, Roberts & Green, 1869, Yeniden Basım: New York: Bartleby.Com, 1999.

¹⁷ LUKES, Steven, *Bireycilik*, Bilim ve Sanat Yay., Ankara, 2006, Bölüm 18, s.141-155.

Gündelik hayatta etik ve ahlak sözcüklerinin belki de kökenlerindeki ortaklıktan kaynaklanan sebeplere binaen üzerinde fazla düşünülmezsizin birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir.¹⁸

Eski Yunanca'daki ethos (veya ethicos) sözcüğünden türetilmiş olan etik, kelime anlamı olarak alışkanlık, töre, görenek manalarına gelmektedir.¹⁹ Etik, insanlara ait değerleri, normları, fiilleri, iyi-kötü veya doğru-yanlış gibi ahlaki açıdan ne olduğu ve ne olması gerektiği bakımından araştıran bir felsefe disiplini.²⁰

Ahlakın problemleri daha ziyade bireysel düzeyde ve belli bir karar alma anına özgü problemlerken, etiğin problemleri daha evrensel mahiyettedir. Bir davranış ahlaki açıdan ve uygulama bakımından iyi ve doğru ise etik açıdan da kusursuz kabul edilebilir.²¹ Ahlaka ihtiyaç duyan modernliği etkisiz hale getiren yine modernliğin kendisi olmaktadır. Çünkü toplumsal ve bireysel anlamda etkili olabilmesi için ahlakın ihtiyaç duyduğu otoriteyi ona verememiştir.²²

Nesnel temellere dayalı evrensel bir etik, pratik olarak imkânsızdır.²³ Farklı dünya görüşlerine, dinsel inançlara sahip insanlardan müteşekkil modern toplumlarda, sosyo-kültürel, düşünsel bakımdan hızlı ve yoğun değişimler görülür. Toplumsal yapıda meydana gelen ahlaki sorunların çözümüne yönelik olarak herkesin kabulleneceği temel ahlak ilkeleri üzerinde bir uzlaşmaya ihtiyaç duyulurken, bu şekilde oluşturulan ahlaki ilkelerin somut hayat şartlarında ne kadar geçerli olabileceğinin de eleştirel bir sorgulamaya tabi tutulması gerekmektedir.²⁴

I. TOPLUMSAL NORMLAR İLE AHLAK KURALLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Toplumsal normlar, toplumsal değerler, bir anlamda ideal davranış kuralları olarak insan tutum ve davranışlarını yönlendiren ahlaki inançlar, toplum tarafından onaylanan ve onaylanmayan ortak davranış kuralları olarak tanımlanabilir.²⁵ Sosyal düzen kurallarından gerek etik kurallar gerekse yasal düzenlemeler, toplum hayatında var olan çeşitlilik, farklılık ve değişkenliklerden ziyade benzerliği esas alınarak oluşur.²⁶ Günümüzde devlet tarafından konulan ve korunan hukuk kuralları dışında sosyal düzeni sağlayan kurallar olarak ahlak kuralları, dini kurallar ve örf-adet kuralları bulunmaktadır.

Sosyal düzen kuralları arasında değerlendirme yapılırken ahlâkî müeyyidenin içsel yönünün daha kuvvetli olması, dış etkisinin nispeten az olması, ahlak kurallarının

¹⁸ KARAKOÇ, Yusuf, Hukuk - Etik ilişkisi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" Sempozyum İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler / 2, 2010, s. 92

¹⁹ TUNCAY, Aziz Can, Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları, Genişletilmiş 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 2.

²⁰ KUÇURADİ, İoanna, (1988) Uludağ Konuşmaları. Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, s. 34.

²¹ PIEPER, Annemarie. (1999) Etiğe Giriş. Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 148.

²² POOLE, Ross, Ahlâk ve Modernlik (trc. Mehmet Küçük), İstanbul 1993, s. 9-10.

²³ BAUMAN, Zygmunt, Postmodern Etik, Ayrıntı Yayınları, (Çev. Alev Türker), İstanbul 2016, s.16-20.

²⁴ PIEPER, Annemarie. (1999) Etiğe Giriş. Ayrıntı Yayınları, İstanbul, s. 20,148.

²⁵ YÜKSEL, Mehmet, Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk, Hacettepe HFD, 5(1) 2015, s.19.

²⁶ NUTTALL, Jon, Ahlak Üzerine Tartışmalar, (Çev. Abdullah Yılmaz), İstanbul, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011.

ihlâli durumunda buna gösterilen reaksiyonun ölçülememesi ve ahlak kurallarının uygulanmasındaki değişkenlik toplumsal yaptırımların kusurları arasında sayılır.²⁷

A. Ahlak –Din İlişkisi

Hukuka aykırı davranışları önlemede, hukuk kuralları yanında dini inançlara sahip kişilerin inandığı değerlerin de etkisi bulunmaktadır.²⁸ Dini literatürde hem madde hem de mana ölçüğünde bütün güzellikleri ve erdemleri ifade eden "fitrat", ahlak ve hukuk denilen iki değer düzeniyle dengelenmeye çalışılmıştır.²⁹ İnsan temel erdemlere sahip olarak yaratılmış, ona iyi-kötü bilgisi verilmiş ve bunlar arasında tercihte bulunma yetkisi tanınmıştır.³⁰ İslam dini açısından din, doğru ve yanlış belirlenir, ahlak onun bir hayat formu haline tahvil edilerek kalıcı davranışlar haline dönüşmesini sağlar. Ahlakın hukuka önceliği vardır. Zira hukuka ruh veren ahlaktır. Ahlak ruhun kuvvet kazanmasıdır.³¹ Entelektüel anlamda ahlaki yozlaşma Kur'ândaki "fesad" kavramı ile ifade edilmektedir.³²

Hz. Peygamber (s.a.v.), "İman açısından müminlerin en kâmilisi, ahlakı en iyi olandır",³³ "Ben ahlaki erdemleri tamamlamak için gönderildim",³⁴ "İyilik ahlak güzelliğidir, günah ise (kişiyi) huzursuz eden ve başkalarının bilmesini istemediği şeydir"³⁵ buyurmuştur.

Hazreti Peygamber, kişiler arasında ihtilafın çözülmesine yönelik olarak başvurulan yargı makamınca verilen kararlarla ilgili olarak adaletin orta yolu belki de asgari standardı sağlamaya hizmet ettiğini, dış görünüşe göre hüküm verilmesi bakımından bununda ötesinde ihtilafı çözmeye yönelik verilen nihai karara rağmen birinin diğerine fazla bir hakkı geçtiyse onu iade etmesini tavsiye buyurmuştur.³⁶ Dini kurallar, ahlâk kurallarının toplumsal bilince dönüştürülmesinde önemli bir fonksiyona sahiptir.³⁷

Ahlakı kişinin dini neticesinde ortaya çıkan faaliyetlerinin açıklaması olarak gören nazariyeler de mevcuttur.³⁸ Ancak herhangi bir din özelinde ahlak tasavvurlarının tek bir yaklaşıma indirgenmesi de mümkün değildir.³⁹

²⁷ MACİD, Fahri, İslam Ahlak Teorileri, (Çev. A. Arkan, M. İskenderoğlu), İstanbul, 2004.

²⁸ DÖNMEZ, İbrahim Kafi, Müeyyide Kavramı, TDV Ansiklopedisi, C.31, s.486-489.

²⁹ YÖRÜK, Abdulhak Kemal, Hukukun Umumi Prensipleri, İstanbul 1949, s. 22-26; Çağıl, Orhan Münir, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1963, s. 52; Killoğlu, İsmail, Ahlak-Hukuk İlişkisi, İstanbul 1988, s. 325 vd.

³⁰ Bkz. Şems Süresi, 91/8-10.

³¹ TOPÇU, Nurettin, Var Olmak, Dergâh Yayınevi, 1997, s. 90.

³² KÖSE, Saffet, Hukuk mu Ahlâk mı?, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.17, 2011, s.48.

³³ Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, 2/250, 5/ 89.

³⁴ Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, Müsned, 2/381.

³⁵ Müslim, "Birr", 14, 15; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, 4/182, 227, 228; 5/251, 252, 256.

³⁶ "Siz bana aranızdaki anlaşmazlıklar sebebiyle davaya geliyorsunuz. Belki bazınız delilini diğerinden daha iyi ifade eder (Bu sebeple ben de onun lehine hükmedebilirim). Ben kimin lehine (onun sözünü dikkate alarak) kardeşinin hakkından bir şey hükmetmiş isem, ona ancak ateşten bir pay vermişimdir. Sakin o hükümle verdiğim bu payı almasın." Buhârî, "Şehadât", 28, "Hiyel", 10, "Ahkâm", 20.

³⁷ DÖNMEZ, İbrahim Kafi, Müeyyide Kavramı, TDV Ansiklopedisi, C.31, s.486-489.

³⁸ LEV N. Tolstoy (ö. 1910), Din Nedir, (tre. Murat Çiftkaya), İstanbul 1995, s. 67-93.

³⁹ FAHRİ, Macid., İslam Ahlak Teorileri, (Çev. A. Arkan, M. İskenderoğlu), İstanbul, 2004.

Kilise hukuku, inanç ve ahlakından esinlenmekle birlikte hiçbir zaman vahye dayanmamıştır.⁴⁰ Hukukun değersizliği, hayatın tanzimini seküler devlete terk ve ferde münhasır bir ahlak anlayışını benimseme, günümüze kadar Hıristiyan fert ve cemaatlerin genel seyrini belirleyen bir çizgi ortaya koymuştur. Protestanlığın ortaya çıkışından sonra 16 ve 17. yüzyıllarda ortaya çıkan diğer mezhepler ve mezhep niteliği taşımayan hareketler, Hıristiyan Batı medeniyetinin başlangıcından beri var olan değerler, çokluğunu sürdürerek insan hayatını birbirinden ayrı kesitler halinde ele alan modern etik ve hukuk anlayışlarının öncüsü olmuştur. Ahlak ve hukuk birbirinden ayrılıp, hukuk devletin tekelinde bir alan olarak tanımlanmıştır. Artık fertlerin de ailede ayrı, iş ve meslek hayatında ayrı, siyasette ayrı birer ahlakları bulunmaktadır.⁴¹

Tanrı ile yaptıkları sözleşme dolayısıyla Yahudilerin, tabii içgüdülerine ve nefislerine teslim olmayıp tayin edilmiş “ahlaki kurallara” uymayı kabullenmiş olduğu ileri sürülmektedir.⁴²

B. Ahlak-Örf-Adet Kuralları İlişkisi

Örf; akliselimin iyi gördüğü şey, adet ise itiyad edilen, işlenegelen şey demektir.⁴³ Bir uygulamanın örf ve adet kuralı haline dönüşebilmesi için o toplum içinde uzun süredir uygulanıyor olmalı, toplumda kurala uyulması ile ilgili ortak bir inanç oluşmalı ve kuralın ihlali durumunda toplumun ihlali yapan kimseyi dışlayacağı konusunda bir inancın olması gerekir.⁴⁴

Örf ve adet kuralları ile aynı anlam ve kapsama sahip olduğu ileri sürülemeyecek olan idari teamüller ise; idarenin işlem ve eylemlerinde idare tarafından benzer durumlar karşısında benzer uygulamaların tekrar edilebileceği süreklilik arz eden, idari işlem ve eylemden yararlananların ve de idarenin bizzat kendisinin uyması gerektiği konusunda ortak bir kanaat oluşan idari uygulamalardır. Danıştay bazı idari teamüllerin varlığını kabul etmekte ve bunları kanunlara eşit değerde görmektedir.⁴⁵ Kamu yararına, özgürlüklere ve ahlaka aykırı olan örf ve adetler hukukun kaynağı olamaz.⁴⁶ Ahlak kuralları bir yönüyle örf adet kurallarına dayanır.

Örf ve adet kuralları ceza hukukunda doğrudan kaynak olarak kabul edilmez. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği örf ve adet kuralları ile suç oluşturulamaz ve ceza verilemez. Olsa olsa kanun hükümlerinin yorumlanmasında yardımcı kaynak olabilir.⁴⁷

⁴⁰ DAVID, René, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri (trc. Argun Kötel), İstanbul 1985, s. 425, BAŞOĞLU, Tuncay, Hıristiyan Hukuku, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2007, S.9, s.29,31,33,64.

⁴¹ BAŞOĞLU, Tuncay, Hıristiyan Hukuku, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2007, s. 9, 25-66. S. 49, 64.

⁴² BENHABİB, Şeyla, Buhran Çağında Haysiyet: Zor Zamanlarda İnsan Hakları, Çev. Barış Yıldırım, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 53

⁴³ BERKİ, Ali Himmet; Hukuk Mantığı ve Tefsir, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik TAO, Ankara 1948, s.95-96.

⁴⁴ ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.99 vd.

⁴⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s.37

⁴⁶ YASİN, Melikşah, Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s.34,37.

⁴⁷ KAYAR, İsmail-Üzülmez, İlhan, Hukukun Temel Kavramları, Detay Yayıncılık, 2010, s. 5,54.

II. AHLAK KURALLARI İLE HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

İnsanlar, söz ve fiillerinin yasal ve ahlaki sonuçlarının başkaları ve kendileri üzerindeki etkisini değerlendirebilme kabiliyeti sayesinde, doğru eylem tarzını seçme imkânına sahiptir.⁴⁸

Teoride objektif iyi-hayır düzeni olarak hukuk, sübjektif iyi-hayır düzeni olarak ahlak öngörülüyorsa da, ahlak-hukuk ayırımından kesin hatlarıyla bahsetmek pek mümkün değildir. Hukuk düzeninin sağlamaya çalıştığı adalet, hakkaniyet, düzen, emniyet, eşyayı ve mülkiyeti koruma vb. değerler aynı zamanda ahlakı da ilgilendiren değerlerdir. Aslında bir çok hukuk kuralının temelinde ahlak kurallarının olduğu söylenebilir.⁴⁹ Hukuk bir anlamda, ahlakın öngördüğü soyut ilkeleri somutlaştıran bir özelliğe sahiptir ve ahlaka aykırı bir hukuk kuralının toplum tarafından benimsenmesi beklenmemelidir. Ahlak kuralı, hukuk kuralına dönüşemediği durumlarda dahi hiç değilse tabii bir gereklilik olarak dikkate alınması gerekir.⁵⁰

Karşılıklı iletişim içinde olduğumuz bir yığın insanla birlikte yaşamamıza rağmen⁵¹ nasıl davranılacağına dair oluşturulmuş mükemmel bir kılavuz hiç bir zaman olmamıştır⁵² Bu nedenle modern yasa koyucular ve düşünürler ahlakın tasarlanarak insan davranışına sokulması gerektiği bir şey olduğunu hissederek, her şeyi kapsayıcı bir etik oluşturmaya çalışmaktadırlar. Zira insan özgür iradesi, kontrol edilemediği takdirde ahlaksızlığın kuyusunda dolaştığı varsayımı, yasa koyucuların uygulamalarında hüküm sürmektedir. Ancak kişinin ahlak alanında norm koyucu iradesinin sınırsız ve keyfi olduğu düşünülmemelidir. Aksine bu irade de yüksek objektif değerler ile sınırlıdır.⁵³

Hukukun gücü, kişilerin vicdanlarının kabulüne bağlıdır.⁵⁴ Ahlakın düzenleme alanı hukuka kıyasla daha kapsamlıdır.⁵⁵ İlişkilere derinlik kazandıran ahlaktır.⁵⁶ Hukuk ile ahlakın ortak niteliklerinden bir tanesi de “olması gereken alanına” ilişkin meşruiyet inşa etme çabasıdır. Ahlaki değerlere dayanmayan hukuk, hakkaniyete dayalı bir yükümlülük anlayışı geliştiremez.⁵⁷ Bir hakkın kullanımını engellemesi bakımından toplumsal baskı aracına dönüşen ahlak algısı, toplum nezdinde olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir.⁵⁸ Hukuk asgarî ahlaktır.⁵⁹ Kanun asgari düzeyde ortalama insan ilişkilerini düzenler.⁶⁰ Ahlak, amaç olarak ferdî ruhun en yüksek idealini ararken hukukun

⁴⁸ LUKES, Steven, Bireycilik, Bilim ve Sanat Yay., Ankara, 2006, Bölüm 18, s.141-155.

⁴⁹ ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, 1988, s.23.

⁵⁰ RIPERT, “Medenî Vecibelerde Ahlâk Kaidesi” (Trc. Abdülhak Kemal), DFHFM, IV/28 (1927), s. 456.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt, Postmodern Etik, Ayrıntı Yayınları, (Çev. Alev Türker), İstanbul 2016, s.11-21.

⁵² HANS, Jonas, Philisophical Essays: From Ancient Creed to Technological Man (Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1974), s.176.

⁵³ KILIÇ, Muharrem, Hukuk-Ahlak İlişkinin Temellendirilmesi ve Ayırım Kriterlerinin Analizi, s. 598.

⁵⁴ PAUL, Cuhe, “Hukuk Felsefesi Konferansları”, AÜHFD, V/I-4 (1948), s.403.

⁵⁵ HATEMİ, Hüseyin, Hukuka Ve Ahlaka Aykırılık Kavramı Ve Sonuçları, İstanbul, 1976, s.27.

⁵⁶ KÖSE, Saffet, Hukuk mu Ahlâk mı?, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.17, 2011, s.29.

⁵⁷ KILIÇ, Muharrem, Hukuk-Ahlak İlişkinin Temellendirilmesi ve Ayırım Kriterlerinin Analizi, s. 598.

⁵⁸ KÖSE, Saffet, Hukuk mu Ahlâk mı?, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.17, 2011, s.30.

⁵⁹ YÖRÜK, Abdülhak Kemal, Hukuk Felsefesi Dersleri, İstanbul 1958, s.160, 166.

⁶⁰ İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1980, s.16, BERDYAEV, Nikolay, İnsanın Yazgısı, (Çev. Hüsamettin Arslan), İstanbul, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2012, s.110-116.

gayesi toplum düzenini sağlamaktır”⁶¹ Ancak konuya ideal anlamda bakıldığında, adalet kavramının ahlaktaki iyi kavramıyla olan bağı ve her ikisinin iyi olanın peşinde olması sebebiyle, hukuk ile ahlak arasında bir amaç birliğinin olduğu görülür. Aynı zamanda hukuk, sadece kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlemekte ve insanın somut vicdani kararlarıyla belirlenecek olan davranış biçimlerini kapsamına almamakta, bireylerin ahlaka uygun özgürce eylemde bulunabilecekleri kararlar verebilmelerine olanak sağlayacak özgür bir ortam hazırlayarak, ahlakın gerçekleşmesini mümkün kılmakta ve bu alanı koruması altına almaktadır.⁶²

Ahlakın doğrudan hukuk normu olarak düzenlenmesi, ahlaki bir emrin veya yasağın kanunlaştırılması suretiyle olur. Hukukun ahlaka atıf yapması ise kanunun somut bir durumda boşluk içermesi durumunda söz konusu olabilir.⁶³ Hukuk ve ahlak ilişkisi inkâr edilemez bir kapsamda olup bu da hukukun tesisinde adalete yönelmenin gerekliliğidir ki bundan hukukun ahlaki karakteri olarak bahsedilebilmekte ve yüksek ahlaki değerleri taşıyan bir norm ancak hukuk olabilmektedir.⁶⁴

Ahlak kuralları kişinin kendine ve topluma karşı yükümlülüklerini içerirken hukuk kuralları kişinin diğer kişilere karşı yükümlülüklerine ilişkindir.⁶⁵ Heteronom olan hukukun dışa, düşüncenin dış görünümüne, yani davranışlara yönelik ve sorumlu olunan makamın dışa (devlet) olmasına karşın, otonom olan ahlakın içe, yani iç düşünceye yönelik olup sorumlu olunan makam da içte, yani vicdandır.⁶⁶ Hukuk normunun daha belirgin ve sade olmasına karşılık ahlakın bireysel ve kişiden kişiye ve toplumdan topluma değişen bir nitelik taşıması ve hukuka oranla daha karmaşık bir yapıda bulunmasıdır.

Bir toplumun oluşması ve sağlıklı bir biçimde islemesinde salt maddi değerlerin değil, manevi değerlerin de pay sahibi olması hasebiyle⁶⁷ hâkim çoğunluğun benimsediği ahlak kurallarına değer vermek zorundadır.⁶⁸ Ahlaka uygunluğun belirlenmesinde dürüst, akıllı, vicdanlı ve normal zekâyâ sahip kimselerin ve belli bir zaman diliminde toplumun genelinin benimsediği edep ve ahlaki anlayışları ölçüt olarak kabul edilecektir.⁶⁹ Toplum tarafından benimsenmemiş kuralların dayatmacı bir usulle uygulanmaya çalışılması reaksiyona yol açar. Ahlaka mugayir olarak yapılan hukuki işlem

⁶¹ ERVEDİ, Ezel – KARA, İsmail, Ahlâk, İstanbul 2005, s.175.

⁶² BULUT, Nihat, Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, IV(1-2), 29-47.

⁶³ YILDIZ, Abdulkadir, Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki, Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı, Editörler: Nihat Erdoğan, Ömer Torlak, Kübra Bilgin Tiryaki, İGİAD Yayınları, 2018, s. 356.

⁶⁴ YILDIRIMER, Ş. (2015). Tabii Hukuk Teorisi Bağlamında Hukukun Etik Karakteri Ve Etik (Meriyeti) Geçerliliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 73(1), 249-258, s.250.

⁶⁵ KAYAR, İsmail-Üzülmez, İlhan, Hukukun Temel Kavramları, Detay Yayıncılık, 2010, s. 15.

⁶⁶ ÖKTEM, Niyazi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları., İstanbul, 1999, s.65.

⁶⁷ BULUT, Nihat, Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, IV(1-2), s.32.

⁶⁸ HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, s.102,103.

⁶⁹ TEKİNAY, AKMAN, BURCUĞLU, ALTOP, Borçlar Hukuku, 1973, s.398, Anayasa Mahkemesi'nin 01.04.2015 tarih ve E:2014/118, K:2015/35 Sayılı Kararı.

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/35?Donemler_id=2&EsasNo=2014%2F118&KararAramaRaporu=1&KararNo=2015%2F35, Erişim tarihi, 14.08.2020.

ve fiilleri batıl kabul eden veya müeyyideye bağlayan hukuk kuralları da ahlak temelli düzenlemelerdir.⁷⁰

Anayasa Mahkemesi'ne göre ahlak, belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve fertler tarafından da kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır.⁷¹ Genel ahlakın nitelikleri, evrensel bir olgu olan demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde uluslararası kıstaslar da göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

III. ÖZEL HUKUKTA AHLAK KURALLARININ UYGULAMA ALANI

Özel hukukta yürürlükteki bazı kanuni düzenlemelerin temelinde doğrudan ahlak kuralları bulunmaktadır. Borçlar Kanununun 27 inci maddesinde ahlaka aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu, Kanununun 49 uncu maddesinde başkasının canına ve malına zarar vermemeyi emreden hukuk kuralları yani ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu, Kanununun 81 inci maddesinde hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceği, Türk Medenî Kanunu 23 üncü maddesinde düzenlenen kimsenin özgürlüğünün hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlanamayacağı, Kanununun 47 nci maddesinde amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı, 4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinde düzenlenen iş akdinin işveren tarafından ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sebebiyle feshine ilişkin düzenlemeler ve daha birçok hukuki düzenlemenin referans noktası hep ahlaktır.

Önceden uygulanmakta olan hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan kuralları, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra uygulanması mümkün değildir. Bu husus 8/12/2001 tarih ve: 246007 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun kamu düzeni ve genel ahlâk başlıklı 2 nci maddesinde de açıkça belirtilmiştir.

Ahlak ifadesi içinde geçmese de özel hukuktaki sebepsiz zenginleşme, ahde vefa prensibi, aşırı ifa güçlüğü adı altında hâkimin sözleşmeye müdahalesi vb. durumların da kökeninde yine ahlaki prensipler yattığı söylenebilir. Bir sözleşmede güçlüye karşı zayıf tarafın korunması, sözleşmenin kuruluşunda tarafların öngördüğü dengenin bozulması durumunda, denkleştirici adalet gereği taraflar arası eşitliğin yeniden inşasının sağlanması devletin görevidir.⁷² Örneğin içinde ahlaka aykırılıktan bahsedilemese dahi niteliği gereği gabinle ilgili olarak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimler arasında açık bir oransızlık varsa ve bu sonuç zarara uğrayan tarafın eski kanundaki ifadesiyle “müzayaka”, “hiffet” ve “tecrübesizlik” hallerinden yararlanmak suretiyle elde edilmişse hukuki işlemde sömürü olduğuna delalet etmekte ve bu sözleşme hukuka aykırı kabul edilmektedir. Özel hukuktaki birçok hukuki düzenlemenin içeriğinde ya doğrudan ya da dolaylı olarak ahlaka aykırılığın izleri görülmektedir. Burada yeri

⁷⁰ ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, 1988, s.24.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin E: 1963/128, K: 1964/8 Sayılı Kararı, AMKD, C.I, S.2, s.38.

⁷² OLGAC, Senai, Hukuk Davalarında Gabin Hata - Hile - İkrahl İzahlar İçtihatlar, Olgaç Yayınları, 1975, s.9.

gelmişken Medeni Kanun'da düzenlenen ve Kanunun neredeyse tümüne sâri, ahlak kurallarından münbit iki ana düzenlemeden hususen bahsetmek yerinde olacaktır.

A. Dürüstlük Kuralı

Türk Medeni Kanunu 2 nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile kişilerin, haklarını kullanırken ya da borçlarını yerine getirirken dürüst, namuslu, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen, en azından orta zekâlı bir kimsenin benzer olaylardaki davranışı gibi hareket etmelerini sağlamak⁷³ amaçlanmaktadır.

Hukuk sistematigi içinde dürüstlük kuralının uygulanması ile ilgili olarak bu kuralın ikincil nitelikte uygulanması gereken bir kural olduğu göz önünde bulundurularak öncelikle olaya uygulanması gereken özel kanun hükmü araştırmalı, bu hükmün uygulanması sonucu eğer adalet duygusuna aykırı bir sonuç doğuyorsa ancak o zaman dürüstlük kuralına başvurulmalıdır. Aksi durumda bu kuralın çok sık uygulanması hukuki güvenliği ortadan kaldıracaktır.⁷⁴

Türk Medeni Kanunu 2 nci maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı ile hukuk düzeni tarafından bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının korunmayacağı ifade edilmiştir. Bir hakkın açıkça dürüstlük kurallarına aykırı olarak amacı dışında kullanılmış olması, hakkın kullanılmasının hak sahibine sağladığı menfaat ile başkalarına verdiği zarar arasında aşırı bir nispetsizlik bulunması halinde kötüye kullanılan hakka dayalı talep ya da savunmaları kabul edilmeyecektir. Bir hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığının tespitinde her olay kendi koşulları içinde değerlendirilir. Failin "kusurlu olması" ve özellikle diğer tarafa "zarar verme kastı ile" hareket etmiş olması zorunlu olmayıp⁷⁵ yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen araştırılır.

Türk Medeni Kanunu 2 inci maddesinde düzenlenen ve herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu düzenlemesi ve Kanunun 3 üncü maddesinde düzenlenen iyiniyete hukukî bir sonuç bağlandığı durumlarda iyiniyetin varlığının asıl olduğu ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı, Türk Medeni Kanunu 175 inci maddesinde taraflardan birinin, sözleşmede öngörülen koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa koşul gerçekleşmiş sayılacağı, taraflardan biri koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa koşul gerçekleşmemiş sayılacağı düzenlemesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55 inci maddesinde dürüstlük kuralına aykırı davranışlar başlığı altındaki fiillere ilişkin düzenlemesinin de kökenin ahlak kuralları ile örtüştüğü söylenebilir.

B. İyi Niyet Kavramı

Hukuki ilişkide hakkı kazanacak olan ya da iradesi hukuki sonuca yönelik bulunan kişi iyi niyetin aranacağı kişidir. Bir hakkın ya da hukuki sonucun doğmasına engel olan

⁷³ İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş, 1980, s.310.

⁷⁴ OĞUZMAN, M. Kemal. Dürüstlük Kuralına (MK.2) Başvuru Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi (Prof. Dr. YAŞAR KARAYALÇIN'a 65'inci Yaş Armağanı, 1988, s.408.

⁷⁵ ACEMOĞLU, Kevork, Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkeme Kararları (İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1967, C.1, S.1, s.149-153.

bir nedenin varlığını bilmeme ve bilmesi de gerekmemeye iyiniyettir. İyiniyet hakkın doğumu anında ya da hakkın doğumunu sağlayan işlemten itibaren belirli bir süre boyunca aranabilir. Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.⁷⁶

IV. KAMU HUKUKUNDA AHLAK KURALLARININ UYGULAMA ALANI

Klasik anlayış, genel ahlakı kamu düzeninin bir unsuru olarak saymayı reddederken modern anlayış bunu reddetmemekte hatta bazı durumlarda kamu düzeninin bir parçası olarak kabul etmektedir. Ahlak kurallarına benzer şekilde örf-adet hukukunun idare hukukunun geçerli bir kaynağı olamayacağı, ancak kanunda bu konuda örf ve adet hukukuna yapılmış bir yollama varsa ancak o zaman kaynak oluşturabileceği ileri sürülmektedir.⁷⁷

Genel ahlaka dair gerek ülkemizde gerekse dünyadaki demokratik devletlerin Anayasalarında düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasanın 20, 21, 22,28, 31, 33, 34, 51, nci maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetler genel ahlak sebebiyle ve kanunla sınırlanabilecektir.

İnsan hakları bakımından devletin müdahale yetkisi, ancak toplumun ortak ahlaki değerlerinin oluşturduğu maddi düzenin korunmasına yönelik olmalıdır. Aksi durumda devlet, kişilere manevi alanda davranış kuralları göstermeye kalkar ve düşünce ve eylemleri ahlak kuralları açısından denetlemeye kalkarsa, insan haklarını kullanılamaz hale gelir.⁷⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9 uncu maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, 10 uncu maddesinde ifade özgürlüğü, 11 inci maddesinde ise toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü düzenlemektedir. Fakat Sözleşme çerçevesinde bu hak ve özgürlükler, doğal olarak bazı nedenlere dayanılarak sınırlanabilirler. Bunlardan birisi de genel ahlaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmeci her devletin, demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekli şeyler hususunda farklı yaklaşımlara sahip olabileceğini kabul etmekte ve her Sözleşmeci devlete kendi ülkesinin koşulları altında ahlaka dair kendi yaklaşımını belirleme imkânı tanımaktadır.⁷⁹

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı “iyi yönetim isteme hakkı”nı düzenleyen 8,41 ve 42 inci maddelerinde iyi ahlâklı bir idarenin nasıl davranması gerektiği hususu düzenlenmektedir.⁸⁰ Buna göre birliğe üye devletlerin vatandaşları, idarenin vermiş olduğu zarara ilişkin olarak henüz dava açmadan idarenin meydana gelen zararları ödemesi, ahlak temelli bir davranış olacaktır. Ayrıca Avrupa Komisyonu, personelinin

⁷⁶ ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, 1988, s.120-125.

⁷⁷ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 2016, s.579.

⁷⁸ BULUT, Nihat, Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, IV(1-2), s.33.

⁷⁹ DOĞRU, Osman, İnsan Hakları-Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, Kazancı Yayınları., İstanbul, 1994, s.51 vd.

⁸⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar: “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası -Good Administration and Code of Good Administrative Behaviour”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, Y.2003, S.1-2, s.145-146.

halkla olan ilişkilerini düzenleyen Avrupa Komisyonu İyi İdarî Davranışlar Kanununu 13 Eylül 2000 tarihinde kabul etmiştir. Kanunda sayılan düzenlemelerin neredeyse tümü ahlak kapsamına girmektedir. Benzer şekilde idare hukukunda ve özellikle kabahat nitelikli ahlaka aykırı fiillere uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. İyi bir yönetim için yönetime ve tabiatıyla kamu personeline idari işlem ve eylemlerin icrasında ahlaki ve etik kurallara uyması gerektiği bilinci aşılmalı, idare ilgililerinin dava açmasını beklemeden hukuka aykırı işlemi geri almalı, düzeltmeli, kaldırmalıdır.⁸¹

Türkiye’de 2004 yılında kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetmek gibi etik davranış ilkelerini düzenleyen ve bu davranışlara uymaya işlerlik sağlayacak kurulun oluşumuna dair 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile bu kanunun uygulanmasına yönelik olarak 2005 yılında da Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik kabul edilmiştir.

Gerek özel hukuk gerekse kamu hukukunun uygulanmasına yönelik usul kanunlarında özellikle hâkim ve savcıların, yargı teşkilatında çalışan diğer kamu görevlilerinin, yargılama sürecine katılan bilirkişiler ve sair kimselerin tarafsızlığına halel getirebilme ihtimali olması hasebiyle bu kimselerin artık aralarındaki bağ kalkmış olsa bile yakınları veya hasımlarına ilişkin yargılamalarına katılmalarını engelleyen düzenlemeler ve ihsası rey gibi yargılamadan çekinmeyi gerekli kılan ve yargı mensuplarının uymakla yükümlü oldukları etik kurallara ilişkin düzenlemelerin neredeyse tamamının ahlak kurallarının etkisiyle hukuk sistemine dâhil edilmiş düzenlemeler olduğu söylenebilir.

Dünyada hukuk ve ceza yargılamasında mesleğin icrasına ilişkin bazı davranış normları geliştirilerek bunun sağlanabilmesi amacıyla Bangalor Yargı Etiği İlkeleri bu maksatla geliştirilmiş ve BM’nin 2003/43 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Avrupa Konseyi’nin Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi bu ilkeleri Bakanlar Komitesi’ne tavsiye etmiş, savcılar için ise 2005 yılında Avrupa Savcılar Konferansı’nda kabul edilen Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları Budapeşte İlkeleri bu alanda yapılmış düzenlemelerin bir kısmını oluşturmaktadır.⁸²

Ahlak, suç ve ceza kavramlarının birebir örtüşmesi beklenemese de hukuk ve ahlak ilişkisinin çok güçlü olduğu alanlardan biride suç ve ceza hukukudur.⁸³ Bir anlamda cürüm, kötü ve insan kalbindeki ahlaki duyguları yaralayan ahlaken de reddedilmiş yani gayri ahlaki, adalete zıt fiil ve hareketlerdir.⁸⁴ Buna göre ahlakla ters düşmeyen eylem suç olmamalı ve yalnızca ahlaka aykırı eylemler cezalandırılmalıdır.⁸⁵

⁸¹ ODYAKMAZ, Zehra-GÜZEL, Oğuzhan, İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s.19-55. s.24.

⁸² TEPE, Harun, ‘Yargı Etiği’ ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?, Hacettepe HFD, 7(1) 2017, 85-96, s.91.

⁸³ ÖMEROĞLU, Ömer, Suç ve Ahlak, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s.7.

⁸⁴ CESARE, Beccaria, Suçlar ve Cezalar Robert Badinter’in Önsözünüyle (Çev. Zuhul Özbayrak), Çağdaş Hukukçular Derneği, Ankara, 2003, s. 59-61.

⁸⁵ ESKİCİ, Beyza, Cesare Beccaria’nın Suç ve Ceza Felsefesi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2016, s. 60-69.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla ülkenin sosyo-kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir.⁸⁶

Her suçun aynı zamanda ahlaki yönden insanı etkileyen yönü olsa da özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve bilhassa çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı amaçlayan suçların yasaklanmasına yönelik yasal düzenlemelerin ahlak ile yakın ilişkili olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşulları gözeterak cinsel istismar suçunu; suçun unsurlarını, işleniş biçimini, çocuğa ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır.

Mer'i yasadan önce yürürlükte olan 765 sayılı Kanun'un "Cürümler" başlıklı İkinci Kitabının "Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhine cürümler" başlıklı Sekizinci Babında yer alan cinsel suçların başlığında da bu etkiyi görmek mümkündür. Hatta bu neviden suçları işleyen kimselere verilen cezaların infazı esnasında da mahkûmların kendi aralarında suçları kategorize ettiği ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçları işleyen kimseleri kendi aralarına almak istemeyip dışladıkları, diğer suçluların bu türden suçları işleyen kimselerle aynı ortamda kalmak istemedikleri görülmektedir.

Her ne kadar olması arzu edilmesi dahi savaş hukukunda bile evrensel bir takım ahlak kurallarının egemen olduğu söylenebilir. Savaş meydanlarında ölümlerin kaldırılması için ateşkes ilan edilmesi, elinde silahı olmayan yaşlı, çocuk ve kadınların öldürülmelerinin yasak olmasına yönelik ilke ve düzenlemelerin ahlaki prensipler ile ilişkili olduğunu söylemek mümkündür.

SONUÇ

Günümüzde insanlar ne ahlaki değerleri korumaya ne de ahlaki ideallere ulaşmaya teşvik edilmektedir. Her zemin ve zamanda iyi bir toplumun, yeterli zaman ve iyi niyet olduğu takdirde inşa edilmesi mümkündür. Ancak, ahlaki davranışın garanti edilemeyeceği gerçeği karşısında mükemmel bir insan gibi mükemmel bir toplum hedefine ulaşmanın çoğu zaman mümkün olamayacağını bilincinde olarak insanların yaşamaya alışması gerekir.

Ahlaki değerler olmaksızın bireysel ve toplumsal hayatın belli bir standarda kavuşturulması güçtür. Bireysel ve toplumsal yaşamın insani değere sahip olabilmesi için ahlaki değerlere bağlı olması gerekir. Bireyin ahlaki değerlere sahip olması içinde yaşadığı toplumda uygulanan hukuk kurallarının da güçlenmesine katkı sağlayacaktır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler ve şartlara bağlı olarak toplumun maddi düzenini bozmaya yönelik ahlaki davranışlar ancak ciddi bir tehlike oluşturuyor ve bu tehlike de mutlaka sınırlamaya gidilebilmelidir.

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 26.5.2016 Tarih ve E:2015/108, K:2016/46 Sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S C.2, 53, 2016, s.832.

Hukuk kurallarının ahlaktan ayrılması ve ona aykırı olması mümkün değildir. Hatta hukuk kuralları ile ahlakın birlikteliği zorunludur. Ancak insanın kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi açısından insanın enfüsi ya da afaki yapısından birinin diğeri üzerinde hâkimiyet kurmasının önlenmesi için hukuk ile ahlakın kendi bağımsızlıklarını korumaları zorunludur.

Ahlak, hukukun her alanına nüfuz etmiştir. Yasa koyucu tarafından hukuk kuralları oluşturulurken ahlaki normlar referans alındığı gibi doğrudan ahlak kurallarının norm haline dönüştüğü birçok yasal düzenleme bulunmaktadır. Ahlak kurallarına aykırı düzenlemelerin toplum tarafından benimsenmesi beklenmemelidir. Yasa koyucu tarafından kabul edilen normların toplum tarafından benimsenen, aynı zamanda tecrübeye de dayalı ahlak kurallarına uygun olması normun toplum vicdanında genel kabul görmesi ve sürekliliği üzerinde etkili olacaktır.

KAYNAKÇA

ACEMOĞLU, Kevork: Hakkın Kötüye Kullanılması ve İsviçre Federal Mahkeme Kararları İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1967, C.1, S.1, s.149-153.

AHMED b. HANBEL, Ebû Abdullah Ahmed b. Muhammed: el-Müsned, Dârü'l-Maârif, Kahire, 1955.

AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 37.

AKYILMAZ, Bahtiyar: “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası -Good Administration and Code of Good Administrative Behaviour”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, Y.2003, S.1-2.

ARAL, Vecdi: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

ARSLAN, Ahmet: Felsefeye Giriş, Adres Yayınları, Ankara, 2009.

BAŞOĞLU, Tuncay: Hristiyan Hukuku, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2007, S.9, s.25-66.

BAUMAN, Zygmunt: Postmodern Etik, Ayrıntı Yayınları, (Çev. Alev Türker), İstanbul 2016.

BAYRAM, Selma Aydın: Ahlak Felsefesi (Etik), Felsefeye Giriş, Editör: Murat Arıcı, Nobel Yayınevi, 2019.

BECCARIA, Cesare: Suçlar ve Cezalar Robert Badinter’in Önsözüyle (Çev. Zuhâl Özbayrak), Çağdaş Hukukçular Derneği, Ankara, 2003.

BENHABİB, Şeyla: Buhran Çağında Haysiyet: Zor Zamanlarda İnsan Hakları, Çev. Barış Yıldırım, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.

BERDYAEV, Nikolay: İnsanın Yazgısı, (Çev. Hüsamettin Arslan), İstanbul, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2012.

BERKİ, Ali Himmet: Hukuk Mantığı ve Tefsir, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik TAO, Ankara 1948.

BOLAY, Süleyman Hayri: Felsefeye Giriş, Akçağ Yayınları, Ankara, 2007.

BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail: Sahîhu'l-Buhârî (thk. Mustafa Dîb el-Buğâ), Daru İbn Kesir, Beyrut 1987.

BULUT, Nihat: Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak. Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, IV(1-2), 29-47.

CEVİZCİ, Ahmet: Felsefeye Giriş, Nobel Yayınları, Ankara, 2010.

CUCHE, Paul: “Hukuk Felsefesi Konferansları”, Çev. Hamide Topçuoğlu, AÜHFD, V/1-4 (1948), s.376-424.

ÇAĞIL, Orhan Münir: Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1963.

ÇUHADAR, Cengiz: “Hegel’in Hukuk Felsefesinin Prensipleri” Adlı Eseri Bağlamında Ahlakın Oluşumu, Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.7, S. 4, 2018, s. 719-748.

ÇUHADAR, Cengiz: Coşar, Hakan, İslam Ahlak Esasları ve Felsefesi, “Ahlak ve Temel Ahlaki Kavramlar”, Editör: Erdoğan, İsmail, Demirpolat Enver, Lisans Yayıncılık, İstanbul, 2019.

DAVID, René: Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri (Trc. Argun Köteli), İstanbul 1985.

DOĞRU, Osman: İnsan Hakları-Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1994

DÖNMEZ, İbrahim Kafi: Müeyyide Kavramı, TDV Ansiklopedisi, C.31, s.486-489.

ESKİCİ, Beyza: Cesare Beccaria'nın Suç ve Ceza Felsefesi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 2016, s. 1-115.

ERVEDİ, Ezel /KARA, İsmail: Ahlâk, İstanbul 2005.

FAHRİ, Macid: İslam Ahlak Teorileri, (Çev. A. Arkan, M. İskenderoğlu), İstanbul, 2004.

GÖZLER, Kemal: İdare hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 2016.

JONAS, Hans: Philosophical Essays: From Ancient Creed to Technological Man Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1974.

HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976.

HELLER, Agnes: Bir Ahlak Kuramı, (Çev. A. Yılmaz-K. Tütüncü-E. Demirel), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2006.

İMRE, Zahit: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1980.

KARAKOÇ, Yusuf: Hukuk - Etik ilişkisi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" Sempozyum İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler / 2, 2010, s.91-95.

KAYAR, İsmail / ÜZÜLMEZ, İlhan: Hukukun Temel Kavramları, Detay Yayıncılık, 2010.

KILIÇ, Muharrem: Hukuk-Ahlak ilişkisinin Temellendirilmesi ve Ayırım Kriterlerinin Analizi. İstanbul 2007, s. 585-602.

KILLIOĞLU, İsmail: Ahlak-Hukuk ilişkisi, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İstanbul 1988.

KÖSE, Saffet: Hukuk mu Ahlâk mı?, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.17, 2011, s.15-50.

KUÇURADI, Ioanna: (1988) Uludağ Konuşmaları. Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara. Kur'an-ı Kerim, Türkiye Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 1983.

TOLSTOY, Lev N: Din Nedir, (tre. Murat Çiftkaya), İstanbul 1995.

LUKES, Steven: Bireycilik, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2006.

MACİD, Fahri: İslam Ahlak Teorileri, (Çev. A. Arkan, M. İskenderoğlu), İstanbul, 2004.

MILL, John Stuart: "Introductory," On Liberty, London: Longman, Roberts & Green, 1869, yeniden basım: New York: Bartleby.Com, 1999.

MÜSLİM, Ebü'l-Hüseyin Müslim b. Haccac el-Kuşeyrî en-Nisâburî: Sahîhu Müslim, Beyrut, t.y

NUTTALL, Jon: Ahlak Üzerine Tartışmalar, (Çev. Abdullah Yılmaz), İstanbul, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011.

- OĞUZMAN, M. Kemal: Dürüstlük Kuralına (MK.2) Başvuru Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı, 1988, s.407-415.
- ODYAKMAZ, Zehra / GÜZEL, Oğuzhan: İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s.19-55.
- OLGAÇ, Senai: Hukuk Davalarında Gabin Hata - Hile -İkrah İzahlar İçtihatlar, Olgaç Yayınları, 1975.
- ÖKTEM, Niyazi: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları., İstanbul, 1999.
- ÖMEROĞLU, Ömer: Suç ve Ahlak, Yetkin Yayınevi, Baskı 4, Ankara, 2015.
- ÖZDEN, Hacı Ömer: İslam Felsefesi Tarihi, Bilge Kültür Sanat Yayınları, İstanbul.
- ÖZTAN, Bilge / YAYLA, Ozan Emre / TOLUNAY, Hatice: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas Ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım, 2017/3 Ankara Barosu Dergisi, s.197-225.
- PIEPER, Annemarie: (1999) Etiğe Giriş. Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- POOLE, Ross, Ahlâk ve Modernlik (trc. Mehmet Küçük), İstanbul 1993.
- RIPERT, "Medenî Vecîbelerde Ahlâk Kaidesi" (trc. Abdülhak Kemal), DFHFM, IV/28 (1927), s. 456.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, 1973.
- TEPE, Harun: 'Yargı Etiği' ya da Yargıda Etik: Yargı Nasıl Etik Olur?, Hacettepe HFD, 7(1) 2017, 85-96.
- TOPÇU, Nurettin: Var Olmak, Dergâh Yayınevi, 1997.
- TUNCAY, Aziz Can: Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları, Genişletilmiş 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Türkçe Sözlük, Cilt 1, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara, 1988.
- YAMAN, Ahmet: "Kur'an'da Yaşamının Arka Planı Olarak Ahlak", Marife. Yıl. 6, Sayı. 1, Bahar 2006, s. 41-49.
- YASİN, Melikşah: Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s.29-44.
- YILDIRIMER, Şaban: Tabii Hukuk Teorisi Bağlamında Hukukun Etik Karakteri Ve Etik (Meriyeti) Geçerliliği. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (2015), 73(1), 249-258.
- YILDIZ, Abdulkadir: Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki, Temelleri ve Uygulamalarıyla İş Ahlakı, Editörler: Nihat Erdoğan, Ömer Torlak, Kübra Bilgin Tiryaki, İGİAD Yayınları, 2018.
- YÖRÜK, Abdülhak Kemal: Hukukun Umumi Prensipleri, İstanbul 1949.
- YÜKSEL, Mehmet: Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk, Hacettepe HFD, 5(1) 2015, s.9-26.
- ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, 1988.

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ***Dr. Öğr. Üyesi Bayram DOĞAN ******Arş. Gör. Ali Fuat GEYİK*******Öz**

16.04.2017 tarihli halk oylaması ile kabul edilen ve 6771 sayılı kanunla gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile Türkiye’de parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. 09.07.2018 tarihinde halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının göreve başlamasıyla yapılan değişiklikler bütünüyle yürürlüğe girmiştir. Başkanlık sistemi merkezinde düzenlenen bu yeni Cumhurbaşkanlığı sisteminin kendine özgü yönleri vardır. Bu sistemde kuvvetler ayrılığı ilkesi parlamenter sisteme göre daha katı benimsenmektedir. Ancak kuvvetler ayrılığı ilkesinin etkili olabilmesi devlet organlarının birbirlerini denetleyip sınırlandırabilmesine bağlıdır. Kuvvetler ayrılığı sistemi siyasi iktidarın diktatörleşmesini engellemeye yönelik bir sistemdir. Bu sistemde denge ve denetim mekanizmalarının düzgün kurulmaması veya doğru işletilmemesi bireysel özgürlüklerin zedelenmesine sebep olmaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı sisteminde de devlet organlarının birbirleri ile nasıl bir etkileşimde bulunduğu toplumun çıkarları ve bireysel özgürlükler açısından büyük önem taşımaktadır. Yasama, yürütme ve yargı organlarının nasıl kuruldukları ve birbirleriyle etkileşimleri sistemin temel yönlerini oluşturmaktadır. Meclis seçimleri ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yapısı, Cumhurbaşkanlığı kararnemeleri, Anayasa Mahkemesi üyelerinin atanmaları gibi pek çok husus kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanmasına yönelik düzenlemelerdir. Bu çalışmada da kuvvetler ayrılığı ilkesinin ne olduğu, nasıl ortaya çıktığı ve geliştiği incelenmiş ve daha sonrasında Cumhurbaşkanlığı sistemindeki denge ve denetim mekanizmaları bu ilke doğrultusunda değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hükümet Sistemi, Cumhurbaşkanlığı Sistemi, 2017 Anayasa Değişikliği, Yasama-Yürütme İlişkisi, Kuvvetler Ayrılığı.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 19/10/2020

** Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı

E-Mail: bayramdogan@ksu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-6920-2685

*** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: alifuat.geyik@inonu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-4007-9601

PRINCIPLE OF SEPERATION OF POWERS AT TURKISH PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM

ABSTRACT

Turkey transitioned from a parliamentary system to a Presidential government system with the constitutional amendment accepted by the public vote on 16.04.2017 and implemented by law no. 6771. The changes have fully come into effect upon President starting his duty after being elected on 09.07.2018. This is a new Presidential system with its own unique aspects. In this system, the principle of separation of powers is adopted more strictly than the parliamentary system. Separation of powers is a system to prevent the dictatorship of political power. Failure to properly establish or operate the balance and control mechanisms in this system leads to restrictions on individual freedoms. Therefore, how the branches of the government interact with each other in the Presidential government system is of great importance for the interests of society, and for individual freedoms. How the legislative, executive and judicial bodies are established, and their interactions with each other form the basic aspects of the system. Many issues such as the structure of the parliamentary and Presidential elections, Presidential decrees, and appointment of members of the Constitutional Court are regulations for the application of the principle of separation of powers. This study examines what the principle of separation of powers is and how it has emerged and developed, and evaluates the balance and control mechanisms in the presidential government system under this principle.

Keywords: Government system, Presidential system, 2017 Constitutional Amendment, Legislative – Executive Relations, Seperation of powers.

GİRİŞ

Modern anayasal siyasi sistemlerde kuvvetler ayrılığı ilkesi bireysel hak ve özgürlüklerin sağlanabilmesinin zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Tarihsel süreç içerisinde baskıcı rejimlerin engellenmesi amacıyla ortaya atılan kuvvetler ayrılığı ilkesi günümüzde anayasal devletin olmazsa olmaz bir koşuludur. Egemenlik yetkisinin halktan kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bu sebeple devlet otoriteleri egemenliğin sahibi değil, ancak egemenlik yetkisini kullanmakla görevli organdır. Söz konusu yetkinin hiçbir zaman kişisel çıkarlar doğrultusunda veya toplumun aleyhine kullanılamaması gerekmektedir. Ancak devlet yetkilerinin tek organda toplanması halinde bu yetkilerin kullanımı denetlenemediği için bireysel özgürlüklerin ve toplumun çıkarlarının korunması güvence altına alınamamaktadır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi devlet yetkilerinin farklı organlara bölünmesi suretiyle birbirlerini denetlemeleri ve sınırlandırmaları fikrine dayanmaktadır. Devlet otoritesinin bir dış faktör tarafından denetlenmesi veya kısıtlanması halinde bağımsızlığın ve özgürlüklerin zedeleneceği aşikardır. Bu sebeple devlet yetkilerinin denetlenip sınırlandırılabilmesinin mümkün olduğu tek yol kuvvetler ayrılığı ilkesidir.

Kuvvetler ayrılığı sisteminin uygulandığı ülkelerde devlet yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç erke ayrılmaktadır. İnsan haklarının korunması, toplum çıkarlarının sağlanması ve bireysel özgürlüklerin yerine getirilebilmesi için egemenlik yetkisinin aktif olarak kullanıldığı yasama ve yürütme organları arasındaki denge daha çok dikkate alınmaktadır. Yargı organı toplumun yönetiminde aktif rol almamakta, yasama ve yürütme organının hukuka uygun davranıp davranmadığını denetlemektedir. Devlet organlarının güç dengesi sağlanmadığı takdirde özgürlükler risk altına girecektir. Her bir organının bir diğer organ tarafından sınırlanması ve denetlenmesi keyfi uygulanmaların önüne geçilmesinin tek aracıdır.

Yasama, yürütme ve yargı organlarının birbiriyle etkileşim biçimleri hükümet sisteminin kuvvetler ayrılığı bakımından ne kadar katı veya yumuşak olduğunu belirleyen faktördür. Kuvvetler birbirinden ne kadar ayırık ise kuvvetler ayrılığı sistemi o kadar katı uygulanmış olur. Türkiye’de de 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı sistemine geçiş yapılmıştır. Bu geçişle birlikte “*görünüşte*” daha katı bir kuvvetler ayrılığı rejimi belirlenerek organların birbiri ile etkileşiminde esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ancak seçim sisteminde yapılmayarak aksine yasama ile yürütme erklerinin seçimlerinin beraber yapılması, bütçe kanunlarının yürütme dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılması, Cumhurbaşkanına tanınan yürütmeye ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınması ve Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) ile Anayasa Mahkemesi üyeleri gibi birçok üst düzey atamaların sadece yürütmeye dolayısıyla Cumhurbaşkanına bırakılması kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmayacağı düşüncesiyle eleştirilmektedir. Bu çalışmada öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesinin ne anlama geldiği, nasıl ortaya çıktığı ve geliştiği incelenecektir. Daha sonra Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yer alan, organlar arasındaki fren ve denge mekanizmaları incelenecek, kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda organların birbirleri ile olan etkileşimleri değerlendirilecektir.

I. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ

A. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Kuvvetler ayrılığı ilkesi devlet fonksiyonlarının farklı organlar tarafından yerine getirilmesi, devletin görevlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlanabilmektedir¹. Kuvvet kavramının, literatürde erk, güç, iktidar, yetki, organ kavramlarını ifade ettiği görülmektedir². Devlet erk olarak bir bütündür ve tektir. Ancak devlet fonksiyonlarının kategorize edilip farklı otoritelere dağıtılması mümkündür³. Bu bakımdan kuvvetler ayrılığı ifadesi yerine devlet organlarının ve fonksiyonlarının ayrılığı demek de doğru olacaktır⁴.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, bireysel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması amacıyla, devlet fonksiyonlarının tek elde toplandığı mutlak monarşi sistemine karşı tasarlanmıştır⁵. Bu ilke siyasal iktidarın diktatörlüğe dönüşmesini engelleme ve bireysel hürriyetlerin güvence altına alma düşüncesini ifade etmektedir⁶. İktidarda keyfiliğin önlenmesi, adil bir yönetimin kurulması ve devam ettirilebilmesi ilkenin temel amaçlarından. Bu sebeple kuvvetler ayrılığı ilkesinin anayasal devletin vazgeçilmez bir şartı olduğu ifade edilmektedir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 16'ncı maddesi, bireysel hürriyetlerin güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrımının gerçekleştirilemediği bir devlette anayasadan söz edilemeyeceğini ifade etmekle, kuvvetler ayrılığı ilkesinin önemine vurgu yapmaktadır⁷.

Kuşkusuz kuvvetler ayrılığı ilkesinin hedefi sadece bireysel hürriyetler değildir. İlkenin genel ve milli bir hedefi de vardır ki o da iş bölümü ve uzmanlaşma esası üzerinde

¹ ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Ankara 2019, s. 344; HIŞİM, Selin, "Kuvvetler Ayrılığı ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya 2019, s. 3; ÖZKAN DUVAN, Ayşe, "Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1 (2019), s. 37; İNCE, Aykut, "Kuvvetler Ayrılığı Bağlamında Parlamenter Sistem ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Karşılaştırmalı Analizi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ardahan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ardahan 2018, s. 10.

² FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Ankara 2019, s. 477; ANAYURT, s. 343.

³ CHEMERINSKY, Erwin, Constitutional Law, Newyork 2011, s. 37; ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2019, s. 193; SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ankara 2011, s. 65-66.

⁴ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 78-79.

⁵ ANAYURT, s. 345; İNCE, s. 5, 11; ÖZKAN DUVAN, s. 56; BARBER, Nicholas W., "Prelude to the Separation of Powers", Cambridge Law Journal, Cilt: 60, Sayı: 1 (2001), (<https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/prelude-to-the-separation-of-powers/41A6729A2EA6A830D248D3FA7385DBAC>, 10.06.2020); HAYEK, Friedrich August, "The Constitution of a Liberal State", Il Politico, Cilt: 32, Sayı: 3 (1967), (https://www.jstor.org/stable/43206714?Search=yes&resultItemClick=true&searchText=THE&searchText=CONSTITUTION&searchText=OF&searchText=A&searchText=LIBERAL&searchText=STATE&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3DTHE%2BCONSTITUTION%2BOF%2BA%2BLIBERAL%2BSTATE&refreqid=search%3A1f71e2a3e3c186380b413fba30e04fda&seq=1#page_scan_tab_contents, 10.06.2020).

⁶ BRADLEY, A. W/ EDWING, K. D., Constitutional & Administrative Law, Harlow 2011, s. 80; MASTERMAN, Roger, The Separation of Powers in the Contemporary Constitution, Cambridge 2011, s. 16; ANAYURT, s. 344; GÖZÜBÜYÜK, s. 78-79; KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), İstanbul 2016, s. 129.

⁷ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Ankara 2017, s. 216; KUZU, Burhan, Her Yönü ile Başkanlık Sistemi, İstanbul 2016, s. 54; ANAYURT, s. 345, 346

işleyen bir devlet sistemi kurmaktır. Kuvvetler temerküzü sistemi iş bölümüne ve ihtisaslaşma kaidesine aykırıdır. Bugünün genel iş hayatında iş bölümü ve ihtisaslaşma ne anlama geliyorsa devlet hayatında da kuvvetler ayrılığı aşağı yukarı o anlama gelmektedir⁸.

Siyasal iktidarın diktatörlüğe dönüşmesini engelleme ve bireysel hürriyetleri güvence altına alma düşüncesi ile devlet fonksiyonları farklı organlara dağıtılmak suretiyle, organların birbirlerine karşı ayrılığının sağlanması gerektiği kabul edilmiştir⁹. Devlet organlarının birbirlerine karşı ayrılığının sağlanabilmesi için devlet fonksiyonlarını yerine getirecek olan organların farklı otoritelere dağıtılması gerekmektedir¹⁰. Bu ayırım, bir organın diğer bir organın oluşumuna ve sona ermesine müdahale edememesi ve görevini yerine getirmesi sırasında herhangi bir müdahalede bulunamaması anlamına gelmektedir¹¹.

Bu ilke bireysel özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için devlet yetkilerinin yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç ayrı organa paylaşılması gerektiğini öngörmektedir. Ancak özgürlüklerin sağlanabilmesi ve korunabilmesi için yetkilerin paylaşılması yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu organların dengeli bir biçimde birbirlerini denetlemeleri gerekmektedir. Bu sayede iktidarın iktidarla sınırlandırılması sağlanmış olacaktır¹².

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, fonksiyon yani faaliyet ve organ ayrılığının varlığını gerektirir ve bu ayrılığa dayanır. Fakat kuvvetler ayrılığı organ ayrılığından daha başka bir işleve sahiptir. Ayrılan organlar arasındaki ilişkilerde her organın bağımsızlığı, diğer bir organın tabiiyeti altında bulunmamasıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ayrılan organlardan her birinin, sadece ayrılmakla kalmayıp aynı zamanda kendine has bir yetki çevresi içinde, bağımsız ve serbest bir irade ve hareket, dayanıklı bir güç, hülasa bir “kuvvet merkezi” teşkil etmesini gerektirir. Dolayısıyla kanun koyan erk, icra eden hükümetin yahut bunun aksine, icra eden erk, kanun koyan iradenin etkisinde kalmamalıdır. Şu halde kuvvetler ayrılığından beklenen, organlardan her birinin, kendine ayrılmış olan faaliyet sahası içinde, işlerine ve hareketlerine hür bir şekilde karar verebilmesidir. Kuşkusuz yapmış olduğu işlerin sorumluluğunu da her organ kendisi yüklenmelidir¹³.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinde yasama, yürütme ve yargı görevleri farklı organlara dağıtılarak iktidarın sınırlandırılması sağlanmaktadır. Farklı kuvvetlerin birbirlerini sınırlandırmak amacıyla fren ve denge mekanizmasına sahip olması kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel bir unsuru kabul edildiğinden bu hususu da tanıma eklemede fayda vardır. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesi devlete ait güçlerin yasama, yürütme ve yargı olarak tanımlanan ve birbirinden farklı şekillerde göreve gelen, birbirlerine karşı “fren ve denge mekanizmasına” sahip bulunan sistem olarak tanımlanabilmektedir¹⁴. Kanunları

⁸ BAŞGİL Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuku*, Cilt: I, İstanbul (1960 Tarihli Basıdan Tıpkı Basım), 2019, s. 288

⁹ GÖZÜBÜYÜK, s. 78-79; ULUŞAHİN, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Ankara 1999, s. 70; HAZIR, Hayati, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, Konya 1990, s. 81.

¹⁰ BRADLEY/EDWING, s. 84

¹¹ ANAYURT, s. 344; FENDOĞLU, s. 693

¹² ANAYURT, s. 349, 351; İNCE, s. 10, 11

¹³ BAŞGİL, 291

¹⁴ ANAYURT, s. 343-349; İNCE, s. 10

yazan kişilerle uygulayan kişilerin farklı olması anlayışına dayanan kuvvetler ayrılığı sisteminde özellikle yasama ve yürütme organı arasındaki görev ve yetkilerin ayrışması ve bu organlar arasındaki ilişkinin belirlenmesi önem arz etmektedir¹⁵.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi devlete ait güçleri bünyesinde barındıran organların birbirinden tamamen bağımsız, hiçbir bağlantısı bulunmayan yapılar oldukları anlamına gelmez¹⁶. Farklı organlara ait kuvvetler bir bütün olarak devleti oluşturmaktadır. Devlet fonksiyonlarının yerine yetirilebilmesi için de organlar arasında uyumluluğun sağlanabilmesi gerekir.

Öğretide kuvvetler ayrılığı ilkesinin Anglo-sakson uygulaması ve Kıta Avrupası uygulaması mevcuttur. Anglo-sakson hukuk sistemine göre kuvvetler ayrılığı, *denge ve denetim sistemi* (checks and balances) bakımından devlet erkinin siyasi anlamda dağıtılması, kuvvetlerin bölünmesi olarak ifade edilmektedir¹⁷. Öte yandan kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından ise, kuvvetlerin daha yumuşak, işbirliği içerisinde dağılımının yapıldığı görülmektedir¹⁸.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi yumuşak da uygulansa katı da uygulansa organların temel görevleri değişmemektedir. Yasama organı toplumun yapısını düzenleyen genel ve bağlayıcı kuralları koyma yetkisine sahip olan organdır. Bu organın sınırlandırılmasının en büyük aracı toplanmasının yürütme organının çağrısı üzerine gerçekleştirilebilmesidir. Yasa koyma yetkisine sahip meclis toplanmış halde bulunmadığı takdirde meclis iradesine sahip olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla toplantıya karar verebilecek bir meclis iradesi mevcut değildir. Meclisin toplantı konusunda karar verme yetkisine sahip olması yasamanın mutlak yetki haline gelmesine sebep olur¹⁹.

Yasama organını toplantıya çağırma yetkisinde olduğu gibi yürütme yetkisini elinde bulunduran kişinin yasama işlemlerini veto etme yetkisine sahip olması da yasama organının sınırlandırıcı bir diğer araçtır. Yasama organının baskıcı bir rejim yürütememesi için yürütme organının yasama organını frenlemesi öngörülmektedir. Bu sistemde yürütme organı konulan kanunları belirleyemeyecek ama bazılarının konulmasına engel olabilecektir. Yürütme organı yasamanın karar alma sürecine müdahale edemeyecektir. Süreç neticesinde ortaya çıkan kanunları kabul etme ya da veto etme yetkisine sahiptir. Bu şekilde yürütme organı yasama organının almış olduğu kararları engelleyerek tepki gösterebilme imkanı bulmaktadır²⁰.

Yürütme organı yasama organının koymuş olduğu yasaları uygulamakla yükümlü olan organdır. Yürütme organının bağlı olduğu kuralları yasama organı ortaya koymaktadır. Bu sebeple yasama organının kural koymaması yürütme yetkisinin mutlak yetki haline gelmesine sebep olur. Yasama organını toplantıya çağırma yetkisi yürütme organında olduğundan belirli periyotlar halinde yasama organının toplantıya çağırılmasının zorunlu olması yürütme yetkisinin sınırlandırılmasını sağlamaktadır. Aynı

¹⁵ İNCE, s. 5; ÖZKAN DUVAN, s. 37

¹⁶ İNCE, s. 11

¹⁷ BARBER, s. 70

¹⁸ FENDOĞLU, s. 693-694

¹⁹ ÖZKAN DUVAN, s. 50, 51

²⁰ ÖZKAN DUVAN, s. 51

zamanda bazı konularda işlem yapılabilmesi için yasama organının kararının bulunması zorunluluk olarak öngörülmektedir. Bu sebeple yürütme organı meclisi her yıl toplantıya çağırarak zorundadır ve bütçenin belirlenmesi gibi konuların yasama organının onayından geçmesi gerekmektedir²¹. Bunun haricinde yürütme organının yetkileri yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar ile belirlendiğinden yasama organı yürütme organını doğal olarak da sınırlandırmaktadır. Yürütme organı kanunla kendisine tanınmış bir yetki olmadıkça işlem yapma kabiliyetine sahip değildir.

B. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ

Devlet organlarının şekli ayrılığında öte devletin siyasi ve hukuki fonksiyonlarını belirleyen kuvvetler ayrılığı ilkesi hükümet sistemi tartışmalarının da göbeğinde yer almaktadır. Günümüzde özellikle hükümet sistemlerinin tasnifi ve yargı bağımsızlığı konularında incelenen bu teori tarihsel olarak bakıldığında modern anlamına erişene kadar farklı anlamlarda ve farklı yönleriyle değerlendirilmiştir²².

Platon *Yasalar* adlı eserinin 3'üncü bölümünde, "Ölçü bir yana bırakılıp, küçük bir gemiye büyük bir yelken, ufak tefek bir bedene fazla yiyecek ve kaldıramayacak adama büyük yetki verilirse, hepsi alt üst olur: biri ölçüyü aştığı için hastalanır, öteki de aşırıktan kaynaklanan adaletsizliğe sürüklenir" demek suretiyle ölçülü ve dengeli bir yönetimin öneminin hayati olduğunu ifade etmektedir²³. Öyleyse devlet yetkileri de gücün tek merkezde toplanarak aşırıya kaçmayacağı bir biçimde dağıtılmalı ve adalet güç dağılımındaki denge ile sağlanmalıdır.

Adaletin tesis edilebilmesi adına iktidarın üçe bölünerek farklı organlara dağıtılması düşüncesinin temellerini ilk çağda Aristoteles'in çalışmalarında görmek mümkündür²⁴. Aristoteles devlet iktidarını müzakere (yasama), kumanda (yürütme) ve adalet (yargı) olarak üçe ayırmıştır²⁵. Ancak Aristoteles'in üçlü iktidar anlayışı modern anlamda kuvvetler ayrılığı olarak değerlendirilmemektedir. Aristoteles yaptığı üçlü ayrımı iktidarın sınırlanmasından ziyade devlet yetkilerinin tasnifi için gerçekleştirmiştir²⁶.

Modern anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesinin temellerini John Locke'un attığı kabul edilmektedir. John Locke 1690 yılında "Sivil Yönetim Üzerine İki İnceleme" isimli eserinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin temellerini oluşturmuştur²⁷. Locke'un üçlü ayrımında devlet erkleri yasama, yürütme ve federatif olarak tasnif edilmiştir. Modern anlayıştan farklı olarak yargı erki yerine federatif erk öngörülmüştür²⁸.

John Locke'un görüşüne göre yasama devlet yetkilerinin nasıl kullanılacağına

²¹ ÖZKAN DUVAN, s. 51

²² AYDOĞDU, Yasin, "Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemleri Üzerine İncelemeler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 31 (2017), s. 694

²³ PLATON, *Yasalar* (Çev. Candan Şentuna- Saffet Babür), İstanbul 2012, s. 141

²⁴ ANAYURT, s. 346; İNCE, s. 5; ÖZKAN DUVAN, s. 37

²⁵ İNCE, s. 6; ÖZKAN DUVAN, s. 38

²⁶ ÖZKAN DUVAN, s. 38

²⁷ ERTAŞ, Türker, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*, Ankara 2019, s. 34; ANAYURT, s. 347.

²⁸ ARSLAN, Rıza, *Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Uygulanan Örnekleri*, Bursa 2009, s. 26; İNCE, s. 5; ÖZKAN DUVAN, s. 39

düzenleyen otoritedir. Bu açıdan yasama üstün bir güçtür ve toplum sözleşmesi kurulurken bu güç kime verilmişse onun tarafından kullanılabilir. Yasama yetkisi üstün olmasına karşın sınırsız değildir. Yasama iktidarı ancak toplumun refahı, huzuru ve güvenliğini sağlamak amacıyla faaliyet gösterir²⁹.

John Locke'un yaklaşımına göre siyasal iktidarın bireysel özgürlükleri ihlal etmesi karşısında üç temel tehlike vardır. Bunlardan biri yasama ve yürütme organının faaliyetlerini gerçekleştirirken kendilerini mevcut kanunlarla bağlı görmemeleridir. Diğer yasama yetkisini elinde tutanların yürütme erkini ya da yürütme yetkisini elinde tutanların yasama erkini ele geçirebilecek olmalarıdır. Üçüncü tehlike ise yasama veya yürütme işlemlerinde kanunların işlemi gerçekleştiren kişilerin kişisel çıkarlarına göre şekillendirilebilecek olmasıdır³⁰. John Locke'a göre bu tehlikelerin engellenebilmesi için yasama ve yürütme yetkilerinin farklı organlara bölünmesi gerekmektedir. Temel düşünce kanunları oluşturanlar ile uygulayanların farklı kişiler olmasına dayanmaktadır³¹.

John Locke'un kuvvetler ayrılığı anlayışında yasama erki diğer erklerden üstün olarak kabul edilmektedir. Diğer erkler yasama erkine tabi olduklarından dolayı bireysel özgürlüklerin korunması için asıl sınırlandırılması ve çerçevesinin belirlenmesi gereken yasama erkidir³². Bu sınırlandırmanın ilk adımı yasama organının amacını toplumun güvenliğinin, refahının ve huzurunun sağlanması olarak belirlemektir³³. Bu anlayışta yasama yetkileri toplumun çıkarlarının dışında kullanılamaz. Dolayısıyla yasama yetkilerinin sınırını bireylerin sahip olduğu doğal haklar oluşturmaktadır.

John Locke'un öğretisinin modern kuvvetler ayrılığı ilkesinden en büyük farkı fren ve denge mekanizmasının bulunmamasıdır. John Locke'un liberal devlet öğretisinde ortaya koyduğu kuvvetler ayrılığı yaklaşımını günümüzdeki şekline gelecek şekilde geliştiren kişi Baron de Montesquieu olmuştur³⁴. Montesquieu'nun 1748 yılında yayınladığı "*De L'esprit Des Lois*" (Yasaların Ruhu Üzerine) adlı eserinde kontrol ve denge mekanizmalarının bulunduğu kuvvetler ayrılığı ilkesi öngörülmüştür³⁵. Kuvvetler ayrılığı ilkesini yasama, yürütme ve yargı erkleri olarak üçlü ayrıma tabi tutan ilk kaynak Montesquieu'dur³⁶. Montesquieu bireysel özgürlüklerin ancak devlet iktidarının yine iktidarla sınırlandırılması sonucunda sağlanabileceğini savunmaktadır³⁷. Bu amaçla da devlet iktidarı yasama, yürütme ve yargı olarak üç organa bölünmeli ve her bir organ bir diğerini denetlemelidir³⁸. Aksi durumda, bireysel hak ve hürriyetlerinin tehlikeye gireceği

²⁹ ERTAŞ, s. 34, 35; ÖZKAN DUVAN, s. 40, 41

³⁰ ERTAŞ, s. 35; ÖZKAN DUVAN, s. 43

³¹ ERTAŞ, s. 34, 35; ÖZKAN DUVAN, s. 43, 44

³² ÖZKAN DUVAN, s. 44

³³ ÖZKAN DUVAN, s. 44

³⁴ İNCE, s. 5; ÖZKAN DUVAN, s. 47

³⁵ İNCE, s. 8; ÖZKAN DUVAN, s. 47

³⁶ KABOĞLU, s. 130; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2019, s. 490-491; ANAYURT, s. 347; ÖZSOY BOYUNSUZ, Şule, Dünyada Başkanlık Sistemleri, İstanbul 2017, s. 71; ERDOĞAN, s. 219; ÖZKAN DUVAN, s. 48; ARSLAN, s. 27

³⁷ YAYLA, Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1986, s. 66; ERDOĞAN, s. 219; ANAYURT, s. 348; KUZU, s. 54; KABOĞLU, s. 131

³⁸ İNCE, s. 9; ÖZKAN DUVAN, s. 48

ifade edilmektedir³⁹.

Montesquieu'nun görüşünde yasama halkın iradesini temsil ederek kanun koyma yetkisine sahiptir⁴⁰. Yasa koyma yetkisine sahip bu organ aynı zamanda kendi koyduğu yasaların iyi ve doğru uygulanmasını denetlemekle görevlidir. İngiliz siyasi yapısından etkilendiği kabul edilen Montesquieu yasama organının halkın temsilcileri ve soyluların temsilcileri olmak üzere iki ayrı meclisten oluşması gerektiğini öngörmektedir⁴¹. İngiliz sisteminde bu durumun karşılığını avam kamarası ve lordlar kamarası oluşturmaktadır. İki farklı meclisin bulunmasının sebebi toplumun farklı gruplarının farklı çıkarlarının bulunmasıdır. Bu çıkarların ise karşılıklı olarak birbiri ile denge içerisinde korunabilmesi için grupların ayrı ayrı meclislerinin olması öngörülmektedir. Ancak soyluların temsil edildiği mecliste üyelik kan bağı ile geçtiği için bu meclisin vergi koymak gibi konulara karar veremeyeceği kabul edilmiştir.

Montesquieu'nun siyasal sisteminde yürütme organı idari işlemlerle ve güvenliğin sağlanması ile görevli ve savaşa veya barışa karar vermekle yetkilidir⁴². Aynı zamanda yabancı devletlere temsilci göndermek ve temsilcileri kabul etmek yetkisi yürütme organına aittir. Montesquieu'nun görüşüne göre yürütme organının meclis içinden seçilmesi kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyecektir. Bu sebeple yürütme yetkisinin monarka ait olduğu kabul edilmektedir⁴³.

Montesquieu'ya göre yargı organı halk tarafından seçilmeli ve salt olarak kanunlara bağlı bir biçimde uyuşmazlıkları çözümlemelidir. Uyuşmazlıkların çözümü doğrultusunda yaptırım uygulama gücüne sahip olan yargı organı kişisel kanaat kullanmamalı, kanunlar hakkında yorumlama yapmamalıdır⁴⁴. Montesquieu'nun görüşünde yargı organı sadece görevi açısından değil yapısı açısından da yasama ve yürütme organından farklıdır. Kuvvetlerin birleşmesi sakıncasının önlenmesi için yargı mensuplarının sınırlı sürelerde göreve getirilmeleri gerekmektedir. Sadece lafzi olarak kanunların uygulanmasıyla görevli olan yargı organı hukuk sistemine şekil verecek veya siyasi yapıda etkin olacak bir organ değildir. Yargıya yönelik yaklaşım günümüz hukuk sistemlerindeki içtihat anlayışı ile bağdaşmamaktadır⁴⁵.

Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı anlayışında üç ayrı kuvvetten herhangi ikisinin birleşmesi özgürlükleri zedelemektedir⁴⁶. Yasama ve yürütme güçlerinin birleşmesi halinde bu güçleri elinde toplayan kişi kendi çıkarları doğrultusunda kural koyup uygulayabilecektir. Yargı yetkisinin de yasama ya da yürütme yetkisi ile birleşmesi halinde söz konusu yetkiyi kullanan kişi hesap verme yükümlülüğü altında

³⁹ WALDRON, Jeremy, "Separation of Powers in Thought and Practice", Boston College Law Review, Cilt 54, Sayı: 2 (2013), s. 453, (<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3289&context=bclr>, 10.06.2020); YAYLA, s. 66; ANAYURT, s. 349; KUZU, s. 54.

⁴⁰ İNCE, s. 9, ÖZKAN DUVAN, s. 48

⁴¹ İNCE, s. 8, 9; ÖZKAN DUVAN, s. 48

⁴² İNCE, s. 9

⁴³ ÖZKAN DUVAN, s. 49

⁴⁴ İNCE, s. 9; ÖZKAN DUVAN, s. 49

⁴⁵ ÖZKAN DUVAN, s. 50

⁴⁶ İNCE, s. 10

bulunmayacağından keyfi uygulamalara yönelebilecektir⁴⁷.

Kuvvetler ayrılığı sistemi incelenirken değerlendirmeye alınması gereken bir diğer önemli düşünür de Jean-Jacques Rousseau'dur. Kuvvetler ayrılığı ilkesine karşı çıkan Jean-Jacques Rousseau'ya göre, devlet organları arasında kuvvetler ayrılığı olamaz⁴⁸. Rousseau'ya göre hürriyet, kanunların millet iradesini ortaya koyan iradedir. Başka bir ifadeyle kişi, kendi iradesini açıklayarak genel iradenin oluşumuna katıldığı ölçüde hür olacaktır. Rousseau'nun egemenlik anlayışında, egemenlik monarktan alınıp halka verildiğinde, baskı ve otoriter yönetim de son bulacak, genel irade adına ülkeyi de çoğunluk yönetecektir. Çünkü çoğunluğun iradesi milletin iradesidir. Hatta azınlıkta kalan irade sahipleri yanlıgdadırlar. Rousseau, genel iradenin devredilemeyeceğini ifade ederken, kuvvetler ayrılığına yer vermemiştir. Nitekim Rousseau, genel iradeyi, hiçbir şekilde kanıtlanamayan, üstün bir irade ve güç olarak kabul etmektedir⁴⁹.

Düşünüre göre, genel irade çoğunluğun iradesidir ve "azınlıkta kalanlar yanılmış olanlardır." Dolayısıyla Rousseau'ya göre, genel irade yanılmaz. Kuşkusuz millet adına, çoğunluğu temsil eden organların aldığı kararlar ya da çıkardığı kanunlar, azınlık için bir baskı kurulmasına yol açabilir veyahut azınlığın hakları ihlal edilebilir. Çoğunluğun ya da bir meclisin kurduğu otoriter yönetim ise, kişisel iktidarı kullananların baskısı kadar tehlikeli olabilir. Nitekim bir mecliste çoğunluğunun çıkardığı kanunlarla, bireysel hürriyetleri yok edebilir. Ünlü filozof bu görüşleriyle liberal ve anayasal demokrasiyi değil aksine daha sonra ortaya çıkan totaliter demokrasiye, otoriter yönetimlere hatta faşizme temel hazırlamıştır⁵⁰. Kuşkusuz demokrasi kavramının yerleşmesinde Rousseau'nun payı vardır. O'na göre milli irade ve devlet erkleri bir bütündür dolayısıyla bölünemez. Rousseau'nun genel irade kuramı çoğunlukçu demokrasiyi meşrulaştırmadığı gibi demokrasiyi ve uzlaşmayı ifade eder⁵¹.

Teziç, kuvvetler ayrılığının çoğulcu rejimlerdeki olgulara ters düştüğünü belirtmektedir⁵². Teziç'e göre, kuvvetler ayrılığı, 21. yüzyılın siyasi rejimleri ile uyumlu değildir. Çünkü bu ilkenin gündeme getirildiği tarihlerde, henüz bugünkü anlamda siyasi

⁴⁷ ÖZKAN DUVAN, s. 50

⁴⁸ BAŞGİL, s. 286

⁴⁹ TEZİÇ, s. 490

⁵⁰ Jacop Leib Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London, Secker and Warbug, 1952'den aktaran ÖZBUDUN, Ergun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, Ankara 2019, s. 21

⁵¹ FENDOĞLU, s. 482.

⁵² Teziç, konuyu şu şekilde açıklamaktadır: Kuvvetler ayrılığı ilkesinin amacı, kuvvetler arasında bir denge kurarak, liberal rejimin sistemli bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Buna karşın, kuvvetler ayrılığının çarpıcı örneği olarak gösterilen çağdaş liberal siyasi rejimler araştırıldığında, bu rejimlerde kuvvetlerin birleştiği görülecektir. Bu açıdan İngiltere iyi bir örnek olarak gösterilmektedir. Zira iki partili parlamenter rejimde, bütün kuvvetler, Avam Kamarasında salt çoğunluğa sahip olan partinin yönetim komitesinin oluşturduğu "kabine"de yani "yürütme"de toplanmaktadır. Bu açıdan, İngiltere'de, rejimin liberal oluşu, kuvvetler ayrılığı dışında, farklı sebeplere bağlıdır. Rejimin liberalliği yasama/ yürütme ayrılığına değil, aksine iktidar/ muhalefet ilişkisizliğine dayanır. Nitekim İngiltere'de muhalefetin sahip olduğu serbestlik ve iktidarı geniş denetleme olanakları ve geleceğin iktidar adayı olması, rejimin liberal niteliğinin temelini oluşturmaktadır. İktidar muhalefet arasındaki denge kontrol denklemi açısından İngiltere'de kuvvetler ayrılığı, demokrasinin, hatta liberal demokrasinin temel bir unsuru değildir. İngiltere'de demokrasinin genel gelişimi yerleşik devlet geleneği uzun tecrübelerle sahip devlet teamülü siyasi planda kuvvetler ayrılığını giderek ortadan azaltmış, dolayısıyla parlamento ve hükümet, birbirinin karşısı iki ayrı kuvvet olma özelliği oldukça zayıflamıştır. Bkz., TEZİÇ, s. 496.

partiler bulunmamaktaydı. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığının ortaya konduğu yüzyıllarda iktidarla ilgili başlıca sorunlar, kurumsal (institüyonnel) nitelikteydi. Değişik organların yetkileri ve organlar arasındaki ilişkiler ile ilgili olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesi, beklenen dengeyi sağlayabiliyordu. 21. yüzyılda ise siyasi hayata hatta toplum hayatına yön veren siyasi partiler söz konusu olup, devlet kurumları bunlara yalnızca biçimsel bir çerçeve sağlamaktadır. İçerisinde bulunduğumuz çağda bir tarafta hükümetler, diğer tarafta parlamentolar değil, bu oluşumun yerine partilerden oluşan ve seçimleri kazanan parlamento çoğunluğu içinden çıkan hükümetler ile, bunun karşısında yer alan muhalefet partileri vardır⁵³.

1787 Amerikan Anayasasının kurucularından olan Thomas Jefferson'a göre, bütün kuvvetlere karşı bir güvensizlik söz konusudur ve en iyi hükümet biçiminin en az hükümet eden hükümet biçimi olduğu düşünülmektedir. Bağımsızlık savaşı sırasında doğan güvensizlik neticesinde, "denetim ve denge teorisi" geliştirilmiştir⁵⁴. Parlamenter sistemin aksine başkanlık sistemi, tarihsel bir süreçte ortaya çıkmamış olup teorik bir model olarak ortaya konmuştur⁵⁵. ABD Anayasasının oluşturulmasında karma anayasa modeli uygulanmıştır. Buna göre, anayasal sistemde bilinçli bir tercih olarak, monarşik bir başkan, aristokratik bir Senato ve demokratik bir Temsilciler Meclisi öngörülmüştür⁵⁶. Sözü edilen denetim ve denge teorisi ile ifade edilen organların her biri diğerini denetleyecek şekilde kontrol sistemi inşa edilmiştir. Bu bakımdan farklı kuvvetleri temsil eden organlar birbirini frenleyerek kontrolü sağlamaktadır⁵⁷.

Teziç'e göre, kuvvetler ayrılığı ilkesi iddia edildiği gibi yasama, yürütmenin olası aşırılıklarına karşı bir fren ve denge oluşturmada yetersiz kalmaktadır. Kuvvetler ayrılığından beklenen fren ve erklerin denetlenmesi düşüncesi sadece başkanlık rejiminde vardır. Günümüzde liberal rejimlerde, yönetilenler için güvencelerin başlıcası bağımsız yargı organları ile sağlanmaktadır. Onun için de çağdaş çoğulcu demokratik rejimler aynı zamanda "demokratik liberal hukuk devleti" olarak nitelendirilmektedirler.

Günümüz Türkiye'sinde, gerçekleştirilen anayasa değişikliğinin neticesinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin şekli olarak anlaşıldığı görülmektedir. Yasama, yürütme ve yargı organlarının şekli olarak ayırımının yapılmış olmasına rağmen denge ve denetim mekanizmalarının oluşturulmaması sebebiyle güç dengesi sağlanmamıştır. Yürütme organının diğer organlara üstünlüğünün sağlandığı Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde siyasal iktidarın kötüye kullanılması riski bulunmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin özü ve amaçları doğrultusunda siyasal iktidarın sınırlanması ve bireysel özgürlüklerin güvence altına alınması anlayışı göz ardı edilmiş ve "etkili bir yürütme

⁵³ TEZİÇ, s. 496.

⁵⁴ GÜLENER, Serdar, "Başkanlık Sisteminde Denge ve Denetleme", Türkiye'de Başkanlık Sisteminin Dönüşümü ve Cumhurbaşkanlığı Sistemi (Ed. Nebi Miş ve Burhanettin Duran), İstanbul 2017, s. 221; TEZİÇ, s. 430; ANAYURT, s. 349.

⁵⁵ TEZİÇ, s. 430.

⁵⁶ ULUŞAHİN, s. 57; HAZIR, s. 149.

⁵⁷ SARTORI, Giovanni, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği (Çev. Prof. Dr. Ergun Özbudun), Ankara 1997, s. 118; ULUŞAHİN, s. 57; ERDOĞAN, s. 447; CHERMERINSKY, s. 1-2.

organı” oluşturulmuş bulunmaktadır⁵⁸.

İktidarın gücünün sınırlanması için gerekli denge mekanizmalarının öngörülmemesi neticesinde özellikle yasama ve yürütme organı arasında güç dengesi ve mücadelesi sağlanamamıştır. Bunun sonucu olarak seçimlerin kazanılması devlet gücünün tamamen kazanılması anlamına gelmiş olacaktır. Neticede bireysel özgürlüklerin sağlanabilmesi için yasama ve yürütme organlarının birbirlerini sınırlandırması anlayışı yerini iktidar-muhalefet mücadelesine bırakmış ve iktidarı elde eden siyasi çoğunluğun istediğini yapabileceği bir yapıya dönüşmüştür.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ

16.04.2017 tarihli halk oylaması ile kabul edilen anayasa değişikliği neticesinde hükümet sistemi değişmiştir. 24.06.2018 tarihinde yapılan seçimler sonucunda seçilen Cumhurbaşkanının 09.07.2018 tarihinde göreve başlamasıyla birlikte yeni hükümet sistemi yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe giren bu yeni hükümet sistemi “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” olarak adlandırılmaktadır⁵⁹. “Türk tipi başkanlık sistemi” olarak da anılan sistem yerli ve milli olarak nitelendirilebilecek kendine özgü özellikler içermektedir⁶⁰. Gözler, yeni hükümet sistemini ne başkanlık sistemi ne de parlamenter sistem olarak görmektedir; mevcut sistemi ‘türü kendine özgü’ olarak ifade etmektedir⁶¹. Yüzbaşıoğlu ise, Güney Amerika ve Afrika ülkelerindeki başkanlık sistemi uygulamalarını örnek göstermek suretiyle sistemin çarpıtılmış başkanlık sistemi olduğunu belirtmektedir⁶².

Türkiye’de uygulanan, anayasa değişikliği öncesi parlamenter sistem de değişiklik sonrası Cumhurbaşkanlığı sistemi de kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan hükümet sistemleridir. Her iki sistemde de devlet görev ve yetkileri yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç ayrı organa bölünmüş durumdadır. Ancak bu organların birbirleriyle nasıl etkileşime geçtikleri, birbirlerini nasıl denetledikleri ve sınırlandırdıkları sistemlerin ayırt edici özelliklerini oluşturmaktadır. Parlamenter sistemde yürütme organı yasamanın içerisinde çıkmaktadır, bu sebeple de yumuşak kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı hükümet sistemi olarak değerlendirilir. Başkanlık sisteminde ise yasama ve yürütme organları ayrı seçimlerle halk tarafından belirlenir. Yasama ve yürütme organının göreve gelmeleri bakımından birbirinden bağımsız olmaları dolayısıyla başkanlık sistemi katı kuvvetler ayrılığı sistemi olarak değerlendirilmektedir⁶³.

Türkiye’de 2007 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kabul edilmiştir. Bu durum mevcut sistemin parlamenter sistemden uzaklaştığı şeklinde değerlendirilmiştir⁶⁴. Yürütme organının başı olan

⁵⁸ AKARTÜRK, Ekrem Ali, “2017 Anayasa Değişikliğinin Paramentosuzlaştırma Etkisi Üzerine”, YÜHFD, Cilt: 15 (2020), s. 5, 6.

⁵⁹ AYDOĞDU, Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı İşlemleri”, Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 1 (2019), s. 86-87; HIŞIM, s. 58; İNCE, s. 43

⁶⁰ İNCE, s. 84

⁶¹ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2018, s. 308

⁶² TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2018, s. 471

⁶³ HIŞIM, s. 11

⁶⁴ ANAYURT, s. 422; ÖZTÜRK, Namık Kemal, Anayasa Hukuku, Ankara 2019, s. 323

Cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçilmiyor olması yürütme organını yasama organı karşısında görece daha bağımsız bir konuma getirmekte ve dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesini kuvvetlendirmektedir. 2017 yılındaki anayasa değişikliğiyle ise kendine özgü yönleri olan bir başkanlık sistemine geçilmiştir. Cumhurbaşkanlığı sisteminin ortaya çıkmasındaki temel düşünce daha istikrarlı ve güçlü bir yürütme organı oluşturmak olduğundan devlet organları arasındaki fren ve denge mekanizmaları da bu doğrultuda planlanmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kuvvetler ayrılığı ilkesinin denge ve denetim mekanizmaları organların yetkileri ve birbirleri ile etkileşimi kapsamında yasama, yürütme ve yargı organları başlıkları altında değerlendirilecektir. Organların yapısı hakkında detaylı inceleme yapılmayacak, Cumhurbaşkanlığı sisteminde organların birbirlerini nasıl sınırlandırdıkları incelenecektir.

A. YASAMA ORGANI

Cumhurbaşkanlığı sisteminde yasama organı TBMM'dir. Tek meclisli yasama organı anlayışı mevcuttur ve meclis 600 milletvekilinden oluşur. Anayasa'nın 87. Maddesine göre:

Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.

Anayasa'nın 77. Maddesinde TBMM seçimleri ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı günde yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme meclisin ve Cumhurbaşkanı'nın aynı siyasi eğilimde olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak seçimlerin aynı günde yapılması siyasi çoğunluğu elde eden partinin hem yürütme organının hem de yasama organını kazanacağı anlamına gelmektedir. Bu durum yasama ve yürütme organlarının birbirlerini sınırlandırması ve denetlemesi gerekliliğini zedelemektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen seçimlerde yasama organı yürütme organının kontrolünde hareket edecektir⁶⁵.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde bir kimse yasama ve yürütme organında aynı anda görev alamamaktadır⁶⁶. Yürütme organının kanun yapımına katılması söz konusu olmadığı gibi kanun tasarısı hazırlaması yetkisi de kaldırılmıştır. Ancak Cumhurbaşkanı'nın kanun yapımı sürecine herhangi bir etkisi olamayacağını söylemek de doğru olmaz. Partili Cumhurbaşkanı partisindeki milletvekilleri aracılığıyla çıkarılmasını istediği kanunları meclisin gündemine taşıyabilecektir.

Yine Anayasanın 104'üncü maddesinde Cumhurbaşkanının iç ve dış siyasete ilişkin TBMM'ye mesaj vereceği hüküm altına alınmıştır. Doktrinindeki bir görüşe göre,

⁶⁵ DOĞAN, İlyas, "Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliğinin İrdelenmesi", Dört Kıtada Başkanlık Sistemi (Ed. İlyas Doğan ve Serdar Ünver), Ankara 2017, s. 25

⁶⁶ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2019, s. 178, 181

Cumhurbaşkanına tanınmış olan mesaj verme yetkisi, onun kanun teklif etme inisiyatifine sahip olduğu şeklinde yorumlanmalıdır⁶⁷. Bu hususa Venedik Komisyonu Raporunda da yer verilmiştir. Raporda Cumhurbaşkanı'nın meclis üyesi olamaması yanılıcı olarak nitelendirilmiştir. Bakanların meclis içerisinden ya da dışından Cumhurbaşkanı tarafından atanacak ve görevden alınacak olması ve bu hususta meclisin onay veya veto yetkisinin bulunmaması Cumhurbaşkanı'nın meclis gündemini eline geçirebilme imkanına sahip olduğu biçiminde değerlendirilmiştir. Ayrıca bu durumda meclisin Cumhurbaşkanı üzerindeki denetimi zayıf görülmüştür⁶⁸.

Yeni sistem ile birlikte yapılan düzenlemelerle; partili cumhurbaşkanı adaylarının milletvekili adaylarını belirleyerek TBMM'nin çoğunluğuna parti genel başkanı olarak etki etme olanağı sağlanmıştır. Şayet parlamenter çoğunluk cumhurbaşkanının partisinden olmazsa Cumhurbaşkanının parlamentoyu feshetme yetkisi söz konusudur. Cumhurbaşkanı tek başına fakat TBMM'nin en az 3/5'i (360) oranındaki milletvekili çoğunluğu karşılıklı olarak fakat yasama ile yürütme aynı anda birbirlerinin görevlerine son verebilmektedirler (Ay.md.116). Seçimlerin yenilenmesi hususunda sistemin parlamenter sisteme benzer bir düzenleme ile şekillendirildiği görülmektedir. Şöyle ki hem TBMM hem de Cumhurbaşkanı seçimlerin yenilenmesini sağlayabilmektedir. Yani Cumhurbaşkanı meclisi feshetmek yetkisini kullanmak suretiyle parlamentonun görevine son verebilmektedir. Diğer taraftan parlamento da Cumhurbaşkanının seçimini yenileme yetkisini kullanmak suretiyle Cumhurbaşkanının görevine son verebilmektedir. 1982 Anayasasının 116'ncı maddesine göre, Cumhurbaşkanı tarafından veya TBMM tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde hem Cumhurbaşkanı hem de TBMM yeniden seçime gidecektir⁶⁹. Halbuki başkanlık sisteminde yürütme (başkan) ile yasama (parlamento) seçimleri farklı zamanlarda gerçekleşir ve birbirleriyle ilişkileri yoktur. Oysaki Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütme TBMM'den çıkmadığı doğrudan halk tarafından seçildiği keza TBMM'ye karşı hiçbir sorumluluğu bulunmayan Cumhurbaşkanının TBMM'nin güvenini kazanma gibi bir ihtiyacını da bulunmamaktadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanı seçilen ve parti genel başkanı olan bir kişinin milletvekilleri adaylarının tespit edilerek seçilmesinde ve genel başkanı olduğu partili milletvekilleri üzerinde siyasal bir etkiye ve disiplinli parti geleneğinin de etkisiyle güçlü bir yönlendirme yetkisinin olması nedeniyle TBMM'nin yasama işlevlerine müdahil olması mümkün kılınmıştır. Yasama organında kanun çıkaracak veyahut da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile çelişecek bir kanun çıkmasını engelleyebilecek aritmetik çoğunluğu elinde bulunduran partili bir Cumhurbaşkanı parlamentodaki milletvekilleri aracılığıyla

⁶⁷ DOĞAN, 2017, s. 28

⁶⁸ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı, yasama meclisinin bir üyesi olmayacak ve yasama ve yürütme erkleri resmi olarak birbirinden ayrılacaktır. Ancak bu ayırım yanılıcıdır. Cumhurbaşkanının bakanları atama ve görevden alma, bakanlardan bazılarını parlamento üyeleri arasından seçme yetkisi olacaktır (Madde 106 § 4). Bu sayede Cumhurbaşkanının yasama meclisi üzerinde etkin bir atama hakkı olacak olup bu da Cumhurbaşkanının meclis gündemini ele geçirmesi tehlikesini doğuracaktır. Ayrıca yasama meclisinin, yine ABD sisteminin tam aksine, atamaları onaylama veya veto etme yetkisinin olmayacağına da unutulmaması gerekmektedir. Bu da meclisin yürütme üzerindeki denetimini sarsmaktadır. 875/2017 No'lu Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Görüşü, 13, ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdlad\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdlad(2017)005-e), 15.06.2020).

⁶⁹ GÖZLER, s. 308-309.

istediği her türlü kanunu teklif adı altında önerebilecek ve kanunlaşmasını sağlayabilecektir. Ön seçim zorunlu olmadığı keza disiplinli parti yapılarının söz konusu olduğu Türkiye’de parti genel başkanı bir cumhurbaşkanının parlamentodaki parti grubuna mensup milletvekilleri üzerinde etki etmesi kuşkusuz TBMM’nin hem yasama işlevini hem de denetim işlevlerini de sekteye uğratabilecek dolayısıyla yeni hükümet sisteminden beklenen kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyebilecektir⁷⁰.

TBMM, Cumhurbaşkanının suç işlediği iddiasıyla soruşturma açılmasını isteme yetkisine sahiptir. Bu husus yasama organının yürütme organını denetleyebilmesine imkan tanıyan bir düzenlemedir. Uluslararası antlaşmaların onaylanması da yasama organının yürütme organını sınırlandırdığı alanlardan birisidir. Yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmaları imzalama yetkisine sahiptir. Ancak imzalanan antlaşmaların yürürlüğe girmesi TBMM tarafından bir kanunla uygun bulunmasına bağlıdır.

TBMM’nin Cumhurbaşkanının kabinesinin atanmasında veyahut üst düzey bürokrat ve yüksek mahkeme üyelerinin atamalarında hiçbir yetkisi bulunmadığı gibi etkili bir denetim mekanizması ve onay görüşmesi olanağı da bulunmamaktadır. Oysa ABD’de bakanlar dahil üst düzey bürokratların atanması ve Federal Yüksek Mahkemeye yargıç atanmasında başkan tek yetkili olmayıp, Senatonun onayı aranmaktadır. Böylece Senato, başkan karşısında denetim ve denge unsuru olarak varlık gösterebilmektedir⁷¹.

2017 Anayasa değişikliği öncesinde var olan gensoru imkânı anayasadan çıkarılmış bir başka denge ve denetim mekanizmasıdır. TBMM, Değişik 98’inci madde gereğince, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlara yalnızca yazılı olarak soru sorulabilme imkânına sahiptir. Güvenoyuna başvuramamaktadır. TBMM’nin başvurabileceği denge ve denetleme mekanizmaları yazılı soru, Meclis araştırması, Meclis soruşturması, genel görüşme şeklinde sayılmıştır (Anayasa m. 98/1)⁷². Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı sisteminde etkili bir denetim veya denge sistemi oluşturulmayarak güç dengesi yürütme organı lehine bozan ve kuvvetler ayrılığını zedeleyerek hukuk devletini olumsuz etkileyebilecek bir sistem düzenlenmiştir.

Anayasanın değişik 98’inci maddesinin 4’üncü fıkrası düzenlemesine göre, TBMM, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında suç işledikleri iddiasıyla meclis soruşturması açabilmektedir. 105’inci maddeye göre de

Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde yasama alanında; Cumhurbaşkanının TBMM’nin yasama işlevine müdahale edebileceği bu nedenle de kuvvetler ayrılığının amacını ortadan kaldıracabileceği bir alan açıldığı iddia edilmektedir. Şöyle ki; yeni hükümet sisteminde kural olarak Cumhurbaşkanının ya da bakanların TBMM’ye kanun önerisinde

⁷⁰ AKARTÜRK, s. 15

⁷¹ AKARTÜRK, s. 15

⁷² ATAR, s. 178, 182.

bulunma yetkileri söz konusu değildir. Buna karşın “teklif görünümlü kanun tasarısı” usulü ile yürütmenin/Cumhurbaşkanının istediği bir konuda kanun çıkarılmasını sağlayabilmesi söz konusu olabilecektir. Zira 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının bir siyasi parti genel başkanı olabilmesinin yolu açılmıştır. Böylece Cumhurbaşkanı, Türkiye’nin son 18 yıllık parlamento dağılımında (18 yıllık yasama yılı için) en çok sandalyeye sahip bir partinin genel başkanı olmuştur. Anayasa’nın 101. maddesinde bulunan “Cumhurbaşkanı seçilenin varsa partisi ile ilişkisi kesilir” hükmü kaldırılmıştır. Ayrıca cumhurbaşkanlığı seçimleri ile parlamento seçimlerinin 5 yıllık dönemlerle aynı gün yapılması hükme bağlanarak yasama/yürütme erklerinin aynı seçim dönemleri için birlikte seçilmelerine imkan tanınmıştır (Ay md.77). Yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı’nın mecliste en çok sandalyeye sahip olan siyasi partinin üyesi ve hatta başkanı olabilmesi yasama ve yürütme erklerine paylaştırılmış devlet gücünün tek kişide birleşmesi anlamına gelebilmektedir. Kuşkusuz bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesinin amaçlarıyla bağdaşmamaktadır⁷³.

B. YÜRÜTME ORGANI

Anayasa’nın 8. Maddesi gereğince “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bakanlar kurulu kaldırılarak yürütme organının çift başlı olması değiştirilerek tek başlı olması sağlanmıştır⁷⁴. Bu durum görüş ayrılıklarını ortadan kaldırarak yürütme organının bütün halinde daha verimli ve etkin çalışmasını sağlayabilecektir. Kanaatimizce bu durum etkili bir yürütme organı için olumlu bir gelişmedir. Ayrıca tek başlı yürütme organı Cumhurbaşkanının sorumluluğunu⁷⁵ da gerektirdiğinden dolayı yürütme organının hesap verebilir konuma gelmesi sağlanmıştır. Eski sisteme kıyasla artık yürütme organının sorumsuz bir ayağı yoktur. Böylece siyasi hesap verilebilme netleşmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı sisteminin bu açıdan demokratik hukuk devletinin gereklerini yerine getirmede daha elverişli bir sistem dizayn ettiği ifade edilebilir.

Cumhurbaşkanının kanunlara karşı iptal davası açma yetkisi vardır. Bu yolla Cumhurbaşkanı yasama organının çıkardığı kanunları denetleyebilmekte⁷⁶ ve yasama organını baskıcı bir rejim belirlememe konusunda sınırlandırabilmektedir⁷⁷. Ancak bu husus yürütme organının yasama organına müdahalesi olarak değerlendirilip kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu da düşünülmektedir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamele doğrudan Anayasanın vermiş olduğu yetkiye dayanarak Cumhurbaşkanının gerçekleştirmiş olduğu düzenleyici işlemlerdir. Normlar hiyerarşisinde Cumhurbaşkanlığı kararnamele normal dönemde kanunların altında yer alırken olağanüstü hallerde çıkartılan Cumhurbaşkanlığı kararnamele kanunlarla eşit

⁷³ AKARTÜRK, s. 15

⁷⁴ ATAR, s. 180

⁷⁵ Cumhurbaşkanının sorumluluğu hakkında bkz., DOĞAN Bayram/DOĞAN İdris: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2 (2020), s. 468 – 483.

⁷⁶ ÖZSOY BOYUNSUZ, s. 142-143.

⁷⁷ SÖYLER, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara 2018, s. 45.

seviyededir⁷⁸. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 1982 Anayasasının ilk halinde mevcut iken 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'un kabul edilmesi ile birlikte, yürütmeye dolayısıyla Cumhurbaşkanına yürütmeye ilişkin konularda kararname çıkarma yetkisi verilerek çok geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi tanımıştır. Bu durum ise öğretide yasama yetkisinin daraltıldığı⁷⁹ hatta devredildiği⁸⁰ şeklinde değerlendirilmektedir. 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini sayan 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasına göre, *"Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir"*.

TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki milletvekili Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini, kararnamenin iptali istemiyle, Anayasa Mahkemesine götürebilmektedir. Meclisin olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini onaylama yetkisi yoktur. Olağanüstü hallerde çıkartılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise Anayasa'nın 119'uncu maddesi gereğince Resmi Gazetede yayımlandığı gün TBMM'nin onayına sunulur⁸¹. Olağan dönemde de olağanüstü hallerde de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılması için yetki kanununa ihtiyaç bulunmamaktadır. Aksine TBMM'nin çıkarmış olduğu kanunları Cumhurbaşkanının veto etme yetkisi vardır. Söz konusu veto yetkisi mutlak veto değildir. Ancak veto edilen kanunun kabul edilebilmesi için meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun (301 milletvekili) kabulü gerekmektedir (Ay. md. 89/3)⁸². Cumhurbaşkanına tanınan bu yetki parlamentonun yasama yetkisi üzerinde önemli bir sınırlama olarak değerlendirilebilir⁸³. Eski sistemde ise Cumhurbaşkanı tarafından veto edilen kanunun Meclis tarafından tekrar kabul edilebilmesi için toplantıya katılanların salt çoğunluğu yeterli idi. Bu sebeple eski sistemde geciktirici nitelikte olan veto yetkisi Cumhurbaşkanlığı sistemi ile güçleştirici veto yetkisine dönüşmüştür⁸⁴. Bu durum ise kuvvetler ayrılığı ilkesini ciddi şekilde zedelemektedir.

Venedik Komisyonunun 2017 Türkiye Raporuna göre, anayasa değişikliklerinde, kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden önce gelmesi ve Anayasada kanunla

⁷⁸ DOĞAN, Bayram, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2 (2019), s. 294-295; YILDIRIM, Turhan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 2 (2017), s. 16; GÖZLER, s. 376, 380. Konu hakkında ayrıca bkz. AYDOĞDU, 2019.

⁷⁹ DOĞAN, Bayram, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 3 (2020), s. 997, 998

⁸⁰ KANADOĞLU, Korkut / DUYGUN, Ahmet Mert / BİLGEHAN, Deniz, "Devlet Yapısı Yeniden Düzenlenirken: Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Güncel Hukuk Dergisi, Sayı: 173 (Eylül-Ekim 2018), s. 24-29; KANADOĞLU, Korkut, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", GSÜHFD, Sayı: 2 (2018), s. 642.

⁸¹ DOĞAN, 2019, s. 278-279.

⁸² Nitekim Venedik Komisyonu'na göre, 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen "(...) veto yetkisi son derece önemli bir yasama aygıtını Cumhurbaşkanına teslim etmektedir. Üstelik Cumhurbaşkanı, kendisini desteklemeyen bir meclise karşı Anayasayı değiştiren kanunlar hakkında referandum başlatma münhasır yetkisini de kullanabilir." Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) "2017 Anayasa Değişikliği Hakkında Türkiye Görüşü" (Venedik 10-11 Mart 2017) par.92.

⁸³ AKARTÜRK, s. 14.

⁸⁴ SÖYLER, s. 33, 34.

düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılamayacak olması ilkeleri benimsenmiş olsa da Cumhurbaşkanının TBMM'nin yasama sahasına girmesine engel olacak mekanizmaların, pratikte de işlevini yerine getireceğine dair ciddi şüpheler bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının yeni yetkileri hususunda Türkiye Büyük Millet Meclisinin karşı yetkilerinin yetersiz kaldığı düşünülmekte olup TBMM'nin Cumhurbaşkanının karşısında dengeleyici bir ağırlık olarak durması olasılık dışı görülmektedir⁸⁵.

Mevcut sistemde, bütçe kanun teklifini hazırlamak Cumhurbaşkanının görevleri arasında yer almaktadır. Anayasa'nın 2017 Anayasa değişikliği ile değişik 161'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmüne göre, *"Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifini, mali yılbaşından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar"*. Doktrinde, başkanlık sistemi ile kıyaslanmak suretiyle, bütçe kanun teklifinin Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanıp meclise sunulması, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmesi bakımından eleştirilmiştir⁸⁶. Örneğin, ABD'de başkan Kongreye doğrudan bütçe kanun teklifi sunamaz. Bütçe kanun teklifi mutlaka bir Kongre üyesi tarafından sunulur. Öte yandan değişik 161'inci maddede Cumhurbaşkanı tarafından teklif edilen bütçe kanununun TBMM tarafından (geciktirilmesinin aksine) reddedilmesinin sonuçlarından bahsedilmemiştir. Bunun anlamı, Cumhurbaşkanının her hâlükârda önceki yılın bütçesini yeniden değerlendirme oranına göre uygulayacağıdır⁸⁷. Bu da TBMM'nin Cumhurbaşkanı üzerindeki önemli bir denetim mekanizmasından mahrum bırakıldığı anlamına gelmektedir⁸⁸.

1982 Anayasasının 104'üncü maddesinde, Cumhurbaşkanının *"Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milleti'nin birliğini temsil"* edeceği ve *"Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını"* temin edeceği hüküm altına alınmıştır. Cumhurbaşkanının varsa partisi ile ilişkisinin kesileceğine ilişkin eski 101'inci madde hükmünün ilgası ile birlikte, partili bir Cumhurbaşkanının taraf olmaksızın 104'üncü madde de gösterilen temsil ve temin yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği tartışmalı görülmektedir. Venedik Komisyonu tarafından da bu hususa dikkat çekilmiş olup, belirli bir siyasi partiye yakın bağlılığı olan⁸⁹ bir kişinin, böyle bir görevi üstlenip üstlenemeyeceğinden kuşku duyulduğu ifade edilmiştir.

Seçimlerin yenilenmesi ile ilgili önemli diğer bir husus ise, Cumhurbaşkanının görev süresine ilişkindir. Mevcut anayasal düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanının görev süresi 5 yıl olup, bir kimse yalnızca iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilmektedir. Ancak Cumhurbaşkanının seçilmiş olduğu ikinci dönem içerisinde TBMM tarafından seçimlerin

⁸⁵ 875/2017 No'lu Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Görüşü, 13, ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdl-ad(2017)005-e), 15.06.2020).

⁸⁶ ESEN, Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4 (2016), s. 57; DOĞAN, 2020, s. 991-993

⁸⁷ ATAR, 183; ÖZTÜRK, s. 326.

⁸⁸ DOĞAN, 2020, s. 991-993

⁸⁹ Türkiye'deki yeni sistemde Cumhurbaşkanının bir partiye yakınlığı değil doğrudan yöneticisi ve tek etkili lideri konumda olan siyasi partiler kanunu ve seçim sistemi söz konusudur. Dolayısıyla bu anlamda Cumhurbaşkanının siyasi konularda bağımsız veya tarafsız olması söz konusu değildir. Hatta beklenmemelidir. Nitekim Cumhurbaşkanı bir partinin genel başkanıdır.

yenilenmesine karar verilmesi durumunda Cumhurbaşkanına bir kez daha aday olma imkânı verilmiştir. 116'ncı maddede yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanına üçüncü kez Cumhurbaşkanı olma yolu açılmıştır. Hatta bu mekanizmanın işletilmesi ve TBMM'nin her seferinde seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde Cumhurbaşkanının sınırsız bir süre boyunca görevde kalması da ihtimal dahilinde görülmektedir. Başkanlık sistemi üzerine çalışmasında Linz, başkanın geniş ve kapsamlı yetkisinin karşısında, seçilme sayısının sınırlanmamasının güvenli olmadığını ifade etmiştir⁹⁰.

Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları, üst kademe kamu yöneticilerini, değişik 104'üncü madde gereğince atayabilmekte ve görevlerine son verebilmektedir. Yürütme organının teşkilat yapısını oluşturmak Cumhurbaşkanının yetkisi dahilindedir. Anayasanın 123. Maddesi gereğince de kamu tüzel kişiliği kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilmektedir. Dolayısıyla yürütme organının kuruluşu ve düzenlenmesi eski sisteme göre yasama organından daha bağımsız hale getirilmiştir. Yürütme yetkisine ilişkin konular Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecektir. Dolayısıyla yürütme organına bir yetki tanınması konusunda yasama organının irade ortaya koymasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁹¹. Bu durum yürütme organına çok hızlı ve serbest işlem yapabilme kabiliyeti tanımaktadır. Devlet organların birbirlerini denetlemesi ve güçlerini sınırlandırması açısından bu durum sakıncalı görülebilecektir. Ancak temel haklar, kişi hakları ve ödevleri veya siyasi haklar ve ödevler hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacak olması kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel amacını koruduğundan yürütme organının bu yetkisinin çok sakıncalı olmadığı kabul edilebilir. Ayrıca kanunla düzenlenmiş bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkartılamayacaktır ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş bir konuda kanun çıkartılması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz kalacaktır⁹². Bu açıdan yeni sistemin yasama organını sınırlandırmak yerine meclisin yasama iradesini ortaya koyana kadar yürütme organına işlem yapma imkanı tanıdığı şeklinde değerlendirilebilir.

Meclis üyesi olmamalarına rağmen Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve bakanlar, görevde buldukları süre boyunca Anayasanın 83'üncü maddesinde öngörüldüğü üzere yasama dokunulmazlığından faydalanabilmektedir. Yasama dokunulmazlığının milletvekili olmayan bakanları da kapsayacak şekilde genişletildiği anlaşılmaktadır. Bununla beraber, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar hakkında meclis soruşturması açılabilmesi "*görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından*" mümkün kılınmıştır. Yürütme işlevini yerine getirmek üzere göreve gelmiş olan kamu görevlilerine yasama dokunulmazlığı verilerek, ceza sorumluluklarını sınırlandırmak Venedik Komisyonunun da belirttiği haliyle, "*demokratik bir sistemde meşru bir durum olarak görülememektedir*".

Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar, siyasi açıdan sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Ancak TBMM, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara yazılı olarak

⁹⁰ LINZ, Juan J, "The Perils of Presidentialism", Journal of Democracy, C. 1 (1990), s. 66.; ATAR, s. 179

⁹¹ KÜÇÜK, Adnan / DOĞAN, Bayram, "Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi Ve Mahfuz Düzenleme Alanı", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1 (2019), s. 12-13

⁹² KÜÇÜK/ DOĞAN, s. 19-25

şoru yöneltebilmektedir. Yürütme organının yasama organına karşı değil doğrudan halka karşı sorumlu olması organlar arasındaki etkileşimi azaltmaktadır. Her bir organın bir diğerinden bağımsız olarak bir güç unsuru olarak faaliyet gösterebilmesine katkı sağlayan bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesinin daha katı olarak uygulanmasını sağlayan bir değişikliktir.

C. YARGI ORGANI

Anayasa'nın 9. maddesine göre yargı organı bağımsız ve tarafsız mahkemelerden oluşmaktadır. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle bu maddeye "tarafsız" ifadesi eklenmiştir. Yargı organının tarafsız olması yasama veya yürütme organının işlemlerinin denetlenmesi konusunda objektif bir üçüncü kuvvet oluşmasını sağlamaktadır ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin yerine getirilebilmesine katkı sağlamaktadır. Ancak bu durum hakimlerin tarafsızlıklarını kaybettikleri iddiasıyla kolayca görevden alınabilecekleri düşüncesini de doğurmaktadır⁹³. Bu iddiaya karşı bir denetim mekanizması öngörülmediği takdirde söz konusu düzenlemenin yargının bağımsızlığını yok etmeye yönelik kullanılabileceği Venedik Komisyonunun raporunda da yer almıştır⁹⁴. Her ne kadar Anayasaya eklenen tarafsızlık ibaresinin belli bir eksikliğe işaret ettiği düşünülmüş⁹⁵ olsa da kanaatimizce bu bakış açısı doğru değildir. Yasama ve yürütme organı arasında önemli bir fren ve denge işlevi gören yargı organının bağımsız ve tarafsız olması bir zaruriyettir ve bu zaruriyetin en temelde anayasada yer alması gayet tabiidir. Yargı organının doğası gereği bağımsız ve tarafsız olması gerekliliği bu durumun anayasada düzenlenmemesi gerektiği şeklinde yorumlanamamalıdır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak yargı organının kuruluş ve işleyişine diğer organların müdahale edememesi gerekmektedir. Yargı organının işleyişi bu konuda anayasa tarafından güvence altına alınmıştır. Anayasanın 138. maddesine göre hakimler bağımsız bir şekilde karar vereceklerdir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında açıkça "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz*" hükmü yer almaktadır. Bu sebeple yargı organı yasama ve yürütmenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyen üçüncü bir kuvvettir.

Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesinin 15 hâkiminden 12'sinin atamasını yapmaktadır. Bu atama işlemi, ABD Başkanlık sisteminde olduğu gibi meclisin onayına, denetimine tabi bir atama değildir⁹⁶. ABD'de tüm Yüksek Mahkeme Yargıçları ve hatta federal yargı teşkilatının tüm hâkimleri, başkan tarafından aday gösterilerek ABD Senatosunun tavsiyesi ve onayıyla görev başına gelmektedir (ABD Anayasası, m. 2). 2017 anayasa değişikliği sonrasında Anayasa Mahkemesinin 15 üyesinden 12'sinin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi parlamenter veya başkanlı parlamenter hükümet sistemlerine daha uygun görülmektedir⁹⁷. Ancak Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı doğrudan yürütmenin başı olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasaya uygunluğunu

⁹³ DOĞAN, 2017, s. 24

⁹⁴ DOĞAN, 2017, s. 24

⁹⁵ DOĞAN, 2017, s. 23, 24

⁹⁶ DOĞAN, 2017, s. 30

⁹⁷ ERTAŞ, s. 353

denetleyen yüksek yargı üyelerinin neredeyse tamamının Cumhurbaşkanı tarafından atanması ve söz konusu atamanın TBMM'nin denetiminden geçmemesi kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelemektedir. Yeni hükümet sistemi ile Cumhurbaşkanı Cumhurbaşkanlığı kararname yoluyla asli düzenleyici yetkiye kavuşmuştur. Mevcut sistem dolayısı ile Cumhurbaşkanlığı kararname sisteminin anayasaya uygunluğunun denetiminin problemlili bir konumda olduğu kanaatindeyiz. Problemin çözümü olarak da Anayasa Mahkemesi üyelerinin milletvekili sayısının nitelikli çoğunluğuyla atanması⁹⁸ düşünülebileceği gibi ABD sisteminde olduğu gibi Cumhurbaşkanının yaptığı atama işlemlerinin TBMM'nin onayına sunulması da düşünülebilir.

Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun 13 üyesinden biri Adalet Bakanı olup Kurulun başkanı sıfatını taşımaktadır. Adalet Bakanı yardımcısı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun 4 üyesi de doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Bu durumda Hakimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) da on üç üyeden altısı doğrudan yürütme organından çıkmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar yargının işlemlerinde bağımsız olduğu anayasal olarak düzenlenmiş olsa dahi yargı organının oluşumunda Cumhurbaşkanı büyük bir rol oynamaktadır. Bu durum uygulamada yargının bağımsızlığını zedeleyebilecek bir durumdur. Nitekim eski sistemden farklı olarak Cumhurbaşkanı Adalet Bakanının ve Adalet Bakan yardımcısının hiyerarşik amiri konumundadır⁹⁹. Bu noktada HSK'nın yargısal faaliyette bulunan bir kurum olmadığına da dikkat etmek gerekmektedir. Kurul yargısal faaliyette bulunmadığından Adalet Bakanı ve yardımcısının kurulda yer almasının ve Cumhurbaşkanının bu kişiler üzerinde hiyerarşik yetkisinin bulunmasının yürütmenin yargıyı etkisi altına alması olarak değerlendirilmesi doğru olmaz. Üye seçimlerinin de TBMM ve Cumhurbaşkanı arasında dengeli bir dağılımı olduğu göz önüne alındığında kanaatimizce HSK'nın yapısı kuvvetler ayrılığı ilkesinin katı uygulanması açısından uygun bir konumdadır.

SONUÇ

Kuvvetler ayrılığı ilkesi insan haklarını ve bireysel özgürlükleri güvence altına almayı amaçlayan bir sistemdir. Adil bir yönetimin sağlanması, keyfi uygulamaların önüne geçilmesi ve iktidarın diktatörlüğe dönüşmesinin engellenmesi kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel hedefleridir. Bu sebeple kuvvetler ayrılığı ilkesi anayasal devletin vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu ilke gereği devlet fonksiyonları farklı organlara dağıtılarak bu organların birbirlerini denetlemeleri sağlanır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için devlet fonksiyonlarının güç dengesi oluşturacak şekilde dağıtılması gerekmektedir. Teorik olarak kuvvetlerin ayrılığı kabul edilse dahi devlet otoritesinin tek merkezde toplanması bireysel özgürlükleri zedeleyecektir. Bu açıdan organlardan birisine diğer organların üstünde yetkiler tanınması sakıncalıdır. Aynı şekilde herhangi iki organa ait yetkilerin bir organda birleşmesi de sistemin çalışmamasına neden olacaktır. Bu sebeple organların yetki dağılımı dengeli ve net bir şekilde yapılmalıdır. Organların birbirleri ile etkileşimi kapsamında düzenlenen fren ve kontrol mekanizmaları da organlar arasındaki güç dengesinin korunmasını sağlamalıdır.

⁹⁸ ERTAŞ, s. 353

⁹⁹ ERTAŞ, s. 358

16.04.2017 tarihli halk oylaması ile gerçekleştirilen anayasa değişikliğiyle Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş yapılmıştır. Kurulan yeni hükümet sistemi kendine özgü denge ve denetim mekanizmaları barındırmaktadır. Bu sistem parlamenter sistemden ayrıldığı gibi başkanlık sisteminden de farklı bir yapısı vardır. 2007 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı’nın halk tarafından seçilmesi Türkiye’de uygulanan sistemi parlamenter sistemden uzaklaştırmıştır. 2017 yılı değişiklikleriyle de sistem köklü değişiklikler geçirmiştir.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanının ve Meclisin ayrı seçimlerle halk tarafından seçilmesi kuvvetler ayrılığını kuvvetlendiren bir durumdur. Ancak partili Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile meclis seçimlerinin aynı gün yapılması siyasi çoğunluğu sağlayan partinin hem yürütme organını hem yasama organını elde etmesi anlamına gelir. Meclisin veya Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde görevlerinin birlikte düşmesi ve seçimlerin yine aynı günde yapılması da siyasi çoğunluğu elinde tutan partinin her iki organı da elde etmesi sorununu ortaya çıkarabilecektir. Cumhurbaşkanı bu yetkiyi tek başına kullanabildiği için yeteri kadar siyasi güce sahip bir Cumhurbaşkanı, bu yetkiyi meclisin kendi istediği görüşe uygun olarak şekillenmesi amacıyla kullanabilecektir. Bu durum ise mevcut sistemi çoğunlukçu demokrasiye yaklaştırır. Mevcut durum yasama ve yürütme organının uyumlu çalışması açısından oldukça önemli bir düzenlemedir ve bu iki organın birbirlerine ters olmaları devlet yönetimini zorlaştıracaktır. Ancak bu uyumluluğun sağlanması kuvvetler ayrılığı ilkesinden taviz verilerek gerçekleştirilmiştir. Oysa milletvekili seçimleri ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin farklı zamanlarda yapılması kuvvetler ayrılığı ilkesini kuvvetlendirecektir. Ayrıca Meclis’in seçimleri yenileme kararı alabilmesinde aranan nitelikli çoğunluk şartına bir denge mekanizması olarak Cumhurbaşkanlığı kararının halk oylamasına sunulması öngörülebilir. Bu sayede yetkinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı doğrudan halk tarafından denetlenmiş olacaktır.

Yeni sistemde teorik olarak yürütme organının üyelerinin yasama faaliyetlerine katılmaları mümkün değildir. Ancak siyasi çoğunluğu sağlayan partili Cumhurbaşkanı istediği kanunların çıkartılmasını kolayca sağlayabilecektir. Bu durumun temel sebebi Türkiye’deki disiplinli parti yapılarıdır. Anayasada ve siyasi partiler kanununda yapılacak değişikliklerle Cumhurbaşkanının yasama organını etkisi altına alması ihtimalinin engellenmesi sağlanabilir. Bu sebeple Cumhurbaşkanı seçilen kişinin parti ile ilişkisi devam etse dahi parti içerisindeki etkinliği azaltılabilir, parti başkanlığı gibi görevleri alamaması düzenlenebilir. Cumhurbaşkanının siyasi parti içerisindeki görevlerinden arınması daha fazla zamanını Cumhurbaşkanlığı vazifelerine ayırabilmesine de katkı sağlayacaktır.

Anayasada Cumhurbaşkanına kanunla düzenlenmemiş konularda asli olarak düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Yasama organının yetkisinde olan bir konu bu durumda yürütme organına devredilmiş durumdadır. Cumhurbaşkanı yasama organının iradesine ihtiyaç duymadan ve herhangi bir kanuna tabi olmadan düzenleyici işlem tesis edebilecektir. Bu şekilde çıkartılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM’nin onayına sunulması da gerekmemektedir. Ayrıca yasama organının çıkardığı kanunlar Cumhurbaşkanının onayına sunulmaktadır. Cumhurbaşkanının buradaki veto yetkisi ise güçleştirici veto olarak değiştirilmiştir. Kuşkusuz bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesine

aykırıdır. Bu nedenle de Anayasada yapılacak değişiklikle Cumhurbaşkanının güçleştirici veto yetkisi geciktirici vetoya dönüştürülmelidir.

Bütçe kanunu da yasama organının yürütme organını denetlemesi için önemli bir araçtır. Ancak bütçe kanununun onaylanmaması halinde önceki yılın bütçe kanununun arttırılarak kullanılabilmesi bu denetim imkanını da zayıflatmaktadır. Bu durum ise kuvvetler ayrılığı ilkesinin amaçlarının gerçekleştirilmesini engelleyecektir. Kaanatimizce süresi dolmuş bütçe kanunu yürütme organı tarafından uyarlanarak yeniden yürürlüğe konulamamalıdır. Yasama organına ait bu önemli yetkinin zayıflatılması suretiyle yasama organı güçsüzleştirilmemelidir. Yasama organının yürütme organını denetlemesinin bireysel özgürlükleri güvence altına alma amacı taşıdığı unutulmamalı ve bütçe kanununun Meclis onayından geçmesi bağlayıcı bir denetim mekanizması olarak kalmalıdır.

Yargı organı yasama ve yürütme organlarının hukuka uygun davranmasını denetlemekle görevli organdır. Yargı organındaki önemli yüksek yargı kurumlarının atama işlemlerinin Cumhurbaşkanı tarafından yapılması yargının bağımsız ve tarafsızlığına gölge düşürebilecektir. Keza bu anılan atamalar yürütme organını, yasama ve yargı organı karşısında da güçlü ve daha etkili bir konuma getirmektedir. Bu durum ise kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olacak dolayısıyla Türkiye'nin demokratik hukuk devleti özelliğini zedeleyebilecektir. Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesine atanan 12 üyenin atama işlemlerinin TBMM'nin onayına sunulması devlet güçleri arasında bir dengenin kurulmasına hizmet edecektir. Bu şekilde bir düzenleme yargının yürütme organından bağımsızlığının güvence altına alınmasına da yardımcı olacaktır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasaya uygunluğunun denetiminin de daha tarafsız ve bağımsız yapılmasının imkanı sağlanmış olacaktır. HSK üyelerinin bir kısmı TBMM tarafından atanırken bir kısmı da Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Bu kurum içerisinde güç dağılımı daha dengeli düzenlenmiştir. Siyasi çoğunluğu elde eden siyasi parti mevcut sistemde hem yasama organını hem yürütme organını elde edebilmektedir. Yüksek yargı mensuplarının atama usullerinden dolayı yasama ve yürütme organlarını ele geçiren siyasi çoğunluk yargı organını da kendi tercihi doğrultusunda atayabilecektir. Bu durum kuvvetler birliği yapısına neden olup insan haklarının ihlal edilmesi riskini taşımaktadır. Söz konusu riskin önlenmesi ya disiplinli parti yapılarının oluşmasını engelleyecek şekilde Siyasi Partiler Kanunu'nun düzenlenmesine ya da hükümet sisteminin bütün olarak disiplinli parti yapıları gözönünde bulundurularak düzenlenmesine bağlıdır.

Türk tipi başkanlık sistemi olan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin dünya üzerindeki başarılı başkanlık sistemi olarak değerlendirilen Amerikan başkanlık sisteminden farkları değerlendirildiğinde getirilen düzenlemelerin yürütme organı lehine olduğu ve yasamanın bu organ üzerindeki fren ve denge mekanizmalarının zayıflatıldığı görülmektedir. Parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinin şekli anlamda daha katı bir kuvvetler ayrılığı ilkesi öngördüğü doğrudur. Ancak kuvvetler ayrılığı görev ve yetkilerin yalnızca kağıt üzerinde dağılımından ibaret değildir. Çalışma kapsamında çıkarılan sonuç olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesinin kendisinden beklenen faydaları sağlayabilmesi ve amaçlarını gerçekleştirebilmesi devlet güçlerinin birbirlerini sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Uyum içerisinde çalışan,

bireysel hak ve özgürlüklere saygı gösterip onları koruyan demokratik bir yönetimin sağlanabilmesi için organlara ayrılan kuvvetlerin birbirlerinin gücü altında ezilmemesi hukuk devletinin bir gereğidir. Diğer kuvvetlerden ayrılığının katı bir biçimde sağlanması gerekçesi ile yürütme organının güç unsurunun artırılması şüphesiz kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelemektedir. Kendisi etkili bir denetime tabi olmayan yürütme organının diğer organlar üzerinde güçlü denetim mekanizmalarına sahip olması otoritenin tek merkezde toplanması ve keyifleşmesi tehlikesine sebep olabilecektir. Cumhurbaşkanlığı sisteminde de yürütme organının diğer organları gölgede ve hatta tesiri altında bırakması ihtimali söz konusu olabilecektir.

Türkiye Cumhuriyeti, koalisyon hükümetleri ve hükümet krizleri ile derin siyasi ve ekonomik sorunlar ile karşı karşıya kalmıştır. Bu sorunların temel kaynağı olarak görülen parlamenter hükümet sistemindeki değişiklik ile yönetimde istikrar ve temsilde adalet ilkesi çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir. Ancak bu hükümet sistemi neticesinde ve çalışmada da belirtilen hususlar ilerleyen yıllarda sorun alanları barındırabilir. Özellikle siyasi ve ekonomik krizlerin önüne geçmesi öngörülen sistemin yeni krizler barındırması olası olabilir. Bu kapsamda sistemin aksayan, eksik ya da yanlış yönlerinin tekrar değerlendirilerek, Anayasada ve siyasi partiler kanununda düzenlemelere ihtiyaç olduğu değerlendirilmektedir. Lord Acton'ın 1850'lerde söylediği gibi, **“güç yozlaştırır, mutlak güç mutlaka yozlaştırır.”**

KAYNAKÇA

AKARTÜRK, Ekrem Ali, "2017 Anayasa Değişikliğinin Parlamentosuzlaştırma Etkisi Üzerine", YÜHFD, Cilt: 15, 2020, ss. 1-25.

ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ARSLAN, Rıza, Kuvvetler Ayrılığı Teorisi ve Uygulanan Örnekleri, Dora Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

AYDOĞDU, Yasin, "Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemleri Üzerine İncelemeler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 31, 2017, ss. 691-720

AYDOĞDU, Yasin, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı İşlemleri, Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi", Yıl: 9, Sayı: 1, 2019, ss. 86-93

BARBER, Nicholas W., "Prelude to the Separation of Powers", Cambridge Law Journal, Vol.: 60, No.: 1, 2001, pp. 59-88.

BAŞGİL Ali Fuat, Esas Teşkilat Hukuku, Cilt: I, Yağmur Yayınevi, İstanbul, (1960 Tarihli Basıdan Tıpkı Basım), 2019.

BRADLEY, A. W/ EDWING, K. D., Constitutional & Administrative Law, 15th Edition, Pearson Education Limited, Harlow, 2011.

CHEMERINSKY, Erwin, Constitutional Law, 4th Edition, Walters Kluwer, Newyork, 2011.

DOĞAN, Bayram, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2019, ss. 273-298.

DOĞAN, Bayram, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, Cilt: 28, Sayı: 3, ss. 965-1003.

DOĞAN, İlyas, "Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliğinin İrdelenmesi", Dört Kıtada Başkanlık Sistemi (Ed. İlyas Doğan ve Serdar Ünver), Astana Yayınları, Ankara, 2017.

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.

ERTAŞ, Türker, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ESEN, Selin, "2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2016, ss. 45-73.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 22. Baskı, Bursa, 2018.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

GÜLENER, Serdar, “Başkanlık Sisteminde Denge ve Denetleme”, Türkiye’de Başkanlık Sisteminin Dönüşümü ve Cumhurbaşkanlığı Sistemi (Ed. Nebi Miş ve Burhanettin Duran), 13. Baskı, Seta, İstanbul, 2017.

HAYEK, Friedrich August, “The Constitution of a Liberal State”, *Il Politico*, Vol.: 32, No.: 3, 1967, pp. 455-461.

HAZIR, Hayati, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, Selçuk Üniversitesi Yayınları No.83, Konya, 1990.

HIŞIM, Selin, “Kuvvetler Ayrılığı ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2019.

İNCE, Aykut, “Kuvvetler Ayrılığı Bağlamında Parlamenter Sistem ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Karşılaştırmalı Analizi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ardahan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ardahan, 2018.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 11. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KANADOĞLU, Korkut / DUYGUN, Ahmet Mert / BİLGEHAN, Deniz, “Devlet Yapısı Yeniden Düzenlenirken: Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül-Ekim 2018, Sayı: 173, ss. 24-29.

KANADOĞLU, Korkut, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *GSÜHFD*, Sayı: 2, 2018, ss. 637-650.

KUZU, Burhan, Her Yönü ile Başkanlık Sistemi, 6. Baskı, Babıali Kültür Yayıncılığı, İstanbul, 2016.

KÜÇÜK, Adnan / DOĞAN, Bayram, “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi Ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1, 2019, ss. 1-59.

LİNZ, Juan J, “The Perils of Presidentialism”, *Journal of Democracy*, Vol.: 1, 1990, pp. 51-69.

MASTERMAN, Roger, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZBUDUN, Ergun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZKAN DUVAN, Ayşe, “Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke ve Montesquieu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı: 1, 2019, ss. 35-60.

ÖZSOY BOYUNSUZ, Şule, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitabevi, İstanbul, 2017.

ÖZTÜRK, Namık Kemal, *Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

PLATON, *Yasalar* (Çev. Candan Şentuna- Saffet Babür), Kabalıcı Yayıncılık, İstanbul, 2012.

SARTORI, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği* (Çev. Prof. Dr. Ergun Özbudun), Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Giriş, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2011.

SÖYLER, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, 17. Basım, İstanbul, 2018.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 23. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ULUŞAHİN, Nur, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.

WALDRON, Jeremy, "Separation of Powers in Thought and Practice", Boston College Law Review, Vol.: 54, No.: 2, 2013, pp. 433-468.

YAYLA, Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

YILDIRIM, Turhan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 2, 2017, ss. 1

HAKLARIN ÇATIŞMASI VE DENGELENMESİ BAĞLAMINDA ÇOCUKLARA YÖNELİK ZORUNLU AŞI UYGULAMASI

(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)*

Dr. Öğr. Üyesi Fatmagül KALE ÖZÇELİK**

ÖZ

Çocukları ilgilendiren herhangi bir konuda, karar veren kimseler öncelikle onların aileleridir. Dolayısıyla ailelerin rızası hilafına çocukları üzerinde başka kimseler tasarrufta bulunamaz. Hukuk sistemlerinin velayete bağlı olarak açıkladığı bu genel kuralın istisnalarının bulunduğu durumlar söz konusudur. Örneğin, kamu sağlığının ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, devletler ailelerden kendi çocukları üzerinde aksi yönde tasarrufta bulunmalarını isteyebilirler. Zorunlu aşı politikasını kabul etmeyen ailelerin çocuklarına aşı yapılması bunun örneğidir. Bu gibi durumda toplumsal menfaat karşısında çocuğun veya ailesinin hak talepleri doğar. Bireysel hak ve özgürlüklerin toplumsal menfaatlerle çatıştığı bu durumda, dengelemenin nasıl sağlanacağı önemlidir. Çalışmamızda da, çocuklara yönelik zorunlu aşının doğurduğu hakların çatışması ve bu çatışmanın dengelenme yöntemi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hakların çatışması, hakların dengelenmesi, zorunlu aşı, çocuk hakları.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11/08/2020

Kabul Edildiği Tarih: 10/12/2020

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: fatmagulkale@gmail.com

ORCID: 0000-0002-8700-2150

COMPULSORY VACCINATION FOR CHILDREN IN THE CONTEXT OF CONFLICT AND BALANCING OF RIGHTS

(A Review Under The European Convention on Human Rights)

ABSTRACT

In any matter that concerns children, the decision makers are primarily their families. Therefore, nobody can decide on their children for the consent of the families. There are exceptions to this general rule, which legal systems explain in relation to custody. For example, states may make decisions differently from families to protect public health or the rights freedoms of others. An example of this is the vaccination of children's families who do not accept the compulsory vaccination policy. In such a case, the claims of the child or family arise against the social interest. It is important how to achieve balance when individual rights and freedoms conflict with social interests, In our study, the conflict of rights caused by compulsory vaccination against children and method of balancing this conflict will be discussed.

Keywords: Conflict of rights, balancing of rights, compulsory vaccination, children's rights.

GİRİŞ

Bir hukuki ihtilafın varlığı halinde, karşı karşıya gelen birbirinden farklı değerler (menfaat/çıkar) bulunur. Her bir değer, karşısındaki değere üstünlük iddiası ve geçerlilik talebi söz konusudur. İnsan Hakları Hukuku'nda bu durum, hakların çatışması şeklinde ortaya çıkar ve bu halde birbirine karşı üstünlük iddiasında bulunan çeşitli hak talepleri olduğu görülür. Çocuklara yönelik zorunlu aşı politikası da, bahsi geçen çatışma tipinin en güzel örneklerinden birisidir. Çünkü hem çocukların ve ebeveynlerin haklarını hem de devletin toplumsal sağlığı koruma yükümlülüğünün karşı karşıya geldiği çatışma halini doğurur. Çatışma hallerinde, hukuk düzenlerinden ve mahkemelerden çatışmayı ortadan kaldırması beklenir. Örneğin ülkemizde Anayasa Mahkemesi, hukukilik şartını yerine getirmediğinden ötürü, zorunlu aşı konusunda ebeveynin haklarına öncelik tanıyarak, onların rızası hilafına uygulanacak bir aşının hak ihlaline sebebiyet verdiğini karara bağlamıştır. Bu doğrultuda, yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar aşı karşıtı ailelerin talepleri ülkemizde geçerlilik kazanmıştır. Ancak son yıllarda, aşı karşıtlığı hareketine bağlı olarak bebeklik döneminde aşı ile önlenebilir hastalıkların yaygınlaştığı, devletler tarafından aşı takvimlerinin değiştirildiği gözlenmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün bu konuda yayınladığı raporundaki veriler çarpıcıdır. Örneğin 2015 tarihli Raporu'nda¹, aşı karşıtı hareket nedeniyle dünya genelinde her beş çocuktan birinin rutin hayat kurtaran (routine life-saving) aşıları olmadığını ve bu nedenle tahmini bir buçuk milyon çocuğun her yıl mevcut aşılarla önlenebilecek hastalıklardan öldüğünü belirtmiştir. Yine kızamık gibi bulaşıcı hastalığın aşı karşıtı hareketin sonucu olarak yaygınlaştığına ve ölümlerin olduğuna raporda yer verilmiştir.

Bir hastalığın bulaşıcı hale gelmesi durumundaysa, üçüncü kişiler, devletlerin toplum sağlığını korumasını ve hastalığı sona erdirmesini bekler. Bu doğrultuda kimi devletler, aşıları çocuklar için zorunlu kılan önlemler almaktadır. Alınan önlem karşısında, ilgili devlette aşı karşıtı ailelerin talepleri ise göz ardı edilir. Aynı anda farklı taleplerin ve farklı uygulamaların olduğu bu çatışma halinin insan hakları perspektifiyle ele alınması önemlidir. Çalışmamızın amacı da, zorunlu aşı politikasının çocuklar, aileler ve devletler nezdinde doğurduğu hak ve yükümlülükleri belirlemek ve bunların dengelenme yöntemini İnsan Hakları Hukuku açısından ortaya koymaktır.

1. HAKLARIN ÇATIŞMASI VE DENGELENMESİ

İnsan Hakları Hukuku'nda hakların çatışması, bir hakkın koruduğu değer (menfaat(in)/çıkarın), diğer bir değerle karşı karşıya gelmesi durumudur. İki değer karşı karşıya gelmesi durumu ise çeşitli şekillerde ortaya çıkar. Karşı karşıya gelen değerler, hakkın kendi içinde koruduğu değerler olabileceği gibi, farklı iki hakkın koruduğu değerler de olabilir ya da bir hakkın koruduğu değerle kamusal bir menfaatin karşılaşması da olabilir. Bu nedenle, hakların çatışması yalnızca iki farklı hakkın karşı karşıya gelmesi şeklinde ortaya çıkmaz. Aynı hak içinde de ortaya çıkabilir; hak ile kamusal menfaatin çatışması şeklinde de olabilir. Aynı değer iki farklı hak içinde korunması ise hak çatışması değildir. Bu durumda hakların yarışması söz konusudur.

¹ Dünya Sağlık Örgütü (WHO), 'Vaccine Hesitancy: A Growing Challenge for Immunization Programmes' 18 Ağustos 2015, <https://www.who.int/news-room/detail/18-08-2015-vaccine-hesitancy-a-growing-challenge-for-immunization-programmes>, (20.03.2020).

Hakların yarışması durumunda, hakların arasında genel-özel hüküm ilişkisi kurularak, dengeleme yoluna gidilmektedir².

Çatışma durumunda ise hakların dengelenmesi meselesi önemlidir. Nitekim dengeleme, çatışmanın çözümlenmesi demektir. Hakların dengelenmesi, kolay bir yöntem değildir. Çünkü söz konusu dengeleme süreci, korunan değerlerden birisinin diğerine göre öncelikli hale gelmesini zorunlu kılar. Bu ise haklar arasında hiyerarşi doğurma riskini taşır.

A. Çatışma Türleri ve Dengeleme Yöntemleri

Hakların çatışması, genel olarak, üç şekilde ortaya çıkar³. Birincisi, hak çatışması bir hakkın kendi içinde gerçekleşir. İkincisi, hak çatışması iki farklı hak arasında olabilir⁴. Haklar sadece haklarla çatışmaz; başka değerlerle de çatışabilir⁵. Bu nedenle üçüncü çatışma şekli, haklarla kamusal menfaatlerin karşı karşıya gelmesi şeklinde ortaya çıkar.

İlk çatışma hali, bir hakkın kendi koruduğu değerlerin karşı karşıya gelmesi durumudur. Burada söz konusu olan hak, farklı tarafların sahip olduğunu iddia ettiği aynı haktır. Diğer bir deyişle, bu çatışma türü, tarafların aynı hakkın koruduğu değerlere aynı anda sahip olduklarını iddia etmeleridir. Bu hususu açıklayacak en güzel örnek, iki grubun aynı mekânda ve saatte toplantı ve gösteri hakkını kullanmaları talebi olabilir. Aynı yerde ve aynı zamanda iki grubun gösteri yapma isteği, iki grubun toplantı ve gösteri haklarının çatışmasına neden olur⁶.

Söz konusu çatışma türü, en fazla özel yaşama saygı hakkını ilgilendirir. Nitekim özel yaşama saygı hakkı bünyesinde birden çok korunan hukuksal değer vardır ve farklı öznelerin aynı anda sahip olabileceği bu değerler çoğu kez çatışır. Örneğin, eşlerden birisinin çocuk sahibi olma fikrinden sonradan vazgeçmesi buna ilişkindir. Burada her iki eşin de özel yaşama saygı hakları karşı karşıya gelecek ve çatışacaktır. Yine hak içi çatışmaya verilecek örneklerden birisi sağlık hakkıdır. Birden fazla kişinin aynı anda sağlık hizmetlerine erişmek istemesi ve buna mukabil devletlerin kaynaklarının yeterli olmaması dolayısıyla sağlık hakkına ilişkin taleplerin hepsinin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı bir durumda ortaya yine hak içi çatışma çıkacaktır⁷.

² Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının "Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir" şeklindeki 5. fıkrası, Sözleşme'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı karşısında özel hüküm (lex specialis) kabul edilerek, 13. madde altında tekrar inceleme yapılmamaktadır. Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan, Başvuru No. 19233/91, 199234/91, 29.05.1997, para. 73; M.A. ve M.M./Fransa, Başvuru No. 39671/98, 23.11.1999, para. 4.

³ PETER, Andrew, HUTCHINSON, Allan, "Rights in Conflict: The Dilemma of Charter Legitimacy", University of British Columbia Law Review, Vol. 23/3, s. 536-537.

⁴ ZUCCO, Lorenzo, "Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas", Conflicts Between Fundamental Rights, Eva Brems (ed.), Oxford, Intersentia, 2008, s. 26; WALDRON, Jeremy, "Rights in Conflict", The University of Chicago Press, Vol. 99, No. 3, 1989, s. 513-514.

⁵ TURHAN, Mehmet, "Hakların Çatışması", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 701.

⁶ ZUCCO, a.g.e., s. 27.

⁷ WALDRON, a.g.e., s. 514.

Bu gibi çatışma hallerinde, dengeleme oldukça zordur çünkü birbirleriyle bağdaşmaz iki talep söz konusudur⁸. Dolayısıyla taraflardan birisinin hakkı ihmal edilecektir. Yukarıda verilen olaylardan ilkinde, örneğin, ikinci gruba, haktan yararlanma talebini diğer gruptan önce ileri sürmemiş olduğu için farklı yer veya farklı zamanlarda gösteri yapma zorunluluğu getirilecektir. İkinci olayda ise, eşlerden birisinin özel yaşama saygı hakkı açıkça yok edilecektir. Üçüncü olayda ise, acil sağlık sorunu olanlara öncelik verilecektir.

İki farklı hakkın birbiri ile çatışması da mümkündür. Diğer bir deyişle, çatışma haklar arasında da olabilir. Özel yaşama saygı hakkı ile ifade özgürlüğünün ya da adil yargılanma hakkı ile küçüklerin korunması hakkının çatıştığı durumlar olmaktadır. Bu çatışma halinin çözümü de oldukça zordur. Çünkü haklardan birisinin bir diğerine feda edilmesi gerekir. Bu durum, haklar arasında bir hiyerarşi olduğu sonucunu doğurmamalıdır. Nitekim “hakların bölünmezliği ve bütünlüğü” ilkesi gereğince insan hakları arasında bir önem derecesi bulunmaz. Yaşam hakkı gibi ifade özgürlüğü de, adil yargılanma hakkı gibi eğitim hakkı da insanların temel ihtiyaçlarına karşılık gelen haklardır. Ancak uygulamada, bazı haklar yerine diğerini tercih etme zorunluluğu doğabilir⁹. Toplumun haber alma hakkı çerçevesinde basın bir siyasetçiyle ilgili yaptığı haberler buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda basın özgürlüğü, siyasetçinin özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına tercih edilecektir. Devam eden yargılama esnasında o yargılamaya ilişkin ifadeler kullanılması halinde de, adil yargılanma hakkı ile ifade özgürlüğü çatışır¹⁰. Bu durumun dengelenmesi yöntemindeyse ifade özgürlüğü ihmal edilerek, adil yargılanma hakkına öncelik tanınacaktır.

Üçüncü durum ise, hakların diğer kamusal çıkarlarla çatışması halidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, haklar sadece haklarla değil başka değerlerle de çatışabilir¹¹. Örneğin, bir hak ulusal güvenlikle, kamu yararıyla ya da kamu sağlığıyla çatışabilir. Ceza hukuku kapsamında güvenlik güçleri tarafından iletişimin dinlendiği bir durumda, kamu güvenliği ilkesi ile haberleşmenin gizliliği hakkı çatışır.

Bu çatışma türünün çözümünde, diğer bir deyişle dengeleme yöntemi hususunda iki farklı görüş bulunur. İlk görüş, insan haklarının “mutlak” olduğunu kabul eden doğal haklar ekolünün kabul ettiği görüştür. Bu görüşe göre, “mutlak” nitelikte olan insan haklarının varlığı herhangi bir kayda veya şarta bağlanamaz; varlıkları inkâr edilemez, geçersiz hale getirilemez. İstisnai her durumda insan haklarına saygı gösterilmesi gerekir. İnsan hakları ancak ve ancak hakkın kullanımı başkaca bir insan hakkına müdahale etmesi ya da insan haklarını ortadan kaldıracak şekilde kullanılması halinde kısıtlanabilir¹². Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde insan haklarının kamusal menfaatlere

⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Evans/Birleşik Krallık başvurusunda bu durumu açıkça belirtir. Taraflardan birisinin döllenmiş ve dondurularak saklanmış yumurtaların imha edilmesini istediği, diğer tarafın ise yumurtalıklarında kansere dönüşmüş tümörler bulunduğu için anne olabilmek için saklanan yumurtalara ihtiyaç duyduğu başvuruda, Mahkeme her iki tarafında madde 8’de düzenlenen hakları arasındaki çatışmada, birinin diğeriyle tamamen bağdaşmaz nitelikte menfaatleri olduğunu vurgulamıştır. Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No. 6339/05, 10.04.2007, para, 73.

⁹ ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 2. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2011, s. 124.

¹⁰ TURHAN, a.g.e., s. 702.

¹¹ Ibid, s. 701.

¹² ERDOĞAN, a.g.e., s. 108.

mutlak üstünlüğü vardır. Aynı görüşe sahip Dworkin'e göre de, hakların diğer değerler karşısında önceliği bulunur. Çünkü haklar, anayasa ve uluslararası sözleşmelerde düzenlenirler ve hukuk kaynakları sıralamasında en üstte bulunurlar. Bu nedenle haklar diğer iddialar karşısında üstün olmalıdır¹³. Bu görüşün karşısında yer alan diğer görüşe göre ise, insan hakları mutlak nitelikte değildir ve kayıtsız ya da şartsız bir insan hakkı var olamayacaktır¹⁴. Bu görüşe sahip olan Michael Freedman'e göre, doğal haklar her zaman mutlak nitelikte olamazlar. Bir hakkın, başka bir insani veya toplumsal değere yerini bırakmasını gerektiren durumlar olabilir¹⁵.

2. ZORUNLU AŞI UYGULAMASI KAPSAMINDA ÇATIŞAN HAKLAR VE İLGİLİ HAKLARIN DENGELENMESİ

A. Zorunlu ve Gönüllü Aşı Kavramı

Aşı, Sağlık Bakanlığı'nın resmi internet sitesinde yapılan tanıma göre, "insan ve hayvanlarda hastalık yapma yeteneğinde olan virüs, bakteri vb. mikropların hastalık yapma karakterlerinden arındırılarak ya da bazı mikropların salgıladığı zehirlerin (toksinler) etkilerinin ortadan kaldırılarak, geliştirilen biyolojik maddelerdir"¹⁶. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre ise aşı, "birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için vücuda verilen, o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik" şeklinde tanımlanmıştır. Hukuk alanındaysa aşı, tıbbi müdahale¹⁷ olarak açıklanır¹⁸. Bu anlamda aşı, vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaledir¹⁹.

Aşının amacı, belirli bir hastalığa yakalanmadan önce kişilere ulaşıp onların bağışıklık kazanmalarını sağlamaktır. Aşı, vücutta savunma mekanizmasını uyararak, hastalık etkenini tanıyan ve bu etkenle karşılaşıldığında onu yakalayıp yok eden koruyucu

¹³ TUTHAN, a.g.e, s. 701-702.

¹⁴ ÇALI, Başak, "Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions", Human Rights Quarterly, Vol. 29, No. 1, 2007, s. 253.

¹⁵ ERDOĞAN, a.g.e., s. 110.

¹⁶ Sağlık Bakanlığı, <https://asi.saglik.gov.tr/genel-bilgiler/34-a%C5%9F%C4%B1-nedir.html>, (13.05.2020).

¹⁷ Hukuki düzenlemelerde ve doktrinde üzerinde uzlaşmış, yeknesak bir tıbbi müdahale tanımı bulunmamaktadır. Örneğin, Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Ek Protokolününün 2. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Bu protokolün amaçları bağlamında "müdahale" terimi, (i) bir fiziksel müdahaleyi ve (ii) ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi içerir." şeklinde tanımlanmıştır. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 13. maddesinin kapsamı itibarı ile tıbbi müdahale, teşhis, tedavi ve koruma gayesine yönelik faaliyet olarak belirlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tıbbi müdahale, "tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.2015 tarih ve 2013/1789 sayılı bireysel başvuru kararında ise tıbbi müdahale, "hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetler" olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise tıbbi müdahale, dar anlamıyla tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından fiziksel ya da psikolojik rahatsızlıkların teşhisi, tedavisi ve/veya önlenmesine yönelik faaliyetler olarak tanımlanmıştır. ATAK, İsmail, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", TOTBİD Dergisi, 2020, s. 19.

¹⁸ ŞİMŞEK, Uğur, "Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 3535.

¹⁹ AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1789, Karar Tarihi: 11.11.2015, para. 52.

maddelerin (antikorlar) oluşmasını sağlar. Bu şekilde aşılana kişi aşılandığı hastalıklara karşı bağışık yani dirençli olur. Oluşan direnç genellikle ömür boyu vücutta kalır ve hastalık etkeni ile karşılaşınca onu etkisiz kılmak için savaşır²⁰.

Aşılar, zorunlu ve gönüllü (yapılması zorunlu olmayan) aşılar olmak üzere ikiye ayrılır²¹. Zorunlu aşıların, ilgili kişilere yapılması zorunludur. Bu aşı türünde, kişilerin iradelerine ve tercihlerine devlet tarafından bir kısıtlama getirilmektedir. Örneğin çocuklar için zorunlu aşı doktrinde Haverkate tarafından, “hukuki veya ekonomik bir yükümlülük olup olmadığına ve ailelerinin aşılana kabul edip etmeme tercihine bakılmaksızın her çocuğun kanun gereği aşılana” olarak tanımlanır²². Gönüllü aşı ise, uygulanacak olan aşının kişinin kendi tercihine bırakılmasıdır. İlgili aşı, aşı takviminde yer alır ancak kişilerin aşı yapılması tercihlerine bırakılır. Kişiler, kendi iradeleriyle aşığı onaylayabilirler ya da reddedebilirler. Esasen zorunlu aşı türünde de kişilerin rıza göstermeleri aranır ancak reddetmeleri halinde bazı yaptırımlar öngörülür²³. Bu yaptırımlar, aşığı reddeden aileler hakkında cezai ya da idari yaptırım uygulanması şeklinde olabileceği gibi çocukların eğitim kurumlarına kabul edilmemesi şeklinde de olabilmektedir. Örneğin Avustralya, İtalya, Fransa ve Çek Cumhuriyeti’nde zorunlu aşıları yapılmamış olan çocuklar, eğitim kurumlarına kabul edilmemektedir. Bu ülkelerden Avustralya’da aşılana bir çocuğu eğitim kurumuna kayıt eden idareye; İtalya’da ise zorunlu aşıları yaptırmayan ailelere para cezası uygulanır. Bazı ülkelerde ise zorunlu aşı politikası kabul edilmemiştir. Örneğin, Avusturya, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Almanya, İrlanda, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallık’ta zorunlu aşı bulunmamaktadır²⁴.

Türkiye’de ise çocuklara uygulanan aşının zorunlu ya da gönüllü olduğu tartışmalıdır. 2015 yılında Anayasa Mahkemesi’nin kararından önce, Umumi Hıfzıssıhha Kanun’un ilgili maddelerine dayanılarak çocuklara uygulanan aşılar, zorunlu olarak kabul edilmekteydi. Buradan hareketle, çocuklarına aşı yapılmasını reddeden aileler, İl Sağlık Müdürlüğü tarafından çocuğa yönelik ihmal veya istismar olduğu iddiasıyla savcılık makamına şikâyet ediliyordu²⁵. Anayasa Mahkemesi’nin çocuklara uygulanan zorunlu aşıların kanuni dayanağının olmamasından dolayı vücut bütünlüğünün ihlal edildiğini tespit ettiği karardan²⁶ sonra ise zorunlu aşı anlayışı değişmiştir. Bu kapsamda, aşıların

²⁰ Sağlık Bakanlığı, <https://asi.saglik.gov.tr/genel-bilgiler/34-a%C5%9F%C4%B1-nedir.html>, (13.05.2020).

²¹ AVCI, Ercan, “Çocukluk Dönemi Aşılarına İlişkin Karşılaştırmalı Bir Analiz: Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye”, *Liberal Perspektif: Analiz*, Sayı:9, Ağustos 2017, s. 7.

²² HAVERKATE, M., D’ANCONA F., GIAMBI C. vd., “Mandatory and Recommended Vaccination in the EU, Iceland and Norway: Results of the VENICE 2010 Survey on the Ways of Implementing National Vaccination Programmes”, www.eurosurveillance.org, (13.05.2020), s. 2.

²³ KASAPOĞLU TURHAN, Mine, “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1), 2019, s. 4.

²⁴ HAVERKATE, D’AVERKATE, GIAMBI vd., a.g.e., s. 3,

²⁵ HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku*, 19. Baskı, Ankara 2020, s. 193.

²⁶ AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1789, Karar Tarihi: 11.11.2015. Bebeklere zorunlu olarak uygulanan topuk kanı uygulamasının da Anayasa Mahkemesi önüne taşındığını ve bu uygulamanın kanunilik şartlarını taşımasından dolayı ailenin rızası hilafına rağmen vücut bütünlüğü hakkını ihlal etmediği Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanmıştır. Muhammed Ali Bayram Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/4077, Karar Tarihi: 29.06.2016. Buradan hareketle, ülkemizde

yaptırılıp yaptırılmamasında ailenin rızası esas hale gelmiştir. Eğer aile, aşılar rıza göstermezse, aile hakkında herhangi bir cezai işlem artık uygulanmamaktadır. Dolayısıyla 2015 yılından itibaren ülkemizde artık aşı politikası gönüllü hale gelmiştir.

B. Zorunlu Aşı Karşıtlığı

a. Zorunlu Aşı Karşıtlığının Nedenleri

Devletler, toplumu bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korumak, kişilerin sağlıklı koşullarda yaşamasını sağlamakla amacıyla²⁷ sağlık kolluğu²⁸ faaliyetlerini yerini getirir. Bu faaliyet kapsamında, genel sağlık koşullarının bozulmasının önlenmesi, bulaşıcı hastalıkların daha oluşmadan önlenerek toplumun genel sağlığının korunması amaçlanır. Bulaşıcı hastalıklardan kamunun korunması amacıyla, hastalık henüz ortaya çıkmadan önlem amacıyla ya da hastalık ortaya çıktıktan sonra tedavi amacıyla yürütülen zorunlu aşı politikası devletin sağlık kolluğu faaliyetlerinin tipik örneğidir. Çocuklar nezdinde yürütülen aşı hizmetleri de bunlardan birisidir. Ancak günümüzde ebeveynler çocuklarına aşı yapılmasını geciktirme ya da reddetme eğilimindedirler²⁹. Dünya Sağlık Örgütü, ailelerin takındığı bu olumsuz tavır nedeniyle dünya genelinde her beş çocuktan birinin rutin hayat kurtaran (routine life-saving) aşıları olmadığını ve bu nedenle tahmini bir buçuk milyon çocuğun her yıl mevcut aşılarla önlenilecek hastalıklardan öldüğünü belirtmektedir³⁰.

Özellikle sosyal medya tarafından yaygınlaşan bilgi ağı sayesinde³¹, aileler tarafından aşığı reddetmenin çeşitli sebepleri vardır. Bu sebeplerden ilki, özellikle kızamık, kabakulak ve kızamıkçık başta olmak üzere aşıların küçüklerde otizme neden olduğu iddiasıdır³². Başka bir sebep, doğal bağışıklığın aşından elde edilen bağışıklıktan

zorunlu aşı politikasının kanunilik şartını taşıması halinde, ailenin rızası hilafına dahi olsa, vücut bütünlüğü hakkını ihlal etmeyeceği sonucuna varılabilir.

²⁷ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 292.

²⁸ Genel sağlık unsurunu, idarenin sağlık kamu hizmeti ile karıştırmamak gerekir. Çünkü sağlık kamu hizmeti, tek tek bireylerin hastalıklarının tedavisini gerektirir. Oysa sağlık alanındaki kolluk faaliyetleri, genel sağlık koşullarının bozulmasını önlemeyi, bulaşıcı hastalıkların daha oluşmadan önlenerek toplumun genel sağlığını (kamu sağlığını) korumayı amaç edinir. KASAPOĞLU TURHAN, a.g.e., s. 17.

²⁹ CAMILLERI, Francesca, "Compulsory Vaccinations For Children: Balancing The Competing Human Rights At Stake", Netherlands Quarterly of Human Rights, s. 2.

³⁰ Dünya Sağlık Örgütü (WHO), 'Vaccine Hesitancy: A Growing Challenge for Immunization Programmes' 18 Ağustos 2015, <https://www.who.int/news-room/detail/18-08-2015-vaccine-hesitancy-a-growing-challenge-for-immunization-programmes>, (20.03.2020).

³¹ Yapılan araştırmada katılımcı ailelerin hepsinin internet üzerindeki sosyal medya gruplarından aşı hakkında bilgi edindiği ortaya konmuştur. ÇANAPOĞLU, Esra, "Sağlık Çalışanı ve Ebeveyn Perspektifinden Çocukluk Çağı Aşılarının Reddi Niteliksel Bir Araştırma", Acıbadem Mehmet Ali Aydınlar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 90-91. Yine bu araştırmada sosyal medya aracılığıyla bilgi edinme şeklinin yanı sıra akraba veya arkadaş çevresinden bilgi edinme ya da sağlık çalışanından bilgi edinildiği de belirlenmiştir.

³² 1998 yılında İngiliz gastroenteroloji doktoru olan Andrew Wakefield'in otizm ve kızamık-kızamıkçık-kabakulak (KKK) aşısı arasında bir ilişki olduğunu iddia ettiği araştırması Lancet dergisinde yayınlanmış ve Türkiye dâhil bütün dünyada yankı uyandırmıştır. Bu çalışma, 12 çocuk ile yapılan ve metodolojik açıdan sorunlu bir araştırma olsa da medya tarafından büyük ilgi görüp yayılmış ve bu haberler ile ailelerin aşı reddi giderek artış göstermiştir. PIERIC, Roland, 'Mandatory Vaccination: An Unqualified Defence', Journal of Applied Philosophy, 35 (2), 2018, s. 2; KADER, Çiğdem, "Aşı Karşıtlığı: Aşı Kararsızlığı ve Aşı Reddi", ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi, 4(3), 2019, s. 381.

daha iyi olduğu inancıdır³³. Aşıların güvensiz toksinler içerdiği ve çocuğa yaşamının bu kadar erken bir döneminde birden fazla aşı verilmesinin çocuğun bağışıklık sistemine zarar verdiğine ilişkin düşüncede başka bir nedendir³⁴. Bu sebeplerin yanı sıra doktorlar ile ilaç endüstrisinin arasında çıkar ilişkisinin olduğu dair inanışın hâkimiyeti de dile getirilmektedir³⁵. Aşı reddi bu gibi durumların yanı sıra kişinin dini inancı nedeniyle de olmaktadır³⁶.

b. Zorunlu Aşı Karşıtlığının Sonuçları

Yukarıda belirtilen nedenlerden birisinin ya da birkaçının ebeveynlerde hâkim olması sonucunda dünya genelinde aşı reddi artış göstermiştir. Bu artış, önemli toplumsal sorunlara yol açmıştır. Örneğin, aşı reddiyle beraber aşılama oranları önemli ölçüde düşmüştür³⁷, kızamık gibi önlenebilir bulaşıcı hastalıklar yaygınlaşmıştır³⁸. 2017 yılında Avrupa’da, bulaşıcı hastalıklardan birisi olan kızamığın aşısının azalması nedeniyle 25.869 kişi kızamık hastası olmuş ve bu hastalardan 42 kişisi ölmüştür³⁹. 2018 yılında ise aynı hastalığın seyrinde artış görülmüştür ve bir önceki yıla göre rakamlar üç katı artmıştır. Öyle ki, Avrupa genelinde 83.540 kişi kızamığa yakalanırken, 74’ünün hastalık nedeniyle öldüğü kaydedilmiştir. 2019 yılının ilk iki ayında ise 13 kişinin öldüğü kaydedilmiş ve toplamda 34.300 kızamık vakası bildirilmiştir⁴⁰.

Zorunlu aşı reddi anlayışının yaygınlaşması ve bulaşıcı hastalıkların artması neticesinde devletler önlemler almaya başlamıştır. Avrupa bölgesinde, özellikle kızamık salgının etkilerinin yaygın bir şekilde görüldüğü Fransa ve İtalya’da, aşı ile önlenebilir çok sayıda çocukluk hastalığına karşı, aşıları zorunlu hale getiren yeni yasal düzenlemeler kabul edilmiştir⁴¹. Ağır şekilde etkilenen Romanya’da da, kızamık salgınlarını önleme amacıyla 2017 yılında, zorunlu aşıya ilişkin yasa tasarısı kabul edilmiştir. Bu eğilimi takip eden Almanya’da ise, ülkedeki kızamık vakalarında artış gözlemledikten sonra kızamık aşısının tüm çocuklar için zorunlu hale getirilmesi için 2019 yılının Mayıs ayında parlamentoda bir yasa tasarısı hazırlanmıştır.

³³ McKEE, Chephra, BOHANNON, Kristin, ‘Exploring the Reasons Behind Parental Refusal of Vaccines’, *The Journal of Pediatric Pharmacology and Therapeutics*, 21 (2), Mar-Apr, 2016, s. 107; PIERIC, a.g.e., s. 7.

³⁴ McKEE, BOHANNON, a.g.e., s. 106-107.

³⁵ ÇANAPOĞLU, a.g.e., s. 74; KADER, a.g.e., s. 386.

³⁶ Παναγιώτα, Κούτμα, “Religious Objections to Compulsory Vaccination: the ECtHR Approach”, *Expressis Verbis Law Journal*, 11:11, s. 150; McKee, Bohannon, a.g.e., s. 106.

³⁷ Dünya Sağlık Örgütü (WHO), ‘Vaccine Hesitancy: A Growing Challenge for Immunization Programmes’ 18 Ağustos 2015, <https://www.who.int/news-room/detail/18-08-2015-vaccine-hesitancy-a-growing-challenge-for-immunization-programmes>, (20.03.2020).

³⁸ Dünya Sağlık Örgütü (WHO), ‘Measles Outbreaks Across Europe Threaten Progress Towards Elimination’ 28 Mart 2017, <http://www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2017/measles-outbreaks-across-europe-threaten-progress-towards-elimination>, (20.03.2020).

³⁹ Dünya Sağlık Örgütü (WHO), ‘Measles-European Region’ 6 Mayıs 2019, <https://www.who.int/csr/don/06-may-2019-measles-euro/en/>, (20.03.2020).

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ İlgili düzenlemeler karşısında zorunlu aşı politikasını reddeden ailelerse, başta Polonya ve İtalya’da olmak üzere protesto gösterileriyle itirazlarını dile getirmişler ve aşıların gönüllü olarak yapılmasını talep etmişlerdir. CAMILLERİ, a.g.e., s. 3.

C. Zorunlu Aşı Sonucunda Çatışan Haklar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İlgili Hakları Dengeleme Yöntemi

Zorunlu aşı politikası, sadece çocuğun kendi uhdesinde etki doğuran bir olay değildir. Bu politikanın uygulanması halinde, farklı öznelerin birbirleriyle aynı anda rekabet eden hakları ortaya çıkar. Örneğin zorunlu aşı konusunda ebeveynlerin, aile yaşamlarına saygı hakkı ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakları temelinde karar verme özerkliği bulunur. Zorunlu aşı karşıtı ailelerin ileri sürdüğü savlar bu haklar üzerinedir. Ancak diğer taraftan çocuğun özel yaşamına saygı hakkı, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından faydalanma hakkı ve kendisini etkileyen herhangi bir kararda yüksek menfaat ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Kendi görüşlerini ifade edebilecek kadar olgun olan bir çocuğun ise, kendisini etkileyecek bu olayda görüşlerinin dinlenmesi ve dikkate alınması hakkı vardır. Devletin bir çocuğun eğitimine erişimini durdurduğu durumda, eğitim hakkı devreye girer. Zorunlu aşı, çocukların ve ailelerin dışında üçüncü kişileri de ilgilendirir. Aşı yaptırılmayan bir çocuğun hastalığı bulaştırma ihtimali karşısında, üçüncü kişilerin yaşam hakkı, sağlık hakkı ya da eğitim hakkı ihlal edilebilir.

Görüldüğü üzere, çocuklar bakımından öngörülen zorunlu aşı politikasının kabulünde veya reddinde çocukların, ailelerin ve üçüncü kişilerin birtakım hakları doğar. Hakların aynı olay örgüsünde karşı karşıya gelmesi, tam da konumuz olan hakların çatışması durumudur. Çatışan hakların ise dengelenmesi gerekir. Bu olay örgüsünde dengeleme işi ise zorlukları beraberinde getirir. Bir yandan, aşuların uygulandığı çocukların genç yaşı ve olgunlaşmamışlığı nedeniyle, onlar adına karar vericilerin olması gerekir⁴². Bu bağlamda, aşuların ciddi yan etkilere neden olabileceği ve çocuklarının sağlığına önemli zararlar verebileceğinden, ebeveynlerin böyle bir risk konusunda karar verebilmeleri gerektiği iddia edilebilir. Öte yandan, aşuların başkalarının yaşamlarını etkileyebilecek bir kamu sağlığı meselesi olması ve devletin, toplumsal menfaatleri koruma yükümlülüğü olduğu için bu konuda karar verecek merci olması gerektiği ileri sürülebilir. Bu bağlamda, devletin kişilerin sağlık ve yaşam hakkını koruma yükümlülüğü olduğu söylenebilir. İşte burada devletin genel sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması temelinde bireylerin haklarından yararlanmasına müdahale etme ve bunları sınırlandırma yetkisinin olduğu iddia edilebilir. Çocuklar açısından ise, öncelikle aşının vücut bütünlüğüne yönelik bir tıbbi müdahale olmasından dolayı özel yaşamlarına saygı gösterilmesi gereği iddia edilebilir. Diğer taraftan ise çocuk ölümlerinin önüne geçilmesi için çocukların yaşam ve sağlık haklarının devlet eliyle korunması gerektiği ileri sürülebilir.

1. Çocuğun Hakları

İlgili hak çatışmasında çocuğun haklarının, herhangi bir devlette zorunlu aşı politikasının kabul edilip edilmemesinden hareketle belirlenmesi gerekir. Zorunlu aşı

⁴² Velayetin kökenleri, aile içinde hiyerarşi kuran, kadınları, çocukları ve köleleri babanın mülkü olarak gören bir sosyal düzene dayanır. Her ne kadar bu sosyal düzen değişmiş olsa da, günümüzde çocuklar, statüleri gereği yasal kontrole tabi olan son grup olarak devam etmektedir. WOODHOUSE, Barbara Bennett, "Child Custody in the Age of Children Rights: The Search for a Just and Workable Standard", Family Law Quarterly, Vol. 33, No. 3, 1999, s. 816.

politikasının uygulanmadığı ülkelerde aşilar, yapılması tavsiye edilen gönüllü aşilar olarak adlandırılır. Bu durumda ilgili aşilar, aşı takviminde yer alır ancak kişilerin aşı yapılması tercihlerine bırakılır. Dolayısıyla zorunlu aşı politikasının kabul edilmediği bir devlette, çocuğun aşıya zorlanması söz konusu olmadığı için çocuk ve ebeveyni tarafından herhangi bir hak ihlali iddiası gündeme gelmeyecektir. Ancak diğer ihtimalleri de düşünmek gerekir. Örneğin, aşının bir maliyetinin veya yan etkilerinin olması halinde ya da kişinin aşı hakkında yeterli bilgiye sahip olamaması durumlarında sağlık hakkının ya da yaşam hakkının ihlalleri söz konusu olabilir. Dolayısıyla gönüllü aşı politikasında da devlet yaşam ve sağlık hakkının gereği olarak kişilerin yaşamlarını koruma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir.

Zorunlu aşı politikasının kabul edildiği bir devlette ise, çocuk ve ebeveyni aşıya rıza göstermişse ve aşının çocuk üzerinde herhangi bir yan etkisi olmadığı durumlarda çocuğun herhangi bir hakkı ihlal edilmeyecektir. Ancak çocuğun ya da ebeveyninin aşıya rıza göstermemesi halinde çocuğun birtakım haklarının ihlali iddiaları olabilir. Yaşam hakkı, özel yaşama saygı hakkı, sağlık hakkı, bir eğitim kurumuna kabul edilmediği durumda eğitim hakkı bu hakların başında gelir.

A. Yaşam Hakkı

1. Devletin Yaşamı Koruma Yükümlülüğü Kapsamında Zorunlu Aşı

Bu hak, bireylerin diğer tüm haklardan yararlanmalarını sağlayan temel haktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez." İlgili fıkra gereğince, devletin yalnızca bireylerin yaşamlarına kasten ve hukuka aykırı şekilde son vermeme şeklinde negatif yükümlülüğü bulunmaz; aynı zamanda yargı yetkisinde bulunan herkesin yaşamını, üçüncü kişilerden de gelecek eylemlerde dâhil olmak üzere, korumakla yükümlüdür⁴³.

Yaşam hakkı kapsamında 2. maddenin doğurduğu ve "pozitif yükümlülük" olarak anılan koruma yükümlülüğü, yaşam hakkına yönelik olası tehditlere karşı devletlerin etkili yasal ve idari düzenlemeleri yapmalarını gerektirir⁴⁴. Ayrıca bir kimsenin yaşamına, üçüncü tarafın eylemlerinden dolayı gerçek ve acil bir tehdidin ortaya çıktığını bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda, devletin bu tür tehditleri bertaraf etmek için yetkisi dâhilindeki uygun önlemleri alınması gerekir⁴⁵. Örneğin, gündemimizde de olan korona ya da kızamık hastalığının salgın haline geldiği durumlarda devlet, kişilerin yaşamları için yakın ve gerçek riskin doğmuş olduğundan ve devletin bu durumu bildiğinden hareketle, hem hastalığa yakalananlar hem de hastalığa yakalanma riski olan sağlıklı kişiler için alınması gereken uygun önlemler kapsamında zorunlu aşı politikasını kabul edebilir. Bu yaşam hakkının bir gereği olarak ortaya çıkar. Aksi halde, yani salgın hale gelen hastalıkların önlenmesine için devletin önleyici tedbirler almamasından dolayı ölümler meydana gelirse kişilerin yaşam hakkı ihlal edilir. Bu hususu desteklemek amacıyla, acil

⁴³ L.C.B./Birleşik Krallık, Başvuru No. 14/1997/798/1001, 09.06.1998, para. 36.

⁴⁴ Öneriyıldız/Türkiye, Başvuru No. 48939/99, 30.11.2004, para. 89.

⁴⁵ Hatta bu önlemlerin alındığına Mahkeme'nin de ikna olması gerekir. Osman/Birleşik Krallık, Başvuru No. 87/1997/87/1083, 28.10.1998, para. 115-116.

durumlarda kişilere tıbbi müdahalede bulunulmamasına ilişkin kararlar örnek verilebilir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerekli acil tedaviye erişimden yoksun bırakılan başvuruçunun bebeğinin, sağlık koruma sisteminin organizasyon ve işleyişinin yeterli ölçüde sağlanamadığından hareketle, hastane hizmetlerinin kötü işleyişinin mağduru olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, bebeğin sağlık hizmeti sırasında ihmal veya değerlendirme hatası sonucu değil; herhangi bir hizmet verilmediği için öldüğünü vurgulamıştır. Böylece Mahkeme, hastanın yaşamının tehlikeye girmesi sonucunu doğuran bir tedavi vermeme olayının yaşam hakkını ihlal ettiğini hüküm altına almıştır⁴⁶. Dolayısıyla, çocukların ve diğer kimselerin yaşamlarını tehdit eden herhangi hastalık durumunda, yaşam hakkının gereği olarak, devletlerin zorunlu aşı politikalarını kabul etmeleri gerekebilir. Aksi halde yaşam haklarının ihlali gündeme gelecektir.

2. Yaşam Hakkı Kapsamında Yasaklanmamış Tıbbi Müdahale Olarak Zorunlu Aşı

Yaşam hakkı, salgın gibi acil müdahaleyi gerektiren hallerde devletin gerekli önlemleri almamasından dolayı yaşamları etkilenen çocuklar veya onlar adına ebeveynleri tarafından ileri sürülebilir. Bunun tersi bir durumda, yani aşının uygulanması hallerinde de ileri sürülebilir. Uygulanan aşılardan yan etkisi olarak ciddi sağlık sorunlarıyla karşılaşıldığının iddia edildiği zorunlu aşı önlemlerinde de yaşam hakkının ihlali gündeme gelebilir. Hatta bu ihlal iddiası, aşı karşıtları tarafından Mahkeme'nin önüne taşınmıştır. Ancak, ne Komisyon ne de Mahkeme, bu tür davalarda, maruz kalınan zarar ile aşının kendisi arasında nedensel bir bağ olduğunu kanıtlayan durumların bulunmaması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu hususta ilk karar, İngiltere'ye karşı bir derneğin yaptığı başvurudur ve konuyu açıklığa kavuşturması bakımından önemlidir. İlgili kararda başvuruçunun dernek⁴⁷, çocuklarının aşılarından dolayı vefat ettiğini ya da ciddi ve kalıcı şekilde hasar gördüğünü iddia eden ailelerin kurmuş olduğu dernektir. Davaya konu edinilen aşılardan ise zorunlu olmayıp; isteğe bağlıdır. Nitekim günümüzde de İngiltere zorunlu aşı politikasını kabul etmemiştir.

Bu davada Komisyon'un ilgili aşılarda özelinde 2. maddeyi yorumlaması önemlidir. Komisyon'a göre, 2. maddenin 1. fıkrası, devletleri yalnızca kasıtlı olarak yaşamlara son vermektен kaçınmakla değil; aynı zamanda kişilerin yaşamlarını korumak için yeterli ve uygun önlemleri almakla yükümlü kılmıştır. Söz konusu davada, nihai amacın bulaşıcı hastalıkları ortadan kaldırarak, toplumun sağlığını korumak olan bir aşılama programı kapsamında, eğer ki az sayıda ölüm meydana gelmişse bile, devlet tarafından kasıtlı bir şekilde yaşama son verme eyleminden ya da devletin yaşamı korumak için yeterli ve uygun önlemleri almamış olduğunun söylenemeyeceği belirtilmiştir⁴⁸. Nitekim devletin bazıları ciddi hasar veya ölümlerle sonuçlanabilecek aşılarından kaynaklanan advers reaksiyonların diğer bir deyişle zararlı ve istenmeyen olasılıkların farkında olduğunu kabul etmiştir. Ancak doğrudan devletin bu tür sonuçların ortaya çıkmasını amaçladığı sonucuna da varılamayacaktır. Devlet özelinde belirtilen aşılardan büyük bir kısmı, bu tür reaksiyonların gerçekleşmesini önlemekle ilgilidir ve kaydedilen reaksiyonların sayısı

⁴⁶ Asiye Genç/Türkiye, Başvuru No. 24109/07, 27.04.2015, para. 80-82.

⁴⁷ Association X/Birleşik Krallık, Başvuru No. 7154/75, 12.07.1978.

⁴⁸ Association X/Birleşik Krallık, Başvuru No. 7154/75, 12.07.1978, para. 32-33.

minimum düzeydedir. Dolayısıyla söz konusu olay kapsamında yaşam hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Carlo Boffa ve Diğerleri /San Marino⁴⁹ başvurusunda da başvuran, çocuğunu hepatit B dâhil olmak üzere bir dizi hastalığa karşı aşılama zorunlu kılan yasaların yaşam hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu davada Komisyon, 2. maddenin öncelikle yaşamdan kasıtlı bir şekilde yoksun bırakılmaya karşı koruma sağladığını ve fiziksel olarak yaralanmama hakkını koruduğunu belirtmesine rağmen, aşının yaşam hakkı kapsamında başlı başına yasaklanan bir müdahale olmadığını hatırlatmıştır⁵⁰. İlgili olay kapsamında Komisyon, başvuranın aşıların çocuğunun yaşamı için gerçek bir tıbbi tehlike oluşturacağına dair herhangi bir kanıt sağlamadığına önem vermiş ve bu maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Yukarıdaki başvurular neticesinde, zorunlu olsun ya da olmasın çocuklara yönelik aşıların, başlı başına madde 2 kapsamında yasaklanmış bir müdahaleye karşılık gelmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından aşı politikalarının yaşam hakkını doğrudan ihlal etmediği belirlenmiştir. Hatta aşı uygulaması sonucunda az sayıda ölüm meydana gelmişse bile aşı uygulaması yaşam hakkını ihlal etmemektedir. İhlal ancak ve ancak, aşıların çocuğun yaşamı için gerçek bir tıbbi tehlike oluşturacağına dair ciddi kanıtların sunulması halinde söz konusu olacaktır.

B. Özel Yaşama Saygı Hakkı

1. Fiziksel Bütünlük Hakkı Kapsamında Zorunlu Aşı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, "Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımına, yasa uyarınca ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında, kamusal bir makam tarafından müdahale edilmeyecektir."

Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere söz konusu maddede, kenar başlığından farklı olarak çeşitli değerlerin korunması söz konusudur. Her biri farklı birer hak olarak nitelendirilen bu değerler, "özel yaşama saygı hakkı", "aile yaşamına saygı hakkı", "konuta saygı hakkı" ve "haberleşmeye saygı hakkı" olarak adlandırılır⁵¹. Bu haklara

⁴⁹ Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino, Başvuru No. 26536/95, 15.01.1998.

⁵⁰ Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino, Başvuru No. 26536/95, 15.01.1998, para. 33.

⁵¹ Kroon ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No. 8535/91, 27.10.1994, para 31; DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi-Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, 2013, s. 1; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 330; ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel Inceoğlu, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 301. Her ne kadar farklı birer hak olarak adlandırılırsalar da, bu dört hakkı birbirinden ayrı bağımsız bir şekilde ele almakta mümkün değildir. Nitekim birinin koruduğu değer, diğer hakkın içine girebilmektedir. GRABENWARTER, Christoph, European Convention on Human Rights, Verlag C. H. Beck o HG, 2014, s. 184. Örneğin, iletişimi hukuka aykırı bir şekilde dinlenen kişilerin, hem özel yaşamı hem de haberleşme hakkı ihlal edilmiş olmaktadır. GÜMÜŞ, A. Tarık, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 149.

ilişkin herhangi bir tanım madde metninde yer almaz⁵². İlgili kavramlara ilişkin herhangi bir tanımın olmaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8. maddeyi geniş bir şekilde yorumlamasına imkân tanımıştır⁵³.

Özel yaşama saygı hakkı⁵⁴, mahremiyet hakkı, dilediğince yaşama hakkı, yalnız bırakılmaya hak ya da aleniyetten korunma hakkından ibaret olmayan, bunların ötesinde bireylerin başka bireylerle duygusal alanı da kapsayacak şekilde ilişki kurması ve geliştirmesini kapsamına alan bir haktır⁵⁵. Bu hak, başka bireylerle ilişki kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi de kapsar⁵⁶ ve bireylerin başka bireylerle olan etkileşimi özel yaşama saygı hakkının konusuna girer⁵⁷. Örneğin, mesleki yaşam⁵⁸, ticari faaliyet alanları⁵⁹ da bu hakka dâhildir. Anlaşılabacağı üzere, çeşitli hukuksal menfaatler özel yaşama saygı hakkı içinde korunmaktadır. Mahkeme'nin içtihatları incelendiğinde, bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı⁶⁰ kapsamında tıbbi müdahaleler, bedenın şiddetten korunması, rızaya dayalı bedene zarar verme eylemleri, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı; kişisel kimliğine ilişkin olarak isim veya soy isim hakkı, cinsel kimlik⁶¹, geçmişi hakkında bilgi sahibi olma hakkı, fiziksel görünüm, cinsel tacizden korunma, vatandaşlık, şeref ve şöhrete saygı hakkı; üreme ve kürtaj hakkı; seyahat ve dolaşım özgürlüğü gibi konular özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunur.

Özel yaşama saygı hakkının koruduğu değerlerden birisi olan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı çalışma konumuz açısından önemlidir. Nitekim bu hak, zorunlu aşı ile ilgili davalarda çocuk adına ileri sürülen haklardan birisidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi aşı uygulaması bir tıbbi müdahaledir ve tıbbi müdahaleler, Mahkeme kararlarında fiziksel bütünlük hakkı kapsamında incelenir. Mahkemece, zorunlu aşuların bu hakka yönelik bir

⁵² Her ne kadar birbirlerinden kesin bir şekilde ayıramayacak nitelikte olsa da, düzenlemeden de anlaşılacağı üzere özel yaşama hakkının diğer haklardan ayrı olarak bağımsız bir alanının varlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Ancak kesin, sınırları belirlenmiş herhangi bir tanımda bulunmamıştır. MOWBRAY, Alastair, Cases, Materials and Commentary on the European Convention On Human Rights, Oxford Universtiy Press, Third Edition, 2014, s. 488.

⁵³ Öyle ki, Mahkeme tarafından "özel yaşam", "aile yaşamı", "haberleşme" ve "konut" kavramları otonom kavram olarak nitelendirilerek, dört hakkın kapsamı içtihatlar yoluyla belirlenmiştir. Bu belirleme yapılırken, ilgili kavramların otonom niteliği göz önünde bulundurularak dinamik yorum metodu kullanılmış ve pek çok hukuksal menfaat bu kapsamda koruma altına alınmıştır.

⁵⁴ Mahkeme öncesinde faaliyet gösteren Komisyon'a göre, "özel yaşam" kavramı, bireyin iç alanı ya da giz alanı ile sınırlanamaz ve bu alanların dışında kalan dış dünyanın özel yaşamın tamamen dışında tutulması halinde hakka yönelik aşırı kısıtlayıcı bir durumun çıkarılacağı belirtilmiştir. Niemietz/Almanya, Başvuru No. 13710/88, 16.12.1992, para. 29.

⁵⁵ X/İzlanda, Başvuru No. 6825/74, 18.05.1976; William A. Schabas, The European Convention On Human Rights A Commentary, Oxford University Press, 2015, s. 369.

⁵⁶ Von Hannover/Almanya, Başvuru No. 59320/00, 03.06.2004, para. 50.

⁵⁷ S. ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No.30562/04, 30566/04, 04.12.2008, para. 66.

⁵⁸ Barbulescu/Romanya, (BD) Başvuru No. 61496/08, 05.09.2017, para. 71; Antovic and Mirkovic/Karadağ Başvuru No. 70838/13, 28.11.2017, para. 42.

⁵⁹ Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya (BD), Başvuru No.931/13, 27/06/2017, para. 130.

⁶⁰ X. ve Y/Hollanda, Başvuru No.8978/80, 26.03.1985, para 22.

⁶¹ HERINGA, Aalt Willem, ZWAAK, Leo, "Right to Respect for Privacy", Theory And Practice Of The European Convention On Human Rights, ed. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 666.

müdahale teşkil ettiği belirlenmiştir⁶². Ancak madde 8 özelinde hakka yönelik herhangi bir müdahale, hakkı doğrudan ihlal etmez. Söz konusu müdahalenin hakkı ihlal edebilmesi için hukuka aykırı bir müdahale olması gerekir. Hukuka aykırı bir müdahale olabilmesi içinse madde 8/2’de aranan şartlardan herhangi birinin gerçekleşmemesi gerekir. Ancak bu şartları taşıyan bir müdahale, hukuka uygundur ve hakkı ihlal etmez. Bu şartlar 2. fıkrada üç kriter olarak belirlenmiştir. İlgili düzenleme gereğince, özel yaşama saygı hakkına bir müdahalenin öncelikle kanuni bir dayanağının olması gerekir. Bu hususta ikinci şart, müdahalenin ikinci fıkrada düzenlenmiş meşru amaçlara ulaşmak için yapılması gerekliliğidir. Üçüncüyse, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır⁶³. Burada aranan “gereklilik” kriteri, “vazgeçilmez⁶⁴” anlamına gelmez; müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesi ve izlenen meşru amaç ile orantılı olması gerektiği anlamına gelir⁶⁵. Müdahalenin izlenen amaçla orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi için, müdahalenin amacı, ciddiyeti ve devletin amaçladığı acil sosyal ihtiyaç gibi bir dizi faktör dikkate alınır. Bir müdahale ne kadar şiddetli olursa, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen amaçlar ve sebepler o kadar ağır olmalıdır⁶⁶. Bununla birlikte, devletlerin müdahalesinin haklı olup olmadığına karar verirken devletlere tanınan takdir payı önemli bir rol oynamaktadır. AİHM, denetim yetkisini uygularken, dava konusu kararlara bir bütün olarak bakmakta ve müdahaleyi haklı göstermek için savunulan nedenlerin ilgili ve yeterli olup olmadığını belirlemektedir⁶⁷.

2. Zorunlu Aşının “Gereklilik” Testinde Bireysel Menfaatle Toplumsal Menfaatin Çatışması

Özel yaşama saygı hakkı kapsamında hakkın sınırlandırma rejimine ilişkin yukarıda belirlenen genel ilkeler, çocuklara uygulanan zorunlu aşı politikaları özelinde de ele alınmıştır. Değerlendirmenin yapıldığı ilk başvuru, zorunlu aşı yerine zorunlu sağlık taramasını içeren Acmanne ve Diğerleri/Belçika⁶⁸ davasıdır. Bu davada başvuranlar, çocuklarının tüberküloz olup olmadığını tespiti için tüberküloz testi ve göğüs röntgenini içeren zorunlu taramayı reddettikleri için para cezasına çarptırılmışlardır⁶⁹. Zorunlu tarama yasası kapsamında öngörülen taramanın sağlığı korumak için gerekli olmadığından hareketle, kendilerine verilen cezanın özel yaşamlarına müdahale ettiği iddiasıyla başvuruda bulunmuşlardır. Komisyon, öncelikle küçük bir tıbbi tedavinin dahi özel yaşama saygı hakkına müdahale anlamına geldiğini belirtmiştir⁷⁰. Böylelikle herhangi bir zorunlu tıbbi tedavinin madde 8 kapsamında ele alınabileceğine kapı aralamıştır. Dava kapsamında da, kimi başvuran çocuklarının tüberküloz testlerinden

⁶² Y.F./Türkiye, Başvuru No. 24209/94, 22.07.2003, para. 33.

⁶³ HARRIS, O’BOYLE, WARBRICK, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Third Edition, 2014, s. 532.

⁶⁴ Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07.12.1976, para.48.

⁶⁵ Olsson/İsveç, Başvuru No. 10465/83, 24.03.1988, para. 67.

⁶⁶ KILKELLY, Ursula, ‘Human Rights Handbook No 1: A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights’, Human Rights Handbooks, 2003, s. 32.

⁶⁷ Olsson/İsveç, Başvuru No. 10465/83, 24.03.1988, para. 68.

⁶⁸ Acmanne ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No. 10435/83, 10.12.1984.

⁶⁹ Acmanne ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No. 10435/83, 10.12.1984, s. 254.

⁷⁰ Acmanne ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No. 10435/83, 10.12.1984, s. 255.

geçmesini kimisinin ise göğüs röntgenine alınmasını özel yaşamlarına saygı haklarına yönelik bir müdahale olarak tespit etmiştir. Ancak her müdahale madde 8'i ihlal eder nitelikte değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi ilgili müdahalenin kanuna dayanması, meşru amaçları taşıması ve orantılı olması gerekir. Bu davada da Komisyon, müdahalenin kanunlar çerçevesinde gerçekleştiğini, keyfilik içermediğini belirlemiştir. Başvuruyu birde müdahalenin gerekliliği üzerinden incelemiştir.

Komisyon'a göre, kişilerin toplumsal menfaati göz ardı etmemek ve kendi yaşamları tehlikede olmadığında başkalarının sağlığını tehlikeye atmamak gibi sosyal görevleri/sorumlulukları (social duty) vardır⁷¹. Başvuranlar, yapılacak tarama sonucunda ciddi zarar risklerine ilişkin yeterli delil sunmamışlardır. Dolayısıyla, söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda hem başvuranların sağlığını hem de kamu sağlığını korumak için gerekli olduğunu ve madde 8 (2) anlamında hukuka uygun olduğunu belirtmiştir⁷².

Yaşam hakkı kapsamında belirtilen Carlo Boffa ve Diğerleri /San Marino davasında da, başvuran aşıları çocuklar için zorunlu kılan yasaların, diğer hakların yanında özel ve aile yaşamına saygı hakkına da hukuka aykırı bir müdahale teşkil ettiğini iddia etmiştir. Komisyon, tıbbi tedavi veya bir aşıya tabi tutulma gerekliliğinin, 8. maddeye müdahale anlamına geldiğine karar vermiştir⁷³. Ancak müdahalenin gerekli olup olmadığının belirlenmesinde, bireye zorunlu olarak getirilen aşı uygulamasının, toplumsal menfaati ilgilendirmesinden ve başkalarının sağlığını tehlikeye atmama amacını taşıdığından, devlete tanınan takdir yetkisi içinde olduğunu belirtmiştir⁷⁴. Buna göre, müdahalenin izlenen meşru amaç ile orantılı olduğu sonucuna varmıştır⁷⁵.

Zorunlu aşı ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen Solomakhin/Ukrayna⁷⁶ davasında ise 34 yaşında olan başvuran, zorunlu uygulanan difteri aşısının yan etki olarak birkaç kronik hastalığa yakalanmasına sebebiyet verdiğini; bu nedenle zorunlu aşının hukuka aykırı şekilde özel yaşama saygı hakkına müdahale ettiğini ileri sürmüştür. Bir çocuğu konu edinmemesine rağmen bu davaya yer verilmesinin nedeni, zorunlu aşı ilgili bir davada Komisyon'dan farklı olarak Mahkeme'nin yaklaşımını ele almaktır. Burada da Mahkeme, küçük bir önem taşısa bile tıbbi müdahalelerin ve zorunlu aşı gibi istemsiz bir tıbbi tedavinin madde 8'de korunan bireylerin fiziksel ve zihinsel bütünlük haklarına yönelik müdahale olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, devlet tarafından başvuranın fiziksel

⁷¹ Acmanne ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No. 10435/83, 10.12.1984, s. 256.

⁷² Acmanne ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No. 10435/83, 10.12.1984, s. 257.

⁷³ Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino, Başvuru No. 26536/95, 15.01.1998, para. 34.

⁷⁴ Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino, Başvuru No. 26536/95, 15.01.1998, para. 35.

⁷⁵ Yenidoğan bebeğine aşı yaptırmak istememesi üzerine hakkında dava açılan başvuranın, özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı Aleksandra Skerlevska/Makedonya başvuru ise başvuranın davaya süresi içinde cevap vermemesi ve 37. madde gereğince, Sözleşme ve protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı konusunda özel bir koşul oluşmamasından dolayı Mahkeme tarafından başvuruyu incelemeye devam etmeme kararı verilmiş ve dava listesinden çıkarılmıştır. Aleksandra Skerlevska/Makedonya, Başvuru No. 54372/15, 25.09.2018. Çocuklara yönelik zorunlu aşığı konu edinen yeni tarihli bir başvuru olmasına rağmen davanın sonuçlanmaması olması üzücüdür.

⁷⁶ Solomakhin/Ukrayna, Başvuru No. 24429/03, 15.03.2012.

bütünlüğüne yönelik bu müdahale, kamu sağlığının bir gereği olarak, bölgedeki bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol etme amacıyla yapılmaktadır. Ayrıca, yerel mahkemenin bulgularına göre, sağlık personeli aşılardan önce kişinin sağlık durumunu kontrol etmiştir. Bu durum başvuranın zarar görmemesini sağlamak için gerekli önlemlerin alındığını göstermektedir. Dolayısıyla tıbbi müdahale, başvuranın kişisel bütünlüğü ile halkın sağlığını korumaya yönelik kamu yararı arasındaki menfaat dengesini bozacak düzeyde değildir⁷⁷.

Söz konusu aşılamanın başvuranın sağlığına gerçekten zarar verdiğini kanıtlayan herhangi bir kanıt da davada bulunmamıştır. Mahkeme'ye göre, yerel mahkemeler, tıp uzmanlarının raporları temelinde tıbbi verilere dayanarak, aşının bilinen yan etkilerinin hiçbirinin ortaya çıkmadığını tespit etmişlerdir. Dolayısıyla veriler yeterli kanıtı dayandırılmaktadır ve sonuçları keyfilik ya da tutarsızlık içermemektedir. Başvuran da, yerel makamların bulgularına itiraz edecek herhangi bir kanıt sunmamıştır⁷⁸. Buradan hareketle Mahkeme, başvuranın iddialarının yerel mahkemeler tarafından kapsamlı bir şekilde incelendiğini ve asılsız olduğunu tespit ederek; maruz kalınan zarar ile aşı arasında nedensel bir bağ olduğuna dair herhangi bir kanıt bulunmadığına ve 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁷⁹.

Anlaşılmaktadır ki, Mahkeme özel yaşama yönelik müdahalenin gerekli olup olmadığını belirlerken, aşının uygulanmasından önce, kişinin "fiziksel bütünlüğü ile halkın sağlığının korunması şeklindeki kamu yararı arasındaki çıkar dengesini bozacak ölçüde" zarar görmemesini sağlamak için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını göz önünde bulundurmaktadır⁸⁰. Kararda esasen kişilerin, toplumun geri kalanı için elde edilen faydayla karşılaştırıldığında, asgari düzeyde olması koşuluyla zarar görse bile, toplumsal menfaati göz ardı etmemek, yani hastalığın kontrol altına alınmasını sağlamak gibi sosyal bir görevinin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla çocuğun kişisel menfaatlerinin halk sağlığının korunması şeklinde toplumsal menfaatlerle çatıştığı durumlarda, devletler takdir paylarını kullanırken, çocuğun yaşamının açıkça tehlikede olmadığı durumlarda, genel menfaate öncelik vermeyi ve başkalarının sağlığını tehlikeye atılmamasını zorunlu kılabilirler.

C. Eğitim Hakkı

Eğitim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokol'ünün 2. maddesinde düzenlenir. İlgili düzenleme gereğince, "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, anne ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."

Madde, birbirleriyle bağlantılı iki ayrı düzenleme içerir⁸¹. İlk cümle, genel hüküm mahiyetinde olup; bireysel eğitim hakkını güvence altına alır⁸². Buna göre, kişilerin eğitim

⁷⁷ Solomakhin/Ukrayna, Başvuru No. 24429/03, 15.03.2012, para. 36.

⁷⁸ Solomakhin/Ukrayna, Başvuru No. 24429/03, 15.03.2012, para. 37-38.

⁷⁹ Solomakhin/Ukrayna, Başvuru No. 24429/03, 15.03.2012, para. 37, 39.

⁸⁰ Solomakhin/Ukrayna, Başvuru No. 24429/03, 15.03.2012, para. 36.

⁸¹ DOĞRU, NALBANT, a.g.e., s. 763.

⁸² CAMILLERİ, a.g.e., s. 9.

hakkından yoksun bırakılmama hakları vardır ve devlet, kimseyi eğitimden yoksun bırakmama yükümlülüğü altındadır. Bireysel eğitim hakkı, devletlere belirli bir eğitim kurumunu kurma yükümlülüğünü ise getirmez; ancak kişilere belirli bir zamanda mevcut eğitim kurumlarına erişim hakkını tanır⁸³. Bu maddenin ikinci cümlesi ise, anne ve babaların eğitim konusunda devletten çocukları için talepte bulunma haklarını tanır. Bu kapsamda devletin eğitim ve öğretimde anne ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü vardır.

Eğitim hakkı, insanlığın ilerlemesi için vazgeçilmez hakların başında gelir. Ancak devlete sınırsız bir yükümlülükte getirmez. Bu nedenle maddede sınırlandırma ölçütleri yer almasa da, eğitim hakkı mutlak bir hak değildir. Sınırlandırılabilir nitelikte bir haktır. Bu hususta Mahkeme'nin belirlediği kriterler söz konusudur. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre, sınırlamaların ilgili kişiler için öngörülebilir olması, meşru bir amaç izlemesi ve bu amaçla orantılı olması gerekir⁸⁴. Mahkeme'nin eğitim hakkına yönelik herhangi bir sınırlandırma işlemi 8. ve 9. maddelerin ikinci fıkralarına benzer şekilde ortaya koyduğu görülmektedir. Nitekim kendisi, bu maddenin Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri ışığında okunması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca bu hakkı yorumlarken, uluslararası hukukun ilgili kural ve ilkelerinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁸⁵. Dolayısıyla Mahkeme, ilgili uluslararası standartların 1. Protokol'ün 2. maddesi içinde geçerli olmasının önemini kabul etmiştir.

Eğitim hakkının sınırlandırma rejimine ilişkin belirlenen bu ilkeler, zorunlu olarak yapılması istenen aşırı ailenin kabul etmemesinden dolayı eğitim kurumuna kabul edilmeyen çocuklar açısından oldukça önemlidir. Çalışmanın ilgili yerlerinde değinildiği gibi, Avustralya, İtalya, Fransa, Yunanistan ve Çek Cumhuriyeti gibi bazı devletler, aşılınmayan çocuğun eğitim kurumuna kabulünü engellemiştir. Böylesi bir yaptırımın çocuğun eğitim hakkını ihlal edip etmediğininse belirlenmesi gerekir. Bu hususta, bulaşıcı hastalık taşıdığı gerekçesiyle eğitim hakkından mahrum bırakılan çocukları konu edinen dava yol göstericidir. Her ne kadar zorunlu aşı politikasını konu edinmesede, ilgili başvuru neticesinde zorunlu tıbbi müdahalenin reddi halinde eğitim kurumuna kabul edilmeyen çocukların eğitim haklarının ihlal edilip edilmediğine ilişkin veriler elde edilmektedir. 7 ve 11 yaşlarındaki iki çocuğuna yanlış cüzzam teşhisi konulduğu ve kamu sağlığının korunması amacıyla her iki çocuğun eğitim kurumuna kabul edilmediği Memlika/Yunanistan davasında⁸⁶, başvurular, 1 Nolu Protokol'ün 2. maddesine dayanarak, çocuklarının ilkokuldan dışlanmalarının eğitim haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, eğitim hakkı üzerindeki kısıtlamaların başvuru sahibi için öngörülebilir olması, meşru bir amaç izlemesi ve bu amaç ile orantılı olması gerektiği şeklindeki genel ilkeleri kararında da vurgulamıştır⁸⁷. Mahkeme, kamu sağlığı yetkililerinin cüzzam gibi ciddi ve bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacıyla uygun önlemleri almaları gereğini belirtmiştir⁸⁸. Eğitim kurumuna erişimini

⁸³ Catan ve Diğerleri/ Rusya, Başvuru No. 43370/04, 8252/05, 18454/06, 10.10.2012, para 137.

⁸⁴ Catan ve Diğerleri/ Rusya, Başvuru No. 43370/04, 8252/05, 18454/06, 10.10.2012, para 154.

⁸⁵ Catan ve Diğerleri/ Rusya, Başvuru No. 43370/04, 8252/05, 18454/06, 10.10.2012, para 136.

⁸⁶ Memlika/Yunanistan, Başvuru No. 37991/12, 06.10.2015.

⁸⁷ Memlika/Yunanistan, Başvuru No. 37991/12, 06.10.2015, para. 50.

⁸⁸ Memlika/Yunanistan, Başvuru No. 37991/12, 06.10.2015, para. 55.

engelleyen bu tür önlemlerin doğası gereği çocukların yaşamları üzerinde ciddi etkileri olabileceğini de kabul etmiştir. Bununla birlikte, toplumsal menfaatlerle, bu tür önlemlere tabi olan bireylerin menfaatlerinin rekabet ettiği durumlarda, menfaatler arasındaki orantılılığa saygı göstermek amacıyla, yetkililerin hızlı ve özenli davranma yükümlülüğünün olduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülük, toplumun ve bireylerin menfaatlerini uzlaştırmak içindir⁸⁹. Dolayısıyla devlete tanınan takdir payına rağmen, her ne kadar meşru bir amaç gözetse de Devletin eğitim hakkına müdahalesinin geçici olması ve amaca ulaşmak için gerek duyulmadığı anda müdahalenin durdurulması gerektir. Bu davada Mahkeme, yetkililerin çocukların cüzzam hastalığının teşhisinde keyfi olarak gecikmelerini, izlenen meşru amaç ile orantılı bulmamış ve eğitim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

İlgili başvuru neticesinde anlaşılmaktadır ki, devletler bulaşıcı hastalıkların önlenmesi için çocuklar için zorunlu tıbbi müdahaleler öngörebilir ve bu müdahalelerin uygulanmaması halinde eğitim hakkına yönelik yaptırımlar uygulayabilirler. Diğer bir deyişle, eğitim kurumundan çocuğun uzaklaştırılması şeklinde bir yaptırım öngörülebilirler⁹⁰. Ancak hakka yönelik bu müdahalenin amaç gerçekleştirildikten sonra sonlanması gerekir. Yani zorunlu tutulan aşı çocuğa uygulandıktan sonra çocuğun eğitimine devam etmesine imkân tanınmalıdır. Aksi halde kamu sağlığının korunması şeklindeki meşru amaca ulaşmak için kullanılan araç orantılı olarak değerlendirilmeyecek ve eğitim hakkı ihlal edilecektir.

D. Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı, temel bir insan hakkıdır ve diğer insan haklarından faydalanmak için gereklidir⁹¹. Bu önemine rağmen sağlık hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmez. Dolayısıyla zorunlu aşıya ilişkin herhangi bir başvuruda bu hakkın ihlali ileri sürülemeyecektir. Ancak aşının sağlık hakkıyla olan ilişkisinin bu çalışmada ele alınması gerekir. Nitekim buna ilişkin insan hakları organlarının kararları bulunur. Bu organların başında Çocuk Hakları Komitesi gelir. Komite, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesine dayanarak aşı ile sağlık hakkı arasındaki ilişkiyi ortaya koyar.

Çocuğun sağlık hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 24. maddesi, dört fıkradan oluşur ve düzenlemenin 1. fıkrasına göre, "Taraf Devletler, çocuğun ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından ve hastalık halinde tedavi ve rehabilitasyon sağlayan kuruluşlardan yararlanması hakkını tanırlar. Hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerine ulaşma hakkından yoksun kalmamasını temin etmek üzere çaba göstereceklerdir." Bu madde, tüm çocukların ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkını güvence altına alır. Madde, genel olarak çocuklar için birinci basamak sağlık hizmetlerinin

⁸⁹ Memlika/Yunanistan, Başvuru No. 37991/12, 06.10.2015, para. 55.

⁹⁰ Amerika'daki Maricopa İlk Derece Mahkemesi, aşılınmamış çocukların eğitim kurumuna kabul edilmemesi şeklindeki yaptırımı, kamu sağlığının korunması amacını güttüğünü ve böylesi bir yaptırımın, mutlaka salgın halinin mevcut olmasını gerektirmediğini belirtmiştir. MALONE, Kevin M., HINMAN, Alan R., "Vaccination Mandates: The Public Health Imperative and Individual Rights", Law in Public Health Practice, ed. Goodman, Richard A.; Hoofman, Richard E.; Lopez, Wilfredo; Matthews, Gene W.; Rothstein, Mark A.; Foster, Karen L., 1nd edition. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003, s. 272.

⁹¹ Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No.15, 2013, para. 7.

gereğine vurgu yapar ve temel çocuk sağlığı bilgisinin teşvik edilmesini içerir⁹². Sözleşme'nin 6. maddenin 2. fıkrası da bu hususta, taraf devletlerin çocukların hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan en üst çabayı göstermeleri yükümlülüğünü getirir.

Gerek 24. madde, gerekse 6. maddenin doğurduğu yükümlülükler, zamanla, UNICEF'in bebek ve çocuk ölümlerini azaltma çabalarıyla yakından ilişkili hale gelmiştir. 1980'li yıllarda UNICEF, ülkelerin emzirmeyi teşvik etme, doğum öncesi ve doğum sonrası bakım hizmetlerine erişimi kolaylaştırma, bebeklerin büyümelerinin izlenmesi ve Dünya Sağlık Örgütü'nün Genişletilmiş Bağışıklama Programı (EPI) ile birlikte çocukluk çağı hastalıkları olan difteri, boğmaca, tetanos, kızamık, çocuk felci ve tüberküloz için altı temel aşının daha yaygın hale getirilmesi için devletlerin çaba göstermesi gereğini vurgulamış ve devletleri bu konuda teşvik etmiştir. 1985-1990 yılları arasında da UNICEF eliyle, çocuk ölüm oranlarını düşürmeyi amaçlayan Evrensel Çocukluk Bağışıklığı (UCI) kampanyası başlatılmıştır. Aslında, taraf devletlerin katıldığı 1990 tarihli Dünya Çocuk Zirvesi'nde, kabul edilen Eylem Planı'nda da, kızamık, çocuk felci, tetanoz, tüberküloz, boğmaca, difteri gibi önlenebilir çocukluk hastalıklarına karşı etkili aşıların devletler tarafından temel sağlık hizmeti olarak kabulü ve etkili önlemlerin alınması gereği belirtilmiştir⁹³.

Çocuk Hakları Komitesi, 24. maddenin 2. fıkrasının (c) bendinin aşılardan için önemine Genel Yorumu'nda da dikkat çekmiştir⁹⁴. Bentte yer alan, "mevcut tekniklerin/teknolojinin uygulanması" şeklindeki düzenleme kapsamında, çocuk sağlığı açısından yeni ve etkisi kanıtlanmış teknolojileri devletlerin kullanmaları ve her kesime ulaştırmaları gerekir. Komite, çocukluk döneminde görülen yaygın çocukluk hastalıklarına karşı aşılama da bu teknikler arasında saymıştır. Dolayısıyla Komite'nin yorumu çerçevesinde aşılama politikalarının devletler tarafından kabulü ve yaygın bir şekilde uygulanması gerekir. Esasen bu yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmesi, Sözleşme'yi onaylama aşamasında devletlerden istenir. Öyle ki, Çocuk Hakları Sözleşmesi onaylanırken diğer unsurların yanı sıra, çocuk sağlığına ilişkin yaygın şekilde kabul gören anlayışların uygulanması aranır⁹⁵. Bu kapsamda, devletlerden bağışıklama kapsamının genişletilmesi istenir. Nitekim devletlerin Komite'ye sundukları ilk raporlarda aşı programlarını detaylandırdıkları gözlenir. Örneğin, 1992 tarihli ilk raporunda Bolivya, ülkesindeki bir yaşın altındaki çocuklar için yapılan aşı kampanyalarına yer vermiştir. 1993 tarihli raporunda Sudan, hükümetin tüm ülkedeki Sudanlı çocuklara aşı kapsamını garanti eden çalışmalarına atıfta bulunmuştur. Paraguay'ın 10 Aralık 1993 tarihli raporu da, sözleşmeye uyumunun bir göstergesi olarak aşı kapsamı hakkındaki verileri içeriyordu. Filipinler'in 11 Kasım 1993 tarihli raporu, evrensel çocuk aşılmasıyla ilgili iki cumhurbaşkanlığı bildirgesini, sözleşmenin gereğini yerine getirdiğine dair kanıt olarak

⁹² GAURI, Varun, "The Cost of Complying with Human Rights Treaties: The Convention on the Rights of the Child and Basic Immunization", The Review of International Organizations, 2011, s. 9.

⁹³ O tarihlerde belirtilen bu gibi hastalıkların yanında düşük maliyetli ilaçlarla etkili bir şekilde tedavi edilebilen ishal ve üst solunum yolu enfeksiyonlarından dolayı, 5 yaşın altındaki çocukların 14 milyonunun ölümünden veya engelli duruma geldiği belirtilmiştir. <http://www.unicef.org/wsc/plan.htm#Child>, (12.06.2020).

⁹⁴ Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No.15, 2013, para. 41.

⁹⁵ GAURI, a.g.e., s. 10.

sunmuştur. Endonezya hükümeti, 8 Mart 1993 tarihli ilk raporunda, beş yaşın altındaki bebekler ve çocuklar için ulusal aşılamanın hızlandırıldığını belirtmiştir. 1994 tarihli Nikaragua raporu ise, ülkesindeki bağışıklama üzerine genişletilmiş program hakkında bir bölümü ve altı temel çocukluk aşısına ilişkin verileri içerir⁹⁶.

2. Ebeveynin Hakları

Anne, baba ve çocuk arasındaki ilişki hukuk dünyasında velayet kurumu çerçevesinde ele alınır. Velayet, küçüklerin bazı hallerde ergin kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen gösterme ve temsilini sağlama hususunda anne babaya yüklenen görevleri ve yetkileri içeren bir kurumdur⁹⁷. Bu nedenle karşılaştırmalı hukukta süreç içinde “anne ve babanın egemenliği” ya da “anne ve babanın çocuk üzerinde mutlak hakkı” şeklinde kullanılan “velayet” kavramı terk edilmiş⁹⁸ ve aynı kavram, anne ve babanın çocuğa bakma ve çocuğu koruma yükümlülüğü şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla yeni hukuk sistemlerinde velayet, çocuk üzerinde bir hakka sahip olmayı değil; ona yaşama beceri ve yeteneklerinin kazandırılması gereğini vurgular⁹⁹.

Her ne kadar velayet anlam değişikliğine uğrasa da, hukuk düzenlerinde çocuğun yetiştirilmesi görevi hala öncelikle anne ve babaya aittir. İnsan Hakları Hukuku’nda da aynı prensip geçerlidir. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 18. maddesi, bu prensibin hukuksal dayanağıdır. İlgili madde açıkça çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesine ilişkin sorumluluğun öncelikle anne ve babada olduğunu belirtir. Buradan hareketle, çocuğa herhangi bir aşının uygulanıp uygulanmaması hususunda, anne ve babasının öncelikli ve tek karar verici olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak uygulamada, ebeveynlerin çocuk üzerindeki sorumluluklarını her zaman doğru ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmediği görülür. Bu nedenle velayete ilişkin genel ilkelerin istisnası sayılabilecek durumlar vardır. Anne ve babanın çocuğun yetiştirilmesine ilişkin sorumluluğunu, onun zararına olacak şekilde kullanılması halleri bu durumların başında gelir. İşte ebeveynlerinden kaynaklanan kötü eylemlerden dolayı, çocuk nezdinde herhangi bir zararın ortaya çıkmasını önlemek içinse devletler her türlü tedbiri almalıdır. Devletlerin tedbir alma yükümlülüğü Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin bir gereğidir. Nitekim 19. madde, çocuğun ebeveyninden bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet, ihmâl ya da ihmalkâr muamele, istismar ve kötü muameleye karşı korunması için devletlerin yasal, idari, toplumsal, eğitim gibi konularda önlemler almaları gereğini düzenler. Bu kapsamda ailelerin aşırı reddettiği durumlarda, çocuklar üzerindeki sorumluluklarını tam ve eksiksiz yerine getirmediği; çocuğun sağlığının korunması konusunda ihmalkâr muamelede bulunduğu göz önünde bulundurularak, devlet tarafından müdahalede bulunulması gereği ileri sürülmektedir. Esasen burada çatışan iki önemli değer olduğu görülür. Bir yanda, ailenin çocuk üzerindeki velayete dayalı karar verme özerkliği, diğer tarafta devletin çocuğu koruma yükümlülüğü. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ise anne ve babanın çocukları üzerindeki hak ve yetkilerini belirten düzenlemelere yer verilmez.

⁹⁶ Çocuk Hakları Komitesi, İlk Oturum, Taraf Devletlerin Raporları, <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.2>, (12.06.2020); GAURI, a.g.e., s. 10.

⁹⁷ AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2018, s. 222.

⁹⁸ WOODHOUSE, a.g.e., s. 816.

⁹⁹ AKYÜZ, a.g.e., s. 222-223.

Dolayısıyla çatışan bu iki önemli değer dengeleme yöntemi açıkça düzenlenmez. Ancak aşı ile ilgili uyumsuzluklarda ailelerin hakları da gündeme gelmiştir.

A. Aile Yaşamına Saygı Hakkı

1. Genel Olarak

Aile yaşamına saygı hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenir. Madde de geçen "aile yaşamı" terimi, bir aile içindeki ilişkilerle ilgilidir¹⁰⁰ ve bu hakkın koruma alanından yararlanılabilmesi için mevcut bir ailenin¹⁰¹ varlığı gerekir. Yukarıda özel yaşama saygı hakkı kapsamında bahsedilen hakkın sınırlandırma kriterleri aile yaşamına saygı hakkı açısından da aynen geçerlidir.

2. Ailenin Rızası Karşısında Zorunlu Aşının Acil Bir Sosyal İhtiyaç Teşkil Edip Etmemesi Meselesi

Çocuklara yapılması öngörülen zorunlu aşılar için ebeveynlerin yapmış olduğu başvurularda aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialar söz konusu değildir. Ancak bu konuda, ailenin rızası olmaksızın çocuğa uygulanan tıbbi müdahalelerin aile yaşamına saygı hakkına etkisi yol göstericidir. Bu tür davalarda, tıbbi müdahalenin "aciliyet" ve "mutlak gereklilik" testine tabi tutulduğu görülmektedir. Eğer ki aciliyeti olan bir durum ortaya çıkmışsa, ailenin rızası olmadan yapılacak bir tıbbi müdahale aile yaşamını ihlal etmeyecektir. Nitekim Wedberg ve Hillblom/İsveç¹⁰² davası buna örnektir. İlgili davada başvuranların oğulları, ailenin rızası olmaksızın acil durum göz önünde bulundurularak ameliyata alınmıştır ancak ameliyat sırasında vefat etmiştir. Burada Komisyon müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmesini yaparken, incelemesinin sadece devletin takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetle yerine getirip getirmediğini tespit etmekle sınırlı olmadığını belirtmiştir¹⁰³. Bunun çok daha ötesinde, devletin müdahalesini haklı çıkarmak için savunulan nedenlerin ilgili ve yeterli olup olmadığını, davanın bir bütün olarak ve o sıradaki mevcut durumun ışığında ele alınıp alınmadığını tespit etme görevinin olduğunu belirtmiştir. Bu davada Komisyon, devletin ameliyatın çocuğun hayatını kurtarmanın tek yolu olduğu iddiasını kabul etmiş ve bu nedenle müdahalenin çocuğun hayatını ve sağlığını korumaya yönelik meşru amaç ile orantılı olduğu sonucuna varmıştır¹⁰⁴. Bu dava sonucunda, acil durumlarda tıbbi müdahale olarak aşının yapılması gereği, çocuğun menfaati göz önünde bulundurularak ve ebeveynlerin hakları göz ardı edilerek, acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelecektir.

Ancak aciliyeti olmayan bir durum ortaya çıkarsa tıbbi müdahale için ailenin rızasının alınması gerekir. Bunun örneği, M.A.K. ve R.K./İngiltere davasıdır. Bu dava, dokuz yaşındaki kız çocuğunun ailesinin talimatlarına rağmen kendilerinin olmadığı bir zamanda tıbbi testlere tabi tutmalarını konu edinir. Mahkeme, ebeveyninin açık talimatları göz önüne alındığında, kan testi ve fotoğraflarına devam etme kararının

¹⁰⁰ KILKELLY, a.g.e., s. 16.

¹⁰¹ Madde 8 kapsamında aile ise, medeni nikâh akdine göre kurulmuş evlilik birliktelikleri olabileceği gibi, evlilik dışı karşı cinslerin ya da aynı cinslerin birliktelikleri, evlilik dışı çocuk ile ebeveynleri arasındaki ilişkilerini de kapsar.

¹⁰² Wedberg ve Hillblom/İsveç, Başvuru No. 21607/93, 11.04.1996.

¹⁰³ Wedberg ve Hillblom/İsveç, Başvuru No. 21607/93, 11.04.1996, para. 10.

¹⁰⁴ Wedberg ve Hillblom/İsveç, Başvuru No. 21607/93, 11.04.1996, para. 10.

aciliyeti gerektirmesi gereğini vurgulamış ve ilgili davada kızın semptomlarının tedaviye devam etmek için acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediğini belirtmiştir. Nitekim annesinin hastaneye gelmeden önce durumunun kritik veya kötüleştiğini veya kötüleşebileceğini gösteren hiçbir kanıt ortaya konulmamış; acı veya rahatsızlık içinde olduğuna dair herhangi bir iddiada ileri sürülmemiştir¹⁰⁵. Mahkeme, müdahalenin haklı olmadığını ve çocuğun fiziksel bütünlük hakkı kapsamında özel yaşam saygı hakkının; aileninse aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰⁶. Anlaşılmaktadır ki, Wedberg ve Hillblom davasındaki gibi ertelenmesi halinde çocuğun sağlığına önemli zarar verebilme ihtimali olan tıbbi müdahalede bulunma durumundan farklı olarak, çocuğun sağlığına ve yaşamına önemli bir zarar gelme riski olmayan hallerde acil bir toplumsal ihtiyaç hali ortaya çıkmamasından ötürü, yetkililerin önce ebeveynlerinin rızasını alması gerekecektir. Aksi halde tıbbi müdahale aile yaşamına saygı hakkını ihlal edecektir. Bu çerçevede bir tıbbi müdahale olan aşılar içinde aynı kuralın geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim salgın haline gelen bir hastalığın tedavisinde acil toplumsal ihtiyaç halinin ortaya çıktığından hareketle, ailelerin rızaları hilafına devlet eliyle çocuklara aşı yaptırılabilir. Salgın haline gelmemiş bir hastalığın tedavisinde ise acil toplumsal ihtiyaç halinin ortaya çıkmamasından dolayı ailenin rızasının aranması gerekir. Bu doğrultuda devletler tarafından tek bir aşı politikası kabul etmek yerine, zorunlu ve gönüllü aşı ayırımı yapılarak, kimi hastalıklar için ailenin rızasının aranması hususu aile yaşamına saygı hakkı için yerinde bir uygulamadır.

B. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı

1. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 1. fıkrası, düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü düzenler. İlgili fıkranın açık düzenlemesi gereğince, kişiler hem din veya inanç değiştirme özgürlüğüne hem de tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğüne sahiptir. Maddenin ikinci fıkrasında, din veya inancı açıklama özgürlüğüne yönelik sınırlandırma eylemlerinin hukukiliği belirlenmiştir. Buna göre, bu özgürlükler ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

İlgili hakkın üç boyutu bulunur. Bu üç boyut, kişinin manevi iç dünyası, din ya da inancını ibadet, ayin, öğretim, uygulama gibi dışa vurulan eylemler ve din ve inançtan esinlenen davranışlardır. Sözleşmenin 9. maddesindeki özgürlüğün bu üç boyutu farklı hukuki rejimlere tabidir¹⁰⁷. İlk boyutuyla din veya inanç özgürlüğü, kişinin serbest bir şekilde istediği dini inanca sahip olabilme özgürlüğüdür. Bu aynı zamanda inanmamayı da kapsar. Kişilerin iç dünyasına dâhil olan bu özgürlükler, dokunulmaz haklardır, herhangi bir sınırlamaya tabi olamazlar. Dolayısıyla devletlerin düşünce, vicdan ya da din özgürlüğüne müdahale eden eylemlerde bulunmaktan kaçınmak gibi olumsuz bir yükümlülüğü vardır¹⁰⁸. 'Forum internum' olarak addedilen ilk unsurunun yanı sıra,

¹⁰⁵ M.A.K. ve R.K./ Birleşik Krallık, Başvuru No. 45901/05, 40146/06, 23.03.2010, para. 79.

¹⁰⁶ M.A.K. ve R.K./ Birleşik Krallık, Başvuru No. 45901/05, 40146/06, 23.03.2010, para. 75.

¹⁰⁷ DOĞRU, NALBANT, a.g.e., s. 122.

¹⁰⁸ CAMILLERİ, a.g.e., s. 15.

özgürlüğün ‘forum externum’ olarak nitelendirilen dışsal boyutu da bulunur. İkinci unsur, tek başına veya topluca, kapalı veya aleni olarak, dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğüdür. Madde metni, “ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak” biçiminde dini inançların dışa vurulabileceğini de açıkça düzenlemiştir. Hakkın bu unsuruna ise, mutlak nitelikte değildir; sınırlandırılabilir. İkinci fıkra, sınırlandırmaların hukukilik kriterlerini düzenlemiştir. Din veya inançtan esinlenen davranışlar ise Mahkeme tarafından farklı ele alınmıştır. Mahkeme’ye göre, 9. madde herhangi bir dinden ya da inançtan esinlenen bütün davranışları korumaz ve her durumda kamusal alanda dini inancın emrettiği şekilde davranma hakkını doğrudan bireylere tanımaz¹⁰⁹. İlgili özgürlük üzerinde devletler geniş bir takdir alanına sahiptir.

2. Dini Nedenlerle Zorunlu Aşının Reddi

Çalışmada yaşam hakkı ve özel yaşama saygı hakkı başlıkları altında Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino¹¹⁰ davasında, birinci başvuran çocuklar için aşıları zorunlu kılan yasaların düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına hukuka aykırı bir müdahale teşkil ettiğini iddia etmiştir. Komisyon, 9. maddenin öncelikle ‘forum internum’ olarak addedilen kişisel ve özel inançlar alanını koruduğunu; ancak bu alanın dışında inançlarla yakından bağlantılı olan eylemleri de koruduğunu belirterek davayı çözümlenmeye başlamıştır. Ancak Komisyon’a göre, inançların gerekli kıldığı her eylem türü bu madde kapsamında mutlaka korunmaz. Buradan hareketle Komisyon, aşı yükümlülüğünün, söz konusu yasada belirtildiği gibi, inançlarına bakılmaksızın herkes için geçerli olduğunu ve dolayısıyla 9. madde ile korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne müdahale teşkil etmediğini kaydetmiştir¹¹¹. Bu kararında Komisyon, 9. madde özelinde detaylı bir analiz yapmamıştır. Sadece zorunlu aşı politikasının herkes için öngörülmesinden hareketle başvuranın söz konusu madde kapsamındaki haklarına herhangi bir müdahale olmadığını belirlemekle yetinmiştir. Bununla birlikte, aşığı reddetme eyleminin, kişinin inancının bir ifadesi olması nedeniyle inanç özgürlüğüne bağlı bir eylem olduğu ileri sürülebilir.

Belirtilmelidir ki, dini nedenlerle aşı reddini hukuken tanıyan devletler söz konusudur. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde aşı programlarından dini nedenlerle muafiyet yaygın uygulamadır. Kaliforniya, Mississippi ve Batı Virginia hariç, tüm eyaletler din nedenlerle aşı politikalarının reddine hukuken izin vermektedir. Kanada ve Ontario ise yapılması önerilen aşılarında tıbbi olmayan itirazları hukuken tanır¹¹². Arkansas, Georgia ve Wyoming gibi bir kısım ABD eyalet yasası ise, aşı yapılmasını reddettikleri bir hastalığın salgın haline gelmesi durumunda çocukların eğitim kurumuna kabul edilmemesini ve evlerine gönderilmesini düzenler¹¹³. Newyork ilk derece mahkemesi ise bu hususta, aşılama yönelik dini nedenlerle itirazların ancak kişilerin iddia edilen inançlarının “dini” olduğu kadar geçekten ve içtenlikle yapılması kriterini aramıştır¹¹⁴. Bu

¹⁰⁹ Leyla Şahin/Türkiye, Başvuru No. 44774/98, 20.11.2005, para. 78.

¹¹⁰ Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino, Başvuru No. 26536/95, 15.01.1998.

¹¹¹ Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino, Başvuru No. 26536/95, 15.01.1998, para. 33.

¹¹² Παναγιώτα, a.g.e., s. 150.

¹¹³ Ülkede aşı ile önlenbilir hastalıklarla ilişkili hastaneye yatma ve ölümlerin sayısı önemli ölçüde azaldığından, böyle bir modelin etkili olduğu vurgulanmalıdır. *Ibid*, s. 150

¹¹⁴ 1944 tarihli Prince v. Massachusetts davasında ise Amerikan Yüksek Mahkemesi, ailelerin dini özgürce uygulama hakkının, toplumu ya da çocuğu bulaşıcı hastalığa yakalanma ya da ölümle karşılaştırma özgürlüğünü içermez. MALONE, HINMAN, a.g.e., s. 273.

koşulları sağlayan bir itiraz halinde ancak zorunlu aşı ile anayasal hak olan dini inanç özgürlüğü ihlal edilir¹¹⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin daha sonraki tarihli kararında ise içtihadını derinleştirdiği görülmüştür ve kendisi bizzat dini nedenlerle zorunlu tıbbi müdahalenin reddini konu edinen bir davanın dengelenmesi zor menfaatleri içerdiğini dile getirmiştir. Bu tespitlerini içeren dava, Moskova Yehova'nın Şahitleri/Rusya¹¹⁶ başvurusudur. Dini topluluklarının dağıtılmasını ve faaliyetlerine yasak getirilmesini konu edinen başvuruda, kişiler diğer nedenlerin yanı sıra kan nakillerini reddetmeye yönelik dini öğretileri nedeniyle topluluğun dağılmasından ve faaliyetlerinin yasaklanmasından dolayı din ve vicdan özgürlüğüne yönelik hukuka aykırı müdahalede bulunulduğundan şikâyetçi olmuşlardır. Çocukları ve zorunlu aşı politikasını konu edinmemesine rağmen, bu dava önemlidir. Davanın önemini Mahkeme'de kabul etmektedir. Mahkeme bu durumu, dini nedenlerle tıbbi tedavinin reddedilmesinin, devletin kişilerin yaşamını ve sağlığını koruma yükümlülüğü ile bireyin kişisel özerklik hakkı arasında bir çatışmayı içermesinden dolayı önemli bir hukuki karmaşıklık sorunu olarak özetlemiştir¹¹⁷. Burada dengeyi sağlama görevinin de kendisinde olduğunu belirtmiştir.

İlgili başvuruda 9. maddeyi, Sözleşme'nin 11. maddesi çerçevesinde yorumlayan¹¹⁸ Mahkeme, topluluğun dağıtılmasına ve faaliyetlerinin yasaklanmasına ilişkin müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken, dini nedenlerle bir müdahaleyi reddetmenin 8. maddeyle olan ilişkisine dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin esası, insan onuruna ve özgürlüklere saygı duyulmasıdır ve kişisel özerklik ve kendi kaderini tayin hakkı sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yorumlanmasının altında yatan temel ilkelerdir. Bir tıbbi tedaviyi kabul etme ya da reddetme veya alternatif bir tedavi şekli seçme özgürlüğü, kendi kendini belirleme ve kişisel özerklik ilkeleri için hayati öneme sahiptir¹¹⁹. Belirli bir tedaviyi kabul etmeyi reddetmenin ölümcül bir sonuca yol açabileceği durumlarda bile, akli melekeleri yerinde olan yetişkin bir hastanın rızası (consent of a mentally competent adult patient) olmadan tıbbi tedavinin uygulanması, fiziksel bütünlük hakkına müdahale eder ve Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca korunan hakları ihlal eder. Bu nedenle akli melekeleri yerinde olan yetişkin hasta, örneğin ameliyata veya tedaviye girip girmeyeceğine ya da kan nakli yapmaya karar verebilmelidir. Dolayısıyla, bu özgürlüğün anlamlı olabilmesi için, bu tür seçimlerin başkalarına ne kadar irrasyonel, akılsız veya küstah görünebileceğine bakılmaksızın, hastalar kendi görüş ve değerlerine uygun seçimler yapma hakkına sahip olmalıdır¹²⁰. Birçok ülke, kan naklini reddeden Yehova'nın Şahitlerinin vakalarını incelemiştir ve devletlerin, bir hastanın yaşamını veya sağlığını koruma konusundaki kamu yararının şüphesiz meşru ve çok güçlü olmasına rağmen, hastanın kendi yaşamının gidişatını yönlendirmeye öncelik tanınması gerekir. Çünkü özgür seçim ve kendi kaderini

¹¹⁵ Berg v Glen Cove City School District, app. no.CV 93-5053, United States District Court, E.D. New York; Sherr v Northport-east Northport U. Free Sch. D. app. nos. CV 87-3116, CV 87-3197, United States District Court, E.D. New York.

¹¹⁶ Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010.

¹¹⁷ Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010, para. 134.

¹¹⁸ Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010, para. 99.

¹¹⁹ Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010, para. 136.

¹²⁰ Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010, para. 136.

tayin hakkı, kişinin kendi yaşamının temel bileşenleridir ve örneğin bir salgın sırasında zorunlu aşılama durumundan farklı olarak, üçüncü kişilerin korunması gerektiğine dair herhangi bir ihtiyacın olmadığı durumlarda Devlet sağlık alanında bireysel seçim özgürlüğüne müdahale etmekten kaçınmalıdır; nitekim bu tür bir müdahale yaşamın değerini sadece azaltabilir ve artıramaz¹²¹.

Karardan anlaşılmaktadır ki, Mahkeme ilk olarak, yalnızca bireyi etkileyen tıbbi tedaviler ile diğerlerini korumak için gerekli olan tıbbi tedaviler arasındaki ayırım yaparak ilerlemiştir. İlki ile ilgili olarak Mahkeme, bireyin fiziksel bütünlük ve dini inançlar alanında kişisel özerklik hakkının, devletin vatandaşlarının sağlığını ve yaşamlarını koruma yükümlülüğünü geçersiz kıldığını belirtmiştir. Nitekim Mahkeme'ye göre kişisel özerklik hakkı, reddetme ölümcül bir sonuca yol açsa bile tıbbi tedaviyi kabul etme veya reddetme özgürlüğünü gerektirir¹²². Mahkeme, başkalarını korumak için gereken tıbbi tedavilerle ilgili olarak, toplumsal menfaatin bireyin kişisel özerklik hakkını geçersiz kıldığını ima etmektedir. Mahkeme dolaylı olarak, kamu çıkarlarının korunmasına ihtiyaç duyulduğunda, bireylerin kendi çıkarlarını ertelemek şeklinde sosyal görevleri olduğunu ve devletin yaşamları ve toplumun sağlığını koruma yükümlülüğünün bireysel hak ve özgürlüklerini geçersiz kıldığını belirtmiştir¹²³.

Karar neticesinde ortaya çıkan ve çalışmamız açısından önemli olan diğer bir hususta, Mahkeme'nin kararda "akli melekeleri yerinde olan yetişkin hasta" kavramını kullanmasıdır. Mahkeme bu kavramla, bu tür kimselerle akli melekeleri yerinde olmayan yetişkinler ve yetişkin olmayan hastalar arasında bir ayırım yapmaktadır. Bu nedenle, tıbbi tedavinin bir çocuğa uygulanması halinde Mahkeme'nin kararını farklı bir şekilde gerekçelendireceği açıktır. Yapılan bu ayırmadan, öncelikle çocuklar nezdinde kararın kişisel özerklik temelinde gerekçelendirilmeyeceği sonucuna varılır. İkinci olarak, sadece çocuğu etkilemeyen bir hastalığın gereği olarak yapılan tıbbi müdahalelerin, devletin toplumsal menfaat olarak diğer kimselerin sağlık ve yaşam hakkının korunması temelinde gerekçelendirileceği anlaşılır.

SONUÇ

Çocuklar için yapılması zorunlu tutulan aşılarla ilişkin başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere diğer insan hakları organlarının konuya ilişkin güncel kararları bulunmamaktadır. Yalnızca Mahkeme öncesinde faaliyet gösteren Komisyon'un çalışmamızda da konu edindiğimiz eski tarihli kararı bulunmaktadır ve karar gerekçesinde de mevzuyu yeterince irdelenmediği gözlenmektedir. Bu durum çalışmamıza ışık tutmuştur. Öyle ki, çatışan pek çok değerler ortaya çıktığı bu durumda, ilgili değerler ayrı başlıklar altında incelenmiş ve varsa konuyla ilgili doğrudan kararlarla yoksa da konuya yakın kararlarla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dengeleme yöntemi belirlenmeye çalışılmıştır. Çatışan bu değerlerden ilki, çocuğun hakları; diğeri ise ebeveynin hakları olarak belirlenmiştir. Çocuğun zorunlu aşı uygulamasına tabi

¹²¹ İlgili başvuru sonucunda da, yerel mahkemelerin, başvuranların fiziksel bütünlük hakkı kapsamında kişisel özerklik haklarında sınırlandırmayı haklı çıkarabilecek ilgili ve yeterli nedenleri veya acil bir sosyal ihtiyacın varlığını ikna edici şekilde ortaya koyamadıklarını tespit etmiştir. Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010, para. 142.

¹²² Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010, para. 135.

¹²³ Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010, para. 85, 136.

tutulma veya bu politikanın aile tarafından reddedilme hali, çocuğun yaşam hakkı, özel yaşama saygı hakkı, eğitim hakkı ve sağlık hakkı çerçevesinde irdelenmiştir. İnceleme sonucunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin genel itibarıyla aşı uygulamasını reddetmediği ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin ve kamu sağlığının korunması amacıyla devletlerin bu tür önlemler alabileceğini vurguladığı anlaşılmıştır. Çocuk Hakları Komitesi'nin de çocuğun yaşamının ve sağlığının korunması için birtakım aşuların çocukluk döneminde yapılmasını tavsiye ettiği görülmüştür. Dolayısıyla çocuğun özel yaşama saygı hakkı ve eğitim hakkı, zorunlu aşının hem çocuğun sağlık hakkının bir gereği hem de zorunlu toplumsal menfaati ilgilendirmesi ve başkalarının sağlığını tehlikeye atmama amacını taşımasından hareketle göz ardı edilmiştir. Böylece Mahkeme çatışan değerler karşısında, dengeleme yöntemi olarak kamunun sağlığının korunmasına öncelik tanıdığı görülmüştür.

Zorunlu aşı ile ebeveynlerin de hak taleplerinin olabileceği varsayılarak, konu aile yaşamına saygı hakkı ve din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde ele alınmıştır. Aşı karşıtı ailelerin bu itirazları karşısında, aile yaşamlarına saygı hakkının ihlaline ilişkin Mahkeme'nin ayrıca bir incelemesi olmamıştır. Dolayısıyla çocuğun özel yaşamına saygı hakkına ilişkin kamunun sağlığının korunması şeklindeki meşru amaç burada irdelenmemiştir. Ancak çocuğa yönelik diğer tıbbi müdahalelerde Mahkeme'nin konuyu acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelip gelmemesi üzerinden değerlendirdiği tespit edilmiştir. Buna göre acil durumun ortaya çıkması halinde, ailenin rızası alınmadan çocuğa yapılacak herhangi bir tıbbi müdahale aile yaşamına saygı hakkını ihlal etmeyecektir. Acil durum ortaya çıkmadan rızaları hilafına yapılacak bir müdahalede ise aile yaşamına saygı hakkı ihlal edilecektir. Belirlenen bu kriterlerin aynen zorunlu aşı politikaları içinde geçerli olabileceği söylenebilir. Nitekim salgın haline gelen bir hastalığın tedavisinde acil toplumsal ihtiyaç halinin ortaya çıktığından hareketle, ailelerin rızaları hilafına devlet eliyle çocuklara aşı yaptırılabilir. Burada yine kamu sağlığının korunması şeklindeki meşru amaçla konunun gerekçelendirilmesi de mümkün gözükmemektedir. Salgın haline gelmemiş bir hastalığın tedavisinde ise acil toplumsal ihtiyaç halinin ortaya çıkmamasından dolayı ailenin rızasının aranması gerekecektir. Bu doğrultuda devletler tarafından tek bir aşı politikası kabul etmek yerine, zorunlu ve gönüllü aşı ayırımı yapılarak, kimi hastalıklar için ailenin rızasının aranması hususu aile yaşamına saygı hakkı için yerinde bir uygulama olduğunu belirtmek gerekir. Ailenin dinsel öğretileri nedeniyle aşığı reddetmesi halindeyse, Komisyon ve Mahkeme tarafından kişilerin din ve vicdan özgürlüğü doğrudan göz ardı edilerek, toplumsal menfaatin bireyin kişisel özerklik hakkını geçersiz kıldığı vurgulanmış ve bireylerin kendi çıkarlarını ertelemek şeklinde sosyal görevleri olduğu; bireysel hak ve özgürlüklerinin devletin yaşamları ve toplumun sağlığını koruma yükümlülüğünü geçersiz kılmadığı hüküm altına alınmıştır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2018.

ATAK, İsmail, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", TOTBİD Dergisi, 2020, ss.19-26.

AVCI, Ercan, "Çocukluk Dönemi Aşılarına İlişkin Karşılaştırmalı Bir Analiz: Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye", Liberal Perspektif: Analiz, Sayı:9, Ağustos 2017, ss. 1-35.

CAMILLERI, Francesca, "Compulsory Vaccinations For Children: Balancing The Competing Human Rights At Stake", Netherlands Quarterly of Human Rights, ss. 1-23.

ÇALI, Başak, "Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions", Human Rights Quarterly, Vol. 29, No. 1, 2007, ss. 251-270.

ÇANAPOĞLU, Esra, "Sağlık Çalışanı ve Ebeveyn Perspektifinden Çocukluk Çağı Aşılarının Reddi Niteliksel Bir Araştırma", Acıbadem Mehmet Ali Aydınlar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi-Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, 2013, İstanbul.

ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 2. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2011.

GAURI, Varun, "The Cost of Complying with Human Rights Treaties: The Convention on the Rights of the Child and Basic Immunization, The Review of International Organizations, 2011, ss. 1-32.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

GRABENWARTER, Christoph, European Convention on Human Rights, Verlag C. H. Beck o HG, 2014.

GÜMÜŞ, Ali Tarık, Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı, Adalet Yayınevi, 2016, Ankara.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Third Edition, 2014.

HAVERKATE, M., F. D'Ancona, C. Giambi, K. Johansen, P. L. Lopalco, V. Cozza, E. Appelgren, "Mandatory and Recommended Vaccination in the EU, Iceland and Norway: Results of the VENICE 2010 Survey on the Ways of Implementing National Vaccination Programmes", www.eurosurveillance.org., (e.t.13.05.2020).

HERINGA, Aalt Willem/ZWAAK, Leo, "Right to Respect for Privacy", Theory And Practice Of The European Convention On Human Rights, ed. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006.

KADER, Çiğdem, "Aşı Karşılığı: Aşı Kararsızlığı ve Aşı Reddi", ESTÜDAM Halk Sağlığı Dergisi, 4(3), 2019, ss. 377-388.

KASAPOĞLU TURHAN, Mine, "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2019, ss. 1-40.

KILKELLY, Ursula, 'Human Rights Handbook No 1: A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights', Human Rights Handbooks, 2003.

MALONE, Kevin M., Alan R. Hinman, "Vaccination Mandates: The Public Health Imperative and Individual Rights", Goodman, Richard A.; Hoofman, Richard E.; Lopez, Wilfredo; Matthews, Gene W.; Rothstein, Mark A.; Foster, Karen L., eds. Law in Public Health Practice, 1st edition. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003, ss. 262- 284.

McKEE, Chephra, Kristin Bohannon, 'Exploring The Reasons Behind Parental Refusal Of Vaccines', The Journal of Pediatric Pharmacology and Therapeutics, 21 (2), Mar-Apr, 2016, ss. 104-109.

MOWBRAY, Alastair, Cases, Materials and Commentary on the European Convention On Human Rights, Oxford University Press, Third Edition, 2014.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul.

PETTER, Andrew, Allan Hutchinson, "Rights in Conflict: The Dilemma of Charter Legitimacy", University of British Columbia Law Review, Vol. 23/3, ss. 531-548.

PIERIC, Roland, 'Mandatory Vaccination: An Unqualified Defence', Journal of Applied Philosophy, 35 (2), 2018, ss. 1-20.

SCHABAS, William A., The European Convention On Human Rights A Commentary, Oxford University Press, 2015,

ŞİMŞEK, Uğur, "Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, ss. 3535-3556.

TURHAN, Mehmet, "Hakların Çatışması", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, ss. 697-720.

WALDRON, Jeremy, "Rights in Conflict", The University of Chicago Press, Vol. 99, No. 3, 1989, ss. 503-519.

WOODHOUSE, Barbara Bennett, "Child Custody in the Age of Children Rights: The Search for a Just and Workable Standard", Family Law Quarterly, Vol. 33, No. 3, 1999, ss. 815-832.

ZUCCO, Lorenzo, "Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas", Conflicts Between Fundamental Rights, Eva Brems (ed.), Oxford, Intersentia, 2008, ss. 19-37.

ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ Κούτμα, “Religious Objections to Compulsory Vaccination: the ECtHR Approach”, *Expressis Verbis Law Journal*, 11:11, ss. 149- 154.

Kararlar

- Acmanne ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No. 10435/83, 10.12.1984.
- Aleksandra Skerlevska/Makedonya, Başvuru No. 54372/15, 25.09.2018.
- Antovic and Mirkovic/Karadağ Başvuru No. 70838/13, 28.11.2017.
- Asiye Genç/Türkiye, Başvuru No. 24109/07, 27.04.2015.
- Association X/Birleşik Krallık, Başvuru No. 7154/75, 12.07.1978.
- Barbulescu/Romanya, (BD) Başvuru No. 61496/08, 05.09.2017.
- Carlo Boffa ve Diğerleri/San Marino, Başvuru No. 26536/95, 15.01.1998.
- Catan ve Diğerleri/ Rusya, Başvuru No. 43370/04, 8252/05, 18454/06, 10.10.2012.
- Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No. 6339/05, 10.04.2007.
- Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07.12.1976.
- Kroon ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No. 8535/91, 27.10.1994.
- L.C.B./Birleşik Krallık, Başvuru No. 14/1997/798/1001, 09.06.1998.
- Leyla Şahin/Türkiye, Başvuru No. 44774/98, 20.11.2005.
- M.A.K. ve R.K./ Birleşik Krallık, Başvuru No. 45901/05, 40146/06, 23.03.2010.
- M.A. ve M.M./Fransa, Başvuru No. 39671/98, 23.11.1999.
- Memlika/Yunanistan, Başvuru No. 37991/12, 06.10.2015.
- Moskova Yehova Şahitleri ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No. 302/02. 10.06.2010.
- Niemietz/Almanya, Başvuru No. 13710/88, 16.12.1992.
- Olsson/İsveç, Başvuru No. 10465/83, 24.03.1988.
- Osman/Birleşik Krallık, Başvuru No. 87/1997/87/1083, 28.10.1998.
- Öneryıldız/Türkiye, Başvuru No. 48939/99, 30.11.2004.
- Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya (BD), Başvuru No.931/13, 27/06/2017.
- S. ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No.30562/04, 30566/04, 04.12.2008.
- Solomakhin/Ukrayna, Başvuru No. 24429/03, 15.03.2012.
- Tsirlis ve Kouloumpas/Yunanistan, Başvuru No. 19233/91, 199234/91, 29.05.1997.
- Von Hannover/Almanya, Başvuru No. 59320/00, 03.06.2004.
- Wedberg ve Hillblom/İsveç, Başvuru No. 21607/93, 11.04.1996.
- Y.F./Türkiye, Başvuru No. 24209/94, 22.07.2003.

X/İzlanda, Başvuru No. 6825/74, 18.05.1976.

X. ve Y/Hollanda, Başvuru No.8978/80, 26.03.1985.

Anayasa Mahkemesi, Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1789, Karar Tarihi: 11.11.2015, para. 52

Anayasa Mahkemesi, Muhammed Ali Bayram Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/4077, Karar Tarihi: 29.06.2016.

Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No.15, 2013.

Çocuk Hakları Komitesi, İlk Oturum, Taraf Devletlerin Raporları, <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.2>, (e.t. 12.06.2020)

Dünya Sağlık Örgütü (WHO), 'Vaccine Hesitancy: A Growing Challenge for Immunization Programmes' 18 Ağustos 2015, <https://www.who.int/news-room/detail/18-08-2015-vaccine-hesitancy-a-growing-challenge-for-immunization-programmes>, (e.t.20.03.2020).

Dünya Sağlık Örgütü (WHO), 'Measles Outbreaks Across Europe Threaten Progress Towards Elimination' 28 Mart 2017, <http://www.euro.who.int/en/media-centre/sections/press-releases/2017/measles-outbreaks-across-europe-threaten-progresstowards-elimination>, (e.t. 20.03.2020).

Dünya Sağlık Örgütü (WHO), 'Measles-European Region' 6 Mayıs 2019, <https://www.who.int/csr/don/06-may-2019-measles-euro/en/>, (e.t. 20.03.2020).

Sağlık Bakanlığı, <https://asi.saglik.gov.tr/genel-bilgiler/34-a%C5%9F%C4%B1-nedir.html>, (e.t. 13.05.2020).

İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDEN YARARLANMAK İÇİN GÖSTERİLMESİ GEREKEN GAYRET*

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ**

ÖZ

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, Türk Ceza Kanunu'nun 41. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında suça iştirak etmiş olan suç ortaklarından birinin veya bir kısmının gönüllü olarak suçun tamamlanmaması için gayret göstermesi halinde gönüllü vazgeçme söz konusu olabilecektir. Ancak suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için gösterdiği gayretin belirli bir niteliğe sahip olması gerekir. Gösterilen gayretin, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun icra hareketlerinin tamamlanmaması ve/veya neticenin meydana gelmemesi amacıyla iradi ve gönüllü olarak yapılan, kullanılan araç, yöntem ve zaman bakımından objektif olarak sonuç elde etmeye elverişli üstün çaba niteliğinde olması gerekir. Ayrıca suç ortağının göstermesi gereken gayretin kapsam, nitelik, etkinlik ve zaman bakımından yeterliliği, her somut olayda işlenen suç veya suçların türü, suçun işleniş şekli, zamanı ve yeri ile suç ortağının suçun teşebbüsüne yaptığı katkı ve iştirak türü dikkate alınarak mahkeme tarafından belirlenmelidir.

Kanun koyucu TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasında yer verdiği gönüllü vazgeçme düzenlemesiyle, suçun tamamlanmasının engellenmiş olması neticesine değil, suçun tamamlanmasının engellenmesine yönelik niyete ve gayrete değer vermiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme müessesesi şahsi bir cezasızlık sebebi olarak düzenlendiği için, gönüllü vazgeçen suç ortağının cezai sorumluluğu bulunmamakta fakat işlenen fiil tüm suç ortakları bakımından suç olma özelliğini korumaya devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Gönüllü vazgeçme, suç ortağının gönüllü vazgeçmesi, gayret, üstün çaba, gayretin kapsamı.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 19/11/2020

** Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: bozdaghukuk@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1157-9199

THE EFFORT THAT MUST BE SHOWN IN ORDER TO BENEFIT FROM VOLUNTEER WAIVING IN THE CRIMES COMMITTED AS PARTICIPATION

ABSTRACT

Voluntary abandonment in jointly committed offences is specifically regulated in the Article 41 of the Turkish Penal Code. An accomplice, who derives benefit from this regulation, is obligated to make effort to prevent the completion of the crime. In this case, the effort of the accomplice must contain of a certain quality. The accomplice, who knowingly and voluntarily, should make effort to achieve objective results in terms of the means, method and time to prevent the crime from happening. In addition, the competence of the effort required by the accomplice in terms of scope, nature, efficiency and time should be determined by the court. In determining such parameters, the Court should take into account the type of crime or crimes committed in each concrete incident, the form, time and place of the crime, and the contribution and participation of the accomplice to the crime attempt.

According to the voluntary abandonment in jointly offences under Article 41(2) Turkish Criminal Code, lawmaker does not take into account the result of prevention of crime's completion.

Rather, it considers the intention and effort to attempt to prevent the crime from taking place. Since Voluntary abandonment in jointly offences is regulated as a personal impunity, the accomplice who voluntarily renounces his or her participation has no criminal liability. Yet, the act would amount to a crime for all accomplices.

Keywords: Voluntary renunciation, voluntary renunciation of accomplice, effort, high effort, scope of effort.

GİRİŞ

Suç, tarihsel süreçte her toplumda var olan bir vaka olduğu gibi suçlulukla mücadele ve suçluluğun önlenmesi de her toplumda hedeflenen bir amaç olmuştur. Bu hedef doğrultusunda birbirinden farklılıklar arz etse de her dönemde ve her toplumda suçlulukla mücadele için suç siyaseti¹ olarak ifade edilen ilkeler, stratejiler ve araçlar geliştirilmiş ve uygulanmıştır.

Modern ceza hukukunda suçluluğun önlenmesi amacıyla suçun unsurları dışında cezai sorumluluğu genişleten müesseselere yer verildiği gibi cezai sorumluluğun alanını daraltıcı müesseselere de yer verilmiştir. Bunlardan suçun icra hareketlerine başlamış olan fakat iradesi dışındaki sebeplerle suçu tamamlayamayan failin cezalandırılmasını öngören suça teşebbüs müessesesi, cezalandırılmanın alanını genişletirken²; suçun icra hareketlerine başlamış olan fakat iradesi ile gönüllü olarak suçu tamamlayamayan failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmamasını öngören gönüllü vazgeçme müessesesi ise cezai sorumluluğun alanını daraltmaktadır.

Suç işleme oranlarının zirveye ulaştığı günümüzde, gerek ülkemizde gerekse dünyada suçluluğun önlenmesi için büyük çaba sarf edilmektedir. Ülkemizde suçluluğun önlenmesi veya en azından azaltılması amacıyla, suç işlenmeden önce, suç işlenmeye başladıktan fakat suç tamamlanmadan önce ve suç tamamlandıktan sonra uygulanmak üzere çeşitli önleyici müesseseler geliştirilmiştir. Bunlardan biri de gönüllü vazgeçme kurumudur.

Gönüllü vazgeçme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda iki farklı hükümde düzenlenmiştir. Kanun'un 36. maddesinde genel olarak tek fail tarafından işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlenirken, 41. maddede ise iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarının gönüllü vazgeçmesi özel olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarının gönüllü vazgeçme müessesesinden yararlanabilmesi için "gayret" göstermesi gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte, suç ortağının göstermesi gereken "gayretten" ne anlaşılması gerektiği ve "gayretin kapsamı" hakkında Kanun'da açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu çalışmada, konunun anlaşılması amacıyla ana hatları ile suça iştirak ve gönüllü vazgeçme kurumları anlatıldıktan sonra, asıl konumuz olan TCK'nın 41. maddenin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için gönüllü vazgeçenin göstermesi gereken "gayretin" kapsamı üzerinde detaylı bir şekilde durulacaktır.

¹ "İşte, genel ve özel önleme dâhil, suça karşı direnç ve mücadelede hedefleri belirlemek, araçları tespit etmek ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanmaları san'atı suç siyasetini oluşturur.", DÖNMEZER, Sulhi; "Suç Siyaseti", İÜHFİM, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 7; Farklı suç siyaseti tanımları için bkz: ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 48-49; DEMİRBAŞ, Timur; Kriminoloji, Ankara, 2016, s. 50-51.

² ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 495; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 413; AKBULUT, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 615; HAFIZOĞULLARI, Zeki; Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1987, s. 290.

II. GENEL OLARAK SUÇA İŞTİRAK VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Öncelikle iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için gösterilmesi gereken gayretin kapsamının izahında ve doğru anlaşılmasında faydalı olacağını düşündüğümüzden, suça iştirak ve gönüllü vazgeçme konuları ana hatları ile ele alınacaktır.

a) Suça İştirak

Suçlar, kural olarak tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Suçun özel görünüş şekillerinden biri olan suça iştirak, kasten işlenen bir suçun birden fazla kişi tarafından fikir ve irade birliği içinde işlenmesidir³.

Suçta iştirak, Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitap, birinci kısım, dördüncü bölümünün 38-41. maddelerinde, faillik, azmettirme ve yardım etme başlıkları altında düzenlenmiştir.

- **Faillik;** suçun işlenişi üzerinde doğrudan hâkimiyet kurarak icra hareketlerini bizzat gerçekleştiren doğrudan fail ve bir başka kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan dolaylı failden oluşmaktadır⁴. Doğrudan faillik, tek kişiden (müstakil fail) oluşabileceği gibi birden fazla kişiden de (müşterek fail) oluşabilir.⁵ Suça iştirakin en önemli şekli müşterek failliktir. Müşterek faillik, suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurularak işlenmesini ifade eden suça iştirak şeklidir⁶. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra tüm faillerce fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulduğundan, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Dolayısıyla müşterek faillerden her biri işlenen haksızlıktan doğrudan doğruya kendi fiillerinden sorumlu olacaktır⁷.

- **Azmettirme;** Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinde şerikliğin bir türü olarak düzenlenmiş olan suça azmettirme, suç işleme düşüncesi hiç

³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 721; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, İstanbul, 1997, s. 446; Kural olarak suçlar tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Ancak bazı suçlar yapıları gereği veya kanundaki tarifleri gereği ancak birden fazla fail tarafından işlenebilirken (çok failli suçlar), bazı suçlar ise ancak en az bir fail ve en az bir şerik tarafından iştirak halinde işlenebilmektedir (zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar), ÖZGENÇ, İzzet; Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul, 1996, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No: 2, s. 19; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 444; TOSUN, Öztekin; Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1982, s. 292, 293.

⁴ JESCHECK, Hans-Hinrich; Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev: Feridun Yenisey), İstanbul, 2007, s. 44-45.

⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz: HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 553-560.

⁶ "Birlikte faillikten (müşterek faillikten) söz edebilmek için hem subjektif hem de objektif unsurların somut olayda bulunması gerekmektedir. Subjektif olarak birlikte fiilde bulunma kararının daha doğrusu planının sabit olması gerekmektedir. Buna ilaveten ayrıca – her bir birlikte fail için ayrı ayrı – objektif unsurların, fiile objektif katkılarının mevcudiyeti gerekmektedir. Fiile objektif katkının nasıl bir niteliğinin olacağı, faillik ve şeriklik ayrımı için hangi teorisinin kabul edildiğine bağlı olacaktır". HEINRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım -II, (Editör: Yener Ünver), Ankara, 2015, s. 254.

⁷ ÖZGENÇ; Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, s. 461-462; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 730.

bulunmayan bir kişinin, belirli bir suçu işlemeye ikna edilmesidir⁸. Dolayısıyla azmettirmeden bahsetmek için, ayırt etme yeteneğine sahip bir kişinin işlemeyi hiç düşünmediği bir suçun işlenmesine ikna edilmiş olması gerekir. Suça azmettirmede azmettirenin, suçun icra hareketleri üzerinde hâkimiyet kurmadığından müşterek fail olarak kabul edilmemekle birlikte suç işleme düşüncesinin oluşmasındaki büyük katkısı nedeniyle fail ile aynı cezai sorumluluğu bulunmaktadır⁹.

- **Yardım etme;** Türk Ceza Kanunu'nun 39. maddesinde şerikliğin ikinci türü olarak düzenlenmiş olan suça yardım etme, kişinin, başka fail/failler tarafından kasten işlenen bir suçun icra hareketleri üzerinde hâkimiyet kurmadan (faillik ve azmettirme derecesine varmadan) suçun işlenmesine kasten maddi ve/veya manevi katkı sağlamasıdır¹⁰. Ancak sağlanan maddi katkının hiçbir şekilde suçun icra hareketleri üzerinde hâkimiyet kuracak boyuta varmamış olması, keza sağlanan manevi katkının da azmettirme boyutuna ulaşmamış olması gerekir. Başka bir ifadeyle, "*Yardım etmede fiil üzerinde hâkimiyet kurulmamakta, sadece suçun icrası kolaylaştırılmaktadır. Yardım edenin hareketi, faillere nazaran suçu yaratıcı, yapıcı nitelik taşımaz; sadece destekleyici, hazırlayıcı, kolaylaştırıcıdır. Dolayısıyla yardım eden figüran konumundadır*"¹¹.

Yardım etme fiilleri, Türk Ceza Kanunu'nun 39. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yardım etme şekillerini, maddi yardım etme (*Suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin etmek; suçun icrasından önce veya icrası sırasında suçun icrasını kolaylaştıracak maddi yardımda bulunmak*) ve manevi yardım etme (*Suç işlemeye teşvik etmek; suç işleme kararını kuvvetlendirmek; fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek*) olarak iki kategoride incelemek mümkündür. Kanun koyucu, yardım edenin, fail ve azmettirenine göre, belirli oranda indirim yapılarak cezalandırılacağını düzenlemiştir. Böylece faillik ve azmettirmeden farklı olarak yardım edenin cezai sorumluluğu daha hafif belirlenmiştir.

Bağlılık kuralı gereği, iştirak halinde işlenen suçlardan dolayı iştirakçilerin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi için, kasten işlenmiş bir suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Ayrıca iştirak halinde, suçun işlenmesine iştirak eden her kişi (fail, azmettiren ve yardım eden) diğer iştirakçilerin

⁸ "Kanunun kullandığı «azmettirmek» tâbiri manevî iştirak için elzem olan psikolojik fiilin mahiyeti hakkındaki bütün tereddütleri izale etmektedir. Suçun sebebi, suç işleme niyetinin azmettirilene nakledilmiş olmasıdır. Böylece işlenmiş suçlarda suçu işleyen faaliyetinin gerisinde suça sebep olan yani azmettiren kimse bulunur. Faildeki suç fikri ve suç kararı münhasıran azmettirenin eseridir. «Azmettirme» istilâhı suçun ilk ve müessir sebebini yaratmak mânâsına gelir. O halde suç fikrini uyandırmış olmak, suçun manevî ortağı olmağa yetmez, bu kararın icra safhasına intikalini yani suçun müessir sebebi olmayı temin edecek derecede kesif bir manevî faaliyete ihtiyaç vardır.", EREM, Faruk; "Suça İştirak", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1946, Cilt 3, Sayı 1, s. 83; AKBULUT; s. 718.

⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 483; AKBULUT; s. 719; HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım -II, s. 309.

¹⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 754; ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 568; HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım -II, s. 345.

¹¹ HAKERİ; s. 574.

cezalandırılmasını etkileyen kişisel sebepler dikkate alınmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır (TCK m. 40).

b) Gönüllü Vazgeçme

Modern ceza hukukunda suç ve suçluluğun önlenmesine yönelik geliştirilen suç siyasetleri ile kişilerin suç yoluna girmesinin önlenmesi, suç yoluna giren failin suçunu tamamlamaması ve nihayet suçu tüm unsurları ile tamamlayan failin tekrar suç işlememesi için çeşitli genel ve özel önleyici müesseseler geliştirilmiştir. Ceza hukukunda ideal olan, kişilerin suç yoluna hiç girmemesinin sağlanmasıdır. Ancak bu ideale ulaşmak her zaman mümkün olmadığından, suç yoluna girmiş olan kişilerin suçu bütün unsurları ile tamamlamalarının önlenmesi de tamamlayıcı ideal olarak uygulanmaktadır. Bu düşüncelerle geliştirilen müesseselerden biri de suç yoluna girip suçun icra hareketlerine başlamış olan failin, suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesine yönelik gönüllü vazgeçmedir¹².

Bir defa suçun icra hareketlerine başlamakla tehlikeli halini gösteren failin cezalandırılmamasının, adalet duygusunu zedeleyeceği, cezanın amacına aykırı olacağı ve failin gönüllü vazgeçip geçmediğinin tespitinin tam olarak mümkün olmadığı gerekçeleri ile gönüllü vazgeçme müessesesinin uygulanmasına karşı çıkan görüşler¹³ bulunmaktadır. Ancak bu görüşlerin aksine günümüzde, suçlulukla mücadelede doktrindeki ekseriyet gönüllü vazgeçme müessesesini faydalı bir cezasızlık sebebi olarak kabul ederken, yürürlükteki ceza hukuku mevzuatlarında¹⁴ da gönüllü vazgeçme faydalı bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmektedir¹⁵. Doktrinde gönüllü vazgeçme halinde failin cezalandırılmaması gerektiği konusunda genel olarak fikir birliği bulunmakla birlikte, gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmamasının dayanağını oluşturan sebebin ne olduğu konusunu açıklamaya yönelik subjektif teoriler, objektif teoriler ve suç politikası teorileri çatısı altında birbirinden farklı birçok görüş ileri sürülmüştür¹⁶.

Gönüllü vazgeçme, Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının ikinci kısmında "suça teşebbüs" başlıklı üçüncü bölümünün 36. maddesinde ve "suça iştirak" başlıklı dördüncü

¹² ERRA, Carlo; "Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme", (Çev: Sahir Erman), İÜHFM, C. X, S. 3-4, 1945, s. 683; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, İstanbul, 1997, s. 445; "Çağdaş ceza kanunlarında, toplumsal barışı bozan, bireyde korku ve toplumda gerginlik yaratan suçların önüne geçilebilmesi için failleri suç işlemekten ya da suçu tamamlamaktan vazgeçmeye özendirerek kurallara yer verildiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralın, izlenen suç politikası uyarınca gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failerin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmelerini teşvik etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır." Anayasa Mahkemesi, E: 2005/75, K: 2008/1, T: 3.1.2008.

¹³ ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 401; DÖNMEZER/ERMAN; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, s. 443-445.

¹⁴ Alman Ceza Kanunu m. 24, Avusturya Ceza Kanunu m. 16, İsviçre Ceza Kanunu m. 23/1-2, Fransız Ceza Kanunu m. 121/5, İtalya Ceza Kanunu m. 56/3-4, bu konuda detaylı bilgi için bkz: BOZBAYINDIR, Ali Emrah; "Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede Gönüllülük Şartı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 95-137.

¹⁵ ÖNDER; s. 401.

¹⁶ Bu teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz; SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, İstanbul, 1993, s. 135-139; ÖNDER; s. 402-403; ERRA; s. 679-716; DÖNMEZER/ERMAN; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, s. 443-445; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 708-709; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2020, 474-475.

bölümünün 41. maddesinde suçun özel görünüş şekilleri arasında düzenlenmiş bir müessesedir¹⁷. Gönüllü vazgeçme, izlenen suç siyaseti gereğince kişileri icraya başladıkları suçu gönüllü olarak tamamlamaktan vazgeçmeye teşvik etmek amacıyla ve teşebbüsten dolayı failin cezalandırılmasını önleyen bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir¹⁸.

Türk ceza hukukunda genel olarak gönüllü vazgeçme, failin kasten ve elverişli hareketlerle doğrudan doğruya bir suçun icrasına başladıktan sonra gönüllü olarak suçun icra hareketlerini tamamlamaması veya icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin meydana gelmesine engel olması şeklindeki bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Bu tanım ve kabul doğrultusunda genel olarak gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için; (a) failin kasten bir suçun icrasına doğrudan doğruya elverişli hareketlerle başlamış olması, (b) failin kast ettiği suçu tamamlamamış olması (icra hareketlerini tamamlamamış olması ya da icra hareketlerini tamamlamış olmasına rağmen neticenin meydana gelmemiş olması), (c) failin suçu tamamlamamasının iradi ve gönüllü olması gerekir²⁰.

Gönüllü vazgeçme, teşebbüse elverişli her suçta ve suçun icrasının devam ettiği her aşamada mümkün olup sırf hareket suçlarında icra hareketleri tamamlanana kadar, neticeli suçlarda ise netice gerçekleşene kadar her zaman mümkündür. Dolayısıyla sırf hareket suçlarında icra hareketleri tamamlandıktan sonra ve neticeli suçlarda netice gerçekleştikten sonra gönüllü vazgeçme mümkün değildir²¹. İcra hareketlerinin tamamlanmaması şeklinde gerçekleşen gönüllü vazgeçmede, failin icrai veya ihmali bir hareketle suçun icra hareketlerine son vermesi gerekirken; neticenin önlenmesi şeklinde gerçekleşen gönüllü vazgeçmede ise failin aktif bir hareketle neticenin meydana

¹⁷ Türk Ceza Kanunu'nda failin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için suçu irade dışı bir sebeple (gönülsüz olarak) tamamlayamamış olması gerektiği, gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu hallerde suça teşebbüsün "irade dışı sebeple suçu tamamlayamamış olmak şartının" gerçekleşmediği gerekçesiyle failin zaten suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı, bu nedenle TCK m. 41/2 fıkrasındaki hüküm dışında TCK'da gönüllü vazgeçmenin düzenlenmesinin gereksiz olduğu görüşü konusunda bkz; AKYÜREK Güçlü; "Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 2, Yıl: 2013. s.184-203.

¹⁸ YCGK, E: 2014/10-183, K: 2015/62, T: 24.03.2015; "Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir." (TCK m. 36'nın madde gerekçesi); CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 475; ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 519; DÖNMEZER/ERMAN; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, s. 447; SÖZÜER; s. 140; ÖNDER; s. 402-403; HAKERİ; s. 507; ERDOĞAN, Yavuz; "Gönüllü Vazgeçme", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2010 Cilt: 5, S. 13, s. 98; EPÖZDEMİR, Rezan; "Gönüllü Vazgeçme", TBB Dergisi, 2018 (138), s. 82; TOZMAN, Önder; "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009, 202; ÖNDER; s. 403; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 467; Alman ceza hukukundaki benzer görüşler için bkz: BOCK, Dennis; Strafrecht Allgemeiner Teil, 2018, s. 461-462; ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2019, s. 518.

¹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 436; AKDAĞ, Hale; "Gönüllü Vazgeçme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2) 2013, s. 92; ERDOĞAN; s. 98.

²⁰ AKYÜREK; s.187; AKBULUT; s. 647; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 520; EPÖZDEMİR; s. 92-93.

²¹ YCGK, E: 2015/6-258, K: 2017/486, T: 21.11.2017; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 710; ERDAGÖZ, Özcan; "Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2013, s. 1067.

gelmesini önlemiş olması gerekir²². Genel olarak gönüllü vazgeçmenin tüm unsurlarıyla gerçekleşmesi için suçun tamamlanmaması failin iradesinden ve gönüllülüğünden kaynaklanmalıdır. Gönüllü vazgeçmede iradilik, failin suçu tamamlama ve tamamlamama imkân ve kudretine sahip olmasına rağmen bilinçli olarak suçu tamamlamama seçeneğini tercih etmesidir²³. Gönüllülük²⁴ ise failin iradi olarak seçmiş olduğu suçu tamamlamama seçeneğini zorlayıcı bir baskı altında kalmadan özgür iradesiyle (meşru veya ahlaki bir sebebe dayanıp dayanmaması önemli olmaksızın) seçmiş olmasını ifade etmektedir²⁵. Failin suçu tamamlanmamasının gönüllü olup olmadığının tespiti failin iç dünyasına yönelik subjektif bir değerlendirme olduğundan²⁶, failin iradi olarak suçu tamamlamadığının tespit edildiği durumlarda vazgeçmenin gönüllü olduğunun da karine olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu nedenle, suçu tamamlamaktan iradi olarak vazgeçen failin, zorlayıcı sebeplerle (gönülsüz olarak) suçu tamamlayamadığı ispat edilmediği sürece (gönüllülüğün varlığında şüphe oluşursa) vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmelidir²⁷.

²² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 710; ERDAGÖZ; s. 1068.

²³ KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 440; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 711; ŞENOL, Cem; "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m. 41)", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 5, Sayı 10, 2017, s. 516-517.

²⁴ Bock'a göre, "Dışsal zorlamaların aksine, failin kararlarının efendisi olarak kalması gerekir ki, gönüllü terk edilmekten söz edilebilsin. Temel kural: "Yapabilsem bile istemem" ve "İstesem bile yapamam" olmalıdır.", BOCK; s. 479; JAKOBS, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Berlin, 1991, s. 757; Fail "Ben söz konusu suçu tamamlayabilecek durumda olmama rağmen, bu eylem çerçevesinde daha fazla harekette bulunmak istemiyorum" diyorsa gönüllülük vardır. Fakat fail "Gerçekten istememe rağmen suçu tamamlayamıyorum." diyorsa gönüllülük yoktur. HEINRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım -I, (Editör: Yener Ünver), Ankara, 2014, s. 524; Ayrıca gönüllü vazgeçmede gönüllülük kavramını açıklayan teoriler ve konunun mukayeseli hukukta düzenlenmesi ve kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz; BOZBAYINDIR, s. 95-157; BABA, Yasemin; "Alman Öğreti ve Uygulaması Işığında Vazgeçmede Gönüllülük Unsuru", TAAD, S. 14, 2013, s. 1129-1137; "Gönüllü kelimesi, genel anlamıyla zorlama (icbar) kelimesinin karşısı olup, gönüllü veya başka bir ifadeyle ihtiyari vazgeçme ise; failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketleri tamamladıktan sonra iradi etkin davranışlarıyla tipik neticenin meydana gelmesini önlemesi olarak ifade edilebilecektir." YCGK, E: 2014/10-183, K: 2015/62, T: 24.03.2015.

²⁵ DÖNMEZER/ERMAN; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, s. 449-450; ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 520; ÖNDER; s. 403; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 711; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 440-441.

²⁶ "Kanun iç âlemde gayet derin incelemeler yapmak derecesine varmamalıdır; o yalnız harici hareketlere bakmalıdır; vazgeçmenin gerek üçüncü şahısların tavsiyelerinden gerekse salâhiyetli mercilerin müdahalesinden azade bulunması aranmamalıdır; vazı kanun için irade kâfidir.", ERRA; s. 684; Sözüer'e göre; " gönüllü – gönüllü olmayan vazgeçmenin tespiti psikolojik bir durumdan ziyade normatif değerlendirme ve irdelemeyi gerektirir. Bu noktadaki sorun ise hangi normatif ölçülerin söz konusu değerlendirmeye esas teşkil edeceğidir. Biz bu konuda şöyle bir ölçütün uygulanabilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz: Eğer fail suçlu mantığına göre olay anında yakalanma ve bunun sonucunda cezalandırılma tehlikesini göze alamadığından dolayı suç yolunda ilerlemiyorsa, vazgeçmesi gönüllü değildir. Fakat failin vazgeçmesi hukuk düzenine geri dönüş iradesini yansıtıyorsa, vazgeçme gönüllüdür." SÖZÜER; s. 149; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 476.

²⁷ JAKOBS; s. 758; BABA; s. 1147.

III. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDEN YARARLANMAK İÇİN GÖSTERİLMESİ GEREKEN GAYRET

A) Genel Olarak

Kural olarak suçlar tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından iştirak halinde de işlenebilmektedir. Özellikle günümüzde başta örgütlü suçlar olmak üzere genellikle suçlar birden fazla kişi tarafından işlenmektedir. Bu realite, kanun koyucuyu suçun iştirak halinde işlenmesi halinde suç ortaklarının nasıl cezalandırılacakları konusunda özel düzenleme yapmaya zorlamıştır. Bu kapsamında tek fail tarafından işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemesinin yanında ayrıca iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme müessesesi özel olarak düzenlenmiştir. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin özel olarak düzenlenmesinin temel sebebi, iştirak halinde işlenen suçlarda suçun birden fazla kişi tarafından farklı katkılarla işlenmesi, iştirakçilerin sorumluluğunun bağlılık kuralına göre farklı farklı belirlenmesi ve gönüllü vazgeçme müessesesinin bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiş olmasıdır²⁸.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, Türk Ceza Kanunu'nda ayrı hükümde özel olarak düzenlendiği gibi mukayeseli hukukta da birçok ülke ceza kanununda bu konuda özel düzenlemeler bulunmaktadır²⁹.

Türk Ceza Kanunu'nda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme kurumu 41. maddede şöyle düzenlenmiştir;

“(1) İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

*“(2) Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği **gayreti** dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün **gayretine** rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır”.*

Bu Kanun hükmünün birinci fıkrasında, 36. maddedeki hüküm ile aynı doğrultuda, gönüllü vazgeçen suç ortağının (iştirakçinin) suçun tamamlanmasını (icra hareketlerinin tamamlanmasını veya neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesini) önlemek koşuluyla bu cezasızlık sebebinden yararlanacağı düzenlenirken; ikinci fıkrada iştirakçinin suçun tamamlanmaması için elinden gelen tüm gayreti göstermesine rağmen suçun tamamlanması veyahut suçun başka bir sebeple tamamlanmaması halinde dahi gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı hüküm altına almıştır. Dolayısıyla kanun koyucu 2. fıkrada, suç tamamlansa dahi iştirakçinin suçun tamamlanmaması amacıyla gösterdiği gayreti, gönüllü vazgeçme kapsamında şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle kanun koyucu, 2. fıkradaki hüküm ile izlenen suç siyaseti gereğince iştirakçileri

²⁸ ŞENOL; s. 509.

²⁹ Alman Ceza Kanunu m. 24/2 deki düzenlemenin detayı hakkında bkz: HOFFMANN-HOLLAND, Klaus; Münchener Kommentar zum StGB (BeckOK StGB), 2020, StGB § 24; HEINTSCHEL-HEINEGG, BERND VON; BeckOK StGB/Cornelius, 2020, StGB § 24; HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım -I, s. 518-523; Avusturya Ceza Kanunu m. 16, İsveç Ceza Kanunu m. 23/2 hakkında detaylı bilgi için bkz: BOZBAYINDIR, s. 95-137.

suçun tamamlanmaması için gayret göstermeye teşvik etmek için gönüllü vazgeçme müessesesinin alanını oldukça genişletmiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanmak için âdeta en önemli koşul olarak düzenlenmiş olan “gayret gösterme” kavramının anlamı, kapsamı ve hukuki sonuçlarının tespiti uygulamada büyük önem arz etmektedir.

B) Gösterilmesi Gereken Gayret

1. Gayret Göstermesi Gereken Kişi

Öncelikle iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme müessesesinden yararlanmak için gayret göstermesi gereken kişilerin kimler olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. TCK'nın 41. maddesinin 1. fıkrasında her “suç ortağının” gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceğinden, 2. Fıkra ise “gönüllü vazgeçenin” gayret göstermesinden bahsedilmiştir. Ayrıca 41. maddenin madde gerekçesinde 2. fıkra kapsamında “suç ortaklarının gayret göstermesinden” bahsedilmiştir³⁰. Dolayısıyla kanun koyucu 41. maddenin madde başlığında iştirak kavramını kullanmasına rağmen, madde metninde ve madde gerekçesinde “iştirakçi” kavramı yerine “suç ortağı” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Ancak 41. madde ve gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun suç ortağı kavramını, suça iştirak eden iştirakçiler kavramının eş anlamlısı olarak kullandığını söyleyebiliriz. Bu gerekçelerle 41. madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde, diğer koşulların da sağlanması şartıyla ister fail (doğrudan fail ve dolaylı fail) ister azmettiren ister yardım eden³¹ olsun suça iştirak etmiş olan her iştirakçinin (suç ortağının) suçun tamamlanmaması için elinden gelen gayreti göstermesi halinde (her suç ortağının göstereceği gayretin kapsamı aynı olmamakla birlikte) gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği³² kanaatindeyiz. Bu konuda detaylı bilgi ve örnekler

³⁰ “İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme ile ilgili olarak bazı durumlara karşı karşıya gelinebilmektedir. Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş ve fakat suç başka bir nedenle işlenememiş olabilir. Bu durumda dahi, gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırmak gerekecektir. Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına rağmen, gönüllü vazgeçen ve suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştirakten dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin bağımsız bir suç oluşturmaması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur.” (TCK m. 41’in madde gerekçesi).

³¹ “İnceleme konusu olayda, istihbari bilgiler nedeniyle hakkında teknik takip kararı alınan H., ticaret amacıyla uyuşturucu madde satın almak için Honaz’dan gelen V. ve G. ile satmak amacıyla uyuşturucu madde bulduran sanık B. ve eşi A. arasındaki bağlantıyı sağlamıştır. Uyuşturucu maddenin V. ve G. tarafından beğenilmemesi nedeniyle satın alınmayıp yayla evinden geri dönülmesi sırasında da, henüz görevlilerce yakalanmadan önce başka iki kişi ile telefon görüşmesi yaparak onlara da “2000 lira istiyorlar” şeklinde söylemek suretiyle B.’in evindeki uyuşturucu maddenin satılmasına aracılık etme iradesi ve niyetini devam ettirmiştir. TCK’nun 41. maddesine göre sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecek olup, uyuşturucu madde ticareti suçuna yardım etme şeklindeki eylemini tamamlamış olan ve hareketinin neden olduğu durumları ortadan kaldırmayıp iradesine de devam eden sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma şartları bulunmamaktadır.” YCGK, E: 2014/10-183, K: 2015/62, T: 24.03.2015.

³² “Türk Ceza Kanunu’nda ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan tüm suçlarda uygulanacak genel hüküm niteliğindeki itiraz konusu kural, suçu işlemekten gönüllü vazgeçen faillerin yaşadıkları yerin az ya da çok gelişmişliğini dikkate alarak farklı hükümler öngörmemekte; aksine suçu işlemekten gönüllü vazgeçen tüm faillerin aynı hükümden yararlanmalarını sağlamaktadır. Esasen Türk Ceza Kanunu’nun

aşağıda gayret kavramının kapsamı başlığı altında verilecektir. Fakat 41. maddede düzenlenmiş olan iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanılması, iştirakçilerin sadece bir kısmının gönüllü vazgeçmesi halinde mümkün olabilmektedir. Başka bir ifadeyle tüm iştirakçilerin fikir birliği içinde suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik gayret göstermesi halinde 41. madde değil 36. madde kapsamında gönüllü vazgeçme değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir³³. TCK'nın mehz kanunu olan Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme müessesesinden, fail ve şerik ayrımı yapılmaksızın tüm iştirakçilerin yararlanabileceği kabul edilmektedir³⁴.

2. Gayret Kavramı

Kanun koyucu gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddede “çaba gösterme” kavramını kullanırken; iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41. maddenin 2. fıkrasında “gayret gösterme” kavramını kullanmıştır. Ancak kanun koyucu, aynı konuyu düzenleyen iki maddede neden aynı kavramın değil de farklı kavramların kullanıldığını ne madde metninde ne de madde gerekçesinde açıklamamıştır.

Arapça **ğyr** kökünden türetilmiş olan gayret (ğayrat غيرة) kelimesi, “bir şey uğruna büyük hırs gösterme, kıskançlık, fanatizm”³⁵ (aşırılık); “çalışma, çaba, çalışma isteği, koruma, esirgeme”³⁶; “dinî metinlerde kıskançlık anlamında kullanılan Arapça gayret kelimesi, kişinin kendi mahremini koruması yönünde gösterdiği aşırı duyarlılık, izzet-i nefesine, şeref ve namusuna zarar verecek durumlardan sakınıp korunmasını sağlayan duygusal tepki, daha özel olarak da ‘erkek veya kadının başkasının cinsel ilgisine karşı kendi eşini koruma ve savunma duygusu’ mânasına gelir. Râgıb el-İsfahânî insanın kendini, evini ve ailesini, ülkesini, kısaca aidiyet ilişkisi olan her şeyi koruma duygusu için

benimsediği “mülklik ilkesi” uyarınca, Türk Ceza Kanunu ülkenin tümünde ve suç işleyen kişilere her hangi bir ayırım yapmadan uygulanmak durumundadır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, E: 2005/75, K: 2008/1, T: 3.1.2008; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 503-504; DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 532-533; AKBULUT; s. 662.

³³ ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 597; “Saniğin, yaşı küçük olduğu için soruşturması ayrı yürütülen ve evinde misafir olarak bulunduğu arkadaşı... ile birlikte, gece vakti'ın komşusu olan yakınanı yağmalamak için kapısının zilini çaldıkları, kapıyı açan yakınanın boğazına sarılıp içeri sokup yere yatırdıktan sonra göğsüne basıp etkisiz hale getirdikleri, saniğin üzerinde taşıdığı bıçağı yakınanın yüzüne dayayıp “Sesini çıkarma seni öldürürüz” diye tehdit ettiği, daha sonra yakından bir şey istemeden, evden de bir şey almadan yakınana yağma suçunu işlemek için geldiklerini, ancak vazgeçtiklerini söyleyip özür dileyerek evden çıkıp gittikleri, yakınanın olay sırasında bıçak kullanılmaksızın basit tıbbi müdahale ile giderilecek şekilde yaralandığının anlaşılması karşısında; saniğin eyleminden gönüllü olarak vazgeçtiği, 5237 sayılı TCK'nın 36. maddelerine göre eylemin tamamlanmış kısmına göre değerlendirme yapılması gerektiği.” Y. 6. CD, E: 2013/31692, K: 2016/4738, T: 06.06.2016.

³⁴ FREUND, Georg; Strafrecht Allgemeiner Teil, 2009, s. 361; HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım -I, s. 518; JESCHECK; s. 43.

³⁵ <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/gayret> (Erişim: 28.08.2020).

³⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 28.08.2020)

*de gayret kavramının kullanıldığını belirtir*³⁷. Hukuk sözlüğünde de gayret, “*bıkıp usanmadan çalışma, çaba ve çalışma isteği olarak*” tanımlanmıştır³⁸.

Gayret kavramının Arapça kökeni ve kullanımı dikkatlice incelendiğinde, gayret ve çaba kavramlarının benzer anlamda olduğunu fakat aynı anlama sahip olmadığını, iki kavram arasında anlam yoğunluğu bakımından önemli fark olduğunu söyleyebiliriz. Gayret; kendiliğinden (dış zorlama olmadan) gelişen içten ve samimi bir ruh halini ifade ettiği gibi aynı zamanda erdemli bir davranışı da ifade eden bir kavramdır. Bu nedendir ki toplumumuzda gayretli kişiler her zaman takdir edilen kişilerdir. Dolayısıyla gayret kavramı, sıradan bir çabadan öte, içten gelen aşırı bir çabayı, aşırı bir duyarlılığı, aşırı korumacılığı ve büyük bir hırs ile koruma çabasını ifade etmektedir. İştirak halinde işlenen suçlarda iştirakçilerin TCK'nın 41. Maddesinin 2. fıkra kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için göstermesi gereken gayreti, suçun tamamlanmaması için gösterilmesi gereken gönülden gelen aşırı çabayı, başka bir ifadeyle elden gelen en iyi çabanın gösterilmesi olarak anlamak gerekir. Alman Ceza Kanunu'nda iştirak halinde işlenen suçlarda teşebbüsten gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 24. maddenin 2. fıkrasında “*ciddi çaba gösterme*” (ernsthafte Bemühen) kavramı kullanılmıştır³⁹. Alman Federal Mahkemesi de verdiği kararlarda, “*ciddi çabayı, gönüllü vazgeçen suç ortağının kendi gücü oranında ve kendi kanaatine göre suçun tamamlanmasının engellenmesi için gerekli olan her şeyi yapması şeklinde tanımlamaktadır*”⁴⁰.

3. Gayretin Kapsamı

TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için, suça iştirak etmekten vazgeçmesi ve suçun tamamlanmamasını istemesi yetmez; aynı zamanda iştirak ettiği (ortağı olduğu) suçun tamamlanmaması için gayret göstermiş olması da gerekir⁴¹. Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için göstermesi gereken gayretin kapsam, nitelik, etkinlik ve zaman bakımından yeterliği, her somut olayda işlenen suç veya suçların türü, suçun işleniş şekli, zamanı ve yeri ile suç ortağının suçun teşebbüsüne yaptığı katkı ve iştirak türü dikkate alınarak belirlenmelidir⁴².

Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için göstermesi gereken gayretin, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun icra hareketlerinin tamamlanmaması ve/veya neticenin meydana gelmemesi amacıyla iradi ve gönüllü olarak yapılan, kullanılan araç, yöntem ve zaman bakımından objektif olarak sonuç elde etmeye elverişli üstün çaba niteliğinde olması gerekir⁴³. Dolayısıyla gösterilen gayretin, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun tamamlanmasını önlemek amacıyla yapılması ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması şeklinde iki temel özelliği bulunmaktadır.

³⁷ HÖKELEKLİ, Hayati; Kıskaççılık, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 25, 2002, s. 496.

³⁸ YIMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2020, s. 397.

³⁹ BOCK; s. 461, 489; Strafgesetzbuch (StGB) (Çev; Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann), İstanbul, 2015, s. 21.

⁴⁰ HOFFMANN-HOLLAND; Rn. 141-142; HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 63-64.

⁴¹ HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım –I, s. 522; ŞENOL; s. 519; TOZMAN; s. 223; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 504; Y. 16. CD, E: 2018/7103, K: 2019/1953, T: 220.3.2019.

⁴² ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 597-598; AKDAĞ; s. 117; TOZMAN; s. 223-224.

⁴³ ŞENOL; s. 518; AKBULUT; s. 660.

a) Gayretin Teşebbüs Aşamasına Gelmiş Suçun Tamamlanmasını Önlemeye Yönelik Olması

TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanması için, işlenişine yaptığı katkı ile teşebbüs aşamasına gelmiş olan suç veya suçların tamamlanmasını önlemeye yönelik gayret göstermesi gerekmektedir. Dolayısıyla suç ortağının subjektif olarak suça iştirak etme iradesinden gönüllü olarak vazgeçmesi yetmemekte, aynı zamanda objektif olarak göstereceği gayret ile suçun diğer suç ortakları tarafından tamamlanmamasına yönelik ciddi çaba sarf etmesi de gerekmektedir⁴⁴. Suç ortağının suçun tamamlanmasını önleme amacı dışında herhangi bir amaçla göstereceği gayret, gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanmasını sağlamayacaktır⁴⁵. Örneğin, suç ortağının sadece kendisini kurtarmak, bir yakını kurtarmak, malvarlığını kurtarmak amacıyla yaptığı hareket ile korku ve panik içinde refleks olarak yaptığı hareketler gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmeyecektir. Fakat suç ortağı yapmış olduğu bu hareketleri aynı zamanda suçun da tamamlanmasını önlemeye yönelik olarak yapmışsa bu takdirde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir.

Dolayısıyla suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için, gayret gösterme kapsamında yapmış olduğu hareketlerin, her halde teşebbüs aşamasına gelmiş olan suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik olması gerekir. Gösterilen gayretin işlenmekte olan suçun tamamlanmamasına yönelik olmasının bir diğer önemi de gönüllü vazgeçme müessesesinin subjektif koşulu olan "gönüllülüğün" somut olayda var olup olmadığının tespitinde ortaya çıkmaktadır. Gönüllülük koşulu, subjektif nitelikte olduğundan ancak suç ortağının suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik göstereceği gayretten çıkarım yoluyla tespit edilebilecektir⁴⁶. Dolayısıyla somut olaylarda gönüllülüğü somutlaştıran, suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik gösterilen gayrettir.

b) Gayretin Teşebbüs Aşamasına Gelmiş Suçun Tamamlanmasını Engellemeye Elverişli Olması

TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanabilmesi için, işlenişine yaptığı katkı ile teşebbüs aşamasına gelmiş olan suç veya suçları önlemeye yönelik göstermiş olduğu veya göstereceği gayretin, söz konusu suç veya suçların tamamlanmasını engellemeye elverişli olması da gerekmektedir. Gerek teoride gerekse uygulamada bu konunun en can alıcı ve açıklanmaya muhtaç konusu, gösterilen gayretin elverişliliği konusudur. Gösterilen gayretin elverişliliği, her somut olayda birbirinden farklılıklar arz etmekle birlikte, genel olarak somut olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde gösterilen gayretin objektif olarak nitelik ve zaman bakımından somut suçun tamamlanmasını önlemeye elverişli olması gerekmektedir.

⁴⁴ FREUND; s. 362; JAKOBS; s. 756.

⁴⁵ BOCK; s. 479.

⁴⁶ ŞENOL; s. 520.

aa) Gayretin Objektif Olarak Elverişli Olması

Gayretin objektif olarak elverişli olması, teşebbüs aşamasındaki suçun objektif olarak tamamlanmasının engellenebilir olmasını ve suç ortağının hareketlerinin objektif olarak suçun tamamlanmasını engellemeye yeterli olmasını ifade etmektedir.

Gösterilen gayretin objektif olarak elverişli olabilmesi için öncelikle, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun tamamlanmasının objektif olarak engellenmesinin mümkün olması gerekir. Çünkü objektif olarak tamamlanmasının engellenmesi mümkün olmayan (imkânsız olan veya çok zayıf olan) bir suçun engellenmesi için gösterilen gayretin de elverişli olması mümkün değildir⁴⁷. Bir suçun objektif olarak tamamlanmasının engellenmesinin mümkün olup olmadığının tespiti de her somut olaya göre belirlenmelidir. Örneğin, bir kişiyi şehir merkezinden çok uzak bir ormanlık alanda öldürücü bölgeden ağır bir şekilde yaralayan faillerden birinin, mağduru hastaneye götüreceği ve başkalarından da yardım isteyecek imkâna sahip olmaması nedeniyle sağlık mesleği mensubu olmamasına rağmen bizzat mağduru ameliyat yapmaya çalışmasının, objektif olarak suçun tamamlanmasını önlemesi (somut olayda mağdurun ölmesini engellemesi) mümkün değildir.

Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için gösterilen gayretin objektif olarak suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli olması da gerekir.⁴⁸ Her suç ve suçun işlenişi aynı olmadığı gibi her suçun ortakları da aynı yapıda ve özellikte değildir. Gösterilen gayretin elverişliliği, her somut olayın gerçekleşme şartları ile gönüllü vazgeçen suç ortağının kişisel özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir⁴⁹. Bu belirleme, somut olayın şartları içinde gönüllü vazgeçen suç ortağının kişisel özelliklerine sahip ortalama herhangi bir kişinin göstermesi beklenen gayrete göre belirlenmelidir⁵⁰. Örneğin, bir kişiyi öldürücü bölgeden ağır bir şekilde yaralayan faillerden gönüllü vazgeçenin hekim olması, öğretmen olması, tornacı olması, çocuk olması, yaşlı olması, bayan olması durumunda suç ortağının objektif olarak göstermesi gereken gayretin kapsamı birbirinden farklılık arz edebilecektir. Hekim olan suç ortağından yaralının yarasına imkânlar dâhilinde tıbbi müdahalede bulunması beklenebilirken, hekim olmayan suç ortağından bizzat tıbbi tedavide bulunması beklenmeyebilir. Benzer şekilde, yetişkin ve genç suç ortağından gerektiğinde yaralı kişinin taşınarak bir sağlık merkezine götürülmesi beklenebilirken, yaşlı ve çocuk olan suç ortağından böyle bir davranış beklenmeyebilir.

bb) Gayretin Nitelik Bakımından Elverişli Olması

Suç ortağı tarafından gösterilen gayretin suçun tamamlanmasına nitelik olarak engel olmaya elverişli olması gerekmektedir. Suç tiplerinin maddi unsurlarının birbirinden farklı olması, her somut olayın koşullarının birbirinden farklı olması, suç ortaklarının (iştirakçilerin) kişisel özelliklerinin farklı olması gibi nedenler, gayretin nitelik bakımından elverişliliğinin de her somut olaya göre belirlenmesini gerektirmektedir.⁵¹

⁴⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 344-345.

⁴⁸ JAKOBS; s. 755; ŞENOL; s. 521-522.

⁴⁹ ŞENOL; s. 522.

⁵⁰ AKBULUT; s. 660.

⁵¹ ŞENOL; s. 527.

Bu nedenle gösterilen gayretin nitelik bakımından elverişliliği tespit edilirken, suç ortağının yapması beklenen icrai veya ihmali hareketin yapılıp yapılmadığının, yapılmışsa uygun araçların ve yöntemlerin tercih edilip edilmediğinin göz önünde bulundurulması gerekir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmek isteyen suç ortağı, teşebbüs aşamasına gelmiş olan suç veya suçların tamamlanmasının önlenmesinin olayın şartları içinde kendisine göre en yüksek ihtimalde nasıl ve hangi araçlarla mümkün olabileceğini objektif olarak (kendi imkânları nispetinde) düşünmek ve buna uygun olarak gayret göstermek zorundadır⁵². Kanun koyucu TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için fail (doğrudan fail, dolaylı fail), azmettiren veya yardım eden olup olmadığını ve suça yaptığı katkısı ortadan kaldırıp kaldırmadığını dikkate almamış, sadece suç ortağının iştirak ettiği suçun tamamlanmaması için objektif olarak gayret göstermesini yeterli kabul etmiştir⁵³. İcra hareketleri tamamlanmadığı sürece icra hareketlerini sonlandırabilecek gayretin gösterilmesi, neticeli suçlarda ise neticenin meydana gelmemesi için objektif olarak yeterli gayretin gösterilmesi gerekli ve yeterlidir.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının suçun icra hareketleri tamamlanmadan önce; icrai hareketli suçlarda ihmali harekette bulunmak⁵⁴ ya da ilk icrai hareketleri bertaraf edecek ikinci bir icrai harekette bulunmak; ihmali hareketli suçlarda ise icrai harekette bulunmak suretiyle suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik ve objektif olarak yeterli gayret göstermesi gerekir. Gönüllü vazgeçen suç ortağının kendisi tarafından veya diğer suç ortakları tarafından gerçekleştirilmekte olan icrai hareketleri sona erdirmek için icrai veya ihmali harekette bulunarak gayret göstermesi gerekir. Başka bir ifadeyle gönüllü vazgeçen suç ortağının mümkün olması ve suçun tamamlanmasının önlenmesi için gerekli olması halinde, bizzat suça yaptığı nedensel katkıyı ortadan kaldırması ve diğer suç ortaklarının suçu gerçekleştirmeye yönelik hareketlerini etkisiz kılacak icrai veya ihmali hareketlerde bulunması zorunludur⁵⁵. Örneğin, ölmesini istedikleri bir hastanın

⁵² "Alman hukukunda bazı yazarlar, suçun tamamlanmasını engelleyecek en iyi çabanın gösterilmesinin aranmadığını, suç ortağının birçok alternatiften en güvenliğini ve en umut verici olanını kullanmasının gerekli olmadığını, bilakis suç ortağının kendisine göre suçun tamamlanmasını önlemek için yeterli görünen aracı kullanmasının yeterli olacağını savunmaktadır.", HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 65.

⁵³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 478; ÖZEN, Mustafa; Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Ankara, 2017, s. 603; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ; s. 537; AKBULUT; s. 662-663; ŞENOL; s. 533-534; Karşı görüş için bkz, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; s. 345.

⁵⁴ "Sanıkların uyuşturucu madde ticareti suçunun icra hareketlerine başladıkları, ticaret amacıyla uyuşturucu madde satın almak üzere yayladaki çadır evine giderek uyuşturucu maddeyi gördükleri, hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen sanık A. ile pazarlık yaptıkları, fakat uyuşturucu maddenin bekledikleri kalitede olmaması ve buna bağlı olarak fiyatını yüksek bulmaları nedeniyle alışverişten kendi otonom iradeleri ile vazgeçtikleri olayda, sanıklar tarafından beğenilmemiş olsa dahi suçun unsurları için yeterli nitelikte bulunan ve hukuk düzenince suç konusu kabul edilen 924 gram net esrar elde edilebilecek oranda hint kenevirini satın alma imkân ve fırsatı var olduğu halde, görevlilerce yapılan bir baskın ya da başkaca bir dış engel bulunmadan icra hareketlerine son verdikleri ve buna bağlı olarak suçun tamamlanamadığı görülmektedir. Sanıkların eylemlerine devam etme imkânı varken her ne saikle olursa olsun kendi özgür irade ve otonom kararları ile vazgeçmeleri nedeniyle haklarında TCK'nun 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir." YCGK, E: 2014/10-183, K: 2015/62, T: 24.03.2015.

⁵⁵ HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 61-62; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 478.

tedavisini bilerek yapmayan iki hekimden birinin bir süre sonra gönüllü vazgeçerek hastanın tedavisini gerçekleştirmek için elinden gelen icrai hareketleri (tomografi çektirmek, iğne yapmak, serum takmak, ameliyat etmek) yapması; bir kişiyi öldürmek için kişinin içeceğine etkili zehir katan üç kişiden birinin gönüllü vazgeçerek kişinin zehirli içeceği içmesine engel olmak (kişinin içeceği içmemesi için uyarması, içeceği içmemesi için dökmesi, içeceği başka bir içecekla değiştirmesi) için elinden gelen gayreti göstermesi; bir kişiyi öldürmek için içine zehir koydukları içeceği mağdura zorla içirmeye çalışan suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçerek içeceği zorla içirmekten vazgeçmesi; bir bankada yağma suçunu işlemeleri için silah sağlayarak maddi yardımda bulunan suç ortağının (yardım eden) gönüllü vazgeçme kapsamında diğer failer bankada suçun icra hareketlerini gerçekleştirirken, haber verdiği kolluk güçlerinin gelmesine kadar diğer suç ortaklarının kaçmaması için bankanın kapısını kilitlemesi veya kolluğa suçun tamamlanmasını engelleyebilecek şekilde yeterli ve doğru bilgi vermesi örnek olarak gösterilebilir.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının, icrai hareketleri veya ihmali hareketleri tamamlanmış neticeli suçlarda netice henüz meydana gelmemişse, neticenin meydana gelmemesi için icrai bir harekette bulunmak suretiyle suçun tamamlanmasını (neticenin meydana gelmesini) engellemeye yönelik gayret göstermesi gerekir. Dolayısıyla neticeli suçlarda icrai veya ihmali hareketler tamamlandıktan sonra ancak neticenin önlenmesine yönelik gayret gösterilmesi halinde TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanılabilir. Örneğin, bir kişiyi silahla öldürücü bir şekilde yaraladıktan sonra olay yerinden ayrılan suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçme kapsamında geri dönerek mağduru bizzat hastaneye götürmesi veya başkaları tarafından mağduru hastaneye götürülmesini sağlaması; öldürmek istedikleri kişinin içinde bulunduğu evi ateşe veren suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçme kapsamında pencereden yanan evin içine girerek mağduru dışarı çıkarmasına rağmen mağduru bir süre sonra ölmesi; A tarafından B'yi öldürmesi için azmettirilen C'nin, B'nin içinde olduğu evi yakması üzerine A'nın gönüllü vazgeçme kapsamında B'nin dışarı çıkması için kapıyı kırması, itfaiyeye haber vermesi ya da ambulans çağırmasına rağmen B'nin ölmesi veya B'nin evdeki güvenli gizli bölmeye gizlenerek kurtulması, örnek verilebilir.

Örneklerden de anlaşılacağı gibi suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik gösterilmesi gereken etkin gayret kapsamındaki icrai hareketlerin, bizzat gönüllü vazgeçen suç ortağı tarafından gerçekleştirilebileceği gibi bu hareketlerin, suç ortağının talebi, yönlendirmesi veya zorlaması sonucu üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilmiş olması mümkündür⁵⁶. Önemli olan suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik hareketlerin, gönüllü vazgeçen suç ortağının göstermiş olduğu gayretin sonucu olarak gerçekleşmiş veya gerçekleştirilmiş olmasıdır. Ayrıca suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için yapmış veya yaptırmış olduğu icrai hareketlerin, somut olayda diğer suç ortaklarının da objektif olarak suçun tamamlanmasını engellemeye nitelik olarak elverişli olması her halde zorunludur.

⁵⁶ ŞENOL; s. 534-535.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının göstermiş olduğu gayretin etkin olması için, suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik kullanılan araçların da objektif olarak etkin olması gerekir. Gönüllü vazgeçen suç ortağının yardım talep ettiği üçüncü kişilerin, çağırdığı itfaiyenin veya ambulansın, çağırdığı çilingirin, yaralıyı götürdüğü sağlık personelinin objektif olarak suçun tamamlanmasını önlemeye katkı sunabilecek kişiler veya araçlar olması gerekir. Onun için gönüllü vazgeçenin, somut olayda **imkânları ölçüsünde** suçun tamamlanmasını önleyebilecek kişi ve araçlar arasından en etkin olabilecek olanları tercih etmesi gerekir⁵⁷. Örneğin, uzak bir mesafede bulunan mağdurun kaçması için uyarmak amacıyla üçüncü kişi ile haber göndermek veya bizzat uzak mesafeyi kat ederek mağdurun yanına gitmek yerine mağdurun telefonla uyarılması gecikmeleri önleyeceği için daha etkin bir araç olacaktır. Evi yakılan kişinin kurtulması için sadece itfaiye ve ambulansa haber verilip beklenmesi yerine, ayrıca **mümkün olması halinde** uyuyan mağdurun uyanması için zilin çalınması, cama vurulması, camın veya kapının kırılması, yangın söndürme tüpü ile ateşe müdahale edilmesi gibi etkin hareketlerin de yapılması gerekir. Ölmesi için suya atılan mağdurun kurtarılması için itfaiyeyi aramak yerine mümkün olması halinde öncelikle yakında bulunan kişilerden yardım talep edilmesi, mağdura can simidi veya halat uzatılması veya yüzme biliniyorsa bizzat suya atılarak mağdurun kurtarılmaya çalışılması daha etkin hareket olacaktır.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının, somut olayda imkânlar ölçüsünde suçun tamamlanmaması için yararlı olabilecek araçlardan en azından birini seçmesi yeterli ve zorunludur. Dolayısıyla gönüllü vazgeçenin tüm yararlı olabilecek araçları aynı anda seçmesi ve kullanması zorunluluk olmayıp, bu hususta takdir yetkisi bulunmaktadır. Önemli olan objektif olarak suçun tamamlanmasını önleyebilecek yeterlilik ve elverişlilikteki araçlardan birini seçmiş olmasıdır.⁵⁸ Ancak suçun tamamlanmasını önlemeye elverişli olduğu düşünülerek seçilen aracın yetersiz olduğunun anlaşılması halinde, gönüllü vazgeçenin imkânlar dâhilinde başka elverişli bir aracı seçmesi zorunludur. Aksi halde suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz⁵⁹.

dd) Gayretin Zaman Bakımından Elverişli Olması

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçen suç ortağının suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik yaptığı hareketlerin elverişli gayret olarak kabulü için, yapılan hareketlerin suçun tamamlanmasını önlemeye zaman bakımından da elverişli olması gerekir⁶⁰.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçen suç ortağının TCK'nın 41. Maddesinin 2. fıkrası kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için, suçun tamamlanmasını (icrai veya ihmali hareketin etkisiz kılınmasını veya neticenin meydana gelmesini⁶¹) engellemeye yönelik gayreti, suçun icra hareketleri başladığı andan suçun

⁵⁷ HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 75.

⁵⁸ ŞENOL; s. 536; TOZMAN; s. 224.

⁵⁹ HOFFMANN-HOLLAND; Rn. 179-180; HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 76; TOZMAN; s. 230; AKBULUT; s. 661.

⁶⁰ AKBULUT; s. 661.

⁶¹ Şenol tarafından ileri sürülen, "icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra sadece neticenin meydana gelmesini önlemeye yönelik olarak gösterilecek herhangi bir çabanın ise gönüllü vazgeçme

tamamlanma anına kadar olan zaman diliminde göstermesi gerekir.⁶² Başka bir ifadeyle kural olarak suç teşebbüs aşamasına gelmeden önce yapılan hareketler gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi suç tamamlandıktan sonra yapılan hareketler de gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak istisnai olarak suçun icra hareketleri başlamadan (hazırlık hareketleri aşamasında) gösterilen gayretin, suçun icra hareketleri başladıktan sonra suçun tamamlanmasına engel olabilecek niteliğe sahip olması halinde gayret gösteren suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir⁶³. Örneğin, öldürme suçunu işlemek isteyen B'ye maddi yardım kapsamında silah sağlayan suç ortağı A'nın, diğer suç ortağı B icra hareketlerine başlamadan önce gönüllü vazgeçme kapsamında mağdur olarak hedef alınacak C'yi zamanında uyarması sonucu C'nin suçu önlemek için polisten gerekli tedbirleri almasını istemesine rağmen fail tarafından öldürülmesi halinde gönüllü vazgeçen suç ortağı A, göstermiş olduğu gayreti dolayısıyla bu suçtan sorumlu tutulmayacaktır.

Aynı şekilde suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik gayretin, üçüncü kişilere, mağdura veya diğer suç ortaklarına bildirim yapılması suretiyle de gösterilmesi mümkündür. Bu kapsamda gösterilen gayretin zaman bakımından elverişli gayret olarak kabul edilebilmesi için, diğer suç ortaklarına yapılan bildirim suç ortakları suçu tamamlamadan önce yapılmış olması; mağdura yapılan bildirim suç tamamlanmadan önce mağdura ulaşmış olması ve mağdurun kendisine karşı işlenmekte olan suçun tamamlanmasını önlemek için tedbir alabilmesine imkân verecek zaman diliminde yapılmış olması; üçüncü kişilere yapılan bildirim suç tamamlanmadan önce üçüncü kişilere ulaşmış olması ve üçüncü kişilerin suçun tamamlanmasını önleyebilecek tedbirleri alabilecek zaman diliminde yapılmış olması gerekir⁶⁴. Örneğin, bir kişiyi öldürmeye teşebbüs eden suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçme kapsamında kişinin ölmemesi için zamanında kolluk kuvvetlerine ve ambulansa haber vermesine rağmen ambulansın yolda meydana gelen bir kaza dolayısıyla olay yerine çok geç gelmesi nedeniyle yaralı kişinin ölmesi veya aynı örnekte ambulans olay yerine gelmeden önce yoldan geçen başka bir kişi tarafından, yaralının, bu kişinin özel otomobiliyle hastaneye götürülmesi ve mağdurun ölmemesi halinde bu suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır. Fakat aynı örnekte yaralı mağdur uzun süre kan kaybettiikten sonra suç ortağının ambulans çağırmasına rağmen yaralının ambulans gelmeden veya ambulans geldikten kısa süre sonra kan kaybından ölmesi halinde, gayret olarak nitelendirilebilecek hareketler zaman bakımından elverişli olmadığından bu suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacaktır.

hükümlerinden yararlanmak için yeterli olmayacağı” şeklindeki görüşe (ŞENOL; s. 527) katılmak mümkün değildir. Bu düşünceyi destekleyecek ne kanun metninde ne de kanunun madde gerekçesinde herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi uygulamada da suçların ekseriyetinde neticenin meydana gelmesinin önlenmesi suretiyle veya neticenin önlenmesine yönelik gayret gösterilerek gönüllü vazgeçmenin gerçekleştiği görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu kanun metninde, TCK'nın 41/2. maddesi kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için icra hareketlerinin önlenmesine yönelik gösterilen gayret ile neticeli suçlarda neticenin önlenmesine yönelik gösterilen gayret arasında herhangi bir farklı düzenlemeye gitmemiştir.

⁶² ŞENOL; s. 524.

⁶³ AKBULUT; s. 663.

⁶⁴ ŞENOL; s. 524-525; AKBULUT; s. 661.

5. Gayret Gösterilmesinin Ceza Hukuku Bakımından Hukuki Sonuçları

İştirak halinde işlenen suçlarda TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gösterilen elverişli gayretin ceza hukukunda önemli sonuçları bulunmaktadır. İştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarından bir kısmının teşebbüs aşamasına gelmiş suçun objektif olarak tamamlanmasını engellemeye elverişli gayret göstermesi halinde, bu gösterilen gayretin suçun tamamlanmasına engel olup olmadığına bakılmaksızın suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı düzenlenmiştir. Gerek TCK m. 36'daki gerekse m. 41'deki gönüllü vazgeçme kurumu şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiş olduğundan, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçen suç ortağının, teşebbüs aşamasına gelmiş veya tamamlanmış olan suçtan cezai sorumluluğu bulunmayacaktır⁶⁵. Başka bir ifadeyle, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme şahsi bir cezasızlık sebebi olarak düzenlendiğinden, gönüllü vazgeçen suç ortağının teşebbüs edilen suç bakımından cezai sorumluluğu bulunmasa da işlenen fiil tüm suç ortakları bakımından suç olma özelliğini korumaya devam edecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre yapılacak ceza yargılamasında, tüm suç ortakları kast edilen suça teşebbüsten veya tamamlanmış suçtan yargılanacak fakat yargılamanın sonunda, TCK m. 41/2 kapsamında gönüllü vazgeçen suç ortağı veya ortakları hakkında CMK'nın m. 223/4-b gereği ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir.

Ancak TCK'nın 40. maddesinde düzenlenmiş olan *"suçun işlenmesine iştirak etmiş her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel (şahsi) nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır"* şeklindeki hüküm ile 41. maddede düzenlenmiş olan *"iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır"* şeklindeki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; iştirak halinde işlenen suçlarda sadece TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gönüllü vazgeçen suç ortağının şahsi cezasızlık sebebi olan gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği, diğer suç ortaklarının ise bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁶. Dolayısıyla suça azmettiren, gönüllü vazgeçtiği takdirde diğer suç ortakları gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak; yardım eden gönüllü vazgeçtiğinde diğer suç ortakları gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak; fail gönüllü vazgeçtiğinde diğer suç ortakları gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacaktır.

Ayrıca TCK'nın 36. maddesi kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanan suç ortağı, kast edilen suçtan gönüllü vazgeçtiği ana kadar icra edilen fiiller kast edilen suç dışında başka bir suçu oluşturuyorsa bu suçtan sorumlu olacaktır⁶⁷. Örneğin, C'yi öldürmek için ağır bir şekilde yaralayan A ve B olay yerinden ayrıldıktan sonra A'nın gönüllü vazgeçme kapsamında geri dönerek C'yi hastaneye götürmesi ve onun iyileşmesini sağlaması halinde, A her ne kadar C'ye karşı kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmayacaksa da gönüllü vazgeçme anına kadar kasten gerçekleştirilen kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. H'yi öldürmek için arabasına saatli bomba koyan

⁶⁵ ŞENOL; s. 545.

⁶⁶ ZAFER; s. 549; *"Gönüllü vazgeçme, şeriklere kabili sirayet olmayan subjektif bir muafiyet sebebidir ve diğer taraftan müekkile nazaran icra hareketlerini iradesi haricinde inkıtaa uğratan bir sebep mahiyetindedir, zira bu sebebin tahakkuku üzerine kendi teşviki dolayısıyla ika edebilecek olan suçun tamamlanmaması, arzusu hilâfına, imkânsız hale gelmiştir."* ERRA; s. 718.

⁶⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 771; ŞENOL; s. 545; AKBULUT; s. 665; JAKOBS; s. 765.

M ve L olay yerinde gizlenip beklerken, H tam arabasına bineceği sırada M'nin gönüllü vazgeçme kapsamında koşup H'yi geriye çekip yere yatırması sonucu araçtaki bomba patlamasına rağmen H'nin ölmemesi halinde, M her ne kadar H'ye karşı kasten öldürmenin nitelikli haline teşebbüsten cezalandırılmasa da gönüllü vazgeçme anından önce arabaya koyduğu bombanın patlaması sonucu araba kullanılamaz hale geldiğinden mala zarar verme suçundan ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 12. maddesinde düzenlenmiş olan suçlardan sorumlu olacaktır.

SONUÇ

Modern ceza hukukunda suç ve suçluluğun önlenmesine yönelik geliştirilen suç siyasetleri ile kişilerin suç yoluna girmesinin önlenmesi, suç yoluna giren failin suç tamamlamaması ve nihayet suçu tüm unsurları ile tamamlayan failin tekrar suç işlememesi için çeşitli genel ve özel önleyici müesseseler geliştirilmiştir. Ceza hukukunda ideal olan, kişilerin suç yoluna hiç girmemesinin sağlanmasıdır. Ancak bu ideale ulaşmak her zaman mümkün olmadığından, suç yoluna girmiş olan kişilerin suçu bütün unsurları ile tamamlamalarının önlenmesi de tamamlayıcı ideal olarak uygulanmaktadır. Bu düşüncelerle geliştirilen kurumlardan biri de suç yoluna girip suçun icra hareketlerine başlamış olan failin, suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesine yönelik gönüllü vazgeçme müessesesidir.

Türk ceza hukukunda gönüllü vazgeçme, izlenen modern suç siyaseti gereğince kişileri icraya başladıkları suçu gönüllü olarak tamamlamaktan vazgeçmeye teşvik etmek amacıyla, teşebbüsten dolayı failerin cezalandırılmasını engelleyen bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, Kanun'un 41. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olup suç ortağının TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçmeye ilişkin özel hükümden yararlanabilmesi, iştiraki ile teşebbüs aşamasına gelmiş olan suçun tamamlanmaması için gayret göstermesine bağlanmıştır. Arapça **ğyr** kökünden türetilmiş olan gayret kavramı, sıradan bir çabadan öte, içten gelen aşırı bir çabayı, samimi aşırı bir duyarlılığı, aşırı korumacılığı ve büyük bir hırs ile koruma çabasını ifade etmektedir. TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için göstermesi gereken gayretin, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun icra hareketlerinin tamamlanmaması ve/veya neticenin meydana gelmemesi amacıyla iradi ve gönüllü olarak yapılan, kullanılan araç, yöntem ve zaman bakımından objektif olarak sonuç elde etmeye elverişli, samimi ve üstün çaba niteliğinde olması gerekir. Ancak suç ortağının göstermesi gereken gayretin kapsam, nitelik, etkinlik ve zaman bakımından yeterliği, her somut olayda işlenen suç veya suçların türü, suçun işleniş şekli, zamanı ve yeri ile suç ortağının suçun teşebbüsüne yaptığı katkı ve iştirak türü dikkate alınarak belirlenmelidir. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmek isteyen suç ortağı, teşebbüs aşamasına gelmiş olan suç veya suçların tamamlanmasının önlenmesinin en yüksek ihtimalde nasıl mümkün olabileceğini objektif olarak düşünmek ve buna uygun olarak gayret göstermek zorundadır. Ayrıca suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için yapmış veya yaptırmış olduğu icrai veya ihmali hareketlerin somut olayda diğer suç ortaklarının da objektif olarak suçu tamamlamasını engellemeye nitelik olarak elverişli olması her halde zorunludur. Dolayısıyla gösterilen gayretin elverişliliği,

her somut olayda olayın koşulları ve suç ortağının kişisel özellikleri dikkate alınarak ceza muhakemesinde yapılacak yargılama sonucunda ulaşılabilecek vicdani kanaate göre belirlenmelidir.

Kanun koyucu TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için, fail (doğrudan fail, dolaylı fail), azmettiren veya yardım eden olup olmadığını ve suça yaptığı katkısı ortadan kaldırıp kaldırmadığını dikkate almamış, sadece suç ortağının iştirak ettiği suçun tamamlanmaması için objektif olarak gayret göstermesini yeterli kabul etmiştir. İcra hareketleri tamamlanmadığı sürece icra hareketlerini sonlandırabilecek, neticeli suçlarda ise icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin meydana gelmemesi için objektif olarak yeterli olabilecek gayretin gösterilmesi gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla kanun koyucu, 2. fıkradaki bu özel gönüllü vazgeçme düzenlemesiyle suçun tamamlanmasının engellenmiş olması neticesine değil, suçun tamamlanmasının engellenmesine yönelik niyete ve gayrete değer vermiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme şahsi bir cezasızlık sebebi olarak düzenlendiğinden, gönüllü vazgeçen suç ortağının cezai sorumluluğu bulunmasa da işlenen fiil tüm suç ortakları bakımından suç olma özelliğini korumaya devam edecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre yapılacak ceza yargılamasında, tüm suç ortakları kast edilen suça teşebbüsten veya tamamlanmış suçtan yargılanacak fakat yargılamanın sonunda, TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gönüllü vazgeçen suç ortağı veya ortakları hakkında CMK m. 223/4-b gereği "ceza verilmesine yer olmadığına karar" verilecektir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- AKDAĞ, Hale; “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2) 2013.
- AKYÜREK Güçlü; “Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 2, 2013.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- BABA, Yasemin; “Alman Öğreti ve Uygulaması Işığında Vazgeçmede Gönüllülük Unsuru”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 14, 2013.
- BOCK, Dennis; Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, 2018.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah; “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede Gönüllülük Şartı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- DEMİRBAŞ, Timur; Kriminoloji, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2016.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, 14. Baskı, Beta Yayınları, 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, 14. Baskı, Beta Yayınları, 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi; “Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 52, S. 1-4, 1987.
- EPÖZDEMİR, Rezan; “Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018 (138).
- ERDAGÖZ, Özcan; “Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2013.
- ERDOĞAN, Yavuz; “Gönüllü Vazgeçme”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 5, S. 13, 2010.
- EREM, Faruk; “Suça İştirak”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1946.
- ERRA, Carlo; “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, (Çev: Sahir Eрман), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. X, S. 3-4, 1945.
- FREUND, Georg; Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer, 2009.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, 2019.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki; Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1987.
- HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.

HEINRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım -I, (Editör: Yener Ünver), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.

HEINRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım -II, (Editör: Yener Ünver), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.

HEINTSCHEL-HEINEGG, BERND VON; BeckOK StGB/Cornelius, 46. Ed. 2020, StGB § 24.

HOFFMANN-HOLLAND, Klaus; Münchener Kommentar zum StGB (BeckOK StGB), 4. Auflage, 2020, StGB § 24.

HÖKELEKLİ, Hayati; Kıskançlık, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 25, 2002.

JAKOBS, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2., neubearb. und erw. Aufl., Berlin, 1991.

JESCHECK, Hans-Hinrich; Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev: Feridun Yenisey), 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2007.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 1992.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

ÖZEN, Mustafa; Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.

ÖZGENÇ, İzzet; Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No: 2, 1996.

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019.

SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, 1993.

Strafgesetzbuch (StGB) (Çev; Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann), 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015.

ŞENOL, Cem; "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m. 41)", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 5, S. 10, 2017.

TOSUN, Öztekin; Suç Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ar Basım Yayın ve Dağıtım, 1982.

TOZMAN, Önder; "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009.

YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2002.

ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınevi, 2019.

MORAL AND POLITICAL GROUNDS OF ARMED HUMANITARIAN INTERVENTION*****Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ÇAKIR*******ABSTRACT**

The argument that engaging military in another country to save citizens would not violate international law is not new to international community.¹ This idea was entertained in the works of classical authors such as Grotius², Vattel³, Pufendorf⁴, Suarez⁵ or de Vitoria⁶, and it was repeatedly used by States⁷, by most occasions since the mid- 19th century.

Over time as well as depending on the context, different names have been used to designate this practice erected in doctrine: intervention of humanity, humanitarian intervention, right or duty to interference, and was for a short time, responsibility to protect (R2P). Following the United Nations Charter, the argument turned out to be unsupportable, but it subsists with the notions of "intervention of humanity" or "Humanitarian intervention". The history of the interventions itself bears witness that human rights are always instrumentalized. It is therefore important to analyse its causes justified on moral and political grounds.

Keywords: Humanitarian Intervention, Responsibility to Protect (R2P), Humanitarian Grounds, Moral Grounds, Political Grounds

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 11/12/2020

** This paper is based on a Doctorate Dissertation submitted to the Ankara University Graduate School of Social Sciences by the Author.

*** Assoc. Prof. Dr., Department of Public International Law, Law School, Kocaeli University, Kocaeli/Turkey

E-Mail: cakir@kocaeli.edu.tr

ORCID: 0000-0001-9595-0815

¹ MURPHY, Sean D., *Humanitarian Intervention. The United Nations in an Evolving World Order*, Philadelphia, Univ. of Pennsylvania Press, 1996, p. 32; SCHWEIGMAN, David, "Humanitarian Intervention under International Law: The Strife for Humanity", *Leiden Journal of International Law.*, vol. 6, no.1, 1993, p. 92; KABIA, John M, *Humanitarian Intervention and Conflict Resolution in West Africa From ECOMOG to ECOMIL*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 13-14

² GROTIUS, Hugo, *On the Law of War and Peace* (A.C. Campbell trans., London 1814) (1625), Book II, Chapter XXV, VIII, p.2.

³ DE VATTEL, Emer, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law: Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, Carnegie Institution of Washington, 1916, vol. I, Book II, chap. IV, parag. 56, p. 298

⁴ PUFENDORF, Samuel, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* (edited by James Tully: translated by Michael), 1632-94, Cambridge University Press, NEW YORK, 1991, p. 170

⁵ SUAREZ, Francisco, *Selections from Three Works* (Translated by Gwladys L. Williams), Oxford: Clarendon Press, 1944. (*De bello*, S.5, n°5-8)

⁶ DE VITORIA, Francisco, *Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991 (*De Jure Belli*, 1, 22, 26.)

⁷ COADY, Cecil Anthony John, *The Ethics of Armed Humanitarian Intervention*, the United States Institute of Peace, Peaceworks No. 45. First published July 2002, pp.1-47

SİLAHLI İNSANİ MÜDAHALENİN ETİK VE SİYASİ GEREKÇELERİ

ÖZ

Uluslararası ilişkiler alanında insan doğasının tüm kararsızlığını tek başına yansıtan bir eylem varsa, o da insanlık adına şiddet kullanmaktan ibarettir. Sivilleri kurtarmak için başka bir ülkede askeri görevlendirmenin uluslararası hukuku ihlal etmeyeceği argümanı uluslararası toplum için yeni değildir. Bu fikir, Grotius, Vattel, Pufendorf, Suarez veya de Vitoria gibi klasik yazarların eserlerinde ve on dokuzuncu yüzyılın ortalarından bu yana States tarafından birçok olayda defalarca tartışıldı.

Zamana ve bağlama bağlı olarak doktrinde inşa edilen bu uygulamayı aşağı yukarı doğru bir şekilde tanımlamak için farklı isimler kullanıldı. 19 yy da insanlığın müdahalesi İngilizce konuşma geleneğinde insani müdahale ve Fransızca konuşma geleneğinde müdahale hakkı ve görevi ve kısa bir süre için koruma sorumluluğu(R2P) olarak geçti. BM şartının kabul edilmesi ve bunun hemen ardından güç kullanımı yasağının tesisinden sonra, bu argümanın desteklenmesi güçleşmiştir. Fakat bu argüman yabancı uyrukların güvenliği için sürekli takibi, kontrolü gözardı etmeden mevcudiyetini korumaya devam etmektedir.

Müdahalelerin tarihi, insan haklarının her zaman ve çeşitli nedenlerle araçsallaştırıldığına bizzat tanıklık etmektedir Müdahale eden devletin tarafsızlığı tam anlamıyla kesin değilse, tüm bu sebeplerden ötürü tarafsızlık şartları gözardı edilebilir mi? Doktrinin yanıtı hayırdır. Çünkü tarafsızlığın göreceli olması yeterlidir. Bu nedenle, ahlaki ve siyasi zeminde gerekçelendirilen askeri bir müdahalenin haklı nedeninin ne olması gerektiğine dair ayrıntılı bir analiz yapmak önemlidir.

Anahtar Kelimeler: İnsani Müdahale, Koruma Sorumluluğu (R2P), İnsani Gerekseler, Ahlaki Temeller, Siyasi Zeminler

INTRODUCTION

Under international law, the principle of non-intervention means the right of any self-governing state to conduct its internal activities without facing any external interferences,⁸ it is a customary principle which is universally applicable. Considering a wide and non-legal explanation of the concept, the international arena today often appears as a world of multi-faced intrusions. If the concept of interference is often applied way beyond its legal context in the domain of humanitarian action, it is because it has pushed so far to be theoretically asserted as a right and this made it inconsistent to already existing customary principle of non-intervention.

Following the new international economic order in the 1970s, the Gulf War in 1991 ended with a new international humanitarian order, calling specifically the world governed in respect of rule of law. That year, in January, US President G. Bush asserted that the "just war" against Iraq should lead to the advent of a "*new world order, of a world where the rule of law, and not of the jungle, govern the conduct of nations*".⁹

The emerging concept of new world order supposed to guarantee respect for human rights still sees a resurgence of this doctrine, in particular with a part of Civil law doctrine (French doctrine in this case), which forges the concepts of right or duty to interference¹⁰ which, like the previous ones (humanitarian intervention, intervention of humanity and responsibility to protect), remains highly disputed.¹¹ The 1999 Kosovo conflict manifested yet another stage in this old debate, which would lead to the emergence of the notion of the "responsibility to protect", the last conceptual avatar of humanitarian military engagement.¹²

The two pillars on which contemporary humanitarian ideology is based are the universality of human rights and, the valuation of biological life and its duration as a measure of human dignity. The resulting morality is characteristic of the end of the twentieth century, even if it recycles previous values. Its relative specificity results from the particular assembly of several values. Here we look at two of these values that underpin and legitimize humanitarian ideology and the actions it develops. In this regard, it should be emphasized that humanitarian values justify action just as action produces these values.

This "new order" is cleverly anchored in a discourse resolutely shaded with humanism without, however, strictly referring to humanitarian law for the situations it

⁸ ŞAK, Yıldıray, "Humanitarian Intervention in International Law and Libya Case: Lessons for Syria Today and Tomorrow", *Uluslararası İlişkiler*, vol. 11, no. 44 (2015), p.126. Available at <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/693211> accessed 26 July 2020.

⁹ The day after the victory over Saddam Hussein, on March 6, 1991, he again announced to the US Congress: "Now we can see a new world coming before our eyes." Cited by André Fontaine, *Après eux, le déluge : de Kaboul à Sarajevo, 1979-1995*, Fayard, 1995, pp. 587-588.

¹⁰ KOUCHNER, Bernard, *Le malheur des autres*, Odile Jacob, Paris, 1991, p.12-19; BETTATI, Mario, "*Un droit d'ingérence ?*", *R.G.D.I.P.*, 1991, pp. 639-670.

¹¹ CORTEN, Olivier and KLEIN, Pierre, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction? Les possibilités d'action visant à assurer le respect des droits de la personne face au principe de non-intervention*, Etablissements Emile Bruylant, S.A., Bruxelles, 1992, p. 58

¹² FEINSTEIN, Lee., and SLAUGHTER, Anne-Marie, *A Duty to Prevent*, Foreign Affairs, 2004, p. 136.

could have concerned. On the contrary, the enthusiasm of the speeches took them away from the original sources, to merge the notion of humanitarianism in a conceptual network, certainly attractive, but in the end not always beneficial to the victims of crises and conflicts. In particular, drawing lessons from the Rwandan tragedy¹³, the new era postulates that a better response to crises requires the "coherent" integration of humanitarian action into political and military strategies.

The above two paragraphs show us two main grounds (moral and political) from which, violating the principle of sovereignty of states could be justified. In this paper, we will discuss both grounds and all concerns implicated in them. Under this paper, we will not defend neither of those grounds, in contrary we will explore and assess available arguments backing both grounds and link them to international law.

A. Moral Grounds

By considering that intervention is not a crime itself but its consequence that must be the criterion of moral consideration, we subscribe to the consequentialist tradition, according to which an action is good if it produces good results. Utilitarianism is one version of this, which asserts that an action is good when it maximizes the happiness (hedonistic utilitarianism) or the satisfaction of preferences (preference utilitarianism) of all the individuals concerned. Consequentialism is opposed to the two other great traditions in ethics: deontology (Kantian paradigm), according to which an action is morally good if it is performed out of duty or out of respect for a norm, and the ethics of virtue, which further assesses the moral character of the actor (his ethos according to Aristotle).

In the ethics of international relations, consequentialism is associated most of the time with the realist tradition, from Machiavelli to Kenneth Waltz, and with the tradition of just war, even with the justification of terrorism¹⁴, and in return with torture in the context of the war on terrorism¹⁵.

What is referred to as "human rights" is a very large and diverse set of civil, political, economic, social and cultural rights, not all of which are considered to justify military intervention. This is why it is preferable to define humanitarian intervention intended to prevent or stop grave and massive violations of the most important human rights, that is to say applicable to everyone and everywhere. In international human rights law, this hierarchy is questionable. Rather, the consensus is that there is no hierarchy of human rights, that they are indivisible. However, practice tends to show the opposite. The notion of *jus cogens* for example, that is to say of "binding norm", which designates an absolute *norm of international law carrying a universal value of vital*

¹³ KABANO, Jacques, "Birleşmiş Milletler Sisteminin Uluslararası Barış Koruma Sorumluluğu'nda Zaafiyeti: Ruanda Örneği", *Journal of law*, vol. 1, No 1, (2017), pp.1-17 available online <http://journaloflaw.online/wp-content/uploads/2018/07/jack-JL-1.1-1.pdf> accessed 30 August 2020.

¹⁴ BELLAMY, Alex J, *Just Wars. From Cicero to Iraq*, Cambridge, Polity Press, 2006, p. 141-142.

¹⁵ TERESTCHENKO, Michel, *Du bon usage de la torture, ou comment les democraties justifient l'injustifiable*, Paris, La Decouverte, 2008, p.68

*interest*¹⁶, is officially recognized only for the prohibition of torture¹⁷. In all, only 4 rights fall under the category of non-derogatory by the International Human Rights Law and appear in all three main international conventions (art. 4 of the *International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR*; art. 27 of the *American Convention on Human Rights - ACHR* and art. 15 of the *European Convention on Human Rights - ECHR*): *the right to life, the right not to be tortured or not to be subjected to inhuman or degrading treatment, the right not to be held in slavery or servitude and the right to non-retroactivity of criminal law.*

The question which then arises is to determine whether the intervening State invokes for this purpose a specific moral reason to justify its action or, the international community of States in one way or another, has been satisfied by the validity of this moral ground.

Several remarks should be made here. First of all, having the status of non-derogatory norm does not automatically indicate gaining the status of *jus cogens*. Non-derogatory rights can indeed be the question for reservations, because the prohibition of derogation does not imply a prohibition of reservation. Therefore, reservation is incompatible with *jus cogens* itself. Secondly, non-derogatory does not mean absolute, as art 2 of the ECHR shows in the case of the right to life: death can be inflicted legally, by virtue of the law (death penalty) or the necessity of the use of force (self-defence, arrest, escape, insurrection).

In fact, there is no precise list of rights, with the above four rights only appearing to be more fundamental than the others under which state A would be legally justified to intervene in state B. Humanitarian intervention does not positively appear to be a right at all, mainly because it has got no rules of engagement stipulating which rights are aimed to achieve, it has no impartial basis and is not a triggered response automatically whenever a certain right is violated in the world. Rather, it results from a subjective assessment of a given situation. The most fundamental right that has motivated interventions considered "humanitarian" in history is the right to life. It is not about freedom of expression, the right to private property or education that one state sends troops to another state. Military intervention will cost human lives, and this can only be justified if it saves more.

The abovementioned question remains particularly controversial, as evidenced by the debates that have been conducted in the past few years by the *Institute of International Law*. In 1989, during the Santiago de Compostela conference, the Institute approved a resolution on "*The protection of human rights and the principle of non-intervention in the internal affairs of States*", a text which seemed to exclude any right

¹⁶ Art. 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

¹⁷ See the case laws of the Trial Chambers of the ICTY (The Prosecutor v. Milorad Krnojelac - Case No. IT-97-25-T, 2002), the House of Lords (in *Re Pinochet* judgment of 24 March 1999) and the European Court of Human Rights: "The prohibition of torture is recognized as a mandatory rule of international law" (*Al Adsani v. the United Kingdom* judgment of 21 November 2001, § 61).

of humanitarian intervention¹⁸, like two other resolutions adopted in 1999¹⁹ and 2003, and the Bruges declaration²⁰ adopted the same year. Shortly afterwards, however, a subgroup entitled "Humanity's Intervention" was tasked with adopting a resolution on this topic. However, the latter, adopted in Santiago in 2007, expressly refrained from commenting on "*the question of the legality of military questions which have not been authorized by the United Nations, but whose declared objective is to end genocide, large-scale crimes against humanity or large-scale war crimes*".²¹ An evaluation of the debates prior to the adoption of this text, allows us to understand its limited nature²², due to persistent disagreements.

Understanding that any military intervention will necessarily take lives, the question is then to know from how many murders, and from what types of murders, we can speak of massacre and intervene in the name of this particular right to life which is that of not being massacred. How much, even, should numbers count in the legal and moral assessment of a situation? This is a classic debate in moral philosophy²³, which moreover finds application in the case of the characterization of genocide, since it does not depend so much on the number of victims as on the intention of the murderers (*mens rea*).²⁴ Any criterion involving "counting the dead" however, would be an admission of failure since "the international community would find itself in the morally unjustifiable situation where it would have to wait for genocide to begin before taking measures to end it."²⁵

In the eyes of international society, and particularly the public, genocide epitomises the mother. There is, however, no pyramid of the gravest crimes on

¹⁸ See especially article 2 § 2 of this resolution, providing, in the event of an abuse of human rights, the possibility for member states to adopt "diplomatic, economic and other measures, admitted by international law and not involving the use of armed force in violation of the United Nations Charter" (resolution of September 13, 1989; http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_03_en.PDF); v. also article 5, commented on by WELLER, Marc, *Iraq and the Use of Force in International Law*, Oxford, O.U.P., 2010, p. 64.

¹⁹ *The application of international humanitarian law and fundamental human rights in armed conflicts in which non-state entities are parties*: Berlin Resolution of 25 August 1999 (commented by Robert Kolb) Collection "resolutions" n° 1, Pedone, Paris, 2003, p. 43.

²⁰ WOOD, Michael, "International Law and The Use of Force: What Happens in Practice?", *Indian Journal of International Law*, vol. 53, 2013, pp. 345-367. https://legal.un.org/avl/pdf/ls/Wood_article.pdf accessed 24 August 2020.

²¹ Present Problems of the Use of Force in International Law A. Sub-group on Self-defence, Santiago de Chili session 2007, Editions A.Pedone - 13 rue soufflot - 75005 Paris – France, <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/Roucounas.pdf> accessed 31 August 2020.

²² CORTEN, Olivier, « Les Résolutions De L'institut De Droit International Sur La Légitime Défense Et Sur Les Actions Humanitaires », *REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL* 2007/2 – Éditions BRUYLANT, Bruxelles, pp : 598-626.

²³ TAUREK, John M, "Should the Numbers Count?", *Philosophy and Public Affairs*, 6 (4), 1977, p. 293-316.

²⁴ JEANGENE VILMER, JB., « *La responsabilité de protéger et le débat sur la qualification de génocide au Darfour* », dans *La responsabilité de protéger, Actes du 41e colloque annuel de la Société française pour le droit international (SFDI)*, Paris, Pedone, 2008, p. 233-241.

²⁵ HARFF, Barbara, *Genocide and Human Rights: International Legal and Political Issues*, Denver, Graduate School of International Studies, University of Denver, 1984, p. 12.

international level, and there is no reason to consider that, if genocide is a just cause, crimes against humanity in general cannot be one too.

As we have seen before, in ethics, the morality of a particular action is determined only by its consequences, while rule consequentialism holds that an action is moral when it respects a rule or rules which, when followed, have the best global consequences. The problem is that when the decision to intervene is made, it is not known what the real consequences of the intervention will be, or of non-intervention. The system is therefore probabilistic. The decision to intervene is based on an estimate of the likely consequences of the intervention.²⁶ It is the question of the positive effect, of the reasonable chances of success, which falls under the criterion of proportionality but which is therefore closely linked to that of just cause. The bottom line is what the consequentialist principle tells us concretely about the just cause: the situation must be such that it cannot worsen as a result of the intervention. This means that only the extreme cases, where a million people are killed in a hundred days, for example as in Rwanda²⁷, constitute clear and fairly unchallengeable causes, since it seems difficult to conceive that a military intervention aimed at stopping the massacres has the perverse effect of making them worse. We therefore defend a minimal conception of the just cause, which concerns only the most serious abuses, without specifying them a priori but, once again, on one condition that the intervention will never be a reason the situation has been worsen. The first paradoxical consequence of the return of the notion of “just war” which underlies humanitarian intervention is that the interveners are convinced that they are right, that they are invested with a “just”²⁸ mission and that to accomplish the “humanitarian” goal, they are even authorized to ignore humanitarian law ... We see that the more the interveners consider their cause just, the more they tend to take liberties with humanitarian law, undoubtedly considering that the nobility of their cause authorizes some sprains of the law. At the same time, they do not understand that the law can apply to them, whose cause is just, and who fight inevitably evil enemies.

An international standard is therefore emerging²⁹ concerning the adoption of an ethics of long-term engagement in order to strengthen the legitimacy of international intervention and allow it to succeed. It will be difficult to implement and even to respect given the political contingencies specific to each State or international organization. However, the stakes are high: the credibility of the intervention and the lives of millions of people are at stake.

²⁶ HIMES, Kenneth R., “The Morality of Humanitarian Intervention”, *Theological Studies*, 55 (1), 1994, p. 82-105,

²⁷ Kabano, Jacques, 2018.

²⁸ In 2013, President Hollande spoke of “punishing” the Syrian leaders: an incongruous term in the mouths of a head of state, but very revealing of an imperialist vision because which state can claim to embody a higher morality?

²⁹ BARNETT, M, KIM, H, O’DONNELL, M and SITEA, L, “Peacebuilding: What Is in a Name”, *Global Governance*, vol. 13, 2007, p. 35. Available at https://home.gwu.edu/~barnett/articles/2007_peacebuilding_gg.pdf accessed 16 August 2020.

B. Political Grounds

The socio-political fundamentals of humanitarian intervention are predominantly obvious in France and the United States: both appealing to the universality, these countries tend to play a messianic position in world matters. The "right or duty of interference" in France parallels President Wilson's humanitarian intervention in the United States. Yet intervention is an old, constant and universal phenomenon. A French philosopher, Jean-Baptiste Vilmer³⁰ found in the texts of Chinese philosophers of the 6th century BC the story of real humanitarian interventions and the discourse that justifies them: in particular, the need to use force to remove a tyrant and save his population, or the imperative to wage war if it makes it possible to stop a killing. The doctrine of "just war" came to be secularized by Hugo Grotius and his follower Vattel³¹; both explicitly thought humanitarian intervention as an exception to violate the principle of non-interference or just cross the sovereignty of another country: "*nations are free and independent; neither has the right to meddle into the matters concerning other governments, except in the event that a tyranny becomes unbearable to the people.*"³² In this circumstance, any external state with the power to help, has the right to support a troubled people who ask for succour.

The situation changed completely at the beginning of the 1990s: the downfall of the Eastern bloc, the rise of democracy in the South, the progress of an international discourse on human rights, the practice of action humanitarian aid, the growing role of the media, which lessens the distance between the victim and the observer, promotes the advancement of humanitarian interventions. It must be added that it becomes impossible for the great powers to violate the sovereignty of weak states without having to justify themselves; the only way to intervene is then to do so in the name of humanitarian pretexts. Just as the term "genocide" is used to draw attention to a massacre and to elicit an intervention, just as "terrorism" is used to frighten and pass liberticidal measures in the name of security, "humanitarian" is a word whose connotation is very positive; it is therefore used to legitimize an action, by constituting a kind of guarantee. Thus, since the end of the 1990s, the great powers no longer launch military intervention without qualifying it, almost inevitably, as humanitarian. The term presupposes that the intervention is justified.

It is remarkable that the "just war" theory reappeared during the Gulf War, first in the course catalogues of the international relations departments of North American universities, then in political discussions.³³ This renewed interest can indeed only surprise since war has become illegal, and the idea that a State facing a threat of aggression holds jus ad bellum has been eliminated in favour of the concept of collective security, especially in the United Nations Charter. The same applies when a State finds massive abuses of human rights in another State and under no circumstance, it cannot

³⁰ VILMER, Jean Baptiste, *La guerre au nom de l'humanité, Tuer ou laisser mourir*, PUF, Paris, 2012, p.79-82

³¹ Emer de Vattel, 1916, *supranote 1*

³² Id.

³³ WALZER, Michael, *Just and unjust wars*, New York, basic Books, 1992, Basic Books; 5th edition (August 11, 2015), pp. 256-269.

take advantage of these violations to intervene unilaterally. Among the central principles of international relations, the United Nations Charter sets out those of the autonomy of States and of non-interference in their internal matters of other states.

The intervention must be decided and carried out by a legitimate authority, in reaction to obvious violations; it is only a last resort. Despite their apparently objective nature, these criteria are not necessarily absolute and may be the subject of different interpretations.³⁴ According to traditional doctrine, it is not for a private person to wage war; only the sovereign can do it because it is responsible for the common good in the country. This question of legitimate authority is more complex today since there is no equivalent, on the international scene, of the sovereign of classical doctrine.

The criterion of legitimate authority today is therefore both moral and legal: a democratic authority (that is to say democratically elected) and respectful of human rights is legitimate. This authority must have legal authorization. Internationally, the legalistic position is to consider that the intervention is legitimate if it is sanctioned by the Security Council. But is the latter legitimate? Many dispute it: they criticize first of all its lack of representativeness, and therefore of democratic legitimacy (the Security Council reflects the balance of the world in 1945, not that of today); they find that several of its members - including permanent ones - do not meet the elements of moral legitimacy (democratic nature, respect for human rights); Finally, they note that the right of veto excludes the intervention from taking place against one of the permanent members, or the States protected by one of its permanent members.³⁵ Therefore, what is considered legal in this perspective, only makes sense if you call it political.

As negotiations between states and governments are often secret, how do you know if diplomatic means have all been exhausted? This would imply knowing how the conditions on the ground will evolve: some observers will claim that the military intervention takes place too soon and that diplomacy (accompanied by sanctions) would have achieved its goal if it had been pursued; In Kosovo, for example, the bombing campaign and the extent of the collateral damage it caused prompted a priori observers to consider that the intervention had occurred too soon.³⁶ Others, on the contrary, will argue that the intervention should have taken place earlier: this is the case in East Timor, where it took place under good conditions, with less violence. A failure to intervene early also has been witnessed in 1994 Genocide perpetrated against Tutsis where only in 100 days, Rwanda lost more than a million lives.³⁷ As we can see, the criterion is subjective: the situation is always interpreted according to the interests of each one, as

³⁴ ARSAVA, A. Fusun, "Sovereignty and Responsibility to Protect", Gazi University Law Faculty Journal, C. XV, 2011, Vol. 1, p. 108. Available at http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_1_5.pdf accessed 10 August 2020.

³⁵ KIRDIM, Şahin Eray, "Failed Efforts to Reform Humanitarian Intervention System in the United Nations", Journal of Economics and Administrative Sciences-Volume: XIX Issue: 1 Year: June 2017, p.76 <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/315261> accessed 19 August 2020.

³⁶ ÇAKIR, Mustafa, İnsani Müdahale Hakkı, Unpublished PhD Dissertation, AÜSBE, Ankara 2003, pp.105-123

³⁷ KABANO, Jacques, 2018

evidenced by the opposition of Russia and China to an intervention in Syria in 2012 and 2013.³⁸

Just cause, right intention, proportionality of means: satisfying these criteria amounts to legitimizing an armed intervention on the moral level. It is still necessary to judge a doctrine by its consequences. From this point of view, the results are paradoxical to say the least: it reveals a perversion of humanitarian rules by those who are supposed to enforce them, a regression of international law and the instrumentalization of humanitarianism by the political and the military.

Interference, even "humanitarian", remains illegal today. There is indeed in international law an obligation for each State to react to violations of fundamental human rights; it is corroborated by a whole series of legal sources, in particular, the provisions relating to human rights found in the Charter of the United Nations (in particular its article 55 according to which "*the United Nations will promote ... universal and effective respect for human rights and fundamental freedoms...* "); the Universal Declaration of Human Rights of 1948 (especially its article 28 which establishes a right for everyone to the establishment of an international order of human rights); the 1948 Genocide Convention; the statute of the International Criminal Court of 1998; and other international human rights agreements and covenants.

Nonetheless, this obligation relates to unarmed intervention; it does not call into question the ban on armed intervention. Advocates of the "right of interference" argue that the charter's ban on the use of force provision is erased in the face of the protection of human rights.³⁹ It is therefore difficult to see why we should abandon positive international rules which postulate non-involvement in the internal matters of a State and the non-use of force.⁴⁰ The introduction of a "responsibility to protect" by force only serves to mask the very real existence of an obligation of unarmed reaction on the part of the international community to grave abuses of human rights and humanitarian law, and the non-fulfilment of this obligation by States in most cases. In most cases, the problem is less the lack of legal means than the lack of political will to use existing mechanisms.

The international texts, in particular the reports of the Secretary General of the United Nations relating to the concept of "responsibility to protect"⁴¹ are clear: the distress of a population calls for humanitarian assistance, then when a common conclusion between concerned parties is not reached, a political intervention of the United Nations to diplomatically find a political solution. But the military should only be

³⁸ See more with states' supports for interventions in Syria: *DOST*, Süleyman, Suriye'deki Silahlı Çatışmalara Diğer Devletlerin Destek ve Müdahaleleri ile Uluslararası Hukuki Sonuçları, Sosyal Bilimler Dergisi (SOBİDER) 4 (12), 354-372. Available at <https://sobider.com/DergiTamDetay.aspx?ID=3542> accessed 10 August 2020.

³⁹ Olivier Corten and Pierre Klein, 1992, p.165

⁴⁰ DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006, at 26-33

⁴¹ NATO Multimedia Library: The Responsibility to Protect. (Thematic Bibliography No. 4/11). (2011, March) URL:https://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_library_them/20110330_them0411.pdf

employed in extreme and extremely rare cases.⁴² But the opposite is happening: armed humanitarianism has been generalizing for a decade in two main forms.

Civil-military operations are the first form of instrumentalization of humanitarianism.⁴³ The reflection leading to a militarization of humanitarian aid began in the 1990s in the United States.⁴⁴ This model was then disseminated in Europe in the name of interoperability between allies within NATO.⁴⁵ The dissemination of Anglo-Saxon standards is further facilitated by the European security and defence policy: the latter is based on the principle of a global and coherent capacity for the prevention and management of crises, comprising military capabilities but also civilian crisis management capacities, to carry out the so-called Petersberg tasks (humanitarian tasks, peacekeeping or evacuation of nationals missions; disarmament and stabilization).⁴⁶ The European Union emphasizes the complementarity between the military and the humanitarian for the achievement of this type of mission.⁴⁷ The second form of instrumentalization consists of "integrated"⁴⁸ peacekeeping missions. Because the practice of Western armies is spreading and is winning over peacekeeping troops. Looking at the activities of the UN since the mid-1990s⁴⁹, we realize that humanitarian operations are increasingly militarized; recourse to the armed forces in humanitarian assistance tasks is now the rule.

These integration actions are often unfavourably received because of the kinds of confusion they create in the minds of the populations. The damaging effects of this confusion are obvious, both for civilian populations and for humanitarians. For civilian populations: either they refuse humanitarian aid and food, because they are attacked in

⁴² SABA, Arif & AKBARZADEH, Shahram, "The Responsibility to Protect and the Use of Force: An Assessment of the Just Cause and Last Resort Criteria in the Case of Libya", *International Peacekeeping*, 25:2, 242-265, (2018) <https://doi.org/10.1080/13533312.2017.1404908> accessed 7 September 2020.

⁴³ CAICEDO, Juan Pablo, "*The Instrumentalization of Humanitarian Action By Western Militaries In Contemporary Peace Operations*", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad* 2009, 4(1), 115-128 available online at <https://www.redalyc.org/pdf/927/92712970007.pdf> accessed 7 September 2020

⁴⁴ DAVEY, E et al., "History of The Humanitarian System, Western Origins and Foundations", HPG Working Paper, Overseas Development Institute; London: 2013. <http://www.odi.org/publications/7535-global-history-humanitarian-action> accessed 7 September 2020.

⁴⁵ EDWIN, Bakker; MALEY, William and BOEKE, Sergei, "Transitioning from Military Interventions to Long-Term Counter-Terrorism Policy", (ICCT Report; NATO Project), (2016, September) URL: <https://icct.nl/publication/icctresearch-report-nato-project-transitioning-from-military-interventions-to-long-term-counter-terrorismpolicy> accessed 7 September 2020.

⁴⁶ Strategic Communications, Shaping of a Common Security and Defence Policy, 8 July 2016. Available online at https://eeas.europa.eu/topics/common-security-and-defence-policy-csdp/5388/shaping-of-a-common-security-and-defence-policy-_en accessed 7 September 2020.

⁴⁷ Official Journal of the European Union, Joint Statement by the Council and the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the European Commission, (2008/C 25/01), [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42008X0130\(01\):EN:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42008X0130(01):EN:HTML) accessed 7 September 2020.

⁴⁸ Caicedo, Juan Pablo, 2009

⁴⁹ GAO, George, UN peacekeeping at new highs after post-Cold War surge and decline, PEW Research Center 2 March 2016, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/03/02/un-peacekeeping-at-new-highs-after-post-cold-war-surge-and-decline/> accessed 7 September 2020.

reprisal if they accept it; or they divert them for the benefit of the belligerents (and therefore do not profit from them). For humanitarian workers: either they are confused with the military; either they are not considered neutral and impartial; in any case, they are attacked by the belligerents.

Conclusion

We must return to the law, abandon vague moral precepts, reject the hazy academic debates on intentions and motives, as well as political ideologies surrounding the concept of humanitarian intervention. "Humanitarian" intervention has long served as an excuse for Western powers to maintain their control over peripheral regions that they consider important to their interests. It is no surprise then of why a bloated humanitarian rhetoric has developed. It has not modified the foundations of international humanitarian law, but sometimes concealed it, behind the rhetoric, inaction and repeated failures to meet the expectations of the populations. The law must be freed from politics. We are aware that legal texts may always show gaps in relation to certain real-life situations, in particular because they are addressed to state actors, while conflicts engage groups of all types. The responsibility to protect means, first of all, for states to show a real will to apply international humanitarian law, without possible political derogations.

International Community tried many ways to deal with situations that happened in countries like Kosovo, Rwanda, Haiti and Darfur (South Sudan). As long as the practice of intervention is there, it is only logical to expect more successes and failures which will result in those future interventions. However, if intervention is deemed to be a necessity, then those who intervene must also be placed in positions where their intervention in question gives rise to responsibility of those violations that are likely to happen from it. This implies of course established a reconstruction plan and execute it after the intervention is over. Under this circumstance the only principle that matters is "justice". Of course, when it comes to intervention, the international community cannot set all the rules and standards, given the fluidity inherent in a conflict situation. A viable ethical intervention will only be the one where members of international community decide to invest a continuous political will to the already started intervention, otherwise intervention would mean to destroy those which have been built for centuries and no plan for a reconstruction: Another Libya where intervention left ruins and political unrest.

BIBLIOGRAPHY

ARSAVA, A. Füsün, "Sovereignty and Responsibility to Protect", Gazi University Law Faculty Journal, C. XV, 2011, Vol. 1, p. 108. Available at http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_1_5.pdf accessed 10 August 2020.

BARNETT, M, KIM, H, O'DONNELL, M and SITEA, L, "Peacebuilding: What Is in a Name", *Global Governance*, vol. 13, 2007, pp: 35-58

BELLAMY, Alex J, *Just Wars. From Cicero to Iraq*, Cambridge, Polity Press, 2006

Berlin Resolution of 25 August 1999 (commented by Robert Kolb) Collection "resolutions" n° 1, Pedone, Paris, 2003

BETTATI, Mario, "Un droit d'ingérence ?", *Revue Générale de Droit International Public.*, 1991, pp. 639-670.

CAICEDO, Juan Pablo, "The Instrumentalization of Humanitarian Action by Western Militaries in Contemporary Peace Operations", *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad* 2009, 4(1), 115-128 available online at <https://www.redalyc.org/pdf/927/92712970007.pdf> accessed 7 September 2020

ÇAKIR, Mustafa, *İnsani Müdahale Hakkı*, Unpublished PhD Dissertation, AÜSBE, Ankara 2003

COADY, Cecil Anthony John, *The Ethics of Armed Humanitarian Intervention*, the United States Institute of Peace, Peaceworks No. 45, 2002

CORTEN, Olivier & KLEIN, Pierre, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ? Les possibilités d'action visant à assurer le respect des droits de la personne face au principe de non-intervention*, Etablissements Emile Bruylant, S.A., Bruxelles, 1992

CORTEN, Olivier, « Les Résolutions De L'institut De Droit International Sur La Légitime Défense Et Sur Les Actions Humanitaires », *REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL* 2007/2 – Éditions BRUYLANT, Bruxelles, pp : 598-626.

DAVEY, E et al., "History of The Humanitarian System, Western Origins and Foundations", HPG Working Paper, Overseas Development Institute; London: 2013. <http://www.odi.org/publications/7535-global-history-humanitarian-action> accessed 7 September 2020.

DE VATTEL, Emer, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law: Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, Carnegie Institution of Washington, 1916.

DE VITORIA, Francisco, *Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991

DOST, Süleyman, Suriye'deki Silahlı Çatışmalara Diğer Devletlerin Destek ve Müdahaleleri ile Uluslararası Hukuki Sonuçları, *Sosyal Bilimler Dergisi (SOBİDER)* 4 (12), 354-372. Available at <https://sobider.com/DergiTamDetay.aspx?ID=3542> accessed 10 August 2020.

DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge: Harvard University Press, 2006

EDWIN, Bakker; MALEY, William and BOEKE, Sergei, "Transitioning from Military Interventions to Long-Term Counter-Terrorism Policy", (ICCT Report; NATO Project),

(2016, September) URL: <https://icct.nl/publication/icctresearch-report-nato-project-transitioning-from-military-interventions-to-long-term-counter-terrorism-policy> accessed 7 September 2020.

European Court of Human Rights, *Al Adsani v. the United Kingdom* judgment of 21 November 2001

FEINSTEIN, Lee., and SLAUGHTER, Anne-Marie, *A Duty to Prevent*, Foreign Affairs, 2004
 GAO, George, *UN peacekeeping at new highs after post-Cold War surge and decline*, PEW Research Center 2 March 2016, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/03/02/un-peacekeeping-at-new-highs-after-post-cold-war-surge-and-decline/> accessed 7 September 2020.

GROTIUS, Hugo, *On the Law of War and Peace* (A.C. Campbell trans., London 1814) (1625)

HARFF, Barbara, *Genocide and Human Rights: International Legal and Political Issues*, Denver, Graduate School of International Studies, University of Denver, 1984

HIMES, Kenneth R., "The Morality of Humanitarian Intervention", *Theological Studies*, 55 (1), 1994, p. 82-105

House of Lords (in *Re Pinochet* judgment of 24 March 1999)

JEANGENE VILMER, JB., « La responsabilité de protéger et le débat sur la qualification de génocide au Darfour », dans *La responsabilité de protéger*, Actes du 41e colloque annuel de la Société française pour le droit international (SFDI), Paris, Pedone, 2008, p. 233-241

KABANO, Jacques, "Birleşmiş Milletler Sisteminin Uluslararası Barış Koruma Sorumluluğunda Zaafiyeti : Ruanda Örneği", *Journal of Law*, vol. 1, No 1, (2017), pp.1-17

KABIA, John M, *Humanitarian Intervention and Conflict Resolution in West Africa from ECOMOG to ECOMIL*, Farnham, Ashgate, 2009

KIRDIM, Şahin Eray, "Failed Efforts to Reform Humanitarian Intervention System in the United Nations", *Journal of Economics and Administrative Sciences-Volume: XIX Issue: 1 Year: June 2017*, p.76 <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/315261> accessed 19 August 2020.

KOUCHNER, Bernard, *Le malheur des autres*, Odile Jacob, Paris, 1991.

MURPHY, Sean D., *Humanitarian Intervention. The United Nations in an Evolving World Order*, Philadelphia, Univ. of Pennsylvania Press, 1996.

NATO Multimedia Library: *The Responsibility to Protect*. (Thematic Bibliography No. 4/11). (2011, March) URL:https://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_library_them/20110330_them0411.pdf

Official Journal of the European Union, *Joint Statement by the Council and the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the European Commission*, (2008/C 25/01), <https://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42008X0130(01):EN:HTML
accessed 7 September 2020.

Present Problems of the Use of Force in International Law A. Sub-group on Self-defence, Santiago de Chili session 2007, Editions A. Pedone - 13 rue soufflot - 75005 Paris – France, <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/Roucounas.pdf> accessed 31 August 2020.

PUFENDORF, Samuel, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law* (edited by James Tully; translated by Michael), 1632-94, Cambridge University Press, NEW YORK, 1991

SABA, Arif & AKBARZADEH, Shahram, “The Responsibility to Protect and the Use of Force: An Assessment of the Just Cause and Last Resort Criteria in the Case of Libya”, *International Peacekeeping*, 25:2, 242-265, (2018) <https://doi.org/10.1080/13533312.2017.1404908> accessed 7 September 2020.

ŞAK, Yıldırım, “Humanitarian Intervention in International Law and Libya Case: Lessons for Syria Today and Tomorrow”, *Uluslararası İlişkiler*, vol. 11, no. 44 (2015)

SCHWEIGMAN, David. “Humanitarian Intervention under International Law: The Strife for Humanity.” *Leiden Journal of International Law*, vol. 6, no. 1 (1993): 91–110.

Strategic Communications, *Shaping of a Common Security and Defence Policy*, 8 July 2016. Available online at https://eeas.europa.eu/topics/common-security-and-defence-policy-csdp/5388/shaping-of-a-common-security-and-defence-policy-_en accessed 7 September 2020.

SUAREZ, Francisco, *Selections from Three Works* (Translated by Gwladys L. Williams), Oxford: Clarendon Press, 1944

TAUREK, John M, “Should the Numbers Count?”, *Philosophy and Public Affairs*, 6 (4), 1977, p. 293-316.

TERESTCHENKO, Michel, *Du bon usage de la torture, ou comment les démocraties justifient l’injustifiable*, Paris, La Découverte, 2008

Trial Chambers of the ICTY (The Prosecutor v. Milorad Krnojelac - Case No. IT-97-25-T, 2002)

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

VILMER, Jean Baptiste, *La guerre au nom de l’humanité, Tuer ou laisser mourir*, PUF, Paris, 2012

WALZER, Michael, *Just and unjust wars*, New York, basic Books, 1992, Basic Books; 5th edition (August 11, 2015).

WELLER, Marc, *Iraq and the Use of Force in International Law*, Oxford, O.U.P., 2010

WOOD, Michael, “International Law and The Use of Force: What Happens in Practice?”, *Indian Journal of International Law*, vol. 53, 2013, pp. 345-367. https://legal.un.org/avl/pdf/ls/Wood_article.pdf accessed 24 August 2020.

ADMINISTRATIVE DETENTION IN ACCORDANCE WITH THE FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION LAW*

Doç. Dr. Nimet ÖZBEK**

ABSTRACT

Keeping under administrative detention of foreigners who have been given a deportation decision is an accepted practice in international and Turkish law. Administrative detention can be defined as keeping the foreigners who are decided to be deported for reasons specified in the Foreigners and International Protection Law (FIPL) in the detention areas until their procedures are completed. Even though it has a legal basis in Turkish law before the FIPL entered into force, the administrative detention procedure applied gained legal basis after the FIPL entered into force. In this Law, the reasons for the administrative detention, the supervision of the administrative detention process and the notification to the parties, the legal remedy against administrative detention are regulated in detail. It is necessary to examine whether the new Law is functional or not by examining how these regulations brought together with the FIPL are implemented in practice and the course of implementation within the framework of the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court.

Keywords: Deportation, Foreigners and International Protection Law, administrative detention, Repatriation Centers, foreign.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17/11/2020
Kabul Edildiği Tarih: 11/12/2020

** Assoc. Prof. Dr., Department of Private International Law, Ankara University, Faculty of Political Sciences,
E-Mail: ozbek@politics.ankara.edu.tr
ORCID: 0000-0002-5380-7778

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU UYARINCA İDARİ GÖZETİM

ÖZ

Hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş yabancıların idari gözetim altında tutulması uluslararası hukuk ve Türk hukukunda kabul gören bir uygulamadır. İdari gözetim, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda (LFIP) yer alan sebeplerle hakkında sınır dışı kararı alınan yabancıların, idari işlemlerin bitirilmesine kadar gözetim alanlarına konulması şeklinde tanımlanabilir. Türk hukukunda da LFIP'nin yürürlüğe girdiği dönemden önce de kanuni düzenleme olsa da idari gözetim kavramı LFIP yürürlüğe girmesiyle hukuki dayanağa kavuşmuştur. Bu Kanunda idari gözetimin sebepleri, idari gözetimin denetimi, denetim sonucu verilen kararın tebliği, bu karara karşı başvurulabilecek hukuki yollar gibi konular ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. LFIP ile birlikte getirilen bu düzenlemelerin uygulamada nasıl hayata geçirildiği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde uygulamanın seyri ele alınarak yeni Kanunun işlevsel olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sınır dışı, idari gözetim, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, geri gönderme merkezi, yabancı.

1. Introduction

Although Article 19 of the Constitution of the Republic of Turkey's right to physical integrity of the person is guaranteed, the process of deportation of foreigners is considered to be an exception has been brought to this right¹. As a reflection of the sovereign right of states to foreigners' law, it is alleged that they have exclusive authority to expel foreigners². The deportation was regulated in the Law on the Residence and Travel of Foreigners (YİSHK) numbered 5683 and the Passport Law (PK)³ numbered 5682 before the Foreigners and International Protection Law (FIPL)⁴ came into effect⁵.

With the entry into force of the LFIP, the deportation (removal) of foreigners for the first time in Turkish Foreigners Law has been systematically gathered in a single legal arrangement. The reasons for deportation are restrictively listed in Article 54 of the LFIP, and even if there are reasons for deportation in Article 55, the reasons preventing the decision to be deported are listed⁶. Also, as it is established in some international conventions concerning fundamental rights and freedoms, non-refoulement forbids states from sending individuals who are not or cannot be protected under the Geneva Convention to a country in which they would face risks to their lives or freedoms⁷. In the LFIP, the authority empowered to take the deportation decision and the judicial remedies against this decision are among the regulations introduced. Although the implementation of the administrative detention of deported foreigners was carried out before the LFIP came into effect, this concept was introduced Turkish legal system for the first time with the LFIP. The administrative detention of the deported foreigner, the duration of the administrative detention and the rights granted to the foreigner who

¹ AYBAY, Rona: Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2, p. 143 (Sınır Dışı).

² EKŞİ, Nuray / KABAALIOĞLU, Haluk: Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 24, S. 1-2, 2004, p. 503; Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013(108), p. 211-212. AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2005, p. 228, (Yabancılar).

³ The Law on Residence and Travel of Foreigners and the Passport Law, Article 124 (1) of the FIPL has been repealed.

⁴ Official Gazette 11.04.2013, No. 28615

⁵ ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2016, p. 166-169; Aybay, Sınır Dışı, 2003, p.163-171.

⁶ YILMAZ, Sibel, Protection Of Refugees' Rights Arising Out Of The International Protection Procedure From The View Of Turkish Constitutional Court's Individual Application Decisions, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 68 (3) 2019, pp.707-752, p.715; KUŞCU, Döndü, Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları, *DÜHFD*, Cilt: 22, Sayı: 37, 244 Yıl: 2017, pp. 241-284, p.244-245.

⁷ FARMER, Alice, 'Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting AntiTerror Measures that Threaten Refugee Protection', Georgetown Immigration Law Journal, Vol. 23, No. 1, 2008, pp. 1-38, p.2, 17-18; INELİ-CİGER Meltem, 'Protecting Syrians in Turkey: A Legal Analysis' International Journal of Refugee Law, Vol 29, No 4, 2017, pp. 555-579, p.573-574; LAUTERPACHT, Elihu and BETHLEHEM, Daniel, 'The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement', in E. Feller, V. Türk ve F. Nicholson (ed.), Refugee Protection in Internaional Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge, 2003, pp. 87-177 p.116.

was taken under administrative detention were regulated for the first time by Article 57 of the LFIP⁸.

The regulations of the administrative detention of the LFIP have been largely shaped by European Court of Human Rights (ECHR) well-established cases and its criticisms towards to Turkey. However, after the LFIP came into force, the individual applications made to the Constitutional Court indicate that the issues in implementation are still ongoing. Individual applications are still being made to the Constitutional Court regarding the overcrowding of the administrative detention places, the difficult access of foreigners in these places to legal aid, and the inhumane treatment of some foreigners in detention.

2. Definition of Administrative Detention

In the process of accepting foreigners into the country or expelling them from the country, in the presence of some conditions, administrative detention is an accepted practice among states⁹. Administrative detention is a method of precaution that is carried out in the application of the decision of rejection from the border and deportation and during the evaluation of the applications of international protection applicants, in case of certain conditions¹⁰. In addition to detention and arrest under criminal law, administrative detention can also be defined as preventive detention for security and terrorism reasons¹¹ and detention to limit irregular immigration¹².

In the Article 19 of the Constitution, it is stated that everybody has the right to enjoy personal security and liberty, regardless of the distinction between foreigners and citizens, and later, the exceptions to the right to liberty were listed in this article. According to this, it was stated that it would be possible to arrest or detain a person who illegally wished to enter or entered the country, or for whom a deportation decision or an extradition order has been issued. With the aforementioned regulation, it is seen that foreigners are allowed to be arrested and taken under administrative detention¹³.

In addition, according to Article 16 of the Constitution, this restriction on the fundamental rights and freedoms of foreigners must be regulated by law in accordance with international law. Also, in the Article 38 of the Constitution, it is addressed that the procedures that restrict the freedom of person cannot be implemented by the administration. According to this article, "The Administration may not impose any sanction resulting in restriction of personal liberty". According to Article 38 of the Constitution, taking a foreigner under administrative detention and depriving him of his liberty with only an administrative act would be against the Constitution. For this reason,

⁸ EKŞİ, Nuray; *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul 2016, p. 134 (Yabancılar); Bayraktaroğlu Özçelik, p. 239.

⁹ EKŞİ, Nuray, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim, İstanbul 2014, p. 3 (İdari Gözetim).

¹⁰ EKŞİ, İdari Gözetim, p. 3.

¹¹ MUELLER, T.N. Preventive Detention As A Counter-Terrorism Instrument in Germany. *Crime Law Soc Change*, 2014, 62, pp.323–335, p.326.

¹² ÖZBEK, Nimet, AİHM Kararları Işığında LFIP'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015 (118), p. 19.

¹³ YILMAZ, p.737; EKŞİ, İdari Gözetim, p. 9.

it has been argued that the administrative detention decision should be given by the courts¹⁴. In our opinion, when the articles 19, 16 and 38 of the Constitution are evaluated together, the administrative detention decision, which does not include a criminal nature and has the nature of a measure, will not be contrary to the Constitution, provided that it remains within the boundaries of the frames drawn by the law¹⁵.

3. Regulations Regarding Administrative Detention in International Law

Administrative detention of foreigners to be deported has been accepted under international law¹⁶. In the UN Convention against Torture, Inhuman, Degrading Treatment or Punishment and the Optional Protocol to this Convention, detention is regulated as being held in a public or private place where the person concerned is not allowed to leave with his own consent on the instructions of any judicial, administrative or other official (Art. 4/II)¹⁷. In the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)¹⁸, there is a provision in the nature of assurance that the surveillance order is based on a legal basis. Article 9 of the UDHR regulates that no one can be arbitrarily arrested, detained or exiled. However, this article is applicable to both cases of criminal charges and cases of administrative deprivation of liberty¹⁹.

According to the European Convention on Human Rights (ECHR), everybody has the right to personal security and liberty regardless of foreign and citizen discrimination (Art. 5). To the Convention, this right is not absolute and there are its exceptions²⁰. In Article 5/1 of the ECHR, it is regulated under which circumstances a person can be deprived of his freedom. It is also stated in this article that no one can be deprived of his freedom without complying with the procedure specified in the laws. In Article 5 of the ECHR, there is also a provision on administrative detention for deportation. According to this regulation, in cases where the person is prevented from entering the territory of the country illegally, there is a pending deportation decision, and there is a pending extradition procedure, his arrest and detention in accordance with the law is allowed (Art.5 / 1-f). It is obligatory for every person caught to be informed of the reasons for his arrest and the charges against him and the reasons for his detention as soon as possible and in a language he understands (Art. 5/2)²¹. Anyone who has been deprived of her liberty due to arrest or detention has the right to apply to the court for a short period of

¹⁴ HUYSAL, Burak / ŞERMET, Begüm: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 57. Maddesi Çerçevesinde Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdari Gözetimi, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Ekim 2014, p. 2220.

¹⁵ EKŞİ, İdari Gözetim, p. 9; ÖZBEK, p. 47.

¹⁶ EKŞİ, İdari Gözetim, p. 10.

¹⁷ ÖZBEK, p. 20.

¹⁸ <https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyannamesi/15.10.2020>

¹⁹ United Nations and the Rule of Law, Human Rights And Arrest, Pre-Trial Detention And Administrative Detention, p.175-176, (<https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>, 17 October 2020)

²⁰ Cassel, Douglass International Human Rights Law and Security Detention, 40 Case W. Res. J. Int'l L. 383, 2009, pp.383-401, p.389-390.

²¹ CLAIRE, Macken (2006) Preventive Detention And The Right To Personal Liberty And Security Under Article 5 ECHR, The International Journal of Human Rights, 10:3, pp.195-217, p.198-199.

inspection of the legality of the detention procedure and for a decision to release him/her if the detention is against the law (Art. 5/4)²².

According to the ECHR, no one will be deprived of his liberty without complying with the procedure stipulated by the law. Therefore, in order to take an administrative detention decision, there should be a clear regulation in the relevant laws. The ECHR has forbidden arbitrary administrative detention. Also the ECHR requires that the administrative detention decision be taken and implemented in accordance with the law and its compliance with the law can be controlled within reasonable limits, the administrative detention conditions comply with general standards, do not constitute degrading, degrading and inhuman treatment, and the recognition of fundamental procedural rights and guarantees to foreigners under administrative detention recognition of rights and guarantees is aimed²³.

In the European Union acquis, it is regulated that third country nationals who are given a decision to return can be kept under administrative detention²⁴. The "Directive of the European Parliament and of the Council on Common Standards and Procedures for the Return of Third-Country Nationals Residing Illegally in Member States" (Directive 2008/115/EC)²⁵ states that if third-country nationals who have been ordered to return are at risk of fleeing or have acts that prevent or damage the enforcement of the return order, the member state can put that person under administrative detention. The period of administrative detention cannot exceed six months, but if the person concerned does not cooperate or the necessary documents cannot be obtained from the third state, the period of surveillance might be exceeded for a maximum of twelve months. Administrative detention decision can be made by administrative or judicial bodies. It has been accepted that, in the event of an administrative detention decision by administrative bodies, the review of the lawfulness of the administrative detention order is subject to an accelerated judicial procedure²⁶. Whether the continuation of the administrative detention decision is necessary will be reviewed regularly, ex officio, within certain periods²⁷. While preparing the LFIP, the provisions of the European Union Directive 2008/115 were also taken into account²⁸.

²² ZAMANI, Masoud, Detention Without Trial: Historical Evolution, States' Authority And International Law. PhD thesis, University of Nottingham, 2015, p.112-114.

²³ KUŞCU, p.249; EKŞİ, İdari Gözetim, p. 12.

²⁴ DARDAĞAN KİBAR, Esra, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınırdışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Vol: 11, No: 2, 2012, p. 68.

²⁵ Directive 2008/115/EC of The European Parliament and of the Council of 16 December 2008 "on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals", OJ 24.12.2008 L348, p. 98, see also.: (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:en:PDF> accessed 21.10.2020)

²⁶ DARDAĞAN KİBAR, p. 68; EKŞİ, İdari Gözetim, p. 56.

²⁷ DARDAĞAN KİBAR, p. 68.

²⁸ EKŞİ, İdari Gözetim, p. 55.

4. Legal Bases of Pre-LFIP Administrative Detention Procedure and ECHR Decisions

Foreigners who were decided to be deported²⁹ in the pre-LFIP period were held in refugee guesthouses or police or gendarmerie stations until their deportation procedures were completed. The basis of this practice was the Articles 17th and 23rd of the Law on the Residence and Travel of Foreigners³⁰. Political reasons given and the decision to expel foreigners (Art. 17) who took refuge in Turkey as they were unable to supply a passport or who cannot leave Turkey for other reasons (m.23), were being forced to sit at the place indicated by the Ministry of Interior. In these regulations included in the Law on the Residence and Travel of Foreigners, administrative detention was not explicitly mentioned and the reasons for the administrative detention, the periods to be under detention and no legal remedies were arranged against this detention order³¹. In this context, the pre-LFIP period, in some cases under the ECHR, administrative detention and implementation of the decisions taken by Turkey is judged to be a breach of Article 5 of ECHR³². It also concluded that the conditions of detention violated the principle of "prohibition of ill-treatment" protected by Article 3 of the ECHR³³. In the doctrine, it is stated that the administrative detention decisions made in the pre-LFIP period are also an administrative act, so the person concerned can apply to the administrative court against these decisions³⁴.

Date 22 September 2009 Abdoklhani and Karimnia v. Turkey decision, the Court ruled breaching of Article 5 of the ECHR in terms of circumstances of administrative detention. Applicants who were Iranian citizens have entered illegally in Turkey and after being arrested by security forces, a decision to deport them to Iraq was taken. They were held at the Hasköy police station (Muş province) until they were taken to the Kırklareli Aliens Admission and Residence Center (Repatriation Centers)³⁵.

On the basis of Article 5/1-f of the ECHR, the applicants alleged that they had been deprived of their liberty contrary to the conditions stipulated by the law and were not informed about the reason for their detention. They also alleged, relying on Article 5 § 4 of the ECHR, that they did not have the opportunity to appeal to check the legality of their deprivation of liberty. The Court also stated in the case of the application that the deprivation of liberty to which the applicants had been subjected was not sufficiently

²⁹ Apart from administrative detention, the ECHR has violation decisions in Turkish law on the lack of an effective remedy in the administrative judiciary against deportation decisions and the automatic suspension of execution in administrative cases against the deportation proceedings. Again, the application to be made to the administrative court against the deportation decision from 15 days to 7 days is a violation of the effective application right. See. Demir, Işıl Egemen "Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunundaki Güncel Gelişmeler Hakkında Genel Değerlendirme", *TAÜHFD*, 2020; 2(1): pp.115-132, p.131.

³⁰ EKŞİ, Nuray: İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye'den Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılarla İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Etkisi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Vol. 5, No. 19, Ekim 2014, p. 72 (İltica); EKŞİ, Yabancılar, p.128.

³¹ EKŞİ, İdari Gözetim, p. 13.

³² EKŞİ, İltica, p. 74.

³³ EKŞİ, İdari Gözetim, s. 57

³⁴ EKŞİ, İltica, s. 73

³⁵ EKŞİ, Yabancılar, s. 131; EKŞİ, İltica, s. 76.

protected against arbitrariness, as there were no clear legal provisions stipulating the procedure for deprivation of liberty in order to deportation, determining the period of detention and extending the period. Therefore, in this case, which is the subject of the application, the ECtHR decided that the deprivation of the applicants' liberty was not "in accordance with the law", in violation of Article 5 § 1 of the ECHR³⁶. It has also been concluded that there has been a violation of Article 5 § 2 of the ECHR, as the grounds for their deprivation of liberty were not officially notified to the applicants by the officials.

In another case³⁷, Palestinian citizen Islam Haslem Asalya was paralyzed from the waist down after the Israeli missile attack and he has entered Turkey through legal means for treatment in 2008. On 29 July 2009, a deportation decision was taken by the Ministry of the Interior, at the request of the Turkish National Intelligence Service, which received intelligence that the applicant might be involved in international terrorist acts. The applicant was taken to the Police Headquarters by police officers who came to his home on 12 August 2009 and after being told that he would be deported, he was taken to the Kumkapı Guest House of the Istanbul Police Department, without giving any information about the reason for the decision, when he would be deported or where he would be deported. The applicant stated that his detention was unlawful and the conditions of the Kumkapı Foreigners' Guesthouse, which lacked basic infrastructure for disabled people like him, were extremely poor. He alleged that the guesthouse conditions violated Article 3 of the ECHR, especially since special regulations were not made for the needs of disabled people like him. The court stated that the applicant was detained in custody for a short period of time, but was deemed to have been detained in conditions that were incompatible with the minimum requirements required by the civil conditions and that these conditions were not compatible with human dignity and that he was subjected to degrading treatment within the scope of Article 3 of the ECHR. As a result, it was decided that the applicant's detention conditions in Kumkapı Foreigners' Guest House between 12-18 August 2009 had been violated of Article 3 of the ECHR.

In Yarashonen v. Turkey case³⁸, the applicant was kept Kumkapı Removal Center in administrative detention at the Center. The applicant stated that the Kumkapı Removal Center was seriously crowded and, despite its total capacity of five hundred, nearly six hundred people were accommodated, this crowded environment caused hygiene problems, the people had become infected and epidemic diseases spread

³⁶ ERKEM, Nalan: Abdolkhani ve Karimnia / Turkey, Monitoring Report on Implementation of Decision İHOP, 2013/3, <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/node/197> (13.10.2020); Benzer kararlar için bkz. Z.N.S. v. Türkiye (Application no: 21896/08), Alipour ve Hosseinzadgan v. Türkiye (Application no: 6909/08, 12792/08 ve 28960/08), Charahili v. Türkiye (Application no: 46605/07), Ranjbar ve Diğerleri v. Türkiye (Application no: 37040/07), Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye (Application no: 32940/08, 41626/08, 43616/08), Moghaddas v. Türkiye (Application no: 46134/08), Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye (Application no: 28127/09).

³⁷ Asalya v. Türkiye (Application no: 43875/09, Decision Date: 15.04.2014), (<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-142399%22>), accessed 05.10.2020

³⁸ Yarashonen v. Türkiye (Application No: 72710/11, Decision Date: 24.06.2014), (<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-145011%22>), accessed 20.10.2020

frequently and therefore serious bacterial infection. He also stated that he was not allowed to do outdoor exercise during his detention and that he was not able to go out. As a result of its assessment, the Court noted that certain aspects of the conditions in which the applicant was held were stricter than the punishment imposed on prisoners serving life sentences, taking into account the purpose of the detention of persons for deportation. The ECtHR found that there had been a violation of Article 3 of the ECHR due to the physical conditions in which the applicant was kept in that Center.

In another decision, Kurkaev³⁹, born in 1983 in Chechnya, came to Istanbul on September 4, 2000 due to the fear of death he experienced. On 23 June 2004 the applicant was taken into custody, along with other persons, by police officers from the Istanbul Anti-Terror Branch. Until the deportation proceedings were concluded, the applicant continued to be detained in the Foreigners Department of the Istanbul Police Department. He was released on September 25, 2004. In his allegations, the applicant stated that during his ninety-one day stay in the Istanbul Police Department, he had to sleep on the floor without a bed sheet and blanket, due to the high number of asylum seekers, during this period he was not allowed to go out into the open air and that his hygiene conditions were very poor. The ECtHR referred to the reports prepared by the European Committee for the Prevention of Torture or Inhuman Punishment or Treatment (CPT) in 1999, 2001 and December 2005 on the Foreigners Branch of the Istanbul Police Department⁴⁰.

The ECtHR stated that the circumstances of detention of the applicant in the Foreigners Department of the Istanbul Security Directorate exceeded the limit of violence within the scope of Article 3 of the ECHR and concluded that these conditions should be evaluated within the scope of degrading treatment. In this context, the ECtHR has concluded that Article 3 of the ECHR has been violated. These decisions made by the ECtHR stating that the conditions of detention constitute a violation of Article 3 of the ECHR, and the decisions that there is a violation of Article 5 of the ECHR regarding the absence of a legal regulation on administrative detention are decisions made in the pre-LFIP period. While drafting the LFIP, the violations stated in the ECtHR decisions were taken into consideration and legal regulations were made accordingly⁴¹.

5. Administrative Detention of Foreigners Deported According to LFIP Provisions

Since the ECtHR has made violation decisions stating that administrative detention decision has been taken about those to be deported, although there is no legal regulation, administrative detention in the LFIP is regulated in detail⁴². For the first time in the Turkish law of foreigners, the administrative detention of the foreigners who are subject to a deportation decision, the duration of the administrative detention, the

³⁹ Kurkaev v. Türkiye, (Application no: 10424/05, Decision Date: 19.10.2010), ([https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:\[%22001-101231%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:[%22001-101231%22])), 20.10.2020)

⁴⁰ European Committee for the Prevention of Torture, 7-14 December 2005 Turkey Visit Report, 06.09.2006, CPT/Inf (2006)30, see original text of report: (<http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/05/08/2006-30-inf-eng.pdf>, 11.10.2020)

⁴¹ KUŞCU, p.258.

⁴² EKŞİ, İdari Gözetim, p. 50.

rights to be granted to the foreigner under administrative detention and the remedy against the administrative detention decision have been regulated⁴³.

According to Article 56 of the LFIP and the LFIP Implementing Regulation⁴⁴, the deportation decision must include one of the provisions that the foreigner will be directly deported or invited to leave the country or administrative detention decision has been taken. Those who are invited to leave the country will be given fifteen days to leave the country, and this period can be up to thirty days. However, it has been regulated that this period will not be given to those who are in danger of escaping and disappearing, those who try to obtain a residence permit with forged documents or those who have been found to have received it, those who violate the legal entry or legal exit rules, those who use false documents, those who threat to public ordre, public security⁴⁵ and public health. For these foreigners who will not be given time to leave the country, administrative detention decision will be taken and detention provisions will come into effect (LFIP, Art.56).

5.1. Reasons for Administrative Detention

The reasons for administrative detention are listed in Article 57/2 of the LFIP. According to this Article, firstly, administrative detention decision can be taken for foreigners, who are at risk of fleeing and disappearing, who are subject to a deportation decision. However, to this Article, administrative detention decision can be issued for foreigners, who had breached entry and exit rules to Turkey, who had used false or unsubstantiated document, or who have not left Turkey after the expiry of the period allowed to them to leave, without a reasonable excuse. Finally, administrative detention decision will be taken for those who threat to public order, public security or public health⁴⁶. There is also a reason for administrative detention in the Implementation Regulation. Accordingly, among the foreigners whose residence permit is deemed inappropriate and canceled, those who use false or unfounded documents or who are found to threat to public order, public security and public health are also taken under administrative detention (Reg. Art. 59/2).

Although it is regulated that the foreigners who are decided to be deported will be detained in administrative detention at risk of fleeing and disappearing, the criteria for the risk here are not specified. Regardless of the reason for deportation, if the foreigner has a risk of escape and disappearance, he will be taken under administrative detention. Though there is no determination in the law as to which situations carry the risk of escape and disappearance, it may be thought that the possibility of escaping from

⁴³ EKŞİ, Yabancılar, p. 134.

⁴⁴ Official Gazette. 17.03.2016, No. 29656.

⁴⁵ GREER, Steven, 'Preventive Detention and Public Security: Towards a General Model', in A. Harding and J. Hatchard (eds), *Preventive Detention and Security Law: A Comparative Survey* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p.25.

⁴⁶ ÖZBEK, s.22.

criminal prosecution will be high, especially in cases⁴⁷ where the foreigner is expelled due to a crime he has committed⁴⁸.

Foreigners who violate the entry and exit rules to Turkey may be taken removal decision and administrative detention decision of them (LFIP Art.54/1-h). Another reason for administrative detention is to use false or unfounded documents. In terms of which documents the foreigner, who was decided to be deported, used fake and unfounded documents, is not stipulated in Article 57 of LFIP. However, among the reasons for deportation, there are visa, residence permits, all transactions made while entering the country, using false information or fake documents. Based on Article 56 of the LFIP, if foreigners, who are given a period between fifteen days to thirty days, do not leave the country without an acceptable excuse during this period, administrative detention decision will be taken for these persons (Reg. Art. 58/2).

5.2. Authority Empowered to Take the Decision of Administrative Supervision, Duration and Inspection of Administrative Supervision and Notification to Parties

The decision will be made by the governorships for those who are deemed to have a reason for administrative detention among those who have been decided to be deported. According to the Implementation Regulation, the deportation decision will be taken ex officio by the governorate in the province where the foreigner was arrested, processed or determined, or upon the instruction of the Directorate General of Immigration Administrative (Art. 56/1). Administrative detention decision will be taken by the governorates of this place authorized in terms of location, to be stated in the deportation decision. Foreigners who have been taken administrative detention decision will be conveyed to removal centers where they will be detained within forty-eight hours (LFIP Art.57/2)⁴⁹. However, instead of the administrative detention decision, alternative obligations to administrative detention may be decided on these persons in accordance with Article 57/A of LFIP (LFIP Art.57/2).

As a rule, a foreigner under administrative detention can be kept for a maximum of six months in removal centers, but this period can be expanded for a maximum of six months if the deportation procedures cannot be ended up because of the foreigner's failure to cooperate or provide correct information or documents about his country (LFIP Art. 57/3). As a result, foreigner will be deprived of his/her liberty for a year with a mere administrative act without a court decision. In the doctrine, it was criticized by some authors and it was stated that the authority to decide on administrative detention

⁴⁷ According to Clayton and Tomlinson, there is no separate scope for the second ground of detention exists because 'an attempt to carry out an offence is in itself an offence' see Clayton, Richard and Tomlinson, Hugh, *The Law of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p.488; D.J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (London: Butterworths, 1995), p.117–118.

⁴⁸ KUŞCU, Döndü, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri*, İstanbul 2017, p. 102 vd.

⁴⁹ DGMM, *Removal Centres* (<https://en.goc.gov.tr/removal-centres>, 17 October 2020)

should be taken from the administration and given to the courts⁵⁰. However, this decision taken by the administration must have been taken in accordance with the conditions determined by law⁵¹. In our opinion, the decision to take the foreigners who have been deported under administrative detention should be taken by the administration, provided that due sensitivity is shown and the conditions in the law are met.

Although the administrative detention decision can be taken for six months, the foreigner does not need to be detained during this six-month period. Whether the continuation of the administrative supervision is necessary or not will be evaluated regularly by the governorship every month (LFIP Art. 57/4).

If the administration foresees that the deportation decision cannot be fulfilled within six months of the foreigner's detention, or if there is a serious indication that the foreigner under surveillance is among the foreigners who cannot be deported, or the risk of disappearance by escape or if the foreigner has applied for voluntary return support, may not require to continued detention and it terminates the detention (Reg. Art. 61/1-a, b, c, ç).

The decision of administrative detention, the extension of the administrative detention decision, outcomes of the evaluations made regularly every month or without waiting for the end of one month are notified to the person under custody or to the legal representative or lawyer, together with their reasons. If foreigners who are under detention are not represented by a lawyer, these persons or their legal representatives will be acknowledged the outcome of the decision, appeal procedures and timeframes (LFIP Art. 57/4-5)⁵².

5.3. Implementation of Administrative Detention Decision

According to Article 58 of the LFIP, foreigners who are given an administrative detention decision are held in removal centers. The procedures and principles regarding the establishment, management, operation, transfer, inspection and transfer of foreigners under administrative detention to removal centers in order to be deported will be regulated by a regulation (Art 58/3)⁵³. Removal centers are places where foreigners who are taken under administrative detention are detained in accordance with the provisions of the "Regulation on Establishment, Management, Operation, Operation and Inspection of Reception and Accommodation Centers and Removal Centers" (Art. 3/1-ç).

The procedures and principles to be followed in the fulfillment of the services provided within the scope of the Regulation are listed in the Article 4 of the Regulation. According to this Article, services in these centers should be traced the procedures and principles as follow: Protecting the right to life, human-oriented approach, protecting the benefit of the unaccompanied child, giving priority to those with special needs,

⁵⁰ ŞEN, Ersan: Yabancı'nın İdari Gözetimi Anayasaya Aykırı mı?, (<http://www.haber7.com /yazarlar/ prof-dr-ersan-sen/1428014-yabancinin-idari-gozetimi-anayasaya-aykiri-mi>, 25.10.2020)

⁵¹ EKŞİ, İdari Gözetim, p. 9; ÖZBEK, p. 47.

⁵² KUŞCU, p.264.

⁵³ EKŞİ, İdari Gözetim, p. 14.

keeping personal information confidential, informing those concerned in the procedures to be carried out, strengthening the shelters socially and psychologically, respecting the freedom of belief and worship of the shelters, the shelters that are served on the basis of non-discrimination based on language, race, color, gender, political opinion, philosophical belief, religion, sect and similar reasons.

In the removal centers, the most basic needs, accommodation and nutrition, are provided, and health services, which cannot be covered by the foreigner, are provided free of charge. The foreigner is given permission to meet his relatives with a notary public, legal representative or lawyer, and they are allowed to telephone access⁵⁴.

Taking alternative administrative measures instead of administrative detention is aimed both not to deprive individuals of their liberty and not to led to a financial burden on the administration (Art. 57/A)⁵⁵.

However, according to Article 57/8 of the LFIP, to issue monitoring measure for persons for whom an administrative detention by administration, and to issue this administrative decision without a court or judge decision on a foreigner who is not a suspect, accused or convict in terms of criminal law may undermine the right to freedom and security guaranteed in Article 19 of the Constitution⁵⁶. Although it is possible to object to the criminal judge of peace against this measure, this may not be an effective remedy, as seen in the decisions of the ECtHR and the Constitutional Court.

6. Judicial Remedy Against Administrative Detention Decision

6.1. Application to the Criminal Judges of Peace Against the Decision of Administrative Detention

LFIP allows for a judicial remedy against administrative detention orders. Detained persons or their legal representatives or lawyers can apply to the criminal judge of peace against the decision of administrative detention. (LFIP Art. 57/6). The petition of objection submitted to the administration will be immediately conveyed to the criminal judge of peace. Against the administrative detention decision, which is an administrative act, an application should be made to administrative courts instead of the criminal judge of peace. So, administrative detention decisions are administrative acts and not penalty decisions.

As justification, because of the small number of administrative courts in Turkey examination would be insufficient and in order to provide effective control, this task should be given to the criminal judgeships which are more common in Turkey⁵⁷. In our

⁵⁴ KUŞCU, p.265-266.

⁵⁵ BALFE, Lord Richard, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Administrative detention in Council of Europe member states – legal limits and possible alternative measures, AS/Jur (2016) 18, <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2016/may/coe-pa-admin-detention-report.pdf>, p.7, “In particular for asylum seekers, when it should be as short as possible, and that alternatives to detention should be used wherever possible. With regard to immigration detention of children, the Assembly has taken a particularly critical stand”.

⁵⁶ EGEMEN DEMİR, p.131.

⁵⁷ EKŞİ, İdari Gözetim, p. 80; DOĞAN, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2016, p. 126; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, p. 240.

opinion, it was necessary to apply to the administrative courts against the administrative detention decision, which was not a criminal law sanction but was an administrative act.

Although the period of time to apply to the criminal court of peace against the decision of administrative detention is not regulated in the Law, it is stated that the criminal judge of peace will be applied again with the claim that the conditions of administrative detention have disappeared or changed (LFIP Art.57/6). Therefore, it was stated that during the period of administrative detention, an objection could be brought to the criminal judge of peace against detention⁵⁸.

Applying to the criminal court of peace against the administrative detention decision does not prevent the implementation of administrative detention. The application against the administrative detention decision in the same direction does not stop the removal process (Reg, Art. 59/5). The period given to the criminal judge of peace to make an examination and make a decision is five days. The decision of the criminal judge of peace at the end of this period is final. In our opinion, an individual application can be made to the Constitutional Court and the ECtHR against this decision, as in the deportation decisions, and if the conditions are available, an interim injunction can be requested in accordance with Article 73 of the Constitutional Court Rules and Article 39 of the ECHR Rules of Procedure.

Also, attorney service is provided according to the provisions of the Attorneyship Law, upon their request, for those who apply to judicial remedy against administrative detention and who are unable to afford the attorney's fee (LFIP Art. 57/6-7, Reg, Art.59).

6.2. Individual Application to the Constitutional Court

In case of violation of any of the fundamental rights and freedoms under the ECHR, which are guaranteed by the Constitution, an individual application can be made to the Constitutional Court, provided that domestic remedies are exhausted. In the case before Constitutional Court⁵⁹, the applicant has entered the legal way to Turkey on 05.04.2012. The applicant, who was pregnant, applied to the Istanbul Police Department to extend her residence permit on 01.03.2014 and was detained after a period of time and taken to Istanbul Kumkapı Removal Center and was released on 20.01.2014 after being held there for eighteen days.

In the report prepared by the Turkish Human Rights Institution regarding Kumkapı Removal Center, it was stated that access to the Center was difficult, persons under custody had no opportunity to meet with a lawyer and that the Center had not had judicial review. Considering this report, the Constitutional Court stated that there were very few outdoor facilities to be provided due to the space of less than three square meters per person in the center and the insufficient common use areas except for the accommodation areas. Also, the applicant who was pregnant was detained under these conditions for eighteen days. It concluded that there was a violation of the

⁵⁸ KUŞCU, p.278; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, p. 241; DOĞAN, p. 126.

⁵⁹ A.S. Application, , (Application no: 2014/2841, Decision Date: 09.06.2016), Official Gazette. Date:29.06.2016, No. 29757.

regulation guaranteed by Article 17/3 of the Constitution that no one can be treated incompatible with human dignity⁶⁰.

In another decision⁶¹, the applicant has entered illegally to Turkey on 15 December 2013. The application filed by the Istanbul 1st Administrative Court against the deportation proceedings was rejected by this Court and his application to the criminal judge of peace against the decision of administrative detention was also rejected by the Istanbul 1st the Criminal Judge of Peace (Magistrate Judge). The Constitutional Court held that in order for a treatment to be evaluated within the scope of Article 17/3, it must reach the minimum level of severity. The Court stated that this minimum threshold is relative and that every concrete event should be evaluated according to its conditions and in this context, the duration of the treatment, its physical and mental effects, and the gender, age and health status of the victim are important factors. The applicant alleged that the Kumkapı Removal Center conditions were inhuman and degrading. He stated that the Center was overcrowded and did not stay in the dormitory, but instead preferred to sleep in the television room.

As a result of its assessment, the Constitutional Court found that the Kumkapı Removal Center was overcrowded and less than three square meters of space per person, that the common areas other than the places in the Center were insufficient and that the opportunities for the applicant to benefit from the open air were very limited. The Court stated that the applicant's detention for more than eight months under these conditions incompatible with human dignity had clearly been in violation of Article 17 of the Constitution. The Court also criticized the administrative court's failure to examine the administrative process of deportation by taking into account what particular circumstances, apart from general factors. However, in accordance with Article 57 of the LFIP, the governorship's assessment required to continue the administrative detention every month and the application to be made to the criminal judge of peace against the decision of administrative detention, stated that the conditions of detention were not inspected in terms of compliance with Article 17/3 of the Constitution. In addition, for these reasons, it has come to the conclusion that there is no effective judicial and administrative remedy within the context of Article 40 of the Constitution⁶².

As can be understood from the rulings of the Constitutional Court, the conditions of detention in removal centers where persons under administrative detention are kept still constitute unconstitutional. Therefore, it is obvious that there is a violation of Article 3 of the ECHR, which regulates the prohibition of ill-treatment. In addition to the LFIP and the Regulation on the Establishment, Operation, Operation and Inspection of the Reception and Accommodation Centers and Removal Centers, which were issued to eliminate this contradiction, there is a need for a new regulation regulating the conditions of removal centers where administrative oversight is carried out. It is seen that while evaluating the objections to the administrative detention, the criminal judgeships of peace exclude the complaints of the objector regarding the conditions due

⁶⁰ A.S. Application, p. 83.

⁶¹ K.A. Decision (Application No: 2013/3187, Decision Date: 14.04.2016), Official Gazette. Date:14.06.2016, Number. 29742.

⁶² DÖNDÜ, p.274-275.

to the lack of concrete examination conditions. Similarly, there is no regulation regarding the criteria by which the conditions of the removal centers will be inspected in the assessment of whether the continuation of administrative detention, which should be done every month, by the governorships. For this reason, the detention of foreigners should be prevented in a way that exceeds the capacity of the center, and concrete criteria regarding the conditions should be determined in order for the evaluations to be made in terms of the conditions of the centers to be effective and functional.

CONCLUSION

In the process of deportation of foreigners from the country, administrative detention in the presence of certain conditions is an accepted practice among states. Administrative detention is a method of precaution that is applied when certain conditions are met during the implementation of border rejection and deportation orders and the evaluation of the applications of international protection applicants.

Undoubtedly, the most important legal basis of administrative detention is the Article 5 of the ECHR. According to the relevant article, in cases where the foreigner is detained from illegally entering the territory of the country, there is a pending deportation decision and a pending request for extradition, his arrest and detention in accordance with the law is allowed (Art.5 / 1-f). This foreigner who has been caught must be informed as soon as possible and in a language he/she understands the grounds for the detention, the charges against him and the reasons for his detention (Art. 5/2) Therefore, there should be a clear regulation in the laws in order to take an administrative detention decision against the foreigner. Although administrative detention was applied to the foreigners who were decided to be deported in the pre-LFIP period, there was no clear regulation on this issue. Therefore, in the period before LFIP, in some cases lodged in the Court, the administrative supervision of the implementation by Turkey of Article 5 of the ECHR decision is given on that violation.

Considering the violation decisions of the ECtHR, the legislator, together with the LFIP, for the first time regulated the administrative detention of the foreigners who are subject to deportation decision, the duration of the administrative detention, the rights granted to the foreigner under administrative detention and the application against the administrative detention decision. The reasons for administrative detention are included in the Article 57 of the LFIP. According to this Article, firstly, administrative detention decision can be taken for foreigners, who are at risk of fleeing and disappearing, who are subject to a deportation decision. However, to this Article, administrative detention decision can be issued for foreigners, who had breached entry and exit rules to Turkey, who had used false or unsubstantiated document, or who have not left Turkey after the expiry of the period allowed to them to leave, without a reasonable excuse. Finally, administrative detention decision will be taken for those who threat to public ordre, public security or public health. However, alternative measures may be taken instead of administrative detention (Art. 57/2).

According to the same article, it should be evaluated by the governorship whether there is a need for detention every month, and if it is determined that the

implementation of the detention measure is no longer needed or the situation that causes detention has disappeared, the administrative detention process should be terminated immediately. If it is determined that there is still a necessity for detention of the foreigner, this assessment made by the governorship together with the grounds must be acknowledged to the foreigner or his/her legal representative. In the same direction, the foreigner or his legal representative who has been decided to extend the administrative detention procedure for another six months should be notified with the reasons for this decision and the right to apply for a legal remedy should be reminded. Otherwise, it cannot be mentioned that the administrative detention procedure applied during the deportation process was carried out with due care and as a result, this situation will lead to a violation of Article 19 of the Constitution and Article 5 of the ECHR.

REFERENCES

A.S. Application, , (Application no: 2014/2841, Decision Date: 09.06.2016), Official Gazette. Date:29.06.2016, No. 29757, bkz. (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/03234646-f24f-4946-8162-390d3ee7f206?wordsOnly=False> 12.10.2020)

Asalya v. Türkiye Davası (Application no: 43875/09, Karar Tarihi: 15.04.2014), kararın Türkçe metni için bkz.: (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/asalya.pdf> 05.10.2020)

AYBAY, Rona: Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2, p.141-172.

AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, İstanbul 2005.

BALFE, Lord Richard, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Administrative detention in Council of Europe member states – legal limits and possible alternative measures, AS/Jur (2016) 18, (<https://www.statewatch.org/media/documents/news/2016/may/coe-pa-admin-detention-report.pdf>, p.7. 20.10.2020)

BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmeleri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013(108), p. 211-258.

CASSEL, Douglass International Human Rights Law and Security Detention, 40 Case W. Res. J. Int'l L. 383, 2009, pp.383-401.

CLAIRE, Macken (2006) Preventive Detention And The Right To Personal Liberty And Security Under Article 5 ECHR, The International Journal of Human Rights, 10:3, pp.195-217.

CLAYTON, Richard and TOMLINSON, Hugh, The Law of Human Rights (Oxford: Oxford University Press, 2000), p.488; D.J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights (London: Butterworths, 1995).

ÇİÇEKLi, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Ankara 2016.

DARDAĞAN KİBAR, Esra, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, Yıl: 2012, p. 53-74.

EGEMEN DEMİR, Işıl, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunundaki Güncel Gelişmeler Hakkında Genel Değerlendirme”, *TAÜHFD*, 2020; 2(1): pp.115-132.

DGMM, Removal Centres (<https://en.goc.gov.tr/removal-centres>, 17 October 2020)

Directive 2008/115/EC of The European Parliament and of the Council of 16 December 2008 “on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals”, OJ 24.12.2008 L348, p. 98, see also.: (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:en:PDF>, 21.10.2020).

DOĞAN, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2016.

EKŞİ, Nuray: İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye’den Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılara İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Etkisi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, p. 53-101.

EKŞİ, Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul 2016.

EKŞİ, Nuray, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim, İstanbul 2014.

EKŞİ, Nuray / KABAALİOĞLU, Haluk: Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmeleri, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 24, S. 1-2, 2004, p. 503-522.

ERKEM, Nalan: Abdolkhani ve Karimnia / Türkiye Kararının Uygulanması İzleme Raporu, İHOP AİHM Kararlarının Uygulanması İzleme Raporları, 2013/3, (<http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/node/197>, 13.10.2020).

European Committee for the Prevention of Torture, 7-14 December 2005 Turkey Visit Report, 06.09.2006, CPT/Inf (2006)30, Raporun orijinal metni için bkz (<http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/05/08/2006-30-inf-eng.Pdf>, 11.10.2020).

FARMER, Alice (2008), ‘Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting AntiTerror Measures that Threaten Refugee Protection’, *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 23, No. 1, pp. 1-38.

GREER, Steven, ‘Preventive Detention and Public Security: Towards a General Model’, in A. Harding and J. Hatchard (eds), *Preventive Detention and Security Law: A Comparative Survey* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993

HUYSAL, Burak / Şermet, Begüm: 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 57. Maddesi Çerçevesinde Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdari Gözetimi, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Beta Yayınevi, Ekim 2014.

İNELİ-CİGER, Meltem (2017), ‘Protecting Syrians in Turkey: A Legal Analysis’ *International Journal of Refugee Law*, Vol 29, No 4, pp. 555–579.

Kurkaev v. Türkiye, (Application no: 10424/05, Decision Date: 19.10.2010), see for text <http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/kurkaev--tuerkiye.pdf>, (accessed 20.10.2020).

KUŞCU, Döndü, Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları, *DÜHFD*, Cilt: 22, Sayı: 37, 244 Yıl: 2017, pp. 241-284.

KUŞCU, Döndü: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri, İstanbul 2017.

Lauterpacht, Elihu and Bethlehem, Daniel (2003), ‘The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement’, in E. Feller, V. Türk ve F. Nicholson (ed.), *Refugee Protection in Internaional Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge, pp. 87-177.

MUELLER, T.N. Preventive Detention As A Counter-Terrorism Instrument in Germany. *Crime Law Soc Change*, 2014, 62, pp.323–335.

ÖZBEK, Nimet, AİHM Kararları Işığında LFIP’nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015 (118), pp. 15-50.

ŞEN, Ersan: Yabancı'nın İdari Gözetimi Anayasaya Aykırı mı?, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1428014-yabancinin-idari-gozetimi-anayasaya-aykiri-mi> 25.10.2020).

United Nations and the Rule of Law, Human Rights And Arrest, Pre-Trial Detention And Administrative Detention, p.175-176, (<https://www.un.org/ruleoflaw/files/training9chapter5en.pdf>, 17 October 2020).

Yarashonen v. Türkiye Davası (Application No: 72710/11, Decision Date: 24.06.2014), see for text. (<http://www.refworld.org/cases,ECHR,53ad75944.html>, 20.10.2020).

YILMAZ, Sibel, Protection Of Refugees’ Rights Arising Out Of The International Protection Procedure From The View Of Turkish Constitutional Court’s Individual Application Decisions, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 68 (3) 2019, pp.707-752.

ZAMANI, Masoud, Detention Without Trial: Historical Evolution, States' Authority And International Law. PhD thesis, University of Nottingham, 2015.

İNSANİ MÜDAHALE VE KOSOVA ÖRNEĞİ*

Gönül GÜLGEZEN**

ÖZ

Balkanlar stratejik konumu, siyasal, dinsel, çok etnikli ve kültürel yapısı ile tarih boyunca çatışma alanlarından biri olmuş, Soğuk Savaşın ardından Yugoslavya'nın dağılmasıyla yeni devletler ortaya çıkmıştır. Sırp-Arnavut etnik çatışması 1990'lı yıllarda ortaya çıkmış bir devlet içi çatışma örneğidir. Çalışmanın odağında "İnsani Müdahale ve Kosova Örneği," yer almıştır. Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti içinde Kosova, Voyvodina ile birlikte doğrudan Belgrad Yönetimine bağlı iki özerk eyaletten biriydi. Tarihsel arka planı da göz önünde bulundurularak, Yugoslavya'nın dağılmasından itibaren Kosova'nın bağımsızlığa giden süreci değerlendirilmiştir. Bu çalışmanın hipotezi, çatışmalarda sivillerin kaybı ve etnik temizliğe varan sorun, ülke sınırlarını aşınca uluslararası boyut kazanmış, NATO'nun insani müdahalesi ile neticelenmiş ve sonrasında Kosova, dünya siyasi sahnesinde küçük bir devlet olarak yerini almıştır. Konu, Batılı devletlerin bir uluslararası örgüt vasıtasıyla soruna dahil olması, NATO'nun alan dışı müdahalesi, Birleşmiş Milletler ve uluslararası hukuk perspektifinden değerlendirilmesi açısından önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kosova, Milliyetçilik, Etnik Çatışmalar, NATO, İnsani Müdahale.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05/03/2020

Kabul Edildiği Tarih: 14/10/2020

** Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Doktora Programı Öğrencisi

E-Mail: gulgezengonul@hotmail.com

ORCID: 0000-0002-2605-6155

HUMANITARIAN INTERVENTION AND THE CASE OF KOSOVO

ABSTRACT

The Balkans has been one of the conflict areas throughout the history with its strategic location, political, religious, multi-ethnic and cultural structure, and after the Cold War, new states emerged with the disintegration of Yugoslavia. The Serbian-Albanian ethnic conflict is an example of intra-state conflict that emerged in the 1990s. This study focuses on “Humanitarian Intervention and the Case of Kosovo”. Within the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, Kosovo, along with Vojvodina, was one of the two autonomous states directly under the Belgrade Government. Considering its historical background, the process of Kosovo’s independence from the dissolution of Yugoslavia was evaluated. We hypothesize that the loss of civilians in conflict and the problem of ethnic cleansing gained an international dimension when the country’s borders were crossed and led to NATO humanitarian intervention, and then Kosovo took its place as that small state on the world political stage. The issue is important in terms of the inclusion of Western states in the problem through the intervention of NATO from the field and its evaluation from the perspective of the United Nations and international law.

Keywords: Kosovo, Nationalism, Ethnic Conflict, NATO, Humanitarian Intervention.

GİRİŞ

Kosova, Balkan Yarımadası'nın kuzeybatısında konumlanmış, yeni bir devlettir. Ülkenin kuzeybatısında Karadağ, doğusunda ve kuzeyinde Sırbistan, güneyinde Kuzey Makedonya, güneybatısında, Arnavutluk yer alır. Nüfusu yaklaşık olarak 1.800.000 civarındadır. Etnik yapısı, Arnavutlar: (%93), Boşnaklar: (%1.6), Sırlar: (%1.5), Türkler: (%1), Aşkâli: (%0.9), Mısırlar: (%0.7), Goralı: (%0.6), Roma: (%0.5), diğer: (%00.5), açıklamak istemeyen: (%0.1)'dir. Kosova'da konuşulan resmi diller Arnavutça ve Sırpça'dır. Türkçe ise Türkler'in yoğun olarak ikamet ettikleri belediyelerde resmi dil olarak kullanılmaktadır.¹

Kosova'yı bağımsızlığa götüren süreci açıklayabilmek için, Balkan coğrafyasını da tanımak gerekir. Bölge, farklı etnik grupların bulunduğu, kültürel, dinsel ve siyasal yapısıyla kozmopolit bir coğrafyadır. Bölgede yüzyıllardır süren/süregelen çatışmaların, en başında etnik milliyetçilik gelmekte ve coğrafyayı şekillendirmektedir. Bölge halklarının sürekli husumet içinde olmaları coğrafyanın küçük parçalara ayrılmasına neden olmuş ve literatüre "Balkanlaşma" adıyla geçmiştir. Kosova-Metoya da farklı dil, din ve kültürlerin bir arada bulunduğu bir coğrafyadır. Roma döneminde Kosova'nın adı Dardania'dır. Arnavutlar, bölgenin en kadim halklarından biri olan Dardanlardan/İlliryalılardan geldiklerini söylemekte ve her iki halk da Kosova'yı kendi vatanları olarak görmektedir. Roma, 395'te ikiye bölündüğünde İllirya, Doğu Roma'nın sınırları içindeydi. Slavlar bölgeye altıncı ve yedinci yüzyıllarda gelmiş, Kosova'da bir Sırp Krallığı kurmuşlardır.² Bölge, on dördüncü yüzyılda Sırp egemenliği altındayken, (1389) Kosova Savaşı sonucunda Osmanlıların eline geçmiştir. Savaşı kaybeden Sırlar, tarihleri boyunca bu yenilgiyi unutmamış ve Sırp milliyetçiliğini sembolleştirmişlerdir. Sırlar için Kosova, kutsal topraktır. Arnavutlar ise, Osmanlı egemenliği altındayken Müslüman olmuştur. Tarihsel hak arama mücadelesi, bölgeye ilk gelenler olmaları üzerinde yoğunlaştırılmıştır.

Balkan Savaşları esnasında (1912-1913) Kosova, Osmanlıların elinden çıkmış ve Sırp egemenliğine girmiştir. II. Dünya Savaşı sonrasında Kosova, 1945'te Tito önderliğinde kurulan Yugoslavya Federasyonu içerisinde yer alan iki özerk eyaletten biri olmuştur. Yugoslavya Federasyonu içerisinde Kosova tam olarak bir otonomi hakkına sahip değildi. Fakat federasyon içindeki cumhuriyetlerden herhangi birine de bağlı değildi. Doğrudan doğruya Belgrad'daki merkezi yönetime bağlıydı. Sırbistan ise daha Yugoslavya Federasyonu zamanında Voyvodina ve Kosova'nın kendisine bağlı olduğunu iddia etmekte ve bu iddiasını sürekli dile getirmekteydi. Fakat Sırbistan'ın bu iddiaları ve talepleri daima politbüro tarafından reddedilmiştir. 1980'de Tito'nun ölümünden sonra Yugoslavya coğrafyasında yükselen milliyetçilik akımları, etnik gruplar arasında çatışmaların başlamasına ve Sırların baskıcı politikaları, çatışmaların şiddetlenmesine yol açmıştır. Etnik milliyetçilik Yugoslavya'nın parçalanmasında önemli rol oynamıştır. İbn-i Haldun: "coğrafya kaderdir" der. Bu coğrafyanın kaderinde de süregelen çatışmalar çok fazla kan dökülmesine neden olmuş ve literatüre kanayan/kanlı topraklar olarak geçmiştir.

¹ T.C. Dış İşleri Bakanlığı, Bölgeler-Balkanlar-Kosova 2019 (www.mfa.gov.tr, 25.08.2019).

² AKGÜN, Sibel, 'Kosova Türkleri'nin Kimlik Mücadelesi,' Karadeniz Araştırmaları, 2012, Sayı 34, s. 16.

Soğuk Savaş'ın ardından 1990'larda Avrupa'da ve tüm dünyada büyük değişimler yaşanmış, bundan çok sayıda devlet etkilenmiştir. Bazı federal devletlerin dağılması ve küreselleşme ile beraber, ulusal kültürlerin ve alt kültürlerin sınırlarının zorlanması, yeni etnik ve ayrılıkçı milliyetçiliklere ilave olarak ırkçılığın, yabancı düşmanlığının artması, bölgesel, ulusal ve küresel düzeyde sorun oluşturmuştur. Uluslararası sistem içinde ulus kimliği ulusal devlet düzeni içinde inşa edilmiş, sistemli biçimde daha mikro düzeyde devlet dışı aktörlerin de önem kazandığı bir yapıya ulaşmıştır. Mevcut sistem içinde uluslararası siyasette, ekonomide, demokrasi ve insan haklarının öne çıktığı liberalleşme süreci yaşanmıştır. Uluslararası yapıda meydana gelen çatışmaların büyük çoğunluğu sistemde yaşanan ani ve hızlı değişimin sonucudur. Değişim, Balkanlar için de bir dönüm noktası olmuştur. Yugoslavya'nın dağılmasıyla Sırbistan'da yönetime gelen Slobodan Miloseviç'in aşırı milliyetçi, saldırgan politikalar izlemesi, bunu sistemli şekilde uygulaması etnik çatışmalara sebep olmuştur. Nihayetinde bölgede yaşanan çatışmalara Kuzey Atlantik Örgütü'nün müdahil olması ve sonrasında yaşanan gelişmeler, süreç içinde Kosova'yı bağımsızlığa taşımıştır.

Uluslararası açıdan güvenlik geleneksel olarak, devletlerin güvenliği anlamına gelir. Devletlerin egemenliklerini, bütünlüklerini koruması anlamında kullanılır. Günümüzde ise sadece devletlerin güvenliğinin ve çıkarlarının korunması yeterli görülmemekte, insanların güvenliği de söz konusu olabilmektedir. Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri, devletlerin egemen eşitliğidir. Bu ilkenin gereği olarak devletler birbirlerinin iç işlerine müdahalede bulunmamalıdır. Soğuk Savaş sonrasında Amerika'nın ve Kuzey Atlantik Örgütü'nün diğer ülkelerde yaşanan insan hakları ihlallerini öne sürdükleri ve bu duruma karşı kuvvet kullanarak (insani müdahale) tepki gösterdikleri pek çok olay yaşanmıştır. Bunlar yapılırken de barışın korunması ve insanların hayatlarının kurtarılması adına geri kalan tek seçenekmiş gibi sunulmuştur.³ Bir devletin egemenliğine ve topraklarına yönelik müdahalede bulunulabilmesi için, haklı ve meşru gerekçeler olmalıdır. Bu konu, ağır insan hakları ihlalleri gibi eylemlerle bağdaştırılmakta ve kurgulanmaktadır. Yeni dünya düzeni adıyla yaşanan değişim, devletlerin sınırlarının yeniden dizaynı, insan hakları, liberalizm ve demokrasi, haritaların şekillendirilmesindeki gerekçelerden birini oluşturmaktadır. "İnsani Müdahale ve Kosova Örneği" adlı çalışmanın amacı, sorunun çözümüne yönelik olarak Kuzey Atlantik Örgütü'nün insani müdahale kapsamında gerçekleştirmiş olduğu operasyonu sorgulamak ve Kosova'yı adım adım bağımsızlığa götüren süreci incelemektir. Bu çalışmada kapsamlı bir literatür taraması yapılarak, konunun tarihsel süreci de göz önünde bulundurularak hem uluslararası ilişkiler hem de uluslararası hukuk boyutuyla ele alınmaya çalışılmıştır. Nitel analiz yöntemiyle ele alınan çalışmanın teorik kurgusu insani müdahale adı altında, bir emperyal müdahale olduğu şeklinde yapılandırılmıştır.

1. KAVRAMSAL AÇIDAN İNSANİ MÜDAHALE VE TEORİK ÇERÇEVE

İnsani müdahale, günümüzde uluslararası hukukun tartışmalı konularından biridir.⁴ İlk kez on dokuzuncu yüzyılda kullanılmış bir kavram olup, güçlü devletler başka

³ GÜRSES, Emin, "İnsan Hakları Diplomasisi", İstanbul, 2001, s. 125.

⁴ TOPRAK, N. Gökhan ve TATAR, Volkan 'Türk Dış Politikasında Uluslararası İnsani Müdahale', Uluslararası Güvenlik, (ed.) ÇOMAK, Hasret, SANCAKTAR, Caner ve DEMİR, Sertif, İstanbul, 2016, s. 820.

ülkelerde yaşayan vatandaşlarını veya oradaki dinsel azınlıkları korumak adı altında yaptıkları operasyonları (askeri müdahaleleri) gerekçe olarak göstermişlerdir. Bunun erken dönem örneği, Fransa'nın 1861 yılında Hristiyan Maruni azınlığın haklarını korumak gerekçesiyle, Lübnan'da gerçekleştirmiş olduğu müdahaledir.⁵

Diğer başlıca insani müdahale örneklerine bakıldığında: 1991 yılında Kuzey Irak'ta Körfez Savaşı'nın ardından Amerika Birleşik Devletleri (ABD), tarafından K. Iraklı Kürtler için "güvenli bölge" ve bunu gerçekleştirmek için Amerikan, Fransız ve İngiliz uçakları tarafından denetlenecek bir uçuşa yasak bölge oluşturulması için "huzur operasyonu" yapılmıştır. 1992 yılında Somali'de, İnsani bir dram/felâket noktasına gelindiği bir anda Birleşmiş Milletler (BM) kararı doğrultusunda ve Amerika'nın liderliğinde gerçekleştirilen "umutları diriltme operasyonu" adlı askeri müdahale, Güney Somali'de insani gerekçelerle korunaklı bir ortamın oluşturulması amacıyla yapılmıştır. Diğer bir müdahale örneği de 1994'te Haiti'de gerçekleştirilen askeri bir müdahalenin ardından, artan hukuksuzluğu ve Haitili göçünü sonlandırmak için sivil otoritenin kurulması ve düzenin yeniden sağlanması amacıyla bu ülkeye yönelik olarak, on beş bin ABD askeri Haiti'ye gönderilmiştir. Yine aynı yıl (1994), Ruanda soykırımının ardından, Tutsi egemenliğindeki Ruanda Yurtsever Cephesi (Rwandan Patriotic Front/ RPF) ülkenin önemli bir bölümünü ele geçirdiğinde, Fransa tarafından Hutu sığınmacıları için güvenli bölge oluşturmak amacıyla "Turkuaz Operasyonu" gerçekleştirilmiştir. 1999 yılında Doğu Timor'da Endonezya baskı ve yıldırma kampanyasını arttırınca, BM kararıyla oluşturulan Avustralya liderliğindeki barışı koruma gücü, adanın kontrolünü Endonezya'nın elinden almıştır. (1991-2002) Sierra Leone'de yaşanan uzun süreli bir iç savaş sonrasında İngiltere Hükümeti, önceleri kendi vatandaşlarını korumak amacıyla bir müdahalede bulunmuş, oradaki seçilmiş hükümeti vahşi eylemlerde bulunmakla suçlayan isyancılara karşı desteklemek için bölgeye küçük bir askeri güç yönlendirmiştir.⁶

İnsani müdahalenin tanımına bakıldığında, uluslararası literatürde net bir tanımlama yapılmasından kaçınılan kavramlardan biri olduğu gözlemlenmektedir. Bu nedenle literatürde farklı tanımlamalara rastlanmaktadır.⁷

"Büyük ölçekli insan hakları ihlallerini sonlandırmak için bir devletin topraklarına söz konusu devletin rızası olsun ya da olmasın yapılan askeri müdahaledir. Bu tür müdahalelerin olası aktörleri tek başına hareket eden bir devlet, bir kaç devletin bir araya gelerek oluşturduğu bir koalisyon, bölgesel bir örgüt ya da uluslararası örgüt olabilir"⁸

Bir başka tanımda: "Bir devletin hükümetinin resmi daveti olmaksızın, rakip gruplar arasında çıkan çarpışmalara son vermek, açlık çekenleri beslemek için gerekli

⁵ ARIBOĞAN, Ü. Deniz, AYMAN, Güler ve DEDEOĞLU, Beril "Uluslararası İlişkiler Sözlüğü", (der.) SÖNMEZOĞLU, Faruk, (yay. ed.) ÖZDAĞ, O. Hande, İstanbul, 2017, s. 295.

⁶ HEYWOOD, Andrew "Küresel Siyaset", (çev.) USLU, Nasuh, ÖZDEMİR, Haluk, Ankara, 2013, s. 380-381.

⁷ AYTOĞU, O. Çağatay "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları Doğrultusunda İnsani Müdahale", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2016. s. 3.

⁸ ERCAN, G. Pınar, 'Uluslararası Müdahale', Uluslararası İlişkilere Giriş, (ed.) KARDAŞ, Şaban ve BALCI, Ali, İstanbul, 2014, s. 319.

güvenliği sağlamak veya etnik temizliği durdurmak amacıyla güç kullanımına insani müdahale denir” şeklinde tanımlanmıştır.⁹

Mesut Hakkı Caşın, İnsani Müdahaleyi şöyle tanımlamıştır: “Genellikle yabancı ülkede bulunan kişileri (ülke uyruğu veya başka devletlerin uyruğu olsun) pek yakın ve hayati bir tehlikeden korumak için o ülkede girilen eylemler insani müdahale olarak nitelendirilebilir” demektedir.¹⁰

Bir başka tanıma göre: “Stratejik hedeflerden çok insani nedenlerle gerçekleştirilen askeri müdahaledir.”¹¹

Diğer bir tanımda: “Güvenlik Konseyi kararı olmadan, bir devletin nüfusunu ciddi ve sürekli insan hakları ihlallerinden korumak” ya da “bir devlette ciddi insan hakları ihlallerini durdurmak ve insan haklarına saygıyı yeniden tesis etmek için kısa süre güç kullanılması” şeklinde nitelendirilmiştir.¹²

Uluslararası sistem geleneksel bakımdan müdahalenin reddine dayanır. Uluslararası hukuk, önemli ölçüde devletlerin egemenliğine saygı ve ülke hudutlarının dokunulmazlığı çerçevesinde oluşturulmuştur.¹³ Yirminci yüzyıl sonlarına doğru meydana gelen olumsuz durumlar, meşruiyeti tartışma konusu olsa bile, uluslararası müdahalelerin gerekliliği hakkındaki tartışmaları yoğunlaştırmıştır.¹⁴

Bu tartışmalar hem siyasi hem de hukuki temele dayandırılması açısından çeşitli tanımlamalarla izah edilmeye çalışılmıştır. İnsani müdahale kavramı Birleşmiş Milletler’in uluslararası operasyonlarında müdahale araçlarından biri olarak benimsenmiş olsa da müdahalenin devletlerin egemenliğine saygı ve iç işlerine karışmama ilkesine aykırı olduğu kabul görse de BM Güvenlik Konseyi kararı ile müdahalenin hukuksal temelini oluşturduğuna da dikkat çekilmektedir. Ayrıca müdahale edilmesinin bir kural olmadığı, istisna bir durum olduğu belirtilmektedir. Literatüre bakıldığında müdahalenin hangi hallerde insani müdahale kapsamına girdiği tartışmalı bir konudur. Yaygın görüşe göre insani müdahalenin kabul görmesi için gereken kriterler şöyledir:

(1)- Büyük boyutta ve şiddetli insan hakları ihlallerin olması ya da tehdidinin bulunması.

(2)- İhlalin gerçekleştiği konusunda ya da tehdidinin varlığı konusunda kesin bir kanıtın olması.

(3)- Söz konusu hükümetin ya da devletin sorunu çözme konusunda isteksizliği ya da yetersizliği durumlarında.

⁹ VIOTTI, R. Paul ve KAUPPI, V. Mark, “Uluslararası İlişkiler ve Dünya Siyaseti”, (çev.) ÖZBAY, E. Ayşe, Ankara, 2014, s. 325.

¹⁰ CAŞIN, H. Mesut, “Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları”, İstanbul, 2019, s. 349-350.

¹¹ HEYWOOD, a.g.e. s. 379.

¹² DOĞAN, Nejat, ‘Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı: BM Sisteminin Temel İlkeleri, BM Şartı Paradigmasının Değişimi ve Türkiye, Uluslararası İlişkilerde Güncel Konular ve Türkiye, (ed.) ÇAKMAK, Cenap, DOĞAN, Nejat ve ÖZTÜRK, Ahmet, Ankara, 2012, s. 119.

¹³ HEYWOOD, a.g.e. s. 379.

¹⁴ ERCAN, a.g.e. s. 319.

- (4)- Kesinlikle acil bir durum olması.
- (5)- Askeri kuvvet kullanmadan başka bir seçeneğin kalmaması.
- (6)- Eğer, diğer yollar tamamıyla tüketilip başarısız olunmamış ise askeri kuvvetin kullanılmaması.
- (7)- Müdahalenin amacının hem kamuoyuna hem de uluslararası topluma net bir şekilde açıklanması.
- (8)- Müdahale gerekliyse amacının insan hakları ihlallerinin önlenmesi ile sınırlandırılmış olması.
- (9)- Müdahalenin hedef kitle/ kamuoyunca destek bulması.
- (10)- Bölge devletlerince de desteklenmesi.
- (11)- Kuvvet kullanmanın orantılı olması.
- (12)- Müdahale esnasında hem insan hakları hukukuna hem de insancıl hukuk kurallarına uygun hareket edilmesi.
- (13)- Mümkün olabildiğince çok sayıda otorite tarafından benimsenmiş ve zorunluluk olmasa dahi Güvenlik Konseyi'nin uygun görmesiyle/onayı ile gerçekleştirilmiş olmasıdır.¹⁵

Soğuk Savaş sonrası dönemde Amerika'nın dünyada tek süper güç olarak öne çıkması, müdahale taraftarı olan büyük güçler arasında fikir birliğinin olması, müdahaleyi çok daha kolaylaştıran koşulları ortaya çıkartmıştır. Sovyetler Birliği'nin çökmesi sonrasında ne Rusya ne de Çin, müdahalelerin çoğunun ardında esas itici güç olan ABD'yi engelleyebilecek veya ona meydan okuyabilecek pozisyona sahipti.¹⁶

Dünyanın farklı bölgelerinde yaşanan kitlesel katliamlar gibi konularda ABD genelinde insani müdahaleyle ilgili bir konsensüs mevcut olup, insan haklarının korunması gibi konular öne sürülerek, ABD'nin yaşamsal çıkarlarına (hegemonyanın sürdürülmesine) yönelik insani müdahaleye meşruiyet kazandırılmaya çalışılmıştır. Dönemin ABD Devlet Başkanı Bill Clinton'un Ulusal Güvenlik Danışmanı olan A. Lake ABD yönetiminin Balkan coğrafyasında etkisi olmayan bir Kuzey Atlantik Örgütü'nün (NATO) dünyanın diğer krizli bölgelerinde etkin kontrol sağlayamayacağını ve itibar kaybedeceğini bildiğinden 1995 Ağustos'unda harekete geçtiğini söylemiştir.¹⁷

Batı merkezli kapitalist (emperyal) devletler, başta ABD, İngiltere, Fransa ve Almanya, kapitalist küresel sistemde kendi egemen statülerini korumak ve kuvvetlendirmek amacıyla gerekli gördüklerinde (öteki siyasal ve ekonomik yöntemler yetersiz kaldığında), askeri bir vasıta olarak NATO'yu devreye sokmaktadır. Bu amaçla NATO'nun askeri müdahalesi iki kutuplu sistemin sona ermesinin ardından, yani Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) yıkılmasından sonra, NATO Balkan coğrafyasında ilk askeri operasyonunu Bosna-Hersek'te, ikincisini de Kosova'da gerçekleştirmiştir. Sonraki müdahaleler Asya'da Afganistan'a ve Kuzey Afrika'da ise

¹⁵ AYTOĞU, a.g.e. s. 4-5.

¹⁶ HEYWOOD, a.g.e. s. 380.

¹⁷ GÜRSES, (2001), a.g.e. s. 24.

Libya'ya yöneliktir. NATO'nun operasyonlarına yalnızca askeri açıdan bakılmamalıdır. Perde arkasında siyasal-ekonomik amaçlı bir eylemdir. Her savaşta olduğu gibi bu savaşta da ekonomik-siyasal sebepler ve amaçlar bir arada hareket etmektedir. NATO'nun müdahalesi yalnızca bir amaç değildir. Amaca ulaşmada kullanılan askeri bir araçtır. Buradaki amaç, ülkenin ekonomik ve siyasal bakımdan yeniden yapılandırılması, Batılı emperyal devletlerin egemenliğinin sağlanması ve egemenliğin sürdürülmesidir.¹⁸

Konunun teorik çerçevesi, emperyalizm üzerinden çizilmiştir. Kosova Müdahalesi, insani müdahale adı altında gerçekleştirilmiş olan bir emperyal müdahaledir. Emperyalizm, kavramsal olarak 19. yüzyılda ilk defa İngiltere'de günümüzde bahsedilen anlamından farklı olarak kullanılmıştır. Esasen, bazı devlet görevlileri ve siyasi partiler tarafından, sömürgelerin dağılmasına engel olmak amacıyla, onları bir federasyon çatısı altında toplamak düşüncesiyle hazırlanmış olan bir programın adıdır. Bu programa "emperyal federasyon"; izlenecek olan politikaya ise "emperyalist politika" denmiştir. Program, yürürlüğe konulduğunda İngiliz İmparatorluğu yayılma aşamasını neredeyse gerçekleştirmiş ve duraklama sürecine geçmiştir. Bu açıdan bakıldığında, İngiltere'nin emperyal programı aslında, büyüme ve yayılma değil, bir çeşit "korumaya çalışma" programıdır. Daha sonra ortaya atılan farklı görüş ve teorilerde "emperyalizm" tam tersi bir düşüncede "genişleme ve büyüme politikaları" şeklinde ifade edilmeye başlanmıştır.¹⁹

Emperyalizmin günümüzdeki anlamına bakıldığında, "bir devletin kendi, sınırları dışında yaşayan başka uluslar, halklar üzerinde onların rızası olmaksızın denetim kurmayı amaçlayan politikadır" şeklinde tanımlanmaktadır. Bugün emperyalizmin anlamı ve nedenleri hakkındaki tartışmalar dört temel grupta sınıflandırılmaktadır. İlk grupta yer alanlar, ekonomik savlara dayanır. Genelde emperyalizmin kârlılığına odaklanır ve emperyal devletlerin emperyalizmden kazançlı çıktığını vurgular. Emperyalist devletin elde ettiği insan kaynağına ve "maddi kaynaklara, üretim, yatırım sermayesi ve nüfus fazlası için pazar oluşturmaya" atıfta bulunurlar.²⁰

Marksist kuramcılar, küresel boyutta kapitalizmin bütün tarihi boyunca ele alınması gerektiğini vurgularlar. Bunu, on beşinci yüzyıldan başlayarak "Batı medeniyetinin tahakkümünün" bütün dünyaya yayılmasına dayandırırılar. Coğrafi Keşifler ve akabinde Endüstri Devrimi sayesinde giderek dünyanın çeşitli bölgelerine erişme ve oralara yerleşme olanağı bulduğunu, Batı medeniyetinin öteki toplumlar ve medeniyetler üzerinde başta ekonomik, siyasal, ideolojik, kültürel hegemonyasını benimseterek, günümüzdeki anlamıyla uluslararası sistemi ilk kez inşa ettiğini söylerler.²¹ Lenin'e göre ise emperyalizm, kapitalizmin son aşamasıdır.²²

İkinci grupta siyasal ilişkiler yer alır. Merkez ve çevre arasında kurulan siyasal ilişkiler aslında ileri seviyede "kapitalizmin bir gereği olarak kurulur." Bunların önceliği pazarın güvenliğidir. Yani çevre ülkenin küresel kapital sistem içinde kendine düşen rolü

¹⁸ SANCAKTAR, Caner, 'NATO'nun Kosova Müdahalesi: Emperyalist Müdahaleye Bir Örnek', Uluslararası Güvenlik, (ed.) ÇOMAK, Hasret, SANCAKTAR, Caner ve DEMİR, Sertif, İstanbul, 2016, s. 445-446.

¹⁹ GÖNLÜBOL, Mehmet, "Uluslararası Politika", Ankara, 2014, s. 304.

²⁰ ARIBOĞAN, AYMAN ve DEDEOĞLU, a.g.e. s. 210.

²¹ GÖZEN, Ramazan, 'Uluslararası İlişkiler Teorileri,' İstanbul, 2014. s. 267.

²² ARI, Tayyar, "Uluslararası İlişkiler Teorileri", Bursa, 2018. s. 321-322.

yerine getirmesiyle sağlanır. İdarecilere temin edilen çıkarlar vasıtasıyla “ülkenin küresel kapitalizme açılması ve güvenilir bir pazar yapılması için” mühim bir hamle yapılmış olur. Dış sermayenin çevre ülkeye girmesiyle aynı zamanda yolsuzluklar da artar.²³

Üçüncü gruptaki görüşler, strateji ve güvenlikle alakalıdır. Devletler, güvenlik sebebiyle “üsler, stratejik kaynaklar, tampon devletler, doğal sınırlar ile ulaşım ve haberleşme hatlarının denetimini ele geçirmek” veya diğer ülkelerin bunları kontrollerine almalarına engel olmak zorunda kalırlar. Bir başka görüşe göre, devletlerin “güç ve nüfuz kazanma yolunda kaçınılmaz olarak emperyalist olduklarıdır.” Dördüncü grubun görüşleri ise, ahlaki temellere oturtulur. Bu gruptakiler emperyalizmi, halkları baskıcı yönetimlerden kurtarmak veya daha nitelikli bir yaşam tarzının nimetlerine ulaşmak için bir vasıta olarak göstermektedir.²⁴

Neticede emperyalizm, toplumları ayrıştıran ve parçaların bir bölümünü menfaatlerin uyumu biçiminde, öteki parçalarını ise menfaatlerin uyumsuzluğu ya da menfaat çatışması biçiminde birleştiren bir sistemdir.²⁵ Nihayetinde hukukun bittiği yerde, gücün hâkimiyeti başlar ve her krizden bir sonuç doğar (ekonomik, siyasi, toplumsal), her kriz yeni bir yol açar ve değişim süreci başlar.

2. KOSOVA SORUNUNUN TARİHSEL ARKA PLANI

Milliyetçiliğin yükselişi bütünsel olarak ele alındığında tarihsel perspektiften de görülür.²⁶ Kosova meselesi, uluslararası toplumun gündemine 1990’lı yıllarda gelmeye başlamış olsa da esasen sorunun kaynağı çok eski dönemlere dayanır. Çok sayıda yazar sorunun başlangıç noktasını, 1389 Kosova Savaşı’na dayandırır. Sırplar, Kosova’nın Osmanlı hâkimiyetine geçmesini ve uğradıkları yenilgiyi tarihleri boyunca unutmamış, ulusal bir mesele haline getirmiş ve Kosova’yı sembolleştirmişlerdir.²⁷ Kosova Sırplar açısından “Eski Sırbistan” olarak görülmekte ve bir bakıma onlar için “Kudüs” gibi algılanmaktadır. Nedeni ise Kosova, “Sırp Ortodoks Kilisesi’nin ilk merkezidir” ve onlar için hala önemlidir.²⁸ Tito sonrasında Miloseviç, bu seçilmiş tarihsel travmayı tekrar uyandıracak ve “bizlik” duygusunu güçlendirecektir.²⁹

Kaynaklarda Romalılara göre, Kosova’ya yerleşmiş olan ilk topluluk İlliryalılardır.³⁰ Bu nedenle Arnavutlar, köklerinin bölgenin en eski halklarından biri olan İlliryalılardan geldiklerini söylemekte ve her iki toplum da bu toprakların, kendilerine ait topraklar olduğunu iddia etmektedir.³¹ Beş yüz yıl kadar Osmanlı idaresinde kalan Kosova, Balkan Savaşları sonucunda elden çıkmıştır. Arnavutluk bağımsız olmuş, Kosova

²³ ATEŞ, Davut, “Uluslararası Politika”, Bursa, 2013, s. 304.

²⁴ ARIBOĞAN, AYMAN ve DEDEOĞLU, a.g.e. s. 210.

²⁵ GALTUNG, Johan, ‘Emperyalizmin Yapısal Teorisi’, Uluslararası Barış Araştırmaları Enstitüsü, Oslo Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler, C. 1, Sayı 2, 2004, s. 27.

²⁶ SANDER, Oral, “Türkiye’nin Dış Politikası”, (der.) FIRAT, Melek, Ankara, 2013-a, s. 202.

²⁷ AKSOY, Metin, POLİSİ, Armand ve BÜYÜKÇİÇEK, Mehmet, ‘Kosova: Kimin Barışı’ Barışı Konuşmak: Teori ve Pratikte Çatışma Yönetimi, (der.) AKYEŞİLMEN, Nezir, Ankara, 2013, s. 261-262.

²⁸ ERMAĞAN, İsmail ve SATICI, Gökhan, ‘Uluslararası Siyasette Kosova’nın Bağımsızlığına Dair Temel Meseleler ve Türkiye’nin Genel Balkanlar Politikası’, Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 21, Sayı 3, 2012, s. 446.

²⁹ VAMIK, D. Volkan, “Kimlik Adına Öldürmek”, İstanbul, 2009, s. 225.

³⁰ ERMAĞAN ve SATICI, a.g.e. s. 446.

³¹ AKSOY, POLİSİ ve BÜYÜKÇİÇEK, a.g.e. s. 261-262.

ise çoğunluk nüfusu Arnavutların oluşturmasına rağmen, Rusya'nın baskısıyla 1913'te imzalanan Londra Antlaşması ile Sırbistan'a katılmıştır.³² Kosovalı Arnavutlar, daha o dönemlerde bağımsız olma ve Büyük Arnavutluk'u kurma düşüncesindeydiler. Bu durum, iki toplum arasında var olan gerginliği daha da arttırmış ve sürdürmüştür.³³

1918'de Sırp, Hırvat, Sloven Krallığı kurulunca bölge bu devletin sınırları içinde kalmış, 1929'a gelindiğinde Yugoslavya Krallığı içinde yer almıştır.³⁴ Yugoslavya kelimesi, Güney Slavları'nın ülkesi/Güney Slavya anlamına gelmektedir. Sırlar, Hırvatlar, Boşnaklar, Slovenler, Makedonlar, Bulgarlar ve Karadağlılar Slav dillerini konuşurlar ve Slavların güney koludurlar.³⁵

Yugoslavya Krallığı'ndaki Sırp yöneticiler, 1918'den sonra eski Sırbistan olarak nitelendirdikleri Kosova'nın nüfus yapısını uyguladıkları politikalarla değiştirmek istemiş, orada yaşayan Arnavutlara, Arnavutluk'a ya da Türkiye'ye göç etmelerine yönelik teşviklerde bulunmuşlardır. 'Slav kolonizasyonunu' sağlamak için "asimilasyon" politikaları da gündeme getirilmiştir. Esasen Yugoslavya'nın resmi söyleminde ulusal bir Arnavut azınlığın varlığı kabul edilmiyordu.³⁶

Yugoslavya 1941 yılında İtalyan, Alman, Macar ve Bulgar ordularınca işgal edilmiş, II. Dünya Savaşı sonrasında Josip Broz Tito önderliğinde, Kasım 1945'te İkinci Yugoslavya diye de adlandırılan, Sosyalist Yugoslavya kurulmuştur. Devletin ilk resmi ismi Yugoslavya Federal Halk Cumhuriyeti'dir. Daha sonra bu isim, 1963 Anayasası'nda Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti (YSFC) olarak değiştirilecektir. Yugoslavya, altı federe sosyalist cumhuriyet ile iki özerk eyaletten oluşturulmuştur: Sırbistan, Karadağ, Hırvatistan, Slovenya, Makedonya ve Bosna-Hersek Cumhuriyetleri ile iki özerk eyalet olan Voyvodina ve Kosova'dır.³⁷

Hiç kuşkusuz Tito liderliğinde Yugoslavya, Balkan devletleri arasında en güçlü olanıydı.³⁸ Dönemin nadir başarı örneklerinden biriydi ve Tito, ülkeyi birleştiren tutkal olarak nitelendiriliyordu.³⁹ O dönemde, Yugoslavya'da yaşayan milletlere ve azınlıklara en başta ana dilde eğitim olmak üzere, geniş ölçüde kültürel haklar sağlanmış, böylece Yugoslav toplumu içinde ayrılıkçı milliyetçiliğin önüne geçilmek, gönüllü beraberlik oluşturulmak istenmiştir. Ne var ki tüm federal uygulamalar, (1945-1991) Sosyalist Yugoslavya'da milliyetçilikten kaynaklanan sorunlara tamamen çözüm getirememiş, milliyetçilik, Yugoslavya'nın çok uluslu yapısında ayırıcı/parçalayıcı bir unsur olarak sürmüştür.⁴⁰

³² ARSAVA, Fusun, 'Self Determinasyon Hakkı ve Kosova', Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 5, No: 17, 2009, s. 2.

³³ AKSOY, POLİSİ ve BÜYÜKÇİÇEK, a.g.e. s. 261-262.

³⁴ AKGÜN, Sibel, 'Kosova Türkleri'nin Tarihten Bugüne Kimlik Mücadelesi', Sakarya Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü, Karadeniz Araştırmaları, Sayı 34, Yaz, 2012-b, s. 17.

³⁵ "GÜNEY SLAVLARI", (https://www.turkcebilgi.com/g%C3%BCney_slavlar%C4%B1, 28.10.2019).

³⁶ TAŞDEMİR, Fatma ve YÜRÜR, Pınar, 'Kosova Sorunu: Tarihi ve Hukuki Bir Değerlendirme', G.Ü. İ.İ.B.F. Dergisi, Sayı 3, 1999, s. 137.

³⁷ SANCAKTAR, Caner, "Özyönetim Düşüncesi", İstanbul, 2015, s.12.

³⁸ JELAVICH, Barbara, "Balkan Tarihi", 2. Cilt, İstanbul, 2009, s. 335.

³⁹ SANDER, Oral, "Siyasi Tarih: 1918-1994", 2013-b, s. 576.

⁴⁰ SANCAKTAR, Caner, 'Sosyalist Yugoslavya'nın Yıkılışında Hırvat Milliyetçiliğinin Rolü', Akademik İncelemeler Dergisi, 14.1. 2019, s. 54.

Ayrılıkçı etnik milliyetçilikten kaynaklanan çatışmalar, devletin yeni baştan kurulmasını ve inşasını amaçlar. Bu durum, bir devlette “toprak paylaşımı, sınırların yeniden çizilmesi, yeni yasama gücünün belirlenmesi,” azınlıklara verilecek hakların yeni baştan tanımlanması gibi farklı problemleri ortaya çıkartır.⁴¹ Nitekim Yugoslavya’yı parçalayan da benzer talepler olmuştur. Milli hudutlarına kavuşamamış farklı etnik topluluklar, bünyesinde yaşadıkları devlete karşı giriştikleri mücadelelerle bölgede sürekli bir kargaşa kaynağı oluşturmıştır.⁴²

Tito’nun ölümüne dek (1980) Yugoslavya, aynı sınırlar içinde ve aynı sistem ile idare edilmiştir. Neticede “aşırı özerk yapılanma” Yugoslav birliğini sağlamaktan çok, birlik içinde yer alan cumhuriyetlerin kendi ulus devletlerini kurmalarına yol açarak, dağılma nedenlerinden birini oluşturmuştur.⁴³ 1991 Haziran’ında Hırvatistan ile Slovenya’nın, 1991 Eylül’ünde Makedonya’nın ve Mart 1992’de Bosna-Hersek’in YSFC’den ayrılmasıyla devlet dağılmıştır. Ardından 1992 Nisan’ında Sırbistan ve Karadağ üçüncü Yugoslavya diye de nitelendirilen Yugoslav Federal Cumhuriyeti’ni ilan etmiş, 2003 yılında devletin adı Sırbistan ve Karadağ Federal Cumhuriyeti olarak değiştirilmiştir. Nihayetinde, 3 Haziran 2006’da Karadağ’ın bağımsızlığını ilan etmesiyle 3. Yugoslavya da tarihe karışmıştır.⁴⁴

Kosova ise Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti zamanında YSFC’ye bağlı özerk bir eyaletti. Tam anlamıyla otonomi hakkına sahip değildi ve doğrudan doğruya Belgrad’a (merkezi yönetime) bağlı tali bir özerk bölgeydi. Benzer bir durum Voyvodina için de geçerliydi. Sırbistan ise YSFC döneminde Voyvodina ve Kosova’nın kendisine bağlı bulunduğu iddiasındaydı. Ancak bu iddialar ve talepler politbüro tarafından hiçbir zaman kabul edilmemişti. Yugoslavya’nın parçalanma sürecinde Sırp, ilk saldırı eylemlerini Kosova’da gerçekleştirmişti. Sırp Parlamentosu tarafından 1989 yılı başlarında Kosova’nın yetkilerini sınırlandıran anayasal bir düzenlemeye gidilmiş, Kosovalı Arnavutlar özerkliklerinin kaldırılmasına yönelik bu düzenlemelere karşı, protesto eylemlerine girişmişti. Ne var ki neticede yeni anayasa düzenlemeleriyle Kosova’nın idari yetkileri Sırbistan’a geçmişti. Gerçekleştirilen düzenlemelerin Kosova Parlamentosu’ndan geçirilmesi gerekiyordu, fakat öyle yapılmamış, Sırbistan’ın aldığı tek yanlı bir kararla Kosova’nın Sosyalist Yugoslavya döneminde kazanılmış olan tüm hakları elinden alınmıştı.⁴⁵

3. 1990’LI YILLARDA KOSOVA’DA AYRILIKÇI HAREKETLER

Etnik topluluklar, genelde öteki topluluklardan kendilerini ırk, dil, din, bakımından farklı gören kişilerden oluşur. Farklılıklar, gönüllü veya doğal bir ayrımın sonucunda değil, sembollere ve mitlere dayandırılmış, toplumsal olarak oluşturulmuş bir inanın algısı sonucu ortaya çıkar. Pek çok ülkede, bir arada huzurlu bir ortamda yaşayan etnik topluluklar mevcuttur. Ancak, bazen de etnik çatışmaların şiddete dönüştüğü ve

⁴¹ EFEGİL, Ertan, “Devlet İçi Çatışmalar ve Çatışma Yönetimi”, Sakarya Üniversitesi Yayınlanmamış Ders Notu, Sakarya, 2014, s. 13.

⁴² ÜLMAN, Haluk, “1. Dünya Savaşı’na Giden Yol ve Savaş”, Ankara, 2002, s. 133.

⁴³ LEVENT, Zeynel, ‘Tarihi Süreçte Kosova’, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü, Atatürk Yolu Dergisi, Sayı 52, 2013, s. 858.

⁴⁴ SANCAKTAR, Caner, “Yugoslavya’da Sosyalist Özyenetim Deneyimi”, İstanbul, 2018-a, s. 37-38.

⁴⁵ ALİLİ, Teoman, “Yugoslavya Dersleri”, İstanbul, 2017, s. 30-31.

savaşlara yol açtığı görülür. Etnik çatışmaları, şiddete dönüştüren sebepler arasında devletin zayıflaması, ayrımcılık içeren semboller, karşı tarafı düşman görme, hayatta kalma kaygısı, toprak çatışmaları/siyasi hâkimiyet mücadelesi gibi sebeplerdir ve bunların uluslararası düzeyde yansımaları olduğu görülür.⁴⁶ Kısacası toplumsal, ekonomik ve siyasal sorunlar çatışmaları tetikleyen önemli unsurlardır.⁴⁷

Kosova Yugoslavya içinde özerk bir bölgedir ve bölge nüfusunun yüzde doksan üçünü Arnavutlar oluşturmaktadır. Bölgede yaşayan Arnavutların çoğunluğu Müslümandır ve dinsel açıdan bir homojenlik söz konusudur. Benzer bir durum dinsel açıdan da geçerlidir. Bölgede Arnavutçanın yanı sıra Sırp Hırvatçası konuşulmaktadır.⁴⁸ Yugoslavya'nın federal yapısından itibaren, ülke yönetiminde Sırbistan her daim egemen olmuştur. 1980'de Tito'nun ölümünden sonra, Yugoslavya'nın Devlet Başkanlığı görevi altı cumhuriyetin devlet başkanlarıca dönüşümlü olarak yürütülmüştür. Ancak bu durum Sırbistan'ın genel yapıdaki egemen ve üstün pozisyonunu etkilememiştir. Bu süreçte, 1987 sonlarında Sırbistan Komünist Partisi'nin başına aşırı milliyetçi Slobodan Miloseviç geçmiş ve Yugoslavya'da yaşanan iç savaşın çıkmasına neden olmuştur.⁴⁹ Miloseviç'in etkisiyle yükselen Sırp milliyetçiliği, Kosova'yı da olumsuz etkilemiştir.⁵⁰

Sırp'ların Kosova hakkındaki emelleri/Büyük Sırbistan hayalleri, Arnavutlara yönelik baskı ve şiddeti arttırmış, gerilimi tırmandırmıştır. Miloseviç, Kosova ve Voyvodina'nın anayasal güvence altındaki özerklik statülerini 1989'da tek taraflı bir kararla sonlandırmıştır. Sırbistan'ın bu iki özerk eyaletle ilgili aldığı karar, Federal Anayasanın ihlaliyle Yugoslavya'daki hassas dengeleri ortadan kaldırmış, ülkenin dağılmasında tetikleyici rol oynamıştır.⁵¹

Özerkliğin kaldırılmasından sonra Kosova'da Arnavutlar ayaklanmış, büyük eylemler yaşanmış ve Belgrad, bu eylemleri bazen polis, bazen de ordu gücüyle sertçe bastırmıştır.⁵² Belgrad'ın gösterdiği bu sert tepki neticesinde, 2 Temmuz 1990'da Kosova Eyalet Meclisi YSFC bünyesinde, Sırbistan Cumhuriyeti'nden ayrılarak bağımsızlığını ilan etmiş, 7 Eylül'de yeni Kosova Meclisi toplanmış ve Kosova'nın yeni Anayasasını kabul etmiştir. 22 Eylül 1991 tarihinde ise Kosova Meclisi, Kosova'nın Yugoslavya'dan ayrıldığını ve tam bağımsız olduğunu açıklamıştır.⁵³

1992 yılında Kosovalı Arnavutlar seçime gitmiş ve seçimleri İbrahim Rugova'nın partisi Kosova Demokratik Birliği (LDK) kazanmıştır. Bu parti (1995) Dayton Barış Antlaşması'na kadar pasif siyaset izlemiş, Dayton Antlaşması, Kosova sorununa yer vermeyince Rugova'nın izlediği pasif siyasetten vazgeçilmiş, Kosova Kurtuluş Ordusu

⁴⁶ YILMAZ, Sait, "Uluslararası Güvenlik", İstanbul, 2017, 424.

⁴⁷ ÖZERDEM, Alpaslan, "Barış İnşası Kuram ve Uygulaması", Ankara, 2013, s. 135.

⁴⁸ ARSAVA, a.g.e. s. 5.

⁴⁹ ARMAOĞLU, Fahir, "20. Yüzyıl Siyasi Tarihi", İstanbul, 2012, s. 1103.

⁵⁰ DEMİREL, Nuri, 'Kosova'nın Temel Dinamikleri', İstanbul Üniversitesi, Sosyoloji Konferansları Dergisi, 2011, s. 62-63.

⁵¹ ÜLGER, K. İrfan, 'Kosova'nın Bağımsızlığının Self Determinasyon Çerçevesinde Analizi', KOSBED, 31, 2016, s. 41.

⁵² ACAR, Z. Selin, 'Doktrinleşme Sürecindeki İnsani Müdahale: NATO'nun Kosova Müdahalesi ve Koruma Sorumluluğu Kavramı', Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi, C. 6. Sayı 1, 2015, s. 119.

⁵³ SANCAKTAR, a.g.e. 2018, s. 64.

(Ushtria Clirimtare e Koseves / UÇK) gündeme getirilmiştir.⁵⁴ 1997'den itibaren UÇK, Kosova meselesini uluslararası siyasetin gündemine getirmek ve Batı'nın desteğini sağlamak amacıyla faaliyete geçmiştir.⁵⁵ Miloseviç, UÇK'nın Kosova'nın neredeyse yarısını kontrolü altına almaya başladığı sırada gerilimi tırmandırarak, Priştine ve Drenica'da (28 Şubat- 2 Mart 1998) patlak veren şiddet eylemleri ülkenin tamamına yayılmıştır. Aynı yılın Eylül'üne gelindiğinde 700 Arnavut öldürülmüş, 265.000 Arnavut evsiz kalmıştır. Sırp yönetimi çatışmalarda özel eğitilmiş askerleri, polis güçlerini, ayrıca çoğu Hırvatistan'da ve Bosna'daki savaşta evsiz kalan mültecilerin oluşturduğu paramiliter güçleri kullanmış, şiddetin derecesini daha da arttırmıştır. Miloseviç UÇK'nın gerçekleştirdiği eylemleri, "katliam politikası için bir kalkan olarak kullanmaya" çalışmış, ancak medyaya düşen görüntüler, Batı kamuoyuna yansıyınca son derece rahatsız edici bir durum ortaya çıkmış, Kosova sorunu böylece uluslararası camianın gündemine gelmeye başlamıştır.⁵⁶

4. KOSOVA KURTULUŞ ORDUSUNUN (UÇK) OLUŞUMU VE DIŞ DÜNYADAN ALDIĞI DESTEK

1990'lar tüm dünyada kanlı gerilla çatışmalarına sahne olmuştur. Yugoslavya'da Müslüman Boşnaklar, Katolik Slovenler ve diğer etnik gruplarla çatışan Ortodoks Sırp lar önemli örneklerdir.⁵⁷ Etnik temelde örgütlenmiş terör grupları eyleme geçtikleri coğrafyada faaliyetlerini sürdürürken uluslararası sistemde eyleme geçtiklerini, sistemin yapılanmasını, işleyiş koşullarını, bunun negatif veya pozitif tesirleri olacağını bilirler. Ancak süreç içinde yer aldıkları hareketin gelişmesiyle geri dönüşleri zorlaşır ve kendilerine destek sağlayan "müttefiklerinin örgüt faaliyetlerinde söz hakkı elde etmelerini" genellikle engelleyemezler. Bunlar, uluslararası sistemde ülkeler, bölgesel kuruluşlar ve devletlerarası örgütlerin, çeşitli toplumsal grupların, farklı aktörlerin karşılıklı olarak birbirlerini etkiledikleri oluşumlardır.⁵⁸

Kosova örneğine bakıldığında, UÇK'nın nasıl oluşturulduğu, gücünü nereden aldığı ve nasıl donatıldığı konusunda pek çok iddia söz konusudur.⁵⁹ 1970'li ve 1980'li yıllarda Kosova'da, komünist merkezli Arnavut milliyetçi gruplarda artış olmuştur. Bunların en başında gelenler: Kosova Bağımsızlık Hareketi, Yugoslav Arnavut Cephesi, Kosova Marksist-Leninist Organizasyonu, Kızıl Ulusal Cephe ve Kosova Cumhuriyeti Halk Hareketi'dir. Bu beş grup birleşerek, Kosova Halk Hareketini ve LPG adıyla bilinen grup UÇK'nın temel yapısını oluşturmuştur.⁶⁰ Sırlara karşı silahlı bir örgüt kurmak durumunda kalan Arnavutlar, Kosova Kurtuluş Ordusu UÇK'yı 1993 yılında kurmuştur.

⁵⁴ ERMAĞAN ve SATICI, a.g.e. s. 447.

⁵⁵ BAŞ, Numan, "Kosova Sorununun Ortaya Çıkışı ve Balkanlar Üzerine Etkileri", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, 2009 s. 24-25.

⁵⁶ BALCI, Ali Balcı, 'Kosova: Arnavut Sorununun Kilit Bölgesi', Dünya Çatışmaları: Çatışma Bölgeleri ve Konuları, (ed.) İNAT, Kemal, DURAN, Burhanettin ve ATAMAN, Muhittin, 1. Cilt, Ankara, 2010, s. 760.

⁵⁷ BOOT, Max, "Görünmeyen Ordular Gerilla Tarihi", İstanbul, 2014, s. 453.

⁵⁸ GÜRSES, Emin, "Etnik Temelli Terör Can Almaya Devam Ediyor: Uluslararası Sistemin Kısacasında Etnik Terör", İstanbul, 2007, s. 93.

⁵⁹ FARUK, Muhammed, 'Müslüman Kosova'nın Dünü Bugünü', (<http://www.enfal.de/tarih28.htm>, 30.08.2019).

⁶⁰ ERMAĞAN ve SATICI, a.g.e. s. 448.

UÇK, Kosova’da kurulmuş, fakat stratejisi Tiran ve İsviçre gibi dışarıdaki merkezlerde belirlenmiştir. Örgüt ilk faaliyetlerini gazetelere verdiği sert açıklamalarla başlatmış, 1995’teki Dayton Antlaşması’ndan (Sırp-Hırvat-Boşnak çatışmasını sona erdiren Antlaşma) sonraki süreçte, 1997’den itibaren Sırlara yönelik bombalı eylemlerle sürdürmüştür.⁶¹

Sırp ordusu paramiliter güçleri bu saldırıları karşılıksız bırakmamış, çatışmaları sivilleri de hedef alacak biçimde şiddetlendirmiştir. Batılı ülkeler, önceleri UÇK’yı terörist bir yapılanma olarak görse de sonrasında ona destek vermeye başlamıştır. UÇK’nın gerçekleştirdiği eylemlere karşılık olarak, Miloseviç’in sivillere orantısız şiddet uygulaması ve katliam boyutuna varan operasyonları nedeniyle UÇK siyasi meşruiyet kazanmaya başlamıştır.⁶² Kitleleşerek, halkın desteğini kazanan UÇK,⁶³ bunun yanı sıra dış dünyanın farklı kesimlerinden, farklı yollardan da destek bulmaya başlamıştır.

1997 yılında Arnavutluk’ta iç savaş yaşanmış, savaşın sonunda Arnavutluk ordusundan ele geçirilen silahların önemli bir kısmı bu ülkede bulunan UÇK kamplarına gönderilmiştir. Silahlanmasını sürdüren UÇK, Kosova’da faaliyette bulunduğu civar köylerdeki gençleri de etkileyerek seferber etmiştir. UÇK’nın içinde farklı komuta birimleri olan üç grup vardır: Haşim Thaci’nin liderliğindeki grup, ABD tarafından kontrol edilmekteydi. Sayıları oldukça kalabalık olan Pandeli Mayko grubu, Arnavutluk’taki Fatos Nano hükümeti ile temas halindeydi. Diğer tarafta da Rugova taraftarı olan grubu, Arnavutluk’un eski Cumhurbaşkanı Salih Beşira desteklemekteydi.⁶⁴

Bu konuyla ilgili olarak, Gazeteci Enis Berberoğlu’nun Hürriyet Gazetesindeki haberinde şu satırlara yer verilmiştir:

“UÇK, açık adıyla Kosova Kurtuluş Ordusu... Kosova içinde 30 bin askeri bulunan, komşu Arnavutluk’tan silah ve kamp desteği alan UÇK’nın adını ABD vergi mükellefleri ilk kez Sırp zulmüne karşı açtıkları bayrakla tanıdı. Oysa ABD’nin resmi makamları ile istihbarat servisleri UÇK’yı yıllardan beri tanıyor ve izliyordu. Örneğin ABD Dışişleri Bakanlığı raporlarında UÇK’nın adı ünlü terörist Osama Bin Ladin’le irtibatlı olarak geçiyordu. Ayrıca örgütün gerilla savaşı için gerekli silahları uyuşturucu ticareti gelirleriyle sağladığı yolunda ciddi kuşkular vardı. UÇK ile ilgili iddiaları yorumsuz ve kaynak göstererek aktarmakla yetinelim: ABD Uyuşturucu ile Mücadele Örgütü (US Drug Enforcement Agency, DEA) kaynaklarına göre UÇK, Türkiye, Bulgaristan ve Yunanistan üzerinden geçen Balkan Yolu’nun uç beyi. Bu yolu takip eden uyuşturucu UÇK tarafından Avrupa’ya ulaştırılıyor. Yunan İnterpolü, ülkesine giren eroinin birincil kaynağı olarak Kosovalı Arnavutları gösteriyor. Uyuşturucu trafiğinde uzman ve bağımsız Fransız GOD örgütü, UÇK’nın silah finansmanı için yılda 2 milyar dolarlık uyuşturucunun Batılı ülke pazarlarına taşınmasına yardımcı olduğuna inanıyor. Alman uyuşturucu ajanları ise Kosovalı kaçakçıların yıllık 1.5 milyar dolara ulaşan uyuşturucu gelirlerinin 200 kadar özel banka ve döviz bürosunda aklandığı

⁶¹ FARUK, a.g.e. (www.enfal.de, 30.08.2019).

⁶² OĞULTÜRK, M. Cem, ‘Kosova’nın Bağımsızlık Süreci Kapsamında ABD Dış Politikasının Analizi’, Güvenlik Stratejileri Dergisi, Yıl, 10, Sayı 19, 2015, s. 110.

⁶³ ÜLGER, K. İrfan, “Yugoslavya Neden Parçalandı: Balkan Dramının Perde Arkası”, Kocaeli, 2016, s. 178.

⁶⁴ BAŞ, a.g.e. s. 24-25.

kuşkusunu taşıyor. “Jane Intelligence Rewiew” sadece UÇK’nın uyuşturucu kârının ‘on milyonlarca dolara’ ulaştığını tahmin ediyor.”⁶⁵

Bunlardan başka Almanya’nın, 1990’lardan başlayarak Doğu Almanya’dan geçen ve NATO standartlarına uymayan Rus menşeli silah ve mühimmatı, Arnavutluk’a hibe ettiği ve bunların önemli bir kısmının da UÇK’nın eline geçtiği iddialar arasındadır.⁶⁶ Öte yandan 1997 yılında Arnavutluk’ta yaşanan ekonomik çöküşün ve hengâmenin neticesinde demoralize olan Arnavut ordusuna ait cephaneliklerin soyulmasıyla ele geçirilen silahların önemli bir kısmı Makedonya vasıtasıyla Kosovalı Arnavutlara aktarılmış ve bu şekilde UÇK’nın gereksinim duyduğu silahlar sağlanmıştır. Örgütün silahlanmasında ve militan toplanmasında İran’ın önemli desteği olduğu, “UÇK’nın asıl gelir kaynağının uyuşturucudan sağlandığı, hatta doğrudan Usame Bin Ladin’le bağlantıları olduğu iddiaları Sırp ve Rus siyasi literatüründe” de yer almaktadır. Diğer bir iddia da 1998’den itibaren ABD’nin de UÇK’ya gizlice yardım yaptığı şeklindedir.⁶⁷

UÇK’nın eğitilmesinde Merkezi İstihbarat Teşkilatı (Central Intelligence Agency/ CIA) ajanları da rol almış, sabotaj eğitimleri ile telefon şebekelerinin nasıl işlevsiz duruma getirileceği, akaryakıt stoklarının nasıl sabote edileceği öğretilmiştir. CIA’yin bu çalışmaları, Kosova’da bulunan Kosova Force/KFOR’da görev yapan Avrupalı subaylarca da doğrulanmıştır.⁶⁸ Ayrıca Yugoslavya konusunda önemli çalışmaları olan Tim Judah, UÇK’nın yönetici kadrosunun ABD, İngiltere hatta İsviçre istihbarat servisleriyle görüştüklerini yazmıştır. Yine iddialar arasında Amerikalı ajanların Yugoslavya’ya NATO’nun müdahalesinden önce UÇK’ya eğitim desteği verdikleri ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) gözlemcilerinin müdahale öncesinde bölgeden ayrılırken iletişim sistemleriyle, uydu telefonlarını UÇK yöneticilerine gizlice servis ettikleri de yer alıyordu. Nedeni ise UÇK’nın Washington ve NATO ile irtibatını sağlamak olduğu şeklinde açıklanıyordu. Avrupalı diplomatların ifadelerine göre, CIA tarafından istihbarat ve silah desteği sağlanıyordu. Bir yandan da Amerikalı siyasetçiler tarafından Sırbistan’a askeri müdahalenin gerekli olduğu vurgulanıyordu.⁶⁹

5. NATO’NUN MÜDAHALESİ ÖNCESİNDE ULUSLARARASI TOPLUMUN TUTUMU

Arnavutlar, Tito’nun ölümünden sonra cumhuriyet statüsünü alabilmek için harekete geçmiş ve onların istekleri Sırp’ların tepkisine neden olmuştur. Bu durum, iki ülke milliyetçiliğini karşı karşıya getirmiş, Kosova Arnavut ve Sırp milliyetçiliğinin çatışma alanı olmuştur. Büyük Sırbistan ve Büyük Arnavutluk düşüncesinin tarihsel kökleri nedeniyle Kosova sorunu, uluslararası toplum tarafından “Arnavut Sorununun” ayrılmaz

⁶⁵ BERBEROĞLU, Enis, ‘Kosova Ordusu ve Balkan Yolu’, 14.06.1999: Hürriyet Gazetesi, (www.hurriyet.com.tr, 30.08.2019).

⁶⁶ BAŞ, a.g.e. s. 26.

⁶⁷ CRETU, Valeri, “Soğuk Savaş Sonrasında Rusya Federasyonu’nun Yugoslavya Krizlerine Yönelik Politikası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, Ankara, 2006, s. 74-75.

⁶⁸ KFOR: Kosova’da güvenliğin sağlanması amacıyla görevlendirilmiş olan NATO liderliğinde oluşturulmuş bir barış gücüdür.

⁶⁹ SANCAKTAR, a.g.e. 2016: s. 448.

parçası gibi algılanmış, 1998 yılı sonlarında artan Sırp baskısı sonucunda yaşanan yoğun Arnavut göçü tüm dünyada tepkilere neden olmuştur.⁷⁰

Kosova sorununu çeşitli uluslararası kuruluşlar Avrupa Birliği (AB) Avrupa Konseyi, AGİT, gündemlerine getirmiş ve sorunun barışçıl yollarla çözülmesi için Kosova'ya daha kapsamlı bir özerklik sağlanmasını vurgulamışlardır. BM Güvenlik Konseyi'nin bu konuyu gündemine alması, uluslararası kuruluşların da konuya ilgi göstermesi; ABD, İngiltere, Fransa, Almanya, Rusya ve İtalya'dan meydana gelen Temas Grubu'nun çalışmaları, sorunun uluslararası boyut kazanmasına yol açmıştır. Kosova müdahalesinden önce BM Güvenlik Konseyi'nin, Kosova hakkında almış olduğu dört karar bulunmaktadır. İlk karar, 31.03.1998 tarihli olup 1160 sayılı karardır.⁷¹ Temas grubunun önerisi üzerine Yugoslavya'ya Kosova'yı da kapsayan bir silah ambargosu uygulanması kararıdır. BM'in bu kararında bir taraftan Sırp polis güçlerinin, diğer taraftan UÇK'nın sivillere yönelik şiddet eylemlerinin kınandığı açıklanmış ve Kosova'daki Arnavut liderlerine tüm terör eylemlerini sona erdirmeleri ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne de siyasi çözüm konusunda derhal gereken adımların atılması yönünde çağrıda bulunmuştur. Sorunun çözümü için Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nden Temas Grubu ile işbirliği yapması ve sorunun diyalog yoluyla çözülmesi istenmiştir.⁷²

23 Eylül 1998'de BM Güvenlik Konseyi 1199 sayılı kararını⁷³ açıklamış, aldığı kararda Sırp Güvenlik güçleri ve Yugoslav Ordusu'nun güç kullanmasına yönelik kaygısını belirten düzenlemelere giderek, çatışan taraflara ateşkes çağrısı yapmıştır. Bu kararda barış ve istikrarın sağlanmasına yönelik ilave tedbirler alınabileceği belirtilmiş ve kuvvet kullanımına onay verilmemiştir.⁷⁴ Bu kararda da daha önce çıkartılmış olan 1160 sayılı karara atıfta bulunularak siyasi çözüm için gereken önlemlerin alınması belirtilmiştir. Ayrıca diğer devletlerin ve uluslararası kuruluşların temsilcilerinin bölgedeki durumu gözlemek amacıyla bölgeye gelmelerinin engellenmemesi vurgulanmıştır. Bu amaç doğrultusunda Kosova Diplomatik Gözlem Misyonunun oluşturulması kararlaştırılmıştır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin üçüncü kararı, 24 Ekim 1998 tarihli 1203 sayılı karardır.⁷⁵ Bu karara göre, Kosova'daki durumun bölgesel barış ve güvenliğe yönelik potansiyel tehditlerin devam ettiği vurgulanmış ve AGİT tarafından bir Kosova Denetleme Misyonu (Kosova Verification Mission/KVM) oluşturulması kararlaştırılmıştır. Güvenlik Konseyi 17 Kasım 1998 tarihinde 1207 sayılı dördüncü kararını almıştır.⁷⁶ Bu kararda da önceki kararlara atıf yapılmış, bahsedilen konuların altı çizilmiştir. Alınan bütün kararların ortak yönü AGİT ve Temas Grubu'nun öncü rolü doğrultusunda Yugoslavya'nın toprak bütünlüğünün ve egemenliğinin dikkate alınarak, BM

⁷⁰ PROGONATİ, Erjada, 'Etnik Arnavutların Arnavutluk Dış Politikasında Etkisi', Karadeniz Araştırmaları, Sayı 37, Bahar, 2013, s. 164.

⁷¹ Bkz (<http://unscr.com/en/resolutions/1160>, 22. 10. 2020).

⁷² KARAKOÇ, Jülide, 'ABD'nin Soğuk Savaş Sonrası Hegemonya Çabaları Etkisinde NATO'nun Kosova Müdahalesi', Ankara Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 8/1, 2006, s. 230.

⁷³ Bkz (<http://unscr.com/en/resolutions/1199>, 22. 10. 2020).

⁷⁴ KADRIAJ, Shqipran, 'Kosova Sorunu', Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2008, s. 37.

⁷⁵ Bkz (<http://unscr.com/en/resolutions/1203>, 22. 10. 2020).

⁷⁶ Bkz (<http://unscr.com/en/resolutions/1207>, 22. 10. 2020).

Antlaşması'nın 7. Bölümü kapsamında alındığı belirtilmiştir.⁷⁷ (7. Bölüm kapsamında gerçekleştirilen eylemlerde kullanılan yetki uluslararası niteliğe sahip bir yetkidir ve BM tarafından tüm uluslar adına kullanılır).⁷⁸ Ancak, BM Güvenlik Konseyi'nin Kosova hakkında aldığı kararların hiçbirinde bir devlete veya devletlerin oluşturduğu bir koalisyona ya da uluslararası bir örgüte kuvvet kullanma konusunda yetki verilmemiştir.⁷⁹

Washington Yönetimi, 13 Ekim 1998'de özel temsilcisini (Richard Halbrook) Miloseviç'le görüşmeye göndermiş, Miloseviç, görüşmede askeri operasyonları kesme, Kosova'ya kısmi özerklik tanıma, oradaki askeri varlığını sınırlama gibi sözler vermiş olmasına rağmen, sözünü tutmamış, bölgeye yönelik şiddet politikasını sürdürmüştür. Barış konferansı için Arnavut ve Sırp taraflar Fransa'ya çağrılarak (Rambouillet Şatosu'nda) görüşmeler gerçekleştirilmiş, ABD, hiçbir egemen devletin kabul etmeyeceği bir antlaşma metnini Yugoslavya'nın önüne getirmiştir. Rambouillet görüşmelerinde ABD'nin taraflara önerisi, Kosova'ya NATO Birliklerinin konuşlandırılması ve üçüncü yılın sonunda bağımsızlığın onayı gibi koşulların dayatılması, Yugoslav yönetimi tarafından kabul edilmemiştir.⁸⁰ Rambouillet Antlaşması'nın darmadağın olması neticesinde geriye, NATO müdahalesinden başka bir seçenek kalmamıştır.⁸¹

6. NATO MÜDAHALESİ VE SONUÇLARI

19 Mart 1999'da barış görüşmeleri devam ederken Sırp lar, Kosovalı Arnavutların taleplerini reddetmiş ve saldırılarını daha da yoğunlaştırmıştır. Başarısızlıkla sonuçlanan Paris görüşmelerinden bir netice alınamayınca, Arnavutlara yönelik şiddet olaylarının artmasıyla, binlerce Arnavut göç etmek durumunda kalmış, bunun üzerine ABD liderliğinde NATO güçleri şiddeti sonlandırmak için, 24 Mart 1999'da Belgrad'a yönelik bir hava operasyonu başlatmıştır.⁸² NATO 78 gün boyunca Yugoslavya'yı bombalamış, müdahaleye daha fazla direnemeyen Miloseviç (9 Haziran 1999) barış antlaşmasını imzalamayı kabul etmiş ve Kosova'dan çekilmek zorunda kalmıştır.⁸³

NATO müdahalesinin ardından, Sırp larla-Arnavutlar arasındaki savaş sona ermiştir.⁸⁴ Tüm anlaşmazlıklar sürecinde, Sırp ların sistematik saldırılarına maruz kalan bir buçuk milyon Arnavut yerlerinden yurtlarından edilmiş,⁸⁵ son derece olumsuz koşullarda vatanlarından ayrılmak durumunda kalan Arnavutlar, Yugoslav ordusunun çekilmesiyle geri dönmeye başlamıştır.⁸⁶

⁷⁷ KARAKOÇ, a.g.e. s. 231.

⁷⁸ ÇAKIR, Mustafa, 'İnsani Müdahale Hakkı', Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2003, s. 51.

⁷⁹ KARAKOÇ, a.g.e.s. 231.

⁸⁰ BALCI, a.g.e. s. 760.

⁸¹ HOOK, W. Steven ve SPAINER, John, "Amerikan Dış Politikası", İstanbul, 2014, s. 252.

⁸² UÇAROL, Rifat, "Siyasi Tarih: 1789-2001", İstanbul, 2008, s. 1072.

⁸³ OĞULTÜRK, a.g.e. s. 113.

⁸⁴ LEVENT, a.g.e. s. 864.

⁸⁵ ÇAKIR, Mustafa, 'Çok Kutuplu Dönemden Günümüze Asya, Avrupa ve Afrika'da Yapılan İnsani Müdahalelere Yaklaşımlar', 2015, s. 497.

⁸⁶ SAVAŞ, Hüseyin, 'Dünü ve Bugünüyle Kosova Sorunu-II', C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, C. 25, No: 1, Mayıs -2001, s. 108.

10 Haziran 1999 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, 1244 sayılı kararını çıkartmıştır.⁸⁷ Bu kararda Kosova'nın halen Yugoslavya'nın bir parçası olduğuna vurgu yapılarak, Kosova'ya Yugoslavya Federal Cumhuriyeti sınırları dâhilinde geniş kapsamlı bir özerklik verilmesinden söz edilmiştir.⁸⁸ Ayrıca kararda, NATO'nun hava harekâtının sonlandırılması, Yugoslav Ordusu'nun Kosova'dan çekilmesi, UÇK'nın silah bırakması ve barışçıl yollardan çözüm aranması gibi hükümlere yer verilmiştir BM Güvenlik Konseyi bu karardan sonra başka bir karar almamıştır.

1244 sayılı karar doğrultusunda, Kosova'da UNMIK (BM Kosova Misyonu) kurulmuş, yine aynı karara dayanarak, NATO'nun barış gücü KFOR (NATO İstikrar Gücü/Kosova Gücü) bölgeye yerleştirilmiş ve burada mevcudiyetini devam ettirecektir. KFOR'a Kosova'ya yönelik Sırp güçlerince olası tehditleri önlemek, güvenli bölge kurmak, mültecilerin geri dönüşlerinde onlara yardımcı olmak, azınlıklara güvence sağlamak, sağlık, altyapı, sınırların kontrolü, kaçakçılığın önlenmesi, silahlardan arındırma, sivil kurumların oluşturulması, demokratikleşme, hukukun sağlanması gibi çeşitli görevler verilmiştir.⁸⁹

Süreç içinde Kosova'da üç farklı uluslararası yapı oluşmuştur: KFOR, Kosova'da güvenliğin sağlanması ve bölgenin kendi iç güvenliğini sağlayacak olan bir "Kosova Koruma Birliği" kurulması ile görevlendirilmiştir. UNMIK, Batılı tarzda devlet kurumları oluşturabilmesi için, tavsiyede bulunma, denetim ve kontrol gibi yetkilere sahiptir. UNMIK'ın Kosova'nın bağımsızlığını ilan etmesinin ardından bu görevinin sonlandırması, yerini Avrupa Birliği Kosova Misyonu'na (European Union Rule of Law Mission in Kosovo / EULEX) devretmesi planlanmıştır. 15 Haziran 2008 tarihinde Kosova Anayasası yürürlüğe koyulduktan sonra, UNMIK'ın yerine görevlendirilmesi düşünülen EULEX'e karşı olan Rusya, BM Güvenlik Konseyi'nin kararı olmadığı sürece Avrupa Birliği Misyonu'nun Kosova'da görevlendirilemeyeceği konusunda ısrarcı olunca, bunun üzerine bir ara çözüm yolu bulunmuştur. Dönemin BM Genel Sekreteri Ban Ki Moon, BM Güvenlik Konseyi'nin (10 Haziran 1999) 1244 Sayılı Kararı doğrultusunda Kosova'daki UNMIK yönetiminin faaliyetlerini sürdürmesi ve EULEX'in de UNMIK kapsamına alınmasını uygun bulmuştur.⁹⁰

Kosova'ya yönelik gerçekleştirilen NATO müdahalesinin en mühim sonucu, Kosova'nın Sırbistan'dan ayrılması olmuştur. Kosova, BM'nin 1244 sayılı kararı doğrultusunda ve UNMIK düzenlemeleriyle geçici bir rejim ile idare edilmekteyken, 17 Şubat 2008 tarihinde Kosova Parlamentosu'nun aldığı tek taraflı bir kararla bağımsızlığını ilan etmiştir.⁹¹ Bununla birlikte uluslararası ilişkilere tesirine bakıldığında Balkanlar, Avrupa ve küresel perspektiften değerlendirilebilir. Müdahalenin Balkanlar açısından etkisine bakıldığında, bu coğrafyadaki ülkelerin AB ile bütünleşme aşamasını başlatmış olmasıdır. Avrupa boyutunda ise Avrupa Birliği'nin doğu yönünde genişlemesinin yanı

⁸⁷ Bkz (<https://unmik.unmissions.org/united-nations-resolution-1244>, 22.10.2020).

⁸⁸ BAŞ, a.g.e. s. 35.

⁸⁹ CAŞİN, H. Mesut ve DERMAN, G. Saynur, "Rus Dış Politikasındaki Değişim ve Kremlin Penceresinden Yeni Ufuklar", Ankara, 2016, s. 321-322.

⁹⁰ BAŞ, a.g.e. s. 36.

⁹¹ BAYILLIOĞLU, Uğur, 'Uluslararası Adalet Divanı Kosova'nın Kendi Kaderini Tayin Hakkını Onayladı mı?', TBB Dergisi, 2011, (92). s. 289.

sıra Avrupa'nın güvenliğiyle ilgili düzenlemelerin yeniden yapılandırılmasını sağlamıştır. Küresel boyutu, Batılı güçlerin menfaatlerinin ve neoliberalizmin ilkelerinin insani müdahale düşüncesinin temellerini nasıl şekillendirdiğini yeniden ortaya koymuştur.⁹²

NATO'nun gerçekleştirdiği operasyon sonucu, Kosova Sırbistan'dan kopartılmıştır. Sırbistan'ın Kosovalı Arnavutlara yönelik ordu ve polis güçleriyle gerçekleştirmiş olduğu insan hakları ihlalleri ve etnik temizliğe ulaşan boyutu devamlı olarak Batılı ülkelerin medyalarında gündemde tutulmuş ve eleştirilmiştir. Bu sayede "insan hakları ihlalleri ve etnik temizlik, NATO müdahalesinin resmi" gerekçesini oluşturmuştur. NATO ve Batılı ülkelerin resmi açıklamalarına göre bölgede yaşanan "insan hakları ihlallerini önlemek ve Arnavut sivilleri Sırp saldırılarına karşı korumak" amacıyla askeri operasyon gerçekleştirilmiştir.⁹³ NATO müdahalesinin sebebi her ne olursa olsun, Amerika açısından önemli bir siyasi hedef olduğu, Kafkas petrolüne açılan yolda Slav barikatını kaldırmak ve ABD'nin çok uluslu şirketlerinin ulaşamadığı ve ülkenin tek doğal kaynağı olan "zengin kurşun ve çinko rezervlerini ele geçirmek" amacıyla yapıldığı iddiaları söylemler arasındadır.⁹⁴

7. ULUSLARARASI AKTÖRLERİN KOSOVA MESELESİNE YAKLAŞIMLARI

Kosova müdahalesinin meşruluğunun tartışılması, 'zamana ve mekâna göre' değişim gösteren mühim bir örnektir.⁹⁵ Bir görüşe göre, Kosova'da yaşanan Sırp-Arnavut çatışmasının perde arkasında ABD ile Rusya'nın nüfuz çatışması vardır.⁹⁶ Zamanın iki kutuplu milletlerarası sisteminde, Batı Bloku'nda (ABD ve diğer NATO üyesi ülkeler) yer alan Türkiye ve Yunanistan NATO üyesi iki ülkedir. Öte yandan, bölgede sosyalist yönetim idaresinde olan Arnavutluk, Macaristan, Bulgaristan, Romanya gibi ülkeler SSCB'nin etkisinde ve onunla ilişkilerini geliştirmiş olan ülkelerdir.⁹⁷ Bölgedeki esas aktörlerden olan ABD, AB ve Rusya kamplaşmanın etkisinde kalan Balkan coğrafyasında, ilişkilerin yeniden biçimlendirilmesinde mühim rol oynamışlardır.⁹⁸

7.1. Amerika Birleşik Devletleri'nin Yaklaşımı

Soğuk Savaş'ın ardından ABD, küreselleşme ile şekillendirdiği yeni stratejik hedefleri doğrultusunda bölgeye hâkim olmayı gerekli görmüş, Yugoslavya'nın dağılmasıyla meydana gelen çatışmalar, Avrupalı ülkelerce çözümlenemeyince ABD devreye girmiştir. Balkanlar, Avrupa'yı ve Asya'yı birbirine bağlaması, Akdeniz-Kuzey Afrika ile iç içe geçmesi ve Rusya'ya da yakın olması sebebiyle, jeopolitik açıdan önemlidir. Ayrıca Avrupa açısından yaşamsal öneme sahip, doğalgaz ve petrol gibi enerji

⁹² TORUN, Abdullah, 'İngiliz Okulu Perspektifinden NATO'nun Kosova Müdahalesi', Uluslararası İlişkilerde Teoriden Pratiğe Güncel Yaklaşımlar, (ed.) TURAN, Sibel ve KÖROĞLU, Ö. Nergiz, Bursa, 2015, s. 178.

⁹³ SANCAKTAR, a.g.e. 2016, s. 456.

⁹⁴ LEVENT, a.g.e. s. 863.

⁹⁵ AKGÜN, Sibel, 'Kosova'da Yeniden Yapılandırma Çalışmaları Kapsamında Bugünkü Durum', Akademik Bakış, C. 5. No: 17, 2012-a, s. S. 251.

⁹⁶ LEVENT, a.g.e. s. 864.

⁹⁷ ERMAĞAN ve SATICI, a.g.e. s. 449.

⁹⁸ YAŞİN, K. Gözde, "21. Yüzyıl Başında Balkanlar" 21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü Balkan ve Kıbrıs Araştırmaları Merkezi Başkanı, Sayı 25, 11 Ocak, 2017, s. 63-69. (https://www.rumelifed.org.tr/wpcontent/uploads/2017/11/21_yy_ba%C5%9F%C4%B1nda_balkanlar.pdf, 27.10.2019).

kaynaklarının “Avrasya ve Ortadoğu’dan Avrupa’ya taşınması” için bir geçiş güzergâhıdır. ABD bu nedenle bölgede etkin olmayı amaçlamıştır. Bunun yolunun açılması: “Dayton Antlaşması, Kosova Müdahalesi ve NATO genişlemesi” ile olmuş, böylece ABD’nin tesiri Doğu Bloku’nun (Sovyet Bloku/Demirperde ülkeleri) tali ülkelerine de sirayet etmiştir.⁹⁹

Kosova’da olaylar patlak verdiğiğinde Bosna’da yaşanan hicap duyulan başarısızlığın¹⁰⁰ etkisi altındaki ABD liderliğinde Batılı devletler, bu kez daha etkili ve hızlı bir şekilde hareket etmiş, hatta Batılı Koalisyon güçleri BM Güvenlik Konseyi’nin onayını dahi almadan, zaman kaybedecekleri düşüncesiyle duruma müdahil olmuşlardır.¹⁰¹ Kosova sorununun askeri çözümünün sonraki aşamasında, UNMIK kapsamında önceliği AB’ye bırakmış olsa da ABD, oradaki askeri varlığını KFOR’la sürdürmüş, bağımsızlığını ilan eden Kosova’yı tanıyan devletlerin en başında gelmiştir.¹⁰²

7.2. Rusya’nın Yaklaşımı

NATO’nun Sırbistan ve Kosova’daki Sırp hedeflerine yönelik operasyonları hem Sırp lar arasında hem de Rusya kamuoyunda Batıya karşı bir anda yükselen bir nefret uyandırmıştır. NATO’nun hava harekâtını Rus toplumunun % 92’si kabullenmek istememiş, % 65’i ise esas saldırganın NATO olduğunu düşünmüş, Boris Yeltsin, NATO’nun hava operasyonunu “Büyük bir zorbalık” olarak nitelendirmiştir.¹⁰³ Rusya Federasyonu, Kosova meselesini Balkan coğrafyasında ABD-AB beraberliğinin, kendisine karşı “nüfuzunun geriletilmesi olarak” görmüştür: Putin yönetiminde, Yeltsin’in izlediği pasif tutum terk edilmiş, Çin ile anlaşma yoluna gidilerek, “NATO’ya karşı bir ittifak politikası” izlenmiş ve “NATO’nun sınırlarımıza yaklaşmasını istemiyoruz” ifadesiyle tavrını koymuştur.¹⁰⁴

7.3. Çin’in Yaklaşımı

Çin, Kosova’nın tek yanlı olarak aldığı bağımsızlık kararına olumlu yaklaşmamış, bu kararın uluslararası ilişkilerin temel kurallarına zarar vereceğini ve BM Güvenlik Konseyi’nin otoritesini zayıflatacağını belirtmiştir.¹⁰⁵

Kosova’ya yönelik operasyona Çin ve Rusya’nın karşı olması nedeniyle, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nde operasyonun engellenmesi mevzu bahis olduğundan NATO bu operasyonu Birleşmiş Milletler’den herhangi bir onay almadan tek yanlı aldığı kararla gerçekleştirmiştir.¹⁰⁶ Çin, Rusya ile birlikte BM Güvenlik Konseyi’nde yapılan

⁹⁹ ERMAĞAN ve SATICI, a.g.e. s. 449.

¹⁰⁰ Bosna’da 1992-1995 döneminde ciddi insan hakları ihlalleri yaşanmış, iki milyon civarında kişi yerlerini yurtlarını terk etmiş, kadınlara ve çocuklara yönelik şiddet eylemleri, etnik temizlik/Srebrenitsa’da yaşanan soykırım gibi insanlık adına esef verici olaylar yaşanmıştır.

¹⁰¹ ERALP, D. Ulaş, ‘Uluslararası Çatışma Müdahalelerinde Meşruiyet Kavramı’, Çatışmadan Uzlaşmaya: Kuramlar, Süreçler ve Uygulamalar, (der.) BERİKER, Nimet, İstanbul, 2009, s. 95.

¹⁰² AKGÜN, 2012-a: s. 252.

¹⁰³ ÇELİK, Ümit, ‘Rusya-ABD İlişkileri I: Berlin Duvarının Yıkılışından Kosova Savaşına, (1989-2000)’, Putin’in Ülkesi: Yeni Yüzyıl Eşiğinde Rusya Federasyonu Analizi, (ed.) ÜLGER, K. İrfan, Ankara, 2015, s. 481-482.

¹⁰⁴ ERMAĞAN ve SATICI, a.g.e. s. 451.

¹⁰⁵ ERMAĞAN ve SATICI, a.g.e. s. 451.

¹⁰⁶ AKSOY, POLİŞİ ve BÜYÜKÇİÇEK, a.g.e. s. 261-262.

oylamada Kosova'nın Birleşmiş Milletlere üye yapılmasını veto etmiş, Sırbistan'ı destekleyen tarafta olmuştur.¹⁰⁷

7.4. Sırbistan ve Sırp Toplumu

Kosova'nın Sırbistan'dan ayrılarak bağımsız olmasını bir türlü kabullenmek istememiştir. Karara itiraz etmiş, konu hakkında Birleşmiş Milletler'de bazı girişimlerde bulunmuş, Kosova'nın bağımsızlığının uluslararası hukuka ve Birleşmiş Milletler Antlaşması'na aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Sırbistan yönetimi, BM Genel Kurulu'na "Kosova Yönetimi Geçici Kurumları'nın tek tarafı olarak bağımsızlığını ilan etmesi uluslararası hukuka uygun mudur?" şeklinde bir soru yöneltmiş ve Genel Kurul, 8.10.2008 tarihinde bu konu hakkında Uluslararası Adalet Divanı'nın görüşünü talep etmiştir.¹⁰⁸ Divan, 22.07.2010 tarihinde görüşünü açıklamış ve 17 Şubat 2008 tarihinde kabul edilen bağımsızlık bildirgesinin genel uluslararası hukuka, 1244 sayılı (1999) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin aldığı karara veya Anayasal çerçeveye aykırı değildir ¹⁰⁹ şeklinde görüş beyan etmiştir. Bu karara rağmen Sırp'ların Kosova konusundaki iddiaları sürmüş, Belgrad'daki yönetim hala bu bölgenin Sırbistan'ın bir parçası olduğu konusunda ısrarcı olmuştur. Diğer yandan Kosova'da yaşayan Sırp azınlık, Kosova Parlamentosu'nun bağımsızlık ilan etmesine tepki göstermiş ve 28 Haziran 2008

¹⁰⁷ CAŞİN ve DERMAN, a.g.e. s. 322.

¹⁰⁸ SANCAKTAR, a.g.e. 2016: 458-459.

¹⁰⁹ Divan'ın kararında: 17 Şubat 2008 Bağımsızlık Bildirgesi'nde genel uluslararası hukukun ve BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararının ve Geçici Hükümet rejiminin ihlal edilmediği vurgulanmış ve bildirgenin uluslararası hukukun uygulanabilir olan herhangi bir kuralının ihlali olmadığı hükmüne varılmıştır. Divan, bildirgenin 1244 sayılı karar doğrultusunda oluşturulan rejime uygun yapıp yapılmadığını değerlendirirken, öncelikle bildirgeyi hazırlayanların kimler olduğuna bakmış ve bunların 1244 sayılı karar çerçevesi dışında, Geçici Anayasal Rejim Hükümeti'nin bir ögesi olarak harekette bulunmadıklarını, Kosova'daki halkın mümessilleri sıfatıyla hareket ettiklerini benimsemiştir. Bağımsızlık Bildirgesi'nin ilanının 1244 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı ve bu karar kapsamında yapılan düzenlemelerde bir ihlalin bulunup bulunmadığı neticesine ise 1244 sayılı karar doğrultusunda oluşturulan rejimin geçici oluşu sebebiyle ve nihai statüsünü tayin etmediği genel gerekçesi ile varmıştır. Divan'ın aldığı kararda, bağımsızlık ilanı eylemi ile bunun hukuksal sonuçlarının birbirinden ayrı tutulabileceği benimsenmiştir. Benzer şekilde Bağımsızlık Bildirgesi'nin de self-determination hakkı bağlamı dışında olsa bile bunun uluslararası hukukun ihlali anlamına gelmediği konusunda genel bir tespit yapmıştır. Divan'ın kararına göre, bağımsızlık bildirgesinin ilanı, bunun hukuksal kaynak ve dayanaktan ayrı olarak kendi başına uluslararası hukuku ihlal etmediğini; ancak bunun self-determination hakkı ya da bu hak bağlamı dışındaki bağımsızlık bildirgelerinin hukuksal dayanağının geçerli olduğunu onaylamak anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Neticede Divan, yalnızca eylemsel olarak bağımsızlık bildirgesini değerlendirmiştir. Fiilen hukuk camiasında ortaya koyduğu sonuca ve eyleme kaynaklık eden hak ile ilgili bir tespitte bulunmamıştır. Divan'ın Kosova bağlamında aldığı kararda self-determination hakkının ve "remedial secession" (düzeltici ayrılma), durum ve içeriğine ilişkin bir tespitte bulunmadığı gibi bundan kaçınmaya özen göstermiştir. Divan'ın tespitleri, self-determination hakkının niteliği ve kapsamı ile alakalı bilinen konuların tekrarından başka bir şey değildir. Dolayısıyla Divan'ın bu kararı Kosova'nın self-determination hakkını onayladığı anlamına gelmez. Divan yalnızca, bağımsızlık bildirgesi ilanı eylemini değerlendirmiş, ancak bağımsızlık bildirgesinin self-determination hakkı bağlamında hukuksal kaynak ve hukuksal sonuçlarıyla ilgili bir değerlendirmesinde bulunmamıştır. Çünkü Divan, sorulan sorunun içeriği doğrultusunda Genel Kurul'un sorusunda bağımsızlık ilanın hukuksal sonuçları hakkında soru sormadığını yalnızca self-determination hakkı kapsamında bir hakkı bulunup bulunmadığına ilişkin konuların Genel Kurulun sorusunun kapsamı dışında kaldığı değerlendirmesinde bulunmuştur. BAYILLIOĞLU, a.g.e. 304--305.

tarihinde Mitrovica’da Kosova-Metoya Parlamentosu’nu açmıştır. Bu parlamentoya 26 belediyeden seçilmiş olan Sırp, Boşnak, Roman, Gorani katılmıştır. Bu parlamentoda resmi olarak Kosova, BM, AB ve diğer Batılı devletler tarafından tanınmasa da Kosova’da yaşayan Sırp lar arasında etkili olmuş ve Belgrad’daki yönetim ile güçlü bağlar geliştirmiştir. Mitrovica’daki Kosova-Metoya Parlamentosu’nun amacı bölgede yaşayan az sayıda Sırp nüfusu korumak ve bu bölgenin Belgrad ile olan bağlarını koparmamaktır. Diğer yandan Priştine’deki Kosova Parlamentosu’nun amacı ise Kosova’yı Bağımsız bir Arnavut Devleti statüsüne getirmektir. Fakat Kosova’nın geleceği bölgede yaşayan topluluklar (Arnavut, Boşnak, Sırp, Türk, Roman, Goralı) tarafından belirlenmemektedir. Esasen belirleyici olanlar Amerika, İngiltere, Fransa, Almanya gibi Batılı devletlerdir. Çünkü 1999 Haziran’ından beri bölgenin yönetiminde fiilen bu dört Batılı emperyal devlet etkili olmaktadır. Bu devletler, önce Kosova’yı Sırbistan’dan kopartmışlar, sonra yeni bir Kosova devleti inşa etmişlerdir. Açıkça görülen şudur ki esas gücü elinde bulunduranlar bölgedeki yerel halklar ya da UÇK değil, yukarıda sözü edilen dört emperyal devlettir.¹¹⁰

7.5. Türkiye’nin Yaklaşımı

Kosova’da çatışmaların ilk ortaya çıktığı dönemde, Türkiye bunu Yugoslavya’nın bir iç meselesi olarak nitelendirmiş ve anayasal bakımdan Yugoslavya’dan ayrılma hakkı bulunmayan Kosova’nın bağımsızlığı düşüncesine sıcak bakmamıştır. Kosova’da çatışmaların başlamasıyla taraflara şiddeti durdurmak ve problemleri çözmek için “siyasi diyalog” başlatma çağrısı yapmış ve çatışan taraflar karşısında tarafsız kalmaya özen göstermiştir. O dönemde Türkiye, Balkanlarda, Orta Asya’da, Kafkasya’da, Ortadoğu’da takip ettiği bütün politikalarında bölge ülkeleriyle ve Batılı ülkelerle beraber hareket ediyordu. Kosova’da da böyle olmuştur. Türkiye, önceleri Yugoslavya’nın toprak bütünlüğünün ve hâkimiyetinin sürmesini sıkça vurgulamış, diğer tarafta Kosova’nın geniş kapsamlı bir özerkliğe sahip olması gerektiğinin üzerinde durmuştur. İzlenen bu politikaların, çatışan tarafları tam anlamıyla memnun ettiği söylenemez. Zamanla Kosova’da şiddet olayları tırmanınca Türkiye de NATO’yla birlikte hareket etmiş ve NATO’nun Kosova’ya askeri müdahalesine (1999) operasyonel destek vermiştir. Türkiye müdahaleye dâhil olurken, yine de çok yönlü hareket etmeye özen göstermiş, operasyon başladığında Kosovalı Arnavutların yanında yer almış ve Sırp yönetimine karşı tavrını sertleştirmiştir.¹¹¹ Türkiye, NATO operasyonu sonrasında Kosova’da barışı korumak amacıyla yerleştirilen uluslararası güce/KFOR Prizren, Mamuşa, Dragoş gibi Türkler’in yaşadığı bölgelerde tugay düzeyinde birliklerini görevlendirmiş, eğitimsel ve kültürel alanda bölgeye desteğini sürdürmüştür.¹¹²

Bağımsızlık ilanının (18 Şubat 1998) ardından Amerika, Fransa, İngiltere, Arnavutluk, Türkiye ve Amerika etkisindeki Afganistan ile Kosta Rika, Kosova’nın bağımsızlığını tanıırken, kısa bir süre sonra Almanya da tanıyanlar arasında yer almıştır. Fakat BM Güvenlik Konseyi’nin daimi üyelerinden Rusya ve Çin ile onların yanı sıra Avrupa Birliği üyeleri olan Yunanistan, Güney Kıbrıs, İspanya, Slovakya ve Romanya ise

¹¹⁰ SANCAKTAR, a.g.e. 2016: 458-459.

¹¹¹ COŞKUN, D. Birgül, ‘Kosova’nın Bağımsızlığı ve Türk Dış Politikası, (1990-2008)’, Uluslararası İlişkiler SSCI, Cilt: 7, Sayı, 27, 2010, s. 65.

¹¹² AKGÜN, a.g.e. 2012-b: s. 33.

Kosova'yı tanımamıştır.¹¹³ T.C. Dış İşleri Bakanlığı'nın internet sitesinde Kosova sayfasındaki verilerine göre, Kosova'nın bağımsızlığını tanıyan ülke sayısı 113 olarak belirtilmiştir. Ancak, çok sayıda ülke tarafından tanınmış olsa da BM Güvenlik Konseyi'nin veto yetkisine sahip 5 daimi üyesinden ikisi olan, Rusya ve Çin tarafından tanınmadığı sürece Kosova BM üyesi olamayacaktır.

7.6. Kosova'nın Bağımsızlığına Karşı Olanlar Neden Karşı Çıkıyorlar

Amerika, NATO ve AB'nin pek çok üyesi Kosova'nın bağımsızlığını tanıma konusunda hemfikirken, peki diğerleri neden karşıdır? Rusya, Yunanistan, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Sırbistan, İspanya ve Azerbaycan da Kosova'nın bağımsızlığına karşıdır. Yunanistan ve Kıbrıs Rum Kesimi'nin karşı çıkma nedeni Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin tanınmasına örnek teşkil edeceğinden kaynaklanmaktadır. Azerbaycan açısından bakıldığında, Ermenistan dışında hiçbir devlet tarafından tanınmayan ve Ermenilerin işgali altında bulunan Azerbaycan toprağı Karabağ'ın, Dağlık Karabağ Cumhuriyeti'ne örnek teşkil edeceği kaygısını taşımakta, İspanya ise özerk Bask Bölgesi ve Katolonya'nın da benzer sebeplerle bağımsızlık ilan etmesinden kaygı duymaktadır. Rusya'ya bakıldığında, onun karşı çıkma gerekçesi diğerlerinden farklıdır. Güney Osetya, Abhazya, KKTC vb. gibi durumlar söz konusu olduğunda Batılı devletlerin tanımaya karşı olduklarını ve çifte standartlı davrandıklarını dile getirmekte ve tepki göstermektedir. Örneğin Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin, KKTC'nin kırk küsur yıldır tanınmadığı halde Kosova'nın nasıl kolayca tanındığını eleştirmekte, Batılı Devletleri "ikiyüzlü" davranmakla itham etmekte ve "bundan utanmalısınız" diyerek eleştirmektedir.¹¹⁴

8. KOSOVA MÜDAHALESİNİN ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

BM Antlaşması Md. 2/3'e göre teşkilatın üyeleri arasındaki "uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde, barışçı yollarla çözerler." Md. 2/4'teki hükümde ise, "tüm üyeler, uluslararası ilişkilerde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek BM'nin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar"¹¹⁵ demektir.

BM üyesi devletler, bu sistem içinde kuvvet kullanmayla ilgili yetkilerinden Güvenlik Konseyi lehine feragat etmişlerdir. Dahası günümüzde uluslararası hukukta kuvvet kullanılmasını yasaklayan ilkenin artık uluslararası teamül hukuk kuralı durumuna geldiği ve bu sebeple tüm ülkeler açısından bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, günümüzde devletler meşru müdafaa ya da BM kararlarının yerine getirilmesi haricinde kuvvet kullanamazlar (BM Antlaşması: Md. 2/4, 39 - 41- 51). Dünyada barışın korunması ve sürdürülmesi görevi BM Güvenlik Konseyi'ne verilmiştir (Md. 24 -25) Kuvvet kullanma tekeli hukuksal açıdan bu nedenle Güvenlik Konseyi'ne bırakılmıştır. Güvenlik Konseyi dünya barışının bozulduğu ya da saldırı eyleminin ortaya çıktığı durumlarda bunların tespit edilmesinde (Md. 39) ve yeri geldiği zaman silahlı kuvvet

¹¹³ SANCAKTAR, a.g.e. 2016: s. 455.

¹¹⁴ ALİLİ, a.g.e. 2017: s. 32-33.

¹¹⁵ Birleşmiş Milletler Antlaşması, (1945). (<http://inhak.adalet.gov.tr>, 20 Temmuz 2020).

kullanılmasını gerektiren durumlar da dâhil olmak üzere zorlama tedbirlerine başvurabilir (Md. 41 - 42). Bu görevi yerine getirebilmesi için, BM Antlaşması Md. 43'e göre tüm üye ülkelerin Güvenlik Konseyi ile iki taraflı antlaşmalar yapması ve BM'ye askeri kuvvet sağlaması gerekmektedir. BM Antlaşması'nda belirtilen bu koşullar günümüze dek tamamıyla sağlanamamıştır. Soğuk Savaş sürecinde Güvenlik Konseyi fonksiyonlarını gerçekleştirmediği gibi 43. maddede belirtilen antlaşmalar da halen yapılamamıştır.

BM'nin kendisine ait askeri kuvveti bulunmamaktadır. Bunu sağlamak için istekli ve güçlü üyelerinin desteğine ihtiyacı vardır. Üye ülkeler ise bu tür durumlar söz konusu olduğunda öncelikli olarak kendi ulusal çıkarlarını göz önünde bulundurmakta ve bu doğrultuda hareket etmektedirler. BM sistemi, uluslararası hukukun hükümlerinin tümünün zorla gerçekleştirilmesini öngörmemiştir. İç hukukta olduğu gibi bir icra makamı bulunmamaktadır. Güvenlik Konseyi yalnızca barışı bozan olaylar söz konusu olduğunda konuyla ilgilenebilir. Konuyla ilgilendiğinde ise bir icra mekanizması bulunmadığından tam anlamıyla etkili olduğu söylenemez. Mevcut sistem yasaklar koyabilmekte ancak yeterince yaptırım gücüne sahip olamamaktadır.¹¹⁶

Diğer yandan BM Antlaşması'nın ikinci maddesinin dördüncü paragrafında bulunan kuvvet kullanma yasağının kapsamı ve anlamı halen tartışmalıdır. "Savaş ve savaşa başvurma kavramları yerine kuvvet kullanma ve kuvvet kullanma tehdidine" atıfta bulunulması onun en etkili özelliğidir. Bu şekilde "savaş teriminin" anlamıyla ilgili olarak, daha önceki belgelerde problem çıkarıcı teknik sıkıntılar bertaraf edilmiştir. Ayrıca BM Antlaşması'nda açıkça "savaşa varmayan zor kullanma eylemlerini de" içermektedir. Bu fiiller, kuvvet kullanımını gerektiren seviyede üye ülkelere yasak getirmiştir.¹¹⁷

BM Antlaşması, ilkesel olarak kuvvet kullanımını yasaklamasına rağmen kuvvete başvurma eylemlerinin varlığı sebebiyle çatışmalarla ilgili olarak uluslararası hukuk kurallarının gelişimi de halen devam etmektedir.¹¹⁸ Kuvvet kullanmada bahsedilen kuvvetten ne kastedilmektedir? Sözü edilen kuvvetin "silahlı kuvvet" olduğu yaygın kabul görmektedir. Diğer bir ifadeyle doğrudan doğruya silahlı kuvvet kullanılması mad. 2/4'ün ihlalidir. Öte yandan, bir devlet, başka bir ülkeye yönelik doğrudan doğruya "kuvvet kullanamaz," ayrıca bir ülkeye karşı kuvvet kullananlara üs sağlanması, eğitim ve malzeme desteğinde bulunulması da dolaylı yoldan kuvvet kullanma anlamındadır.¹¹⁹

BM Antlaşması'na göre kuvvet kullanma tehdidi veya kullanılması yasağı BM üyesi olsun ya da olmasın tüm devletler için geçerlidir. Ancak, bu yasak kapsamı dışında kalan iki eylem mevcuttur.¹²⁰ Bunlar: (a). BM Antlaşması'nın 51. maddesine göre girilen eylemler (meşru müdafaa),¹²¹ (b). BM Antlaşması'nın 7. Bölümünde yer alan Güvenlik

¹¹⁶ GÜNDÜZ, Aslan, "Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler Örnek Kararlar", İstanbul, 1998, s. 45.

¹¹⁷ TÜTÜNCÜ, N. Ayşe, "Uluslararası Hukuk – I", AÖF Yayını, No: 1537, No: 2567, Eskişehir, 2013, s. 124.

¹¹⁸ PAZARCI, Hüseyin, "Uluslararası Hukuk", 2007, s. 510.

¹¹⁹ TÜTÜNCÜ, a.g.e. s. 126.

¹²⁰ PAZARCI, a.g.e. s. 510.

¹²¹ TÜTÜNCÜ, a.g.e. s. 126.

Konseyi'nin yetkisi dâhilinde uluslararası barışın ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesisi amacıyla kuvvet kullanma yetkisiyle gerçekleştirilen eylemlerdir.¹²²

Yugoslavya'nın bombalanması konusuna uluslararası hukuk açısından bakıldığında, (Bir ülkeye yönelik müdahalede bulunabilmek için) göz önünde bulundurulması gereken kriterler arasında: Birincisi, "BM Antlaşması'nın 39. Maddesine göre Güvenlik Konseyi'nin barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi gerçekleştiğini saptaması. İkincisi, 42. Maddeye göre de her türlü kuvvet kullanımına izin vermesi gerekir." BM Güvenlik Konseyi, Kosova ile ilgili üç ana karar almıştır. Bu kararlardan 1199 sayılı olanında 39. maddeye göre Kosova'daki vaziyetin "bölgede barış ve güvenliğe karşı tehdit oluşturduğunu" tespit etmiştir; ancak kuvvet kullanmaya yönelik gereken diğer adım olan 42. Madde gereğince tedbir alınması doğrultusunda bir kararı olmamıştır. Bu sebeple NATO'nun bu eylemi 1199 sayılı kararda yapılan tespite dayanarak, BM kararına uyduğu söylenemez.¹²³

Öte yandan, Kosova müdahalesinin insani amaçlarla olduğuna dair görüşler de vardır. Kuvvet kullanımına meşruiyet kazandırmak amacıyla hukuki açıdan hala geçerli bir dayanağı bulunmasa bile "insani müdahale kavramına" sıkça atıf yapıldığı görülmektedir. "İnsani müdahale hakkı" veya "insani karışma" bir ülkenin başka bir ülkeye karşı o devlette yaşanan insan hakları ihlallerini ve insanlık dışı olan uygulamalarını engellemek amacıyla kuvvet kullanmasıdır.¹²⁴ Buna dayanarak, bir devlet kendi uyruğundakilere "temel insan haklarını" ihlal ederek, insanlık dışı muamelede bulunuyorsa bu mesele artık onun iç meselesi olmaktan çıkar ve bu durumda müdahalede bulunmak hukuka uygun hale gelir. Esasen, insani müdahalenin milletlerarası hukuka uygun olduğuna dair bir kural halen bulunmamaktadır. Bu nedenle ki "saf bir insani müdahale örneği bulunmadığı gibi, kötüye kullanımlara açık olması nedeniyle devletlerin ve yazarların" önemli bir kesimi böylesi müdahaleleri kabul etmemektedir.¹²⁵

İnsani nedenlerle gerçekleştirilen kuvvet kullanımındaki açmaz kusursuz bir çözüm bulmak mümkün değildir. Güvenlik Konseyi olsun ya da olmasın insanî müdahale gerçekleştirildiğinde her zaman bir şüphecilik mevcuttur. Yetkisiz gerçekleştirilen insani müdahaleye zemin hazırlayan NATO'nun, Kosova operasyonu bunu ortaya koymuştur. Hazırlık amaçlı yapılan korumanın ortaya çıkardığı gerçek, NATO operasyonunun ardından bir kez daha anlaşılmıştır. Önemli olan, sorunların çözümü ve barışın sürdürülmesi çabalarına daha fazla özen gösterilmesi ve önem verilmesinin gerekliliğidir.¹²⁶

Bağımsızlık ilanı sonrasında Kosova'nın kendi kaderini tayin etme hakkı (self-determination)¹²⁷ bulunup bulunmadığı ve bağımsız bir devlet olarak tanınip

¹²² ÇAKIR, 2003, a.g.e. s.1.

¹²³ KESKİN, Funda, 'Yugoslavya'nın Bombalanması ve Uluslararası Hukuk', Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt: 2, 1980-2001', (ed.), Baskın Oran, 2012, s. 512.

¹²⁴ ÇAKIR, a.g.e. s. 489.

¹²⁵ KESKİN, ss. 512.

¹²⁶ ÇAKIR, 2003, a.g.e. s.153.

¹²⁷ "Self Determinasyon: "Self Government," otonomi ya da muhtariyet, bağımsızlığın bahse konu olmadığı "özerk siyasal yönetim" anlamına gelen bir ifadedir. 3 anlama gelir. (1.) Politik, iktisadi,

tanınmaması çokça tartışılan konulardan biri olmuştur.¹²⁸ Birleşmiş Milletler Antlaşması'na göre tüm halkların kendi kaderlerini özgürce tayin etme hakları bulunmaktadır. Fakat bu konu BM üyesi ülkelerin toprak bütünlüğünü tehdit edecek veya bölünmesini onaylayacak biçiminde de yorumlanmamalıdır. Uluslararası hukuka göre, bir etnik topluluğun, içinde yaşadığı bir devletten ayrılmasının, hangi şartlarda meşru kabul edilebileceğine BM Antlaşması ve yargı kararlarında yer verilmiştir. Geçmişlerinde sömürge olmayan halkların genellikle ayrılmalarına değil, iç self-determination hakkına tolerans gösterilmektedir.¹²⁹ (İç self-determination, bir devletin iç yapılanmasını dilediği yönetim şeklini içeriden ya da dışarıdan herhangi bir baskıya maruz kalmadan seçebilmesidir.)¹³⁰

Bünyesinde azınlıkların bulunduğu devletin sınırları içerisinde kalması sağlanarak adem-i merkezîyetçi düzenlemelerin yapılması muhatabı olan devletten istenebilmektedir. Dolayısıyla Kosova, eski Yugoslavya Federasyonu'na bağlı iki özerk eyaletten biriydi. Bölgede Arnavutlar nüfusun çoğunluğunu oluştursa da ulus statüsüne sahip değildi. Anayasaya göre self-determination hakkı yalnızca federe cumhuriyetlere tanınmıştır.¹³¹ Self-determination hakkı milletlerarası hukukta açıkçası sadece sömürge durumundaki ülkelerin bağımsızlığı bakımından kabul görmekte ve diğer ayrılıkçı hareketler açısından ülke bütünlüğü ilkesi gereği kabul edilmemektedir. Bu sebeple self-determination hakkı bulunmayan toplumların bir devletten ayrılarak bağımsızlık ilan etmesi halinde böyle bir devletin uluslararası hukukta diplomatik olarak tanınması kabul görmemektedir.¹³²

sosyal ve “kültürel sistemini seçebilmek” (esasen pratikte demokrasi anlamında kullanılmaktadır). Bunun ilk örneği 14 Temmuz 1789 tarihli Fransız Devrimi'dir. Bu, iç anlama örnektir. (2.) I. ve II. Dünya Savaşı sonrasında bir de dış anlama sahip olmuştur. Bu terim, Başkan Woodrow Wilson'un ünlü 14 maddesinin 6. ve 7. maddelerinde yer almıştır.” Terimin uluslararası belgelere bu isim altında açık bir şekilde ilk kez girişi BM Antlaşması'nın 1. ve 55. Maddeleriyle olmuştur. Bu bakımdan 1950 senesinden itibaren “sömürgelerin bağımsızlaşması” anlamında kullanılmaktadır. (3.) Bağımsız olan bir ülkeden “ayrılma hakkı” anlamına gelir ki milletlerarası ilişkilerde pek de itibar görmez. Çünkü BM'deki 193 bağımsız üye ülkede “600-3000 yaşayan dilin ve 5000 kadar etnik grubun olduğu” yeryüzünde bu biçimde bir ayrılma hakkı domino etkisiyle diğerlerine de örnek teşkil edecektir. Bu durum karmaşaya neden olur. Milletlerarası ilişkilerde self determinasyonun “egemen ve bağımsız” bir devlette söz konusu olmayacağı “toprak bütünlüğü ve ulusal birlik ilkeleri” öncelikle önem taşımaktadır. Bunun yanı sıra eğer bir devletin ülkesinde ‘bölgesel bir kesinti varsa’ mesela arada bir başka devletin toprağı veya deniz bulunuyorsa ve parçalı yapı etnik vb. çok çeşitliyse ve bu ülke demokrasiye açık değilse “ayrılma hakkı” o vakit genelde kabul edilebilir çok da fazla itiraz olmaz. Bugün Batılı ülkelerde demokrasiye açık olmayan devletlerin “dış self determinasyona tabi olabileceği” şeklinde bir anlayış gelişmiştir. Ancak self determinasyon hakkı azınlıklara verilmez halklara verilir” GÜLGEZEN, Gönül, “Batı Trakya'da İnsan ve Azınlık Hakları İhlallerini Ulusal ve Uluslararası Boyutu”, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 20.

¹²⁸ BAYILLIOĞLU, a.g.e. s. 289-290.

¹²⁹ ÜLGER, a.g.e. s. 58.

¹³⁰ KOÇAK, Mustafa, 'Self Determinasyon Hakkı ve Self Determinasyon Hakkı Teorileri,' DÜHFD, Cilt 23, sayı 38, 2018, s. 102.

¹³¹ ÜLGER, a.g.e. s. 57.

¹³² TAŞDEMİR ve YÜRÜR, a.g.e. s. 144.

SONUÇ

Soğuk Savaş'ın ardından Avrupa'da ve tüm dünyada büyük değişimler yaşanmış ve bu değişimden pek çok devlet etkilenmiştir. Yaşanan gelişmeler, Balkan coğrafyasında bir dönüm noktası olmuş, bölge çok etnikli, çok kültürlü, çok dinli yapısı ve yükselen milliyetçilik akımlarıyla yeni bir Balkanizasyon sürecine girmiştir. Yugoslavya Federasyonu'nun en belirgin özelliği çok çeşitli milletlerin ve dinlerin iç içe geçtiği bir ülke olmasıdır. Buna rağmen Yugoslavya, bir zamanlar bölgenin en huzurlu ve en güçlü ülkesiydi. Ülke 1980'de Tito'nun ölümünden sonra çözülme sürecine girmiş, 1990'larda Slovenya ile başlayan dağılmanın son halkasını Kosova oluşturmuş, nihayetinde bölgede yeni mikro devletçikler ortaya çıkmıştır.

Günümüzde birçok devlet çok uluslu ve çok etnikli bir yapıya sahiptir. Dünyanın pek çok yerinde etnik topluluklar iç içe geçmiş durumdadır ve bunları birbirinden ayıracak kesin sınırlar çizmenin mümkünatı bulunmamaktadır. Kosova'da yaşanan durum uluslararası toplumda, çok sayıda mikro devletçiğin ortaya çıkmasına emsal teşkil edebileceği kaygısını uyandırmıştır. Eski Yugoslavya, altı Federe Cumhuriyet'ten ve iki özerk bölgeden oluşuyordu. Self-determination hakkı yalnızca Federe Cumhuriyetlere tanınmıştır. Yugoslavya Anayasası'na göre Kosova'nın statüsü özerk bölge olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla Kosova'nın self-determination hakkı bulunmuyordu. Kosova'da krizin tırmandırılması ve sonrasında yaşanan gelişmelerden Sırp lider Miloseviç sorumlu tutulmuştur. Sorunun kaynağı olarak onun izlemiş olduğu aşırı milliyetçi politikalar gösterilmiştir. Ancak Sırp-Arnavut etnik çatışmasının tarihsel kökleri vardır. Balkan coğrafyasında milliyetçilik süregelen bir olgudur ve coğrafyayı şekillendirmektedir.

Öte yandan Batılı güçler hegemonyalarını sürdürebilmek için insan hakları, azınlık hakları, demokrasi gibi kavramları ileri sürerek müdahalelerine gerekçeler bulmakta ve bu yolla operasyonlarına meşruiyet kazandırmaya çalışmaktadırlar. NATO müdahalenin haklı ve gerekli olduğunu, Kosova'da amaçlarının çekilen acıları sonlandırmak, bölgede güvenliğin ve istikrarın sağlanması olduğunu belirtse de müdahalenin Birleşmiş Milletleri pasifize ederek yapıldığı yaygın söylemlerden biridir. Müdahalenin insani nedenlerle yapıldığı gerekçelendirilse de Güvenlik Konseyi kararı çıkartılmadan yapılması sebebiyle uluslararası hukuk bakımından meşruiyeti tartışmalıdır. NATO'nun Kosova sorunuyla eş zamanlı olarak kendini yeniden tanımladığı bir dönemde gerçekleştirdiği müdahale alan dışı (üyesi olmayan bir devletin toprağı olması) ve savunma amaçlı olmayıp, zorlamaya yönelik oluşu nedeniyle, insani müdahale adı altında gerçekleştirilen bir emperyal müdahaledir. Amerika, İngiltere, Fransa ve Almanya'nın amacı yalnızca Kosova'da değil, Balkan coğrafyasında da askeri ve siyasal olarak varlığını sürdürmektir. Bu amaçla, Kosova Sırbistan'dan kopartılarak bölgeye asker yerleştirilmesi istenmiştir. Diğer taraftan Rusya'nın Balkanlarda etkili olması da istenmiyordu. Kuşkusuz, Rusya'nın Balkanlardaki en güçlü müttefiki Sırbistan'dır. Bölgede güçlü bir Sırbistan'ın olması demek, Rusya'nın da Sırbistan vasıtasıyla Balkanlarda nüfuzunu arttırması demektir. Bu durum, Batılı devletlerin menfaatleriyle uyumlu değildir. Sırbistan'ın gücünün kırılması, Rusya'nın Balkanlardaki etkisinin zayıflaması anlamına gelmektedir. İki kutuplu sistemin sürdüğü dönemde (1945-1990) Sovyetler, ABD'yi dolayısıyla NATO'yu dengeleyen bir süper güçtür. Bu sebeptendir ki Batı İttifakı SSCB'nin çöküşüne kadar askeri bir operasyon

gerçekleştirmemiştir. Sovyetlerin çöküşüyle birlikte, okyanus ötesi küresel bir güç olan ABD'nin önderliğindeki NATO'nun askeri müdahaleleri başlamış ve müdahaleler peş peşe gelmiştir. Balkanlarda ilk müdahale Bosna-Hersek'te yaşanan savaşta (1992-1995) Sırp güçlerine karşı yapılmış ve 1999 yılında NATO Kosova müdahalesiyle yeniden gündeme gelmiştir. Bosna-Hersek'te NATO- Barış Gücü olarak kısa süreli bir operasyon gerçekleştirilmiştir. Hâlbuki Kosova müdahalesi BM Güvenlik Konseyi'nden onay çıkmadan gerçekleştirilmiştir. NATO, Kosova'da 78 gün boyunca Sırp hedeflerini bombalamış, kapsamlı bir operasyonu ABD, Batı Avrupalı devletlerin ittifakıyla gerçekleştirmiştir.

NATO'nun yeni belirlediği stratejide, ulusal egemenlik ilkesi, devletlerarası ilişkiler, insan haklarına saygı ilkesine dayandırılmaktadır. NATO, bu bağlamda bundan böyle, istikrarsız bölgelerde insan hakları ihlalleri, etnik çatışmalar ve benzeri sebeplerle müdahalede bulunabilecektir. Görünen o ki bundan böyle dünya barışına tesir edebilecek benzer olaylar, devletlerin ulusal yetkisi dâhilinde görülmeyerek, ulusal egemenliğe saygı ilkesi pasifize edilerek geri plana çekilmektedir. Esasen, dünya siyasi sahnesinde uluslararası sorunların gündeme getirildiği örgütlerin başında Birleşmiş Milletler gelir. BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlar, BM'nin diğer organlarının aldığı kararlardan daha tesirlidir. Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesi olan Amerika, Rusya, Çin, İngiltere ve Fransa veto hakkına sahiptir. Örgütün günümüzdeki pozisyonu güçlü devletlerin başrolde olduğu, yüz doksan üç üye ülkenin oluşturduğu büyük bir topluluğun kısıtlı bir aracı olmasıdır.

Kosova'nın idaresi için oluşturulan Birleşmiş Milletler Kosova Geçici Yönetim Misyonu/UNMIK, BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararıyla kurulmuştur. Güvenliğin sağlanması ise NATO önderliğinde çok uluslu bir barış gücü olan KFOR tarafından üstlenilmiştir. BM Kosova Geçici Yönetim Misyonu, hukuksal perspektiften bakıldığında BM Güvenlik Konseyi'nin bir tali organıdır ve Kosova geçici bir rejimin yönetimindeyken, nihai statüsü hakkında müzakereler gerçekleştirilmiştir. Bu zaman dilimi içinde 17 Şubat 2008'de Kosova Parlamentosu tek yanlı aldığı bir kararla bağımsızlık ilan etmiştir. Bağımsızlık kararının ardından Kosova'nın self-determination hakkı olup olmadığı ve bağımsız bir devlet olarak tanınıp tanınmaması konusu çokça tartışılmıştır. Kosova, bağımsızlığını ilan ettiğinde ilk tanıyan ülkeler arasında Afganistan, ABD, Fransa, İngiltere, Türkiye, Almanya, Arnavutluk gibi ülkeler yer almıştır. BM Güvenlik Konseyi'nin Daimi üyelerinden olan Rusya ve Çin ile Avrupa Birliği üyelerinden Yunanistan, İspanya, Romanya, Güney Kıbrıs ve Slovakya Kosova'yı tanımamıştır. Kosova'nın bağımsızlığına Sırbistan'ın ardından net bir tavırla karşı çıkan ülke Rusya'dır. Kosova, bağımsız bir devlet olarak tanınma sorununu ABD ve diğer Batılı devletler İngiltere, Fransa ve Almanya'nın sağladığı destekle aşmaya çalışmıştır. Günümüz itibarıyla Kosova, 113 ülke tarafından tanınmıştır. Fakat BM Güvenlik Konseyi'nde veto yetkisi olan Rusya ve Çin Kosova'yı tanımamaktadır. Bu durum, Kosova'nın BM'ye üyeliği önünde bir engel teşkil etmektedir. "De facto" olarak tanınmış durumda olan Kosova'nın de jure olarak tanınmasındaki bu engelin aşılmasında, bu iki ülkenin tutumu değişmediği sürece BM sistemi ve diğer örgütlerde bu tür şekli engeller/büyük ikilemler (dilemma) tartışmaların ana kaynağını oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

ACAR, Z. Selin, 'Doktrinleşme Sürecindeki İnsani Müdahale: NATO'nun Kosova Müdahalesi ve Koruma Sorumluluğu Kavramı', Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi, C. 6. Sayı 1, 2015, ss. 113-131.

AKGÜN, Sibel, 'Kosova'da Yeniden Yapılandırma Çalışmaları Kapsamında Bugünkü Durum', Akademik Bakış, C. 5. No: 17, 2012-a, ss. 249-268.

AKGÜN, Sibel, 'Kosova Türkleri'nin Tarihten Bugüne Kimlik Mücadelesi', Sakarya Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü, Karadeniz Araştırmaları, Sayı 34, Yaz, 2012-b, ss. 11-36.

AKSOY, Metin, POLİSİ, Armand ve BÜYÜKÇİÇEK, Mehmet, 'Kosova: Kimin Barışı' Barışı Konuşmak: Teori ve Pratikte Çatışma Yönetimi, (der.) Nezir Akyeşilmen, ODTÜ Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2013.

ALİLİ, Teoman, "Yugoslavya Dersleri", 4. Baskı, E Yayınları Tic. Ltd. Şti., İstanbul, 2017.

ARI, Tayyar, "Uluslararası İlişkiler Teorileri", 9. Baskı, Aktüel Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., Bursa, 2018.

ARIBOĞAN, D. Ülke, AYMAN, Güler ve DEDEOĞLU, Beril, "Uluslararası İlişkiler Sözlüğü", (der.) Faruk Sönmezoğlu, (yay. ed.) Hande, O. Özdağ, 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

ARMAOĞLU, Fahir, "20. Yüzyıl Siyasi Tarihi", 18. Baskı, Alkım Kitabevi, İstanbul, 2012.

ARSAVA, Füsün, 'Self Determinasyon Hakkı ve Kosova', Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 5, No: 17, 2009, ss. 1-21.

ATEŞ, Davut, "Uluslararası Politika", 1. Baskı, Dora Basım-Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Bursa, 2013.

AYTOĞU, O. Çağatay, "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları Doğrultusunda İnsani Müdahale", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2016.

BALCI, Ali, 'Kosova: Arnavut Sorununun Kilit Bölgesi', Dünya Çatışmaları: Çatışma Bölgeleri ve Konuları, (ed.) Kemal İnat, Burhanettin Duran ve Muhittin Ataman, 1. Cilt, 3. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım Tic. Ltd. Şti. Ankara, 2010.

BAŞ, Numan, "Kosova Sorununun Ortaya Çıkışı ve Balkanlar Üzerine Etkileri", Yüksek Lisans Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, 2009.

BERBEROĞLU, Enis, 'Kosova Ordusu ve Balkan Yolu', *Hürriyet Gazetesi*, 14 Haziran <http://www.hurriyet.com.tr/enis-berberoglu-kosova-ordusu-ve-balkan-yolu-39085427>, 1999, (E. T. 30.08.2019).

BAYILLIOĞLU, Uğur, 'Uluslararası Adalet Divanı Kosova'nın Kendi Kaderini Tayin Hakkını Onayladı mı?', TBB Dergisi, 2011, (92). ss. 287- 311.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (1945). <http://inhak.adalet.gov.tr> (E.T. 20 Temmuz 2020).

BOOT, Max, "Görünmeyen Ordular Gerilla Tarihi", İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2014.

ÇAŞIN, M. Hakkı “Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları”, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019.

ÇAŞIN, M. Hakkı ve Giray, S. Derman “Rus Dış Politikasındaki Değişim ve Kremlin Penceresinden Yeni Ufuklar”, Sırt Yayınları, Ankara, 2016.

CRETU, Valeri, “Soğuk Savaş Sonrasında Rusya Federasyonu’nun Yugoslavya Krizlerine Yönelik Politikası”, Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.

COŞKUN, D. Birgül, ‘Kosova’nın Bağımsızlığı ve Türk Dış Politikası, (1990-2008)’, Uluslararası İlişkiler SSCI, Cilt: 7, Sayı, 27, 2010, ss. 51-86.

ÇAKIR, Mustafa, ‘İnsani Müdahale Hakkı’, Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2003.

ÇAKIR, Mustafa, ‘Çok Kutuplu Dönemden Günümüze Asya, Avrupa ve Afrika’da Yapılan İnsani Müdahalelere Yaklaşımlar’, 2015, ss. 485-500. (E.T.30.08.2019).

ÇELİK, Ümit, ‘Rusya-ABD İlişkileri I: Berlin Duvarının Yıkılışından Kosova Savaşına, (1989-2000)’, Putin’in Ülkesi: Yeni Yüzyıl Eşiğinde Rusya Federasyonu Analizi, (ed.) İrfan, K. Ülger, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

DEMİREL, Nuri, ‘Kosova’nın Temel Dinamikleri’, İstanbul Üniversitesi, Sosyoloji Konferansları Dergisi, 2011, ss. 56-73.

DOĞAN, Nejat, ‘Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı: BM Sisteminin Temel İlkeleri, BM Şartı Paradigmasının Değişimi ve Türkiye, Uluslararası İlişkilerde Güncel Konular ve Türkiye, (ed.) Cenap Çakmak, Nejat Doğan ve Ahmet Öztürk, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

EFEĞİL, Ertan “Devlet İçi Çatışmalar ve Çatışma Yönetimi”, Yayınlanmamış Ders Notu, Sakarya, 2014.

ERALP, D. Ulaş, ‘Uluslararası Çatışma Müdahalelerinde Meşruiyet Kavramı’, Çatışmadan Uzlaşmaya: Kuramlar, Süreçler ve Uygulamalar, (der.) Nimet Beriker, 1. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

ERCAN, G. Pınar, ‘Uluslararası Müdahale’, Uluslararası İlişkilere Giriş, (ed.) Şaban Kardeş ve Ali Balcı, 1. Baskı, Küre Yayınları, İstanbul, 2014.

ERMAĞAN, İsmail ve SATICI, Gökhan, ‘Uluslararası Siyasette Kosova’nın Bağımsızlığına Dair Temel Meseleler ve Türkiye’nin Genel Balkanlar Politikası’, Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 21, Sayı 3, 2012, ss. 371-390.

FARUK, Muhammed, ‘Müslüman Kosova’nın Dünü Bugünü’, (T.Y.), <http://www.enfal.de/tarih28.htm>, (E. T. 30.08.2019).

GALTUNG, Johan, ‘Emperyalizmin Yapısal Teorisi’, Uluslararası Barış Araştırmaları Enstitüsü, Oslo Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler, C. 1, Sayı 2, 2004, ss. 25-46.

GÖZEN, Ramazan, “Uluslararası İlişkiler Teorileri”, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.

GÖNLÜBOL, Mehmet, “Uluslararası Politika”, 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014.

GÜLGEZEN, Gönül, “Batı Trakya’da İnsan ve Azınlık Hakları İhlallerinin Ulusal ve Uluslararası Boyutu”, Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,

Uluslararası İlişkiler Ana Bilim Dalı, 2018.

GÜNDÜZ, Aslan, "Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler Örnek Kararlar", 3. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. , İstanbul, 1998.

GÜRSES, Emin, "İnsan Hakları Diplomasisi", 1. Baskı, Bağlam Yayıncılık, İstanbul, 2001.

GÜRSES, Emin, "Etnik Temelli Terör Can Almaya Devam Ediyor: Uluslararası Sistemin Kısacasında Etnik Terör", 1. Baskı, Profil Yayınları, İstanbul, 2007.

HEYWOOD, Andrew, "Küresel Siyaset", 1. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, 2013.

HOOK, W. Steven ve SPAINER, John, "Amerikan Dış Politikası", İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2014.

JELAVICH, Barbara, "Balkan Tarihi" , 2. Cilt, 3. Baskı, Küre Yayınları, İstanbul, 2009.

KADRIAJ, Shqipran, 'Kosova Sorunu', Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008.

KARAKOÇ, Jülide, 'ABD'nin Soğuk Savaş Sonrası Hegomonya Çabaları Etkisinde NATO'nun Kosova Müdahalesi', Ankara Gazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 8/1, 2006. ss. 227-242.

KESKİN, Funda, 'Yugoslavya'nın Bombalanması ve Uluslararası Hukuk', Türk Dış Politikası, Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular, Belgeler, Yorumlar, Cilt: 2, 1980-2001', (ed.), Baskın Oran, 13. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.

KOÇAK, Mustafa, 'Self Determinasyon Hakkı ve Self Determinasyon Hakkı Teorileri,' DÜHFD, Cilt 23, Sayı 38, 2018, ss.85-148.

LEVENT, Zeynel, 'Tarihi Süreçte Kosova', Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü, Atatürk Yolu Dergisi, Sayı 52, 2013, ss. 853-874.

OĞULTÜRK, M. Cem, 'Kosova'nın Bağımsızlık Süreci Kapsamında ABD Dış Politikasının Analizi', Güvenlik Stratejileri Dergisi, Yıl, 10, Sayı 19, 2015, ss. 99-132.

ÖZERDEM, Alpaslan, "Barış İnşası Kuram ve Uygulaması", 1. Baskı, Nobel Yayınevi, Ankara, 2013.

PAZARCI, Hüseyin, "Uluslararası Hukuk", 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

PROGONATI, Erjada 'Etnik Arnavutların Arnavutluk Dış Politikasında Etkisi', Karadeniz Araştırmaları, Sayı 37, Bahar, 2013, ss. 159-182.

SANCAKTAR, Caner, "Özyönetim Düşüncesi", 1. Baskı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2015.

SANCAKTAR, Caner, 'NATO'nun Kosova Müdahalesi: Emperyalist Müdahaleye Bir Örnek', Uluslararası Güvenlik, (ed.) Hasret Çomak, Caner Sancaktar ve Sertif Demir, 1. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016.

SANCAKTAR, Caner, "Yugoslavya'da Sosyalist Özyenetim Deneyimi", Doruk Yayınları, İstanbul, 2018-a.

SANCAKTAR, Caner, 'Kosova'da Uluslararası Himaye Yönetimi', Balkan and Near Eastern Journal of Social Sciences, Balkan ve Yakın Doğu Sosyal Bilimler Dergisi, 4, (04), 2018-b, ss. 63-71.

SANCAKTAR, Caner, 'Sosyalist Yugoslavya'nın Yıkılışında Hırvat Milliyetçiliğinin Rolü', Akademik İncelemeler Dergisi, 14/1, 2019, ss. 51-86.

- SANDER, Oral, “Türkiye’nin Dış Politikası”, (der.) Melek Fırat, 4. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013-a.
- SANDER, Oral, “Siyasi Tarih: 1918-1994”, 22. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2013-b.
- SAVAŞ, Hüseyin, ‘Dünü ve Bugünüyle Kosova Sorunu-II’, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, C. 25, No:1, Mayıs -2001, ss. 101-111.
- TAŞDEMİR, Fatma ve YÜRÜR, Pınar, ‘Kosova Sorunu: Tarihi ve Hukuki Bir Değerlendirme’, G.Ü. İ.İ.B.F. Dergisi, Sayı 3, (1999), ss. 135-157.
- T.C. Dış İşleri Bakanlığı, Bölgeler, “Kosova”, <http://www.mfa.gov.tr/sub.tr.mfa?b4f0d171-653d-4d42-9600-5b0d95678270>, (E. T. 25.08.2019).
- TOPRAK, N. Gökhan ve TATAR, Volkan, ‘Türk Dış Politikasında Uluslararası İnsani Müdahale’, Uluslararası Güvenlik, (ed.) Hasret Çomak, Caner Sancaktar ve Sertif Demir, 1. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2016.
- TORUN, Abdullah, ‘İngiliz Okulu Perspektifinden NATO’nun Kosova Müdahalesi’, Uluslararası İlişkilerde Teoriden Pratiğe Güncel Yaklaşımlar, (ed.) Sibel Turan ve Nergiz Ö. Köroğlu, 1. Baskı, Dora Basım-Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Bursa, 2015.
- TÜTÜNCÜ, N. Ayşe, “Uluslararası Hukuk – I”, AÖF Yayını, No: 1537, Anadolu Üniversitesi Yayını, No: 2567, Eskişehir, 2013.
- UÇAROL, Rıfat, “Siyasi Tarih: 1789-2001”, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2008.
- ÜLGER, K. İrfan, ‘Yugoslavya’nın Parçalanmasında ‘Anavatan Kosova’ Efsanesinin Rolü’, Bölgesel Politikalar, (ed.) Hasret Çomak, 1. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2009.
- ÜLGER, K. İrfan, ‘Kosova’nın Bağımsızlığının Self Determinasyon Çerçevesinde Analizi’, KOSBED, 31, 2016, ss. 39-64.
- ÜLGER, K. İrfan, “Yugoslavya Neden Parçalandı: Balkan Dramının Perde Arkası”, 2. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2016.
- ÜLMAN, Haluk, “1. Dünya Savaşı’na Giden Yol ve Savaş”, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.
- VIOTTI, R. Paul ve KAUPPI, V. Mark, “Uluslararası İlişkiler ve Dünya Siyaseti”, (çev.) Ayşe Özbay Erozan, 5. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 2014.
- VOLKAN, D. Vamık, “Kimlik Adına Öldürmek”, 2. Baskı, Everest Yayınları, İstanbul, 2009.
- YAŞIN, K. Gözde, ‘21. Yüzyıl Başında Balkanlar’ 21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü Balkan ve Kıbrıs Araştırmaları Merkezi Başkanı, Sayı 25, 11 Ocak, 2017. ss.63-69. https://www.rumelifed.org.tr/wpcontent/uploads/2017/11/21_yy_ba%C5%9F%C4%B1nda_balkanlar.pdf (E.T. 27.10.2019).
- YILMAZ, Sait, “Uluslararası Güvenlik”, 1. Baskı, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2017.
- “Güney Slavları”, https://www.turkcebilgi.com/g%C3%BCney_slavlar%C4%B1 (E.T. 28.10.2019).

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN İHTİYATÎ TEDBİR KARARI VEREBİLMESİ VE KARARIN DENETİMİ***Dr. Öğr. Üyesi Cemil SİMİL******ÖZ**

İlk derece mahkemelerinin ihtiyatî tedbir taleplerinin reddi kararlarına karşı kanun yoluna gidilebilir. Bu durumda bölge adliye mahkemesi, koşulları gerçekleşmişse istinaf başvurusunu kabul ederek ihtiyatî tedbir talebi hakkında bizzat karar verebilir. Karşı tarafa itiraz imkânı tanınmadan bölge adliye mahkemesi tedbir kararı vermişse, dava ilk derece mahkemesinde görülse dahi bu karara karşı ilk derece mahkemesinde itiraz edilebilir.

İhtiyatî tedbir sadece ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında değil, bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında da talep edilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ihtiyatî tedbir talepleri hakkında verilen kararların denetimine yönelik düzenlemeler dikkate alındığında ve etkin hukukî korumanın sağlanması, keyfi ve hukuka aykırı kararların verilmesinin önlemesi için bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında verilen tedbir kararlarının da denetlenmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen ihtiyatî tedbirlerin teminat karşılığında veya durum ve koşulların değişmesi sebebiyle değiştirilmesi veya kaldırılması mümkündür.

Anahtar Kelimeler: İhtiyatî tedbir, itiraz, kanun yolu, istinaf, temyiz.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27/11/2020
Kabul Edildiği Tarih: 24/12/2020

** İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku ABD Öğretim Üyesi
E-Mail: c.simil@iku.edu.tr
ORCID: 0000-0002-5353-7624

ADJUDICATION OF A TEMPORARY INJUNCTION BY THE COURTS OF APPEAL AND IT'S JUDICIAL REVIEW

ABSTRACT

Rejection of a temporary injunction by a court of first instance may be appealed. In this case, the regional court of appeal shall decide on the temporary injunction request on the merits and grant the temporary injunction, if the prerequisites are met. If the temporary injunction is granted by a regional court of appeal without hearing the opposing party, the opposing party may plea to the temporary injunction, even if the case is pendent by a court of first instance.

A temporary injunction shall be requested from not only the courts of first instance, but also the regional courts of appeal. Considering the provisions regarding the judicial review of the decisions regarding the temporary injunction requests in the Code of Civil Procedure, it should be accepted that it is possible to review the temporary injunction decisions made during the trial in the regional court of appeal in order to ensure effective legal protection and to prevent arbitrary and unlawful decisions.

In addition, it is possible to change or dissolve the temporary injunctions granted by the regional courts of appeal by way of security or due to changes in the situation and conditions.

This article examines when regional courts of appeal may adjudicate a temporary injunction and the judicial review of this adjudication.

Keywords: Temporary injunction, plea to the temporary injunction, appellate remedy, appeal, cassation

GİRİŞ

İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce talep edilebileceği gibi dava görülürken de talep edilebilir¹ (m. 390). Bu talep üzerine inceleme yapan mahkeme tedbir talebini kabul edebileceği gibi tedbir talebini reddedebilir (m. 391). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341 ve 391. maddelerine göre ihtiyatî tedbir taleplerinin reddi kararları ile 394. maddesine göre ihtiyatî tedbir kararlarına itiraz hakkında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir. 7251 sayılı Kanun'la ihtiyatî tedbir kararı, karşı taraf dinlenilerek verilmişse, bu karara karşı da kanun yoluna gidilebileceği açıkça düzenlenmiştir.

İlk derece mahkemesinin ihtiyatî tedbir talebinin reddine ilişkin kararına karşı kanun yoluna başvurulması üzerine bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusunu kabul ederek ihtiyatî tedbir talebi hakkında bizzat karar verebilir. İhtiyati tedbir hakkında kanun yoluna başvurabilmek için, davanın esası hakkında kararı beklemeye gerek yoktur; ilk derece mahkemesinin davanın esası hakkında kararıyla ilgili istinaf başvurusu yapılmadan veya istinaf başvurusu ile birlikte de ihtiyatî tedbir talebinde bulunulabilir.

İlk derece mahkemesinin kararı üzerine tedbir hakkında kanun yolu incelemesi yapan ve tedbir hakkında karar verebilen bölge adliye mahkemesi, aynı zamanda istinaf başvurusunu kabul etmesi üzerine veya kendisinin ilk derece mahkemesi olarak uyuşmazlığı gördüğü hâllerde, talepte bulunulması halinde de ihtiyatî tedbir hakkında karar verebilir. Bölge adliye mahkemelerinin uyuşmazlığın esası hakkında inceleme yaptığı hâllerde de ihtiyatî tedbir kararı verebileceği doktrinde kabul edilmektedir. Ancak bazı bölge adliye mahkemeleri, aksi yönde kararlar vermektedirler. Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin ihtiyatî tedbir talepleri hakkında verdiği kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği yönünde uygulamada kararlar bulunmakla birlikte, doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Tüm bu değerlendirme ve tartışmalar dikkate alınarak bu çalışmada bölge adliye mahkemelerinin hangi durumlarda ihtiyatî tedbir kararı verebileceği ve bu kararların denetiminin nasıl olması gerektiği inceleme konusu yapılacaktır.

I. KANUN YOLUNA BAŞVURU ÜZERİNE BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN İHTİYATİ TEDBİR KARARI VEREBİLMESİ

1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 390. maddesine göre ihtiyatî tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden; dava açıldıktan sonra ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilmektedir. İlkinde henüz bir dava, yani nihaî hukukî koruma talebi yokken, bağımsız bir şekilde geçici hukukî koruma

¹ KURU, Baki, Medenî Usul Hukuku El Kitabı C. II, Ankara 2020, s. 1263; KURU, Baki/AYDIN, Burak, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2020, s. 463; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İhtiyatî Tedbirler, İstanbul 1981, s. 45; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul 2020, s. 575; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020, s. 584; YILMAZ, Ejder, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri C. 1, Ankara 2001, s. 178; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2020, s. 701; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2020, s. 342; KARSLI, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2020, s. 735; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 9. Bası, Ankara 2020, s. 726.

olarak tedbir talep edilirken, ikincisinde mevcut bir dava içinde tedbir talebi söz konusudur. Dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir talebinin reddi halinde, bu karara karşı kanun yolu incelemesi için istinaf yoluna başvurulması ile dava sırasında ihtiyatî tedbir talebinin reddi üzerine istinaf başvurusunda bulunulması kural olarak farklılık göstermemektedir. Bu nedenle bölge adliye mahkemesinin verebileceği kararlar ve bu kararlarının denetimi birlikte değerlendirilecektir.

Bölge adliye mahkemeleri, hakem kararlarının iptali davalarında olduğu gibi bazı uyuşmazlıklar bakımından ilk derece mahkemesi olarak görev yaparlar. Bölge adliye mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak uyuşmazlığı gördüğü hâllerde de gerek dava açılmadan önce gerekse dava sırasında ihtiyatî tedbir talebinde bulunulabilir. Bu durumda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389 ve devamı maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Bölge adliye mahkemelerinin ihtiyatî tedbir talepleri hakkında verdikleri kararlara karşı konulmasında aynı şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391 ve 394. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alınacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendindeki, geçici hukukî korumalar hakkında verilen kararların temyiz edilemeyeceğine ilişkin hüküm de buna engel değildir. Ancak bu husus, istinaf başvurusunun kabulü üzerine davanın bölge adliye mahkemesinde görülmesi sırasında verilen tedbir kararlarına karşı konulması ile aynı sonuca tabi olduğu için aşağıda incelenecektir².

2. İhtiyatî Tedbir Talebinin İlk Derece Mahkemesi Tarafından Reddedilmesi Üzerine İstinafa Başvurulması Hâlinde

a. Bölge Adliye Mahkemesinin İhtiyatî Tedbir Hakkında Karar Verilmesi İçin Dosyayı İlk Derece Mahkemesine Göndermesi

Dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir talepleri, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir (m. 390/1). Bu talebin reddi hâlinde talepte bulunan, kanun yoluna başvurabilir (m. 341/1, b. b; m. 391/3).

İhtiyatî tedbir talebinin reddi kararına karşı istinaf yoluna başvurulması durumunda bölge adliye mahkemesi, iki şekilde karar verebilir³. Birincisi, tedbir hakkında istinaf başvurusunun reddi kararıdır. Bu durumda, bölge adliye mahkemesinin verdiği karar kanunen kesin olup temyiz edilemez (m. 361/1, b. f).

İkincisi, bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu kabul edebilir. Bu durumda da bölge adliye mahkemesi değişik ihtimallere göre dosyayı kararı veren mahkemeye ya da başka bir ilk derece mahkemesine gönderebileceği gibi kendisi de ihtiyatî tedbir talebi hakkında bizzat karar verebilir. Zira ihtiyatî tedbir talebinin reddi kararına karşı istinaf yoluna başvurulması hâlinde de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesi kural olarak uygulama alanı bulacaktır.

² Bkz.: aça. II, 4.

³ Bölge adliye mahkemesince verilecek kararlar hakkında genel bilgi için bkz.: KURU, El Kitabı, s. 1378 vd.; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 361-362; ÖZEKES, Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, 2264 vd.; AKİL, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 319 vd; AKKAYA, Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 313 vd.; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, "İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar", TBBD, S. 134, Y. 2018, s. 330 vd.; BOZTAŞ, Nevzat, Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf, İstanbul 2020, s. 215 vd.

Bölge adliye mahkemesi, ihtiyatî tedbir talebinin reddi kararını kaldırarak, talebin yeniden incelenmesi için dosyayı kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir mahkemeye ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verebilir (m. 353/1, b. a)⁴. Özellikle ihtiyatî tedbir talebi bakımından mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya kesin yetki nedeniyle yetkisizlik kararı vermiş olması durumunda, bölge adliye mahkemesi bu kararı kaldırarak dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verir. Bölge adliye mahkemesi bazı durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 390. maddesini dikkate alarak esas hakkında görevli ve yetkili başka bir mahkemeye de gönderebilir. Özellikle karşı taraf dinlenmişse veya istinaf başvurusuna karşı taraf cevap vermişse, bölge adliye mahkemesi karşı tarafın bu konudaki itirazlarını da dikkate almalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, bölge adliye mahkemesinin kendi yargı çevresi içinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine de dosyayı gönderebileceği düzenlenmesine rağmen, ihtiyatî tedbir kararına esas hakkında görevli ve yetkili mahkeme karar verebileceği için ve tedbir kararının uygulanmasından sonra, esas hakkında dava açılması gerektiği dikkate alındığında, bölge adliye mahkemesinin dosyayı esas hakkında yetkili olmayan başka bir mahkemeye göndermemesi gerekir.

İhtiyatî tedbir talebinin kabulüne karar verilebilmesi için tedbir talebinde bulunan, ihtiyatî tedbir sebebinin ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır (m. 390/3)⁵. Bölge adliye mahkemesi, tedbir talebini reddeden mahkemenin, yaklaşık ispat ölçüsünde karar vermeyi mümkün kılmayacak derecede delilleri toplamamış olduğunu tespit etmişse, bu red kararını kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi gerekir. Zira bu durumda ihtiyatî tedbir talebinin kabulü için aranan yaklaşık ispatın varlığı belirlenemeyeceği için bölge adliye mahkemesinin bizzat kendisi tedbir talebi hakkında karar veremeyecektir.

Bununla birlikte delillerin toplanmasındaki eksiklik, bölge adliye mahkemesi tarafından daha hızlı ve kolay giderilebilecek nitelikte ise, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmemesi ve eksikliğin bölge adliye mahkemesi tarafından giderilmesi gerekir. Aynı şekilde, ilk derece mahkemesinde deliller toplanmış, ancak deliller önemli ölçüde değerlendirilmemiş olsa dahi, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak, dosyayı ilk derece mahkemesine

⁴ İstinaf incelemesi neticesinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz.: AKKAYA, Tolga, "İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi", MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara 2018, s. 115 vd.

⁵ KURU, El Kitabı, s. 1276; ARSLAN, Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 10-11; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s. 577; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 585; YILMAZ, Hukuki Himaye, s. 893 vd.; DEREN YILDIRIM, Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyatî Tedbirler, 2. Bası, İstanbul 2002, s. 56 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 702; BUDAK/KARAASLAN, s. 342; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 728-729; KARSLI, s. 736; DİRENİSA, Efe, "İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.11, S. 25, Y. 2019, s. 103-105; ÖZKÖK, Süleyman, İhtiyatî Tedbirler, Ankara 2002, s. 42; AYER, Burak, "İhtiyatî Tedbir Kararına Karşı Başvurma Yolları", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 63-64.

göndermemesi gerekir. 7251 sayılı Kanun’la Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353. madde birinci fıkrası (a)-6’da yapılan “Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması” şeklindeki değişiklik de bu sonuca ulaşmamıza engel olmamalıdır^{6 7}.

⁶ Nitekim Yargıtay da söz konusu değişiklikten sonra verdiği yeni bir kararında, ilk derece mahkemesince tarafların gösterdikleri delillerin çoğu toplanmışsa, HMK m. 353/1, b. a-6 uyarınca eksik hususların tamamlanması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin doğru olmadığını, eksik delillerin bölge adliye mahkemesince toplanması ve daha sonra bölge adliye mahkemesinin tüm delilleri birlikte değerlendirilerek bir karar vermesi gerektiğini kabul etmiştir. “[...]Bölge Adliye Mahkemesince davalı idare vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile eksik inceleme sebebiyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine dair hüküm kurulduğundan HMK 353/1-a-6 maddesi uyarınca karar verildiği görülmektedir. HMK’nun 353/1-a-6 maddesinde ise, ilk derece mahkemesince, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması halinde, esasa ilişkin inceleme yapılmadan kararın kaldırılmasına kesin olarak karar verileceği düzenlenmiştir. ... Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353.maddesinde, bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır. Kanunda sayılan geri gönderme sebepleri arasında “delillerin eksik toplanması” bulunmamakta olup “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş” olması vardır. Taraflarca gösterilen ve ilk derece mahkemesince toplanan deliller davanın esası hakkında hüküm kurmaya yeterli olduğundan Bölge Adliye Mahkemesince Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353/1-a-6 maddesi uyarınca eksik hususların ikmali için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine dair kesin verilen kararın HMK’nun 369. maddesinde belirtilen ‘Kanunun açık hükmüne aykırılık’ teşkil ettiği, bu itibarla bölge adliye mahkemesince verilen kararın temyizinin mümkün olduğu sonucuna varıldığından... Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesinin 28.02.2019 tarihli temyiz isteminin reddine ilişkin ek kararın kaldırılmasına karar verildikten sonra işin esasının incelenmesinde; İlk derece mahkemesince tarafların gösterdikleri delillerin çoğu toplandığından Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353/1-a-6. maddesi uyarınca eksik hususların ikmali için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, eksik delillerin toplanması konusunda özellikle HMK’nun 353, 354 ve 373. maddeleri ele alındığında da, kanundaki düzenleme karşısında bölge adliye mahkemesince verilen kararın yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu maddelere bakacak olursak; HMK’nun 353/1-b-3 maddesinde; “Yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise bunların tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında duruşma yapılmadan karar verilir” HMK’nun 354. maddesinde “(1) Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairesince inceleme, davanın özelliğine göre heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır. (2) İnceleme sırasında gereken hâllerde başka bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi istinabe edilebilir. Yine HMK’nun 357/3. maddesinde “İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelenmeden reddedilen veya mücbir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilir.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen hükümler değerlendirildiğinde; eksik delillerin bölge adliye mahkemesince toplanması gerektiğinden bölge adliye mahkemesince toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, Doğru görülmemiştir. Davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenle HMK’nun 371.maddesi uyarınca BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, 07/10/2020 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay, 5. HD, 07.10.2020, 4675 E., 8340 K. (Lexpera).

⁷ Bu değişiklik ile ilgili detaylı değerlendirme için bkz.: PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, TBBD 2020, S. 150, s. 285 vd.; ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ,

Özellikle ihtiyatî tedbirin geçici hukukî koruma sağlaması ve bölge adliye mahkemelerinin verdiği ihtiyatî tedbir kararlarının denetlenebilmesi, bu sonuca ulaşmamızı kolaylaştırmaktadır. Ayrıca ihtiyatî tedbirin amacının gerçekleşebilmesi ve tedbir talebi hakkındaki kararın acele verilmesi gerekliliği de dikkate alındığında, bölge adliye mahkemesinin delilleri değerlendirerek ihtiyatî tedbir talebi hakkında bizzat karar verebilmesi gerekir. Burada önemli olan, bölge adliye mahkemesinin ihtiyatî tedbir talebi hakkında karar verebilmesi için gerekli olan yaklaşık ispat faaliyetinin yerine getirilmiş olmasıdır. Bu yerine getirilmişse, bölge adliye mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine, ihtiyatî tedbir talebinin kabulüne karar vermelidir.

b. Bölge Adliye Mahkemesinin İhtiyatî Tedbir Talebi Hakkında Bizzat Karar Vermesi ve Bu Kararın Denetlenmesi

İhtiyatî tedbir görevli ve yetkili mahkemeden talep edilmesine ve ayrıca talep hakkında karar verilebilmesi için gerekli delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine rağmen ihtiyatî tedbir talebi reddedilirse, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu kabul etmesi durumunda ihtiyatî tedbir talebinin reddi kararını kaldırması ve ihtiyatî tedbire doğrudan kendisinin karar vermesi gerekir. Zira bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu 353. madde birinci fıkra (b)-2 uygulama alanı bulacak ve bölge adliye mahkemesi, ihtiyatî tedbir talebinin kabulü ile gerekli tedbire bizzat kendisi karar verecektir. Uygulamada da bölge adliye mahkemeleri, ihtiyatî tedbir talebinin kabulü için aranan yaklaşık ispatın gerçekleştiği hâllerde, ilk derece mahkemesinin ihtiyatî tedbir talebinin reddi kararını kaldırmakta ve ihtiyatî tedbire bizzat karar vermektedirler⁸.

Sema/KALE, Serdar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", TBBD 2020, S.149, s. 141 vd.

⁸ "[...]Diğer taraftan, ihtiyati tedbir talebinin kabul edilebilmesi bakımından HMK'nun 390/3. maddesinde ihtiyati tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, Yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda "...hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimalde olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini göz ardı edemez... bu sebeptir ki haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması..." hükme bağlanmıştır. İhtiyati tedbirin uygulanması sonucu, karşı tarafın zarar görme tehlikesi bulunduğu HMK'nın 392. maddesinde tedbire karar verilirken talepte bulunandan teminat alınması öngörülmüştür. İhtiyati tedbir kararı verilirken tedbir isteyen haksız çıktığı takdirde, ihtiyati tedbirden dolayı karşı tarafın uğrayacağı zarar için bir teminat alınmasına da karar verilir. (HMK m.391/2-ç, 392) Talep, resmi bir belgeye, başkaca bir kesin delile dayanıyor ya da durum ve koşullar gerektiriyorsa mahkeme gerekçesini açıkça belirterek teminat alınmamasına da karar verebilir. Dava konusu somut olayda davacının öncelikli talebi tapu iptal ve tescile yönelik olup taşınmazın aynına ilişkin bulunduğu taşınmazın dava konusu bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı delil olarak yazılı satış vaadi sözleşmesi ve ödeme belgelerine dayanmış, bir kısım delillerini ve ödeme belgelerinin örneklerini de sunmuş olmakla yaklaşık ispat durumu gerçekleşmiştir. Bunun dışındaki hususlar doğal olarak yargılama sonucu belirlenecektir. Sunulan sözleşmenin noterde düzenlenen resmi belge niteliğinde olması nedeni ile yukarıda açıklanan madde içeriği doğrultusunda teminatsız tedbir verilebileceği değerlendirilmiştir. Bu halde ihtiyati tedbir talebinin reddedilmesi hatalı olmuştur. Açıklanan nedenlerle davacı vekilinin istinaf itirazının kabulüne İDM 24/02/2020 tarihli ihtiyati tedbirin reddine ilişkin ara kararının kaldırılmasına, davacının tedbir isteminin yazılı sözleşme ve ödeme belgesine dayanmış olmakla durumun özelliği gereği teminat alınmaksızın dava konusu taşınmaz üzerine ihtiyati tedbir talebinin kabulüne, kesin olarak karar verilmesi gerektiği kanısına varılarak ...hüküm kurulmuştur..." İstanbul BAM, 7. HD, 16.07.2020, 1060/990 (Lexpera). "[...]Buna göre davacı yönünden HMK'nın 390/3.

Bölge adliye mahkemesinin kendisinin vermiş olduğu ihtiyatî tedbir kararına karşı itiraz edilip edilemeyeceği, itiraz edilecekse bu itirazın nerede yapılması gerektiği konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öncelikle, ilk derece mahkemesinin tedbir talebinin reddi üzerine istinaf başvurusu üzerine, bölge adliye mahkemesi karşı tarafı dinleyerek tedbir kararı vermiş ise, bu karara karşı itiraz edilmesi söz konusu değildir. Karşı taraf, tüm itiraz sebeplerini ihtiyatî tedbir yargılamasında ileri sürmelidir. Bu ihtimalde bölge adliye mahkemesinin geçici hukukî korumalar hakkında verdiği kararları kesin olduğu için bu karara karşı temyiz yoluna da gidilemez (m. 362/1, b. f). Ancak bu yönde bir ihtiyatî tedbir kararı genellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesi çerçevesinde, yani duruşma yapılmaksızın, dosya üzerinden verilecektir. Özellikle, talepte bulunanın hakkının bir an önce korunması gereken durumlarda tedbir yargılamasının mümkün olduğunca hızlı ve basit olması gerektiği de dikkate alındığında, bölge adliye mahkemesinin dosya üzerinden ve dolayısıyla karşı tarafı dinlemeden tedbir kararı vermesi söz konusu olacaktır.

İhtiyatî tedbir talebinin reddi kararına karşı yapılan istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesinin karşı tarafı dinlemeden, tedbir talebini kabul etmesi durumunda, karşı tarafın (veya gerektiğinde üçüncü kişinin) bu karara karşı itiraz

maddesinde belirtilen yaklaşık ispat koşulu somut olayda gerçekleşmiştir. Bu gerekçeler ile davacının tedbir talebinin İİK'nın 72/3 ve HMK'nın 389 vd. maddeleri gereğince kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. Ancak mahkemece bu konuda hata yapılmasının yeniden yargılamayı gerektirmediğinden davacı vekilinin ilk derece mahkemesi ara kararına karşı istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesinin 05/10/2018 tarihli ihtiyati tedbir talebinin reddi kararının kaldırılarak yeniden esas hakkında aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlere; 1-Davacı vekilinin istinaf başvurusunun Kabulüne, 2-Adıyaman 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce 2019/506 Esas sayılı dosyası üzerinden 05/10/2018 tarihli ihtiyati tedbirin reddi kararının Kaldırılmasına, 3-Davacı vekilinin ihtiyati tedbir talebinin Kabulü ile İİK'nın 72/3 maddesi gereğince dava ve icra takibine konu 45.170,00 TL alacağın takdiren %15'i olan 6.775,50 TL'nin davacı tarafından ilk derece mahkemesi veznesine nakdi veya ilk derece mahkemesine banka teminat mektubu sunulması durumunda, Adıyaman 3. İcra Müdürlüğü'nün 2019/6228 takip sayılı dosyasında davacı K2 tarafından icra veznesine yatırılacak olan paranın dava sonuna kadar alacaklıya ödenmesinin Önlenmesine," Gaziantep BAM, 11. HD, 06.02.2020, E. 259, K. 165 (Lexpera). "[...]Dava, marka hükümsüzlüğü talebine ilişkindir. Dairemiz önüne gelen uyuşmazlık ise ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına yöneliktir. Davacının 2014 yılından itibaren tescilsiz olarak kullandığı, daha sonra ise tescil ettirdiği ingilizce olan markasının günlük anlamının tüketicilerin çoğunluğu tarafından bilinmemesi, marka kapsamında altın aramasına doğrudan atf yapan ürün bulunmaması ve davalıların markayı kendi tescillerine aykırı olarak davacının tescil ettirdiği şekilde kullanması nedeniyle HMK'nun 389-390 ve SMK'nun 159.maddesi uyarınca somut olayda yaklaşık ispat koşullarının gerçekleştiği gözetilerek ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde talebin reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan davacı vekilinin istinaf talebinin kabulü gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur. Hüküm: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 1-Davacı vekilinin istinaf talebinin Kabulüne, 2-İstanbul Anadolu Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 26/01/2018 günlü ihtiyati tedbir talebinin reddine dair kararının Kaldırılmasına,3-Davacının ihtiyati tedbir talebinin kısmen Kabulü ile; HMK'nun 389-390 ve 6769 Sayılı SMK'nun 159.maddesi uyarınca 50.000,00 TL nakdi teminat veya banka teminat mektubu davacı tarafından ibraz edildiğinde, davalının markasını tescile uygun kullanma hakları saklı tutularak davalının, davacıya ait ...tescil numaralı markalarının ...şeklindeki kullanımının tedbiren Önlenmesine, bu şekildeki kullanımın davalı ürünleri ve tanıtımlarından çıkarılmasına, fazlaya dair ihtiyati tedbir isteminin reddine," İstanbul BAM, 16. HD, 21.05.2018, E. 1369, K. 1189 (Lexpera). Aynı yönde bkz.: Adana BAM, 1. HD, 21.02.2020, E. 1656, K. 240 (Lexpera); Bursa BAM, 4. HD, 28.09.2020, E. 1103, K. 1008 (Lexpera).

edebileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir. Zira karşı tarafa, karardan sonra itiraz imkânı tanınması, hukukî dinlenilme hakkının yerine getirilebilmesi için bir zorunluluktur. Karşı tarafa, kendisini savunma imkânı tanınmaması, hukukî dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edeceği için, aleyhine tedbir kararı verilene daha sonra itiraz imkânı tanımak, hukukî dinlenilme hakkının gerçekleşmesini sağlar⁹. Bu ihtimalde bölge adliye mahkemesinin tedbir kararına karşı temyiz yoluna başvurunun da mümkün olmadığı dikkate alındığında, karşı tarafın itiraz hakkı, tedbire karşı savunma yapabilmesi, tedbir kararının gözden geçirilmesini, kaldırılmasını veya değiştirilmesini sağlayabilmesi için son derece önemlidir. Karşı tarafın ilk derece mahkemesindeki ihtiyatî tedbir talebine karşı cevap vermesi veya tedbir talebinin reddi üzerine istinafa başvuru üzerine, cevap dilekçesi vermesi karşı tarafın dinlenmesi ve hukukî dinlenilme hakkının yerine getirildiği anlamına gelmez. Karşı tarafın dinlenerek tedbir kararının verilmesi, tedbir kararının dosya üzerinden verilmemesini, mahkemenin duruşma yapılmasına karar vermesini ve karşı tarafın duruşmaya davet edilmesi üzerine karar verilmesini ifade eder. Aksi takdirde tedbir talebine karşı cevapta bulunmak veya istinaf başvurusuna karşı cevap vermek, karşı tarafın dinlendiği sonucunu doğurmaz. Bölge adliye mahkemesi tedbir talebini kabul ederse, kararını gerekçeli olarak vermeli, açık ve somut olarak hangi sebebe ve delile dayanılarak karar verildiğini kararda açıkça göstermelidir (m. 391/2). Karşı tarafın da tedbir kararının gerekçesine bağlı olarak itiraz imkânını tam olarak kullanabilmesi gerekçeye bağlı olarak savunma nedenlerini ileri sürebilmesi gerekir. Karşı tarafa itiraz imkânının tanınmaması, hem hukukî dinlenilme hakkının göz ardı edilerek tek taraflı yargılama yapılması sonucunu doğurur hem de silahların eşitliği ilkesi göz ardı edilmiş olur¹⁰. Bu nedenle, her ne kadar tedbir kararını bölge adliye mahkemesi vermiş olsa da bu karara karşı itiraz hakkının tanınması zorunludur.

Bölge adliye mahkemesinin verdiği tedbir kararına karşı itirazın nereye yapılacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 394. maddesine göre belirlenmelidir. Buna göre, tedbir kararına karşı itiraz kural olarak kararı veren mahkemeye yapılmalıdır. Bununla birlikte 7251 sayılı Kanun'la 394. maddenin ikinci fıkrasına ek bir cümle getirilmiş ve bu cümleye göre, esas hakkında dava açıldıktan sonra, itiraz hakkında bu davaya bakan mahkemece karar verileceği düzenlenmiştir¹¹. Buna göre, esas hakkında dava açılmadan

⁹ KURU, El Kitabı, s. 1289; PEKCANITEZ, Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 764; ARSLAN, s. 19; YILMAZ, HMK Şerhi, s. 3544; TANRIVER, Süha, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", TBB, S. 53, Y. 2004, s. 206; ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 218; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2475; KARSLI, s. 736; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 708; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 728, 734; TUNÇ YÜCEL, Müjgan, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyatî Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013, s. 109; AKTEPE ARTIK, Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014, s. 371; AYER, s. 20, 77-78; ARAS, Bahattin, "İhtiyatî Tedbir Ve Delil Tespiti Kararlarına İtiraz Ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Bu Konuda Getirdiği Yenilikler", Terazi Hukuk Dergisi, C. 3, S. 20, Y. 2008, s. 74-75. Ayrıca adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği ilkesinin de ihtiyatî tedbir yargılaması ve geçerliliği sürecince ihtiyatî tedbir kararları bakımından da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. HANAĞASI, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, s. 177-178.

¹⁰ ÖZEKES, İhtiyatî Haciz, s. 211; MİSTAÇOĞLU, Yasemin, Medeni Usul Hukukunda İhtiyatî Tedbir Uygulaması, İstanbul 2020, s. 59; AYER, s. 79.

¹¹ Bu yöndeki ek cümlelerin, dava açılmadan önce esas hakkında işi ele alan mahkemeden başka bir mahkemede ihtiyatî tedbir kararı verilmiş ve itiraz sırasında işin esaslı incelenmeye başlanmışsa, tedbir

önce, itiraz hakkında karar vermek yetkisi kararı veren bölge adliye mahkemesine aittir. Ancak esas hakkında ilk derece mahkemesinde dava açılması durumunda, itiraz hakkında karar verme yetkisi ilk derece mahkemesinde olacaktır. 7251 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemede dikkat edilirse, itiraz hakkında karar verme yetkisi, itirazın yapıldığı an esas alınarak düzenlenmemiştir. İtiraz, kararı veren mahkemeye yapılmış olsa bile, itiraz hakkında karar verilmeden önce asıl dava açılmışsa, itiraz hakkında karar verme yetkisi de esas hakkında davanın görüldüğü mahkemeye geçecektir. Bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinin kıyasen uygulanarak ihtiyatî tedbire itiraz dosyasının, itirazın yapıldığı mahkeme tarafından davanın esasını görece mahkemeye gönderilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹². Buna göre, ilk derece mahkemesinde davanın açılmasından sonra itiraz başvurusunun yapıldığı bölge adliye mahkemesinin itiraz hakkında karar verilmesi için dosyayı davanın görüldüğü mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerekir. Gönderme kararının taraflara tebliği üzerine, bölge adliye mahkemesinden iki hafta içinde dosyasının davaya bakan mahkemeye gönderilmesi talep edilmelidir. Aksi takdirde, itiraz yapılmamış sayılmalıdır.

İtiraz niteliği itibariyle bir hukukî çare olup kanun yolu değildir. Bu nedenle itirazın bir üst mahkeme tarafından incelenmesi zorunlu değildir. İtiraz ile verilen kararın denetiminden ziyade, kararın gözden geçirilmesi, taraf menfaatlerinin korunması ve dengelenmesi ile hukukî dinlenilme hakkının sağlanması amaçlanmaktadır¹³. Bunun ise aslında aynı mahkeme ya da aynı düzeydeki başka bir mahkeme tarafından yapılması gerekir. Ancak ihtiyatî tedbir kararlarına karşı yapılan itirazı karara bağlayacak mahkeme, 394. maddenin ikinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme karşısında bölge adliye mahkemesinin verdiği tedbir kararına karşı, davanın esasını gören ilk derece mahkemesinde itiraz edilmesi veya itiraz hakkında ilk derece mahkemesinin karar vermesi gerekir. Ayrıca ihtiyatî tedbir kararları geçici niteliktedir ve uyuşmazlık konusu hakkında asıl davadaki yargılama bakımından bağlayıcı bir etki de doğurmazlar. Bu kararın bölge adliye mahkemesi tarafından verilmiş olmasının, karara itiraz edilemeyeceği ve itiraz üzerine kararın değiştirilip, kaldırılamayacağı anlamına gelmez. Özellikle karşı tarafın itiraz sebepleri ve delilleri de dikkate alınarak, davanın esasını inceleyen mahkemenin bir karar verebilmesi mümkün kabul edilmelidir.

Ayrıca, ihtiyatî tedbir kararına karşı itirazı ilk derece mahkemesi karara bağlamışsa, bu karara karşı da istinaf yoluna başvurulabilir (m. 394/5). Bu durumda bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını denetleyebileceği için bölge adliye mahkemesinin verdiği tedbir kararına karşı ilk derece mahkemesinde itiraz edilebilmelidir.

kararına itirazın, tedbir kararını ^{veren} mahkemenin değil, işin esasını inceleyen mahkemeye yapılacağı konusunun açıklığa kavuşturulması için getirildiği yönünde bkz.: ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 148.

¹² BUDAK/KARAASLAN, s. 344.

¹³ ÖZEKES, Muhammet, 100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Ankara 2016, s. 36; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2156.

3. İlk Derece Mahkemesi Tarafından Verilen İhtiyatî Tedbir Kararının İtiraz Üzerine Kaldırılması Kararına Karşı İstinafa Başvurulması Hâlinde

İlk derece mahkemesi karşı tarafı dinlemeden ihtiyatî tedbir talebini kabul etmiş olabilir. Bu durumda karşı taraf tedbir kararına karşı itirazını, kararı veren mahkemeye yapar. Yine esas hakkında dava açıldıktan sonra, itiraz hakkında davaya bakan mahkeme karar verir (m. 394/2). İtiraz üzerine ilk derece mahkemesi ihtiyatî tedbir kararını kaldırmış olabilir. Mahkemenin verdiği bu karara karşı da istinaf yoluna başvurulabilir.

İstinaf başvurusu neticesinde bölge adliye mahkemesi tedbir talebinde bulunanın istinaf başvurusunu kabul edebilir. Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp, ihtiyatî tedbir kararı verirse, bu karar kesindir (m. 394/5; HMK m. 362/1, b. f). Yani bu karara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği gibi tedbir kararı itiraz prosedüründen sonra verildiği için ilk derece mahkemesinde bu karara karşı itiraz edilemez¹⁴.

II. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNDEKİ YARGILAMA SIRASINDA İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERİLEBİLMESİ

1. Genel Olarak

İlk derece yargılamasında, ihtiyatî tedbir talebinin reddedilmesi üzerine koşullar gerçekleştiğinde, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak bizzat tedbir hakkında karar verebilmesi konusunda uygulamada herhangi bir tereddüt yaşanmamaktadır. Bununla birlikte, yargılamanın bölge adliye mahkemesinde sürdürüldüğü hâllerde, ihtiyatî tedbir talebinde bulunulduğunda, bölge adliye mahkemesinin ihtiyatî tedbire karar verip veremeyeceği, karar verebileceği kabul edilirse de bu kararın denetiminin mümkün olup olmadığı konusunda tereddüt edilmektedir.

Bu konuda bazı bölge adliye mahkemeleri, kanunlarda bölge adliye mahkemelerinin doğrudan ihtiyatî tedbire karar verebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığını, bunun mümkün olduğu öngörülmüş olsaydı, bölge adliye mahkemesinin kararının kesin olup olmadığı ya da temyizinin mümkün olup olmadığı yönünde de düzenlemelerin yer almasının söz konusu olacağını, ihtiyatî tedbirin dava açıldıktan sonra asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenebileceğine dair düzenleme karşısında, istinaf yoluna başvuranın sıfatı ve istinaf sebepleriyle sınırlı biçimde inceleme ve değerlendirme yapan bölge adliye mahkemesinin asıl mahkeme olarak kabulünün mümkün olmadığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 360. maddesinin de buna imkân vermediği gerekçeleriyle bölge adliye mahkemelerinin doğrudan ihtiyatî tedbire karar

¹⁴ HMK m. 395 ile m. 396'nın bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen ihtiyatî tedbirler bakımından da uygulama alanı bulacağı yönündeki değerlendirme için bkz.: aşa. II, 4.

veremeyeceğini kabul etmişlerdir^{15 16}.

¹⁵ “[...]Uyuşmazlık, istinaf aşamasında tedbir talebinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. HMK'nun 342. Maddesinde istinaf yoluna başvurulabilen kararlar açıklanmıştır. Geçici hukuki koruma kararının reddi veya bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulması mümkündür. Diğer bir deyişle, istinaf incelemesi, ilk derece mahkemesince değerlendirilerek bir sonuca bağlanan talepler hakkında ve başvuruda bulunanın sebepleriyle sınırlı biçimde yapılır. İlk derece mahkemesince karar verilmeyen veya ilk defa bölge adliye mahkemesinden istenen geçici koruma tedbirleri ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince karar verilmesine imkân tanıyan bir düzenleme mevcut değildir. Her ne kadar HMK'nun 360. maddesindeki ilk derece mahkemesindeki yargılama usullerine gönderme yapan düzenleme nedeniyle istinaf aşamasında da ihtiyati tedbir kararının verilmesinin mümkün bulunduğu ileri sürülebilirse de HMK'da ihtiyati tedbire ilişkin olarak verilen kimi kararlara karşı istinaf yolu düzenlenmiş olup, bölge adliye mahkemelerinde doğrudan ihtiyati tedbir kararı verilebileceğine dair bir düzenleme mevcut değildir. İhtiyati tedbir talebinin bölge adliye mahkemesi tarafından verilmesi halinde bu karara karşı kanun yoluna başvurunun mümkün bulunup bulunmadığına dair bir düzenlemeninde bulunmaması karşısında istinaf aşamasında tedbir kararı verilemeyeceğinin kabulü gerekir. HMK'nun 390/1 maddesindeki ihtiyati tedbirin dava açıldıktan sonra asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenebileceğine dair düzenleme karşısında, istinaf yoluna başvuranın sıfatı ve istinaf sebepleriyle sınırlı biçimde inceleme ve değerlendirme yapan bölge adliye mahkemesinin asıl mahkeme olarak kabulü mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle Bölge Adliye Mahkemesinde yapılabilecek işlemlerle ilgili olarak ilk derece mahkemesindeki usulün uygulanmasına dair düzenleme içeren HMK'nun 360. Maddesinden yola çıkılarak, Bölge Adliye Mahkemesinde ihtiyati tedbir verilebileceğine ilişkin görüşlere katılmak mümkün görülmemiş, ihtiyati tedbir talebinin ilk derece mahkemesince değerlendirilmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır.” İstanbul BAM, 34. HD, 17.10.2019, E. 1334, K. 1876. Aynı şekilde diğer bir karar için bkz.: İstanbul BAM, 34. HD, 07.11.2019, E. 2956, K. 2056 (Kararlar için bkz.: Lexpera). Samsun BAM 1. HD ile Antalya Bam 11. HD de benzer yönde kararlar vermişlerdir. “[...] Davacı vekili tarafından ihtiyati tedbir kararı verilerek ilamın infazının durdurulması talep edilmişse de, HMK'da ihtiyati tedbir yönünden Bölge Adliye Mahkemesine verilen görevi gösteren 341/1 madde; İlk Derece Mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir şeklindedir. İhtiyati tedbirin düzenlendiği HMK 391. maddede de İlk Derece Mahkemesinin ihtiyati tedbir talebinin reddine veya ihtiyati tedbire itirazın reddine ilişkin kararlarına karşı kanun yoluna başvurulacağı ve kesin olarak sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir. Bu maddelerin değerlendirilmesinden HMK'da ilk derece mahkemesince ihtiyati tedbirine ilişkin verilen bazı kararlara karşı istinaf yolu düzenlenmiş olup bu kapsamı aşar biçimde doğrudan ihtiyati tedbir kararı verilmesi düzenlenmemiştir. Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairesi istinaf başvurusu üzerine mahkemenin ihtiyati tedbir talebinin reddi kararını kaldırıp ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkün ise de istinaf başvuru dilekçesindeki istinaf sebeplerinin dışında kalan ihtiyati tedbir talebini inceleyerek karar vermesi mümkün değildir. Yasa doğrudan Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairesinin ihtiyati tedbir kararı verebileceğini öngörmüş olsaydı verilecek bu kararın kesin olup olmadığı, temyiz veya itiraz yolu olup olmadığını da düzenlemiş olması gerekirdi ki böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ilk derece mahkemesinde talep edilmemiş veya talep edilip reddedilmiş ve istinaf yoluna başvurulmamış tedbir talebinin Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairesi tarafından incelenemeyeceği, HMK 390/1. Maddede ihtiyati tedbirin asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edileceği belirtilmiş olup, Bölge Adliye Mahkemesi hukuk dairesi istinaf başvurusu nedeniyle ve bununla sınırlı davaya bakmakta olup asıl davaya bakan mahkeme olarak da değerlendirilemez. 360. maddedeki kuralın da Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılabilecek işlemlerle ilgili olarak ilk derece mahkemelerindeki usulün uygulanmasına yönelik olduğu, HMK hükümlerine göre doğrudan tedbir taleplerinin incelenemesinin mümkün olmadığı, bu nedenle davacı vekilinin ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebinin reddine karar verilmesi gerektiği...” Samsun BAM, 1. HD, 12.05.2017, E. 415, K. 427 (Lexpera). Aynı yönde bkz.: Antalya BAM, 11. HD, 12.01.2017, E. 94, K. 15 (Lexpera).

¹⁶ İstanbul BAM 15. HD aynı sonucu ihtiyatî haciz talepleri bakımından da kabul etmiştir. “[...] Tüm dosya kapsamına göre, devir tutanağında davallıların devir bedelini ödeyeceğine dair imza ve kabul beyanları

Hâlbuki sadece ilk derece mahkemelerindeki yargılama sırasında değil, bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında da ihtiyatî tedbir talebine ihtiyaç duyulabilir. Ayrıca bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak davayı görmesi veya istinaf başvurusunun kabulü neticesinde davaya bölge adliye mahkemesinde devam ediliyorsa, ihtiyatî tedbir de sadece bölge adliye mahkemesinden talep edilebilir. Aşağıda bölge adliye mahkemelerindeki yargılama sırasında ihtiyatî tedbir taleplerine karar verilebileceği açıklığa kavuşturulduktan sonra, bu kararların denetimi incelenecektir.

2. Davanın Bölge Adliye Mahkemesinde Görülmesi Sırasında İhtiyatî Tedbir Kararına İhtiyaç Duyulması

İstinaf, genel olarak ilk derece mahkemelerinin nihaî kararlarına karşı başvuru bir kanun yoludur. Asıl işlevi, ilk derece mahkemeleri kararlarını denetlemek olmakla beraber, kelime anlamı olarak bir işe yeniden başlamak, yeniden ele almak anlamına gelmektedir¹⁷. Bu nedenle, istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesi gerektiğinde işin esasına girerek inceleme yapabilmekte ve işin esası hakkında yeni bir karar verebilmektedir¹⁸. Bölge adliye mahkemesinin işin esasına girerek inceleme yaptığı aşamada, ihtiyatî tedbir talebinde bulunulup bulunulamayacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre bölge adliye mahkemesi, ihtiyatî tedbir taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyatî tedbir kararları ile karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyatî tedbir kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını incelemektedir. Aynı Kanun'un 360. maddesinde istinaf yargılamasında aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün, bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağı kabul edilmiştir.

İhtiyatî tedbirler en temel işlev olarak, hakkın ya da hak sahibinin karşılaştığı

bulunmadığı, sözleşmenin 4. maddesine göre fesih halinde dahi cezai şart istenebileceği, mahkemece belirtilen gerekçelerle hakkaniyet ve sözleşme adaletine uygun indirim yapıldığından ve hükmedilen alacağa avans faizi işletilmesi istenmiş ise de dosya kapsamında yüklenicinin tacir olduğuna dair delil bulunmadığından bu yönler ile ilgili davacı vekilinin istinaf taleplerinin reddi gerekmiştir. İİK'nın 258. maddesinde ihtiyati hacze 50. Maddede belirtilen yetkili mahkemece karar verileceği, 50. maddesinde takip hususunda hukuk usulünün yetkiye dair hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanacağı, İİK'nın 265/son fıkrasında ihtiyati haciz kararına itiraz üzerine verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği, HMK'nın 341/1 maddesinde ise ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş olup, buna göre ilk derece mahkemesinde verilecek bir kısım kararlar hakkında Bölge Adliye Mahkemesi'nde istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlenmesine rağmen, ihtiyati haciz kararının doğrudan Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilebileceğine ilişkin hüküm bulunmadığı, kaldı ki, yerel mahkemelerden verilen kararlara dayalı olarak her zaman yerel mahkemelerden ihtiyati haciz talep edilmesi de mümkün olduğundan davacı vekilinin ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir talebinin de reddi gerekmiştir..." İstanbul BAM, 15. HD, 28.02.2017, E. 98, K. 89 (Kazancı).

¹⁷ YILDIRIM, M. Kamil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000, s. 118; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 604; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2202; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.648; BOZTAŞ, s. 5; ALBAYRAK, Adem/ARSLAN, Cihat, Hukukta İstinaf Uygulaması, Ankara 2016, s. 6.

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz.: MERAKLI YAYLA, Deniz, Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2013, s. 55 vd.

tehlikelerin bertaraf edilmesini, bu tehlikelerin yol açabileceği telafisi güç veya imkânsız zararların veya tehlikenin önlenmesi amaçları¹⁹. Hakka yönelik tehlike veya zarar tehditleri ilk derece yargılaması sırasında olabileceği gibi bölge adliye mahkemesi yargılaması sırasında da olabilir. Tedbir talebinde bulunan, hakka yönelik tehlike veya zarar tehditlerine karşı korumayı ilk defa bölge adliye mahkemesinde görülen yargılama sırasında isteyebilir. Bu, talepte bulunanın ilk derece yargılamasında buna ihtiyaç duymamasından kaynaklanabileceği gibi durum ve koşulların ilk derece yargılamasından sonra değişiklik göstermesinden de kaynaklanabilir. Hatta ilk derece yargılamasında, yaklaşık ispat faaliyeti yerine getirilmediği için tedbir talebinin reddedilmesi hâlinde veya bu ihtimal dikkate alınarak ilk derece mahkemesinden talepte bulunulmaması durumunda, bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında yeni delillere dayanılarak tedbir talebinde bulunulması mümkün olmaktadır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince ilk derece yargılamasında usûlüne uygun şekilde gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmeyen deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilmektedir. Bu nedenle, ister ilk defa bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında tedbir talebinde bulunulsun isterse de ilk derece mahkemesindeki tedbir talebinin reddinden sonra bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında yeniden tedbir talebinde bulunulsun, ihtiyatî tedbir sebebinin varlığı ve davanın esası yönünden haklılığın yaklaşık ispat ölçüsüyle ispatlanması durumunda bölge adliye mahkemesinin, ihtiyatî tedbire karar verebilmesi gerekir. Her ne kadar bu konuda açık bir düzenleme bulunmasa da gerek ihtiyatî tedbirin amacı gerekse de istinaf başvurusunun kabulü üzerine bölge adliye mahkemesinin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi, bu sonuca varılmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinde düzenlenen bölge adliye mahkemesinde yapılamayacak işler arasında, geçici hukukî koruma talep edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması; aynı Kanun'un 360. maddesine göre aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlünün bölge adliye mahkemesinde uygulanması da bölge adliye mahkemelerinin de ihtiyatî tedbire karar verebileceğini göstermektedir²⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 360. maddesi gereğince, bölge adliye mahkemesince verilecek ihtiyatî tedbir kararının içeriği ve kapsamı, teminat gösterilmesi, kararın uygulanması ve karara karşı konulması ihtiyatî tedbirlere ilişkin

¹⁹ KURU, El Kitabı, s. 1263; ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 405; ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 581; ARSLAN, s. 10; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s. 571; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2462; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 695; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 723; ERİŞİR, Evrim, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 139; DİRENİSA, s. 99. İhtiyatî tedbir kararlarının işlevi ve ihtiyatî tedbir türleri hakkında detaylı bilgi için bkz.: YILMAZ, Hukuki Himaye, s. 178 vd.; DEREN YILDIRIM, s. 3-4, 80 vd.; ERİŞİR, s. 137 vd., 351 vd.

²⁰ KURU, El Kitabı, s. 1369, dn. 163; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2261 vd.; ÖZEKES, s. 106-107; ÖZEKES, Yeni Kanun Yolu Sistemi, s. 107; AKKAYA, s. 343 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 701; KARSLI, s. 735; BOZTAŞ, s. 260; KONURALP, Cengiz Serhat, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyatî Tedbirler", İÜHFD, C. LXXI, S. 2, Y. 2013, s. 237-238; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 351; ALBAYRAK, Adem, Sorularla Hukukta İstinaf El Kitabı, 3. Bası, Ankara 2017, s. 34.

genel hükümlere göre yapılacaktır²¹.

3. Davanın Bölge Adliye Mahkemesinde Görülmesi Sırasında İhtiyatî Tedbir Kararı Verilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 390. maddesinin birinci fıkrasına göre ihtiyatî tedbir, dava açıldıktan sonra ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Davanın görüldüğü mahkemeden başka bir mahkemenin verdiği ihtiyatî tedbir kararı geçersiz kabul edilmektedir²². İlk derece mahkemesinin kararı üzerine istinaf yoluna başvurulmuş ve bölge adliye mahkemesi istinaf talebini kabul etmişse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesine göre, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermezse, işin esasına girerek davayı görmeye devam eder. Dava, bölge adliye mahkemesinde görülürken, davanın açıldığı ilk derece mahkemesinden veya dava açılmadan önce esas hakkındaki görevli ve yetkili başka bir ilk derece mahkemesinden ihtiyatî tedbir talebinde bulunulamaz²³. Bu nedenle, bölge adliye mahkemesinde uyuşmazlığın esası hakkındaki yargılama sırasında, ihtiyatî tedbir kararına ihtiyaç duyulduğu hâllerde²⁴, bu talebin davayı gören bölge adliye mahkemesi dışında başka bir mahkemeye yapılması mümkün değildir²⁵. Aynı sonuç, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu davalar bakımından da söz konusu olacaktır. Bu durumda da ihtiyatî tedbir talebinin, görevli ve yetkili bölge adliye mahkemesi dışında başka bir mahkemeden talep edilmesi mümkün değildir.

Bölge adliye mahkemesinden ihtiyatî tedbir talebi, sadece bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında değil, istinaf başvurusu ile birlikte de istenebilir. Farklı sebeplerle ilk derecede ihtiyatî tedbir istenmemiş veya buna ihtiyaç duyulmamış olabilir yahut ilk derecede talep edilen tedbir reddedilmiş ve bu karar kesinleşmiş olabilir. Ancak buna rağmen istinaf aşamasında ilk defa tedbir veya yeniden tedbir talebi ihtiyaç haline gelebilir ve hukukî yarar da bulunabilir. Bu nedenle, bölge adliye mahkemesine istinaf başvurusu yapılmışsa, bu aşamada tedbir talepleri de bölge adliye mahkemesinden talep edilebilir. Zira bu durumda, davaya bakan mahkeme olarak istinaf başvurusu yapılan bölge adliye mahkemesi kabul edilmelidir. İlk derece mahkemesi, kararı vererek dosyadan el çektiği için, davayı gören mahkeme olma sıfatını da

²¹ ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2261-2262; UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 1137-1138; BOZTAŞ, s. 260-261; KARSLI, s. 735;

²² KURU, s. 4321; KURU, El Kitabı, s. 1274; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 584; KIRTILOĞLU, S. Serhat, "İhtiyatî Tedbirler Görevli ve Yetkili Mahkeme", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C.1, Ankara 2010, s. 1320. Doktrinde bir görüşe göre ise, ihtiyatî tedbir kararı dava henüz açılmadan önce görevsiz mahkeme tarafından verilmişse, bunun verilen ihtiyatî tedbir kararının mutlak suretle geçersizliğine yol açmaması gerektiği; davanın, görevli ve yetkili mahkemede açıldıktan sonra görevli ve yetkili mahkemenin verilen ihtiyatî tedbir kararını şartları bakımından incelemesi ve ihtiyatî tedbir kararı verilmesinde görevsiz mahkemenin bir hatası yoksa bu kararı kaldırmaması gerektiği kabul edilmektedir (KONURALP, s. 234-235; MISTAÇOĞLU, s. 50).

²³ *Akkaya*, aksinin kabulünün geçici hukukî koruma yargılamasının hızlı olması ilkesine aykırılık yaratacağı gibi, çelişkili kararlar verilmesi, mahkemeler arasında yetki sorunu yaşanmasına ve yargıya güvenin azalmasına sebebiyet vereceğini ifade etmektedir (AKKAYA, s. 344).

²⁴ *Özekes* bazı durumlarda, özellikle ilk derece mahkemesinin kararından sonra taraflardan birinin dava konusuyla ilgili özel bir çabaya girmesi durumunda ihtiyatî tedbir bakımından özel bir zorunluluk ve somut bir hukukî yarar ortaya çıkabileceğine vurgu yapmıştır (ÖZEKES, s. 107).

²⁵ UMAR, s. 1137-1138; AKKAYA, s. 344.

ytirmektedir²⁶.

Bununla birlikte, ilk derece mahkemesinin kararı ile istinaf yoluna başvuru arasında geçen sürede, tedbirin hangi mahkemeden talep edilmesi gerektiği konusunda doktrinde görüş farklılıkları bulunmaktadır²⁷. Bir görüş, ilk derece mahkemesi kararının tebliğinden sonra ilk derece mahkemesi nihaî kararını vererek dosyadan elini çektiği için henüz istinaf dilekçesi verilmemiş olsa bile, ihtiyatî tedbir talebinin bölge adliye mahkemesine yapılması gerektiğini savunmaktadır²⁸. Diğer bir görüş ise, ilk derece mahkemesinin dosyadan elini çekmesinden sonra, istinafa başvurulmasından önce, hatta dosyanın bölge adliye mahkemesine ulaşmadığı sürece görevli mahkemenin, kararı veren mahkeme olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş, istinaf yoluna başvurulmadığı, hatta dosya bölge adliye mahkemesine ulaşmadığı sürece bölge adliye mahkemesinin ihtiyatî tedbir konusunda görevli hâle gelmeyeceğini kabul etmektedir²⁹. Bu konuda kanun boşluğu bulunduğunu kabul eden *Yılmaz* da, görevli mahkemenin dosya kanun yolu çerçevesinde başka bir mahkemeye intikal etmediği sürece, nihaî kararı vermiş mahkeme olması gerektiğini kabul etmektedir³⁰. Kanaatimce burada ilk görüşe üstünlük tanımak gerekir. Öncelikle, ilk derece mahkemesi nihaî kararını vererek dosyadan elini çekmiş ve davaya bakmakta olan mahkeme sıfatını yitirmiştir. Diğer taraftan, nasıl ki dava açmadan önce ihtiyatî tedbir talebi esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden istenebiliyorsa, ilk derece mahkemesi nihaî kararını verdikten sonra, bu karara başvurulabilecek yol istinaf olduğuna göre, ihtiyatî tedbir talebinin de bölge adliye mahkemesinden talep edilmesi gerekir. Dava açılmadan önce, tedbir talebi davayı görmekte görevli ve yetkili mahkemeden talep edildiğine göre, istinaf aşamasına gelmiş bir davada da istinaf başvurusu yapılmadan önceki dönemde ihtiyatî tedbir talebinin bölge adliye mahkemesinden talep edilmesi gerekir. Zira davayı görmeye devam edebilecek tek mahkeme, bu aşamada bölge adliye mahkemesidir. Aksi takdirde, nihaî kararı veren mahkeme tedbir talebi hakkında karar vermeden önce, bu kez karara karşı istinaf yoluna başvurulması durumunda nihaî kararı veren mahkemenin vereceği tedbir kararı da geçersiz sayılacaktır.

İstinaf başvurusu yapılmadan önce, bölge adliye mahkemesinden tedbir talebinde bulunabileceği kabul edildikten sonra, bölge adliye mahkemesinin tedbir talebini kabul etmesi hâlinde, talepte bulunanın bu kararın uygulanmasını talep etmesi

²⁶ AKKAYA, s. 344.

²⁷ *Tuncer Kazancı*, kanun yolu aşamasında ihtiyatî tedbir kararına ihtiyaç duyulması halinde, İİK m. 36'un etkin uygulanması durumunda aynı sonuca ulaşılacağını, söz konusu düzenlemenin ihtiyatî tedbir ile aynı amaca hizmet ettiğini kabul etmektedir (TUNCER KAZANCI, İdil, "Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar", MİHDER, C. 8, S. 23, 2012/3, s. 89, 94-95). İİK m. 36'daki düzenleme cebri icranın durdurulmasına yönelik geçici hukukî korumalardan olduğu için oldukça sınırlı bir etkiye sahiptir. Hâlbuki ihtiyatî tedbire duyulan ihtiyacın çeşitliliği ve ihtiyatî tedbirin türleri dikkate alındığında, İİK m. 36'nın her durumda yeterli koruma sağlaması mümkün değildir.

²⁸ UMAR, s.1138; AKKAYA, s. 344; KONURALP, s. 238; AYER, s. 95; TUNCER KAZANCI, s. 94 dn. 67; MİSTAÇOĞLU, s. 54.

²⁹ ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2470.

³⁰ YILMAZ, HMK Şerhi, s. 3543. BAM'ın göreve başlamasından önceki dönemde de aynı şekilde bkz.: YILMAZ, Ejder, "Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Verme Yetkisi", MİHDER, C. 5, S. 13, 2009, s. 219-220.

ve ayrıca ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karara karşı istinaf başvurusunda da bulunulması gerekir. Talepte bulunanın, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararına karşı istinaf başvurusunda bulunmayı, tedbiri tamamlayıcı merasim olarak kabul etmek gerekecektir. Tedbir talebinde bulunan taraf, böylelikle ilk derece mahkemesinin verdiği kararın kaldırılmasını ve talebi doğrultusunda davanın esası hakkında karar verilmesini talep etmektedir. Bölge adliye mahkemesinin tedbir talebini kabul etmesinden sonra, süresinde tedbir kararının uygulanması talep edilmezse ve nihaî karara karşı istinaf yoluna gidilmezse, tedbirin kendiliğinden kalktığı kabul edilmelidir.

4. Bölge Adliye Mahkemesinin Verdiği İhtiyatî Tedbir Kararının Denetlenmesi

Bölge adliye mahkemesinde ihtiyatî tedbir talebi hakkındaki karar, karşı taraf dinlenilerek verilmişse bu karara karşı itiraz yoluna gidilemez. Zira tüm itiraz sebeplerinin ihtiyatî tedbir hakkında karar verilen duruşmada ileri sürülmesi ve bölge adliye mahkemesinin de itiraz sebeplerini dikkate alarak bir karar vermesi gerekir. Bununla birlikte, ihtiyatî tedbir hakkındaki karar karşı tarafı dinlemeden verilmişse, karşı taraf bu karara karşı itiraz edebilir (m. 394). Bölge adliye mahkemesinin doğrudan verdiği ihtiyatî tedbir kararlarına itiraz da yine, ihtiyatî tedbir kararını veren davanın görüldüğü bölge adliye mahkemesine yapılır.

Bölge adliye mahkemesinin gerek taraf dinlenilerek vermiş olduğu tedbir kararı ile gerekse karşı taraf dinlenmediği için yapılan itiraz üzerine vermiş olduğu kararlarına karşı kanun yoluna başvurunun mümkün olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Burada kararı veren bölge adliye mahkemesi olduğu için, bu kararlara karşı kanun yolu olarak ancak temyiz yoluna başvuru söz konusu olabilir. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı davalarda da verilen kararlara karşı ancak temyiz yoluna gidilebilmektedir (m. 361). Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, bölge adliye mahkemelerinin geçici hukukî koruma hakkında verdiği kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği konusunda açık düzenleme bulunmaktadır. Bu açık düzenleme dikkate alındığında, bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında verilen tedbir kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği ileri sürülebilir³¹. Ancak bu konuda bir değerlendirme yapılırken, kanun koyucunun amacı ve tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvuruyu mümkün kılan düzenlemeleri dikkate alınmalıdır.

Öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte ihtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurma imkânı getirilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu ile ihtiyatî tedbirlere ilişkin getirilen düzenlemeler dikkate alındığında, kanun koyucunun ihtiyatî tedbirlere konusunda mutlaka bir denetim istediği açıktır³². Bu nedenle bu hususta

³¹ Bu doğrultuda bkz.: ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 637, 711; YAVAŞ, Murat, "Bölge Adliye Mahkemesinin Göreve Başlamasından Sonra Medeni Usul Hukukunda Temyiz", MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara 2018, s. 247; ALBAYRAK/ARSLAN, s. 67; ALBAYRAK, s. 35; MİSTAÇOĞLU, s. 77; BOZTAŞ, s. 262; KATAYIFÇI, Derya Ece, Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2020, s. 78.

³² *Arslan*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ihtiyatî tedbir kararlarının denetiminin önünün açılarak ihtiyatî tedbire ilişkin hükümlerin sözüne ve özüne uygun şekilde uygulanmasının, bu geçici korumanın kötüye kullanılmasının engellenmesinin ve farklı mahkemelerin farklı yöndeki uygulamalarının önüne geçilmesinin amaçlandığını ifade sürmüştür (ARSLAN, s. 16).

yapılacak değerlendirme, bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında tedbirler hakkında verilen kararların da denetiminin mümkün olduğu yönünde olmalıdır. Doktrinde de mahkemelerin ihtiyatî tedbirler hakkında verdikleri kararların denetime açık olması gerektiği yönündeki görüşler ve bu görüşlerin gerekçeleri³³, aynı şekilde bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında verilen ihtiyatî tedbir kararlarının denetimi bakımından da geçerlidir. Burada bölge adliye mahkemelerinin toplu mahkeme olduğu ve üst derece mahkemesi olması sebebiyle tedbir kararları hakkında verdiği kararların kesin olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, asliye ticaret mahkemeleri de birçok uyuşmazlıkla davayı heyet olarak görmektedir (5235 sayılı Kanun m. 5/3) ve asliye ticaret mahkemesinin heyet olarak verdiği tedbir talebi hakkındaki kararlarına karşı da kanun yoluna başvuru imkânı bulunmaktadır. Bu nedenle kararın heyet tarafından verilmiş olması karara karşı denetimin yapılamayacağı sonucunu doğurmaz. Yine, kanun koyucu Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalarda verilen kararlara karşı dahi temyiz yoluna başvuru imkânını kabul etmiştir (Örneğin, HMK m. 47). Üst mahkeme tarafından kararın verilmesi kararın denetimine engel olmayacağı için, bölge adliye mahkemesinde görülen dava sırasında ihtiyatî tedbir talepleri ile ilgili (yani, m. 391/3 ve 394/5 gereğince) verilen kararlara karşı da temyiz yoluna başvurunun mümkün

³³ Doktrinde *Yılmaz* olması gereken hukuk bakımından mahkemelerin, ihtiyatî tedbir talepleri hakkında verdikleri her türlü kararın denetiminin yapılması gerektiğini kabul etmektedir (YILMAZ, HMK Şerhi, s. 3561). Ayrıca *Yılmaz* Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, hâkimlerin de yanılabilceğini, hâkimin verdiği her türlü karar bakımından yanılıp yanılmadığının denetlenmesinin adalet dağıtım işlevi bakımından çok büyük önem gösterdiğini, hâkimlerin kararlarının da sıkı denetime tabî olması gerektiğini belirterek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu döneme ilişkin tedbir talepleri hakkında verilen kararlarının denetimine ilişkin çözüm önerilerinde bulunmuştur (YILMAZ, Hukukî Himaye, s. 930 vd.). *Yıldırım* da, ihtiyatî tedbir kararlarının bir üst derece mahkemece denetiminin mümkün olmamasının uygulamada sıklıkla yakınılan bir durum olduğunu; bu durumun, kural olarak her türlü mahkeme kararının denetime açık tutulmasını emreden hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını ve ihtiyatî tedbirlere ilişkin kararın erken dönemde (yani esas hakkında karar verilmeden önce) denetime tabi tutulmasının, bireylere etkin hukukî koruma sağlanmasını güçlendireceğini ve ayrıca uygulamada keyfi ve hukuka aykırı karar verilmesi ihtimalini azaltacağını belirtmiştir (YILDIRIM, s. 4). *Deren Yıldırım* da, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı etkili bir kanun yolunun bulunmamasını eleştirmiş ve geçici hukukî korumanın etkinliğinin sağlanmadığı durumlarda hukukî korumadan söz edilemeyeceğini, hukuk devletinde keyfi kararlar verilmesinin önlenmesi gerektiğini ifade etmiştir (DEREN YILDIRIM, s. 175; Deren Yıldırım N., İstinafa Başvuru Şartları, MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara 2018, s. 26). *Taşpınar Ayvaz* da, BAM'ın göreve başlamasından önce de HMK m. 391 ve 394'te ifade edilen kanun yolunun, temyiz olarak anlaşılması gerektiğini, geçici hukukî korumaların denetimini sağlayacak yorumun tercih edilmesi gerektiğini kabul etmiştir (TAŞPINAR AYVAZ, s. 470). *Albayrak* da hak arama hürriyeti kapsamında, bir karara karşı kanun yoluna başvuru imkânı bulunup bulunmadığı noktasında tereddüt yaşandığında, hak arama hürriyeti ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması gerektiğini ve kanun yoluna başvurunun önünün açılmasının yerinde olacağını ifade etmiştir. Ancak yazar bu ihtimalde bölge adliye mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceğini kabul etmektedir (ALBAYRAK, s. 32, 35. Aynı şekilde bkz.: ALBAYRAK/ARSLAN, s. 65, 67). BAM'ın göreve başlamasından önce, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı başvuru yolu hakkında doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay uygulaması ile bu konuda verilen içtihadî birleştirme kararı (YİBHKG, 21.2.2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K. (17.04.2014 T., RG, S. 28975) hakkında detaylı inceleme için bkz.: SARISÖZEN, M. Serhat, "İhtiyatî Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İçtihadî Birleştirme Kararı", Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1321 vd.; KARADEMİR, Dilek, "İhtiyatî Tedbir Hakkındaki Kararların Temyizi ve 2013/1E., 2014/1 K.Sayıli İçtihadî Birleştirme Kararı", TAAD, Y. 7, S. 26, Nisan 2016, s. 440 vd.

olduğu kabul edilmelidir.

Diğer taraftan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391. maddesinin üçüncü fıkrasında, ihtiyatî tedbir talebinin reddi kararına karşı *kanun yoluna* başvurulabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu fıkrada 7251 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle ayrıca, yüzüne karşı aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafın da *kanun yoluna* başvurulabileceği açıkça kabul edilmiştir. Yine aynı Kanun'un 394. maddesinin beşinci fıkrasında, ihtiyatî tedbir kararlarına itiraz üzerine verilen kararlara karşı da *kanun yoluna* başvurulabileceği düzenlenmiştir. Dikkat edilirse her iki hükümde de "*istinaf yoluna başvurulabileceği*" denilmemiş; "*kanun yoluna başvurulabileceği*" ifade edilmiştir. Kanun koyucunun bu tercihinin bilinçli olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391 ve 394. maddelerinde kanun yolu ile ifade edilenin, her durumda istinaf kanun yolu olduğu sonucuna varılmaması gerekir. Söz konusu düzenlemeler de dikkate alındığında, bölge adliye mahkemesinde görülen yargılama sırasında tedbir talepleri ile ilgili verilen kararlara karşı kanun yoluna, yani temyiz yoluna gidilebileceği kabul edilmelidir³⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklikler yapılmasını öngören 7251 sayılı Kanun'la 391. maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişikliğin gerekçesinde de "*Kanunun 394 üncü maddesinde karşı taraf dinlenmeden verilen ihtiyati tedbir kararına karşı, öncelikle kararı veren mahkemeye itiraz edebileceği, itirazın reddi halinde kanun yoluna başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak yüzüne karşı aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın, bu karara karşı itiraz veya kanun yoluna başvurma imkânını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum hakkaniyete aykırı ve hak arama hürriyetini ihlal eden uygulamalara sebebiyet vermektedir. Düzenlemeyle, yüzüne karşı aleyhinde ihtiyati tedbir kararı verilen tarafa da kanun yoluna başvurma imkânı tanınarak yaşanan sorunların önlenmesi amaçlanmaktadır...*" denilerek, yüzüne karşı aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilen tarafa da karara karşı kanun yoluna başvuru hakkının açıkça düzenlenmesi hakkaniyete aykırı ve hak arama hürriyetini ihlâl eden uygulamaların giderilmesi amacıyla tanındığı ifade edilmiştir.

Bu nedenlerle, bölge adliye mahkemesinde görülen yargılamada da bölge adliye mahkemesinin tedbir talebini reddetmesi veya gerek yüze karşı verilen tedbir kararlarına karşı gerekse de tedbir kararına karşı itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilebilmesi kabul edilmelidir. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı davalarda da ihtiyati tedbir talepleri ile ilgili kararlarına karşı aynı şekilde, temyiz yoluna gidilebilmelidir (m. 391/3; m. 394/5). Bölge adliye mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna gidildiği takdirde Yargıtay, temyiz incelemesi neticesinde bölge adliye mahkemesinin yerine geçerek bir karar veremez; sadece temyiz denetimi

³⁴ AKKAYA, s. 114. Özekes eğer doğrudan istinaf mahkemesince bir geçici hukukî koruma kararı verilirse, bu durumda temyize gidilebilecek mi sorusuna, Yargıtay'ın adeta istinaf imcelemesi yapar şekilde bu kararları inceleyebilmesi gerektiğini, aksi takdirde ilk derece verilen geçici hukukî koruma kararları denetime açıkken istinaf aşamasında verilen geçici hukukî koruma kararlarına karşı bu yol kapatılmış olacağını, bunun da düzenlemenin amacına uygun olmayacağını ifade etmiştir (ÖZEKES, Yeni Kanun Yolu Sistemi, s. 110). Karş.: ÖZEKES, s. 107; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2263. Kanun koyucunun ihtiyatî tedbir talepleri hakkında verilen kararların denetimsiz kalmaması için henüz Bölge Adliye Mahkemeleri kurulmadan da ilgili hükmün işletilebilmesi için bir üst kavram olarak "*kanun yolu*" kavramının kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu yönünde bkz.: SARISÖZEN, s. 1346.

yapabilir³⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesindeki bölge adliye mahkemelerinin geçici hukukî korumalar hakkında verdiği kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği şeklindeki düzenlemenin de ilk derece mahkemelerinin ihtiyatî tedbirler hakkında verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemelerince verilen kararla sınırlı olduğu kabul edilmelidir.

Bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen ihtiyatî tedbirlerin teminat karşılığında değiştirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 395. maddesi ile durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasını sağlayan aynı Kanun'un 396. maddesi bölge adliye mahkemesinde yapılan yargılama sırasında da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, aleyhine tedbir kararı verilen taraf söz konusu hükümler çerçevesinde tedbirin değiştirilmesini veya tamamen kaldırılmasını talep edebilecektir. Bölge adliye mahkemesinin bu talepler hakkında vereceği kararlar kesindir³⁶. Zira her iki hükümde de itiraz hakkında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvuruyu düzenleyen 394. maddenin beşinci fıkrasına atıf yapılmamıştır. Bu durumlarda esasında ihtiyatî tedbirin varlığı ve özünü ilgili bir karar verilmemekte (m. 395); ya da inceleme maddi koşullarla ilgili olduğundan (m. 396), her iki hâl için de kanun yoluna başvuru kabul edilmemiştir³⁷. Temyiz yoluna ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391. maddesinin üçüncü fıkrası ile 394. maddenin beşinci fıkrasında belirtilen kararlara karşı gidilebilir.

SONUÇ

İhtiyatî tedbir talebine ihtiyaç, davanın açılmasından önce doğabileceği gibi ilk derece mahkemesindeki veya bölge adliye mahkemesindeki yargılama sırasında oluşabilir. Dava açılmadan önce veya dava sırasında ihtiyatî tedbir taleplerinin reddi kararlarına karşı yapılan istinaf başvuruları kabul edilirse, koşullarının gerçekleşmesi hâlinde bölge adliye mahkemeleri, tedbir talebi hakkındaki red kararını kaldırıp, bizzat ihtiyatî tedbire karar verebilirler. Bölge adliye mahkemesinin verdiği karara karşı temyiz yoluna gidilemez. Ancak bölge adliye mahkemesi tedbir talebini karşı tarafı dinlemeden vermişse, bu karara karşı itiraz edilebilir. Esas hakkında dava açıldıktan sonra itiraz hakkında, davaya bakan mahkeme karar verir. Bu nedenle, bölge adliye mahkemesinin karşı tarafı dinlemeden verdiği tedbir kararına karşı da davayı gören ilk derece mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine mahkeme tedbir kararını kaldırabilir veya değiştirebilir. Bu karara karşı da istinaf yoluna gidilebilir. İstinaf başvurusu üzerine, bölge adliye mahkemesinin verdiği karar kesindir.

Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak uyuşmazlığı gördüğü veya istinaf başvurusunun kabulü üzerine ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp işin

³⁵ Karş.: ÖZEKES, Yeni Kanun Yolu Sistemi, s. 110. BAM'ın göreve başlamasından önce tedbir kararına karşı temyiz başvurusu üzerine Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek karar vermemesi gerektiği yönünde bkz.: ARSLAN, s. 16.

³⁶ KURU/AYDIN, s. 472; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2536, 2540; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s. 589; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 737; YILMAZ, HMK Şerhi, s. 3578; KARSLI, s. 741-742; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.712-713; MISTAÇOĞLU, s. 96, 98; AYER, s. 149; ARSLAN, s. 21; ARAS, s. 76-77; KAPLAN, Mikail Bora, Sinai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyatî Tedbirler, İstanbul 2018, s. 160.

³⁷ ARSLAN, s. 21.

esasını görmeye başladığı hâllerde de ihtiyatî tedbir bölge adliye mahkemesinden talep edilebilir. Bölge adliye mahkemesi, karşı tarafı dinlemeden tedbir kararını kabul etmişse, bu karara karşı itiraz edilebilir ve itiraz yine kararı veren bölge adliye mahkemesine yapılır. İtiraz üzerine verilen karar ile karşı taraf dinlenilerek tedbir kararı verilmişse yahut bölge adliye mahkemesi tedbir talebini reddetmişse, bu kararlara karşı temyiz yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyatî tedbir talepleri hakkındaki kararların denetimine yönelik düzenlemeleri buna imkân verdiği gibi, etkin hukukî korumanın sağlanması, keyfi ve hukuka aykırı kararların verilmesinin önlenmesi bakımından da bu sonucun kabulü gerekir.

Bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen ihtiyatî tedbirlerin teminat karşılığında veya durum ve koşulların değişmesi sebebiyle değiştirilmesi veya kaldırılması mümkündür. Ancak bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk, İstinaf Kavramı, Ankara 2010.
- AKKAYA, Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.
- AKKAYA, Tolga, “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara 2018, s. 115-181.
- AKTEPE ARTIK, Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2014.
- ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- ALBAYRAK, Adem, Sorularla Hukukta İstinaf El Kitabı, 3. Bası, Ankara 2017.
- ALBAYRAK, Adem/ARSLAN, Cihat, Hukukta İstinaf Uygulaması, Ankara 2016.
- ARAS, Bahattin, “İhtiyati Tedbir Ve Delil Tespiti Kararlarına İtiraz Ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Bu Konuda Getirdiği Yenilikler”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 3, S. 20, Y. 2008, s.67-80.
- ARSLAN, Ramazan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 7-27.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2020.
- AYER, Burak “İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Başvurma Yolları”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- BOZTAŞ, Nevzat, Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf, İstanbul 2020.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, 2. Bası, İstanbul 2002.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis, “İstinafa Başvuru Şartları”, MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara 2018, s. 17-37 (İstinafa Başvuru).
- DİRENİSA, Efe, İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C.11, S. 25, Y. 2019, s. 97-175.
- ERİŞİR, Evrim, Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 9. Bası, Ankara 2020.
- HANAĞASI, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016.
- KAPLAN, Mikail Bora, Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyatî Tedbirler, İstanbul 2018.

KARADEMİR, Dilek, İhtiyati Tedbir Hakkındaki Kararların Temyizi ve 2013/1E.,2014/1 K.Sayılı İctihadı Birleştirme Kararı, TAAD, Y. 7, S. 26, Nisan 2016, s. 429-460.

KARSLI, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2020.

KATAYIFÇI, Derya Ece, Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2020.

KIRTILOĞLU, S. Serhat, "İhtiyati Tedbirler Görevli ve Yetkili Mahkeme", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C.1, Ankara 2010.

KONURALP, Cengiz Serhat, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler, İÜHFD, C. LXXI, S. 2, Y. 2013, s. 225-274.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Bası, İstanbul 2001.

KURU, Baki, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara 2020 (El Kitabı).

KURU, Baki/AYDIN, Burak, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2020.

MERAKLI YAYLA, Deniz, Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2013.

MİSTAÇOĞLU, Yasemin, Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması, İstanbul 2020.

ÖZEKES, Muhammet, "İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar", MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara 2018, s. 85-112.

ÖZEKES, Muhammet, İcra-İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999 (İhtiyati Haciz).

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Hukuki Dinlenilme Hakkı).

ÖZEKES, Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017 (Pekcanitez Usûl).

ÖZEKES, Muhammet, 100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Ankara 2016 (Yeni Kanun Yolu Sistemi).

ÖZKÖK, Süleyman, İhtiyati Tedbirler, Ankara 2002.

ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/KALE, Serdar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi, TBBD 2020, S.149, s. 77-152.

PEKCANİTEZ, Hakan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000.

PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", TBBD 2020, S. 150, s. 247-299.

PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 8. Bası, İstanbul, 2020 (Usûl).

SARISÖZEN, M. Serhat, “İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Başvuru Yolu ve İctihadi Birleştirme Kararı”, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1321-1350.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.

TANRIVER, Süha, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBD, S. 53, Y. 2004, s. 191-215.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilebilecek Kararlar”, TBBD, S. 134, Y.2018, s. 313-354.

TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.

TUNCER KAZANCI, İdil, “Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, MİHDER, C. 8, S. 23, 2012/3, s. 75-126.

TUNÇ YÜCEL, Müjgan, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013.

UMAR, B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İhtiyatî Tedbirler, İstanbul 1981 (Tedbirler).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul 2000.

YAVAŞ, M., “Bölge Adliye Mahkemesinin Göreve Başlamasından Sonra Medeni Usul Hukukunda Temyiz”, MİHBİR 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim 2017, Ankara 2018, s. 237-307.

YILDIRIM, M. Kamil, Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf, İstanbul 2000.

YILMAZ, Ejder, “Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Verme Yetkisi”, MİHDER, C. 5, S. 13, 2009, s. 213-220.

YILMAZ, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001 (Hukuki Himaye).

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, 3. Bası, Ankara 2017 (HMK Şerhi).

KURUMLARIN AKTİFİNDE İKİ YIL SÜREYLE BULUNAN TAŞINMAZLARIN CEBRİ İCRA YOLUYLA SATILMASI DURUMUNDA KATMA DEĞER VERGİSİ İSTİSNASI*

Dr. Öğr. Üyesi Volkan ÖZÇELİK**

ÖZ

Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17/4-r'ye göre, borçlu kurumun aktifinde iki yıl süreyle bulunan taşınmazların satılması halinde, bu satış işlemi katma değer vergisinden istisnadır. Katma Değer Vergisine ilişkin düzenlemeler ve bu konudaki yargı kararlarına göre, satışın cebri icra yoluyla yapılması halinde de anılan istisna uygulanır. Bununla birlikte istisnanın uygulanması için kanunda aranan şartların yerine gelmesi gerekmektedir. Bu şartların yerine gelip gelmediği satışı yapan icra ve iflas organı tarafından değerlendirilmelidir. Katma değer vergisi istisnasının uygulanmaması nedeniyle ihale alıcısından haksız olarak vergi alınması halinde, bu paranın iade edilmesi mümkün olduğu gibi, üçüncü kişilerin bu sebebe istinaden ihalenin feshini talep olanağı mevcuttur. Bu çalışmada katma değer vergisi istisnasının cebri icra yoluyla satışta uygulanma şartları, uygulanması ve uygulanmamasının sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Katma Değer Vergisi, Cebri İcra Yoluyla Satış, Katma Değer Vergisi İstisnası, Kurum, Borçlu.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 21/07/2020

Kabul Edildiği Tarih: 21/12/2020

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: volkan.ozcelik@omu.edu.tr; vozcelik.hukuk@gmail.com

ORCID: 0000- 0001-9999-900X

VALUE ADDED TAX EXEMPTION IN THE FORCED SALE BY AUCTION OF INSTITUTIONS FOR THE IMMOVABLE PROPERTY FOR TWO YEARS PERIOD

ABSTRACT

According to Value Added Tax Article 17/4-r, if the immovable property belongs to the institutions of debtor for two years, the forced sale is exempt from value added tax. For this, the conditions in the Value Added Tax Act must be fulfilled. Whether these conditions are fulfilled should be evaluated by the enforcement and bankruptcy department. If no value added tax exemption is applied, the buyer may request the refund of the money; also third parties may sue the annulment of the tender. In this study, the conditions of the value added tax exemption, the results of its application and non-application are examined.

Keywords: Value Added Tax, Forced Sale By Auction, Value Added Tax Exemption, Institution, Debtor.

GİRİŞ

Harcama üzerinden alınan katma değer vergisinin konusu, Türkiye’de ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyetler çerçevesinde yapılan mal teslimleri, hizmet ifaları ile her türlü mal ve hizmet ithalatıdır (KDVK m. 1). Katma değer vergisinde vergiyi doğuran olay malın teslimi veya hizmet ifasıdır. Bir mal üzerindeki tasarruf hakkının malik ya da onun adına hareket edenler tarafından alıcıya veya onun adına hareket edenlere devredilmesi mal teslimidir (KDVK m. 2). Katma değer vergisinin mal teslimi suretiyle ortaya çıkması için malın tasarruf hakkının devri gereklidir; bu nedenle ödünç verme durumunda katma değer vergisi ortaya çıkmaz¹. Katma değer vergisi mükellefi mal teslim edenler olup; aslında bu kişiler vergi yükünü, mal ve hizmetlerin fiyatına vergiyi eklemek suretiyle nihai taşıyıcısı olan tüketicilere geçirmektedir². Katma değer vergisi matrahı kural olarak teslim edilen malın veya sağlanan hizmetin karşılığı olan bedeldir. Bununla birlikte özel matrah biçimleri de kanunda düzenlenmiştir. Söz gelimi müzayede salonlarında yapılan satışlarda kesin satış bedeli katma değer vergisinin matrahıdır (KDVK m. 23)³.

3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 1/3-d maddesinde, müzayede mahallerinde yapılan satışların katma değer vergisine tabi olduğu düzenlenmiştir. İcra ve iflas takibinde cebri icra organları eliyle yapılan satışlar da söz konusu yasal düzenlemeye istinaden kural olarak katma değer vergisine tabi bulunmaktadır. Nitekim 21.07.1985 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 15 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde de, cebri icra, izale-i şuyu, ipoteğin paraya çevrilmesi, tasfiye gibi nedenlerle müzayede mahallerinde yapılacak olan satışların katma değer vergisine tabi olacağı açıkça belirtilmiştir⁴.

Cebri icra yoluyla yapılan satışlarda verginin mükellefi satışı gerçekleştiren icra dairesidir. İcra dairelerince yapılan satışlar nedeniyle hesaplanan katma değer vergisi, en geç İcra ve İflas Kanunu uyarınca bedelin tahsil edildiği günün mesai bitimine kadar vergi dairesine beyan edilip aynı süre içinde ödenmek durumundadır. Satışa ait katma değer vergisi bu süre içinde beyan edilip ödenmemesi durumunda malın teslimi gerçekleştirilmez (48 Seri No’lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, D- İcra Yoluyla Yapılan Satışlarda Katma Değer Vergisi Uygulaması⁵).

Bir taşınmazın satışı suretiyle mal teslimi katma değer vergisine tabidir. Bununla birlikte Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17/4-r uyarınca kurumların aktifinde en az iki tam yıl süreyle bulunan taşınmazların satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimler, kurumun taşınmaz mal alım-satımı ticaretini yapmaması kaydıyla, katma değer

¹ ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN Nami/GÖKER Cenker, Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara 2019, s. 430-431.

² ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s. 435.

³ KIZILOT, Şükrü, KDV Kanunu ve Uygulama, Ankara 1998, s. 83; HAZNEDAR, İbrahim Murat, “Cebri İcra Yoluyla Taşınmaz Satışlarında Katma Değer Vergisi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 2, 2009, s. 798.

⁴ HAZNEDAR, s. 793. Hukuk devletinın unsurlarından bir tanesi hukuki belirliliktir (KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara 2005, s. 21 vd.; ÇAĞLAR, Selda, Hukuk Devletinın Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, İstanbul 2013, s. 175; AKTAŞ, Sururi, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 2020/1, s. 8). Katma değer vergisi ve istisnasına ilişkin bu düzenlemelerin varlığı hukuki belirlilik ilkesine katkı sunmaktadır.

⁵ RG. 13.07.1995, S. 22342.

vergisinden istisnadır (KDVK m. 17/4-r)⁶. Katma değer vergisine ilişkin bu istisna, 15 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği⁷ ve yargı uygulamasına göre⁸, cebri satışlarda da tatbik edilir. Çalışmamızda bu istisnanın cebri icra yoluyla yapılan satışlarda uygulanmasının şartları, uygulanması ve uygulanmamasının sonuçları incelenecektir. Bununla birlikte aynı düzenlemede yer alan ve “bankalara, finansal kiralama ve finansman şirketlerine borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmaz ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dâhil) bankalara, finansal kiralama ve finansman şirketlerine devir ve teslimleri ile bu taşınmaz ve iştirak hisselerinin finansal kiralama ve finansman şirketlerince devir ve teslim” katma değer vergisinden istisnadır. Banka ve finans kuruluşlarına yönelik olarak getirilen bu istisnanın uygulanma şartları ile kurumların aktifinde iki yıl süreyle bulunan taşınmazların cebri icra yoluyla satılması durumunda katma değer vergisi istisnasının şartları farklı olduğundan, alacaklı banka ve finans kuruluşlarına ilişkin vergi istisnası inceleme konusu dışında bırakılmıştır.

1. İSTİSNANIN UYGULANMA ŞARTLARI

Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17/4-r uyarınca, kurumların aktifinde en az iki tam yıl süreyle bulunan iştirak hisseleri ile taşınmazların satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimler, katma değer vergisinden istisnadır. Buna göre istisnanın uygulanması belli şartların yerine gelmesine bağlıdır: Borçlunun kurum olması, satışa konu edilen malın taşınmaz niteliğinde olması, taşınmazın iki tam yıl süreyle kurumun aktifinde kayıtlı olması, borçlunun taşınmaz alım-satım ticaretini yapmaması ve taşınmazın devrinin satış suretiyle gerçekleşmesidir.

Katma değer vergisine ait bu istisnanın uygulanmasının şartları çalışmanın sonraki kısmında ayrıca ele alınacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki, tüm şartların ortak yönü, istisnanın uygulanmasında aranan şartların borçlu hakkında gerçekleşmesinin gereğidir. Borçlu Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17/4-r kapsamındaki şartları sağlaması durumunda, taşınmazın cebri icra yoluyla satışında katma değer vergisi istisnası tatbik edilebilir. Buna karşılık ihale alıcısının şahsında Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17/4-r şartlarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilerek yapılarak, ihale alıcısının düzenlemedeki

⁶ Belirtmek gerekir ki, aynı düzenleme uyarınca, bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmazların bankalara devir ve teslimleri katma değer vergisinden istisnadır. Bu hal için taşınmazın kurumun aktifinde iki tam yıl süreyle bulunması şartı aranmaz (HAZNEDAR, s. 804). Bankalar yönünden istisnanın uygulanması için şartların daha az oluşu, çalışmanın kapsamı düşünüldüğünde, inceleme konusu dışında tutulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki doktrinde, cebri satışlarda katma değer vergisi tahsil edilmesinin İcra ve İflas Kanunu ve Anayasa'nın temel ilkeleri ile çeliştiği, Katma Değer Vergisi Kanunu'nda yer alan istisnaların amacı düşünüldüğünde cebri icra yoluyla yapılan tüm satışların istisna kapsamına girmesi gerektiği, bunun için ise yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu konusunda açıklamalar yapılmaktadır. Bu hususta bkz. EKECİK, Şükran/ŞİŞMAN, Gülden, “Cebri Satışlarda Katma Değer Vergisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 26, S. 3, 2010, s. 69 vd.

⁷ RG. 21.07.1985, S. 18818.

⁸ 12. HD, 19.04.2016, E. 2016/9394, K. 2016/11527 (www.lexpera.com).

şartları sağlamadığından bahisle katma değer vergisi istisnasına ilişkin düzenlemenin uygulanmaması hatalıdır⁹.

Diğer taraftan katma değer vergisi istisnasının uygulanması, kanunda aranan şartların tümünün yerine gelmesine bağlıdır. Zira verginin konulmasında ve vergiye istisna getirilmesinde kanunilik ilkesi bunu gerektirmektedir. Şartları yerine gelmediği takdirde bir vergi istisnasının uygulanması, verginin kanuniliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilmelidir. Nitekim kamu giderlerini karşılamak üzere herkes, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulabilir, değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Herkes tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak kabul edilen ve devletin kamusal gereksinimlerini karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağı şeklinde tanımlanan verginin anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır. Vergilendirmede genel kural, kanunla belirlenmiş konularda kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Kanun koyucu -Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla- vergilendirilecek alanların seçiminde yetkili olduğu gibi bu vergilerin matrahlarına dâhil olan unsurları da belirleme yetkisine sahiptir¹⁰. Bu durum devletin vergilendirme yetkisini kanunilik ilkesine uygun bir şekilde kullanabilmesine dayanmaktadır. Vergilendirmede kanunilik ilkesine göre, yasama organı vergilendirme

⁹ 12. HD, 19.04.2016, E. 2016/9394, K. 2016/11527 (www.lexpera.com): “Şikâyetçi ihale alıcısının, müflis ...'ye ait taşınmazın satımının KDV'den istisna olduğunu belirterek KDV alınması yönündeki memur işleminin iptali ve bedelin iadesi istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, gerçek kişi olan ihale alıcısının 17/4 p ve r maddelerinde sayılan niteliklere ve dolayısıyla KDV'den muafiyete sahip olmadığı, KDV alınmasına ilişkin İcra Müdürlüğü işleminin yerinde olduğu gerekçesi ile şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır. Somut olayda, şikâyet konusu uyuşmazlık, icraen ihalesi yapılan taşınmaz satışının KDV'den istisna olup olmadığı ve bu satış nedeni ile icra dairesince alıcıdan KDV alınmasının yasaya uygun olup olmadığı ile ilgili olup bir hakkın yerine getirilmemesine ilişkin olduğundan İİK'nun 16/2. maddesi uyarınca şikâyet süreye tâbi değildir. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17. maddesinde KDV'nin istisnaları düzenlenmiş olup, bu maddenin 4. fıkrasının (r) bendinde ise, kurumların aktifinde, en az iki tam yıl süreyle bulunan taşınmazların satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimler ile bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmaz ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dâhil) bankalara devir ve teslimlerinin, KDV'den istisna olduğu düzenlenmiştir. Sermaye şirketleri de kurum kavramı içerisinde yer almakla (5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.1/a), anılan yasal düzenlemede yer alan istisna hükmü, sermaye şirketlerinin borçlarına karşılık taşınmazlarının cebri icra yoluyla satılması halinde uygulanır. Bu durumda, mahkemece, 3065 sayılı Yasanın 17/4-r maddesine göre değerlendirme yapılarak ihale konusu taşınmazın iki yılı aşkın süredir borçlu şirketin aktifinde kalıp kalmadığı ile anılan şirketin istisna kapsamındaki kıymetlerin ticaretini yapıp yapmadığı araştırılarak, KDV Kanunu'nun 17/4-r maddesinde belirtilen istisna kapsamında olup olmadığının tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” Benzer şekilde bkz. 12. HD, 13.12.2016, E. 2016/7219, K. 2016/25312 (www.lexpera.com); 12. HD, 04.04.2019, E. 2019/4924, K. 2019/5643 (www.lexpera.com).

¹⁰ AYM, 23.06.2004, E.2004/14, K.2004/84 (www.lexpera.com); AYM, 25.12.2014, E.2013/48, K.2014/198 (www.lexpera.com); AYM Bireysel Başvuru, 12.11.2019, Başvuru Numarası: 2016/8880 (www.lexpera.com); AYM Bireysel Başvuru, 04.07.2019, Başvuru Numarası: 2016/2760 (www.lexpera.com); AYM Bireysel Başvuru, 18.04.2019, Başvuru Numarası: 2015/12721 (www.lexpera.com); AYM Bireysel Başvuru, 03.04.2019, Başvuru Numarası: 2016/2400 (www.lexpera.com).

yetkisini kullanarak vergi ihdas edebileceği gibi, takdir yetkisi çerçevesinde ve düzenleme yapma amacı doğrultusunda ihdas edilmiş bir vergi için muafiyet ve istisna getirebilir¹¹.

1.1. Borçlunun Kurum Olması

Cebri icra yoluyla taşınmaz satışında katma değer vergisi istisnasına ilişkin düzenlemenin uygulanmasının ilk şartı, borçlunun “kurum” olmasıdır. Kurum kavramı, Katma Değer Vergisi Kanunu’nda tanımlanmamıştır. Yargıtay, katma değer vergisi istisnasının cebri icra satışlarında uygulanmasını değerlendirirken Kurumlar Vergisi Kanunu’na atıf yapmaktadır¹². Kurumlar Vergisi Kanunu’na göre kurum, “sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait işletmeler ve iş ortaklarını” ifade eder (KVK m. 1).

Türk Ticaret Kanunu’na göre anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket sermaye şirkettir. Kolektif şirket ve komandit şirket ise şahıs şirkettir (TTK m. 124). Dolayısıyla katma değer vergisi istisnasına ilişkin düzenleme, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin borçlarına karşılık taşınmazlarının cebri icra yoluyla satılması halinde uygulanabilir. Buna karşılık şahıs şirketlerinin borçları nedeniyle taşınmazların cebri icra marifetiyle satılması durumunda katma değer vergisine ilişkin istisna uygulanmaz¹³.

Kooperatifler Kanunu’na göre kooperatif; tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar olarak tanımlanmıştır (Kooperatifler Kanunu m. 1).

Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, diğer kamu idarelerine ve kuruluşlarına ait veya bağlı olup, faaliyetleri devamlı bulunan ve sermaye şirketleri ile kooperatifler dışında kalan ticarî, sınaî ve ziraî işletmeler iktisadî kamu kuruluşudur (KVK m. 2/3)¹⁴.

¹¹ ERKİN, Gözde, “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2012, s. 245; ERKİN, Gözde, “Türk Hukuku’nda Vergilendirme Yetkisi”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkililer’e Armağan, 2013, s. 1112 vd. Vergilendirmede istisna getirilmesinin, istisna getirilen hususa ilişkin bir düzenleme amacından kaynaklandığını, bu amaç doğrultusunda düzenleme yapıldığını belirtmek yanlış olmaz. Nitekim ihracatı teşvik etmek maksadıyla ihraç edilen mal ve hizmetlerin katma değer vergisinden istisna edilmesi şeklinde vergi teşvik tedbirine başvurulması mümkündür. Bkz. OLGUNCA, Asuman, “İhracatta Katma Değer Vergisi İstisnası”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 3, No: 2, Yıl: 1988, s. 195.

¹² 12. HD, 19.04.2016, E. 2016/9394, K. 2016/11527 (www.lexpera.com); 12. HD, 19.04.2016, E. 2016/9394, K. 2016/11527 (www.lexpera.com); 12. HD, 13.12.2016, E. 2016/7219, K. 2016/25312 (www.lexpera.com); 12. HD, 04.04.2019, E. 2019/4924, K. 2019/5643 (www.lexpera.com).

¹³ 12. HD, 19.04.2016, E. 2016/9394, K. 2016/11527 (www.lexpera.com): “...Sermaye şirketleri de kurum kavramı içerisinde yer almakla (5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.1/a), anılan yasal düzenlemede yer alan istisna hükmü, sermaye şirketlerinin borçlarına karşılık taşınmazlarının cebri icra yoluyla satılması halinde uygulanır...”

¹⁴ ARPACI, Altar Ömer, “Kurumlar Vergisi Mükellefi Olarak İktisadi Kamu Kuruluşları İle Dernek Veya Vakıflara Ait İktisadi İşletmeler”, Mali Çözüm Dergisi, S. 97, 2010, s. 171-172: “İktisadi kamu kuruluşları, kamu hukuku tüzel kişilerine bağlı iktisadi işletmelerdir. Kamu hukuku tüzel kişileri; kamu idareleri ve kamu kuruluşları olmak üzere iki grupta toplanır. Kamu idareleri, muayyen bir bölgede

Dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmeler, katma değer vergisi istisnasının uygulanması anlamında kurum olarak kabul edilmiştir (KDVK m. 17/4-r). İktisadi amaç, “kazanç elde etmeyi ekonomik menfaat teminini ve bu yolla malvarlığının aktifini arttırmayı veya meydana gelebilecek bir eksilmeyi önlemeyi” ifade eder¹⁵. Bu nedenle dernek ve vakıfların doğrudan iktisadi bir amaç benimsemesi mümkün değildir. Zira tüzel kişilerde, tüzel kişiyi kuran kişilerin amacına göre, hukuk düzeni tüzel kişinin türünü belirler. Dernek ve vakıflarda kazanç paylaşma amacı bulunmayıp, ideal amaç bulunur¹⁶. Bununla birlikte dernek ve vakıflar amaçlarına ulaşmak için iktisadi işletme işletebilirler. Nitekim vakıfta iktisadi amaç güdülmesi veya iktisadi amaç taşıyan bir vakfin kurulması mümkün değildir. Ancak bir vakıf, amacına ulaşmak için ihtiyaç duyduğu geliri iktisadi bir işletme işleterek elde edebilir (Vakıflar Kanunu m. 26/1)¹⁷. Keza dernekler de ideal amaç çerçevesinde birleşmiş kişiler topluluğu olup, kazanç paylaşma dışında ideal bir amaçla kurulabilir (TMK m. 56/1)¹⁸. Ancak dernek, amacına ulaşmak için ticari veya iktisadi bir işletme işletebilir¹⁹.

İş ortaklıkları, Kurumlar Vergisi Kanunu m. 2’de sayılan kurumların (sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernekler veya vakıflara ait işletmeler) kendi aralarında, gerçek kişilerle ya da şahıs ortaklıklarıyla belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardır (KVK m. 2/7). Ortaklıklar hukuku bağlamında iş ortaklıkları tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık niteliğindedir²⁰. Nitekim kanunen zorunlu bir şekle tabi olmayan

yaşayanların tamamı ile ilgili genel hizmetleri yapan, başta devlet olmak üzere il özel idaresi, belediye ve köylerden ibaret tüzel kişilerdir. Kamu kuruluşları ise belirli bir veya birden çok kamu hizmetini görmek üzere, genellikle özel bir kanunla kurulan devlete, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere bağlı kuruluşlardır. Üniversiteler, Devlet Demir Yolları, Maden Tetkik Arama Enstitüsü, Posta Hizmetleri İşletmesi kamu kuruluşlarına örnek olarak gösterilebilir. İktisadi kamu kuruluşları ise, bu idare ve kuruluşlardan birine ait olup sermaye şirketi veya kooperatif statüsü dışında faaliyet gösteren ticari, sınai ve zirai her türlü işletmeleri ifade eder. İktisadi kamu kuruluşları, Kurumlar Vergisi Kanununda kullanılmış bir ifadedir. Bu ifade, kamu idare ve kuruluşlarına bağlı tüm iktisadi işletmeleri kapsar. Bu nedenle iktisadi kamu kuruluşları, hem kamu iktisadi teşebbüslerini ve hem de iktisadi devlet teşekküllerini kapsamı içine alır.”

¹⁵ DOĞAN, Murat/NARBAY, Şafak, “İktisadî Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadî İşletme İşletmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 438. İktisadi işletmelerin ortak özelliği gelir sağlamayı hedef edinmiş olmalarıdır. Nitekim ticari işletmenin unsurlarından bir tanesi gelir sağlama amacı yahut gelir sağlamayı hedef almaktır. Bkz. ÜLGİN, Hüseyin/HELVAÇI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 149; BOZER, Ali/GÖLE Celal, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020, s. 9.

¹⁶ ÖZSUNAY, Ergun, Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul 1982, s. 36; DOĞAN/NARBAY, s. 437; TÜZÜNER, Özlem, “Derneğin Ticari İşletme İşletmesi Ve Türk Medenî Kanunu’nda Bilinçli Boşluk Bırakılması”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 2812.

¹⁷ DOĞAN/NARBAY, s. 440-441.

¹⁸ Yargıtay da derneğin iktisadi amaç güdemeyeceğini kararlarında vurgulamaktadır. Bkz. 2. HD, 24.03.1975, E. 1975/2522, K. 1975/2781 (TÜZÜNER, s. 2819): “Dava konusu minibüsçüler derneğine ait tüzüğün üçüncü maddesinde, şoförlerin maddî çıkarlarının sağlanacağı belirtilmekte olduğuna göre, amaçlarının kazanç sağlamaya yönelik bulunduğu açıktır. Hâl böyle olunca, derneğin gayesinin kazanç paylaşırma olduğu göz önünde tutularak feshine karar verilmesi doğrudur”

¹⁹ TÜZÜNER, s. 2824.

²⁰ ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s. 357.

adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir (TBK m. 620/1)²¹. İş ortaklığı da kazanç paylaşımı amacıyla kurulan bir ortaklık olup; ortaklık yapısına dâhil olan ortaklar, belli bir işin birlikte yapılmasını yüklenmektedir²².

Cebri icra satışlarında satılan mahcuz taşınmaz mal kurum dışında bir borçluya ait olduğunda, katma değer vergisi istisnası kapsamında bulunmaz. Dolayısıyla borçlunun kurum olduğu hallerde ihaleden taşınmaz mal alan alıcı katma değer vergisi ödemezken; borçlunun kurum olmaması durumunda alıcı katma değer vergisi ödemek durumundadır. İhalede katma değer vergisinin önemli bir gider olduğu düşünüldüğünde, katma değer vergisinden istisna olup olmama ihaleye katılımı da etkiler²³. Eş söyleyişle, kurum niteliğindeki borçlunun ihale ile satılan taşınmazına daha çok talip ve talep çıkabilecekken, buna karşılık kurum niteliğinde olmayan borçlunun satılan taşınmazına daha az talip ve talep çıkabilecektir.

Bu durumun eşitlik ilkesine (AY m. 10) aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Anayasa'nın "Genel Esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesi, yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayıcı niteliktedir²⁴. Eşitlik ilkesi hukuksal durumu aynı olanlar için söz konusu olup, bu ilke eylemli değil hukuksal eşitliği öngörür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektedir²⁵. İcra ve iflas takiplerinde satış ve tasfiye aşamasında borçlunun kurum olması ya da olmaması bakımından ayırık bir durum yoktur. Yine tüzel kişi borçlular bakımından da borçlunun sermaye şirketi yahut

²¹ POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2005, s. 46; PULAŞLI, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 14; KÜRŞAT, Zekeriya, "Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S. 1, 2012, s. 303; HAMAMCIOĞLU, Esra/KARAMANLIOĞLU, Argun, "Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Özel Sayı: Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 1311; KAYAR, İsmail, Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 325.

²² ARPACI, s. 170.

²³ Nitekim katma değer vergisinden istisna olan bir satışın, katma değer vergisi ile birlikte yapılması Yargıtay'a göre ihaleye katılımı etkileyeceğinden ihalenin feshi sebebidir. Bkz. 12. HD, 28.03.2013, E. 2013/569, K. 2013/11829 (www.lexpera.com): "...25.10.1984 tarih ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1/1. maddesi gereğince, Türkiye'de ticari, sınai, zirai, faaliyet ve serbest meslek çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler ile aynı Kanun'un 1/3-d maddesi gereğince de müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar KDV'ye tabidir. Anılan Kanun'un 17/4-r maddesinde ise, "Kurumların aktifinde veya belediyeler ile il özel idarelerinin mülkiyetinde, en az iki tam yıl süreyle bulunan iştirak hisseleri ile taşınmazların satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimler ile bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmaz ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dâhil) bankalara devir ve teslimleri"nin KDV kapsamından istisna olduğu belirtilmiştir. Üzerinden KDV alınıp alınmayacağı talebi ve talibi olumsuz yönde etkileyeceğinden 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17/4-r maddesinde belirtilen istisna kapsamına taşınmazın girip girmediği mahkemece yöntemince araştırılmadan şikâyetin reddine karar verilmesi de doğru görülmüştür..."

²⁴ AYM, 25.06.2014, Başvuru Numarası: 2014/256, Tuğba Arslan Başvurusu, §110.

²⁵ AYM, 17.03.2011, E. 2009/47, K. 2011/51. Eşitlik güvencesinin kapsamı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s. 133 vd.; KARAN, Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasası, İstanbul 2019, s. 35 vd.

kooperatif olması ile şahıs şirketi olması arasında hukuken farklılık yoktur. Hal böyle iken kanuna göre kurum niteliğindeki borçluya ait taşınmazların satışı katma değer vergisinden istisna olmasına karşın, bu istisnanın diğer borçlular için geçerli olmaması katma değer vergisinden istisna tanıyan düzenlemenin anayasal eşitlik ilkesini zedelemesine ve kurum dışındaki borçlulara karşı ayrımcılık yapılmasına neden olmaktadır. Ayrımcılık, “nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesidir”²⁶. İcra ve iflas takiplerinde borçlunun kurum dışında bir kişi olması durumunda mahcuz taşınmaz malın satışının katma değer vergisinden istisna olmamasının nesnel ve makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de ayrımcılık yasağı yönünden inceleme yaparken, farklı şekilde davranılmasının gerekçelerini incelemekte; bu gerekçelerin makul bir temelini olmaması ve gerekçelerin kanıtlara dayanmaması durumunda ayrımcılık iddiasını kabul etmektedir²⁷.

1.2. Satışa Konu Edilen Malın Taşınmaz Olması

Borçlunun aktifinde en az iki yıl süreyle bulunan mahcuz taşınmazın cebri icra yoluyla satılması durumunda, satış işlemi katma değer vergisinden istisnadır. Bunun için aranan şartlardan bir tanesi satılan malın taşınmaz olmasıdır. Taşınmazların satışında katma değer vergisi istisnası uygulanmaz (KDVK m. 17/4-r). Bu durum cebri icra hukukunda uygulama yeri bulan eşitlik ilkesi²⁸ açısından problemleri uygulamaları beraberinde getirebilir. Katma Değer Vergisi’ne tabi cebri satışlarda vergi ödenmeden malın teslimi gerçekleştirilmeyeceğinden²⁹, değeri bir taşınmaz mal kadar ve hatta daha yüksek olan taşınmaz malın cebri icra yoluyla satılması halinde satış bedeline eklenen vergi yükü ihaleye katılımı olumsuz etkileyebilir. Taşınmazın değerinin yüksek olabileceğinden yola çıkılarak vergi yüküne getirilen istisnanın, taşınmaz değerine erişen taşınmaz satışlarında uygulanmaması eşitlik güvencesini zedeler niteliktedir³⁰.

Taşınmaz malın neyi ifade ettiği Katma Değer Vergisi Kanunu’nda ayrıca tanımlanmamıştır. Türk Medeni Kanunu m. 704’e göre taşınmaz mülkiyetinin konusunu, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturur. Tapu siciline taşınmaz olarak arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler kaydedilebilir (TMK m. 998)³¹. Cebri icra yoluyla taşınmazların satışına gemi siciline kayıtlı gemiler de dâhildir. Nitekim taşınmaz malların satışına ilişkin hükümler, bayrağı dikkate alınmaksızın gemi siciline kayıtlı bütün gemiler hakkında da

²⁶ AİHM, 20.06.2006, Zarb Adamı/Malta, Başvuru Numarası: 17209/02, §71.

²⁷ AYM, 25.06.2014, Başvuru Numarası: 2014/256, Tuğba Arslan Başvurusu, §122.

²⁸ ÖZEKES, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 190; ÖZÇELİK, Volkan, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014, s. 209.

²⁹ 48 Seri No’lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, D- İcra Yoluyla Yapılan Satışlarda Katma Değer Vergisi Uygulaması.

³⁰ Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektedir. Bu hususta bkz. AYM, 17.03.2011, E. 2009/47, K. 2011/51. Ayrıca bkz. ÖDEN, s. 133 vd. KARAN, s. 35 vd.

³¹ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2011, s. 293; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, 1. Basım, İstanbul 2009, s. 456.

uygulanır (İİK m. 136; TTK m. 1383)³². Bu durumda arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler ve gemi siciline kayıtlı gemilerin cebri icra yoluyla satışında katma değer vergisi istisnasına ilişkin düzenleme uygulama alanı bulabilir.

1.3. Taşınmazın En Az İki Tam Yıl Kurumun Aktifinde Kayıtlı Olması

Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17/4-r'ye göre, satılan taşınmaz kurumun aktifinde en az iki tam yıl kayıtlı olmak şartıyla katma değer vergisinden istisna tutulabilir.

Düzenlemede geçen "aktifte kayıtlı olma" deyimini bilançonun aktif kısmında kayıtlı olmayı çağrıştırmaktadır. Ancak daha isabetli olan, aktifte kayıtlı olma deyiminin kurumun malvarlığının aktifinde kayıtlı olması şeklinde anlaşılmasıdır. Çünkü tapuya kayıtlı bir taşınmazın, kurumun malvarlığının aktifinde yer alma anı tapu sicilinde tescil edildiği andır. Hukukumuzda mülkiyet hakkının kazanılmasında ilke olarak tescil ilkesi benimsendiği açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 705/1)³³. Nitekim Yargıtay da, iki yıllık sürenin başlangıç anının taşınmazın borçlu tarafından iktisap edildiği an olduğunu kabul etmektedir³⁴. Dolayısıyla iki yıllık sürenin hesabında, sürenin başlayacağı tarih

³² KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 642; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2020, s. 219.

³³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 295; ALBAŞ, Hakan "Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Olağanüstü Zamanaşımı İle Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanımında Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlememesi Sorunu" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007, s. 1-2.

³⁴ 12. HD, 17.01.2017, E. 2016/7641, K. 2017/422 (www.lexpera.com): "**Şikâyetçi ihale alıcısının, ihale konusu taşınmazın iki yılı aşkın süredir borçlu şirketin aktifinde kalması nedeni ile satışının KDV'den muaf olduğunu ileri sürerek icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece taşınmazın edinim tarihi ile ihale tarihi arasında iki yıllık süre geçmiş ise de iki yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak cebri icraya konu olduğu tarihin esas alınması gerektiği, bu tarih esas alındığında iki yıllık sürenin dolmadığından bahisle şikâyetin reddine karar verildiği görülmektedir.** 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde; "Türkiye'de yapılan aşağıdaki işlemler Katma Değer Vergisine tâbidir" hükmü yer almaktadır. Aynı Kanun'un 1. maddesinin (d) bendinde ise; müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların Katma Değer Vergisine tabi olduğu hükme bağlandıktan sonra, 19. maddesinin birinci bendinde; "Diğer kanunlardaki vergi muafiyet ve istisna hükümleri bu vergi bakımından geçersizdir. Katma değer vergisine ilişkin istisna ve muafiyetler ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir" hükmü öngörülmüştür. Yasa koyucu, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 11. ve sonraki maddelerinde, Kanunun 1. maddesine göre KDV'den sorumlu olanlarla ilgili olarak bazı hallerde muafiyete ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Sosyal ve Askeri Amaçlı İstisnalarla Diğer İstisnalar" başlıklı 17. maddesinin 4/r bendi ile; " Kurumların aktifinde veya belediyeler ile il özel idarelerinin mülkiyetinde, en az iki tam yıl süreyle bulunan iştirak hisseleri ile taşınmazların satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimler ile bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmaz ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dâhil) bankalara devir ve teslimleri" KDV'den müstesna tutulmuştur. Öte yandan, anılan yasa hükmünde; istisna kapsamındaki kıymetlerin ticaretini yapan kurumların, bu amaçla aktiflerinde bulundukları gayrimenkul ve iştirak hisselerinin teslimlerinin, istisna kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Nitekim, taşınmaz ve taşınmaz niteliği taşıyan mal ve hakların satışında, katma değer vergisi uygulaması ile ilgili Maliye Bakanlığı ... Başkanlığı'nca yayımlanan 23.06.2010 tarihli Katma Değer Vergisi Sirküleri'nin 3.4 maddesinde de; kurumların aktifinde veya belediyeler ile il özel idarelerinin mülkiyetinde, en az iki tam yıl süreyle bulunan taşınmazların satışının KDV'den müstesna olduğu, bu satışların müzayede suretiyle gerçekleşmesinin

bakımından taşınmazın bilançoya kaydedildiği tarih değil, tapuda tescil yapıldığı tarih dikkate alınmalıdır.

İki yıllık sürenin başlangıcında tapu sicilinde taşınmazın edinildiği tarihin dikkate alınması, ihale alıcısının ve ilgililerin menfaatlerini korumaktadır. Tapu sicilinin aleni olmasına bağlı olarak ihale alıcısı ve ilgililer buradaki kayıtları incelemek suretiyle ihaleyi yapan icra müdürünün katma değer vergisine ait kuralları doğru uygulayıp uygulamadığını inceleyebilir. İhaleye çıkarılan taşınmazın katma değer vergisinden istisna edilmesi gerekmesine rağmen, buna riayet edilmediğinde ihale alıcısı şikâyet yoluna, hak sahibi ilgililer ise ihalenin feshine başvurabilir (İİK m. 16).

1.4. Taşınmazın Satış Suretiyle Devrinin Gerçekleşmesi

Katma değer vergisi istisnasının uygulanması için aranan şartlardan birisi, taşınmazın satış işlemi ile devredilmesidir. Taşınmaz sahibi kurumun bağış yapmak suretiyle taşınmazın mülkiyetini devretmesi durumunda, katma değer vergisi istisnasının uygulanması mümkün olmaz (KDVK m. 17/4-r).

Cebri icra yoluyla taşınmazın satışı, esas itibarıyla borçlar hukuku anlamında bir satış sözleşmesi niteliğinde değildir. Sözleşme özgürlüğü prensibi nedeniyle taraflar sözleşmenin karşı tarafını ve sözleşmeye konu edimi serbestçe belirleyebilir³⁵. Cebri icra yoluyla bir taşınmazın satılması ise ancak ihale kurallarına göre mümkündür. İhale, niteliği itibarıyla icra takip işlemi olduğundan³⁶, ihale yapılırken icra takip işlemine ilişkin kuralların ve ihaleye ait özel yasal düzenlemelerin uygulanması zorunludur (İİK m. 129/1). Bu ayrıma rağmen, taşınmaz cebri icra yoluyla yapılan satış işlemi sonucu edinilmiş olduğunda da, katma değer vergisine ilişkin istisna 15 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'ne göre tatbik edilmektedir³⁷.

*belirtilen duruma etkisinin bulunmadığı, ancak, istisna hükmünün, istisna kapsamındaki kıymetlerin ticaretini yapan kurumların, bu amaçla aktiflerinde bulundurdıkları taşınmaz teslimleri için geçerli olmadığı ifade edilmiştir. Diğer taraftan, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 1/1-a maddesine göre; sermaye şirketleri, kurum kavramı içerisinde yer almaktadır. Bu itibarla, 3065 sayılı Kanun'un 17/4-r maddesinde düzenlenen istisna hükmünün, sermaye şirketlerinin borçlarına karşılık taşınmazlarının cebri icra yoluyla satılması halinde de uygulanacağı açıktır. **Somut olayda mahkemece yasada öngörülen iki yıllık sürenin tespitinde, taşınmazın edinme tarihi esas alınması gerekirken, cebri icraya konu olduğu tarih esas alınmıştır. O halde mahkemece borçlu şirketin ihale yoluyla satışı yapılan taşınmazı ne zaman iktisap ettiğinin belirlenmesi, anılan taşınmazın en az iki yıl süreyle şirketin aktifinde olup olmadığının saptanması, borçlunun söz konusu taşınmazı, ticaretini yapmak amacıyla aktifinde bulundurup bulundurmadığının tespit edilmesi ve bu suretle 3065 sayılı Kanun'un 17/4-r maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, taşınmazın cebri icraya konu olduğu tarih itibarıyla iki yıllık sürenin dolmadığı gerekçesi ile şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.***

³⁵ ATEŞ, Derya, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, 2007, s. 79-80.

³⁶ BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, "İcra Takip İşlemleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, 2012, s. 51.

³⁷ 12. HD, 19.04.2016, E. 2016/9394, K. 2016/11527 (www.lexpera.com): "...Somut olayda, şikâyet konusu uyuşmazlık, icraen ihalesi yapılan taşınmaz satışının KDV'den istisna olup olmadığı ve bu satış nedeni ile icra dairesince alıcıdan KDV alınmasının yasaya uygun olup olmadığı ile ilgili olup bir hakkın yerine getirilmemesine ilişkin olduğundan İİK'nun 16/2. maddesi uyarınca şikâyet süreye tâbi değildir. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17. maddesinde KDV'nin istisnaları düzenlenmiş olup, bu maddenin 4. fıkrasının (r) bendinde ise, kurumların aktifinde, en az iki tam yıl süreyle bulunan

1.5. Kurumun Taşınmaz Alım-Satımı Ticaretini Yapmaması ve Satışa Konu Edilen Taşınmazı Bu Maksatla Aktifinde Bulundurmaması

Katma değer vergisi istisnası kapsamındaki kıymetlerin ticaretini yapan kurumların, bu amaçla aktiflerinde bulundurdıkları taşınmazların cebri icra yoluyla teslimleri katma değer vergisi istisnası kapsamı dışındadır (KDVK m. 17/4-r). Düzenleme ile istisnanın uygulanabilmesi için olumsuz şart niteliğinde koşullara yer verilmiştir. Borçlu kurumun taşınmaz alım-satım ticaretini yapmıyor olması ve cebri icra yoluyla satılan taşınmazın bu maksatla kurumun aktifine kayıtlı olmaması gereklidir. Somut olayda her iki koşulun birlikte bulunmaması şartıyla istisna uygulanabilir. Bu nedenle borçlu kurum, taşınmaz alım-satım ticareti ile iştigal etse bile bu amaçla aktifinde bulundurmadığı taşınmazın satışında katma değer vergisine ilişkin istisna uygulanmalıdır. Örneğin inşaat taahhüt işleri iştigal eden bir sermaye şirketinin taahhütleri kapsamında satmak üzere yaptığı taşınmazlar, şirketin borcu nedeniyle haczedilir ve cebri icra yoluyla satılırsa bu satışlarda katma değer vergisine ait istisna uygulanmaz. Buna karşılık şirketin satmak maksadıyla aktifinde bulundurmadığı taşınmazların cebri icra yoluyla satışında diğer yasal şartların da sağlanması durumunda katma değer vergisine ait istisna uygulanır.

Kurumun taşınmaz alım-satım ticareti ile iştigal edip etmediği ve cebri icra yoluyla satılan taşınmazın bu amaçla borçlu kurumun aktifinde yer alıp almadığı icra dairesi tarafından araştırılmalıdır. Zira ihalenin kanuna uygun biçimde yapılması gerekir (İİK m. 16). Nitekim ihale, ihalenin yapılmasını düzenleyen kanun, tüzük veya yönetmelik hükümlerine aykırı olarak yapılmışsa, icra mahkemesinden ihalenin feshi istenebilir³⁸.

İcra dairesi araştırma yaparken sermaye şirketlerinin esas sözleşmeleri, kooperatiflerin ana sözleşmesi ve kurumlara ait bilanço kayıtları başvurulabilecek kaynak niteliğindedir. İşletme konusu, anonim ve limited şirkette esas sözleşmede (TTK m. 339; TTK m. 576)³⁹; çalışma konusu kooperatiflerde ana sözleşmede (KoopK m. 4)⁴⁰ yazmak durumundadır. Bu nedenle esas sözleşme incelenmek suretiyle faaliyet konusu belirlenmesi yoluna gidilebilir. Ayrıca borçlu kurumun bilanço kayıtları incelenerek, kurum aktifinde bulunan taşınmazın hangi maksatla kurumun aktifine kayıtlı olduğu

taşınmazların satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimler ile bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmaz ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dâhil) bankalara devir ve teslimlerinin, KDV'den istisna olduğu düzenlenmiştir. Sermaye şirketleri de kurum kavramı içerisinde yer almakla (5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.1/a), anılan yasal düzenlemede yer alan istisna hükmü, sermaye şirketlerinin borçlarına karşılık taşınmazlarının cebri icra yoluyla satılması halinde uygulanır. Bu durumda, mahkemece, 3065 sayılı Yasanın 17/4-r maddesine göre değerlendirme yapılarak ihale konusu taşınmazın iki yılı aşkın süredir borçlu şirketin aktifinde kalıp kalmadığı ile anılan şirketin istisna kapsamındaki kıymetlerin ticaretini yapıp yapmadığı araştırılarak, KDV Kanunu'nun 17/4-r maddesinde belirtilen istisna kapsamında olup olmadığının tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir."

³⁸ KURU, El Kitabı, s. 701; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 230.

³⁹ KAYAR, s. 408, 495; PULAŞLI, s. 407, 999. Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret ortaklıklarında ultra vires ilkesine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, söz konusu ilkenin "tamamen terk edildiğini" söylemenin mümkün olmadığı hususunda bkz. ALPER, Gizem, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), İstanbul 2013, s. 119-120.

⁴⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 956.

anlaşılabilir. Açık arttırma yoluyla ihaleye çıkarılan taşınmazı, ticaretini yapmak üzere edinen borçlu, bu varlığı bilançoda “153 Ticari Mallar” hesabında göstermek durumundadır. Nitekim herhangi bir değişikliğe tabi tutulmadan satmak amacıyla işletmeye alınan ticari mallar ve benzeri kalemler bilançoda “153 Ticari Mallar” hesabında yer alır. Mal alındığında bu hesabın borcuna, mal satıldığında ise satışın yurtiçi veya yurtdışı olmasına göre “600 Yurtiçi Satışlar” ya da “601 Yurtdışı Satışlar” hesaplarından birinin alacağına kaydedilir⁴¹.

2. KATMA DEĞER VERGİSİ İSTİSNASININ UYGULANMASI

Katma değer vergisine ilişkin istisna, hem icra hem de iflas takiplerinde yapılan taşınmaz satışları için uygulanır. Dolayısıyla vergi istisnasına ait düzenlemesinin muhatabı satışı gerçekleştiren icra ve iflas organları olabilir. İcra takibinde mahcuz taşınmaz icra dairesi tarafından açık arttırma yoluyla satılır (İİK m. 123). İflas tasfiyesinde iflas masasına ait taşınmaz mal basit tasfiye usulünde iflas dairesi tarafından, adi tasfiye usulünde ise iflas idaresi tarafından açık arttırma yahut pazarlık yoluyla satılır (İİK m. 241/1). Kanunu uygulamakla yükümlü olan bu organlar, taşınmazın satışında Katma Değer Vergisi Kanunu’nun istisna hükmünü uygulamakla yükümlüdür. Zira takip hukukuna ilişkin düzenlemeler hangi kod kanun ile düzenlenmiş olursa olsun icra ve iflas organları için bağlayıcı niteliktedir (İİK m. 16)⁴².

İcra ve iflas organı borçluya ait taşınmazın açık arttırma yoluyla satışını yapmak için gerekli hazırlıkları yapmalıdır. Açık arttırma ilanının ve arttırma şartnamesinin hazırlanması açık arttırma için yapılması gerekli hazırlıklardandır (İİK m. 125-126)⁴³. İcra ve iflas organı satış işleminin katma değer vergisinden istisna olduğunu bu aşamada dikkate almalı; açık arttırma ilanına satışın katma değer vergisinden istisna olduğunu yazmalıdır.

Katma değer vergisi istisnasının uygulanması gerekirken uygulanmamış olması ve taşınmazın katma değer vergisi ile ihaleye çıkarılması, ihale alıcısının mülkiyet hakkını zedeler⁴⁴. Zira katma değer vergisi istisnası bulunan bir halde, bireyden vergi alınmaması gereklidir. Buna rağmen vergi alındığında kişinin mülkiyet hakkına kanuna aykırı biçimde müdahale edilmiş olur⁴⁵. Ayrıca taşınmazın cebri icra yoluyla satışında malın bedeli dışında alıcıya yüklenen vergi ve diğer giderler, ihaleye katılımı, ihale alıcısını ve ihalenin

⁴¹ KAYGUSUZ, Sait Y./ASLAN, Ümmühan/KEPÇE, Nazlı, Genel Muhasebe-I, 3. Baskı, Eskişehir 2014, s. 167.

⁴² KURU, El Kitabı, s. 105.

⁴³ KURU, El Kitabı, s. 653 vd.; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 219-220.

⁴⁴ Bir temel hak olarak mülkiyet hakkı, icra hukukunda farklı bir noktada bulunmaktadır. Zira takip içinde mülkiyet hakkının takibin taraflarının yanı sıra üçüncü kişiler açısından da korunduğu dikkate alınmalıdır. Bu durum takip içerisinde mülkiyet hakkının üç boyutlu olarak korunduğunu göstermektedir. Bkz. ÖZEKES, Temel Haklar, s. 182; ÖZÇELİK, s. 190 vd.

⁴⁵ Vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamalar kural olarak Devletin mülkiyetin düzenlenmesi ve kontrolü yetkisi kapsamında incelenir. Bu yetkinin kullanımı kapsamında Devletin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir yetkisinin geniş olması, mülkiyet hakkına vergilendirme yoluyla getirilecek bir sınırlamanın kanuni bir temelini olması, kamu yararına dayalı meşru bir amaç gözetmesi ve ölçülü olması gereğini değiştirmemektedir. Bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 02.10.2019, E. 2019/1078, K. 2019/666.

son ulaştığı rakamı etkileyebilir⁴⁶. Bu ise borçlunun mülkiyet hakkını zedeler. Zira katma değer vergisi istisnası uygulanarak ihalenin yapılması durumunda, borçlunun taşınmazı daha yüksek bedelle satılabilmesi ihtimal dahilindedir. Katma değer vergisi istisnasının uygulanmaması nedeniyle, taşınmazın ihalede satılması sonucu elde edilen hasılatın olması gerekenden daha düşük miktarda kalması halinde ise alacaklının alacağını tahsil etmesi tehlikeye girebilir.

Bu türden hak ihlallerinin ortaya çıkmaması ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmemesi⁴⁷ için, artırma şartnamesini ve arttırma ilanını hazırlayan icra ve iflas organının katma değer vergisi istisnasının şartlarını titizlikle incelemesi, şartların yerine gelmesi durumunda taşınmazı katma değer vergisinden arı olarak ihaleye çıkarması gereklidir. İşlemin şikâyet yahut ihalenin feshi yoluyla düzeltilebilmesi, şüphesiz ki, hukuk devletinde bulunması zorunlu olan mahkemeye erişim hakkı yönünden isabetlidir. Ancak her iki yol da başvuru üzerine işlerlik kazanabileceğinden, bu yollara müracaat edilmemesi durumunda kişiden alınan haksız katma değer vergisinin iadesi gündeme gelmeyebilecektir. Avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan hukukumuzda (HMK m. 71)⁴⁸ katma değer vergisine ait istisna hükmünü bilmediği için başvuru yapamayan ihale alıcısının mülkiyet hakkının ihlal edilmemesi için, kanunu (KDVK m. 17) tatbik etmekle yükümlü olan icra ve iflas organının daha başından yapacağı işlemi kanuna uygun yapması daha isabetlidir⁴⁹.

İcra ve İflas Kanunu m. 126/3'e göre; açık arttırma ilanına satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, tahmin edilen kıymeti, bulunduğu yer; birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat; arttırmaya iştirak edeceklerin hacedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri gerektiği; diğer bilgilerin nereden ve ne suretle öğrenilebileceği hususları yazılır. Taşınmaz satışında açık arttırma ilanından başka bir de arttırma şartnamesi hazırlanır. İlanda sadece asgari birtakım bilgilere yer verilir; diğer hususların arttırma şartnamesinden öğrenilebileceği bildirilir⁵⁰. İcra ve İflas Kanunu m. 125/4'e göre; arttırma şartnamesinde hangi masrafların müşteriye ait olacağı belirtilir. Bu noktada açık arttırma ilanı ve arttırma şartnamesi hazırlanırken, katma değer vergisi istisnası kendisinde gerçekleşen borçlu, bu hususta icra ve iflas organının dikkatini

⁴⁶ Nitekim ihale konusu malın katma değer vergisi oranının satış ilanında olması gerekenden fazla gösterilmesi ihaleye katılımı ve talibi olumsuz etkileyeceğinden başlı başına ihalenin feshi nedenidir. Bkz. HGK, 29.04.2015, E. 2013/2211, K. 2015/1300 (www.lexpera.com); 12. HD, 21.06.2012, E. 2012/3725, K. 2012/21841 (www.lexpera.com); 12. HD, 18.10.2012, E. 2012/17587, K. 2012/30194 (www.lexpera.com); 12. HD, 28.03.2013, E. 2013/569, K. 2013/11829 (www.lexpera.com); 12. HD, 14.01.2014, E. 2013/34387, K. 2014/461 (www.lexpera.com).

⁴⁷ KARAKOÇ, Yusuf, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 1260.

⁴⁸ Avukatla temsil zorunluluğunun çeşitli amaçları bulunmaktadır. Maddi hukuk ve usul hukukuna ait kurallar hakkında tarafların bilgilendirilmesi avukatla temsil zorunluluğunun amaçlarından birisidir. Bkz. AKKAN, Mine, Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Ankara 2010, s. 154 vd.

⁴⁹ Vergilendirme, kişilerin mülkiyet hakkına yönelik bir işlem olduğundan, bir hukuk devletinin hassasiyet göstermesi gereken konulardan birisidir. Bkz. KARAKOÇ, Yusuf, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 1260.

⁵⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 221.

çekebilir. Satılan taşınmazda katma değer vergisi istisnası olduğu belirtilerek ihalenin bu halde yapılması sağlanabilir. Ayrıca 48 seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'ne göre, icra yoluyla yapılan satışlarda verginin mükellefi satışı gerçekleştiren icra dairesi olduğundan, vergi hukukunda her mükellefin bilgilendirilme hakkı bulunduğu ve mükelleflerin vergi kanunlarını nasıl yorumlayacağına ilişkin tavsiye niteliğinde özelge verilmesi bilgilendirilme için bir yöntem olarak kabul edildiğinden⁵¹, icra dairesi bu hususta özelge talep edebilir.

Katma değer vergisi istisnasına ait düzenlemeye uygun olarak ilan yapılmadığı durumda ise tavzih ilanı ile düzeltme sağlanabilir. Nitekim ilan edilen metnin esasa müessir olmayan maddi hatalar nedeniyle tekrarlanması gerektiğinde, ihale tarihi değiştirilmeksizin hata ilanen düzeltilir (İİK m. 126/2). Katma değer vergisi istisnası bulunmasına rağmen, verginin alıcıya ait olduğu belirtilirse bu husus tavzih ilanına konu edilebilir. Bu noktada dikkate alınması gereken husus, tavzih ilanının da en az ilk ilan kadar ayrıntılı ve bilgilendirici olmasıdır. Zira "daha önce şu tarihli gazetede ilanda verginin alıcıya ait olduğunun ifade edildiği; ancak, taşınmazın vergisi alıcıya yükletilmeden ihale edileceğinin belirtildiği" bir ilan yeterli görülmemektedir⁵². Bununla birlikte bu düzeltme ilanının tarihi ile ihale tarihi arasında yedi günden az zaman kalmış ise daha önce ilan edilen günden yedi iş günü sonrası için tespit edilecek günde satış yapılacağı düzeltme ilanında belirtilir (İİK m. 126/2).

3. KATMA DEĞER VERGİSİ İSTİSNASININ UYGULANMAMASI

Taşınmazın cebri icra yoluyla satışında katma değer vergisine ait istisnanın (KDVK m. 17/4-r) uygulanmamış olması şikayete konu edilebilir. Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere icra ve iflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikayet olunabilir (İİK m. 16/1).

Şikayet hakkı icra dairesinin yaptığı işlemin haksız sonuçlarının ortadan kaldırılmasında hukuki yararı olan ilgiliye aittir. Bu durumda şikayet yoluyla elde edilmek istenen sonuç açısından ikili bir ayırım yapılması zorunludur: (1) Haksız olarak ödenen katma değer vergisinin şikayet yoluyla iadesi talebi; (2) Haksız olarak alınan katma değer vergisi nedeniyle ihalenin feshi talebi.

3.1. Haksız Olarak Ödenen Katma Değer Vergisinin Şikayet Yoluyla İadesi Talebi

Cebri arttırmada katma değer vergisi istisnasının uygulanmaması nedeniyle haksız biçimde alınan katma değer vergisine ilişkin icra ve iflas müdürlüğü kararının kanuna aykırılığı iddiası, adli yargı mercilerinin görev alanında olup; İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre bu görev şikayet yoluyla icra mahkemesine aittir⁵³.

⁵¹ AYKIN, Hasan, "Mükellefin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları Ve Bazı Tartışmalı Konular", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 125, 2016, s. 149-150.

⁵² ARSLAN, Ramazan, İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 58; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 259; BULUR, Alper, İcra ve İflas Hukukunda İhalenin Feshi Nedenleri, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 19.

⁵³ EKECİK/ŞİŞMAN, s. 84. Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta aynı şekilde karar vermiştir: Uyuşmazlık Mahkemesi, 23.12.2019, E. 2019/673, K. 2019/822 (www.lexpera.com): "...İcra

Katma değer vergisi istisnasının uygulanmaması nedeniyle, haksız ödenen katma değer vergisinin iadesi için şikayet hakkı, taşınmaz kendisine ihale edilen alıcıya aittir. İhale alıcısı dışında bir başka üçüncü kişi tarafından bu maksatla şikayet yoluna başvurulması durumunda hukuki yarar yokluğundan talebin doğrudan reddine karar verilmelidir⁵⁴. İhale alıcısı dışındaki ilgililerin katma değer vergisine ait istisnanın uygulanmaması nedeniyle ihalenin feshini talep etme hakları ise saklıdır⁵⁵.

Yargıtay'a göre, katma değer vergisine ilişkin istisnanın uygulanmaması nedeniyle fazladan ödenen paranın iadesi maksadıyla şikayet süresizdir. Çünkü şikayet sebebi bir hakkın yerine getirilmemesidir⁵⁶. Ancak gerek süreli gerekse süresiz şikayet, icra takibi sonuçlanıncaya kadar mümkündür. Takip sonuçlandıktan sonra o takibe ilişkin bir işleme karşı süresiz şikayet yoluna başvurulamaz⁵⁷. Bu nedenle mahkemece, borçluya karşı infazın yapıp yapılmadığının araştırılması gerekir⁵⁸. Kanaatimizce Yargıtay'ın şikayet sebebine ilişkin yaptığı belirleme isabetli değildir. İcra dairesinin görevi dahilinde olan bir işi yapmaması yahut taraf takip işlemi üzerine görevi dahilinde olan bir işlemi

Müdürlüğü tarafından yürütülen takip kapsamında yapılan ihale sonucunda satın taşınmaza ilişkin, icra müdürlüğüne hesaplanan % 18 oranında KDV ödenmesine dair kararın, kanuna aykırılığı iddiasının şikayet yolu ile İcra Mahkemesinde çözümleneceği, mahkemenin incelemeyi, söz konusu icra dosyası üzerinde yaparak, anılan işlemin kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği kuşkusuzdur. Adli yargılamanın bir parçasını oluşturan bu uyumsuzluğun, İcra Müdürlüğü'nün tesis ettiği bir işlemde kaynaklandığı gözetildiğinde, bu işlemin yasaya uygun olup olmadığının adli yargı yerince çözümlenmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır."

⁵⁴ 23. HD, 18.09.2018, E. 2016/6660, K. 2018/4264 (www.lexpera.com): "...Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, icraen ihalesi yapılan taşınmazlarda KDV borcunu ödeme yükümlülüğü alıcıya ait olup şikayete konu işlemde de KDV'nin ihale alıcısı tarafından ödendiği, ihale kesinleştikten sonra, icraen ihalesi yapılan taşınmaz satışının KDV'den istisna olup olmadığı ve bu satış nedeni ile icra dairesince alıcıdan KDV alınmasının yasaya uygun olmadığı iddiası ile alınan KDV'nin iadesini ancak ihale alıcısı tarafından ileri sürülebileceği ve yasaya uygun alınmayan veya fazla tahsil edilen KDV'nin iadesinin de KDV'yi ödeyen ihale alıcısına yapılacağı, **ihale alıcısı olmayan şikayetçilerin ödenen KDV'nin iadesini istemekte hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir. Kararı şikayetçiler vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, şikayetçiler vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir...**"

⁵⁵ İhale konusu malın katma değer vergisi oranının satış ilanında olması gerekenden fazla gösterilmesi ihaleye katılımı ve talibi olumsuz etkileyeceğinden başlı başına ihalenin feshi nedenidir: HGK, 29.04.2015, E. 2013/2211, K. 2015/1300 (www.lexpera.com); 12. HD, 21.06.2012, E. 2012/3725, K. 2012/21841 (www.lexpera.com); 12. HD, 18.10.2012, E. 2012/17587, K. 2012/30194 (www.lexpera.com); 12. HD, 28.03.2013, E. 2013/569, K. 2013/11829 (www.lexpera.com); 12. HD, 14.01.2014, E. 2013/34387, K. 2014/461 (www.lexpera.com).

⁵⁶ 12. HD, 28.01.2016, E. 2015/25547, K. 2016/2476 (www.lexpera.com); 12. HD, 11.05.2016, E. 2016/1099, K. 2016/13917 (www.lexpera.com); 12. HD, 01.03.2017, E. 2016/11930, K. 2017/3019 (www.lexpera.com).

⁵⁷ 12. HD, 28.03.2016, E. 2015/32397, K. 2016/8972 (www.lexpera.com).

⁵⁸ 12. HD, 28.03.2016, E. 2015/32397, K. 2016/8972 (www.lexpera.com): "...**mahkemece, şikayet tarihi itibari ile takip dosyasının infazen işlemde kaldırılıp kaldırılmadığı araştırıldıktan sonra, şayet dosya henüz infaz edilmemiş ise, gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle 3065 sayılı Yasanın 17/4-r maddesine göre değerlendirme yapılarak ihale konusu taşınmazın iki yılı aşkın süredir borçlu şirketin aktifinde kalıp kalmadığı ile anılan şirketin istisna kapsamındaki kıymetlerin ticaretini yapıp yapmadığı araştırılarak, KDV Kanunu'nun 17/4-r maddesinde belirtilen istisna kapsamında olup olmadığının tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...**"

yapmayı reddetmesi durumunda “bir hakkın yerine getirilmemesi” biçimindeki şikayet sebebi ortaya çıkar. İcra dairesi hatalı yahut hukuka aykırı bir işlem tesis etmişse artık bir hakkın yerine getirilmemesi şikayet sebebine dayanılmaz; şikayet, işlemin kanuna aykırı olması sebebine yahut işlemin hadiseye uygun olmaması sebebine dayandırılabilir⁵⁹. İcra dairesi mahcuz taşınmazı ihaleye katma değer vergisinden istisna olarak çıkarması gerekirken, bu hükmü (KDVK m. 17/4-r) uygulamadan ihaleyi yaparsa işlem kanuna aykırı olması nedeniyle şikayete konu edilebilir. Dolayısıyla bu nedenle yapılacak şikayetin yedi günlük süreye tabi olması gerekir.

İcra mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda alıcının talebini yerinde görürse talebin kabulüne karar verir. İcra ve İflas Kanunu’na göre, şikayetin kabulü halinde şikayet olunan işlem ya iptal edilir ya da düzeltilir (İİK m. 17/1). Katma değer vergisi istisnası uygulanmaması durumunda şikayet konusu işlemin iptali yerine düzeltilmesi ile yetinilmelidir. İcra ve iflas hukukunda şikayet incelemesi üzerine icra mahkemesinin istisnai olarak düzeltme kararı verebileceğini kabul etmekle birlikte⁶⁰, haksız alınan katma değer vergisine ait işlemin düzeltilmesiyle, hem alıcının beklediği hukuki koruma temel olarak sağlanmış hem de ihale iptal edilmeyerek ayakta kalmış olmaktadır. Bu yönde bir çözüm alacaklı, borçlu ve alıcının menfaatlerini birlikte korumak bakımından isabetlidir.

Şikayetin kabulü halinde haksız yere alıcıdan tahsil edilen katma değer vergisinin iadesinde⁶¹, ödenen bedelin ödeme tarihi ile iade tarihi arasında geçecek sürede nemalandırılarak elde edilen faiz getirisinin de alıcıya iade edilmesi Anayasa’nın 35. maddesinde korunan mülkiyet hakkının ve olması gereken hukukun bir gereğidir. Anayasa m. 35 bağlamında mülkiyet hakkının kapsamına ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkı girmektedir⁶². Haksız olarak

⁵⁹ KURU, El Kitabı, s. 105.

⁶⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 70.

⁶¹ İcra dairesi tarafından taşınmaz mal kendisine ihale edilen alıcı o taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiş olur (İİK m. 134/1) (DÖNMEZ, Murat, “İcra Ve İflas Kanunu’na Göre İhalesi Yapılan Taşınmazların Tahliyesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 71, 2007, s. 356). Ancak tescil için tapu idaresine yapılacak tebligat, şikayet için gerekli sürenin geçmesinden veya şikayet yoluna müracaat edilmişse şikayeti neticelendiren kararın kesinleşmesinden sonra yapılır (İİK m. 134/9). Bu nedenle şikayet yoluna başvurulması, ihale yapılsa bile alıcı adına tescilin yapılmasına engel bir hal olarak karşımıza çıkar. Cebri icra hukukunda paraya çevirme işlemi ile ihale kavramları farklı anlamlar taşır. Paraya çevirme işlemi bir süreci ifade eder. İhale ise kanun koyucunun öngördüğü ve aradığı şartlar çerçevesinde en uygun peyi süren alıcıya taşınmazın mülkiyetinin geçtiği aşama ve anı ifade eder (ÖZEKES, Muhammet, “İhale Bedelinden Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2003, s. 168-169; ASLAN, Elif Kısmet, İcra Ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Arttırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi, 2004 İzmir, s. 3; BULUR, Alper, “İcra Ve İflâs Hukukunda “Fesat Karıştırma” Ve “Malın Esaslı Niteliklerinde Hata”ya Dayanan İhalenin Feshi Nedenleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa.1-2, Y.2007, s. 2). Paraya çevirme süreci ihaleyi ve ihale sonunda taşınmaz mülkiyetinin alıcıya tapuda tescili için müzekkere yazılmasını da içeren daha kapsamlı bir kavramdır. Bu ayrımın yapılması katma değer vergisinin doğduğu anı tespit için önem arz eder. Katma değer vergisinde vergiyi doğuran olay malın teslimidir (ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN/GÖKER, s. 435). Taşınmaz mülkiyeti ihale anında alıcıya geçtiğinden, tescil için sonradan yazı yazılmış olsa da, katma değer vergisi ihale anında doğmaktadır. Bu nedenle de hukuki anlamda gerçekleşen teslim ile katma değer vergisi ihale anında doğar.

⁶² AYM, 01.07.2015, E. 2015/39, K. 2015/62 (www.lexpera.com); AYM, Mahmut Duran ve diğerleri, Başvuru No: 2014/11441, 01.02.2017, §60 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/>)

alıcıdan tahsil edilen katma değer vergisinin bu anlamda bireyin mülkiyet hakkına temas ettiği değerlendirilmelidir. Ayrıca alıcıdan tahsil edilen paranın iadesinin nemalandırılarak yapılması, devletin yetkili organlarının “insan ve mali kaynakları” bakımından uygulanabilecek niteliktedir. Nitekim şikayet yoluna başvurulmasıyla iadesi gündeme gelebilecek para, vadesiz hesap yerine vadeli hesapta saklanmak suretiyle ulaşılmak istenen gayeye varılabilir⁶³. VUK m. 112/4 düzenlemesine benzer bir düzenlemenin İcra ve İflas Kanunu’nun genel hükümler kısmına eklenmesi düşünülebilir⁶⁴. Yapılacak düzenleme ile cebri icra organlarının işlemleri nedeniyle takibin tarafları ve ilgililerden tahsil edilen paraların iadesinin gerekmesi durumunda iade tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için faiz ödenmesi düzenlenmelidir.

İhale alıcısının sadece katma değer vergisi istisnasına ait düzenlemenin uygulanmamasına dayanarak ihalenin feshini talep edip edemeyeceği tespit edilmelidir. Yargıtay’a göre, katma değer vergisinin uygulanması gerekmesine rağmen uygulanmamış olması ihale taliplisini olumsuz yönde etkiler⁶⁵. Buna rağmen sadece bu nedenle ihale alıcısının ihalenin feshini talep etmekte hukuki yararı bulunmadığı kabul edilmelidir. Zira ihale alıcısı bu itirazını şikayet yoluyla ileri sürebilir. Şikayet neticesinde işlemin düzeltilmesine karar verildiğinde hem alıcının hakkı korunmuş olur hem de ihale ayakta tutularak borçlu ve üçüncü kişilerin hakları korunur. Dolayısıyla ihale alıcısının başka bir sebebe dayanmıyorsa, salt katma değer vergisi istisnasının uygulanmamış olmasına dayanarak ihalenin feshini talep etmesinde hukuki yarar olmadığına karar vermek gerekir.

11441?BasvuruAdi=mahmut+duran); AYM, Fatma Yıldırım, Başvuru No: 2014/6577, 16.02.2017, §44 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6577?BasvuruAdi=FATMA+YILDIRIM>). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokol 1 hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından mülkiyet türleri hakkında açıklama için bkz. GEMALMAZ, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, s. 229 vd.

⁶³ Anayasa Mahkemesi benzer bir bireysel başvuruda aynı şekilde çözüme varmıştır. Mahkemeye göre ihale bedeli, ihalenin kesinleşmesine kadar vadesiz hesapta saklanmalı; bu yolla paranın değeri korunarak başvuruçunun mülkiyet hakkı korunmalıdır. Aksi durum mülkiyet hakkını ihlal eder. Bkz. AYM, Fatma Yıldırım, Başvuru No: 2014/6577, 16.02.2017 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6577?BasvuruAdi=FATMA+YILDIRIM>).

⁶⁴ VUK m. 112/4: “*Fazla veya yersiz olarak tahsil edilen vergiler, fazla veya yersiz tahsilatın mükelleften kaynaklanması halinde düzeltmeye dair müracaat tarihi, diğer hallerde verginin tahsili tarihinden düzeltme fişinin mükellefe tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ile birlikte, 120 nci madde hükümlerine göre mükellefe red ve iade edilir.*” Bu düzenleme doğrudan doğruya cebri icra yoluyla yapılan satışlarda haksız ve yersiz olarak alınan katma değer vergisi için uygulanamaz. Zira düzenlemeye göre iadede, yapılan tahsilat hatasının mükellefin hatasından kaynaklanıp kaynaklanmadığına göre ayırım yapılır (ÜSTÜN, Ümit Süleyman, “Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz Uygulanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 105, 2013, s. 214; . Cebri icra yoluyla yapılan satışlarda katma değer vergisinin mükellefi satışı yapan icra dairesi ve katma değer vergisini fiilen ödeyenin ihale alıcısı olduğu düşünüldüğünde, VUK m. 112’nin getirdiği çözümün, düzenlemenin amacına ve koruduğu değere uygun olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle de VUK m. 112’den ayrı olarak cebri icra yoluyla yapılan satışlarda haksız olarak alınan katma değer vergisinin iadesinde faize ilişkin düzenleme yapılmalıdır.

⁶⁵ 12. HD, 28.03.2013, E. 2013/569, K. 2013/11829 (www.lexpera.com).

Uygulamada haksız olarak ödenen katma değer vergisinin iadesinin, şikayete başvurulmaksızın icra dairesi tarafından vergi dairesine yazılan düzeltme müzekkeresi ile mümkün kılındığı örneklere rastlanmaktadır. İcra dairesi haksız olarak ödenen katma değer vergisini fazla alınan takip gideri olarak değerlendirerek, ihale alıcısının başvurusu durumunda, vergi dairesine müzekkere yazıp iadenin yapılmasını sağlayabilmektedir. Şikayet yoluna başvurulmasından daha ziyade pratik olan bu uygulama, ancak şikayet süresi içinde mümkün olabilir. Şikayet süresi geçtikten sonra yapılan işlem kesinleşeceğinden icra ve iflas dairesi kesinleşen işlemi değiştiremez⁶⁶. Katma değer vergisi istisnasının uygulanmamasının dosya kapsamı ve kanun hükümlerine aykırı olduğu değerlendirildiğinde, cebri icra organı sonradan kanuna uygun bir işlem tesis edebilmelidir⁶⁷.

3.2. İhale Feshi

Cebri icrada açık arttırma yoluyla satış, borçlar hukuku anlamında bir satış sözleşmesi gibi değerlendirilmez. Bu nedenle ihale feshi icra ve iflas hukuku kuralları çerçevesinde sonuçlandırılır. İhaledeki bir yolsuzluk olduğunu ileri süren ilgili, bu iddiasını genel mahkemelerde dava açmak suretiyle değil, icra mahkemesinde şikayet yoluna başvurmak suretiyle ileri sürmelidir. İhale feshi talebi aslında bir tür şikayettir.

⁶⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 63-64.

⁶⁷ Yargıtay, icra memurunun dosya kapsamı ve kanuna göre hatalı olduğunu gördüğü bir kararının aksine sonradan başka bir işlem tesis ederek, hatalı yaptığı işlemi düzeltebileceğine karar vermiştir. Bkz. 12. HD, 19.03.2012, E. 2011/23505 K. 2012/8449 (www.lexpera.com): "...Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2008/671 Esas sayılı iflasın ertelenmesi davasında verilen 15.12.2008 tarihli ihtiyati tedbir kararı ile "Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takipler ile İİK'nun 206/1. maddesinde belirtilen takiplerin dışında kalan ilamlı ve ilamsız takipler de dahil olmak üzere tüm takiplerin buldukları durum itibarıyla her türlü muhafaza altına almayı da kapsamak üzere ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına." karar verildiği anlaşılmaktadır. İlamsız icra takibinin alacaklı tarafından bu tedbir kararından sonra 16.06.2011 tarihinde başlatıldığı; 7 örnek ödeme emrinin 17.06.2011 tarihinde tebliği üzerine yasal süresi içinde 20.06.2011 tarihinde verilen itiraz dilekçesinde borçlu vekilinin borca, faize ve ferilerine kısmen itiraz ettiği, yanı sıra yukarıda özetlenen tedbir kararı nedeni ile de ayrıca takibin durdurulmasına karar verilmesini istediği, İcra Müdürlüğünün 20.06.2011 tarihli kararı ile takibin itiraz edilmeyen kısım yönünden devamına ve 06.07.2011 tarihinde **borçlunun malvarlığının haczine karar verildiği görülmektedir. Bu aşamadan sonra borçlu vekilinin talebi üzerine İcra müdürlüğünce borçlu şirket hakkında verilmiş tedbir kararı bulunduğu ve Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/632 Esas ve 2010/125 Kararı ile verilen iflas erteleme davasının reddine dair kararı ile tedbirin ilamın kesinleşmesine kadar devamına karar verildiğinden yanlışlıkla konulan hacizlerin kaldırılmasına karar verildiği ve bu işlemin alacaklı tarafça şikayete konu yapılarak iptalinin istendiği anlaşılmaktadır.** Ticaret mahkemesince iflasın ertelenmesi davası kapsamında verilen tedbir kararı ile borçlu şirket hakkında takiplerin durdurulmasına karar verildiğinden bu karardan sonra haciz ve muhafaza işlemi yapılamaz. **İcra Memuru kendi verdiği karardan dönmeye ise de; bilahare önceki verdiği kararın dosya kapsamı ve yasa hükmüne uygun olmadığını fark edip onun yerine somut olayda olduğu gibi yasaya uygun olan kararı vermesine engel bir düzenleme de bulunmamaktadır. O halde, icra müdürlüğünce tedbir kararı gerekçe gösterilerek haczin kaldırılmasına karar verilmesi doğru olup şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile şikayetin kabulüne karar verilmesi isabetsizdir...**"

Bununla birlikte önemi nedeniyle ihalenin feshi sebepleri ve prosedürü ayrıca düzenlenmiştir⁶⁸.

İhale konusu malın katma değer vergisi oranının satış ilanında olması gerekenden fazla gösterilmesi ihaleye katılımı ve talibi olumsuz etkileyeceğinden başlı başına ihalenin feshi nedenidir⁶⁹. Bu husus, katma değer vergisinden istisna olan hallerde geçerli olmakla birlikte, katma değer vergisinin olması gerekenden daha yüksek bir oranla satış ilanına yazılması halinde de geçerlidir. Örneğin satışa konu edilen mal %1 katma değer vergisine tabi iken satış ilanında bu oranın %18 olarak belirtilmiş ise bu durum ihalenin feshi nedenidir⁷⁰. Aynı şekilde arttırmada katma değer vergisi istisnası bulunduğundan vergi alınmaması gerekirken, ihale, katma değer vergisi ile yapılmışsa bu durum ihalenin feshi nedenidir⁷¹.

İhalenin feshini yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler isteyebilir (İİK m. 134/2).

İcra ve İflas Kanunu m. 134/8'e göre, ihalenin feshini şikayet yoluyla talep eden ilgili vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur. Eş söyleyişle ihalenin kanunlara aykırı gerçekleştirilmesi tek başına ihalenin feshine neden olmaz. İhalenin feshine karar verilebilmesi, ihalenin feshini talep eden ilgilinin mevcut hukuka aykırılığın kendi haklarını ihlal ettiğini ispat etmesine bağlıdır. Kural bu olmakla birlikte, katma değer vergisi oranında yapılan hata yönünden bu ispatın

⁶⁸ AKYAZAN, Sıtkı, Cebri İcra ve İhale Ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959, s. 72; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İstanbul 1990, s. 1429; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 230; BULUR, "Esaslı Niteliklerinde", s. 48.

⁶⁹ HGK, 29.04.2015, E. 2013/2211, K. 2015/1300 (www.lexpera.com); 12. HD, 21.06.2012, E. 2012/3725, K. 2012/21841 (www.lexpera.com); 12. HD, 18.10.2012, E. 2012/17587, K. 2012/30194 (www.lexpera.com); 12. HD, 28.03.2013, E. 2013/569, K. 2013/11829 (www.lexpera.com); 12. HD, 14.01.2014, E. 2013/34387, K. 2014/461 (www.lexpera.com).

⁷⁰ HGK, 29.04.2015, E. 2013/2211, K. 2015/1300 (www.lexpera.com): "...Alacaklının icra mahkemesine başvurusu ihale konusu araç yönünden KDV oranının % 1 iken satış ilanında % 18 olarak yazıldığı nedeniyle ihalenin feshi talebine ilişkindir. İhale konusu malın KDV oranının satış ilanında olması gerekenden fazla gösterilmesi ihaleye katılımı olumsuz yönde etkileyeceğinden bu durum başlı başına ihalenin feshi nedenidir. Bu durumda mahkemece ihale konusu araca ilişkin KDV oranı yöntemince araştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir...". Aynı şekilde bkz. 12. HD, 18.10.2012, E. 2012/17587, K. 2012/30194 (www.lexpera.com); 12. HD, 14.01.2014, E. 2013/34387, K. 2014/461 (www.lexpera.com).

⁷¹ 12. HD, 28.03.2013, E. 2013/569, K. 2013/11829 (www.lexpera.com): "...25.10.1984 tarih ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1/1. maddesi gereğince, Türkiye'de ticari, sınai, zirai, faaliyet ve serbest meslek çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler ile aynı Kanun'un 1/3-d maddesi gereğince de müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar KDV'ye tabidir. Anılan Kanun'un 17/4-r maddesinde ise, "Kurumların aktifinde veya belediyeler ile il özel idarelerinin mülkiyetinde, en az iki tam yıl süreyle bulunan iştirak hisseleri ile taşınmazların satışı suretiyle gerçekleşen devir ve teslimler ile bankalara borçlu olanların ve kefillerinin borçlarına karşılık taşınmaz ve iştirak hisselerinin (müzayede mahallerinde yapılan satışlar dahil) bankalara devir ve teslimleri'nin KDV kapsamından istisna olduğu belirtilmiştir. Üzerinden KDV alınıp alınmayacağı talebi ve talibi olumsuz yönde etkileyeceğinden 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17/4-r maddesinde belirtilen istisna kapsamına taşınmazın girip girmediği mahkemece yöntemince araştırılmadan şikayetin reddine karar verilmesi de doğru görülmemiştir...".

uygulamada yumuşatıldığı ya da en azından böyle bir hatanın varlığı durumunda ihalenin feshini talep eden ilgilinin hakkının ihlal edildiğinin kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim Yargıtay'a göre, katma değer vergisi oranında yapılan hata, talebi ve talibi azaltıcı nitelikte olup ihaleye katılımı olumsuz yönde etkileyeceğinden ihalenin feshini gerektirir⁷².

SONUÇ

Katma değer vergisinin mal teslimi ile ortaya çıkabilmesi için malın tasarruf hakkının devri gereklidir. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu m. 1/3-d'ye göre, müzayede mahallerinde yapılan satışların katma değer vergisine tabi olduğu düzenlendiğinden, satış cebri icra yoluyla yapılması durumunda yine katma değer vergisi ortaya çıkar. Verginin mükellefi satışı yapan icra dairesi olmakla birlikte, bu bedel satış bedeline eklenir ve ihale alıcısından tahsil edilir. Katma değer vergisi ödenmeden malın alıcıya teslimi yapılmaz.

Kurumların aktifinde iki yıl süreyle bulunan taşınmazların cebri icra yoluyla satışı halinde katma değer vergisi istisnası uygulanır. Bunun için Katma Değer Vergisi Kanunu'nda aranan şartların yerine gelmesi zorunludur. Bu şartlar, borçlunun kurum olması, cebri icra yoluyla satılan malın taşınmaz vasfında bulunması, taşınmazın borçlunun mülkiyetinde iki yıl süreyle bulunması ve kurumun taşınmaz alım-satım ticaretini yapmak maksadıyla taşınmazı elinde bulundurmaması gerekir. Verginin alınmasında kanunilik ilkesi olduğundan, şartların yerine gelmesine rağmen katma değer vergisinin alınması, hukuk devleti ilkesini ve verginin kanuniliği ilkesini ihlal eder. Ayrıca haksız olarak alınan vergi, ihale alıcısının mülkiyet hakkını zedeler. Bu ihlallerin ortaya çıkmaması için satışı yapan icra ve iflas organının katma değer vergisine ait istisnaların şartlarının yerine gelip gelmediğini titizlikle araştırması ve ihale hazırlıkları anlamında ihale ilanını buna göre yapması gerekir.

Katma değer vergisi istisnası uygulanmazsa ihale alıcısı haksız olarak ödediği verginin iade edilmesi için şikayet yoluna başvurulabilir. İcra mahkemesi yapacağı incelemede satışın katma değer vergisinden istisna olduğunu görürse, işlemin düzeltilmesine karar vermelidir. Olması gereken hukuk bakımından ihale alıcısına para iadesi yapılırken, katma değer vergisinin ödendiği tarih ile bu paranın iade edildiği tarih arasında geçen faiz miktarının da ödenmesi gereklidir.

Katma değer vergisi istisnasının uygulanmaması başlı başına ihalenin feshi nedenidir. Zira cebri artırmada katma değer vergisi alınmaması gerekirken hatalı değerlendirme sonucunda, taşınmaz ihaleye katma değer vergisi ile yüklü vaziyette çıkarılırsa, bu durum başlı başına ihaleye katılımı ve talibi olumsuz etkiler. İhalenin feshini talep hakkı bulunanlar bu yola başvurabilir. İhale alıcısı başka bir nedeni yoksa sadece haksız ödediği bedeli geri almak için ihalenin feshini talep etmekte hukuki yararı yoktur. İhale alıcısının aynı sonuca şikayet yoluyla ulaşabilmesi ve ihalenin ayakta tutularak borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması bu yorumu zorunlu kılmaktadır.

⁷² 12. HD, 18.10.2012, E. 2012/17587, K. 2012/30194 (www.lexpera.com).

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, 1. Basım, İstanbul 2009.
- AKKAN, Mine, Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Ankara 2010.
- AKTAŞ, Sururi, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 2020/1, s. 1-32.
- AKYAZAN, Sıtkı, Cebri İcrada İhale Ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959.
- ARPACI, Altar Ömer, “Kurumlar Vergisi Mükellefi Olarak İktisadi Kamu Kuruluşları İle Dernek Veya Vakıflara Ait İktisadi İşletmeler”, Mali Çözüm Dergisi, S. 97, 2010, s. 167-184.
- ARSLAN, Ramazan, İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- ALBAŞ, Hakan, “Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmazlar Bakımından Olağanüstü Zamanaşımı İle Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanımında Mirasçılar Arasında Zamanaşımının İşlememesi Sorunu” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2007, s. 1-28.
- ALPER, Gizem, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), İstanbul 2013.
- ASLAN, Elif Kısmet, İcra Ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Arttırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004.
- ATEŞ, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, 2007, s. 75-93.
- AYKIN, Hasan, “Mükellefin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları Ve Bazı Tartışmalı Konular”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 125, 2016, s.147-186.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, “İcra Takip İşlemleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, 2012, s. 31-60.
- BOZER, Ali/GÖLE Celal, Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara 2020.
- BULUR, Alper, “İcra Ve İflâs Hukukunda “Fesat Karıştırma” Ve “Malın Esaslı Niteliklerinde Hata”Ya Dayanan İhalenin Feshi Nedenleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S.1-2, 2007, s. 45-69 (Esaslı Niteliklerinde).
- BULUR, Alper, İcra ve İflas Hukukunda İhalenin Feshi Nedenleri, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006 (İhalenin Feshi).
- ÇAĞLAR, Selda, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, İstanbul 2013.
- DOĞAN, Murat/NARBAY, Şafak, “İktisadî Amaçla Vakıf Kurulamaması Prensibi ve Vakfın İktisadî İşletme İşletmesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 437-461.
- DÖNMEZ, Murat, “İcra Ve İflas Kanunu’na Göre İhalesi Yapılan Taşınmazların Tahliyesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 71, 2007, s. 355-396.

EKECİK, Şükran/ŞİŞMAN, Gülden, “Cebri Satışlarda Katma Değer Vergisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 26, S. 3, 2010, s. 69-89.

ERKİN, Gözde, “Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2012, s. 237-249 (Anayasal İlkeler).

ERKİN, Gözde, “Türk Hukuku’nda Vergilendirme Yetkisi”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 1111-1153 (Vergilendirme).

GEMALMAZ, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009.

HAMAMCIOĞLU, Esra/KARAMANLIOĞLU, Argun, “Adi Ortaklık Sözleşmesinde Şekil”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Özel Sayı: Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 1303-1331.

HAZNEDAR, İbrahim Murat, “Cebri İcra Yoluyla Taşınmaz Satışlarında Katma Değer Vergisi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 2, 2009, s. 793-808.

KARAKOÇ, Yusuf, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013 (Basım Yılı: 2014), s. 1259-1308.

KARAN, Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasası, İstanbul 2019.

KAYAR, İsmail, Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018.

KIZILLOT, Şükrü, KDV Kanunu ve Uygulama, Ankara 1998.

KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara 2005.

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013 (El Kitabı).

KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İstanbul 1990 (İcra-II).

KÜRŞAT, Zekeriya, “Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S. 1, 2012, s. 301-317.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2011.

OLGUNCA, Asuman, “İhracatta Katma Değer Vergisi İstisnası”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 3, No: 2, Yıl: 1988, s. 193-204.

ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.

ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami/GÖKER, Cenker, Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara 2019.

ÖZÇELİK, Volkan, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014.

ÖZEKES, Muhammet, “İhale Bedelinden Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan Artırma (Tamamlayıcı Artırma)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2003, s. 167-184 (İhale Bedelinden).

ÖZEKES, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009 (Temel Haklar).

ÖZSUNAY, Ergun, Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul 1982.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2020.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2005.

PULAŞLI, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012.

TÜZÜNER, Özlem, “Derneğin Ticari İşletme İşletmesi Ve Türk Medenî Kanunu’nda Bilinçli Boşluk Bırakılması”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 2811-2844.

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsun, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman, “Mükellefe İadesi Gereken Vergilerde Faiz Uygulanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 105, 2013, s. 171-228.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU M. 70 HÜKMÜ UYARINCA AÇILABİLECEK
TAZMİNAT DAVALARININ ŞARTLARI*****Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN******Av. Ali TÜRK*******ÖZ**

FSEK m. 70 hükmü uyarınca ilgili kanun çerçevesinde korunan fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların ihlal edilmesi maddi ve manevi tazminat sorumluluğuna yol açmaktadır. Ancak kanun kapsamında bu davalara ilişkin taleplerin ileri sürülebilmesi belirli bazı şartların varlığını gerektirmektedir. Bu şartlar kapsamında eser kavramının sınırı çizilmekte ve her fikri ürünün 5846 sayılı Kanun çerçevesinde eser olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Ayrıca kanun kapsamında maddi tazminat sorumluluğuna ilişkin kusur, zarar, illiyet bağı unsurları düzenlenirken; manevi tazminat sorumluluğu bakımından her bir unsur açıkça ele alınmamıştır. 4110 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle FSEK m. 70/I hükmü, manevi hakların ihlal edilmesi halinde yalnızca manevi bir zararın doğması halini öngörmektedir. Açılacak olan tazminat davasında zarar şartının gerekip gerekmediği hususunda, eser sahibi, haksız fiil sebebiyle manevi bir zarara uğradığını ispat etmekle zorunlu tutulmamalı; yalnızca haksız fiilin varlığını ispat ederek talebini ileri sürebilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Fikir ve Sanat Eserleri, Eser, Tazminat Şartları, Maddi Tazminat, Manevi Tazminat

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04/06/2020

Kabul Edildiği Tarih: 04/11/2020

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

E-Mail: zeynep.ozcan@omu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-9525-3139

*** Rize/Türkiye Barosuna bağlı Avukat, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel

Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

E-Mail: turko1653@gmail.com

ORCID: 0000-0002-5645-7400

CONDITIONS OF COMPENSATION TRIALS THAT ARE PROSECURED ACCORDANCE WITH THE CODE OF INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS ARTICLE 70

ABSTRACT

In accordance with the provisions of Article 70 of the Code, violation of the rights on intellectual and artistic works protected under the relevant law leads to the responsibility of pecuniary and incorporeal compensation. The fact that these cases can be brought under the law requires only certain conditions. Among these conditions, especially the concept of the work is defined and it is stated that every work cannot be described as an intellectual product within the framework of Law No 5846. Within the scope of the law, while regulating the defect, damage, causalities related to material compensation; Each element has not been regulated of moral compensation liability. Whether the damage requirement is necessary in the compensation case, owner of the work should not be obliged to prove that (s)he has suffered any moral damage due to tort; (s)he should be able to sue her/his claim by proving only the tort.

Keywords: Intellectual and Artistic Works, Work, The Conditions of the Compensation Case, Material Compensation, Moral Compensation

GİRİŞ

Eser sahibinin meydana getirdiği fikir ve sanat eserleri üzerinde sahip olduğu haklar, kişinin mutlak nitelikteki hakları arasında yer almaktadır¹. Bu haklar herkes tarafından ihlal edilebilen haklardır. Fikri ve sanatsal görüşün ürünleri olan fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların; kişinin mahfuz alanını ilgilendirmesi, kolayca bu alanın ihlal edilebilmesi gibi bazı saiklerle kanun koyucu tarafından özel düzenlemelerle korunması gerekmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemelerdeki amacı düşünce dünyasının işlenmesi ile ortaya konulan fikri ürünleri üçüncü kişilerce kopyalama, intihal yapma ve içeriğin yozlaştırılması gibi haksız saldırılar karşısında korumaktır².

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) bu korumanın kapsamını çizerken, yani fikri hakları belirlerken “eser” ve “eser sahipliği” kavramını merkeze almıştır³. Bu anlamda FSEK m. 70 hükmü uyarınca düzenlenen maddi ve manevi tazminat davalarında da merkez kavram olarak eser yer almış ve çalışmada ise eser kavramının fikri hukuktaki anlamı önemle ifade edilmiştir. Eser kavramı 5846 sayılı FSEK m. 1/B (a) bendinde “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri.*” olarak tanımlanmıştır. Çalışmada FSEK’e göre hangi eserlerin bu kanundaki korumalardan yararlandığını ve eser üzerindeki hakların doktrin ile Yargıtay tarafından çizilen sınırlarını belirleme noktası üzerinde durulmuştur

Önemle belirtmek gerekir ki her fikri ürünün bu kanun kapsamında korunması gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak FSEK kapsamında eser kabul edilen her fikri ürün korunmaktadır. Zira her fikri ürün eser değildir, ancak her eser bir fikri üründür. 5846 sayılı Kanun’un asıl amacı sahibinin hususiyetini taşıyan eserlerin korunmasına yöneliktir. Buradan ilgili kanun kapsamında eser olarak kabul edilmeyen diğer fikri ürünlerin tamamen korumasız olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bu fikri ürünler de genel hükümler çerçevesinde korunmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 54 ilâ 63 arasında ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 49 ilâ 76 arasında düzenlenen haksız fiil hükümleri ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 23-35 arasında düzenlenen kişiliğin korunmasına yönelik hükümler önem arz etmektedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında maddi ve manevi tazminat davalarının şartları FSEK m. 70 hükmünde ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Daha açık bir ifadeyle FSEK m. 70/II hükmü uyarınca maddi tazminat davasının şartları açısından TBK. m. 49 vd. hükümlerinde düzenlenen kusur ve zarar ilkelerini ihtiva eden haksız fiil hükümlerine atf yapılırken manevi tazminat açısından FSEK m. 70/I hükmü ile böyle bir göndermeye yer verilmemiştir. Bu açıdan Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku’nda maddi tazminat istemlerinin şartları kolaylıkla tespit edilebilirken manevi tazminatın şartları noktasında birtakım muğlak noktalar bulunmaktadır. Bu muğlaklık özellikle manevi tazminat davasında kusur

¹ AYM, T. 08.03.2017, 2. BN. 2014/15232, www.lexpera.com, E.T. 30.08.2020.

² BOZBEL, Savaş; Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, (BOZBEL, 2012), s. 550; YAVUZ, Levent/ ALICA, Türkay ve MERDİVAN, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, II C., 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 1285; BOZGEYİK, Hayri, Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 85 vd.; SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 49 vd.

aranıp aranmadığı ve zararın doğmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Devam eden açıklamalarda da bu sorunların cevabı tartışılacaktır.

I. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NA GÖRE TAZMİNAT DAVASININ ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Hukukumuzda tazminat davalarının genel olarak amacı; hukuka aykırı fiiller sebebiyle maddi ve manevi olarak zarara uğrayan kişinin, zararının kusur oranında giderilmesini sağlamaktır⁴. Bu tatmin derecesi haksız fiilin sebep olduğu zarar ve haksız fiil sahibinin kusuru ile doğru orantılı olmak zorundadır⁵. Zira tazminatın amacı, zararın giderilmesidir⁶. Kişinin zarara maruz kalmasından önceki durumuna kıyasla zenginleşeceği ölçüde tazminata hükmedilemez⁷.

Türk Hukuku'nda tazminat sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁸. Sözleşmeden doğan sorumluluk, sözleşmenin taraflarından birinin özellikle sözleşme hükümlerini diğer taraf aleyhine ihlal etmesi ile doğan tazminat sorumluluğunu ifade etmektedir. Sözleşme dışı sorumluluk ise zarar sorumlusu ile zarara uğrayan arasında önceden bir hukuki ilişki bulunmaksızın ortaya çıkan zarardan doğan tazminat sorumluluğunu ifade etmektedir. Genel itibariyle sözleşmeden doğan sorumluluk TBK m. 112 vd. hükümlerinde düzenlenirken, haksız fiil sorumluluğu olarak da nitelendirilen⁹ sözleşme dışı sorumluluk TBK m. 49 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Bu kapsamda haksız fiil sorumluluğu kural olarak kusurlu, istisnai olarak da kusursuz hareketlerden kaynaklanan zararların tazmin edilmesine yönelik kurallar ihtiva etmektedir. Manevi tazminata ilişkin genel hükümler niteliğinde olan hüküm ise, kişilik haklarının ihlali durumunda talep edilecek manevi tazminat davası dayanağı olan TBK. m. 58 hükmüdür.

B. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları

FSEK m. 8 hükmü uyarınca belirtilen eser sahibinin veya haleflerinin; esere bağlı olarak doğan mali ve manevi haklarının, bu kimselerin rızalarının dışında kullanılması veya sair surette ihlal edilmesi en başında TBK. m. 49 anlamında haksız fiil teşkil

⁴ TİFTİK, Mustafa; Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 1988, s. 39; SULUK / KARASU / NAL, s. 141.

⁵ Bu noktada ANTALYA zararın tazmini ile özel hukuk cezasını birbirinden ayırmaktadır. Zira Yazar'a göre özel hukuk cezasında amaç, sorumlu kimsenin cezalandırılması ve bu bağlamda zarar görenin tatmin edilmesini sağlamaktır. Böylece sorumlu kimse ihlal ettiği hukuk normu karşısında caydırıcı unsur olarak özel hukuk cezası ile karşılaşmaktadır. Dolayısıyla özel hukuk cezasının etkinliği tazminat miktarının zarar miktarından fazla olamayacağı kuralına istisna getirilmesi ve böylece sorumlu kimsenin zarar görenin malvarlığına verdiği zararı aşacak seviyede bir tazminata mahkûm edilmesi ile sağlanabilmektedir. ANTALYA, Osman Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 555.

⁶ ANTALYA, s. 555.

⁷ TİFTİK, s. 42.

⁸ TİFTİK, s. 5.

⁹ DURGUT, Ramazan; "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1075-1095, s. 1082; TİFTİK, s. 5.

etmektedir¹⁰. Ancak 5846 sayılı Kanun eser ve eser sahibinin yalnızca haksız fiil hükümleri kapsamında korunmasını yeterli görmemiş ve bu alanı özel olarak düzenlemiştir¹¹. Özellikle TBK m. 49 vd. düzenlenen haksız fiil sorumluluğu kusur ve zararı beraber ihtiva etmesi gereken bir sorumluluktur. Ancak fikri hakların niteliği gereği 5846 sayılı Kanun, kusur veya zararı gerektirmeyen farklı bir takım hukuki sorumluluklar da öngörmektedir¹². Bu doğrultuda FSEK m. 66 hükmü ile düzenlenen tecavüzün ref-i davası ve FSEK m. 69 hükmü ile düzenlenen tecavüzün men-i davası kusur ve zarar bulunmasa da açılabilir¹³. Bu dava türleri kapsamında ortaya çıkan ihlallerde, ihlali yapanın kusurlu olması aranmadığı gibi eser sahibinin de böyle bir haksız saldırı karşısında herhangi bir zararının varlığı aranmamaktadır. Bu düzenlemelerin yapılmasında özellikle fikri haklar alanında, genel hükümlerin taleplere cevap vermede yetersiz kalabileceği ve uygulamada tarafların menfaatleri ile zararları arasındaki dengeleri olumsuz etkileyebileceği düşüncesi etkili olmuştur¹⁴.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda eser veya hak sahiplerinin haklarının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde eser ya da hak sahipleri tarafından açılacak hukuk davaları belirlenmiştir. Bu kapsamda eser sahibinin 5846 sayılı Kanun gereği eser sahipliğinden kaynaklanan haklarına yönelik; başlamış ve devam etmekte olan bir haksız saldırının kaldırılmasına yönelik açılacak olan tecavüzün ref'i davası¹⁵ (FSEK m. 66-68), başlaması muhtemel bir haksız saldırının henüz başlamadan önlenmesi amacıyla açılacak olan tecavüzün men'i davası (FSEK m. 69) ve son olarak da gerçekleştirilen haksız saldırı sebebiyle doğan zararların giderilmesi amacıyla açılabilen maddi ve manevi tazminat davaları (FSEK m. 68-70) ilgililerin 5846 sayılı Kanun kapsamında başvurabileceği hukuki yollardır¹⁶. Eser sahibinin mali haklarına tecavüz halinde açılacak olan FSEK m. 68'de düzenlenen bedelin iadesi davası, sadece fikri hukuka özgü bir dava olup madde metninde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Diğer sayılan davalara ilişkin kurallar 5846 sayılı Kanun ile ayrıntılı olarak düzenlenmemekte böylece ilgili Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağını belirtmesiyle yetinilmektedir (FSEK m. 70/II)¹⁷.

¹⁰ BOZBEL, 2012, s. 549; MURATOĞULLARI, Harun, "FSEK Eser Sahiplerinin Manevi Haklarına Saldırı Halinde Talep Edilebilecek Manevi Tazminat", Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 80, 2013, s.52-59, s. 52.

¹¹ BOZGEYİK, s. 227 vd.

¹² KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8/Özel, Y. 2013, (KILIÇOĞLU, 2013), s. 1585- 1636, s. 1635.

¹³ ÖZCAN, Zeynep/ÖZCANOĞLU, Ayşe Betül, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Sahibinin Manevi Hakları ve Yargıtay Kararları Işığında Eser Sahibinin Hukuksal Koruma Yolları", Legal Hukuk Dergisi, C.18 S.213, Y.2020, s. 4091-4146; s. 4131; BOZGEYİK, s. 201-205 vd.

¹⁴ BOZBEL (2012), s. 549.

¹⁵ OĞUZ, Arzu, Genel Hatlarıyla Telif Hakları ve Korunması, Bilişim ve Fikri Mülkiyet Semineri, 20-25 Nisan 2006, s. 1-22, s. 19; DURGUT, s. 1075 vd.; ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra; Mali Hakları ve Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (I), 2013, s. 45-63, s. 53 vd.; ÖZCAN/ÖZCANOĞLU, s. 4126.

¹⁶ BOZBEL (2012), s. 550; BOZGEYİK, s. 195 vd.; SULUK / KARASU / NAL, s. 138 vd.; ÖZCAN/ÖZCANOĞLU, s. 4124.

¹⁷ KÜÇÜKALİ, Canan, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 139.

FSEK m. 70 hükmü uyarınca düzenlenen tazminat davaları ile eser sahibinin yahut haleflerinin, FSEK m. 13 ve FSEK m. 25 hükümleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenen eser sahipliğinden kaynaklanan mali ve manevi hakların ihlal edilmesi ile ortaya çıkan zararın giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu davaların, şartları bulunduğu takdirde tecavüzün men'î veya kaldırılması istemleriyle birlikte açılması mümkün olduğu gibi haksız fiillere ilişkin genel hükümlere göre hem maddi hem manevi tazminat taleplerini birlikte içererek açılmaları da mümkündür¹⁸.

FSEK m. 70/I hükmü, manevi hakları saldırıya uğrayan eser sahibinin manevi zararlarının; m. 70/II hükmü de mali hakları saldırıya uğrayan eser sahibinin maddi zararlarının haksız fiil hükümlerine göre mütecevizden tazmin edilebileceğini düzenlemektedir.

Maddi veya manevi zararların bulunması koşuluyla tecavüzün ref'i davası, tecavüzün men'î davası ve tazminat davası ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görme davasını eser sahibinden başka; eser sahibinden bu hakları devralan halefleri ile bağlantılı hakları bulunan diğer kişiler de açabileceklerdir (FSEK m. 80/son)¹⁹.

C. FSEK'e Göre Tazminat Davasının Şartları

Tazminat davasının şartları FSEK m. 70 ve TBK m. 49 ve manevi tazminat davasının genel hükümler kapsamındaki hükmü TBK m. 58 beraber değerlendirildiğinde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında bir eserin varlığı; eser sahibinin bu eser üzerindeki mali ve manevi haklarına yönelik haksız bir saldırının olması; eser sahibinin mali veya manevi olarak zarara uğramış olması; mütecevizin kusurlu hareketi; zararın doğması ile mütecevizin kusurlu haksız fiili arasında uygun illiyet (nedensellik) bağının bulunması olarak tespit edilmektedir. Şartlar tek tek ele alındığında;

1. Bir Eserin Varlığı

FSEK m. 1/B(a) hükmünde tanımlanan eser, onu meydana getiren kişinin iç dünyasında tasarladığı bilimsel veya sanatsal düşüncesinin dış dünyaya yansımaları meydana getirilen²⁰ bir fikri emek ürünüdür. Her fikri ürün eser değildir, ancak her eser bir fikri üründür. Bu bakımdan FSEK kapsamında eser kabul edilen her fikri ürün korunur. FSEK m. 1/B(a) hükmü uyarınca tanımlanan eser kavramı, ülkemizin de taraf olduğu 20 Aralık 1996 tarihli WIPO Telif Hakları Anlaşması m. 2²¹ hükmü göz önünde tutularak tanımlanmıştır²².

¹⁸ BOZBEL (2012), s. 578; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 53; MURATOĞULLARI, s. 52; KÜÇÜKALİ, s. 140; DURGUT, s. 1082; AKIN, Levent; "Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 105-146, s. 114; SULUK / KARASU / NAL, s. 141.

¹⁹ BÜLTER, Ahmet, Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklar, TBB Dergisi, S. 59, Y. 2005, s. 90-108, s. 93, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-155>, E.T. 29.10.2019; BOZBEL (2012), s. 380; SULUK / KARASU / NAL, s.141; ÖZCAN/ÖZCANOĞLU, s. 4125.

²⁰ KILIÇOĞLU (2013), s. 1586; TÜYSÜZ, Mustafa; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin, Ankara, 2007, s. 35 vd.

²¹ 20 Aralık 1996 tarihli WIPO Telif Hakları Anlaşması m. 2: "Telif hakkının korunması, düşünceleri, yöntemleri, uygulama esaslarını ya da matematiksel kavramları değil, ifadeleri kapsar." https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698#P127_22000 E.T. 16.05.2020.

²² BOZBEL (2012), s. 32; YAVUZ/ALICA/MERDİVAN, s.42.

FSEK m. 6/1 hükmü ile bazı işlemlerin de eser sayılacağı düzenlenmektedir. İlgili yasal düzenlemeler çerçevesinde bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması (subjektif şart) ve fikri ürünün 5846 sayılı Kanun ile tahdidi olarak sayılan eser kategorilerinden birisine dahil olması (objektif şart) gerekmektedir²³. Yine eserin tasarruf ve temellüğe elverişli olması gerekliliği diğer objektif ve subjektif şarttan bağımsız olarak incelendiği görülmektedir. Bu kapsamda eser kavramının şartları devam eden açıklamalarda üç unsur halinde incelenecektir. Fikri ürünün 5846 sayılı Kanun kapsamındaki korumadan yararlanabilmesi ve eser niteliğini kazanabilmesi için eserin meydana getirilmiş olması yeterli olup, ayrıca herhangi bir kayıt, tescil, tevdi, bildirim, beyan vb. başkaca bir formalite gerekmemektedir (FSEK m. 13)²⁴.

a. Hususiyet Şartı

Fikri mülkiyet haklarında, korumanın esasını teşkil eden yenilik unsuru 5846 sayılı Kanun ile “*hususiyet*²⁵” olarak ifade edilmektedir²⁶. FSEK m. 1/B hükmü uyarınca eser, “*sahibinin hususiyetini*” taşımalıdır. Fikri Hukukta hususiyet, eserin meydana getirildiği süreçte eser sahibinin özgün bir emek harcaması, zanaatkârın ortaya koyduğu çabayı aşacak derecede yaratıcılık²⁷ faaliyetinde bulunması ve orijinal sayılabilecek birtakım yenilikleri üretmesi anlamında kullanılmaktadır²⁸. Ancak eseri başlı başına sıfırdan meydana getirmek veya kendisinden önce çıkarılan diğer eserlerden faydalanmamış olmak gibi bir sınırlama yoktur²⁹. Bir eseri meydana getiren, işin doğası gereği önce

KARAHAN, Sami / SULUK, Cahit / SARAÇ, Tahir / NAL, Temel; Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 42. AKGÜN, Başak; Telif Hukuku’nda İntihal Kavramı, Anonim Kullanımlar ve Tüm Bunların Karşısında Eser Sahibinin Fikri İmzası: “Üslup”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 2019/1, s. 57-76, s. 59; KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat; Eser Sahibinin Mali Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler, Prof. Dr. Sabih ARIKAN’a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, (KILIÇOĞLU, 2019), s. 711-740, s. 711. Yargıtay da bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için bulunması gereken şartları belirtmektedir. Bu doğrultudaki bir kararında: “...*bir eserin, yasa karşısında eser niteliğini kazanabilmesi için iki unsur gereklidir. Birincisi objektif unsur ki, yasa bunu mahsul (ürün) olarak belirtmiştir. Buna göre eser, evvela temellüğe, tasarrufa elverişli maddi bir varlık olarak var olmalıdır. İkincisi de, sübjektif unsur olup, eserin sahibinin özelliğini taşıyan bir fikir ve sanat eseri olmasıdır...*” şeklinde ifade etmiştir. YHGK, 18.11.2009, E. 459 K. 541, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.10.2019.

²⁴ KARAHAN/ SULUK/SARAÇ /NAL, s. 42-43; SULUK/KARASU/NAL, s. 41 vd.

²⁵ TDK’ye göre hususiyet: *Bir şeyin benzerlerinden veya başka şeylerden ayrılmasını sağlayan nitelik, hususiyet, hasiyet, hassa, mahsusluk, spesiyalite.* <https://sozluk.gov.tr>, E.T.: 29.10.2019.

²⁶ KILIÇOĞLU (2013), s. 1586.

²⁷ BOZBEL, Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015, (BOZBEL, 2015), s.30.

²⁸ KARAHAN/ SULUK/SARAÇ /NAL, s. 43; BOZBEL (2015), s.32; DEMİR, Başak Aslı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Tazminat Davaları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 5-6. Yargıtay da benzer şekilde eserdeki yaratıcılık yoğunluğunun emsallerine oranla belirli bir düzeye ulaşmasını aramaktadır: “...*eser sayılmanın da asgari özellikleri vardır. Bu anlamda yaratma derecesinin belli bir düzeye ulaşmış olması gerekir. Herkes tarafından kaleme alınabilecek bir haberin, çekilebilecek bir fotoğrafın eser sayılması, ilke olarak mümkün değildir. Mahkemece vurgulandığının aksine “kişiliğin izi” kavramından uzaklaşılması ve sırf “kopyalanabilme” unsurunun öne çıkartılması halinde vasıfsız ürünlerin de eser sayılması ve bu haliyle “eser” tanımının gerçek koruma amacından uzaklaşması riski gündeme gelecektir...*” YHGK, 5.10.2016, E. 107 K. 957, www.lexpera.com, E.T. 31.10.2019.

²⁹ OĞUZ, s. 10.

meydana getirilen diğer eserlerden faydalanabileceği gibi yasal çerçevede, intihal³⁰ ve eserin kopyalanması sonucunu doğurmayacak şekilde iktibas³¹ da yapabilecektir (FSEK m. 35). Yine bir eserden esinlenilerek, esinlenen kişinin hususiyetini taşıyan farklı bir eser oluşturulması hâlinde de ilk eser sahibinin izni gerekmeyecektir. Ancak esinlenmenin yararlanma boyutunu aşmaması gerekmektedir. FSEK m. 6 kapsamında düzenlenen asıl eserin işlenmesi durumlarında ortaya çıkan diğer fikri ürün de eser sayılmaktadır (FSEK m. 6/son). Ancak bu halde kazanılan hakkın, orijinal eserle bağlantılı bir hak olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira asıl eserin işlenmesi suretiyle meydana getirilen diğer eserin, bağımsız bir eser niteliğine sahip olmakla birlikte orijinal eserin eser sahibinin hususiyetinin de alınıp buna sadece ek olarak işleyen hususiyetinin eklenmesi ile gerçekleştirilen bağlantılı duruma kanun cevaz vermiştir. Yargıtay da bir kararında işleme eserin, sahibinin hususiyetini taşıdığı ölçüde asıl eserden bağımsız olarak, asıl eserin diğer işlenmelerine karşı korunması gerektiğini ifade etmiştir³².

Hususiyet, eserde üslup olarak kendisini göstermektedir. Bu bağlamda eser sahibinin yaratıcılığı olarak ifade edebileceğimiz üslup; şekil, içerik veya her ikisinde de ortaya çıkabilir. Ancak her ne surette ortaya çıkarsa çıksın eser sahibi; yaratıcılık faaliyetini, estetik kaygılarını, özgün ifadelerini ve yeniliklerini eserine yansıttığı ölçüde ve herhangi bir öncelik ya da benzersizlik şartı aranmaksızın, kanun kapsamında hususiyet şartını gerçekleştirmiş sayılmalıdır. Bu bakımdan hususiyet, eser sahibinin eserindeki mührüdür; eser tasvip edilmese dahi bu eseri sahibine özgü kılan bir kimliktir³³.

Eser sahibi ile eseri arasındaki hususiyet bağı (yaratıcılık, estetik, yenilik, benzersizlik, üslup ve özgünlük) ne kadar kuvvetli olursa eser sahibinin fikri hakkının korunma kapsamı o derece genişleyecek ve haksız fiiller sebebiyle uğradığı zararın ağırlığı da bu çerçevede artacaktır³⁴. Uygulamada mahkemeler, fikri hakların korunma alanını ihlal eden haksız fiillerin ve zararın ağırlığını bilirkişiler marifetiyle tespit edebilmektedir³⁵.

³⁰ *İntihal, bir eseri kısmen ya da tamamen kendisine mal etme, söz ve yazı hırsızlığı, eser çalma, edebi hırsızlıktır:* DOĞAN, Mehmet, D., "Büyük Türkçe Sözlük", 11. Baskı, İz Yayıncılık, Ekim 1996, s.548. Yargıtay'a göre: "...İntihal, özü itibarıyla haksız fiilin fikir ve sanat eserleri hukukuna yansıyan bir görünümüdür. O hâlde iki eser arasında intihal incelemesi yapılırken; sonraki eser sahibinin eyleminin, ilk eser sahibinin mali ve manevi haklarından en az birisini ihlal edip etmediği; sonraki eserin ilk eserden hareketle oluşturulup oluşturulmadığı; eserler arasında benzerlik varsa ilk eser sahibinin hususiyetinin sonraki esere aynen geçirilip geçirilmediği ve son olarak da tespit edilen benzerliğin FSEK'in 35. maddesinde belirlenen iktibas serbestisi veya esinlenme kapsamında kalıp kalmadığı hususlarının bir bütün olarak araştırılması..." olarak tanımlanmaktadır. YHGK, 7.2.2019, E. 63 K. 86, www.lexpera.com, E.T. 29.10.2019.

³¹ "İktibas: 1.Ödünç almak 2. Alıntılama.", Dil Derneği, Türkçe Sözlük, Karınca Ajans Yayıncılık, 3. Baskı, Eylül 2012, s.830. Yargıtay'a göre: "...İktibas; alenileşmiş bir eserden bazı cümlelerin, paragrafların, motif ve tınıların hatta ezgilerin veya alenileşmiş bir güzel sanat eserinin resimlerinin aynen, kaynak gösterilerek başka bir esere konulmasıdır..." YHGK, 07.02.2019, E.63, K.86, www.lexpera.com, E.T. 29.10.2019.

³² YHGK, T. 7.2.2019, E. 63 K. 86, www.lexpera.com, E.T. 29.10.2019.

³³ BOZBEL (2015), s.30.

³⁴ KÜÇÜKALİ, s. 143; KARAHAN/ SULUK/SARAÇ /NAL, s. 45.

³⁵ KARAHAN/ SULUK/SARAÇ /NAL, s. 43.

b. Fikri Ürün Kanunda Sayılan Eser Kategorilerinden Birisine Dahil Olmalı

FSEK m. 1/B hükmüne göre hususiyet şartını ihtiva eden mahsulün, kanunda tahdidi olarak sayılan eser tiplerinden birisine dahil olması gerekir. Her ne kadar eser tipleri kanunda sınırlı olarak sayılmışsa da bu eser tiplerinin kapsamında yer alacak eserleri örnek kabilinde sayarak kapsamı geniş tutulmuştur³⁶. 5846 sayılı Kanun kapsamında belirlenen eser tipleri; ilim ve edebiyat eserleri (m.2), musiki eserleri (m.3), güzel sanat eserleri (m.4) ve sinema eserleridir (m.5). İşlenme ve derlemeler de kanun gereği eser sayıldığından (m.6) 5846 sayılı Kanun kapsamında korunmaktadır³⁷. Tahdidi olarak sayılan eser türlerinden birisine girmeyen fikri ürün 5846 sayılı Kanun kapsamında korunmamakta ancak haksız rekabet ve kişilik haklarına yönelik genel hükümlerce korunabilmektedir Yargıtay da dergi sayfalarının haksız kullanımına ilişkin vermiş olduğu bir kararında tecavüz edenin tacir olmaması halinde dahi birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanacağı; eser mahiyetinde olmayan her tür fotoğraflar, benzer usullerle tespit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da aynı hükmün uygulanacağı belirtilmiştir³⁸.

Tazminat davalarında eser sahibinin üzerinde hak sahibi olduğu ve hak ihlalinin süjesini oluşturan; Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser kavramından farklı niteliklere sahip olan 5846 sayılı Kanun'da yer alan eser türleri kısaca ele alındığında;

aa. İlim ve Edebiyat Eserleri (FSEK m. 2)

FSEK m. 2 hükmü³⁹ uyarınca ilim ve edebiyat eserlerinin özellikleri belirlenmekte ve bazı eserler örnek kabilinde sayılmaktadır. Bu kapsamda bir fikri ürünün ilim ve edebiyat eseri sayılabilmesi için hususiyet şartını taşıdıktan sonra bakılması gereken ikinci nitelik ürünün dil kullanılarak sözlü veya yazılı olarak ifade edilmiş olmasıdır. Bu bakımdan konuşma ve yazma için kullanılan dilin; ana dil, resmi dil, yabancı dil, müzik dili, unutulmuş dil veya suni (eser sahibi tarafından yaratılan) dil olması arasında bir fark bulunmamaktadır⁴⁰. Ayrıca yaratılan bu eserin edebi bir değerinin olması da gerekmez⁴¹. Dilin başkaları tarafından anlaşılıp anlaşılmadığının da bir önemi yoktur. Madde kapsamında tiyatro piyesi, roman, makale, şiir, türkü vs. yazılı eser; mülakat, röportaj, nutuk vs. ise dil ile ifade edilen sözlü eser niteliğindedir. FSEK m. 2/II hükmü ise, duygu

³⁶ BOZBEL (2015), s. 31; KÜÇÜKALİ, s. 141; KARAHAN/ SULUK/SARAÇ /NAL, s. 43; DEMİR, s.7

³⁷ BOZBEL (2015), s.31; SULUK / KARASU / NAL, s. 58 vd.

³⁸ YHGK, 05.10.2016, E. 107, K. 957, www.lexpera.com, E.T. 29.10.2019.

³⁹ FSEK m. 2: "İlim ve edebiyat eserleri şunlardır:1.Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları, 2. Her nevi raklar, yazılı koreografi eserleri, Pantomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri, 3. Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri. Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar."

⁴⁰ BOZBEL (2015), s. 38-39; KARAHAN/ SULUK/SARAÇ /NAL, s. 61-62; DEMİR, s. 8-9; USLU, Ramazan; Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda Eser Sahipliği, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, Ankara 2008, s. 9; SULUK / KARASU / NAL, s. 58.

⁴¹ OĞUZ, s. 10.

ve düşüncelerin vücut diline yansıdığı pandomimalar, danslar ve koreografiler gibi sözsüz fikri ürünleri koruma altına almaktadır. Bu kapsamda hükümde zikredilen eserler örnek olarak sayılmıştır. Bunların dışında hususiyet şartını taşıması halinde duygu ve düşünceleri yansıtan diğer vücut hareketlerinin de tekrarlanabilir bir düzenle yapılması yahut figürlerinin yazılarak tespit edilmesi hallerinde eser olarak kanun korumasından faydalanabilmesi mümkündür⁴². Madde metninde bale sayılmamasına rağmen spor olarak yapılması dışında sanatsal bir değer taşıyorsa sahibinin hususiyeti bulunması öncelik koşulu ile madde kapsamında korumadan yararlanacaktır. Ayrıca hususiyet şartını taşısa dahi rekabet amacıyla yapılan futbol organizasyonu kapsamında futbolcuların saha içerisinde yapmış oldukları çalım hareketleri gibi sportif faaliyetler bu maddenin koruma kapsamına girmeyecektir⁴³. Ancak saha dışında futbol topuyla gerçekleştirilen ve “*Freestyle*” olarak adlandırılan bireysel vücut hareketlerinin de hususiyet şartını taşıması ve tekrarı mümkün bir düzen içermesi halinde ilim ve edebiyat eseri olarak bu korumadan faydalanabilmelidir.

FSEK m. 2/III hükmü uyarınca, hususiyet şartını taşıyan ancak sanatsal bir değer bulunmayan teknik ve ilmi nitelikteki fikir ürünleri korunmaktadır. Bu madde kapsamında önemli olan bir husus bu ürünlerin sanatsal bir değerinin bulunmamasının gerekliliğidir. Zira sanatsal değeri olan eserler doğal olarak FSEK m. 2/I-II hükümleri uyarınca edebi eser veya FSEK m. 4 hükmü uyarınca güzel sanat eserleri olarak kanun korumasından yararlanmaktadır. Ayrıca bir diğer önemli nokta da bedii vasfı olmayan bu ürünlerin ilmi ve teknik nitelikte olmasıdır. Bu kapsamda öğretici ve açıklayıcı içeriklerle bilgi aktarım fonksiyonuna sahip bilimsel değerleri olan eserler (fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri) maddenin koruma sahasından yararlanır⁴⁴.

bb. Musiki Eserler (FSEK m. 3)

FSEK m. 3 hükmü uyarınca musiki eserlerin kapsamı belirtilmektedir. Musiki eserlerde eser sahibinin hususiyeti, her türlü duygu ve düşüncenin sesin ahenkli veya ahenksiz olarak bir araya gelmesi suretiyle ortaya çıkar ve diğer kişiler tarafından duyma yoluyla algılanabilir⁴⁵. Musiki eserlerinde; müzik, ses, tını, ritim, melodi, harmoni gibi her türlü içerik dikkate alınır⁴⁶. Eğer musiki eserin içeriği, güfte⁴⁷ ve bestenin bir araya gelmesi ile oluşuyorsa bu halde hem güfte hem de beste birlikte korunacaktır. Ancak güftenin ve bestenin sahipleri ayrı ise o halde musiki eser artık ortak bir eser kabul edilecek hem metin hem de müzik ayrı ayrı korunacaktır⁴⁸. Bu kapsamda güfte FSEK m.

⁴² KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2006, (KILIÇOĞLU, 2006), s. 129.

⁴³ BOZBEL (2015), s. 38-39; KARAHAN/ SULUK/SARAÇ/NAL, s. 61-62; DEMİR, s. 8-9; YAVUZ/ ALICA/MERDİVAN, s. 112.

⁴⁴ BOZBEL (2015), s. 38-39; SULUK/ KARASU/NAL, s. 61-62; DEMİR, s. 8-9.

⁴⁵ TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 123. KARAHAN/SULUK/SARAÇ /NAL, s. 64-65; SULUK/ KARASU/NAL, s. 62.

⁴⁶ KÜÇÜKALİ, s. 150.

⁴⁷ “*Güfte, müzik yapıtlarının yazılı metni, söz, şarkı sözü.*”, Dil Derneği, “*Türkçe Sözlük*”, Karınca Ajans Yayıncılık, 3. Baskı, Eylül 2012, s.696.

⁴⁸ TEKİNALP, s. 123.

2 hükmü uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak; beste ise FSEK m. 3 hükmü uyarınca musiki eseri olarak kanun kapsamında korumadan faydalanabilecektir⁴⁹. Ayrıca şu husus da önemle belirtilmelidir ki bir musiki eserin ortak eser sayılabilmesi için güfte sahibi ile bestekar arasında bir anlaşma olması gerekir. Aksi takdirde rızanın olmaması izinsiz işleme halini gündeme getirecektir⁵⁰. Nitekim Yargıtay da benzer yöndeki bir kararında müzik eserinin sahibinden izinsiz olarak bir parçasının iktibas sınırı içerisinde dahi alınıp başka bir yerde kullanılmasının eserden doğan hakka tecavüz anlamına geleceğine hükmetmiştir⁵¹. Bu şekilde sahibinin izni olmadan güftenin, bestelenerek müzikalde kullanılması halinde ilim ve edebiyat eserinin izinsiz işlenmesi söz konusu olacaktır. Opera, ilahi, şarkı, caz, türkü vb. musiki esere örnek verilebilir. Sesin her zaman insandan çıkması gerekmez. Bu kapsamda elektronik bir aletle veya diğer enstrümanlar ile de musiki eserler yaratılmış olabilir⁵².

cc. Güzel Sanat Eserleri (FSEK m. 4)

FSEK m. 4 hükmü uyarınca bedii⁵³ vasfını haiz eserler güzel sanat eseri olarak ifade edilmiştir. Ancak madde metninde güzel sanat eserlerinin alt türleri tahdidi nitelikte sayılmamaktadır. Bu kapsamda madde metninde yer verilmeyen diğer güzel sanat eserlerinin de estetik değer ve sahibinin hususiyetini taşıması halinde bu madde kapsamında korunmaları mümkün olmaktadır. Güzel sanat eserleri ile günlük hayatta kullanım amacıyla ortaya konulan eserler aralarındaki estetik kaygı taşıma ve seri üretim amacı gibi göstergelerle birbirinden ayrılmaktadır.

Estetik değeri bulunmayan mimarlık tasarım ve projeleri FSEK m. 2/III uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak korunmaktadır. Ancak meydana getirilen mimarlık yapılarının başlı başına eser olarak korunabilmesi ancak güzel sanat eseri olarak değerlendirilebilmesine olanak tanınan hallerde mümkündür. Mimarlık eseri estetik bir değer taşıyorsa, her mimarın ortaya çıkarabileceği nitelikte değilse ve böylece hususiyet şartını taşıdığı anlaşılabilirseyse FSEK m. 4/III kapsamında güzel sanat eseri olarak korunabilecektir⁵⁴. Yargıtay da herkesçe ortaya konabilecek bir mimari bir yapının güzel sanat eseri olarak korunabilmesini mümkün görmemektedir⁵⁵.

dd. Sinema Eserleri (FSEK m. 5)

Bir eserin sinema eseri sayılabilmesi; FSEK m. 5 hükmünde sayılan film ve sinema kategorilerinden birisine dahil olması, FSEK m. 8 hükmündeki anlamıyla sahiplerinin bulunması, FSEK m. 8/III'e göre belirli bir senaryosunun, bu senaryoyu beyaz perdeye

⁴⁹ KILIÇOĞLU (2006), s. 130.

⁵⁰ KARAHAN / SULUK / SARAÇ / NAL, s. 65; YAVUZ / ALICA / MERDİVAN, s. 1281vd.; OPPENHEIM Charles, The New Directive On Copyright And Related Rights, Learned Publishing volume. 14, no: 3, July 2001 (The New Directive), s. 205-212; s. 208; OPPENHEIM, Charles, Legal Issues Of Concern To The Library And Information Sector, Journal Of Information Science Volume 3, 2001 (Library And Information Sector), s.171-176, (Oppenheim, Legal Issues), s. 175.

⁵¹ Y. 11. HD, 13.3.2017, E. 13493 K. 1474, www.lexpera.com, E.T. 12.05.2020.

⁵² BOZBEL (2015), s. 42; SULUK/ KARASU/NAL, s. 63.

⁵³ "Bedii, örneği olmayan, latif, güzel, nadide, güzellik ölçülerine uyan, gözü gönlü okşayan, beğenilen demektir." BOZBEL (2015), s. 44.

⁵⁴ GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 76; SULUK/ KARASU/NAL, s. 63.

⁵⁵ Y, 11. HD, 19.03.2002, E. 10702 K. 2515. www.lexpera.com, E.T. 19.05.2020.

aktaran yönetmenin bulunması⁵⁶ ve sinema eserinin senaristi ile yönetmenin hususiyetini taşıması şartlarına bağlıdır⁵⁷. Madde kenar başlığı her ne kadar sinema eserleri olarak kaleme alınmış olsa da madde kapsamında sadece dar anlamda sinema eserleri değil genel manada filmlerin ifade edildiği anlaşılmaktadır⁵⁸. Bu doğrultuda öğretici ve teknik mahiyetteki filmler, günlük olayların tespit edildiği filmler ve sinema filmleri madde kapsamında sinema eserleri olarak değerlendirilmektedir. Ancak önemle belirtmelidir ki bu filmler, sahibinin hususiyetini taşıyan bir eser niteliğine sahip olmalıdır. Özellikle de belirli bir düşünsel veya sanatsal çabanın yansması ile ortaya konulan hareketli görüntüler dizisinin varlığı aranmaktadır. Bu kapsamda futbol maçlarını tespit eden yayınlar, yayıncının herhangi bir hususiyetini taşımadığından dolayı bu madde kapsamında korunmayacaktır⁵⁹. Ancak futbol maçlarının “yayın”⁶⁰ olarak veya FSEK m. 84 kapsamında korunması mümkündür. Madde kapsamında korumadan yararlanacak olan sinema eserleri teknik olarak; hareketli görüntüler dizisinin, kayıt tekniğine ve içeriğine bakılmaksızın, ardı ardına kaydedilmesi ve bu görüntülerin bant veya projeksiyon gibi araçlarla yeterli hızda yansıtılması sonucunda ortaya çıkmaktadır⁶¹.

ee. İşlenme ve Derleme Eserler (FSEK m. 6)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, diğer bir eserden faydalanmak suretiyle meydana getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan fikir ve sanat eserlerinin işlenme olduğunu belirtmiştir (FSEK m. 6/I). Bu kapsamda asıl esere bağımlı olarak bir eseri; toplama, derleme, farklı bir türe sokma, başka bir dile tercüme etme veya yayınlamaya elverişli bir duruma getirme gibi yöntemlerle meydana getiren işlenme eserlerin sahipleri de bu kanun kapsamında korunacaktır. (FSEK m. 6/II) Derleme ise özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri ifade etmektedir (FSEK m. 1/B(d)). Bir fikri ürünün derleme olarak nitelendirilebilmesi için hususiyet şartı aranmamış, bir düşünce yaratıcılığı sonucu ortaya çıkması yeterli sayılmıştır. Bir eserin işlenmesi kural olarak asıl eser sahibinin iznine bağlı değildir. Yani bir kimse orijinal bir eseri tercüme edebilir, toparlayabilir, yayınlamaya elverişli bir hale getirebilir. Ancak asıl eserin işlenmesi ile ortaya çıkan ürünü ticari olarak kullanabilmesi asıl eser sahibinin iznine bağlıdır⁶².

FSEK m. 6/I hükmü uyarınca işlenme yöntemleri örneksime yoluyla sayıldığından farklı eser işlenmelerinin de bu madde kapsamına girmesi mümkündür. Böyle bir durum,

⁵⁶ Öğretide belirli bir senaryonun ve yönetmenin bulunmasına gerek olmadığına dair görüşler de vardır. “...Çekimlerde belirli bir çekim tekniğinin uygulanması şart olmadığı gibi, yönetmen ve senaryonun bulunması da gerekli değildir. Bir sahnenin filmini spontane olarak çeken kişinin görüntü kayıtları, görüntünün seçimi ve düzenlenmesi ile hususiyet yansıtılabileceğinden bu şekilde de bir sinema eseri ortaya çıkabilir...”, KARAHAN/ SULUK/SARAÇ/NAL, s. 71.

⁵⁷ TEKİNALP, s. 127; SULUK/ KARASU/NAL, s. 68.

⁵⁸ KILIÇOĞLU (2013), s. 1592.

⁵⁹ Yargıtay da aynı görüştedir. Bkz. Y, 11. HD, 23.12.2005, E. 13440, K. 12765. www.lexpera.com, E.T. 15.05.2020.

⁶⁰ TEKİNALP'e göre; “...Futbol ve buz hokeyi spontandır, yani hareketler önceden tasarlanmamıştır; tekrarlanamaz. Onun için bir futbol maçının nakline ilişkin sorun “eser” bağlamında değil de TV sahibinin hakları, yani komşu haklar kapsamında çözülebilir...”, TEKİNALP, s. 122.

⁶¹ BOZBEL (2015), s. 45; KARAHAN/ SULUK/SARAÇ/NAL, s. 71.

⁶² SULUK/ KARASU/NAL, s. 70 vd.; TEKİNALP, s. 134.

işlenen eserin verilen örneklerden herhangi birine çevrilmesi değil, kendi kategorisi içinde başka şekle dönüştürülmesinin esas alınmış olmasıdır. Ancak sinema eserleri bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Mesela bir romanın sinemaya uyarlanması halinde işleme bir eserden söz edilemeyecektir. Bu durumda romandan esinlenme söz konusu olacaktır. Esinlenme ise başlı başına sinema eserini işleme eser kabul etmeye yetmemekte, bu durumda sinema eseri bağımsız niteliğini muhafaza etmektedir. Zira bu durumda roman, sinema eserine düşünce yapısı olarak yansımakta ancak biçim ve içerik olarak geçmemekte ve yönetmen ile senaristin hususiyetini taşıyan bir sinema eseri meydana gelmektedir⁶³. Kanaatimizce de yapımcı ve senaristin hususiyetini taşıyan bağımsız bir eser meydana getirilmektedir. Bunun önemi de şu noktada ortaya çıkmaktadır. Sinema eseri eğer işleme suretiyle üretilen bir eser olsaydı asıl eser sahibinin rızası olmaksızın ticari maksatla piyasaya sürülmesi halinde orijinal eserin sahibinin FSEK m. 21 kapsamındaki mali hakkına karşı haksız bir saldırı oluşturabilir.

c. Tasarrufa ve Temellüğe Elverişli Bir Mahsul (ürün) Olma Şartı

Bir fikrin (ide) eser hüviyetine bürünebilmesi için bu fikrin dış dünyada somutlaştırılması gerekir. Sadece dış dünyaya yansıyan düşünceler eser olarak korunabilecektir. Bu kapsamda sadece zihinde tasarlanan; günlük hayatta bir şekle bürünmemiş, üçüncü kişilerce algılanabilmesine olanak bulunmayan ve kime ait olduğu bilinmeyen düşünceler fikri hak olarak korunamayacaktır⁶⁴. Mesela, Fenerbahçe Spor Kulübü'nün kurucularını tanıtan ve kulübün tarihini konu alan bir çocuk hikâye kitabı yazacağını dergide paylaşan, radyoda, TV'de açıklayan veya arkadaşına söyleyen kimsenin bu düşüncesi henüz dış dünyada şekillenmediği için eser sayılmayacaktır. Ayrıca hikâye kitabının nasıl tasarlandığına dair verilen ayrıntıların açıklanması da yazarın hususiyetini taşımamaktadır⁶⁵.

Bir fikri ürünün, "eser" olarak kabul edilebilmesi ve yasal korumadan faydalanabilmesi için tamamlanmış olması gerekmektedir⁶⁶. Yargıtay da fikri ürünün zihindeki tasavvur aşamasının eser olarak korunmasını mümkün görmemektedir⁶⁷. Zira bir fikri ürünün tasarrufa elverişli bir hal alması, yani eser sahibinin fikir dünyasından çıkarak üçüncü kişilerin algılayabileceği bir seviyeye gelmesi yeterlidir. Bu kapsamda müsveddeler, taslaklar, şiir veya ritim üzerine çeşitli denemeler gibi hazırlık çabaları da eserin belli bir düzeye geldiğinden bahisle hukuki korumadan faydalanabilecektir⁶⁸.

2. Hukuka Aykırılık: İhlalin Bir Haksız Fiil Oluşturması

a. Genel Olarak

Haksız fiilin ilk şartı hukuken tanınan ve korunan bir hakkın varlığıdır. Kanun koyucu bu bağlamda eser sahibinin; eserin somut olarak şekillenmesinden sonra, bir esere bağlı olarak sahip olduğu ve o esere özgülenmiş fikri kişiliğini yansıtan manevi hakları (FSEK m. 67) ile ticari amaçla kullanımını sağlayan ve eser üzerindeki tasarruf

⁶³ TEKİNALP, s. 134-135.

⁶⁴ AKGÜN, s. 60.

⁶⁵ TEKİNALP, s. 108.

⁶⁶ TEKİNALP, s. 108.

⁶⁷ Y. 4. HD, 1.7.1977, E. 5913, K. 7617, www.lexpera.com, E.T. 19.05.2020.

⁶⁸ KARAHAN/ SULUK/SARAÇ /NAL, s. 48.

yetkilerini kapsayan mali haklarını (FSEK m. 68) himaye altına almıştır (FSEK m. 13)⁶⁹. Bu açıdan haksız fiilden bahsedebilmesi için eser sahibinin mali ve manevi haklarının üçüncü kişilerce, hukuk düzeninin izin vermediği bir şekilde haleldar edilmesi gerekir (FSEK m. 70/I-II). Eser üzerindeki fikri haklar mutlak haklar arasında yer aldığı için bu hakların herkes tarafından ihlal edilmesi mümkündür. Bu kapsamda eser üzerindeki mutlak haklar; eser sahibine, fikri haklarına karşı gerçekleştirilen bu haksız saldırıların kaldırılmasını, mütecevizin bu saldırılarından men edilmesini ve zarar meydana gelmişse bu zararın tazmin edilmesini talep etme imkânı vermektedir⁷⁰.

Eseri umuma arz salahiyeti (FSEK m. 14), adın belirtilmesi salahiyeti (FSEK m. 15), eserde değişiklik yapılmasını önleme salahiyeti (FSEK m. 16) ve eser sahibinin zilyet ve malike karşı hakları (FSEK m. 17) 5846 sayılı Kanun uyarınca eser sahibinin manevi hakları olarak tespit edilmiştir. Bu kapsamda eser sahibinin FSEK m. 70/I hükmü uyarınca manevi tazminat talep edebilmesi ancak kanun kapsamında tahdidi olarak sayılan manevi haklarından birisinin haleldar edilmesi ile mümkün olabilmektedir.

5846 sayılı Kanun uyarınca eser sahibinin mali hakları; işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24), umuma iletim hakkı (FSEK m. 25), pay ve takip hakkı (FSEK m. 45) olarak tespit edilmektedir⁷¹. Eser sahibinin mali haklarının ihlal edilmesi ile ortaya çıkan zararını FSEK m. 70/II hükmü uyarınca tazmin edebileceği düzenlenmektedir. FSEK m. 70/II hükmü uyarınca genel hükümlere yapılan gönderme kapsamında eser sahibi mali haklarının ihlal edilmesiyle ortaya çıkan maddi zararını haksız fiil hükümlerine göre tazmin edebilecektir. Ayrıca eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmesi suretiyle maddi bir zararı da doğmuşsa yine haksız fiil hükümleri çerçevesinde bu zararının giderilmesini sorumlularından isteyebilecektir⁷².

Haksız fiilin ikinci şartı ise bir fiilin varlığıdır. Ancak bu fiil alelade bir fiil olmamakla beraber eser sahibinin eseri üzerindeki mali ve manevi haklarına karşı haksız olarak nitelendirilebilen bir saldırının varlığı şeklinde tezahür etmelidir. Bir saldırıyı haksız olarak değerlendirebilmemiz için bu saldırının hukuka aykırı olması gerekir⁷³. Ayrıca 5846 sayılı Kanunda yer verilen amme intizamı mülahazası (m. 30), genel menfaat mülahazası (m.31-37), hususi menfaat mülahazası (m. 38-41) hallerinde ve son olarak hükümete tanınan yetkiler (m.42-47) kapsamında eserden yararlanılması durumlarında yine

⁶⁹ ERCOŞKUN ŞENOL, s. 56.

⁷⁰ TEKİNALP, s. 307.

⁷¹ BOZBEL, Savaş; Fikri Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 195-218, s. 195; YASAMAN, Hamdi; "Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, İstanbul 2002, s. 805-819, s. 808; AKIN, s. 116; BOZBEL, Savaş; "FSEK'e göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkları", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010, On iki Levha Yayıncılık, s. 105-131, (BOZBEL, 2010), s. 107.

⁷² OĞUZ, Arzu ve MERHACI, Selin Özden; Fikri ve Sınai Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları No:391, Ankara 2013, s. 951-974, s. 959.

⁷³ TEKİNALP, s. 328. Hukukumuzda genel olarak hukuka uygunluk sebepleri TMK m. 3 ve TBK m. 64'te düzenlenmiştir. Bu bakımdan haksız fiilin; meşru müdafaa (TBK m. 64/I), ıztırar hali (TBK m. 64/II), kuvvet kullanarak hakkını koruma (TBK m. 64/III), hakkın icrası (TMK m.3) ve mağdurun rızası hukuka uygunluk sebeplerinin kapsamına girmemesi gerekir.

hukuka aykırı bir fiilin varlığından bahsedilemeyecektir. O halde gerek genel hükümlerle düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri gerekse 5846 sayılı Kanun ile öngörülen eser üzerindeki hakların sınırlandırılması durumlarına uygun olarak eserin kullanılması eser sahibinin mali haklarına tecavüz olarak nitelendirilemeyecektir⁷⁴.

b. Mali ve Manevi Hakların İhlali

aa. Manevi Hak İhlali

Kılıçoğlu'na göre; FSEK m. 70/I anlamında manevi hakların haleldar edilmesi ile kanun koyucunun ifade etmek istediği husus, eser sahibinin 5846 sayılı Kanun kapsamında tespit edilen manevi haklarından birisine yönelik gerçekleştirilen haksız saldırının aynı zamanda eser sahibinin TBK m. 58 hükmü uyarınca kişilik haklarının da ihlali niteliğinde olmasıdır⁷⁵. Dolayısıyla sadece manevi hakların ihlal edilmesi ancak kişilik haklarının ihlal edilmemesi halinde manevi tazminat sorumluluğu doğmamaktadır. *Oğuz*'a göre ise; eser sahibinin manevi tazminat talep edebilmesi için TBK m. 58 bağlamında kişilik haklarının ihlali değil 5846 sayılı Kanun kapsamındaki manevi haklarının ihlal edilmesi gerekli ve yeterlidir⁷⁶. Kanaatimizce 5846 sayılı Kanun kapsamında manevi tazminat talep edebilmek için haksız eylemin kanun kapsamındaki manevi hakların ihlali niteliğinde bulunması yeterlidir. Zira mali hakların ihlalini düzenleyen FSEK 70/II hükmünde haksız fiil hükümlerine yapılan atıf, FSEK m. 70/I kapsamında düzenlenen manevi hakların ihlali için yapılmamıştır. Bu sebeple kanun koyucunun, FSEK m. 70/I kapsamında manevi tazminat talep edebilmek amacıyla eser sahibinin aynı zamanda kişilik haklarının da ihlalini teşkil etmesi gerektiğini ileri süren görüşe katılmamaktayız.

Yasa koyucunun 5846 sayılı Kanun ile tahdidi⁷⁷ olarak saydığı manevi hakların ihlali çeşitli surette gerçekleşebilmektedir. Bu kapsamda eser sahibinin izni olmadan veya isteğine aykırı olarak gerçekleştirilen eserin alenileştirilmesi, kanunda belirlenen iktibas sınırlarının aşılması veya yapılan iktibasta eserin ve eser sahibinin adının gösterilmemesi veya hatalı gösterilmesi, başkasına ait bir eserin kendisine aitmiş gibi takdim edilmesi, eserin içeriğini veya bütünlüğünü bozucu faaliyetlerde bulunulması, eserin işleme eser ya da derleme eser olduğunun gizlenmesi vb. haksız fiiller eser sahibinin manevi haklarını ihlal etmektedir⁷⁸. FSEK m. 70/I hükmü ile ifade edilen manevi hakların haleldar edilmesi; anlaşılacağı üzere ilgili yasa kapsamında eser sahibine tanınan manevi haklardan birisinin ihlal edilmesi ile gerçekleşmekte ayrıca eser sahibinin kişilik haklarının da ihlal edilmiş olması aranmamaktadır⁷⁹. Ancak vaki olan haksız eylem hem 5846 sayılı Kanun kapsamında tanınan manevi hakları hem de eser sahibinin genel

⁷⁴ BOZBEL (2015), s. 115.

⁷⁵ YASAMAN, s. 812; KILIÇOĞLU (2006), s. 411.

⁷⁶ OĞUZ/ MERHACI, s. 953; ÖZCAN/ÖZCANOĞLU, s.4134.

⁷⁷ ŞEKERBAY, Cennet Alas, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Manevi Haklar, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, s. 74; BELEN, Herdem, "Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Tazminat Talebi", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 1996, s. 19.

⁷⁸ YAVUZ/ ALICA/MERDIVAN, s.1291vd; KÜÇÜKALİ, s. 174-175.

⁷⁹ SARIDAĞ, Orhan Gazi; Fikri Hukukta Manevi Tazminat, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 40, Ekim 2019, s. 175-192, s. 182.

hükümler kapsamındaki kişilik haklarını zarara uğratmışsa bu halde taleplerin telâhuku söz konusu olacak ve eser sahibi en fazla yararına olan hükümlere dayanabilecektir. Bu hükümler genellikle zarar şartının aranmaması ve FSEK m. 11-12 hükümleri ile getirilen eser sahipliği karinelerinin geçerli olması sebebiyle 5846 sayılı Kanun hükümleri olmaktadır.

TBK. m. 58 hükmü uyarınca haksız fiil ile, eser üzerindeki mali hakları ihlal edilen eser sahibinin aynı zamanda şeref ve haysiyet gibi kişilik haklarının da ihlal edildiği sonucuna varılırsa, genel hükümler kapsamında korunan manevi haklarının ihlal edildiği söylenebilir. Bu kapsamda özellikle eser üzerindeki mali hakların kullanımını veya tasarruf yetkisini sözleşme ile devreden eser sahibi, üçüncü kişinin eser üzerinde yaptığı zorunlu değişikliklere katlanmak zorundadır (FSEK m. 16/II). Ancak bu devir olgusuna rağmen yapılan değişiklikler sahibinin haysiyet ve şerefine saldırı oluşturmaktaysa eser sahibi, saldırıdan men hakkını ve bu kapsamda ortaya çıkan zarardan dolayı manevi tazminat hakkını kullanabilecektir. Eser sahibi bu haklarını devralana ve ihlali gerçekleştiren üçüncü kişilere karşı kullanabilecektir.

Yukarıda bahsedilen bu ihlaller karşısında eser sahibine tecavüzün ref'i ve men'i ile manevi tazminat davası açma imkânları tanınmaktadır.

bb. Mali Hak İhlali

Mali hakların ihlali; alenileşmiş bir eserin, sahibinin rızası olmaksızın veya isteğine aykırı olarak işlenmesi, çoğaltılması, temsil edilmesi, yayınlanması, kayda alınması ile satışının yapılması gibi haksız fiillerden oluşmaktadır. Bu açıdan alenilik kazanan eser için mali haklar sadece kanunda sayılanlarla sınırlıdır. Oysa alenilik kazanmamış bir eser üzerindeki her türlü mali haktan faydalanma yetkisi eser sahibine aittir. Dolayısıyla alenileşmemiş eserlere karşı gerçekleştirilen hukuka aykırı her saldırı için eser sahibinin yasal yollara başvurma yetkisi vardır. Mesela FSEK m. 33'te yayımlanmış bir eserin kâr amacı gütmeksizin tüm eğitim ve öğretim kurumlarında belirli şartlarla temsilinin serbest olduğu düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında eser sahibi eğitim ve öğretim kurumlarının eserin temsili hakkını kanuni şartlar dairesinde kullanmaları halinde tecavüzün meni, refi ya da maddi tazminat davası açamayacaktır. Zira buradaki kullanım yetkisi bizzat kanundan kaynaklanmaktadır. Oysa eğitim ve öğretim kurumları kâr amacı dışında alenileşmemiş bir eseri kullanmaları halinde eser sahibi müdahalenin men'i, refi ya da maddi ve manevi tazminat davalarını açabilecektir.

cc. Manevi Haklar ile Mali Hakların Birlikte İhlali

Tekinalp'e göre mali ve manevi haklar ancak istisnai bazı hallerde birlikte ihlal edilebilmekte ve bu kapsamda örnek olarak da bir heykeltıraşın röportaj için çağırıldığı muhabirin, heykeltıraşın evinde dolaşırken henüz tamamlanmamış bir heykelini gizlice fotoğraflaması ve heykeltıraşın izni bulunmadan bu resimlerin, satışı yapılan bir dergide yayımlanması halinde hem mali haklarını hem de eserin umuma arz edilmesi hakkını ihlal ettiği durumu göstermektedir⁸⁰. *Oğuz'a* göre ise, bu yaklaşım eser üzerindeki mali hakların sözleşme ile devredilmesi hali için geçerlidir⁸¹. Zira eser üzerindeki manevi

⁸⁰ TEKİNALP, s. 325.

⁸¹ OĞUZ/MERHACI, s. 960.

hakların sözleşme ile devrinin mümkün olmaması ve bu hakların münhasıran eser sahibine ait olması karşısında mali haklar ile manevi hakların birlikte ihlal edilmesine nadiren rastlanabilmektedir. Bu kapsamda eser üzerindeki haklara yönelik bir haksız saldırı karşısında genelde eser sahibinin manevi hakları ihlal edilmekte ancak sözleşme ile devrettiği mali hakların ihlali sözleşmenin diğer tarafını ilgilendirmektedir⁸². Ancak *Oğuz*'a göre eser sahibinin, eser sahipliğinden kaynaklanan mali haklarını üçüncü kişilere sözleşme ile devretmediği durumlarda mali ve manevi hakların birlikte ihlal edilmesine sıkça rastlamak mümkündür⁸³. Bu kapsamda bir şiirin, şairin muvafakati alınmaksızın gazetede yayımlanması halinde şairin hem mali hem de manevi hakları ihlal edilmektedir. Kanaatimizce bu tartışma açılacak olan maddi ve manevi tazminat davalarında hangi hükümlere dayanılabileceği hususunda önem arz etmektedir. Zira yalnızca mali hakları ihlal edilen eser sahibi FSEK m. 70/II uyarınca maddi tazminat ve TBK m. 58 hükmü uyarınca da manevi tazminat taleplerini birlikte ileri sürebilecektir. Oysa hem mali hem de manevi hakları zayı olan eser sahibi gerek FSEK 70/I uyarınca maddi tazminat gerekse FSEK m. 70/II uyarınca manevi tazminat davasını birlikte açabilecektir⁸⁴.

3. Zararın Varlığı

FSEK m. 70/II hükmü uyarınca mali hakların haleldar edilmesine istinaden haksız fiil hükümlerine yapılan atıf sayesinde açılacak olan tazminat davalarının zarar şartını da ihtiva ettiği hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. O halde eser sahibinin mali haklarının haksız bir eylem neticesinde ihlal edilmesi halinde, tazminat davası açılabilmesi için eser sahibinin bir zararının doğması gerekmektedir. Bu zarar maddi nitelikte olabileceği gibi aynı zamanda eser sahibinin kişilik haklarının da ihlal edilmesi halinde manevi bir zarar olarak da ortaya çıkabilir. Bakıldığında bu zarar eser sahibinin malvarlığının haksız saldırıdan önceki ve sonraki durumu açısından ortaya çıkan farktan ibarettir⁸⁵. Fakat eser sahibi ispat edebildiği ölçüde haksız eylem yüzünden yoksun kaldığı kârın da kendisine verilmesini talep edebilecektir⁸⁶. Herhalde FSEK m. 70/II kapsamında açılacak tazminat davasında maddi ve manevi zararın tespiti TBK m. 50-51 hükümleri göz önüne alınmak suretiyle yapılabilecektir. Ancak aynı sarih düzenlemenin manevi hakların ihlali açısından da öngörüldüğünü söylemek öğretilerdeki tartışmalara bakıldığında mümkün görülmemektedir.

FSEK m. 70/I hükmü gereği manevi hakları ihlal edilen eser sahibi veya halefleri, eser sahibinin uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilecektir. Dikkat edileceği üzere hüküm, manevi hakların ihlal edilmesi suretiyle sadece manevi bir zararın doğma ihtimalini göz önüne almakta ayrıca eser sahibinin bu

⁸² Nitekim Yargıtay da mali hakları sözleşme ile devralan kimselerin, devir konusu esere yönelik manevi tazminat taleplerini reddetmektedir. Bkz. Y. 11. HD, 23.2.2004, E. 7032, K. 1586; Y. 11. HD, 15.6.2006, E. 3490, K. 6930; Y. 11. HD, 4.6.2001 E. 2687, K. 5080. www.lexpera.com, E.T. 19.05.2020.

⁸³ OĞUZ/ MERHACI, s. 961.

⁸⁴ ARKAN SERİM, Azra; "Fikri Hak İhlalleri ve Davaları", Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 2008, s. 74 vd.; ÖZCAN/ÖZCANOĞLU, s. 4138.

⁸⁵ CANDAN, Eda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Tazminat Davaları, Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2013, s. 63.

⁸⁶ SARIKAYA, Murat, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2, Y. 2019, s. 59-90, s. 68.

sebeple maddi bir zarara uğrayacağına ise değinmemektedir. Bu yaklaşım da manevi hak ve mali hak ayrımının, maddi tazminat ve manevi tazminat ayrımıyla karıştırıldığı gerekçesiyle öğretilde eleştirilmektedir⁸⁷. Aslında 4110 sayılı kanun ile FSEK m. 70/1 hükmünde yapılan değişiklikten önce madde⁸⁸, manevi hakların haleldar edilmesi halinde maddi ve manevi zararın doğabileceği noktasında herhangi bir tereddüt yaratmamaktaydı. Kısacası manevi bir hakkın ihlal edilmesi halinde hem maddi hem de manevi zararın doğabileceği kabul edilmekteydi⁸⁹. Ancak anılan değişiklikle FSEK m. 70/1 hükmü, manevi hakların ihlal edilmesi halinde yalnızca manevi bir zararın doğması halini öngörmektedir. Bu kapsamda edebi bir eser vücuda getiren eser sahibinin; muvafakati bulunmaksızın, eserinin içeriğinde değişiklik yapılması ve değişik halde yayımlanması sebebiyle eserin kamuoyunda kötü bir üne kavuşması ve bu sayede satışının düşmesi gibi durumlar, eser üzerinde değişiklik yapma manevi hakkının ihlal edilmesi suretiyle ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda hem yazarın ismi lekelenerek manevi zarar doğmakta hem de eserinin satışları düşerek kârdan yoksun kalmaktadır. Ancak FSEK m. 70/1 lafzından çıkan anlam bu noktada sadece manevi zararın talep edilebileceği, bu kapsamda da 5846 sayılı Kanun kapsamında sayılan eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmesi halinde uğranılan maddi zararların tazmin edilemeyeceği yönündedir.

Öğretilde diğer bir tartışma da FSEK m. 70/1 kapsamında açılacak olan tazminat davasında zarar şartının mutlaka aranıp aranmayacağı hususundadır. *Oğuz/Merhaci*'ya göre, eser sahibinin 5846 sayılı Kanun kapsamında ihlal edilen manevi haklarının, aynı zamanda bu kişinin benliğinde öfke, elem gibi olumsuz psikik bir etki yaratması gerekmektedir⁹⁰. Nitekim *Kılıçoğlu* da FSEK m. 70/1 hükmü lafzında "*kişi uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat davası açabilir*" şeklinde yer alan ifadenin açıkça manevi zararın doğması şartına işaret ettiği bu kapsamda sadece manevi hakkın ihlal edilmesinin yeterli olmayacağını ileri sürmektedir⁹¹. Genel olarak kabul edilen görüş ise, 5846 sayılı Kanun kapsamındaki manevi hakların ihlal edilmesinin manevi tazminat talep edilebilmesi için yeterli olacağı ve bir zararın doğup doğmadığının araştırılmasına gerek bulunmadığı şeklindedir⁹². Kanımızca kanun ile oluşturulmak istenen sistem eser sahibinin haklarını olabildiğince geniş bir alanda koruyabilmektir. Bu kapsamda da eser sahibinin düşünsel alanına karşı gerçekleşebilecek her türlü saldırının en başta önüne geçilmek istenmektedir. Zira kanunun muhtelif hükümlerinde düzenlenen tecavüzün refi ve men-i hükümleri incelendiğinde de kanun koyucunun henüz bir zararın doğmadığı hatta mütecevizin kusurunun bulunmadığı haksız fiillerinde dahi eser sahibinin eseri üzerindeki bu en tabî nitelikteki haklarını korumaya değer görmüştür. Bu kapsamda eser

⁸⁷ SARIKAYA, s. 62; OĞUZ/MERHACI, s. 953; CANDAN, s. 5; KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat; 5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini, Ankara Barosu FMR Dergisi, C. 1, S. 3, Y. 2001, s. 23-28, s. 26.

⁸⁸ 4110 sayılı yasa ile değiştirilmeden önce FSEK m. 70/1: "*Mânevi hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan; kusur ve tecavüzün ağırlığı icabettirdiği takdirde, ayrıca mânevi zarar adı ile bir paranın verilmesini dâva edebilir. Mahkeme bu para yerine veya buna ek olarak başka bir mânevi tazminat şekline de hükmedebilir.*" (R.G.: 13.12.1951)

⁸⁹ KILIÇOĞLU, s. 26.

⁹⁰ OĞUZ/MERHACI, s. 955.

⁹¹ KILIÇOĞLU (2006), s. 410-411.

⁹² TEKİNALP, s. 328-329; SARIKAYA, s. 64. Aynı doğrultuda YHGK kararı için bkz.: YHGK, 2.4.2003, E. 4-260, K. 271. www.lexpera.com, E.T. 25.05.2020.

sahibi, haksız fiil sebebiyle manevi bir zarara uğradığını ispat etmekle zorunlu tutulmamalı yalnızca haksız fiilin varlığını ispat ederek talebini ileri sürebilmesi kanunun sistematığına ve yöneldiği amaca daha uygun bir yorumdur. Görüşümüze paralel olan diğer bir düzenleme olan FSEK m. 70/I kapsamında; manevi bir hakkı haleldar edilen kimsenin aynı zamanda bu haksız fiille şeref ve haysiyetine de saldırı gerçekleşmişse bu halde TBK m. 58 hükmü uyarınca da manevi tazminat davası açılacaktır⁹³. Bu halde ise eser sahibinin; şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi sebebiyle duyduğu elem, öfke, acı gibi olumsuz psikişik duyguların yarattığı manevi zararı ispat etmesi aranmalıdır.

4. Kusur Şartı

FSEK m. 70/II hükmü uyarınca mali hakların haleldar edilmesi halinde açılacak olan maddi tazminat davaları ile TBK m. 58 hükmü uyarınca eser sahibinin kişilik haklarının ihlal edilmesi sebebiyle açılacak olan manevi tazminat davaları açısından kusur şartının aranıp aranmadığı noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira FSEK m. 70/II hükmünde de ifade edildiği üzere ancak mütecavizin kusuru varsa haksız fiil hükümlerine göre tazminat istenebilecektir.

Manevi hakları haleldar edilen eser sahibinin açacağı manevi tazminat davasını düzenleyen FSEK m. 70/I hükmünde ise kusur şartından bahsedilmemiştir. Bu noktada kanunun manevi tazminatta kabul ettiği yaklaşımın kusursuz (objektif) sorumluluk haline işaret edip etmediği öğretide tartışmalıdır⁹⁴. Bu tartışmanın sebebi ise 07.06.1995 tarihli ve 4110 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikte yatmaktadır. İlgili değişiklikten önce haksız fiil neticesinde manevi tazminat istenebilmesinin bir koşulunu da "kusurun ağırlığının icap ettirmesi" oluşturmaktaydı. Ancak değişiklikte birlikte artık manevi tazminat talep edebilmek için mütecavizin ağır kusurunun bulunmasına yönelik bir şarta madde metninde yer verilmemektedir. Bu kapsamda *Tekinalp'e* göre 5846 sayılı Kanun kapsamında tanınan manevi hakların ihlal edilmesi halinde açılacak olan manevi tazminat davaları açısından kusur şartı aranmamaktadır⁹⁵. Zira Yazar, bu konuda FSEK m. 70 hükmünün dayandığı TBK m. 58 hükmünde kusurdan açıkça söz edilmediğini, ayrıca 5846 sayılı Kanun'da düzenlenen eser sahibinin adı üzerindeki manevi haklarına karşı açılacak olan tecavüzün ref'i davasının da kusur gerektirmediğini ve kanunun sisteminin bu yönde yorum yapmaya müsait olduğunu ifade etmektedir⁹⁶. Bu görüşe karşılık *Oğuz ve Kılıçoğlu*, FSEK m. 70/I hükmü ile düzenlenen manevi tazminat davasının TBK m. 58 hükmünde kabul edilen manevi tazminat davasından farklı bir sistem

⁹³ TEKİNALP, s. 328-329; ÖZCAN/ÖZCANOĞLU, s. 4133.

⁹⁴ Yargıtay bir kararında kusurun bilme unsurunun olayda bulunmadığı gerekçesiyle bidayet mahkemesinin manevi tazminat kararını bozmuştur: "...Dava, eser sahipliğine dayalı maddi, manevi tazminat isteminden ibarettir. Mahkemece, davacının eserden doğan haklarına tecavüz edildiğini iddia ettiği fotoğrafların sergilendiği bienalin, her iki davalının koordinasyonu ile gerçekleştirildiği gerekçesiyle husumet itirazının reddine karar verilmiştir. Ancak, mahkeme gerekçesinde belirtildiği gibi, davalılar bienalin koordinasyonunu yapmış olup, tecavüz teşkil eden fotoğrafların davacıya ait olup olmadıklarını bilmeleri kendilerinden beklenemeyeceği gibi, davacı tarafından yapılan ihtar üzerine fotoğrafların derhal bienalden kaldırılmış olması karşısında, tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken manevi tazminat yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davalılar yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." Y, 11. HD, 8.6.2015, E. 516, K. 7926, www.lexpera.com, E.T. 20.05.2020.

⁹⁵ TEKİNALP, s. 328.

⁹⁶ TEKİNALP, s. 328-329.

getirmediğini bu kapsamda eser sahibinin açacağı manevi tazminat davalarında da mütecevizin kusurunun aranması gerektiğini ifade etmektedir⁹⁷. Nitekim *Küçükali* de tazminatın miktarının belirlenmesinde kusurun esas alındığını, ayrıca TBK m. 58 hükmünde kusura açıkça yer verilmemiş olmasının kusursuz sorumluluk hali olduğu anlamını taşımadığını ifade etmektedir⁹⁸. Kanımızca da hayatın olağan akışında kusurlu hareketlerin cezalandırılması esastır. Dolayısıyla istisna olan durum kusursuz sorumluluktur. Bu açıdan kusursuz sorumluluk halleri kanun koyucu tarafından ayrıca ve açıkça düzenlenmektedir. Bu noktada manevi tazminat davasında açıkça kusursuz sorumluluk düzenlemesi bulunmadığından FSEK m. 70/I hükmünün kusurlu sorumluluk hallerinden birisi olduğu görüşü kanaatimizce de kanunun sistemine uygun düşmektedir. Aynı istikamette bu görüşümüzü destekleyecek şekilde tecavüzün refi davasının düzenlendiği FSEK m. 66/III hükmünde bu davanın açılabilmesi bakımından kusur şartının gerekmediği kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından manevi tazminat açısından kusursuz sorumluluk hali öngörülmemek istenseydi bu duruma 5846 sayılı Kanun'da açıkça yer verilebilirdi.

5. İlliyet (Nedensellik) Bağı

İhlalden doğan sorumluluk için zararın bu ihlal sebebiyle doğmuş olması gerekir. Dolayısıyla araya üçüncü bir kişinin kusurunun girmiş olması, kendisinin sebep olmadığı beklenmedik bir olayın sonucunda zararın meydana gelmesi yahut zararın mücbir sebepten kaynaklanan bazı ayırık durumlar ile ortaya çıkması illiyet bağına koparır. Bu durumlarda ya sorumluluk ortadan kalkar ya da üçüncü bir kişinin üzerinde kalır. İlliyet bağı normal koşullar, hayatın olağan akışı ve genel tecrübenin dikkate alındığı uygun illiyet bağıdır⁹⁹.

FSEK m. 70/II hükmünün haksız fiil hükümlerine yaptığı açık gönderme sayesinde mali haklarının haleldar olduğunu ileri süren eser sahibi uğradığı maddi ve manevi zararın bu haksız fiilden kaynaklandığını ispat etmek suretiyle tazminini talep edebilecektir. Oysa FSEK m. 70/I hükmü uyarınca manevi hakları haleldar edilen eser sahibinin aynı zamanda bir zarara uğraması gerekmediği içindir ki bu noktada yalnızca haksız fiili ispat edecek aynı zamanda uğradığı zararın bu haksız fiilden kaynaklandığını ispat etmesi gerekmecektir. Kanunun bu noktada haksız fiil ile doğacak zarar arasındaki sebep sonuç bağıntısını karine olarak varsaydığı kabul edilmelidir¹⁰⁰.

SONUÇ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gereğince eser sahibi meydana getirdiği eser üzerinde mali ve manevi birtakım haklara sahiptir. Bu hakların ihlali halinde de eser sahibine maddi ve manevi tazminat talep edebilme imkânı tanınmıştır. Ancak Kanun'da özellikle manevi hakların ihlali ve sonrasında açılan genelde manevi bazen de maddi tazminat davaları noktasında ayrıntılı bir hükme yer vermemiştir. O kadar ki manevi tazminat davalarında kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu noktasında fikir birliği oluşmamıştır. Nitekim mali hakların korunmasını sağlayan

⁹⁷ OĞUZ/ MERHACI, s. 956; KILIÇOĞLU (2006), s. 412.

⁹⁸ KÜÇÜKALİ, s. 213-214.

⁹⁹ KÜÇÜKALİ, s. 219.

¹⁰⁰ SARIKAYA, s. 64.

hükümlerde davanın tarafları açısından eser sahibi öldükten sonra külli halef olan mirasçılar tarafından dava talebinin ileri sürebilmesi hususunda herhangi bir tereddüt bulunmazken eser sahibinin manevi tazminat davası açma hakkının öldükten sonra mirasçılardan kullanılıp kullanılmayacağı da Kanun'da netlik kazanmamıştır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun hüküm sevk etmediği noktalarda niteliğine uygun düştüğü ölçüde genel hükümlerin uygulanacağı kuşkusuzdur. FSEK m. 70 hükmü uyarınca düzenlenen tazminat davaları ile eser sahibinin yahut haleflerinin, FSEK m. 13 ve FSEK m. 25 hükümleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenen eser sahipliğinden kaynaklanan mali ve manevi hakların ihlal edilmesi ile ortaya çıkan zararın giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu davaların, şartları bulunduğu takdirde tecavüzün men'i veya kaldırılması istemleriyle birlikte açılması mümkün olduğu gibi haksız fiillere ilişkin genel hükümlere göre hem maddi hem manevi tazminat taleplerini birlikte içerecek şekilde açılmaları da mümkündür. Maddi veya manevi zararların bulunması koşuluyla tecavüzün ref'i davası, tecavüzün men'i davası ve tazminat davası ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görme davasını eser sahibinden başka; eser sahibinden bu hakları devralan halefleri ile bağlantılı hakları bulunan diğer kişiler de açabileceklerdir (FSEK m. 80/son).

FSEK m. 70 hükmü ile haksız fiil hükümlerine yapılan atıftan da yola çıkarak TBK. m. 49 vd. hükümleri ve manevi tazminat davasının genel hükümler kapsamında dayanak hükmü olan TBK. m. 58 uyarınca haksız fiile dayanarak açılan tazminat dava koşulları birlikte değerlendirildiğinde maddi ve manevi tazminat davalarının açılabilmesi için bir eserin varlığı, FSEK kapsamında korunan bir hakkın haksız fiile uğraması, bu fiilden bir zararın doğması, zarar verenin kusurlu hareketi ve haksız fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı koşullarının bir arada bulunması gerekmektedir. FSEK. m. 70 kapsamında tazminat davalarında bu koşullardan en önemlisi eserin varlığıdır. Zira burada FSEK kapsamında eserin doğru tespit edilmesi gerekir. FSEK kapsamında bir fikri ürünün eser niteliğini haiz olabilmesi için eser sahibinin özelliğini taşıması ve bu Kanun'da düzenlenen eser türlerinden birine dâhil olması ve eserin tasarrufa ve temellüğe elverişli bulunması gerekir. FSEK'te sayılan eser türlerinden birine dâhil olmayan fikri ürünü Kanun kapsamında eser olarak kabul etmek ve hukuki korumadan yararlanmasını sağlamak mümkün değildir. İlgili fikri ürünlerin ekonomik yönden korunması, haksız rekabet kurallarına ve kişiliğin korunması hususundaki genel hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Yargıtay da FSEK kapsamında sınırı çizilen eser tiplerinin içeriğini dar yorumlamakta ve bu kapsamda yer almayan eserlerin genel hükümlere göre genel mahkemelerde açılacak davalar ile korunabileceğini belirtmektedir.

FSEK. m. 70 kapsamında tazminat davalarının şartlarına bakıldığında; FSEK m. 70/II hükmü uyarınca mali hakların haleldar edilmesine istinaden açılacak tazminat davalarının zarar şartını da ihtiva ettiği hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak aynı düzenlemenin manevi hakların ihlali durumunda açılacak manevi tazminat davası bakımından öngörüldüğünü söylemek mümkün değildir. FSEK m. 70/I hükmü gereği manevi hakları ihlal edilen eser sahibi veya halefleri, eser sahibinin uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilecektir. Zira 4110 sayılı kanun ile FSEK m. 70/I hükmünde yapılan değişiklikten önce madde, manevi hakların haleldar edilmesi halinde maddi ve manevi zararın doğabileceği noktasında herhangi bir tereddüt yaratmamaktaydı. Dikkat edileceği üzere hüküm, manevi hakların ihlal edilmesi suretiyle sadece manevi bir zararın doğma ihtimalini göz önüne almakta ayrıca eser sahibinin bu

sebeple maddi bir zarara uğrayacağına ise değinmemekteydi. 4110 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle FSEK m. 70/I hükmü, manevi hakların ihlal edilmesi halinde yalnızca manevi bir zararın doğması halini öngörmektedir. Açılacak olan tazminat davasında zarar şartının gerekip gerekmediği hususunda, eser sahibi, haksız fiil sebebiyle manevi bir zarara uğradığını ispat etmekle zorunlu tutulmamalı; yalnızca haksız fiilin varlığını ispat ederek talebini ileri sürebilmelidir. FSEK m. 70/I hükmü uyarınca manevi hakları haleldar edilen eser sahibinin aynı zamanda bir zarara uğraması gerekmediği içindir ki bu noktada yalnızca haksız fiili ispat edecek aynı zamanda uğradığı zararın bu haksız fiilden kaynaklandığını ispat etmesi gerekmeyecektir. Kanunun bu noktada haksız fiil ile zarar arasındaki illiyet bağıını karine olarak varsaydığı kabul edilmelidir.

FSEK m. 70/I kapsamında manevi bir hakkı haleldar edilen kimsenin aynı zamanda bu haksız fiille şeref ve haysiyetine de saldırı gerçekleşmişse bu halde TBK m. 58 hükmü uyarınca da manevi tazminat davası açılacaktır. Bu halde ise eser sahibinin; şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi sebebiyle duyduğu elem, öfke, acı, ızdırap gibi olumsuz psikişik duyguların yarattığı manevi zararı ispat etmesi aranmalıdır.

FSEK m. 70/II hükmü uyarınca mali hakların ihlal edilmesi halinde açılacak olan maddi tazminat davaları ile TBK m. 58 hükmü uyarınca eser sahibinin kişilik haklarının ihlal edilmesi sebebiyle açılacak olan manevi tazminat davaları açısından kusur şartının aranıp aranmadığı noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Manevi hakları haleldar edilen eser sahibinin açacağı manevi tazminat davasını düzenleyen FSEK m. 70/I hükmünde ise kusur şartından bahsedilmemiştir. 4110 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle birlikte FSEK. m. 70/I'de manevi tazminat davasının açılabilmesi için kusur şartının yer almadığı görülmektedir. Ancak tazminatın miktarının belirlenmesinde kusur şartı esas alınmaktadır. TBK m. 58 hükmünde veya FSEK. m. 70/I'de kusur şartına açıkça yer verilmemiş olması; manevi tazminat davasında kusursuz sorumluluk hali olduğu anlamına gelmemektedir. Zira kanun koyucu kusursuz sorumluluk hallerini ayrıca ve açıkça düzenlenmektedir. Mesela FSEK m. 66/III hükmünde tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için kusur şartının gerekmediği kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından manevi tazminat açısından kusursuz sorumluluk hali öngörülmek istenseydi bu durum 5846 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenirdi. Manevi tazminat davasında açıkça kusursuz sorumluluk düzenlemesi bulunmadığından FSEK m. 70/I hükmü kusurlu sorumluluk hallerinden birisidir ve kusur şartı aranmalıdır.

KAYNAKÇA

AKGÜN, Başak, Telif Hukuku'nda İntihal Kavramı, Anonim Kullanımlar ve Tüm Bunların Karşısında Eser Sahibinin Fikri İmzası: "Üslup", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 2019/1, s. 57-76.

AKIN, Levent, "Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 105-146.

ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ARKAN SERİM, Azra, "Fikri Hak İhlalleri ve Davaları", Fikri ve Sınai Haklar, İstanbul 2008, s. 72-79.

BELEN, Herdem, "Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Tazminat Talebi", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 1996.

BOZBEL, Savaş, Fikri Eserlerin Umuma Erişilebilir Kılınması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 195-218.

BOZBEL, Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015. (BOZBEL, 2015).

BOZBEL, Savaş, "FSEK'e göre Yayın, Yeniden Yayın, Yeniden İletim ve Diğer Mali Haklardan Farkları", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Y. 2010, Oniki Levha Yayınları, s. 105-131 (BOZBEL, 2010).

BOZBEL, Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012 (BOZBEL, 2012).

BOZGEYİK, Hayri, Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

BÜLTER, Ahmet, Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklar", TBB Dergisi, S. 59, Y. 2005, s. 90-108.

CANDAN, Eda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Tazminat Davaları, Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2013.

DEMİR, Başak Aslı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Tazminat Davaları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

DOĞAN, Mehmet D., Büyük Türkçe Sözlük, İz Yayıncılık, 11. Baskı, Ekim 1996.

DURGUT, Ramazan, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C:1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1075-1095.

ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra, "Mali Hakları ve Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (I), 2013, s. 45-63.

GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

KARAHAN, Sami / SULUK, Cahit / SARAÇ, Tahir / NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., 5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevi Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini, Ankara Barosu FMR Dergisi, C. 1, S. 3, Y. 2001, s. 23-28.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Eser Sahibinin Mali Haklarına İlişkin Hukuksal İşlemler, Prof. Dr. Sabih ARIKAN'a Armağan, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 711-740. (KILIÇOĞLU, 2019).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8/Özel, Y. 2013, s. 1585-1636 (KILIÇOĞLU, 2013).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2006.(KILIÇOĞLU, 2006).

KÜÇÜKALİ, Canan, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

MURATOĞULLARI, Harun, "FSEK Eser Sahiplerinin Manevi Haklarına Saldırı Halinde Talep Edilebilecek Manevi Tazminat", Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 80, 2013, s.52-59.

OĞUZ, Arzu, Genel Hatlarıyla Telif Hakları ve Korunması, Bilişim ve Fikri Mülkiyet Semineri, 20-25 Nisan 2006, s. 1-22.

OĞUZ, Arzu / MERHACI, Selin Özden, Fikri ve Sınai Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları No:391, Ankara 2013, s. 951-974.

OPPENHEIM, Charles, The New Directive On Copyright And Related Rights, Learned Publishing vol. 14, no: 3, July 2001 (The New Directive), s. 205-212.

OPPENHEIM, Charles, Legal Issues Of Concern To The Library And Information Sector, Journal Of Information Science Volumu 3, 2001(Library And Information Sector), s.171-176, (Oppenheim, Legal Issues).

ÖZCAN, Zeynep / ÖZCANOĞLU, Ayşe Betül, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Sahibinin Manevi Hakları ve Yargıtay Kararları Işığında Eser Sahibinin Hukuksal Koruma Yolları", Legal Hukuk Dergisi, C.18 S.213, Y.2020, s. 4091-4146.

SARIDAĞ, Orhan Gazi, Fikri Hukukta Manevi Tazminat, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 40, Ekim 2019, s. 175-192.

SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

ŞEKERBAY, Cennet Alas, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Manevi Haklar, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014.

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul 2012.

TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 1988.

TÜYSÜZ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin, Ankara, 2007.

YASAMAN, Hamdi, “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani, C. I, İstanbul 2002, s. 805-819.

YAVUZ, Levent / ALICA, Türkay / MERDİVAN, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 2 C. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698#P127_22000

www.lexpera.com

TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI KANUNLAŞTIRMA USULÜ VE MECLİSLERİN ROLÜ (1838-1876)*

Arş. Gör. Samed ATASOY**

ÖZ

Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde kanun yapma usulüne dair genel nitelikli bilgiler bulunmaktadır. Klasik dönemde genellikle İslam hukuku kitaplarından ve fetva mecmualarından yararlanıldığı için ayrıca yazılı bir kanun oluşturma zorunluluğu hissedilmemiştir. Buna karşın; özellikle, İslam hukukunun düzenleme yapmadığı ve serbest bıraktığı konularda padişahların, zaman zaman örfi hukuk kapsamında kanunnameler çıkardıkları da görülmektedir. Ancak söz konusu dönemde kanun çıkarma hususunda yetkili genel bir meclis bulunmamaktadır. Kanun yapma usulü Tanzimat Dönemi ile beraber farklı bir boyut kazanmıştır. Tanzimat dönemi olarak ifade edilen zaman diliminin hangi yılları kapsadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çalışmada Tanzimat Dönemi hakkındaki yaygın kanaat kabul edilip, 1839-1876 tarihleri arasında kanun usulü incelenmiştir.

Tanzimat Döneminde kanun yapma yetkisi padişapta bırakılmakla beraber bu kanun taslaklarını hazırlama yetkisi zaman zaman farklı meclislere verilmiştir. Bu yetki paylaşımı zaman içinde meclisler lehinde değişim göstermiştir. Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, Meclis-i Âlî-i Tanzimat, Meclis-i Âlî-i Umumi, Şûrâ-yı Devlet gibi meclisler kanunların hazırlanması ve zaman zaman yürürlüğe girmesi hususunda aktif olarak rol oynamıştır. Kanun layihası hazırlama yetkisine sahip olan bu meclisler genellikle alanında uzman hukukçulardan oluşturulmuştur. Bu meclisler hakkında çıkarılan Nizamnameler, söz konusu meclislerin yapısını, ne şekilde karar alacağını, görev ve yetkilerini düzenlemekle beraber Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukunda kanunların ne şekilde, kim tarafından ve hangi kurallar çerçevesinde meydana getirildiğine dair bilgileri de ihtiva etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, Meclis-i Âlî-i Tanzimat, Meclis-i Âlî-i Umumi, Şûrâ-yı Devlet, Layiha, Kanunlaştırma.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04/09/2020
Kabul Edildiği Tarih: 06/11/2020

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
E-Mail: samedatasoy1109@hotmail.com
ORCID: 0000-0002-5379-3978

THE OTTOMAN LEGISLATION PROCEDURE IN THE TANZİMAT PERIOD AND THE ROLE OF THE ASSEMBLIES (1838-1876)

ABSTRACT

There is general information about the law making procedure in the Classical Period Ottoman Empire. Since Islamic law books and fatwa journals were generally used in the classical period, it was not felt obligation to create a written law. However; it is also seen that the sultans, from time to time, enacted laws within the scope of customary law, especially on issues that the Islamic law did not regulate and released. However, in the period in question, there was no general assembly authorized to make laws. Law making procedure has gained a different dimension with the Tanzimat Period. There are different opinions about which years the time period, which is defined as the Tanzimat period, covers. In this study, the common opinion about the Tanzimat Period was accepted and the law procedure was examined between 1839-1876.

Although the authority to make laws was left to the sultan during the Tanzimat Period, the authority to prepare these law drafts was sometimes given to different assemblies. This sharing authority has changed over time in favor of the assemblies. Assemblies such as Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, Meclis-i Âlî-i Tanzimat, Meclis-i Âlî-i Umumi, Şûrâ-yı Devlet played an active role in the preparation of laws and their enforcement from time to time. These assemblies, which have the power to draft laws, are generally composed of expert lawyers. Regulations issued about these assemblies contain information about the structure of the assemblies, how they will make decisions, their duties and authorities, as well as information on how, by whom and within the framework of the rules of the Ottoman Law of the Tanzimat Period.

Keywords: Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, Meclis-i Âlî-i Tanzimat, Meclis-i Âlî-i Umumi, Şûrâ-yı Devlet, Draft Law, Legislation.

GİRİŞ

Osmanlı hukuk sistemi, şer'i hukuk ve örfi hukuk olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. İslam hukukunda gerçek anlamda kanun koyucu Allahu Teala'dır. Kanun koyucu manasına gelen "şari" zaman zaman, Allahu Teala'nın yanı sıra hükümleri tebliğ etmesi sebebiyle Hz. Muhammed (sav)'i de kapsayıcı olarak kullanılmaktadır. İslam hukuku, münhasıran ilahi iradeye dayanmakla beraber beşeri katkılarla evrenselliğini ve dinamizmini devam ettiren bir hukukçular hukukudur.¹ Şer'i hukuk; Kur'an, sünnet, icma ve kıyasa dayanan asli kaynaklar ile yardımcı kaynaklar ve fıkıh kitaplarında toplanmış halde bulunan kurallar bütününden oluşmaktadır. Örfi hukuk ise padişahın (yasama organının) emir ve yasaklarıyla oluşan akla dayalı kurallar bütünüdür. Bir başka tanıma göre ise örfi hukuk; şer'i hukukun düzenlemede bulunmadığı ve takdir yetkisi bıraktığı bir alanda yasama organının oluşturduğu kurallar bütünüdür.² Şer'i hukuk ile örfi hukuk bir rekabet içerisinde bulunmayıp uyum³ içerisinde birbirini tamamlamaktadır. Çünkü örfi hukuk, şer'i hukukun vermiş olduğu yetki çerçevesinde ortaya çıkmakta ve şer'i hukuka uygun olmak zorundadır.⁴

Bu çalışmada Tanzimat Devri kanunlaştırma usulü irdelenmiştir. Bu durumda Tanzimat Devri'nin hangi yılları kapsadığı hususu önem arz etmektedir. 3 Kasım 1839 tarihinde başlayan Tanzimat, kimilerine göre 1871, kimilerine göre 1876, kimilerine göre 1908, kimilerine göre ise farklı tarihlere kadar devam eden süreci kapsamaktadır. Bu husustaki yaygın kanaate göre ise Tanzimat, 1839 yılında başlayıp 1876 tarihine kadar devam eden süreçtir.⁵ Bu çalışmada yaygın kanaat kabul edilip, 1839-1876 tarihleri arasında kanun usulü incelenmiştir.

Tanzimat Devri kanun yapma usulüne giriş mahiyetinde olması amacına binaen öncelikle kısaca Klasik dönem Osmanlısında kanun yapma usulüne değinmek gerekmektedir. Örfi hukukun; şer'i hukukun verdiği yetki alanında, şer'i hukuka uygun

¹ CİN, Halil-AGÜNDÜZ, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017, s. 197; TÜRCAN, Talip, "Şeriat", Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), C. 38, s. 572; AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2019, s. 76-78.

² CİN, Halil-AGÜNDÜZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2019, s. 77-86; AVCI, s. 89-93; MİDİLLİ, Muharrem, Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat – Kanun Ayrımı, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 55.

³ Örfi hukukun şer'i hukuka uygunluğunun şeyhülislam tarafından denetlenmesi, kanun hazırlama görevi bulunan nişancının İslam hukuku bilgisi olan ilmiye sınıfından ve özellikle ulemeden seçilmesi gibi uygulamalarla örfi hukukun şer'i hukuka uygunluğu sağlanmaya çalışılmıştır. AKGÜNDÜZ, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Tahlilleri (Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri) 1. Kitap, Fey Vakfı, İstanbul, 1990, s. 85, 86; CİN-AGÜNDÜZ, s. 85.

⁴ AYDIN, Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s.73; YETKİN, Aydın, "Osmanlı Devleti'nde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 2013, C. 6, S. 24, s. 384, 385; ERGİN, Koray, "Osmanlı Devleti'nde Kanunnamelerden Nizamnamelere Geçiş", Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2016, S. 39, s. 6, 7. Örfi hukuk, şer'i hukuka uygun olmak zorunda olmakla beraber, Osmanlı uygulamasında sayısına az rastlansa dahi bu durumun göz ardı edildiği uygulamaların bulunduğu iddia edilmektedir. Örfi hukukun şer'i hukuka muhalif olduğu iddia edilen uygulamaların değerlendirilmesi hakkında bilgi için bkz. AVCI, s. 94, 95.

⁵ ÇAKIR, Coşkun, "Türk Aydınının Tanzimat'la İmtihanı: Tanzimat ve Tanzimat Dönemi Siyasi Tarihi Üzerine Yapılan Çalışmalar" Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2004, s. 9, 10.

olarak yasama organının yaptığı kanunlardan oluştuğu ifade edilmişti.⁶ Osmanlı Devleti'nin klasik dönemindeki kanunlaştırma hareketleri bu kapsamda örfi hukuk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu dönemdeki kanunlar genel kapsamda umumi kanun ve hususi kanun olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır.⁷ Osmanlı klasik döneminde umumi kanunların yürürlüğe girmesi üç aşamada gerçekleşmektedir. Öncelikle Dîvân-ı Hümâyun'un tabii üyesi olan nişancı⁸ kanun tasarısını hazırlar. Bu kanun tasarısı Dîvân-ı Hümâyun'da mütalaa edilirdi.⁹ Daha sonra ise kanun tasarısı sadrazama gönderilir ve sadrazam tarafından incelenir ve düzeltilirdi. Sadrazam bu tasarımı padişaha arz eder. Padişahın onaylamasıyla beraber kanun yürürlüğe girerdi. Hususi kanunlar ise "Kanun-ı Osmanî" olarak da adlandırılan umumi kanunların, sancaklara uygulanması şeklinde oluşturulmaktadır. Bu uygulamada kanunun yürürlüğe gireceği bölgenin örf adeti, sosyal, iktisadi yapısı gibi hususi durumları göz önüne alınır, devletin ve halkın maslahatı gözetilirdi. Bu kanunlar önemine göre genellikle merkezde ve nişancı tarafından temize çekilir, katip tarafından tashih edilirdi. Ardından sadrazam padişaha arz eder. Padişahın onayı sonrası nişancı tarafından tuğralanan kanun yürürlüğe girmiş olurdu.¹⁰ Dîvân-ı Hümâyun, Klasik Dönemde diğer görevlerine ek olarak padişahın yasama yetkisini kullanmasında da hizmet etmiştir.¹¹

Dîvân-ı Hümâyun'un etkisini kaybetmesiyle¹² beraber ortaya çıkan boşluk Meşveret Meclisi ile doldurulmaya çalışılmış ancak bu çaba tam bir başarı ile sonuçlanmamıştır. II. Mahmut Dönemi'nde öncelikle merkezi yönetimi güçlendirecek ve

⁶ Şer'i hukuk ve örfi hukuk arasındaki ilişki ve örfi hukukun tezahür şekilleri için bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Osmanlı Hukukunda Şer'i Hukuk-Örfi Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri", İslami Araştırmalar Dergisi, C.12, S. 2, Y. 1999, s. 117-122.

⁷ İNALCIK, Halil, Osmanlıda Devlet, Hukuk, Adalet ("Türk İslam Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği"), Eren Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 27.

⁸ Nişancının temel görevlerinden bir tanesi örfi hukuk kurallarının bir araya getirilmesi hususunda ortaya çıkmaktadır. Kanunnamelerin yazım aşamasının zaman zaman nişancının evinde yapıldığı iddiası da kanunun hazırlanması aşamasında nişancının etkisini gösterir niteliktedir. Müfti-i kanun olarak da adlandırılan nişancı, örfi hukuk alanının şeyhülislamı olarak da değerlendirilmektedir. AKGÜNDÜZ, Murat, "Osmanlı Devleti'nde Nişancılık Müessesesi", Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Şanlıurfa, S. 4, 1998, s. 226. Nişancının kanunlar konusunda ihtisası, şeyhülislam veya müftülerin tam olarak anlayamadıkları kanunlar hakkında nişancıya soru sormalarından da anlaşılmaktadır. HEYD, Uriel, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford University Press, Clarendon, 1973, s. 175, 176.

⁹ MUMCU, Ahmet, Dîvân-ı Hümâyun, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2017, S. 27-29, 65-67.

¹⁰ AKGÜNDÜZ, Osmanlı Kanunnameleri ve Tahlilleri (Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri) 1. Kitap, s. 82-85; AYKANAT, Mehmet – AYDIN, Melikşah, "Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları" in Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş Mahmud Esad Seydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri, Editör: Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 8.

¹¹ SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet, "Dîvân-ı Hümâyun'dan Meclis-i Meb'usan'a Osmanlı İmparatorluğu'nda Yasama", Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, Editör: Halil İnalçık-Mehmet Seyitdanlioğlu, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2006, s. 257.

¹² 17. Yüzyılın ortalarında itibaren Dîvân-ı Hümâyun etkisini kaybetmeye başlamış, Huzur Mürafaası ve Meclis-i Meşveret ise etkin hale getirilmiştir. Daha sonra ise Meclis-i Vâlâ kurulmuştur. Benzer yetkilere sahip olan bu meclis zaman zaman Dîvân-ı Hümâyun'un devamı olarak da nitelendirilmiştir. EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 145, 146.

siyasi birliği pekiştirecek ardından ise askeri gücü sağlamlaştıracak yenilikler gerçekleştirilmiştir. Bu reformlardan sonra ise sürekli danışma ve karar organlarına ihtiyaç doğmuştur. Bu anlamda ilk olarak askeri reformları gerçekleştirmek için 1836 yılında “Dâr-ı Şûrâ-yı Askeri” kurulmuştur.¹³ İslahatlar kapsamında oluşturulan Başvekalet¹⁴ danışma kurulu olarak 1838 yılında “Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî” kurulmuştur. Bu iki meclisin üstü olarak çalışacak bir meclis olarak ise 1838 yılında “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye”¹⁵ (Meclis-i Vâlâ) kurulmuştur.¹⁶ Uzun süre bu görevi tek başına taşıyan Meclis-i Vâlâ, 1854 yılından sonra bu görevi “Meclis-i Âlî-i Tanzimat” (Meclis-i Tanzimat)’a devretmiştir. Bu süre zarfında Meclis-i Tanzimat temel olarak yasama organı olarak görev yaparken Meclis-i Vâlâ, yargı başta olmak üzere diğer görevler ile yetkilendirilmiştir. 1861 tarihinde bu iki meclis birleştirilmiş ve Meclis-i Vâlâ isminde bir meclis çatısı altında toplanmıştır. 1868 tarihine kadar görevini sürdüren Meclis-i Vâlâ, 1868 yılında ikiye ayrılmıştır. 1868 senesinde idari yargı görevi, devlete danışmanlık yapmak ve kanun layihaları hazırlamak amacıyla Şûrâ-yı Devlet, Adli yargıda yüksek yargı organı olarak görev yapması amacıyla da Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye kurulmuştur. 1876 tarihine kadar yasama görevini tek başına üstlenen Şûrâ-yı Devlet, 1876’dan sonra ise diğer meclislerle beraber yasama yetkisini sürdürmüştür.

Klasik dönem ile Tanzimat dönemi arasındaki yasamaya ilişkin değişim bir bakıma parlamenter sisteme geçişin ilk aşaması olarak ifade edilmektedir. Zira padişahta bulunan yetkiler kısmen sınırlandırılmış ve bu yetkiler Bâb-ı Âlî’ye ve Bâb-ı Âlî kurumları olan meclislere doğru kaymıştır.¹⁷

Osmanlı Devleti kanun usulüne dair genel bir giriş yapılan bu kısımdan sonra çalışmanın asıl konusu olan Tanzimat dönemi kanun usulü incelenecektir. Bu incelemede özellikle bu kanunların kim tarafından hazırlandığı, hangi usul ile çıkarıldığı, ne şekilde yayımlandığı üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda da özellikle yasama yetkisine sahip olan meclislerden¹⁸ Meclis-i Vâlâ, Meclis-i Tanzimat ve Şûrâ-yı Devlet’in yasama fonksiyonları üzerinde durulmuştur. Tanzimat dönemi kanun usulünün sistematik açıdan daha kolay anlaşılması için 1839-1854, 1854-1861, 1861-1868, 1868-1876 dönemlerine ayrılarak dört bölümde incelenmiştir.

¹³ KARAL, Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1995, C. 5, s. 153; TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 64-67.

¹⁴ II. Mahmud, sadrazam ve şeyhülislamın yetkilerini batı devletlerinden esinlenerek bakanlıklara devretmiştir. Sadrazamlık ise Başvekalet’e çevrilmiştir. Böylece hükümete yeni bir şekil verilmiştir. KARAL, C. 5, s. 152.

¹⁵ Özellikle ilk dönemlerde geçen Meclis-i Âlî ifadesi de Meclis-i Vâlâ’yı ifade etmektedir. AKYILDIZ, Ali, “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye”, DİA, C. 28, s. 250.

¹⁶ SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1999, s. 24; MUTAF, Abdülmecit, “Şûrâ-yı Devlet (1868-1922)”, Türkler, Yeni Türkiye Yayınları, C. 13, Ankara, 2002, s. 509; SEYİTDANLIOĞLU, “Dîvân-ı Hümâyun’dan Meclis-i Meb’usan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama”, s. 260.

¹⁷ TAŞKESENLIOĞLU, M. Yasin, Tanzimat Döneminde Bir Reform Meclisi Meclis-i Âlî-i Tanzimat (1854-1861), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2018, s. 7.

¹⁸ Literatüre ilişkin detaylı bilgi için meclisler konusunda literatür çalışması yapan Ceylan’ın eseri önem arz etmektedir. CEYLAN, Ayhan, “Osmanlı’da Meşrutiyet Öncesi Merkezi Meclisler Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, Y. 2005, s. 623-646.

I. 1839-1854 YILLARI ARASINDA KANUN USULÜ

A. MECLİS-İ VÂLÂ-YI AHKÂM-I ADLİYE

1839-1854 tarihleri arasında kanun çıkarma yetkisi hususunda Meclis-i Vâlâ büyük önem taşımaktadır.¹⁹ Bu sebeple öncelikle bu kurumun yasama bakımından ne şekilde yetkilendirildiği ve bu yetkinin ilerleyen tarihlerde uğradığı değişiklikler hakkında açıklama yapmak gerekmektedir.

Meclis-i Vâlâ'nın yasama dışında da görevleri bulunmakla beraber çalışma konumuz kapsamında yer almayan görevlerine temas edilemeyecektir. Söz konusu meclis, sahip olduğu yetki ve görevler dolayısıyla günümüzdeki birçok kurumun prototipi olarak değerlendirilmiştir. Parlamento, Yargıtay, Danıştay ve Yüce Divan bu kurumlara örnek olarak gösterilebilir.²⁰

II. Mahmud döneminde modernleşme kapsamında birçok değişim gerçekleştirilmiştir. Bu faaliyetlerin belki de en önemlisi hukuk alanındaki değişimlerdir. Bu değişim ve ıslahatlar sayesinde devlette ve yönetimde gözlemlenen kötü gidişat önlenmeye çalışılmıştır. Bu amaçlar kapsamında 1836 tarihinde "Dâr-ı Şûrâ-yı Askerî", 1838 tarihinde ise "Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî"²¹ ve "Meclis-i Vâlâ" kurulmuştur. Bu meclislerden ilki askeri faaliyetlere ilişkin olarak, ikincisi yürütme olarak adlandırılan hükümet işleri için danışma meclisi olarak, üçüncüsü ise Tanzimat'ın icrasını sağlamak amacıyla kurulmuştur. 24 Mart 1838 tarihinde Hırka-i Saadet odasında kuruluşunu tamamlayan Meclis-i Vâlâ, ilk toplantısını 31 Mart 1838 tarihinde yapmış ve aktif olarak çalışmaya başlamıştır.²² 1839 senesinde Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî'nin lağvedilmesinden sonra ise yasama yetkisini haiz tek meclis Meclis-i Vâlâ olmuştur.

¹⁹ CİN-AKYILMAZ, s. 184, 185.

²⁰ EKİNCİ, s. 164.

²¹ Seyitdanlıoğlu'na göre Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî ile Meclis-i Vâlâ arasında yetki ayrımı tam olarak yapılmadığından dolayı Akyıldız'a göre ise bu meclislerin yeni olması, henüz oturmuş bir yapıya sahip olmaması ve üyelerin asıl mesleklerine ek olarak bu mecliste faaliyette bulunmalarından dolayı ilk zamanlarda başarılı ve verimli bir çalışma ortaya konulamamıştır. Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî, 13 Temmuz 1839 tarihinde lağvedilmiştir. AKYILDIZ, Ali, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform (1836-1856), Eren Yayıncılık, İstanbul, 1993, s. 219-221; AKYILDIZ, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", C. 28, s. 250; SEYİTDANLIOĞLU, s. 39. Tanzimat'ın ilanından sonra Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî lağvedilerek Meclis-i Vâlâ bünyesine dahil edilmiş ve kanun hazırlama yetkisi Meclis-i Vâlâ'ya bırakılmıştır. SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 41.

²² SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 35-37. Meclis-i Vâlâ'nın kuruluş tarihine ilişkin farklı görüşler için bkz. ÇADIRCI, Musa, Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapıları, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, s. 186, Dipnot. 7.

Kuruluşunun ilk yılında geniş bir yetki²³ alanına sahip olamayan Meclis-i Vâlâ²⁴, 1839 tarihinde Tanzimat'ın ilanı ile beraber kuruluş zamanındaki hedeflenen gücüne kavuşmuştur.²⁵ Tanzimat'ın ilanından kısa bir süre sonra 25 Kasım 1839 tarihinde Meclis-i Vâlâ'nın çalışma şeklini ve üyelerinin seçimini düzenleyen iki nizamname (hukuk kuralı) yürürlüğe girmiştir.²⁶

Sultan Abdülmecid, Tanzimat-ı Hayriye'nin hükümlerini açıklamak üzere bir ferman göndermiş ve bu fermanla beraber Meclis-i Vâlâ'nın hazırladığı kanun taslaklarının padişah tarafından kabul olunacağı taahhüdünü vermiştir. Bu karar, aslında kanun layihası hazırlama görevi olan Meclis-i Vâlâ'nın hazırladığı layihalarının reddolunma ihtimalini düşürmüş ve genellikle meclisten çıktığı şekilde yürürlüğe girmesini kolaylaştırmıştır. Söz konusu fermanla bu durum şu ifadelerle dile getirilmiştir;

"...muktezay-ı ahd ü misak-ı hümayunum üzere Hırka-i Şerif odasına girüb kibar-ı ulema ve havass-ı vükela ve vüzeray-ı saltanat-ı seniyyem hazır olduğu halde hatt-ı hümayunumda münderic olan kavanin-i şeriyenin harf be-harf icrasına ve mevadd-ı esasiyyenin fûruatına dair ekseriyet-i ârâ ile karar verilen şeylere müsaade eyleyeceğime ve hafi ve celi haricen ve dahilen tarik-i hümayunuma ilka olunan şeyleri kavanin-i müesseseye tevfiq ve tatbik etmedikçe kimesnenin lehine ve aleyhine bir hüküm ve ferman etmeyeceğime ve vaz olunmuş ve olunacak kavaninin tağyirini tecviz buyurmayacağıma vallahi deyu kasem-i billah olunduğu..."²⁷

Üye seçiminde rütbelere değil niteliklere önem veren Meclis-i Vâlâ'nın temel amaçlarından bir tanesi kanun layihalarını yapabilecek nitelikte özel bir komisyon ortaya koymaktı. Liyakate dikkat etmek suretiyle bu amaç gerçekleştirilmeye çalışılsa dahi rütbe

²³ 1839'dan itibaren geniş yetkilere sahip bir yasama organı olarak değerlendirilen Meclis-i Vâlâ hakkında farklı fikirlere sahip hukukçular da bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi olan Okandan bu görüşünü şu sözlerle ifade etmiştir; *"Keza, salâhiyeti noktasından da teşriî iktidarı haiz bulunduğu söylenemez; kendisine bahşolunan salâhiyet, kavanin-i muktaziyeyi kararlaştırmak ve karargir olan kanunları düsturul-âmel tutulmak üzere balâsının tasdik ve tevşihî zımında taraf-ı humayuna arz etmekten ibarettir. Kendisinde, kanunların yapılması hususunda hükümdara yardım ve tamamen onun emri altında bulunan bir ihtisas komisyonu mahiyeti mevcuttur. Millet'in hakikî ve makul arzu ve isteklerini hükümdara bildiren, padişahın iktidar ve salâhiyetleri karşısında millet'in iradesini temsil ve icabında onu devlet şefine empoze edebilen müstakil ve teşriî bir organ mahiyetini haiz değildir. Hatta, daha sonraları Şubat 1845'te Bâb-ı Âlî'de Abdülmecid tarafından bizzat okunan fermanın icaplarını tahakkuk ettirmek gayesiyle, eyaletlerin vaziyeti ve yapılması lazım gelen değişiklikler hakkında fikirlerini beyan etmek üzere muhtelif eyaletin mümessillerinden mürekkep İstanbul'da tesisine teşebbüs edilen meclis de hiçbir zaman teşriî salâhiyeti haiz temsilî ve millî bir meclis sıfatını iktisap edememiştir."* OKANDAN, Recai G., "Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri", Tanzimat I (Komisyon), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 118, 119.

²⁴ Meclis-i Vâlâ, kuruluşunda; bir başkan, beş üye ve iki katipten oluşmaktaydı. Toplantılarını Topkapı Sarayı'nda yapmaktaydı. KARAL, C. 6, s. 120.

²⁵ SHAW, Stanford J., "19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri" (Merkezi Yasama Meclisleri I), Çev. Püren Özgören, Tarih ve Toplum, C. 13, S. 76, Nisan 1990, s. 204; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 39.

²⁶ KAYNAR, Reşat, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2010, s. 199-202. Söz konusu nizamnamelerden bir tanesi 25 Kasım 1839 tarihinde diğeri ise 25 Aralık 1839 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu nizamnamelerden ilki meclis üyelerinin seçimine ilişkin olup ikinci nizamname ise meclisin kuruluş ve çalışma yapısına ilişkindir. Meclis üyelerinin seçimine ilişkin olan nizamnamenin maddeleri için bkz. KAYNAR, s. 200-202.

²⁷ KAYNAR, s. 181.

olarak alt seviyede olan üyelerin²⁸, rütbe olarak kendilerinden üst seviyede bulunan üyelerin yanında görüşlerini rahat ifade edememesi ve bu sorun aşılırsa dahi karar aşamasında rütbe olarak daha üst kademede bulunan kişilerin görüşlerinin esas alınması Meclis-i Vâlâ'nın temel problemlerinden bir tanesini oluşturmaktaydı. Özellikle Dâr-ı Şûrâ-yı Bâb-ı Âlî üyelerinin rütbe bakımından Meclis-i Vâlâ üyelerinden üstün olması durumu, nitelik gereği daha üst bir meclis olan Meclis-i Vâlâ'nın çalışmalarını olumsuz etkilemekteydi. Bu problem, rütbeden bağımsız olarak meclis üyelerinin tamamının, fikirlerini baskı altında kalmadan ifade edebilmesi ve kararların yalnızca liyakat ve mantık temelinde verilebilmesi için bir değişiklik ihtiyacını doğurmuştu. Bu amaçla herkes için tamamen yeni ve eşit rütbe esasına dayanan bir düzenleme yapılmış ve meclis üyelerinin tümünün rütbeleri eşit olarak kabul edilmişti.²⁹ Meclis-i Vâlâ üyeleri 1856 tarihine kadar yalnızca Müslümanlardan oluşmaktaydı. Ancak 1856 tarihli Islahat Fermanı'yla beraber Meclis-i Vâlâ'ya gayr-i müslim üyeler de atanmaya başlamıştır. Böylece ilk kez merkezi bir hükümet organında temsil ilkesi gerçekleştirilmiştir.³⁰

Meclis-i Vâlâ'nın nizamnamesinde meclisin; karar alacağı hususu ne şekilde görüleceği, hangi çoğunlukla karar alacağı ve oylamada güven ilkesinin ne şekilde gerçekleştirileceğine dair düzenlemeler 25 Aralık 1839 tarihinde yürürlüğe giren nizamnamede yer almaktadır.

Nizamnameye göre; mecliste görüşülecek olan konular önem sırasına göre gruplandırılacak ve toplantıdan birkaç gün önce üyelere dağıtılacaktır. Bu sayede üyeler karar alınacak konu hakkında araştırmada bulunabilecek ve oylama öncesinde mecliste görüşülen konu hakkında görüşlerini bildirebilecektir. Bu sayede görüşünü dile getiren üye, karar aşamasından önce diğer üyeleri bilgilendirme hakkını elde etmiş olacaktır. Görüş bildirme hakkında öncelik sıralamasında rütbe ve derecenin bir önemi olmayacaktır. Bu sayede görüşünü ifade edecek üyeler arasında eşitlik sağlanmış olacaktır. Meclis görüşmeleri katipler tarafından zapt altına alındıktan sonra görüşlerini ifade eden üyelere gösterilerek teyit edilecek ve bu teyit edilen görüşler meclis defterine kaydedilecektir.³¹

Mecliste görüşülen konu birden fazla maddeyi ihtiva ediyor ise görüşülen konunun tüm maddeleri tek seferde değil, oylanacak olan konunun her maddesi için ayrı ayrı

²⁸ Gerek Meclis-i Vâlâ'nın gerek Meclis-i Tanzimat'ın başkanları, hükümet üyeleri arasından seçilmekteydi. Meclis-i Vâlâ başkanı; sadrazam tarafında belirlenip Meclis-i Vükela tarafından da kabul gördükten sonra padişaha arz edilmekteydi. Padişahın onay vermesi ile karar kesinleşiyordu. Bu sebeple her iki meclisin de Bâb-ı Âlî'nin kontrolünde olduğu ifade edilebilir. SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 77, 78.

²⁹ SHAW, Merkezi Yasama Meclisleri I, s. 204, 205. Shaw'a ait makalenin İngilizce aslı iki farklı makale olarak Türkçeye çevrilmiştir. Çalışmamızda bu çevirilerden yararlanılmıştır. Makalenin İngilizce ve tek parça hali için bkz. SHAW, Stanford J., "The Central Legislative Councils In The Nineteenth Century Ottoman Reform Movement Before 1876", International Journal of Middle East Studies, C. 1, S. 1, Y. 1970, s. 55; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 38.

³⁰ DAVISON, Roderic H., Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform (1857-1876), C. 1, Çev. Osman Akınhay, Papirüs Yayınevi, İstanbul, 1997, c. 1, s. 71, 111; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 83, 84.

³¹ Takvim-i Vekayi (T.V.), No: 188, (18 Şevval 1255); ŞAPOLYO, Enver Behnan, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat Devri Tarihi, Güven Yayınevi, İstanbul, 1945, s. 79, 80; KAYNAR, s. 206-208; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 43.

oynamaya sunulacaktır. Meclis üyelerinin görüştüğü bir hususta üyelerin yarından bir fazlasının oy verdiği görüş kabul edilmiş sayılacaktır. Eğer ki üyelerin oyları eşit olursa son karar padişaha ait olacaktır.³² İç tüzük olarak adlandırılan bu nizamnameye göre meclisin ne şekilde karar alacağı düzenlenmiştir.

Meclis-i Vâlâ üyelerinin karar aşamasında etki altında olmamaları ve güven ile kararlarını verebilmeleri hususunda da iç tüzükte düzenleme yapılmıştır. Oyların eşit olması halinde son kararın padişaha ait olması gibi bir durum söz konusu olur ise üyelerden hiçbirisi padişahı kendi lehinde oy kullanması yolunda etkilemeye çalışamayacaktır. Üyeler görüş ve kararlarını serbest bir şekilde ifade edebilecek; ancak karar kesinleştikten sonra alınan karar hakkında eleştiride bulunamayacaktır.³³

Meclis-i Vâlâ, kuruluşundan 1840 tarihine kadar görevini sarayda gerçekleştirmiştir. 8 Mart 1840 tarihinde ise Bâb-ı Âlî bünyesinde yapılan yeni binasına geçmiştir. Yeni yerinde padişahın toplantıları izlemesi için ayrı bir bölüm³⁴ de bulunmaktadır. Birtakım eksiklikler dolayısıyla görevini istenilen şekilde yerine getiremeyen Meclis-i Vâlâ için 17 Temmuz 1841 tarihinde yeni bir Nizamname düzenlenmiştir.³⁵

Meclis-i Vâlâ üyeleri arasında her ne kadar çoğunlukta olmasa da ulemeden kişiler de bulunmaktaydı.³⁶ Aynı zamanda “Meclis-i Vâlâ Müftüsü” adında bir görevli de bu mecliste görev almaktaydı. Bu makam için ayrı bir atama yapılmamakta olup, Meclis-i Vâlâ üyelerinden ulema kökenli bir kişi bu görevi yerine getirmekteydi. Diğer üyelerle eşit seviyede bulunan müftünün asıl görevi; Meclis-i Vâlâ’da alınan kararlar ve hazırlanan kanun tasarılarının şer’i hukuka uygun olup olmadığı hakkında görüş bildirmektir.³⁷ Meclis-i Vâlâ Müftüsü’nün diğer üyeler ile eşit oy hakkına sahip olması şer’ilik denetiminden ziyade yalnızca görüş bildirme hakkına ve diğer üyeler ile eşit düzeyde bir yetkiye sahip olduğuna işaret etmektedir. Ancak bu durumda aksini gösteren örnekler de mevcuttur. Aşağıda ele alınacak olan örnekler gerek müftü gerek de şeyhülislamın kanun tasarılarının şer’ilik denetiminde önemli ve etkili bir rol oynadığı görüşünü destekleyici ciddi karinelere sahiptir.

Meclis-i Vâlâ’da görüşülen hususlarda şer’i hukuka uygunluğun sağlanabilmesi açısından zaman zaman fetvahaneye danışıldığı ve şeyhülislamdan görüş alındığı durumlar da mevcuttur. 1844 tarihinde kız çocuklarının evlenmesine haklı bir sebebi olmaksızın engel olan velilere ilişkin yapılan düzenleme öncelikle Meclis-i Vâlâ’da

³² T.V., No: 188, (18 Şevval 1255); ŞAPOLYO, s. 79, 80; KAYNAR, s. 206-208; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 43.

³³ T.V., No: 188, (18 Şevval 1255); ŞAPOLYO, s. 79, 80; KAYNAR, s. 206-208; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 43.

³⁴ Padişahın meclisteki kanun çalışmalarını ne şekilde takip ettiğine ilişkin bilgi için bkz. AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 200, Dipnot, 3.

³⁵ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 44-47. Shaw’a göre bu tarihe kadar Meclis-i Vâlâ yalnızca, kendi görüşlerini içeren rapor düzenleme hakkına sahipken bu Nizamname ile beraber padişahın çıkarılmasını istediği kanunları tasarı şeklinde padişaha sunma hakkını da elde etti. Tanzimat döneminde çıkarılan kanunların ana kaynağı olan bu kanun tasarıları, “tezakir” olarak da adlandırılmaktaydı. SHAW, Merkezi Yasama Meclisleri I, s. 206.

³⁶ KAYNAR, s. 210.

³⁷ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 85.

görüşülmüş, ardından şer'î hukuk bakımından fetvahaneden görüş³⁸ sorulmuştur. Daha sonra ise Meclis-i Umumi'de görüşülmüştür. Meclis-i Umumi'nin de uygun görmesi sonucu padişaha arz edilen düzenleme Takvim-i Vekayi'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir.³⁹

Reşid Paşa'nın azli ile sonuçlanan bir olay ise şer'îlik denetimi hususunda farklı bir yoruma gidilmesine sebebiyet verecek niteliktedir. Şer'îlik denetiminin gerekli olmadığı imasında bulunan paşanın görevden alınması Meclis-i Vâlâ Müftüsünün zaman zaman görüş bildirmeden daha fazla yetkiye sahip olduğu yönünde bir delil olarak ifade edilebilir. Söz konusu olay şu şekildedir:

“Reşit Paşa'nın telkiniyle, Fransız modeline dayanan yeni bir ticaret kanununun hazırlanması, onların rahatını daha çok kaçırdı. Bu yeni kanunun Şeriat' tan bir sapma olduğunu anlayan Müslüman hukukçuların eski itirazlarını yeniden alevlendirdi ve kanunun ertelenmesini zorunlu kıldı. Şirketlerin iflası, poliçeler ve benzer konular üzerinde duran kanun, hemen tamamen Fransız ticaret kanunundan alınmıştı. Reşit Paşa tasarıyı 1841'de Meclis-i Vâlâ'ya getirdiği zaman Şeriat'a uygun olup olmadığı soruldu. Reşit 'Şeriatın bu konuda yapacak bir şeyi yoktur' dedi. Hazır bulunan ulema 'Bu küfürdür' diye itiraz etti. Genç Sultan Aydınlanma nazırını hemen azletti.”⁴⁰

Kanunlar gerek Meclis-i Vükela gerek Meclis-i Tanzimat döneminde genellikle iki şekilde yürürlüğe girmektedir.

Birincisi; Meclis-i Vükela⁴¹ kararı, padişah kararı veya Meclis-i Vâlâ'nın doğrudan kendisi tarafından verilen bir karar doğrultusunda hazırlanan kanun veya nizamnameler çoğunlukla genel nitelikli ve tüm devlette uygulanacak olan kanunlardır. Bu kanunlar, öncelikle Meclis-i Vâlâ üyeleri arasından oluşturulacak olan, söz konusu kanun hususunda uzman olan kişilerden oluşturulacak bir alt komisyon tarafından taslak halinde hazırlanır, ardından bu taslak Meclis-i Vâlâ'da görüşülür ve onaylanırsa tek tek maddelerin kabul veya reddedilmesi için oylanmasına geçilirdi. Bu aşamadan da kabul ile çıkan taslak Meclis-i Vükela'ya gönderilir, ardından Meclis-i Umumi'de görüşülürdü. Son aşamada ise Meclis-i Vükela aracılığıyla⁴² padişaha arz edilir, padişah onayı⁴³ ile beraber yürürlük kazanırdı.⁴⁴

İkincisi; Nezaret Meclisi veya Nazır tarafından hazırlanan bir kanun taslağının kanunlaşmasıdır. Bu yöntemle çıkarılan kanun veya nizamnameler genellikle özel bir alana ve özellikle Nezaret Meclisi'nin ilgili bulunduğu bir alana yöneliktir. Nezaretten gelen layiha Meclis-i Vâlâ üyeleri arasından, çıkarılacak olan kanun hususunda uzman

³⁸ Şeyhülislamın bu husustaki görüşü için bkz. BOA, İ.MSM 3/38, 1260 R 22 (11.05.1844), Akt: ERÇOŞKUN, Tülay, “Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. Yüzyılda Evlilik ve Nikaha Dair Düzenlemeler”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, Dipnot. 179.

³⁹ ERÇOŞKUN, s. 70-72.

⁴⁰ LEWIS, Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, Çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınevi, Ankara, 1993, s. 110.

⁴¹ Sadaret makamı olarak da ifade edilebilir.

⁴² AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 187.

⁴³ Padişah onayı olmayan meclis kararlarının herhangi bir hükmü bulunmamaktaydı. AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 191.

⁴⁴ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 103.

olan kişilerden oluşturulacak bir alt komisyon tarafından incelenir,⁴⁵ ardından Meclis-i Vâlâ'da görüşülür, bu aşamadan sonra Meclis-i Vükela'ya yollanırdı. Meclis-i Umumi'de de görüşülen layiha son aşama olarak Meclis-i Vükela aracılığıyla padişaha arz edilir, padişah onayı ile beraber yürürlük kazanırdı.⁴⁶

1850 tarihinde Meclis-i Vâlâ'nın iç tüzüğü yeniden düzenlenmiştir. 12 maddeden oluşan iç tüzüğe göre; kanun layihası görüşmelerine başlanabilmesi için meclis üye sayısının en az üçte ikisinin görüşmede hazır bulunması şarttır. Ancak gerekli görüldüğü hallerde üye sayısının yarısından bir fazlasının bulunması durumunda da görüşmelere başlanabilecektir. Kanun layihası kabul ve red işlemlerinde oy çokluğu ilkesi bir önceki iç tüzükte bulunduğu şekilde bırakılmış ve salt çoğunluk gerekli kılınmıştır.⁴⁷ Meclis-i Vâlâ, kuruluşundan 1854 tarihine kadar diğer görevleriyle beraber Osmanlı Devleti'nin asil yasama organı olarak faaliyet göstermiştir.

Bu süre zarfında Meclis-i Vâlâ tarafından çıkarılan bazı nizamnameler⁴⁸ şu şekildedir; İltizamın ve Angaryanın Feshi (1256/1840), Meclis-i Muhasebenin Kurulması (1256/1840), Ceza Kanunnamesi (1256/1840), Kızbaşı Vergisinin Kaldırılması (1256/1840), Gazete Çıkarma Ruhsatı (1258/1842), Ebe Nizamı (1258/1842), Eğitimin Modernleştirilmesi İçin Meclis-i Muvakkat (1261/1845) ve Meclis-i Ma'arif-i Umumiye'nin Kurulması (1261/1845), Evlenmede Aşırı Masraf Yapılmaması (1261/1845), Bütçe Tanzimi (1261/1845), İmar Meclislerinin İhdası (1261/1845), Vergi Reformu ve Temettüat Vergisinin İhdası (1261/1845), Maliye Kalemlerinin Düzenlenmesi (1262/1846), Meskukat-ı Mağşuşenin Ortadan Kaldırılması (1262/1846), Hazine-i Evrakın Kurulması (1262/1846), Murabaha Nizamı (1263/1847), Nafia Nezaretinin Görevlerinin Tespiti (1265/1849), Taşradan İstanbul'a Gelecekler İçin Nizam (1265/1849), Ebniye Nizamı (1265/1849), Kanun-ı Cedid (1267/1851)⁴⁹, Tahkik Meclislerinin Kurulması (1270/1854), Askeri Ceza Kanunu (1270/1854), Piyangoya Ruhsat Verilmesi (1270/1854)⁵⁰.

⁴⁵ Bu durumda bir alt komisyona her zaman başvurulmamaktadır. Çünkü kanun taslağını ilgili nezaret hazırladığı için layiha, konunun uzmanı kişiler tarafından incelenmiş olmaktadır.

⁴⁶ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 104.

⁴⁷ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 100, 101. Bu iç tüzüğe göre oylamada karşıt görüşte bulunup azınlık olarak kalan üyelerin mazbatayı imzalama zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. AKYILDIZ, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", C. 28, s. 250.

⁴⁸ Kanun ve nizamname ifadeleri terminolojik olarak farklı anlamları ihtiva etmektedir. Bu farklılıkların neler olduğu hususunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Genel kanaate göre nizamname, kanunun gerçekleştirilme şeklini göstermek amacına binaen çıkarılan devlet buyruğu olarak ifade edilmektedir. Ancak bu iki kavram sıklıkla birbirinin yerine kullanılmıştır. TAŞKESENLIOĞLU, s. 7-11. Onar, kanun ve nizamname arasında maddi anlamda net bir farkın bulunmadığını, çalışmalar sonucu ortaya konulan farkların ise tatmin edici nitelikte olmadığını ifade etmiştir. ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952, s. 265-268. Bu sebeple çalışmamızda da iki kavram genellikle birbiri ile müsavî olarak aynı anlamda kullanılmıştır.

⁴⁹ Üç fasıl ve 43 maddeden oluşan bu Ceza Kanunu da Meclis-i Vâlâ tarafından hazırlanmıştır. BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınevi, Ankara, 1996, s. 99.

⁵⁰ AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 194. Meclis-i Vâlâ döneminde çıkarılan çeşitli konulara ilişkin nizamnameler için bkz. AK ÇELİK, Hasret, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'nin Hukuki ve Siyasi Yetkileri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 80, 81.

Meclis-i Vâlâ tarafından çıkarılan en önemli kanunlardan bir tanesi olan 1840 tarihli Ceza Kanunu⁵¹'nin Mukaddime kısmının ön tarafında yer alan aşağıdaki ifadeler söz konusu kanunu ve bu dönem içerisinde çıkarılacak olan diğer kanunları çıkarma yetkisinin Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'de olduğunu açık bir biçimde göstermektedir.

“İşbu Ceza Kanunnamesi pek güzel ve etraflı bir şekilde kaleme alınmış olduğundan, taraf-ı şahanemce de kabul ve tasdik buyurulmuştur. Buna derc edilmiş hükümlerin muhafaza ve tatbiki tarafımızdan düştüğü gibi aramızdaki ahd-i misak gereğince, bu hususlarda bütün dikkat ve itina göstererek hareket etmek de herkesin boynuna borçtur. Bu kanunnamenin aslı bütün kanunların kuvvetli hamii olan Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'de muhafaza edilerek, matbu nüshaları da bütün mahkemelerde ve Devlet-i Âliye'nin meşveret meclislerinde ve gerekli sair yerlerde bulunacaktır. Kanun ve nizamlarla ilgili hususlarda ona müracaat gerekeceğinden, bu hususta da gereken yapılmaya başlanmalıdır. Hatta zeyl ve ilavesi yapılması gereken birtakım şeyler oldukça, bunların da gerekeni yapılmalıdır.”⁵²

B. MECLİS-İ ALİ-İ UMUMİ (MECLİS-İ UMUMİ)

1839 yılında Tanzimat'ın ilan edilmesi ile beraber görev ve yetkileri genişleyen, yoğunluğu artan Meclis-i Vâlâ'nın yanına bir üst meclis olarak Meclis-i Umumi kurulmuştur. Bu meclis 1839-1876 yılları arasında Tanzimat meclisleri içerisinde en üst danışma ve karar organı olarak faaliyetlerini sürdürmüştür.⁵³

Yoğunluğun artmasıyla beraber Meclis-i Vâlâ haftada altı gün toplanmaya başlamıştı. Meclis-i Umumi, Bâb-ı Âlî'de Meclis-i Vâlâ Dairesi'nde vükela ve diğer yüksek rütbeli memurların toplanmaları⁵⁴ ile oluşmuştur. Meclis-i Umumi, Meclis-i Vâlâ'nın Cuma ve Cumartesi günü almış olduğu kararları Pazar günü, Pazartesi ve Salı günü almış oldukları kararları ise Çarşamba günü görüşür ve bu görüşme sonucu uygun buldukları kararları padişah iradesine arz ederdi. Meclis-i Umumi'nin haftada iki gün olan toplanması yeterli gelmeyince bu sayı haftada dört güne çıkarılmıştı. Toplanma günleri yoğunluk sebebiyle değişikliğe uğrayan Meclis-i Umumi'nin önce Cumartesi günü haftada bir, daha sonra ise Pazar günü haftada bir toplanmasına karar verilmişti. Meclis-i Umumi'nin toplanmasına ilişkin olarak belirlenen günler hususunda kurala sıkı bir bağlılık olmadığı, meclisin gerekli hallerde toplantı yaptığı ve bu gününün değişikliğe uğradığı anlaşılmaktadır. Meclis-i Umumi toplantıları, zaman zaman padişahın

⁵¹ Ceza kanunu bu işle görevlendirilmiş özel bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. 44 kişiden oluşan komisyonun üyelerinin görevleri için bkz. AHMED LÜTFİ, s. 128, 129.

⁵² AHMED LÜTFİ, Osmanlı Adalet Düzeni, Marifet Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 114.

⁵³ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 67; CEYLAN, Ayhan, “Türk Hukuk Tarihinde Meşveret Düşüncesi ve Uygulaması (Kurultay-Divan-Meclis)”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s. 113.

⁵⁴ 1841 tarihinde Meclis-i Vâlâ'da yapılan düzenleme ile Meclis-i Umumi'ye katılan memurların sayısı azaltılmıştı. Bu duruma; üye sayısının fazla olmasından dolayı verimliliğin azalması ve bu memurların Bâb-ı Âlî'deki işlerini aksatmaları sebep olarak gösterilmişti. Bu düzenlemeyle beraber Meclis-i Umumi'ye katılacak üyeler Meclis-i Vâlâ üyelerine ek olarak Vükela, Harbiye Nazırı, Nezaret Müsteşarları, Dîvân-ı Deavi Nazırı, Darbhane-i Amire Nazırı, Ticaret ve Evkaf Nazırları, Amedi, Sadaret Mektupçusu, Gümrük Emini, Darbhane-i Amire Ferikî ve Meclis-i Maliye Başkanı olarak sınırlandırılmıştı. AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 186.

huzurunda yapılmakla beraber zaman zaman da padişah, meclisi ziyaret ederek toplantıya kendisi katılmaktaydı.⁵⁵

Meclis-i Umumi bir bakıma Meclis-i Vâlâ'nın genişletilmiş halinden ibaretti. Meclis-i Umumi, Bâb-ı Âlî ve Meclis-i Vâlâ'dan oluşan bir genel kurul niteliğinde çalışmalar yapmıştır. Meclis-i Umumi 1839-1854 tarihleri arasında müstakil bir kurum olarak düşünülmemiş ve bu meclis için ayrı bir nizamname hazırlanmamıştır.⁵⁶ Bu sebeple bu zaman dilimi içerisinde Meclis-i Vâlâ'ya ilişkin olarak yapılan düzenlemeler Meclis-i Umumi'yi de kapsamaktaydı. Gerek Meclis-i Vâlâ'nın iç tüzüğü gerek de Meclis-i Vâlâ'da kanun layihalarının görüşülmesinde uygulanacak olan oylama usulü Meclis-i Umumi için de geçerliydi.⁵⁷

1839-1854 tarihleri arasında Meclis-i Vâlâ tarafından hazırlanan nizamnamelerin ekseriyeti Meclis-i Umumi'de görüşülmüş ve ardından gerekli işlemler yapılmıştır. Meclis-i Vâlâ'da alınan kararlar ve özellikle hazırlanan nizamnameler, sadrazam başkanlığında⁵⁸ toplanan Meclis-i Umumi'de yeniden görüşülmekteydi. Meclis-i Umumi'den de geçen karar padişah onayından da geçtikten sonra yürürlüğe girmektedir. Bu durum Meclis-i Umumi'nin bir Senato gibi çalıştığını ve aynı zamanda Meclis-i Vâlâ'ya denetlediğini göstermektedir.⁵⁹

II. 1854-1861 YILLARI ARASINDA KANUN USULÜ

A. MECLİS-İ ALİ-İ TANZİMAT

Yasama faaliyetlerini yerine getirmenin yanı sıra farklı görevleri de bulunan Meclis-i Vâlâ bir süre sonra artan iş yoğunluğuna cevap verememeye başlamıştı. Yoğunluklar

⁵⁵ AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 185, 186; AKYILDIZ, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", C. 28, s. 250.

⁵⁶ Kuvvetle muhtemel bu sebepten dolayı bazı araştırmacılar tarafından Meclis-i Umumi'nin kuruluş tarihi 1855 olarak ifade edilmektedir. KARAL, C. 6, s. 122.

⁵⁷ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 67, 68; AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 186.

⁵⁸ Meclis-i Vâlâ'da oluşturulan kanun mazbataları padişaha değil, sadrazama sunulurdu. Meclis-i Vâlâ'da mazbataların ne şekilde hazırlandığına dair Kütükoğlu şu bilgilere yer vermiştir; "*Mazbatanın altına, sol başta meclis reisi olmak üzere üyeler mühürlerini basarlardı. Ancak, kuruluş yıllarına ait bir nizamnameye göre, bütün üyelerin mühür basmaları, kararın ittifakla alınmasına bağlıydı. Müzakereler sırasında iki üç farklı görüş ortaya çıkarsa çoğunluğun kararı Meclis-i Vâlâ'nın kararı olarak kabul edilir, fakat o takdirde üyelerin zati mühürlerini basması yerine, bütün üyelerin huzurunda olmak üzere reis tarafından mazbataya meclis-i Vâlâ'nın resmi mührü basılırdı. Reisin görüşünün meclisin diğer üyelerinin kararından farklı olması halinde ise reis, kendi şahsi mührünü basmaz, fakat, kendisi katılmamakla beraber bunun Meclis-i Vâlâ kararı olduğunu göstermek üzere Meclis-i Vâlâ'nın resmi mührünü basardı...1850'de alınan bir karara göre, müzakerelerde ekseriyet kararına iştirak etmeyenlerin mazbatayı imzalamak gibi bir mecburiyetleri yoktu. Ancak, hastalık, başka bir vazifede olmak, vs. sebeple toplantıya katılamayanlarla toplantıya katıldığı halde farklı görüş sahibi olduğu için mühür basmayanların ayırt edilebilmesi için mazbatanın altına, mühürlerin basılması gereken yere isimlerin yazılıp altlarına da mühür basılmamasının sebebinin izah edilmesi uygun görülmüştü. Bundan sonra da toplantıya iştirak etmemiş olanların "komisyonda", "namizac" veya sadece "bulunamadı" şeklinde mühür basmayışlarının sebebi izah edilirken karara katılmayan bir üye için "rey vermedi" kaydı konmaya başlandı."* KÜTÜKOĞLU, Mübahat S., Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik), Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 1994, s. 329, 330.

⁵⁹ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 70-74; SEYİTDANLIOĞLU, "Dîvân-ı Hümâyun'dan Meclis-i Meb'usan'a Osmanlı İmparatorluğu'nda Yasama", s. 261.

sebebiyle gecikmeler ve yığılmalar meydana gelmişti. Bu sorunlara cevap verebilmek için ihtiyaca binaen yeni bir meclisin kurulması gündeme gelmişti. Bu durumun yanı sıra iktidar çekişmesinin had safhada olduğu dönemde Mustafa Reşid Paşa ile Damad Mehmet Ali Paşa arasında meydana gelen tatbik mührü meselesi⁶⁰ gündeme gelmişti. Rüşvet olayı olarak da adlandırılan bu durumun da etkisiyle 14 Zilhicce 1270 (7 Eylül 1854) tarihinde yayımlanan hatt-ı hümayun ile Meclis-i Tanzimat'ı kurma çalışmaları başlamıştı.⁶¹

Meclis-i Tanzimat'ın kurulmasıyla beraber daha önce yasama organı olarak faaliyet gösteren, kanun layihalarını düzenleyen Meclis-i Vâlâ, yüksek yargı organı olarak faaliyetlerine devam edecek şekilde, Bâb-ı Âlî yürütme organı olacak şekilde, Meclis-i Tanzimat ise yasama organı olacak şekilde yeni görev dağılımı⁶² belirlenmiş oldu. Meclis-i Maarif dairesi bu meclisin yeni çalışma yeri olarak belirlendi. Meclis-i Tanzimat, Meclis-i Vâlâ'nın üzerinde, Meclis-i Vükela'nın ise altında bir statüye sahip olmuştur.⁶³

Meclisin amacının ne olduğu, kanun teklifini kimin hazırlayacağı, nasıl yayımlanacağı gibi hususlar meclisin 1855 tarihli "Meclis-i Âlî-i Tanzimat'ın Vezâif-i Mürettebesi Nizamnamesi"nde (MAT Nizamnamesi) düzenlenmiştir. Nizamnamenin 1. maddesi meclisin amacını şu şekilde ifade etmektedir; "...kaffe-i usul ve nizamâtı yeniden müzakere ve mütalaa ve mevcut olan kanun ve nizamâtın tetkikatını icra ederek iktiza edenlerinin ilgasiyla ibkası lazım gelenlerinin içinden noksanını ikmal ve islah ederek müceddeden tanzim ile peyderpey arz eylemeye memurdur."⁶⁴

Meclis-i Tanzimat'ta düzenlenecek olan kanun hakkında talimat verme yetkisi Heyet-i Vükela'ya aittir. Ancak Meclis-i Tanzimat, hukuki düzenlemeleri kendiliğinden; tadil, tashih, ilga veya tecdidine lüzum gördüğü durumlarda müzakere edebilir, düzenleyebilir veya Meclis-i Vükela'ya takdim edebilir.⁶⁵ Daha önce düzenlenmiş olan nizamnameleri ilgili dairelerden talep edip mütalaa edebilir, birbirine muhalif kanunlar bulunursa bunları düzeltmek için talepte bulunabilir.⁶⁶ Bu durum Meclis-i Tanzimat'ın yalnızca bir danışma organı olmadığını ve geniş yetkileri haiz olduğunun göstergesidir.

Meclis-i Vükela, Meclis-i Tanzimat'ın hazırlamış olduğu kanun tasarılarını reddetme veya değiştirme hakkına sahipti. Meclis-i Tanzimat ise kanunlara aykırı davranışta bulunan Meclis-i Vükela üyelerini yargılama hakkına sahipti. Karşılıklı olarak

⁶⁰ Tatbik mührü meselesi kısaca; M. Ali Paşa ile bir tüccar arasında meydan gelen rüşvete ilişkin ortaya çıkan problemdir. Bu problem sonucunda üst düzey devlet adamlarını yargılayacak bir mahkemenin bulunmaması sorunu gündeme gelmiş ve yeni kurulan meclise üst düzey devlet adamlarını yargılama görevi de verilmiştir. TAŞKESENLİOĞLU, s. 35.

⁶¹ Ahmed Cevdet Paşa, Tezakir 1-12, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, s. 36, 37; AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 250; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 47-49; TAŞKESENLİOĞLU, s. 43-48. Meclis-i Tanzimat, kuruluşunu 25 Eylül 1854 tarihinde yapılan son toplantıda tamamlamış olup 26 Eylül 1854 tarihinde de çalışmalarına başlamıştır. SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 49.

⁶² Bu ayrımla beraber Osmanlı Devleti'nde yasama ile yürütme ilk kez birbirinden ayrılmış ve yasama organına yürütme organını denetleme yetkisi verilmiştir. SHAW, Merkezi Yasama Meclisleri I, s. 207.

⁶³ TAŞKESENLİOĞLU, s. 47, 143.

⁶⁴ "MAT Nizamnamesi", 1. madde, T.V., No: 519, (14 Cemaziyelahir 1271).

⁶⁵ "MAT Nizamnamesi" 2. madde.

⁶⁶ "MAT Nizamnamesi" 3. madde.

ilişkileri bulunan bu iki meclis birbiri ile uyum içerisinde çalışmak durumunda bulunuyordu.⁶⁷

*“Her nezaret ve daire kendine müteallik olan mevadd-ı nizamiye için nizamata layihaları yapmaya mezun olup fakat onların yapacağı nizamatin Meclis-i Tanzimatta tetkikatı icra olunarak usulü üzere arz ve istizan olunmadıkça hükmü cari olamayacaktır.”*⁶⁸ Bu madde ile yasama organı olarak Meclis-i Tanzimat yetkili kılınmakla beraber ilgili bakanlığın kanun layihası oluşturma yetkisine haiz olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu layihaların kanun haline gelip resmîyet kazabilmeleri için öncelikle Meclis-i Tanzimat'ta görüşülüp ardından da diğer gerekli şekil şartlarının tamamlanması gerektiği ifade edilmiştir.

Bazı memurlar ve söz konusu nizamata konusunun uzmanı olan kişilerin de kanun layihası hazırlaması, Meclis-i Tanzimat'ta görüşülüp ardından da diğer işlemlerin tamamlanması şartı ile kabul edildiği⁶⁹ gibi her türlü kanun değişikliği, yenileme, kanun layihası düzenleme yetkisine sahip olan Meclis-i Tanzimat'ın işlemlerinin geçerliliği de padişaha arz edilmesine ve padişahın izin alınması şartına bağlanmıştır.⁷⁰

Nizamnamedeki maddeler incelendiğinde Meclis-i Tanzimat'ın geniş yetkilere sahip temel yasama organı olduğu anlaşılmaktadır. Uzman kişilere, nizamnamenin ilgili olduğu bakanlığa ve memurlara kanun tasarısı hazırlama hakkının verilmesi, halkın yasama sürecine katılmasında⁷¹ dolaylı da olsa bir aşama olarak ifade edilebilir.⁷² Ancak bu yetki çok geniş değildir. Zira Meclis-i Tanzimat'ın görüşüp tetkik etmesine bağlıdır. Meclis-i Tanzimat'ın yetkisinin ise çok geniş olmakla beraber yasama anlamında tek yetkili olmadığı ve sınırsız yetkiyi haiz olmadığı da anlaşılmaktadır. Zira bir kanunun yürürlüğe girmesi için şart olan usul gereği padişahın onayı olmadığı sürece Meclis-i Tanzimat'ın doğrudan kanun yürürlüğe sokma hakkı bulunmamaktadır.

⁶⁷ SHAW, Stanford J., “19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri II” (Merkezi Yasama Meclisleri II), Çev. Püren Özgören, Tarih ve Toplum, C. 13 S. 77, Mayıs 1990, s. 296; AKYILDIZ, Ali, Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 67; DİKEN, Kadir, “Osmanlı Devleti’nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Meclis-i Âli Tanzimat (1854-1861)”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s. 30, 31; ERASLAN, Zeki, “Şûrâ-yı Devletten Danıştay’a Yapısal ve Fonksiyonel Dönüşüm”, Hacettepe Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 31.

⁶⁸ MAT Nizamnamesi 4. madde.

⁶⁹ MAT Nizamnamesi 6. madde.

⁷⁰ MAT Nizamnamesi 8, 9. madde.

⁷¹ Halkın yasama sürecine dilekçe hakkını kullanmak suretiyle katılabileceği ve bu yol ile kanun teklifinde bulunabileceği ifade edilmektedir. AYKANAT, Mehmet, Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 261.

⁷² Uzman kişiler veya donanımlı kişiler ifadesi net bir ifade değildir. Bu ifade pratikte olmasa dahi sivil halktan uzman kişilerin kanun layihalarında görüş bildirme hakkına sahip olduğunu göstermektedir. Lafzen de olsa halktan kişilere kanun teklifinde bulunma, layiha düzenleme yetkisinin verilmesi, Cumhuriyet döneminde dahi mevcut olmayan bir yetkidir. Bu yetki aynı zamanda demokrasi yolunda bir adım olarak da ifade edilmektedir. TAŞKESENLİOĞLU, s. 59. Demokrasi yolunda önemli bir adım olarak ifade edilen bu durum aynı zamanda şeriatın, İslam hukukundan uzaklaşmaya neden olan bir durum olarak da değerlendirilebilir.

Meclis-i Tanzimat'ın, Meclis-i Vâlâ'ya nazaran daha geniş bir yasama gücüne sahip olduğu ifade edilebilir. Çünkü Meclis-i Vâlâ, ancak padişaktan veya Meclis-i Vükeladan talep geldiği takdirde kanun layihası hazırlayabiliyor iken Meclis-i Tanzimat, kendiliğinden kanun layihası hazırlama yetkisini haiz bir yapıya sahipti.⁷³

“Meclis-i Âlî-i Tanzimat'ın Usul-ı Dahiliyesi Nizamnamesi” (MAT Usul-ı Dahiliyesi Nizamnamesi) ismiyle 1271/1854 tarihinde yayımlanan bir nizamnameyle beraber meclisin iç tüzüğü düzenlenmiştir. Bu düzenlemede özellikle, hangi çoğunlukla karar alınacağı, maddelerin müzakerelerinin ne şekilde yapılacağı ifade edilmiştir. Öncelikle tüm layihanın genel olarak oylanacağı, kabul görmesi halinde ise tek tek maddelerin oylamasına geçileceği ve her bir maddenin ayrı ayrı oylanacağı belirtilmiştir. Müzakere edilen maddelerin kabul edilebilmesi için oybirliği veya üye tam sayısının üçte ikisinin kabulünün şart olduğu belirtilmiştir. Üçte iki çoğunluğun ise yedi üyeden en az beşinin onayı ile gerçekleşeceği belirtilmiştir.⁷⁴ Yeni bir kanun yapıldığında, bir kanunda değişiklik yapıldığında veya ıslah edildiğinde Takvim-i Vekayî'de yayımlanacağı da belirtilmiştir.⁷⁵ Bu hüküm ile beraber kanunların resmi gazetede yayımlanma geleneği de hukuki bir dayanak altına alınmıştır.⁷⁶

Meclis-i Tanzimat'ın işleyişine ilişkin çıkarılan bu iki nizamnameden sonra 1271/1855 tarihinde genel olarak kanunların çıkarılmasına dair bir nizamname de yayımlanmıştır. “Bundan Böyle Umumi Yapılacak Nizamat'ın Usul-ı Tertibine Dair Nizamname” ismiyle çıkarılan nizamnameye göre; bir memur veya bir daire tarafından kanun layihaları teklifi geldiğinde öncelikle Meclis-i Tanzimat'ta mütalaa ve ardından Meclis-i Vükelâ'da tetkik edilecek ardından da padişaha arz edilecektir.⁷⁷ Yeni oluşturulan veya ıslah olunan kanun geçmiş zamanda etki doğurmayıp yeni gelen padişahın ilan ettiği tarihten itibaren sonuç doğuracaktır.⁷⁸ Bu hüküm kanunilik ilkesinin ve kanunun geriye yürüme yasağının bir tezahürü olarak anlaşılabilir.

26 Temmuz 1856 tarihinde Tanzimat dolayısıyla kurulmuş olan tüm meclisleri kapsayacak şekilde bir nizamname düzenlenmiştir. “Mecalisin Tevsi'i ve Umumuna Dair Şamil Olmak Üzere Nizamname” ismiyle çıkarılan düzenlemeyle beraber ilk defa açık oylamanın yanında gizli oylamaya da yer verilmiştir.⁷⁹

⁷³ TAŞKESENLİOĞLU, s. 54, 55.

⁷⁴ “MAT Usul-ı Dahiliyesi Nizamnamesi”, 1-4, 6. madde, T.V., No: 519, (14 Cemaziyelahir 1271).

⁷⁵ “MAT Usul-ı Dahiliyesi Nizamnamesi”, 21. madde.

⁷⁶ TAŞKESENLİOĞLU, s. 53. Tanzimat döneminde çıkarılan kanunnameler ilk defa 1851 tarihinde o zamana kadar çıkarılan mevzuatı kapsayacak şekilde isimsiz bir kitap olarak birtakım eksikliklerle beraber Takvimhane-i Amire'de basılmıştır. Daha sonra ise 1853 tarihinde düzenli ve matbu olarak 1863 tarihinde Düstur ismiyle Matbaa-i Amire'de basılmıştır. Ahmed Lûtfî Efendi, Vak'a-nüvis Ahmed Lûtfî Efendi Tarihi, Haz. Münir Aktepe, Türk Tarih Kurumu Basımevi, C. 10, Ankara, 1988, s. 97; AKMAN, Mehmet, “Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı I - I. Tertip Düstûr'un Tarihî Fihrist ve Dizini”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S. 3, 2007, 67; TAŞKESENLİOĞLU, s. 57, 58.

⁷⁷ “Bundan Böyle Umumi Yapılacak Nizamat'ın Usul-ı Tertibine Dair Nizamname”, 4. madde, T.V., No: 519, (14 Cemaziyelahir 1271).

⁷⁸ “Bundan Böyle Umumi Yapılacak Nizamatin Usul-ı Tertibine Dair Nizamname”, 5. madde.

⁷⁹ “Mecalisin Tevsi'i ve Umumuna Dair Şamil Olmak Üzere Nizamname” 5. madde, Akt. TAŞKESENLİOĞLU, s. 83.

Kanun ve nizamname taslaklarının Meclis-i Tanzimat'ın yasama organı olarak faaliyet gösterdiği zamanlarda kanun taslaklarının hazırlanması ve kanun olarak yürürlüğe girme aşamaları incelendiğinde kural olarak sıkı bir şer'ilik denetimine tabi olmadığı ifade edilmektedir. Kanun ve nizamnameler kapsam itibarıyla şer'i hususlara ilişkin olduğu takdirde Bâb-ı Meşihat'a gönderilirdi.⁸⁰ Örfi hukuk⁸¹ kapsamında ele alınan kanunlarda ise şeriat denetiminin şart olmadığı görüşüne sahip hukukçular ve yöneticiler bulunmaktadır. Şeyhülislama zaman zaman istişari olarak başvurulmakla beraber tam olarak denetim yetkisi tanınmamıştı. Meclis-i Tanzimat'ta Müftü de yer almaktadır. Müftü'nün görevi şer'i hükümlere aykırı kanun çıkarılmaması olarak düşünülse dahi görevinin istişari nitelikte olduğu ve kararları etkileyen bir gücünün olmadığı ifade edilmektedir.⁸² Ancak bu görüşün aksine gerek müftünün gerek de şeyhülislamın kanunların hazırlık aşamasında etkin rol oynadığına dair ciddi örnekler mevcuttur. Bu hususta Meclis-i Vâlâ başlığı altında yer alan değerlendirmeler Meclis-i Tanzimat için de geçerlidir.

Meclis-i Tanzimat döneminde kanunların çıkarılış süreci genel olarak ifade edilecek olursa; ihtiyaç duyulan kanunun teklifi padişah tarafından, Meclis-i Vükela tarafından, ilgili nezaret veya daireden gelebilir. Kanun teklifi padişah'tan veya Meclis-i Vükela'dan geldiğinde öncelikle Meclis-i Tanzimat⁸³ tarafından görüşülür, daha sonra Meclis-i Umumi'de⁸⁴ görüşülür, ardından Meclis-i Vükela'da söz konusu kanuna ilişkin inceleme ve değerlendirme yapılır ve sonra padişaha arz edilirdi. Padişahın onayı ile de kanun resmîyet kazanırdı. Kanun teklifi doğrudan Meclis-i Tanzimat'tan geldiğinde teklif, Meclis-i Umumi'de görüşülür, ardından Meclis-i Vükela'da⁸⁵ görüşülür ve sonra padişaha arz edilirdi. Padişahın onayı ile kanun resmîyet kazanırdı. Kanun teklifi ilgili daire veya

⁸⁰ "Arazi-i Miriyye İntikalinin Tevsii"ne ilişkin olarak Meclis-i Tanzimat'ta düzenlenen taslak hakkında şeyhülislamın da görüşünün alınması için mazbata, Bâb-ı Meşihata havale edilmiştir. TAŞKESENİOĞLU, s. 56.

⁸¹ Bu dönemde örfi hukuk kapsamında olduğu ifade edilen kanunnamelerde İslam hukukuna aykırılık teşkil eden düzenlemelerin bulunduğu ifade edilebilir. Bu aykırılığın, İslam hukukunun yasama organına verdiği kanun yapma yetkisinin sınırı aşan şekilde kullanılması dolayısıyla ortaya çıktığı ifade edilebilir. Çünkü örfi hukuktan kasıt İslam hukukunun bıraktığı boşluğu şeriate aykırı olmayacak şekilde düzenleme yetkisinden ibarettir.

"Yasa, genellikle kamuca kabul edilen âdete, ya da kıyas için temel olabilecek ilkelere uymalı, İslam ümmetinin iyiliği için gerekli olmalı, şeriate karşıt hiçbir şey içermemeli ve hükümdar yasayı etkin biçimde uygulayabilmelidir." İNALCIK, Halil, Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600), Çev. Ruşen Sezer, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 76. Örfi hukuk tanımlanırken yapılan bu açıklama, örfi hukuk kapsamında yapılan kanunnamelerin şeriate aykırılık taşımaması gerektiğini açık bir biçimde göstermektedir.

⁸² TAŞKESENİOĞLU, s. 56-58, 116, 117.

⁸³ Meclis-i Tanzimat tarafından görüşülecek olan bir kanun layihası, ilgili konu hakkında uzman kişilerden oluşturulacak olan bir komisyon tarafından da görüşülebiliyordu. Uzman kişilerden oluşan komisyonda görüşülen layihanın daha sonra yeniden Meclis-i Tanzimat tarafından da görüşülmesi gerekliydi. TAŞKESENİOĞLU, s. 60, 63.

⁸⁴ Kural olarak Meclis-i Umumi'de görüşülmesi gereken tüm layihaların Meclis-i Umumi'ye havale edilmediği, ülke genelini ilgilendiren bir kanun layihası söz konusu olduğunda Meclis-i Umumi'nin devreye girdiği ifade edilmektedir. TAŞKESENİOĞLU, s. 143.

⁸⁵ Doğrudan Meclis-i Tanzimat tarafından gelen kanun teklifi Meclis-i Vükela'ya sunulmadan önce ilgili nezarete gönderilir ve nezaret tarafından değerlendirilirdi. TAŞKESENİOĞLU, s. 62, 63. Ancak bu yetki istişari nitelikte olarak değerlendirilebilir.

nezaret tarafından geldiğinde önce Meclis-i Vükela tarafından, daha sonra Meclis-i Tanzimat tarafından, ardından ise Meclis-i Umumi tarafından görüşülürdü. Bu aşamadan sonra yeniden Meclis-i Vükela tarafından görüşülüp padişaha arz edilirdi. Padişahın onayı ile kanun resmîyet kazanırdı. Bu süreç içerisinde oylama kabul sayısı sağlanması durumunda yeni aşamaya geçilirdi. Bu sayı sağlanmadığı takdirde layiha reddolunmuş olarak değerlendirilirdi.⁸⁶

Meclis-i Tanzimat'ın düzenlediği kanun ve nizamnamelerden bazıları şunlardır; Arazi Kanunnamesi⁸⁷, Tapu Nizamnamesi⁸⁸, İhtisâb Nezâreti'nin Lağvıyla Kurulan Şehremâneti Nizamnâmesi, Matbaa Nizamnamesi⁸⁹, Cezâ Kanunnâme-i Hümâyunu⁹⁰, Bil-umûm Mahâkim-i Şer'îye Hakkında Müceddeden Kaleme Alınan Nizamnâme⁹¹, Ticaret Kanunnâme-i Hümâyunu'na Zeyl, Mekteb-i Mülkiye Nizamnâmesi, Nüvvâb Hakkında Nizamnâme, Men'î İrtikâba Dair Cezanâme Lâyıhası...⁹²

⁸⁶ TAŞKESENLIOĞLU, s. 63, 64.

⁸⁷ 4 kişilik komisyon, hazırlık çalışmalarını tamamladığı Arazi Kanunnamesi'ni daha sonra 1274 tarihinde Meclis-i Tanzimat'a havale etmiştir. Meclis-i Tanzimat'ta tetkik edildikten sonra Sadaret'e havale edilmiştir. Sadaret tarafından padişaha arz edilmiş ve onaya sunulmuştur. Padişahın onayı ile beraber yürürlüğe girmiştir. Bu kanunname, şer'î hukuka uygunluğunun denetimi için şeyhülislamlığa gönderilmiş ve orada da tetkik edilmiştir. BARKAN, Ömer Lütfi, "Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi", Tanzimat I (Komisyon), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 369-372.

⁸⁸ DÜSTUR, 1. TERTİP, C. 1, s. 200, (1275/1858).

⁸⁹ DÜSTUR, 1. TERTİP, C. 2, s. 227, (1273/1857).

⁹⁰ Ahmet Cevdet Paşa, 1857 tarihinde Meclis-i Tanzimat üyesi olduktan sonra kavanin ve nizam layihaları düzenleme görevinde bulunduğunu ifade etmektedir. Ceza Kanunnamesi'nin müsveddesinin mecliste bulunduğunu, kanunu fasıl fasıl tashih ettiğini, havass-ı vükela huzurunda okuduğunu ve kabul edilen maddeleri temize çektiğini ifade etmiştir. Ahmed Cevdet Paşa, Tezakir 40 -, Yay. Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, s. 73. 1858 Ceza Kanunu, Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında oluşturulan sekiz kişilik bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Komisyon üyelerinin tamamı Meclis-i Tanzimat üyeleri arasından seçilmiştir. ÖRSTEN ESİRGİN, Seda, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", Adalet Dergisi, 2019/1-2, 62-63, s. 438. Meclis-i Tanzimat tarafından kaleme alınan mazbata da taslak olarak hazırlanan kanun metninin incelenmek üzere çeşitli makamlara gönderildiği, bu makamlardan bir tanesinin de şeyhülislamlık makamı olduğu, bu makam tarafından yapılan bazı eklemelerin mütalaa olarak Meclis-i Tanzimat'a gönderildiği ve bu mütalaa göre bir takım düzenlemelerin de yapıldığı ifade edilmektedir. ŞENTOP, Mustafa, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar-Tadiller-Layihalar-Uygulama, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2004, s. 37.

⁹¹ DÜSTUR, 1. TERTİP, C. 1, s. 301, (1276/1859).

⁹² TAŞKESENLIOĞLU, s. 233-237. Meclis-i Tanzimat'ın düzenlediği kanunlar bunlarla sınırlı değildir. Meclis-i Tanzimat'ın düzenlediği kanunların tamamı ve bu kanunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. TAŞKESENLIOĞLU, s. 149-237; DİKEN, s. 69-86. Bu kanun ve nizamnameler dışında Meclis-i Tanzimat tarafından hazırlık çalışmaları yapılmasına rağmen yürürlüğe giremeyen çalışmalarda mevcuttur. Metn-i Metin (1272) isimli Medeni Kanun çalışması bu hususa örnek olarak verilebilir. Bu çalışma için komisyon oluşturulmuş ve fazlaca mesai harcanmış olmasına rağmen tamamlanamadan komisyon dağıtılmıştır. MARDİN, Ebul'ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, s. 46-48. Metn-i Metin karar suretinin latinize hali için bkz. KAŞIKÇI, Osman, İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 185.

B. MECLİS-İ UMUMİ

Meclis-i Tanzimat'ın kuruluşuyla beraber Meclis-i Umumi'de de önemli değişiklikler meydana gelmiştir. 1854 tarihinde yayımlanan nizamnameyle beraber Meclis-i Umumi'nin görev ve çalışma şekli kendine has olarak düzenlenmiştir. Nizamnamenin 1. maddesine göre; Meclis-i Umumi'nin görevi Meclis-i Tanzimat'ın hazırladığı kanun layihalarını incelemektir. Nizamnamenin 2. maddesi Meclis-i Umumi'nin üyelerinin kimler olduğunu açıklamaktadır. Söz konusu Nizamnamenin 3. maddesinde Meclis-i Umumi'nin toplanma zamanı şu şekilde açıklanmaktadır; “*İş bu meclis yalnız tanzimat nizamname layihalarının müzakereleri için icap ettikçe akd olunacaktır.*”⁹³ Bu maddeden anlaşıldığı üzere kanun layihaları müzakereleri Meclis-i Umumi'de gerçekleştirilmektedir.

Meclis-i Umumi'nin karar alma şekli şu şekildedir; Meclis-i Vâlâ tarafından hazırlanan nizamname tasarılarının matbu hali, Meclis-i Umumi'nin toplanmasından en az üç gün önce Meclis-i Umumi üyelerine sunulacaktır. Nizamname layihalarında önce tüm maddeler için daha sonra ise tek tek her bir madde için oylama yapılacaktır. Kararın veya nizamname taslaklarının kabulü için meclis üye sayısının üçte ikisinin kabul oyu gerekmektedir. Nizamname layihaları Meclis-i Umumi'nin incelemesinden sonra Meclis-i Vükela'nın onayına sunulup tetkik edildikten sonra tasdik edilecektir.⁹⁴

III. 1861-1868 YILLARI ARASINDA KANUN USULÜ

Meclis-i Umumi, 1861 tarihinden sonra da varlığını devam ettirmiştir.⁹⁵

1858 tarihinde Mustafa Reşid Paşa'nın ölmesi, 1861 tarihinde Sultan Abdülaziz'in tahta çıkması doğal olarak Tanzimat dönemi meclislerini de etkilemişti. Meclis-i Tanzimat'ın, değişim sürecinde ihtiyaçlara beklenen ölçüde cevap verememesi, Meclis-i Vâlâ ile aralarında çıkan yetki problemi⁹⁶ gibi iç sebepler ve dış devletlerin baskısında oluşan dış sebepler sonucu 1861 tarihinde Meclis-i Tanzimat ile Meclis-i Vâlâ'nın tek bir mecliste birleştirilmesine karar verilmiştir.⁹⁷

Sultan Abdülaziz 6 Muharrem 1278 (14 Temmuz 1861) tarihinde bir hatt-ı hümayun yayımlamış ve Meclis-i Tanzimat'ı ilga etmiş, Meclis-i Tanzimat ile Meclis-i Vâlâ'yı, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (Meclis-i Vâlâ) isminde bir meclis ile tek çatı altında toplamıştır. Bu hatt-ı hümayuna göre yeni meclis üç kısımdan ibaret olacaktı. Birinci kısım; “umûr-i idare-i mülkiye”, diğeri “tezekkür ve tanzîm-i kavânîn ve nizâmât”, bir diğeri ise “derdest-i îlân olan cinâyet dîvânları nizâmı iktizasınca oraya havalesi lazım gelecek muhâkemâta mahsûs” işlerle ilgilenenecekti. Kısaca meclis; Kavanin ve Nizamât, Mülkiye ve Muhakemat olarak üç daireden oluşmaktaydı. Bu daireler içerisinde yasama

⁹³ T.V., No: 519, (14 Cemaziyelahir 1271).

⁹⁴ T.V., No: 519, (14 Cemaziyelahir 1271).

⁹⁵ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 71.

⁹⁶ Shaw makalesinde; bu iki meclis arasındaki yetki ayrımının teoride olduğunu, pratikte ise böyle bir ayrıma riayet edilmediğini ifade etmiştir. SHAW, Merkezi Yasama Meclisleri II, s. 296, 297.

⁹⁷ Ahmed Cevdet Paşa, Tezakir 40 -, s. 82; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 53; TAŞKESENLIOĞLU, s. 240-244.

yetkisini kullanacak olan ve bu sebeple çalışmamızı doğrudan ilgilendiren daire “Kavânin ve Nizâmât Dairesi”dir.⁹⁸

Kurulmasından kısa bir süre sonra Meclis-i Vâlâ Nizamnamesi hazırlanmıştır. Bu Nizamnamenin 14-24 maddeleri arası Kavanin ve Nizamât Dairesinin çalışma şeklini⁹⁹ düzenlemiştir. Kavanin ve Nizamât Dairesi, beş üyeden oluşup kanun ve nizamname düzenleme ve gelen kanun taslaklarını inceleme, denetleme görevlerine sahipti. Kanunların hazırlanması ve yürürlüğe girmesi için gerekli olan süreç Meclis-i Tanzimat dönemindeki şekilde devam etmiştir. Kavanin ve Nizamât Dairesi, bu süreç içerisinde yeni kanunlar hazırladığı gibi Meclis-i Tanzimat döneminde yapılan kanunnameler üzerinde de değişiklikler gerçekleştirmiştir.¹⁰⁰

IV. 1868-1876 YILLARI ARASINDA KANUN USULÜ

Meclis-i Umumi 1868 ile 1876 tarihleri arasında da yeni bir nizamname ile varlığını sürdürmüştür. Meclis-i Umumi'nin Meclis-i Mebusan'ın aktif olduğu 1877 yılı haricinde 2. Meşrutiyet'e kadar zaman zaman yetkisinde azalma olmakla beraber varlığını sürdürdüğü düşünülmektedir.¹⁰¹

1868 tarihinde bir fermanla; idari yargı görevi, devlete danışmanlık yapmak ve kanun layihaları hazırlamak amacıyla Şûrâ-yı Devlet¹⁰², Adli yargıda yüksek yargı organı olarak görev yapması amacıyla da Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye¹⁰³ kurulmuştur. Bu iki meclisin kurulmasıyla beraber, yetkisini bu iki meclise devretmiş olan Meclis-i Vâlâ'nın görevi sona ermiştir.¹⁰⁴ Bu çalışmada yasama organlarına ilişkin incelemelerde bulunulduğundan dolayı Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye'ye yer verilmemiş, yalnızca Şûrâ-yı Devlet irdelenmiştir.

Meclis-i Umumi, 1868 yılında Meclis-i Vâlâ'nın, Şûrâ-yı Devlet ve Meclis-i Ahkâm-ı Adliye olarak iki kısma ayrılmasından sonra da 1876 yılına kadar varlığını devam ettirmiştir.¹⁰⁵

⁹⁸ TAŞKESENİOĞLU, s. 245, 246. Ahmet Cevdet Paşa bu durumu şu sözlerle ifade etmiştir; “...Meclis-i Tanzimatın üç vazifesi var idi. Biri, kanun ve nizam layihaları tanzim etmek ve biri de vükelayı muhakeme eylemek ve üçüncüsü kavanin-i nizamatin icraatında yolsuz bir şey görürse, bir müzekkere ile makam-ı sadarete ihtar idi. Birinci vazifesi Kanun dairesinde kaldı. İkinci vazifesi Meclis-i Vâlâ'nın heyet-i umumiyesine verildi. Üçüncüsü ilga olundu ve ondan sonra bir meclise öyle bir salahiyyet verilmedi.” Ahmed Cevdet Paşa, Ma'ruzat, haz. Yusuf Halaçoğlu, Çağrı Yayınevi, İstanbul, 1980, s. 34.

⁹⁹ Bu nizamnamede yer alan Kavanin ve Nizamât Dairesi'nin çalışma şekline ilişkin maddeler Meclis-i Tanzimat'ın nizamnamesinde yer alan maddeler ile çok büyük oranda benzerlik göstermektedir. TAŞKESENİOĞLU, s. 247. Bu sebeple nizamnamenin maddeleri hakkında ayrıca bilgi verilmeyecektir.

¹⁰⁰ AKYILDIZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, s. 216-218; TAŞKESENİOĞLU, s. 248-251.

¹⁰¹ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 71.

¹⁰² Fonksiyonları itibarıyla ilkel bir parlamentoyu andıran Şûrâ-yı Devlet, milli temsilin çekingen bir denemesi olarak adlandırılmıştır. ENGELHARDT, Ed, Tanzimat, Çev. Ayda Düz, Milliyet Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 180.

¹⁰³ Şûrâ-yı Devlet'in başkanlığına Mithat Paşa, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'nin başkanlığına ise Ahmet Cevdet Paşa getirilmiştir. AKYILDIZ, Ali, “Şûrâ-yı Devlet”, DİA, C. 39, s. 236.

¹⁰⁴ SHAW, Merkezi Yasama Meclisleri II, s. 300; MUTAF, s. 600.

¹⁰⁵ SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 67.

Şûrâ-yı Devlet'in kurulması hakkında teklif raporu, 7 Eylül 1867 tarihinde Meclis-i Vâlâ'nın özel bir komitesi tarafından hazırlanmıştır.¹⁰⁶ Şûrâ-yı Devlet, Sultan Abdülaziz döneminde Fuat Paşa, Âlî Paşa, Mithat Paşa ve Ahmet Cevdet Paşa'nın çabası sonucu¹⁰⁷ yargı ile yasama ve yürütmenin ayrılması amacına binaen kurulmuştur. Kuruluşu 11 Zilkade 1284 (5 Mart 1868)¹⁰⁸ tarihli bir padişah iradesine dayanmaktadır. Şûrâ-yı Devlet yasama yetkisi dolayısıyla kanun taslaklarını hazırlamakla görevlidir. Müslüman ve gayrimüslim üyeler tarafından oluşturulan kanun taslakları, 1876 tarihine kadar Meclis-i Vükela tarafından, 1876 tarihinden sonra ise Meclis-i Mebusan tarafından görüşülmeye başlanmıştır. Bu meclislerde görüşüldükten sonra ise padişah onayı ile yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁹

Şûrâ-yı Devlet, nizamnamesinin 2. maddesi gereği; "*Şûrâ-yı Devlet evvela kaffe-i kavanin ve nizamatin tetkik ve layihaların tanzimine saniyen, kanuna ve nizama memur ...*"¹¹⁰ kanun ve nizamnameleri doğrudan kendisi hazırlayabilmiştir. Ancak, ilgili bakanlık tarafından düzenlenip Sadaret makamından Şûrâ-yı Devlet'e havale edilen layihaları inceleyip, değerlendirip bu hususta görüş bildirme görevi daha ağır basmaktadır. Bu sebeple Şûrâ-yı Devlet'in kanun layihaları hakkında bir danışma meclisi görevinin bulunduğu da ifade edilebilir.¹¹¹

Şûrâ-yı Devlet'in yasama faaliyeti modern anlamda yasamadan biraz daha farklı şekilde tezahür etmiştir. Şûrâ-yı Devlet kanun veya nizamname taslağı hazırlama görevini haiz olmakla beraber, hazırlanan kanun ve nizamnameleri kabul veya red makamı değildir. Kendi oluşturduğu layihalar dışında temel fonksiyonu, kendisine havale edilen kanun veya nizamnamenin diğer kanunlara uygun olup olmadığı hususunda uzman kişilerden oluşan üyeleri vasıtasıyla inceleme yapmak ve bu inceleme sonucunda görüş bildirmektir. Şûrâ-yı Devlet'in hazırladığı veya denetlediği kanun tasarıları genellikle aynen yürürlüğe girdiği için doğrudan bir yasama organı¹¹² olarak düşünülebilmektedir. Ancak bu layihanın yürürlüğe girmesi için önce Meclis-i Mebusan'da daha sonra ise Meclis-i Ayan'da kabul edilip en son aşama olarak padişahın onayı gerekmektedir.¹¹³

¹⁰⁶ SHAW, Merkezi Yasama Meclisleri II, s. 299.

¹⁰⁷ SHAW, Merkezi Yasama Meclisleri II, s. 299, 300; SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 55.

¹⁰⁸ Şûrâ-yı Devlet'in açılış tarihi ise 10 Mayıs 1868 (17 Muharrem 1885)'dir. SEYİTDANLIOĞLU, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ, s. 59.

¹⁰⁹ MUTAF, s. 602.

¹¹⁰ DÜSTUR, 1. TERTİP, C. 1, 2. madde, s. 703.

¹¹¹ MUTAF, s. 602; GEDİKLİ, Fethi, Şûrâ-yı Devlet (Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla), Öncü Basımevi, Ankara, 2008, s. 85.

¹¹² Gerek Meclis-i Vâlâ gerek Meclis-i Tanzimat gerekse Şûrâ-yı Devlet, temel yasama faaliyetlerinde aktif rol oynayan meclislerdir. Bu sebeple söz konusu meclisler bu çalışmada zaman zaman yasama organı olarak nitelendirilmişlerdir. Kanun ve nizamnamelerin yürürlüğe girmesi için şekli birtakım şartların daha bulunması bu meclislerin yasama organı olarak ifade edilmesine engel teşkil etmemektedir. En azından, "yasama organlarından bir tanesi" ifadesini taşıyacak nitelikleri haiz olduğunu ifade edebiliriz.

Ancak bu görüşün aksine bu meclislerin yasama organı olarak ifade edilemeyeceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. ERASLAN, s. 122-127.

¹¹³ MUTAF, s. 601, 602; GEDİKLİ, s. 89.

Şûrâ-yı Devlet kuruluşunda beş daireden¹¹⁴ oluşmuş olup zaman içerisinde bu dairelerin sayılarında ve isimlerinde birtakım değişiklikler meydana gelmiştir. Şûrâ-yı Devlet'in kuruluşunda her bakanlık, hazırlamış olduğu kanun layihasını ilgili daireye gönderirdi. İlgili dairede görüşülen bu layiha daha sonra Heyet-i Umumi'de¹¹⁵ müzakere edilir ve ardından Sadaret'e gönderilirdi. Bu daireler içerisinde yer alan Adliye Dairesi'nin temel görevi Adliye Nezareti'ne bağlı olan mahkemelerde yani Nizamiye mahkemelerinde uygulanacak olan kanun ve benzeri hukuk kurallarını hazırlamaktı. 1869 tarihine kadar Adliye Dairesi'nin kanun hazırlama görevi dışında farklı görevleri de bulunmakla beraber 1869'da Şûrâ-yı Devlet'in yargılama faaliyetlerine ilişkin olan görevlerini tek bir dairede toplamak amacıyla Muhakemat Dairesi'nin kurulmasıyla beraber Adliye Dairesi'nin diğer görevleri sona erdirilmiş ve yalnızca yasama faaliyetine ilişkin görevi devam etmiştir.¹¹⁶ Bu tarihten itibaren Adliye Dairesi'nin görevi Şûrâ-yı Devlet'in Nizamname-i Dahiliyesi'nin 16. maddesi ile sınırlandırılmıştır; *"Mehakim-i Nizamiyeye ve mehakim-i Nizamiyede rüyet olunacak davaya müteallik kavanin ve nizamatin tesis ve tadil ve tanzimini mütalaa ile layihalarını kaleme almaya memurdur."*¹¹⁷ 1872 tarihinde ise Adliye Dairesi kaldırılmış ve kanun hazırlama yetkisi, yeni kurulan Tanzimat Dairesi'ne verilmiştir.¹¹⁸

Şûrâ-yı Devlet üyeleri kendisinden önceki meclislere nazaran daha geniş bir kitleyi kapsayıcı yapıya sahiptir¹¹⁹. Meclisin üyeleri hükümet tarafından, gelen listeler arasındaki kişiler içerisinde seçilmekteydi. Şûrâ-yı Devlet üyelerinin üçte biri gayri müslimlerden oluşmaktaydı. İlk kurulduğu zaman 41 üyesi bulunan Şûrâ-yı Devlet'in 28 üyesi Müslüman iken 13 üyesi ise gayri müslimlerden oluşmaktaydı. Toplam üye sayısı zamana bağlı olarak 30 ila 70 arasında değişiklik göstermiştir.¹²⁰

1286/1869 tarihli "Şûrâ-yı Devlet Nizamname-i Dahiliyesi", Şûrâ-yı Devlet'in organlarına ve karar usulüne ilişkin maddelerden oluşmaktadır. Çalışma konumuz dahilinde olan Şûrâ-yı Devlet'in kanun layihalarını oylama usulüne ilişkin maddeler aşağıda zikredilmektedir.

*"Dairelerde mesalihin kararları ekseriyet-i ara ile verilip reis ve azanın mütesaviya birer reyleri vardır..."*¹²¹ *"Şûrâ-yı Devlet-in nizamname-i asliyesi mucibince her dairede bir maslahatin müzakeresi ve kararı azanın nisfından ziyadesinin vucud ve huzurine"*

¹¹⁴ Bu daireler şunlardı; "Umur-ı Mülkiye ve Harbiye Dairesi", "Maliye ve Evkaf Dairesi", "Adliye Dairesi", "Umur-ı Nafia ve Ticaret ve Ziraat Dairesi", "Maarif Dairesi". Dairelerin görevleri için bkz. Şûrâ-yı Devlet Nizamnamesi 3. madde.

¹¹⁵ Heyet-i Umumi'nin yetki ve görevleri için bkz. Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968) (Danıştay'ın Tarihçesi-Orhan Özdeş), Danıştay Matbaası, Ankara, 1986, s. 72, 73; ERASLAN, s. 96-99.

¹¹⁶ MUTAF, s. 602-605; GEDİKLİ, s. 61, 62, 85.

¹¹⁷ "Şûrâ-yı Devlet Nizamname-i Dahiliyesi", 16. madde, DÜSTUR, 1. TERTİB, C. 1, s. 710.

¹¹⁸ MUTAF, s. 603, 604; AKYILDIZ, "Şûrâ-yı Devlet", C. 39, s. 237.

¹¹⁹ Üyelerinin yalnızca Müslümanlardan olmaması, mecliste diğer dinlerden üyelerin de bulunması, söz konusu meclisin temsili bir yapıda olduğu izlenimi oluşturmaktadır. Temsili yapı ifadesi seçim usulü bakımından kullanılmamıştır.

¹²⁰ KARAL, C. 7, s. 148, 149; CEYLAN, Ayhan, "Parlamentoya Uzanan Süreçte Türk Kamu Hukukunda 'Danışma'", Türkler, Yeni Türkiye Yayınları, C. 13, Ankara, 2002, s. 592. Bu sayı SHAW'un makalesinde 27'ye 14 olarak yer almaktadır. SHAW, Merkezi Yasama Meclisleri II, s. 300.

¹²¹ "Şûrâ-yı Devlet Nizamname-i Dahiliyesi", 30. madde.

mevkuftur.”¹²² “Dairelerde kaleme alınacak nizamnameler içinde hiç başka söz olmayarak layiha suretinde tanzim ve esbab-ı mucibesi mazbata-i mahsusa ile beyan olunur ve nezaretlerden ve sair devairden kaleme alınıp Şûrâ-yı Devlet’e havale edilen nizamât layihaları aynıyla kabul ve tasdik olunduğu halde kabulünü icab eden esbab mazbata-i ifade ile layihanın zeyli tasdik kılınır.”¹²³ “İttifak ile olmayıp ekseriyet-i ara ile karar verilen maddelerin mazbatalarının mühürleri yerine muhtelif reyde bulunanların isimleri yazılıp rey-i muhtelifede oldukları gösterilecektir.”¹²⁴

Adliye Dairesi’nde görüşülen layihaların daha sonra Şûrâ-yı Devlet genel kurulunda da görüşülmesi gerekmektedir. Bu husus 22. maddede şu şekilde ifade edilmiştir; “Daire-i saire mesalihinden heyet-i umumiyede müzakere kılınacak mevad dahi evvela kaffe-i kavanin ve nizamât hakkında kaleme alınan layihalar ...”¹²⁵ Genel kurulun yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç temel fonksiyonu bulunmakla beraber yasama fonksiyonu Şûrâ-yı Devlet’in daireleri tarafından hazırlanan kanun ve nizamname layihalarının yeniden görüşülmesidir.¹²⁶

Kanunların ne şekilde yayımlanacağı ve halka ne şekilde ilan edileceğine dair bulunabilen ilk düzenleme 1872 tarihli bir kararnamedir. Bu süre zarfından önce de kanunların yayımlaması usulü olmakla beraber, yaptığımız araştırmalar sonucu kanunların ne şekilde yayımlanacağına ve ne zaman yürürlüğe gireceğine dair net bir düzenlemeye ulaşılamamıştır. Kanunların, nizamnamelerin, anlaşmaların yayımlanmasına ilişkin düzenleme aynı zamanda Şûrâ-yı Devlet’in ve Meclis-i Vükela’nın yasama sürecindeki görevinden de bahseden 1872 tarihli kararnamedir. Bu kararnameye göre çıkarılan her yeni kanun, kanununun metninde ifade edilen tarihte yürürlüğe girecektir. Kanun metninde yürürlük tarihinin belirtilmemiş olması halinde ise kanun metninin, payitaht ve vilayet resmi gazetesinde¹²⁷ yayımlanmasından 15 gün sonra yürürlüğe girecektir. Resmi gazetenin bulunmadığı vilayetlerde ise kanunun halka ilanından 15 gün sonra kanun yürürlüğe girecektir.¹²⁸

1868 tarihinden itibaren yasama görevini ve bir takım farklı görevleri haiz olan Şûrâ-yı Devlet zaman zaman bu farklı görevleri bakımından değişikliklere tabi olsa dahi yasa çıkarma görevi bakımından bu süre içerisinde temel yasama organı olarak faaliyet göstermiştir. 1876 tarihli Kanun-ı Esasi ile beraber Meşrutiyet ilan edilmiş ve Şûrâ-yı Devlet’in en önemli yetkisi olan yasama faaliyeti yeni kurulan Meclis-i Mebusan ve Heyet-i Ayan’a devredilmiştir.¹²⁹

Bu değişikliklerle beraber yasama yetkisi kısmen sona eren Şûrâ-yı Devlet’in kanun layihaları üzerinde müzakere ve tanzim görevi ise 53. madde ve 54. madde gereğince aktif olarak devam etmiştir.

¹²² “Şûrâyı Devlet Nizamname-i Dahiliyesi”, 31. madde.

¹²³ “Şûrâyı Devlet Nizamname-i Dahiliyesi”, 39. madde.

¹²⁴ “Şûrâyı Devlet Nizamname-i Dahiliyesi”, 40. madde.

¹²⁵ “Şûrâyı Devlet Nizamname-i Dahiliyesi”, 22. madde.

¹²⁶ GEDİKLİ, s. 71, 72.

¹²⁷ Bu dönemde resmi gazete Takvim-i Vekayi’dir.

¹²⁸ FINDLEY, Carter V., Osmanlı Devleti’nde Bürokratik Reform Bâb-ı Âlî, Çev. Latif Boyacı-İzzet Akyol, İz Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 240.

¹²⁹ GEDİKLİ, s. 33, 34.

“Müceddeden kanun tanzimi veya kavanin-i mevcudeden birinin tadili teklifi vükelaya ait olduğu gibi Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan’ın dahi kendi vazife-i muayyeneleri dairesinde bulunan mevad için kanun tanzimini veyahut kavanin-i mevcudeden birinin tadilini istidaya salahiyetleri olmakla evvelce makam-ı Sadaret vasıtası ile taraf-ı Şahaneden istizan olunarak irade-i seniye müteallik buyrulur ise ait olduğu dairelerden verilecek izahat ve tafsilat üzerine layihalarının tanzimi Şûrâ-yı Devlet’e havale olunur.”¹³⁰

“Şûrâ-yı Devlet’te bilmüzakere tanzim olunacak kavanin layihaları Heyet-i Mebusan’da badehu Heyet-i Ayan’da tetkik ve kabul olunduktan sonra icra-yı ahkâmına irade-i seniye hazreti Padişahi müteallik buyrulur ise düsturul amel olur ve işbu heyetlerin birinde katiyen reddolunan kanun layihası o senenin müddet-i ictimaiyesinde tekrar mevki-i müzakereye konulamaz.”¹³¹

SONUÇ

Klasik dönemde yasama yetkisi padişaha aittir. Padişah bu yetkisini Dîvân-ı Hümayun ve nişancı aracılığıyla kullanmaktadır. Şeyhülislam aracılığıyla da söz konusu kanunların meşruiyetini sağlamaktadır. Tanzimat Dönemi ile beraber Dîvân-ı Hümayun’un yerini farklı meclisler almış, şeyhülislamın etkisi zayıflamış ve yasama sürecinde birtakım farklılıklar meydana gelmiştir.

Osmanlı Devleti’nde olumsuz gidişatın engellenmesi için ıslahatların gerekli olduğu anlaşılmıştır. Bu ıslahatların nüfuz edebilmesi ve hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için öncelikle kanunlarda değişiklik yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Çünkü kanunlarda değişiklik yapıldığında diğer alanlarda yapılacak olan değişiklikler hukuki bir zemin kazanmış olacaktır. Kanunlarda değişiklik yapılabilmesi için ise yasama organında ve yasama sürecinde köklü bir değişiklik ihtiyacı hissedilmiştir. Bu amaç kapsamında da kanun taslakları hazırlamak maksadıyla farklı meclisler meydana getirilmiştir.

Genel olarak kanunların hazırlık aşamasında şer’ilik denetiminin bulunmadığı gerek müftünün gerek de şeyhülislamın yalnızca danışma organı olarak bulunduğu veya gerekli görüldüğü takdirde bu makamlara başvurulduğu görüşü hakimdir. Bu görüşe göre müftü ve şeyhülislamın denetim yetkisinden ziyade yalnızca istişari yetkisinin söz konusu olduğu hususu ifade edilmektedir. Meclis-i Vükela’da şeyhülislamın da bulunması, kanunların yürürlüğe girmeden önce bu mecliste de incelenmesi, şeriata aykırı bir durum olduğu takdirde itirazın söz konusu olabileceği ve bu sebeple de şer’ilik denetiminin olduğu iddiasına cevap olarak; bu mecliste şeyhülislamın da bir oy hakkı bulunduğu, diğer üyelerin de bir oy hakkı bulunduğu ve bu sebeple tam bir denetimin gerçekleşemediği görüşü ileri sürülebilir. Ancak incelenen dönem içerisindeki örnekler değerlendirildiğinde kanunlaştırma usulünde şer’ilik denetiminin olduğu, bu denetimin zaman zaman istişari nitelikte kaldığı, genel manada ise şer’ilik denetiminin yerine getirildiği ifade edilebilir.

Gerek Meclis-i Vâlâ’nın gerek Meclis-i Tanzimat’ın başkanları, hükümet üyeleri arasından seçilmekteydi. Meclis-i Vâlâ başkanı; sadrazam tarafında belirlenip Meclis-i

¹³⁰ Kanun-i Esasi 53. madde.

¹³¹ Kanun-i Esasi 54. madde.

Vükela tarafından da kabul gördükten sonra padişaha arz edilmekteydi. Padişahın onay vermesi ile karar kesinleşiyordu. Bu sebeple her iki meclisin de Bâb-ı Âlî'nin kontrolünde olduğu ifade edilebilir. Bu durum bir bakıma, oluşturulan kanunnamelerin hazırlık sürecinde de daha sonraki aşamalarında da Bâb-ı Âlî'nin etkisi altında meydana geldiği, yalnızca onay aşamasındaki padişah yetkisi göz ardı edilirse tüm süreçte doğrudan veya dolaylı olarak Bâb-ı Âlî'nin etkisinin bulunduğu ifade edilebilir. Buna karşın hükümetin ve meclis üyelerinin seçilmesinde padişahın etkisi düşünülürken ise kanun oluşturma sürecinde padişahın etkinliği anlaşılmaktadır. Her iki durum beraber değerlendirildiğinde birbiri ile ilişkisinden dolayı gerek Bâb-ı Âlî'nin gerek meclisin gerek de padişahın kanun usulünde etkili olduğu yorumu makul olarak kabul edilebilir.

1838-1876 tarihleri arasında padişahın yasama yetkisinin, zaman zaman isim değişikliğine uğramasına rağmen genel olarak Meclis-i Vâlâ tarafından kullanıldığı ifade edilebilir. 1838-1854 tarihleri arasında Meclis-i Vâlâ, 1854-1861 tarihleri arasında Meclis-i Tanzimat, 1861-1868 tarihleri arasında bu iki meclisin birleşmesiyle oluşan Meclis-i Vâlâ, 1868-1876 arasında Şûrâ-yı Devlet temel yasama organı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir layihanın hazırlanması ve kanun olarak yürürlüğe girmesi sürecinde etkin rol oynayan kurumlar; Meclis-i Vükela, Meclis-i Vâlâ (farklı zamanlarda Meclis-i Tanzimat ve Meclis-i Şûrâ) ve Meclis-i Umumi'dir. Bu kurumların Bâb-ı Âlî ile ilişkileri düşünülürken kanunun onaylanma aşaması hariç diğer kısımlarında etkin rolün Bâb-ı Âlî organlarında olduğu anlaşılmaktadır. Padişahın bu husustaki rolü ise kanunları onaylama şeklinde zuhur etmektedir. Bu süre içerisindeki kanunlarda padişahın onay vermediği layihaların sayısının çok az olması da onay yetkisinin çok geniş bir kapsamda kullanılmadığını gösterir niteliktedir. Aynı zamanda hükümetin ve meclisin kanun çalışmalarının, padişahın kanunlara ve kanunlaştırma faaliyetlerine yaklaşımıyla büyük bir uyum içinde olduğunu da göstermektedir. Bu durum; padişahın kendi iradesiyle, hukuk kurallarının üstünlüğünü kabul etmesi olarak da ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

- Ahmed Cevdet Paşa, Ma'ruzat, haz. Yusuf Halaçoğlu, Çağrı Yayınevi, İstanbul, 1980.
- Ahmed Cevdet Paşa, Tezakir 1-12, Yay. Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991.
- Ahmed Lûtfî Efendi, Vak'a-nüvis Ahmed Lûtfî Efendi Tarihi, Haz. Münir Aktepe, Türk Tarih Kurumu Basımevi, C. 10, Ankara, 1988.
- AHMED LÜTFİ, Osmanlı Adalet Düzeni, Marifet Yayınevi, İstanbul, 1997.
- AK ÇELİK, Hasret, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye'nin Hukuki ve Siyasi Yetkileri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.
- AKGÜNDÜZ, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Tahlilleri (Osmanlı Hukukuna Giriş ve Fatih Devri Kanunnameleri) 1. Kitap, Fey Vakfı, İstanbul, 1990.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Osmanlı Hukukunda Şer'i Hukuk-Örfi Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri", İslami Araştırmalar Dergisi, C.12, S. 2, Y. 1999, s. 117-122.
- AKGÜNDÜZ, Murat, "Osmanlı Devleti'nde Nişancılık Müessesesi", Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Şanlıurfa, S. 4, 1998, s. 225-229.
- AKMAN, Mehmet, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı I - I.Tertip Düstûr'un Tarihî Fihrist ve Dizini", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S. 3, 2007, s. 67-224.
- AKYILDIZ, Ali, "Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye", Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), C. 28, s. 250-251.
- AKYILDIZ, Ali, "Şûrâ-yı Devlet", DİA, C. 39, s. 236-239.
- AKYILDIZ, Ali, Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2012.
- AKYILDIZ, Ali, Tanzimat Dönemi Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform (1836-1856), Eren Yayıncılık, İstanbul, 1993.
- AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2019.
- AYDIN, Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- AYKANAT, Mehmet, Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AYKANAT, Mehmet – AYDIN, Melikşah, "Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları" in Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukuna Giriş Mahmud Esad Seydişehri'nin Ceza Hukuku Dersleri, Editör: Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020.
- BARKAN, Ömer Lütfi, "Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat ve 1274 (1858) Tarihli Arazi Kanunnamesi", Tanzimat I (Komisyon), Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 321-421.
- BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınevi, Ankara, 1996.

CEYLAN, Ayhan, "Osmanlı'da Meşrutiyet Öncesi Merkezi Meclisler Literatürü", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, Y. 2005, s. 623-646.

CEYLAN, Ayhan, "Parlamentoya Uzanan Süreçte Türk Kamu Hukukunda 'Danışma'", Türkler, Yeni Türkiye Yayınları, C. 13, Ankara, 2002, s. 586-598.

CEYLAN, Ayhan, "Türk Hukuk Tarihinde Meşveret Düşüncesi ve Uygulaması (Kurultay-Divân-Meclis)", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998.

CİN, Halil-AGÜNDÜZ, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017.

CİN, Halil-AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2019.

ÇADIRCI, Musa, Tanzimat Döneminde Anadolu Kentleri'nin Sosyal ve Ekonomik Yapıları, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991.

ÇAKIR, Coşkun, "Türk Aydınının Tanzimat'la İmtihani: Tanzimat ve Tanzimat Dönemi Siyasi Tarihi Üzerine Yapılan Çalışmalar" Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2004, s. 9-69.

DAVISON, Roderic H., Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform (1857-1876), C. 1, Çev. Osman Akınhay, Papirüs Yayınevi, İstanbul, 1997.

DİKEN, Kadir, "Osmanlı Devleti'nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Meclis-i Âli Tanzimat (1854-1861)", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.

DÜSTUR, 1. TERTİB, C. 1, 2, Matbaa-i Amire, 1289.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Mahkemeleri Tanzimat ve Sonrası, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017.

ENGELHARDT, Ed, Tanzimat, Çev. Ayda Düz, Milliyet Yayınevi, İstanbul, 1976.

ERASLAN, Zeki, "Şûrâ-yı Devletten Danıştay'a Yapısal ve Fonksiyonel Dönüşüm", Hacettepe Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018.

ERCOŞKUN, Tülay, "Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. Yüzyılda Evlilik ve Nikaha Dair Düzenlemeler", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010.

ERGİN, Koray, "Osmanlı Devleti'nde Kanunnamelerden Nizamnamelere Geçiş", Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2016, S. 39, s. 1-26.

FINDLEY, Carter V., Osmanlı Devleti'nde Bürokratik Reform Bâb-ı Âlî, Çev. Latif Boyacı-İzzet Akyol, İz Yayıncılık, İstanbul, 1994.

GEDİKLİ, Fethi, Şûrâ-yı Devlet (Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla), Öncü Basımevi, Ankara, 2008.

HEYD, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford University Press, Clarendon, 1973.

İNALCIK, Halil, *Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600)*, Çev. Ruşen Sezer, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2003.

İNALCIK, Halil, *Osmanlıda Devlet, Hukuk, Adalet ("Türk İslam Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği")*, Eren Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 27-39.

KARAL, Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1995, C. 5, 6, 7.*

KAŞIKÇI, Osman, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınevi, İstanbul, 1997.

KAYNAR, Reşat, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2010.

KÜTÜKOĞLU, Mübahat S., *Osmanlı Belgelerinin Dili (Diplomatik)*, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 1994.

LEWIS, Bernard, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınevi, Ankara, 1993.

MARDİN, Ebul'ula, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996.

MİDİLLİ, Muharrem, *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat – Kanun Ayrımı*, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2019.

MUMCU, Ahmet, *Dîvân-ı Hümâyün*, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2017.

MUTAF, Abdülmecit, "Şûrâ-yı Devlet (1868-1922)", *Türkler*, Yeni Türkiye Yayınları, C. 13, Ankara, 2002, s. 599-610.

OKANDAN, Recai G., "Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri", *Tanzimat I (Komisyon)*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 97-128.

ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952.

ÖRSTEN ESİRGİN, Seda, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", *Adalet Dergisi*, 2019/1-2, 62-63, s. 429-480.

SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet, "Dîvân-ı Hümâyün'dan Meclis-i Meb'usan'a Osmanlı İmparatorluğu'nda Yasama", *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, Editör: Halil İnalçık-Mehmet Seyitdanlıoğlu, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2006, s. 255-267.

SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet, *Tanzimat Devrinde Meclis-i Vâlâ (1838-1868)*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1999.

SHAW, Stanford J., "19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri", Çev. Püren Özgören, *Tarih ve Toplum*, C. 13, S. 76, Nisan 1990, s. 203-208.

SHAW, Stanford J., "19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri II", Çev. Püren Özgören, *Tarih ve Toplum*, C. 13 S. 77, Mayıs 1990, s. 296-303.

SHAW, Stanford J., "The Central Legislative Councils In The Nineteenth Century Ottoman Reform Movement Before 1876", International Journal of Middle East Studies, C. 1, S. 1, Y. 1970, s. 51-84.

ŞAPOLYO, Enver Behnan, Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat Devri Tarihi, Güven Yayınevi, İstanbul, 1945.

ŞENTOP, Mustafa, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Kanunlar-Tadiller-Layihalar-Uygulama, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 2004.

Takvim-i Vekayi, No: 189, 18 Şevval 1255.

Takvim-i Vekayi, No: 599, 14 Cemaziyelahir 1271.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2015.

TAŞKESENLİOĞLU, M. Yasin, Tanzimat Döneminde Bir Reform Meclisi Meclis-i Âlî-i Tanzimat (1854-1861), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2018.

TÜRCAN, Talip, "Şeriat", DİA, C. 38, s. 571-574.

YETKİN, Aydın, "Osmanlı Devleti'nde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 2013, C. 6, S. 24, s. 380-413.

Yüzyıl Boyunca Danıştay (1868-1968) (Danıştay'ın Tarihçesi-Orhan Özdeş), Danıştay Matbaası, Ankara, 1986.

**GELİR VE SERVET ÜZERİNDEN ALINAN VERGİLERE İLİŞKİN MODEL ANLAŞMA’NIN
15’İNCİ MADDESİ: “ÜCRET GELİRİ”NDE VE 16’NCİ MADDESİ: “YÖNETİCİLERE YAPILAN
ÖDEMELER”DE ÇİFTE VERGİLENDİRMEİN ÖNLENMESİ VE TÜRK VERGİ
HUKUKU’NDAKİ DURUMU***

Arş. Gör. Sude CAN SÖNMEZ**

Öz

Vergilendirme yetkisi, devletin egemenlik gücüne dayanarak vergi alması olarak ifade edilebilecektir. Ancak bütün devletlerin vergilendirme yetkilerini bu şekilde belirlemeleri yetki çatışmasına ve dolayısıyla “çifte vergilendirme” sorununa neden olmaktadır. Bu kapsamda ülkeler bir tercih olarak aralarında anlaşma imzalayarak, uluslararası önlemler alma yolunu tercih etmişlerdir. Genel olarak işbu anlaşmalar emredici nitelikte olmayıp daha çok tavsiye niteliğindeki model anlaşmalardır. Söz konusu model anlaşmalardan en çok bilineni *OECD* tarafından yayımlanan “*Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşması*”dır. Bu kapsamda daha çok gündemde olan ve önem arz eden “ücret gelirini elde eden gerçek kişiler bakımından ücret gelirleri” ve “yöneticilere yapılan ödemeler” “*Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma*” kapsamında Türk Vergi Hukuku bakımından işbu çalışmada incelenecektir. Öncelikle, model anlaşmada yer verilen terimlerin ifade etmek istedikleri anlamlar üzerinde durulacak olup daha sonra söz konusu terimlerin ve yer aldığı bentlerin Türk Vergi Hukuku kapsamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergilendirme Yetkisi, Çifte Vergilendirme, Ücret Gelirleri Ve Yöneticilere Yapılan Ödemeler, Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, Türk Vergi Hukuku’nda Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının Uygulanması.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14/10/2020
Kabul Edildiği Tarih: 23/11/2020

** Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı
E-Mail: sudecan@sdu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0867-0776

PREVENTION OF DOUBLE TAXATION WITHIN THE CONTEXT OF "INCOME FROM EMPLOYMENT" REGULATED IN ARTICLE 15 AND "DIRECTORS' FEES" REGULATED IN ARTICLE 16 OF THE MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL AND SITUATION IN TURKISH TAX LAW

ABSTRACT

Authorisation of taxation may be expressed as the sovereign power of states to collect taxes. However, determining the authorisation of taxation by all the states in this context causes conflict of authority and thus, the problem of "double taxation" arises. In this regard, states opted to take international measures by signing agreements between each other. In general, these agreements are not mandatory, but rather they are advisory model agreements. The most well-known one of these aforementioned model agreements is "Articles of the Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital" published by Organisation for Economic Cooperation and Development". In this sense, "income from employment" and "directors' fee" within the context of "Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital" and within the context of Turkish Tax Law shall be examined in this study. First of all, the meanings of the terms included in the model agreement shall be focused on, then the terms and their clauses shall be evaluated within the scope of Turkish Tax Law.

Keywords: Authorisation of Taxation, Taxing Power, Double Taxation, Income Taxes And Directors' Fee, Model Convention With Respect To Taxes on Income And on Capital, Application of Double Taxation Prevention Agreements in Turkish Tax Law.

GİRİŞ

Günümüz dünyasında uluslararası mal, sermaye ve emek dolaşımının yoğunlaşmasına paralel olarak, uluslararası ekonomik ve mali ilişkiler oldukça genişlemiş ve birbiriyle bağımlı hale gelmiştir. 1980’li yılların sonlarında uluslararası siyasi bloklaşmaların dağılması ile birlikte küresel işbirliği önündeki büyük bir engel de ortadan kalkmıştır. İletişim teknolojisinin ortaya çıkardığı yeni imkânların da desteği ile kapalı ekonomik yapılar hızlı bir değişim göstererek uluslararası piyasalara açık hale gelmiştir.¹ Ulusal piyasalar yerini tek ve küresel bir piyasaya bırakmıştır. Söz konusu ilişkiler kapsamında birden fazla devletin vergilendirme yetkisi içinde vergiyi doğuran olayın ortaya çıkmasına, vergi hukukunun kayıtsız kalması mümkün değildir. Örneğin, bir ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı olan bir kişinin başka bir ülkede ikamet edip o ülkeden gelir elde etmesi durumunda gelirin hangi ülke tarafından vergilendirileceği, çözülmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkar. Bu bağlamda söz konusu sorunun çözümlenebilmesi için uluslararası hukuk ilkeleri çerçevesinde vergilendirme yetkisinin hangi ülkeye ait olduğunun tespiti gerekecektir.

Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerinde egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu fiili ve hukuki gücü olarak ifade edilebilecektir.² Devletler vergilendirme yetkilerinin sınırlarını ülkelerinin menfaatleri doğrultusunda bağımsız biçimde belirlemektedir.³ Bu kapsamda, devletler; gelirin kaynağı, geliri elde edenin ikametgâhı yahut uyuşu gibi bağlantı noktalarıyla, gelirler üzerinden vergi alma yetkisinin sınırlarını belirlemektedirler. Vergi kanunlarının uygulama alanının belirlenmesinde iki ilke esas alınmaktadır. Bunlardan birincisi kaynak ülkesi ilkesi; ikincisi ise şahsilik ilkesidir.⁴ Şahsilik ilkesinin vergilendirme yetkisi üzerindeki etkisi, vergiyi doğuran olay nerede meydana gelirse gelsin, vergilendirme yetkisini vergilendirilecek kişinin yerleşim yeri veya vatandaşlık bağı olan devletin kullanması şeklinde karşımıza çıkar.⁵ “Kaynak ülkesi ilkesi”nde ise önemli olan, gelirin elde edildiği yerdir. Genel olarak bakıldığında, kaynak ilkesine göre ülkeler sadece kendi sınırları içerisinde elde edilen gelirleri vergilendirmektedir.⁶ Buradan hareketle, gelir sağlayan kişiye gidilmek suretiyle vergileme yapılmaktadır. Devlet, egemenliği altında bulunan vergi konularını ve vergiyi doğuran olayları vergilendirmektedir. Buradaki hukuksal ilişki, ekonomik bağ temeline dayanmaktadır.⁷ Ancak bütün devletler vergilendirme yetkilerini bu şekilde kullandıkları zaman yetki çatışmasına bağlı olarak “çifte vergilendirme” sorunu ortaya çıkmaktadır.

Milletlerarası çifte vergileme olayı, genellikle, iki veya daha fazla devletin aynı mükellefi aynı konuda ve belirli dönemler içinde benzer vergilerle vergilendirmesi

¹ PEHLİVAN, Osman; ÖZ, Ersan; Uluslararası Vergilendirme, Bursa 2015, s.15.

² ÖNCEL, Mualla; KUMRULU, Ahmet; ÇAĞAN, Nami; Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 24. Baskı, Ankara 2015, s. 33.

³ ÖNCEL; KUMRULU; ÇAĞAN, a.g.e., s. 57.

⁴ KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.120.

⁵ ŞENYÜZ, Doğan; YÜCE, Mehmet; GERÇEK, Adnan; Vergi Hukuku Genel Hükümler, Bursa 2016, s.329.

⁶ PEHLİVAN;ÖZ, a.g.e., s. 72.

⁷ ÖZ, N. Semiz, Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 23.

şeklinde tarif edilebilir.⁸ Çifte vergilendirmenin mikro etkilerini, çifte vergilendirme nedeniyle mükellefler açısından oluşan ilave gelir kayıpları bağlamında değerlendirmek mümkündür. Vergilerin iktisadi faaliyetler açısından önemli bir maliyet unsuru olduğu dikkate alındığında, çifte vergilendirmenin maliyetleri daha da arttıracığı ve mükelleflerin faaliyetleri üzerinde saptırıcı ve kısıtlayıcı etkiler oluşturacağı aşikârdır.⁹ Uluslararası çifte vergilendirmenin makro etkileri ise, farklı değişkenler üzerinde meydana getirdiği etkiler bağlamında ele alınabilir. Öncelikle her ülkenin dolaylı ve doğrudan vergileri farklı oranlarda uygulamaları sonucuna bağlı olarak çifte vergilendirme, uluslararası kaynak dağılımı etkinliğini ve ülkeler arasında vergilendirmede eşitlik durumunu bozmaktadır.¹⁰

Bu sorun kapsamında, çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılabilmesi ve yapılmışsa etkilerinin giderilmesi yönünde değişik yöntemler geliştirilmiştir. Bu yönde ülkeler ya ulusal çaplı ve tek yönlü düzenlemeler getirmişler ya da aralarında anlaşma imzalayarak, uluslararası önlemler alma yolunu tercih etmişlerdir. Bir ülke kendi iç hukukunda tek yanlı düzenlemeler yaparak, çifte vergilendirmenin etkilerini önleyebilir. Sınırlama açısından kanunlarımızda genel bir hüküm olmamakla birlikte, çeşitli vergi kanunlarında çifte vergilendirmenin önlenmesine veya giderilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda indirim yöntemi, mahsup yöntemi ve istisna yöntemi olmak üzere belli başlı üç tane yöntem tercih edilmiştir.

Her devlet, tek taraflı olarak, kendi vergilendirme yetkisini sınırlandırmak suretiyle çifte vergilendirmeyi önleyebilir. Ancak bu şekildeki bir uygulama, bazı durumlarda yetersiz kalacaktır. Bu noktada çifte vergilendirmenin önlenmesinde başvurulacak yollardan biri, vergilendirme yetkileri çatışmayacak şekilde, ülkeler arasında yetkilerin paylaşımını esas alan uluslararası anlaşmalar yapılmasıdır. Çifte vergilendirmeyi önlemeyi amaçlayan anlaşmalar, daha çok gelir ve servet vergileri itibarıyla yapılmaktadır.¹¹ Aynı şekilde, çeşitli uluslararası örgütler tarafından da bir takım model çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ortaya konulmuş olup işbu anlaşmalar emredici nitelikte değil daha çok tavsiye niteliğindedirler.¹² Söz konusu model anlaşmalardan en çok bilineni ve anlaşmalarda sıklıkla esas alınanlarından biri OECD tarafından yayımlanan "*Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma*"sıdır.

Yukarıda yapılan açıklananlar ışığında OECD tarafından yayımlanan "*Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma*"da düzenlenmiş olan ve çifte vergilendirme konusunda içinde bulunduğumuz yüzyıl sebebiyle, ücret gelirini elde eden gerçek kişiler bakımından ülkeler arasında ulaşımın kolaylaşması ve mukimi olunmayan ülkede çalışma olanakları konusunda ülkelerin tanımış olduğu imkânlar neticesinde

⁸ TUNCER, Selahattin, Çifte Vergilendirme ve Milletlerarası Vergi Anlaşmaları, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No: 112-66, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 5-6.

⁹ SARAÇ, Özgür, Küresel Vergi Rekabeti ve Ulusal Vergi Politikaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2006, s. 88.

¹⁰ SARAÇ, a.g.e., s. 88.

¹¹ ŞENYÜZ; YÜCE; GERÇEK, a.g.e., s. 337.

¹² DEMİRAÇ, Levent, "Uluslararası Vergi Anlaşmaları", Hesap Uzmanları Kurulu Konferansları II, Ankara 1991, s. 126.

önem arz eden ücret gelirleri ve yöneticilere yapılan ödemeler konu başlıkları işbu çalışma kapsamında incelenecektir.

I.GELİR VE SERVET ÜZERİNDEN ALINAN VERGİLERE İLİŞKİN MODEL ANLAŞMA’NIN 15’İNCİ MADDESİ: “ÜCRET GELİRİ”NDE ÇİFTE VERGİLENDİRMEİNİN ÖNLENMESİ

15 Temmuz 2014 tarihindeki şekliyle OECD¹³ tarafından yayımlanan “Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma’nın “Ücret Geliri” başlıklı 15’inci maddesi,

“1. 16, 18 ve 19’uncu maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, bir Âkit Devlet mukiminin bir hizmet dolayısıyla elde ettiği ücret, maaş ve diğer benzeri gelirler, bu hizmet diğer Âkit Devlette ifa edilmedikçe, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir. Hizmet diğer Devlette ifa edilirse, buradan elde edilen söz konusu gelir bu diğer Devlette vergilendirilebilir.

2. 1’inci fıkra hükümlerine bakılmaksızın, bir Âkit Devlet mukiminin diğer Âkit Devlette ifa ettiği bir hizmet dolayısıyla elde ettiği gelir, eğer:

a) gelir elde eden kişi, diğer Devlette, bu Devletin ilgili mali yılı içinde başlayan veya biten herhangi bir on iki aylık dönemde bir veya birkaç seferde toplam 183 günü aşmayan bir süre kalırsa ve

b) ödeme, diğer devletin mukimi olmayan bir işveren tarafından veya böyle bir işveren adına yapılırsa ve

c) ödeme, işverenin diğer Devlette sahip olduğu bir işyerinden yapılmazsa, yalnızca ilk bahsedilen Devlette vergilendirilecektir.

3. Bu maddenin bundan önceki hükümlerine bakılmaksızın, uluslararası trafikte işletilen bir gemi veya uçakta ya da iç su yolu taşımacılığı alanında faaliyet gösteren bir teknede ifa edilen bir hizmet dolayısıyla elde edilen gelir, teşebbüsün etkin yönetim merkezinin bulunduğu Âkit Devlette vergilendirilebilir.”¹⁴

¹³ Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)

¹⁴ Articles Of The Model Convention With Respect To Taxes On Income And On Capital, 28 Ocak 2003., Article 15, “Income From Employment”

“1. Subject to the provisions of Articles 16, 18 and 19, salaries, wages and other similar remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment shall be taxable only in that State unless the employment is exercised in the other Contracting State. If the employment is so exercised, such remuneration as is derived therefrom may be taxed in that other State.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1, remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment exercised in the other Contracting State shall be taxable only in the first-mentioned State if:

a) the recipient is present in the other State for a period or periods not exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period commencing or ending in the fiscal year concerned, and

b) the remuneration is paid by, or on behalf of, an employer who is not a resident of the other State, and

c) the remuneration is not borne by a permanent establishment which the employer has in the other State.

3. Notwithstanding the preceding provisions of this Article, remuneration derived in respect of an employment exercised aboard a ship or aircraft operated in international traffic, or aboard a boat

düzenlemesini içermektedir. Hüküm bağımlı emekten doğan kazancın vergilendirilmesinde hangi devletin vergilendirme yetkisine sahip olduğunu düzenlemektedir. Madde metninde 1'inci bent hangi devletin vergilendirme yetkisine sahip olduğuna ilişkin genel bir kural koyarken; 2'nci bent bu genel kural içerisinde yer alan kaynak devletin vergilendirme yetkisinin tanındığı hallere ilişkin istisnaya yer vermektedir. Maddenin 3'üncü bendi ise bahsetmiş olduğumuz 1'inci ve 2'nci fıkralardan bağımsız olarak uluslararası trafikte işletilen bir gemi veya uçakta ya da iç su yolu taşımacılığı alanında faaliyet gösteren bir teknede ifa edilen bir hizmet dolayısıyla elde edilen gelirden hangi devletin vergilendirme yetkisine sahip olacağını düzenlemektedir.

Model Anlaşmanın 15'inci maddesinin madde metni başlığı "Ücret Geliri" olmakla birlikte söz konusu bu başlık 2000 yılı sonrasında şu anki halini almıştır. 2000 yılından önce 15'inci Maddenin başlığı, "Bağımlı Faaliyetler"e gönderme yapmaktadır. 15'inci Maddenin başlığı, 14'üncü Maddenin kaldırılmasının bir sonucu olarak Maddenin uygulandığı faaliyetleri betimlemek için daha yaygın olarak kullanılan "istihdam" terimine gönderme yapacak şekilde değiştirilmiştir.

OECD Vergilere İlişkin Model Anlaşması'nın 14'üncü maddesi olan "Independent Personal Services" yani "Serbest Meslek Kazançları" kaldırılmadan önceki dönemde; bir kazancın, serbest meslek faaliyeti sonucunda elde edilen kazanç olduğu ve ücret geliri olmadığı yönünde kullanılan ölçüte göre; serbest meslek kazancı **bağımsız emeğin** karşılığıdır.¹⁵ 29 Nisan 2000 tarihinde yayımlanan "OECD Model Anlaşması'nın 14. Maddesiyle İlgili Sorunlar" adlı raporuyla birlikte 14. Madde Model Anlaşma'dan çıkarılmıştır.¹⁶ Madde metninin anlaşmadan çıkarılmasıyla birlikte Âkit Devletlerin iç hukuklarında serbest meslek kazancı ile ücret kazancının nitelendirilmesi konusunda anlaşmazlığı ortadan kaldırmaya yönelik kullanılan "bağımlı-bağımsız emek" ölçütüne – OECD Model Anlaşma'nın Madde Başlıklarını Anlamlandırma Bakımından- gerek kalmamıştır. Bu kapsamda; 15'inci maddenin başlığı "İstihdam" terimine yaklaştırılmak açısından "Ücret Geliri" olarak değiştirilmiştir. OECD Vergilere İlişkin Model Anlaşması'nın orijinal metninde "Income From Employment" başlığında yer alan "Employment" teriminin Türkçede yaygın kullanımı ve aynı zamanda hukuk terimi olarak karşılığı¹⁷ "istihdam"dır. İstihdam, "bir insanı bir işte, bir görevde kullanma, çalıştırma" anlamına gelmektedir.¹⁸ Kanımca, "Ücret geliri" teriminin nitelendirmesini "istihdam" terimi ile yapmak Türk Vergi Hukuku'nda ücret gelirinin nitelendirilmesi açısından da daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Sonuç olarak, bu değişiklik Maddenin kapsamını herhangi bir şekilde etkilemek niyetiyle yapılmamış olup madde başlığının terminolojik olarak farklı terimlerle anlamlandırılmasından ibarettir.

engaged in inland waterways transport, may be taxed in the Contracting State in which the place of effective management of the enterprise is situated."

¹⁵ ÖNCEL; KUMRULU; ÇAĞAN, a.g.e., s. 294.

¹⁶ AYDIN, Elif; "Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarında Serbest Meslek Kazançları", Vergide Gündem Dergisi, 2010, S. 11., s. 2.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Resmi Sitesi, (<http://www.mfa.gov.tr/data/Terminoloji/ekonomi-ve-maliye-terimleri%20listesi-110615.pdf>_ErişimTarihi:01.05.2018)

¹⁸ Türk Dil Kurumu Resmi Sitesi, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5ae84272104dd2.19508552_ErişimTarihi: 01.05.2018)

1. Kapsamı

A. Birinci Fıkraya İlişkin Değerlendirme

Model Anlaşma'nın 15'inci maddesinin ilk fıkrası "16, 18 ve 19'uncu maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, bir Âkit Devlet mukiminin bir hizmet dolayısıyla elde ettiği ücret, maaş ve diğer benzeri gelirler, bu hizmet diğer Âkit Devlette ifa edilmedikçe, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir. Hizmet diğer Devlette ifa edilirse, buradan elde edilen söz konusu gelir bu diğer Devlette vergilendirilebilir." hükmündedir. Bu bağlamda, hükmün değerlendirilebilmesi için, "Mukim" "Hizmet" ve "Ücret, Maaş Ve Diğer Benzeri Gelirler" kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

a. "Mukim (Resident)" Kavramı

Mukim kavramı, Model Anlaşma'nın 4'üncü maddesinde; "*bir Âkit Devletin mukimi" terimi, bu Devlet ve herhangi bir politik alt bölümü veya mahalli idaresi de dahil olmak üzere, bu Devletin mevzuatı gereğince ikametgah, mukimlik, yönetim yeri veya benzer yapıda diğer herhangi bir kriter nedeniyle vergiye tabi olan kişi anlamına gelir.*" olarak açıklanmaktadır. Bu tanımlama esas olarak, iç hukukta kabul edilen ikametgâh kavramına ve buna ilişkin kurallara atıf yapmakta ve kişiye mukim olma sıfatıyla vergilendirmenin ölçütlerini sınırlı olmayacak şekilde sıralamaktadır. Dolayısıyla anlaşmalar mukim kavramına yeni bir düzenleme getirmemekte, sadece tam yükümlülüğü öngören ulusal yasalardaki kurallar dolayısıyla bir devlete kişisel bağlanmanın çeşitli türlerini kapsamayı hedeflemektedir.¹⁹ İkametgâh kavramı ülkelerin iç hukuklarına bırakılmış olup özel hukukta yer bulan ikametgâh kavramından farklı olarak Âkit Devletlerden birinin vergilendirme yetkisine kişisel bağlama ölçütü olarak kullanılmaktadır. Bu kapsamda vergi hukukunun kendine özgü terimlerinden olan "mali ikametgâh" kavramı gündeme gelmektedir. Bununla birlikte mali ikametgâh kavramı tüzel kişiler için kullanılan bir terim olup terminolojik olarak gerçek kişiler için uygun olmayacaktır, gerçek kişiler için ise âkit devletlerin çoğunluğu tarafından *-farklı nitelendirmeler mevcut olmakla birlikte-* ekonomik sosyal işlerini topladığı ve yaşamsal faaliyetlerini sürdürdüğü yerin ikametgâh olarak nitelendirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada Türk Vergi Hukuku anlamında gerçek kişilerin ikametgâh kavramını nasıl anlamlandırmamız gerektiği konusunda Gelir Vergisi Kanunu bizim için yol gösterici olacaktır. Gelir Vergisi Kanunu 4'üncü maddenin 1'inci bendinde ikametgâhı, Türk Medeni Kanunu'nun 19'uncu ve devamı maddelerinde yazılı yerler olduğu ifade edilmiştir. Medeni Kanuna göre ise yerleşim yeri, "*bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.*" Şu halde yerleşmek niyeti ikametgâhın tayini için esas unsurdur aynı zamanda bir de devamlı oturmanın mevcut olması gerekmektedir. Yerleşme niyetinin belirlenmesi kişinin saiki ile ilgisi olması nedeniyle tespiti zor bir husustur. Yerleşim niyetinin belirlenmesi konusunda ölçüt olarak kişinin ekonomik sosyal ilişkilerini yürüttüğü ve topladığı yerlerde oturma niyetinin bulunduğu karinesine ulaşılabilecektir.

Sonuç olarak her devlet, vergi yasalarında ikametgâh, mesken veya belirli bir süre ülkede bulunma gibi ölçütlere dayalı olarak, ikametgâhın dolayısıyla mukimliğin

¹⁹ YALTI SOYDAN, Billur, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 1995, s. 109.

çerçevesini kendine özgü bir şekilde tespit etmektedir.²⁰ Sonuç olarak, düzenleme ile mukimliğin belirlenmesinin esasen iç hukuklara bırakıldığı anlaşılmaktadır.

b. "Hizmet" Kavramı

Model Anlaşma metninde ücret gelirin bir hizmet karşılığı elde edildiği söylenmekle birlikte "Hizmet" kavramına ilişkin anlaşma metninde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte Modele ilişkin Yorum'da "Hizmet"le ilgili açıklamaya yer verilmiştir.

Yoruma göre; "Hizmet, çalışanın ücret geliri ödenen faaliyetlerini ifa ederken fiziksel olarak bulunduğu yerde gerçekleştirilir. Bunun bir sonucu, kendisine verdiği hizmet sebebiyle diğer bir Devletteki kaynaklardan ödeme yapılan bir Âkit Devlet mukiminin, bu gelir üzerinden, sırf bu çalışmanın sonuçlarından diğer Devlette yararlanılmış olması nedeniyle bu diğer Devlette vergilendirilemeyeceği olacaktır."²¹ Hizmet hakkında açıklamalar içeren Yorum kapsamında da "hizmet" kavramından ne anlaşılması gerektiğine yer verilmemiş hizmetin vergilendirme yetkisi bakımından nerede gerçekleşeceği açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu bağlamda işbu Model Anlaşma'nın "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesine göre; bir Âkit Devlet tarafından herhangi bir tarihte uygulanmasına ilişkin olarak, Anlaşmada tanımlanmamış herhangi bir terim, metin aksini gerektirmedikçe, Anlaşmanın uygulanacağı vergilerin amaçları bakımından, o tarihte bu Devletin mevzuatında sahip olduğu anlamı taşıyacaktır. Bu kapsamda "Hizmet"ten ne anlaşılması gerektiğinin esasen Âkit Devletlerin iç hukuklarına bırakıldığı anlaşılmaktadır. Örneğin; Türk Vergi Hukukuna göre hizmet, 3065 sayılı KDV Kanununun 4 üncü maddesinde "teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemlerdir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu işlemler; bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek gibi şekillerde gerçekleşebilir. Maddede hizmet dolaylı bir şekilde tanımlanmış, hizmet sayılan bazı işlemler belirtilmiş ve bunlara benzeyen işlemlerin de hizmet sayılacağı hükme bağlanmıştır.²²

c. "Ücret, Maaş Ve Diğer Benzeri Gelirler" Kavramı

"Ücret, Maaş Ve Diğer Benzeri Gelirler" için Model metninde bir açıklamaya yer verilmemekle birlikte; Üye ülkeler, "maaş, ücret ve diğer benzeri ödemeler" terimini, ifa edilen hizmetler ilgili olarak alınan (örneğin, hisse senedi opsiyonları, bir lojman ya da bir otomobilin kullanımı, sağlık veya hayat sigortası poliçesi ve kulüp üyeliği) aynı menfaatleri de kapsayacak şekilde değerlendirmektedirler.²³

Kaynak Devlette vergilendirme için Maddenin getirdiği koşul, maaş, ücret ve diğer benzeri ödemelerin, hizmetin o Devlette gerçekleşmesi sebebiyle elde edilmesidir. Bu, o gelirin ne zaman ödenebileceğine, çalışanın adına alacak kaydedilebileceğine ya da

²⁰ YALTI SOYDAN, a.g.e., s. 123.

²¹ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 1.,

²² Bkz. KDV Genel Uygulama Tebliği I/Ç-4 Bölümü.

²³ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 2.1.

çalışan tarafından başka bir şekilde kesin olarak elde edilebileceğine bakılmaksızın uygulanacaktır.²⁴

Vergilendirme yetkisinin tespit edilebilmesi açısından yalnızca ücret, maaş ya da hizmet karşılığı alınan ödemeler değil aynı zamanda nitelendirme açısından Âkit Devletler arasında farklı anlamlandırmalara sebep olabilecek durumlarında değerlendirilmesi, açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu bağlamda, Yorumda ülkelerin ücret gelirine ilişkin çifte vergilendirme anlamında karşılaşılabileceği sorunlara ve hangi devletin vergilendirme yetkisi kapsamında kalması gerektiğine ilişkin aşağıda değinileceği üzere çeşitli açıklamalara yer verilmiştir.

Bağımlı faaliyetin sona ermesinden önce yapılan çalışma için, bağımlı faaliyetin sona ermesinden sonra yapılan herhangi bir ödeme (örneğin, son çalışma döneminin maaş ya da ikramiyesi veya o dönemde yapılan satışların karşılığı komisyonlar), hizmetin gerçekleştirildiği ilgili Devlette elde edilmiş sayılacaktır.²⁵ Bu kapsamda, hizmetin gerçekleştirildiği kaynak devleti işbu hizmete ilişkin gelirden, vergilendirme yetkisine sahip olacaktır.

Bağımlı faaliyetin son yılında tahakkuk eden kullanılmamış tatil/hastalık izni karşılığı yapılan ödeme, tatil ya da hastalık izni hakkının doğduğu çalışma dönemi ödemesinin bir parçası²⁶ olarak kabul etmek gerekecektir. İşbu ödemeler, çalışma döneminin bir parçası olması nedeniyle hizmetin gerçekleştirildiği Âkit Devlette vergilendirilecektir.

Bazı durumlarda işveren, bağımlı faaliyeti sona erdirmeden önce (yasa ya da anlaşma gereğince) çalışana bir ihbar süresi sağlamak zorundadır. Çalışana bu ihbar süresi içinde çalışmaması söylenir ve o dönem için ödeme yapılırsa, böyle bir ödeme açıkça bağımlı faaliyet dolayısıyla yapılmış olacaktır ve bu nedenle, 1'inci fıkranın amaçları bakımından "oradan kaynaklanan" bir ödeme niteliğinde olacaktır. Böyle bir durumda alınan ödeme, çalışanın ihbar süresi içinde makul koşullarda çalışmış addedilebileceği Devletten elde edilmiş sayılacaktır²⁷ ve yine bu devletin vergilendirme yetkisi içinde kalacaktır.

Ayrıca, bazı Devletlerde, çalışanın bağımlı faaliyet süresi içindeki aylık maaşının bir kısmı, bu faaliyetin sona ermesinden sonra belli bir süre bir rakip için çalışmama yükümlülüğünün bedelini oluşturmakta ve istihdamın sona ermesinden sonra rekabet etmeme karşılığında ayrı bir ödeme yapılmamaktadır. Böyle bir durumda, bağımlı faaliyet sırasında alınan ödemenin söz konusu yükümlülüğe atfedilebilir kısmı, bu ödemenin kalan kısmıyla aynı şekilde işleme tabi tutulmalıdır.²⁸ Bu cihette, bağımlı

²⁴ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 2.2.

²⁵ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum,, Par. 2.4.

²⁶ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 2.5.

²⁷ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 2.6.

²⁸ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 2.9.

faaliyet sırasında alınan ödemenin söz konusu yükümlülüğe atfedilen kısmı, ödemenin yapıldığı sırada hizmetin ifa edildiği Âkit Devletin vergilendirme yetkisi kapsamında kalacaktır.

Bir çalışan, bağımlı faaliyetin sona ermesine neden olan geçici bir düzenlemenin bir parçası olarak, çalışmayacağı bir süre için tam veya indirilmiş bir maaş alıyor olabilir. Maaş, bağımlı faaliyet sona ermemiş olsa da işveren tarafından çalışanın, çalışmasının gerekmediği bir süre için ödendiğinde yine de istihdam nedeniyle alınmış olur ve dolayısıyla 1'inci fıkranın amaçları bakımından "oradan kaynaklanan" bir ödeme niteliğini taşıyacaktır.²⁹ İstihdam nedeniyle alınmış olan bu ödeme istihdamın gerçekleştiği Âkit Devlet tarafından vergilendirilecektir.

d. Ara Sonuç

Yukarıda anlatılanlar kapsamında Model Anlaşma'nın 15'inci maddesi ücret gelirinin vergilendirilmesi konusunda genel bir kural koymaktadır. İşbu genel kuralı düzenleyen 15'inci maddenin ilk fıkrasının şöyle anlaşılması gerektiği kanaatindeyim:

15'inci maddenin birinci fıkrasında; "*bir Âkit Devlet mukiminin bir hizmet dolayısıyla elde ettiği ücret, maaş ve diğer benzeri gelirler, bu hizmet diğer Âkit Devlette ifa edilmedikçe, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir.*" denilmek suretiyle vergilendirme yetkisi yerleşim yeri ülkesine verilmiş olup genel kaide bu yöndedir. Maddenin devamında yer alan; "*Hizmet diğer Devlette ifa edilirse, buradan elde edilen söz konusu gelir bu diğer Devlette vergilendirilebilir.*" ifadesi ile hizmetin yerleşim yeri ülkesinde değil de kaynak devleti ülkesinde gerçekleştirilmesi halinde; vergilendirme yetkisinin kaynak devletine verilebileceğine hükmedilmiştir. İşbu madde ile yerleşim yeri ülkesi, ücretlerin vergilendirilmesi konusunda kendisine tanınmış olduğu bu yetkiyi yani egemenliğini kısıtlayarak ücretlerin vergilendirilmesi konusundaki yetkisini kaynak devletine vermek zorunda olmayıp bu hal ihtiyaridir, âkit devletlerin kendi aralarında düzenleyecekleri anlaşmalarla ücretlerin vergilendirilmesi konusunda yetki devri söz konusu olabilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; fıkrada belirtilmiş olan mukim ve hizmet kavramları Model metninde veya Yorumda açıklanmakla birlikte bu hususlarda kesin bir tanım verme yoluna gidilmemiş olup kavramların anlamlandırmaları Âkit Devletlerin iç hukukuna göre tayin edilecektir.

B. İkinci Fıkraya İlişkin Değerlendirme

Model Anlaşma'nın 15'inci maddesinin ikinci fıkrası;

"1'inci fıkra hükümlerine bakılmaksızın, bir Âkit Devlet mukiminin diğer Âkit Devlette ifa ettiği bir hizmet dolayısıyla elde ettiği gelir, eğer:

a) gelir elde eden kişi, diğer Devlette, bu Devletin ilgili mali yılı içinde başlayan veya biten herhangi bir on iki aylık dönemde bir veya birkaç seferde toplam 183 günü aşmayan bir süre kalırsa ve

b) ödeme, diğer devletin mukimi olmayan bir işveren tarafından veya böyle bir işveren adına yapılırsa ve

²⁹ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma,15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 2.16.

c) ödeme, işverenin diğer Devlette sahip olduğu bir işyerinden yapılmazsa, yalnızca ilk bahsedilen Devlette vergilendirilecektir.” hükmündedir.

Model Anlaşma'nın 2'nci fıkrası, 1'inci fıkrada koyulmuş olan “Hizmet diğer Devlette ifa edilirse, buradan elde edilen söz konusu gelir bu diğer Devlette vergilendirilebilir.” ifadesinin istisnası niteliğindedir. Söz konusu bu istisna, üst yöneticilere yapılan ödemeler ile sanatçı ve sporcuların elde ettikleri ücretler ve emekli maaşları dışında kalan, bağımlı faaliyet ilişkisi içinde hizmet veren tüm gerçek kişileri kapsamaktadır.

Ödemenin istisna kapsamına girmesi için bu fıkrada ifade edilen üç koşulun birlikte (kümülatif olarak) sağlanması gerekmektedir. *İşbu üç koşul:*

- a) Mukim olmayan kişi hizmetin ifa edildiği ülkede 183 günden az kalırsa,
- b) Ödemeyi yapan veya adına ödeme yapılan işverenin, hizmetin ifa edildiği ülkenin mukimi olmaması,
- c) Ödemenin, mukim olmayan işverenin hizmetin ifa edildiği ülkede sahip olduğu bir işyerinden veya sabit yerden yapılmamasıdır.

a. İlk Koşul İstisnanın 183 Günlük Süre İle Sınırlı Olmasıdır.

Ödemenin istisna kapsamına girmesi için Mukim olmayan kişinin hizmetin ifa edildiği ülkede 183 günden az kalması gerekmektedir. Ayrıca bu sürenin “*ilgili mali yılda başlayan veya son bulan herhangi bir on iki aylık dönem içinde*” aşılamayacağı da madde metninde şart koşulmuştur.

İlgili mali yıla yapılan atıf, bir Âkit Devletin, diğer Âkit Devletin bir mukiminin bağımlı faaliyetinin gerçekleştiği ve bu süre içinde de söz konusu hizmetleri verdiği bir mali yıla yapılan atıf olarak yorumlanmalıdır.³⁰ Bu kapsamda, birbirini izleyen, tüm on iki aylık dönemler ve hatta birbiriyle belirli ölçüde çakışanlar bile dikkate alınmalıdır. İşbu kapsamda Model Anlaşmanın 2'nci fıkrasının a bendinde yer alan “*herhangi bir on iki aylık dönemde bir veya birkaç seferde toplam 183 günü aşmayan*” ifadesine dikkat etmek gerekecektir. Yorumda konuyla ilgili bir örneğe göre; bir çalışan bir Devlette 1 Nisan 01 ve 31 Mart 02 arasındaki 150 günlük süre zarfında ve ayrıca 1 Ağustos 01 ve 31 Temmuz 02 arasındaki 210 günlük süre zarfında bulunmuş ise, birinci dönemde asgari mevcudiyet testini karşılamıyor olsa dahi ve ikinci dönem birincisiyle kısmen çakışıyor olsa bile, yukarıda belirtilen ikinci 12 aylık dönemde 183 günü aşan bir süreyle orada bulunmuş olacaktır.³¹

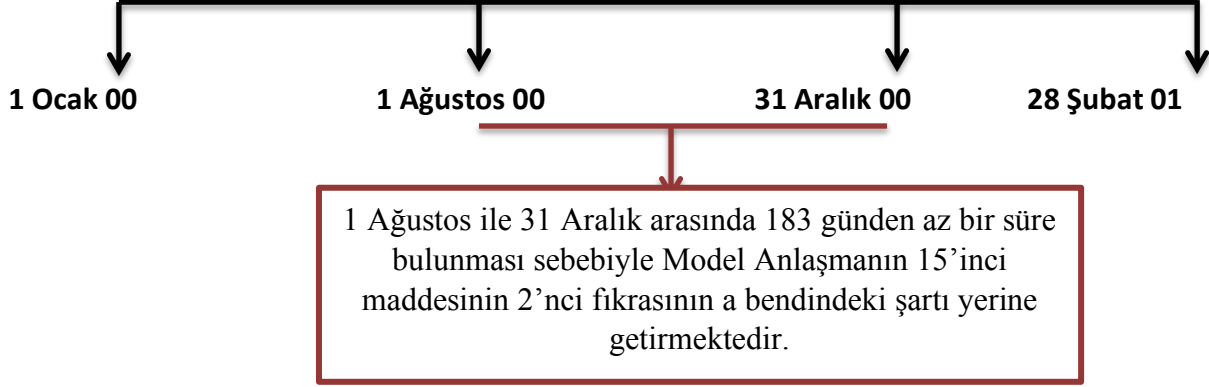
Yorumda gösterilen başka bir örnek; “*S Devletin mali yılının 1 Ocak ve 31 Aralık arasında olduğunu ve R Devletin bir mukiminin 1 Ağustos 00 ve 28 Şubat 01 arasında S Devletinde bulunduğunu ve bağımlı faaliyetine ilişkin hizmetlerini gerçekleştirdiğini varsayın. 1 Ocak ile 31 Aralık 00 arasında başlayan veya 1 Ocak ile 31 Aralık 01 arasında son bulan ve bağımlı faaliyete ilişkin hizmet döneminin herhangi bir kısmını içeren*

³⁰ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 4.1.

³¹ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 4.

herhangi bir on iki aylık dönem, "2a" bendi bakımından konuyla ilgili olacaktır"³² şeklindedir.

Örneği şekil yardımıyla incelediğimizde;



Modelde yer almamakla birlikte Yorum'a göre; 183 günlük dönemi hesaplamak için Âkit Devletler tarafından çeşitli formüller kullanılmakta ise de bu fıkranın kaleme alınış şekli bakımından "Fiziki Olarak Bulunulan Günler"³³ yöntemi kullanılmalıdır. Bu kapsamda süre hesabında teşebbüsün çalışanlarının ya da diğer personelin gerçekten hizmet tedarik ettiği günler dikkate alınmalıdır. Söz konusu kişilerin diğer ülkede bulunduğu ancak çalışmadığı günler, örneğin tatiller ve hafta sonları, hesaba katılmamalıdır.³⁴

b. İkinci Koşul, Ödemeyi Yapan İşverenin, Hizmetin İfa Edildiği Devletin Mukimi Olmaması Gerektiğidir.

Ödemeyi yapan işveren hizmetin ifa edildiği devletin mukimi olmaması ve ayrıca o işveren adına yapılmaması halinde istisna kapsamında bir ödemeden bahsedilecektir.

Bununla birlikte bazı üye ülkeler, 2'nci fıkranın istisnasını, işverenin, çalışanın ikamet ettiği Devletin mukimi olmadığı durumları kapsayacak şekilde genişletmenin uygun olmadığını düşünmektedirler. Bu görüşü paylaşan Âkit Devletler "2b" bendini;

"b) jödeme, ilk bahsedilen Devletin mukimi olan bir işveren tarafından veya o işveren adına yapılır, ve"

şeklinde karşılıklı olarak kabul etmekte serbest kabul edilmiştir.³⁵

İkinci koşulun anlamının tam olarak kavranabilmesi için "işveren" kavramını Model Anlaşma kapsamında ne ifade ettiğini ayrıca incelemek gerekmektedir.

³² Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 4.1.

³³ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 5.

³⁴ ÖNER, Cihat, Vergi Hukukunda İşyeri, İmaj Yayıncılık, Ankara 2016, s. 184.

³⁵ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 6.

b1. “İşveren” Kavramı

Anlaşma metninde geçen “Employer” terimi “İşveren”³⁶ anlamına gelmektedir. Model Anlaşma metninde işveren kavramına atfedilmesi gereken anlam açıklanmamış olup 1992 OECD Modelinin Şerhinde “İşveren” hizmet üzerinde hakları bulunan ve sorumluluğu ve riskleri üstlenen kişi şeklinde tanımlanmıştır.³⁷ Türk Hukuku anlamında ise işveren; “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar; bir hizmet akdine dayanarak diğer bir kimseyi işçi olarak çalıştıran kimse”³⁸ dir. Gelir Vergisi Kanunu 62’nci maddeye göre ise; “hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dahilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler” anlamına gelmektedir. Şerhte tanımlanan işveren ile Türk Hukuku anlamında işveren terimi birlikte düşünüldüğünde kanaatimce işveren; “bir kimseyi işçi olarak çalıştıracak nitelikte bir hizmet akdi kurarak, işbu âkit sayesinde hizmet üzerinde hakları bulunan, riskleri ve sorumluluğu üstlenen gerçek veya tüzel kişi” olarak anlaşılmalıdır.

“İşveren” teriminden ne anlaşılacağı belirlenerek Model Anlaşmanın bu maddesinin kötüye kullanmalara konu olması engellenebilecektir. Söz konusu düzenlemenin ikametgâh devletinin vergilendirme yetkisine bağlanılmasına yol açan unsurları “uluslararası işçi kiralama” olgusunu yaratmıştır. Kaynak Devletinde 183 günden az hizmet ifa eden kişinin elde ettiği ücretlerin ikametgâh devletinin vergilendirme yetkisine bağlanabilmesi için, ödemenin kaynak devletinde mukim olmayanlarca yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, kaynak devletinde mukim bir işveren yurtdışından işçi gereksinimini yurtdışında kurulu aracı kuruluşlardan temin etmektedir. Burada görünürdeki işveren kaynak devletinde mukim olmayan kişilerdir ve işçileri yerel işverenlere kiralamaktadırlar. Böylece, söz konusu işçi maddenin öngördüğü bütün koşulları gerçekleştirmektedir. Bu kapsamda işveren teriminin anlamı kavranmak suretiyle, uluslararası işçi kiralama işlemlerinde maddi olgular biçimin önüne geçmeli ve her durumda işverene ait yetkilerin, işçi kiralayan kişi tarafından mı yoksa işçiyi kullanan kişi tarafından mı kullanıldığına bakılmalıdır.³⁹

Mevcut durumun böyle olduğu Devletler, Yorumda önerilen ve her devletin özel durumuna göre revize edilebilecek aşağıdaki gibi kaleme alınmış bir hükmü karşılıklı olarak kabul etmekte serbesttirler;

“Bu Maddenin 2’nci fıkrası, aşağıdaki durumlarda, diğer Âkit Devlette gerçekleştirilen bağımlı faaliyete ilişkin bir hizmetle ilgili olarak bir Âkit Devletin mukimi tarafından elde edilen ve o diğer Devletin mukimi olmayan bir işveren tarafından veya bu işveren adına yapılan ödeme için geçerli olmayacaktır:

a) Alıcının istihdam sırasında işveren haricindeki bir kişiye hizmet sağlaması ve ilgili kişinin doğrudan veya dolaylı olarak bu hizmetlerin gerçekleştirilme şeklini gözetmesi, yönlendirmesi veya kontrol etmesi ve

³⁶ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Resmi Sitesi, (<http://www.mfa.gov.tr/data/Terminoloji/ekonomi-ve-maliye-terimleri%20listesi-110615.pdf> ErişimTarihi:02.05.2018)

³⁷ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15’inci Maddeye İlişkin Yorum, Par.3.

³⁸ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 6. Bası, Ankara 2016, s. 371.

³⁹ YALTI SOYDAN, a.g.e., s. 175.

b) Bu hizmetlerin o kişi tarafından gerçekleştirilen ticari faaliyetlerin ayrılmaz bir parçasını oluşturması.”⁴⁰

Bununla birlikte, gerçek kişi tarafından sağlanan hizmetlerin bir Devlet tarafından, iki teşebbüs arasında yapılan bir hizmet sağlama sözleşmesi kapsamında değil de, bir bağımlı faaliyet ilişkisi içinde sağlanmış addedilip addedilmediği her zaman aşikâr olmayacaktır. Bu hallerde; gerçek kişi tarafından sağlanan hizmetlerin mahiyeti önemli bir faktör olacaktır. Bu kapsamda, gerçek kişi tarafından sağlanan hizmetlerin, bu hizmetlerin sağlandığı teşebbüsün işinin ayrılmaz bir parçasını oluşturup oluşturmadığını belirlemek gerekmektedir.⁴¹

Bu amaçla, gerçek kişinin çalışmasıyla ilgili Model Anlaşmanın Yorumunda açıklanan ilave faktörler anahtar niteliğinde olacaktır. İşbu ilave faktörler;

“- çalışmanın nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin olarak gerçek kişiye kimin talimat verme yetkisine sahip olduğu,

- işin gerçekleştirildiği yeri kimin kontrol ettiği ve bu yerle ilgili sorumluluğun kime ait olduğu,

- gerçek kişiye yapılan ödemenin doğrudan resmi işveren tarafından hizmetlerin sağlandığı teşebbüse mi fatura edildiği,

- iş için gerekli olan araç ve malzemeleri kişinin kullanımına kimin sunduğu,

- işi gerçekleştiren gerçek kişilerin sayısını ve niteliklerini kimin belirlediği,

- işi gerçekleştirecek kişiyi seçme ve bu kişiyle yapılan sözleşmeleri feshetme hakkına kimin sahip olduğu;

- bu kişinin işine ilişkin disiplin yaptırımları getirme hakkına kimin sahip olduğu,

- bu kişinin tatillerini ve çalışma planını kimin belirlediği”⁴²

olarak ifade edilmiştir.

İşveren kavramıyla ilgili Model Anlaşma kapsamında bir diğer önem arz eden konu ise; mali olarak şeffaf ortaklıklar konusudur. “Mali olarak şeffaf ortaklık” Bir Devletin bir ortaklığı vergi amaçları açısından görmezden gelerek ve mali açıdan şeffafmış gibi muamele ederek ortakları ortaklık gelirindeki payları üzerinden vergilendirdiği durumlardır.⁴³ Bu halde ortaklığın kendisi mükellef değildir ve bu nedenle, bu Devletin bir mukimi olarak kabul edilmeyebilir. Bu gibi bir ortaklığın işveren olarak nitelendirileceği kuşkusuzdur. Bu kapsamda; “b” bendindeki bağlam ve amaç ile uyumlu olacak anlamlı bir yoruma ulaşmak amacıyla, mali olarak şeffaf ortaklıklarda söz konusu bendin ortaklar seviyesinde geçerli olduğu düşünülmelidir. Böylece, “b”

⁴⁰ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 8.3.

⁴¹ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 8.12-13.

⁴² Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 8.14.

⁴³ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 4'üncü Maddeye İlişkin Yorum, Par. 8.8.

bendindeki “işveren” ve “mukim” kavramları, mali olarak şeffaf ortaklık seviyesinden ziyade ortaklar seviyesinde uygulanır. Bu yorum, ortakların farklı Devletlerde mukim olduğu durumlarda zorluklar yaratabilecekken bu gibi zorluklar, örneğin ortaklıktaki hisselerin çoğuna sahip olan ortakların mukim olduğu Devleti (örneğin, indirimin en büyük kısmının talep edileceği Devlet) belirleyerek karşılıklı anlaşma usulüyle ele alınabilir.⁴⁴

Sonuç olarak, istisna kapsamında olabilmek için gerekli olan kümülatif şartlardan ikincisi “*ödemenin, diğer devletin mukimi olmayan bir işveren tarafından veya böyle bir işveren adına yapılması hali*”dir. İşbu şart, kaynak devletinde mukim olmayan işverenin yapmış olduğu ve karşılığında hizmet aldığı ücret ödemesine ilişkindir. Bu kapsamda; “işveren” kavramının anlamı ve Âkit Devletlerin bu kavramı kabul etmiş oldukları nitelendirmeler ve kavrama dair uygulamalar istisnanın b bendini oluşturan işbu şartın kapsamını belirlemektedir.

c. Üçüncü Koşul, Ödemenin, Mukim Olmayan İşverenin Hizmetin İfa Edildiği Ülkede Sahip Olduğu Bir İşyerinden Veya Sabit Yerden Yapılmamasıdır.

Model Anlaşmanın 15’inci maddesinin istisnası hükmü olan 2’nci fıkrasının c bendine göre; işveren bağımlı faaliyetin gerçekleştiği Devlette bir işyerine sahipse, istisna, ödemenin işyeri tarafından üstlenilmemesi koşuluyla tanınacaktır.

İstisnanın üçüncü koşulunun uygulama alanı bulabilmesi için madde metninde yer alan “işyeri” ve “sabit yer” kavramları öncelikli olarak incelenmelidir.

c1. “İşyeri⁴⁵” Kavramı

Vergilendirme yetkisinin paylaşımında esas alınan unsurlardan biri olan işyeri maddi bir varlıktır. Maddi bir varlık olarak vergilendirme yetkisinin paylaşılmasında işlev görmektedir.⁴⁶

Başka bir deyişle işyeri; belirli bir ülkenin ekonomik faaliyet ağına sürekli bir şekilde katılma esasına dayanır ve o ülkede yeterli düzeyde varlık gösterdiğine dair bir görünüş oluşturur. Bu anlamda bir yabancı işletmenin ülke içi “varlığı” üç kriter etrafında belirlenir; yani işletmenin yabancı devlette şube, büro, dükkan, fabrika gibi sabit yerlere sahip olup olmadığı; işletmenin bizzat kendisinin o ülkede varlık göstermediği hallerde acentelerinin bulunup bulunmadığı, ya da işletmenin bu yabancı ülkede stoklama, dağıtım, satın alma gibi faaliyetler sürdürüp sürdürmediği araştırılır.⁴⁷

İşyeri kavramının uluslararası vergi hukukunda kullanılmasında ulaşılmak istenen amaç; bir devletin ülkesinde faaliyet gösteren herhangi yabancı bir teşebbüsün kazancının o devlet tarafından vergilendirilebilmesine ilişkin hakkının belirlenmesidir.⁴⁸

OECD Modelinin 5. Maddesinin 1. Fıkrası, işyerinin genel tanımını vermektedir. Bu doğrultuda Model kapsamında işyerinin bir “yer”, “mahal” veya “bulunulan

⁴⁴ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15’inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 6.2.

⁴⁵ “Permant Establishment”

⁴⁶ İŞİK, Hüseyin, Uluslararası Vergilendirme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 108.

⁴⁷ YALTI, Billur, Elektronik Ticarete Vergilendirme, DR Yayınları, İstanbul 2003, s.115.

⁴⁸ ÖNER, a.g.e., s. 3-4.

yer”(situs) ve sabit bir yer olma gibi asli özelliklerinin belirlendiği görülmektedir. Maddede işyeri, “bir teşebbüsün işinin tamamen veya kısmen yürütüldüğü işe ilişkin sabit bir yer” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹ Model anlaşma işyerinin örneklerini sayma yoluyla “yönetim yeri, şube, büro, fabrika, atölye, maden ocağı, petrol veya doğal gaz kuyusu, taş ocağı veya doğal zenginliklerin elde edilmesine yarayan diğer yerler”⁵⁰ olarak belirlemiştir.

Madde metninde ayrıca tanım dışında bırakılan yerler; “Tesislerin sadece işletmeye ait mal veya ticari eşyanın saklanması, sergilenmesi veya teslim edilmesi amacıyla kullanılması ve sabit iş yerinin yalnızca işletmeye mal veya ticari eşya satın alınması ya da işletme için bilgi toplanması amacıyla elde tutulması gibi amaçlarla kullanılan sabit iş yerleri”⁵¹ olarak belirtilmiştir.

İşyerinin varlığı için gerekli şartlar;

- Öncelikle işe ilişkin bir yerin bulunması⁵²
- Teşebbüsün işlerinin bu sabit yer ile yürütülmesi⁵³
- İşletmeye ait işin tamamının veya bir kısmının bu işyeri aracılığı ile yürütülmesi⁵⁴

şeklinde ifade edilebilmektedir.

İşyeri tanımında geçmişte işyerine atfedilebilecek diğer bazı özellikler de tartışma konusu olmuştur. Örneğin işyerinin verimli ya da üretime katkı sağlayıcı bir niteliğinin de bulunması şartı aranması bu özelliklerden biridir. Bu doğrultuda işyerinin doğal olarak teşebbüsün karına ya da kazançlarına katkı sağlaması beklenmektedir.⁵⁵ Bu kapsamda 1943 Meksika Taslağında; işyeri terimi; “merkez ofisleri, şube, mayın ve petrol kuyularını, tarlaları, fabrikaları, atölyeleri, depoları, ofisleri, acenteleri, kurumları, profesyonel bina ve üretken bir karaktere sahip diğer sabit yerleri içerir.”⁵⁶ şeklinde tanımlanmıştır. Güncel tanımlamada ise Akçaoğlu'nun “üretkenlik testi”⁵⁷ olarak nitelendirdiği kriter terk edilmiştir. İşbu özelliğin aranan kriterlerden çıkmasının yanında Modelin 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında işe ilişkin sabit yerin örnekleri sıralanmıştır ki bu “pozitif liste” olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık, işe ilişkin sabit yerin istisnaları da Modelin 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında belirlenmiştir ki bu da “negatif liste” olarak ifade edilmektedir.⁵⁸

⁴⁹ ÖNER, a.g.e., s. 5.

⁵⁰ OECD Model Anlaşması, md. 5. Par. 2.

⁵¹ OECD Model Anlaşması, md. 5. Para. 4.

⁵² “Place Of Business”

⁵³ “Fixed”

⁵⁴ “Carrying On”

⁵⁵ ÖNER, a.g.e., s. 5.

⁵⁶ Madde Metninin İngilizce Orjinali:

“1. The term “permanent establishment” includes head offices, branches, mines and oil-wells, plantations, factories, workshops, warehouses, offices, agencies, installations, Professional premises and other fixed places of business having a productive character.”

⁵⁷ AKÇAOĞLU, Ertuğrul, Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi, Mali Akademi Yayınları, Ankara 2012, s. 90.

⁵⁸ YALTI, a.g.e., s. 118.

c1.1. İşe İlişkin Bir “Yer”in Bulunması (Place Of Business)

İşyeri ifadesinde vurgu “yer” terimindedir. Model Anlaşma ve Şerhi bu terimden ne anlaşılması gerektiğini açıklamamışlardır. Türkçede “yer” sözcüğü; “*Bir şeyin, bir kimsenin kapladığı veya kaplayabileceği boşluk, mahal, mekân*”⁵⁹ anlamına gelmektedir.

Yer sözcüğünden yola çıkarak işyeri kavramına geldiğimizde; Model Anlaşmadaki “*permanent establishment*” kavramının, dilimizdeki karşılığı “*işyeri*”dir. İşyeri kavramını açıklarken kullanılan “*place of business*” karşılığı ise “iş yapılan yer” anlamında “*iş yeri*” olup “*place of business*” için “*iş yeri*” terimini kullanmak terminolojik olarak daha doğru olacaktır.⁶⁰

Model Anlaşmanın lafzı “*iş yeri*”nden ne anlaşılması gerektiği noktasında, yeterince yol gösterici nitelikte olduğu söylenemeyecektir. Model Anlaşmanın lafzına göre, iş yeri; “*bir işletmenin faaliyetlerine temel teşkil etmeye ticari açıdan uygun olan, esaslı mahiyet taşıyan herhangi bir fiziksel obje*” olarak tanımlanabilir. Bu açıdan, gayrimenkuller, binalar, makineler, bilgisayarlar, gemi ve uçaklar ve sondaj aletleri işe ilişkin yerlerdir.⁶¹

Bununla birlikte, Model Anlaşma’nın Yorumu işletmenin ticari faaliyetinin sürdürülmesi için kullanılacak bir yapının bulunmaması ya da buna gerek duyulmaması halinde de bir iş yerinin bulunabileceğini ifade etmektedir. Belirli bir alanın yerleşik olmayan işletmenin tasarrufunda bulunması yeterli olacak olup belirli koşullarda otomatik makineler ve ekipman da sabit bir iş yeri ve dolayısıyla işyeri olabilecektir.⁶²

c1.2. Teşebbüsün İşlerinin Bu Sabit Yer İle Yürütülmesi (Fixed)

İşyeri olabilmek için, iş yapılan yerin “*sabit (Fixed)*” olması gerekmektedir. Burada sabit olmadan kasıt, işe ilişkin yerin belirli bir coğrafi alanda kurulmuş olması ve daimilik taşımasıdır. Yani sabit kavramı iki koşulu içermektedir. Bunlardan birincisi coğrafi sabitlik, ikincisi zamana ilişkin sürekliliktir.⁶³ Bu kapsamda, normal şartlar altında işlerin yürütüldüğü yer ile belli bir coğrafi yer arasında bağlantı bulunmalıdır. Bu bağlantının kurulmadığı durumlarda teşebbüsün diğer devlette ne kadar süre faaliyette bulunduğu bir anlamı yoktur.⁶⁴ Her ne kadar “sabit” terimi, *hareketli (mobile)* ticari faaliyetleri kapsam dışında bırakmış görünse de, işyeri olarak nitelendirilebilecek ekipmanın üzerinde bulunduğu toprağa sabitlenmiş olması gerekmektedir.⁶⁵ Bu açıdan işe ilişkin yerin coğrafi mekân bağı, toprak bağı değil, -bina, petrol kuyusu gibi birçok örnekte gerçekte öyle olsa bile-, bir ticari faaliyetin sürdürülebilmesi için belirli bir mekânın emre amade oluşu, yani alan bağıdır.⁶⁶

⁵⁹ Türk Dil Kurumu Resmi Sitesi, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5aec0736c03661.9074272 Erişim Tarihi: 04.05.2018)

⁶⁰ AKÇAOĞLU, a.g.e., s. 94., dpn . 362.

⁶¹ YALTI, a.g.e., s. 119.

⁶² AKÇAOĞLU, a.g.e. ,s. 93.

⁶³ YALTI, a.g.e., s. 119-120.

⁶⁴ ÖNER, a.g.e., s. 67.

⁶⁵ AKÇAOĞLU, a.g.e. ,s. 93.

⁶⁶ YALTI, a.g.e., s. 120.

Bu koşulun çok dar ya da çok geniş yorumlanmaması gerekmektedir; çünkü her iki yorum sonucunda da maddede amaçlanmayan uç noktalara varmak mümkündür. Bu kapsamda, bir işyerinin varlığı tespit edilirken işin yürütüldüğü yer her bir somut olayda ayrı ayrı, kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.⁶⁷

İşe ilişkin yerin sabit olması demek, işe ilişkin yerin belirli bir dereceye kadar süreklilik göstermesi demek olup işe ilişkin yer geçici bir nitelik taşımamalıdır. İşe ilişkin yer, geçici bir amaçla kurulmadığı halde, faaliyetin mahiyeti ya da özel durumlar nedeniyle uygulamada sadece kısa bir süre mevcut olsa bile, faaliyetin mahiyeti geçici bir nitelik taşıyorsa, bu yer işyeri olarak kabul edilecektir.⁶⁸ İşbu süreklilik hiçbir zaman sona ermeyecek olma şeklinde değil, belirsiz bir süre devam etme olarak anlaşılmalıdır.

Uygulamada değişiklik göstermekle birlikte işyerinin oluşumunda esas alınan süre *-devletlerin süre konusundaki yaklaşımın birbirinden farklıdır.-* genellikle 6 aydır. OECD üyesi devletler 6 ayı aşan bir süre devamlılık gösteren işe ilişkin sabit yerleri işyeri olarak kabul etmektedir.⁶⁹ Modelin Yorumunda üye devletler tarafından da kabul edilen 6 aylık süreye ilişkin iki istisna öngörülmektedir:

- *Faaliyetler tekrarlayan nitelikte ise 6 aylık süreye ilişkin bir istisna teşkil etmektedir; bu vakalarda yerin kullanıldığı her dönem söz konusu yerin kullanıldığı dönem sayısı ile birlikte değerlendirilmelidir.*
- *Faaliyetlerin münhasıran ilgili bir ülkede yürütüldüğü durumlarda 6 aylık süreye ilişkin bir istisna ortaya çıkmaktadır; bu durumda iş niteliği gereği kısa süreli olabilir, fakat bütünüyle ilgili ülkede yürütüldüğünden bu ülke ile olan bağlantısı daha güçlüdür.*⁷⁰

Son olarak söylenebilir ki; sürekliliğin faaliyete hiç ara verilmemesi anlamına gelir şekilde yorumlanmaması gerekir, önemli olan düzenliliklerdir.⁷¹

c1.3. İşletmeye Ait İşin Tamamının Veya Bir Kısımının Bu İşyeri Aracılığı İle Yürütülmesi ("Carrying On")

Bir iş yerinden söz edebilmek için işlerin işe ilişkin sabit bir yerden ya da yer vasıtasıyla kısmen ya da tamamen yürütülmesi gerekmektedir. Faaliyetin düzenli bir biçimde sürdürülmesi esastır; dar anlamda süreklilik ya da verimlilik gibi unsurlara gerek yoktur.⁷²

Tamında yer alan işin yürütüldüğü yer ifadesinin geniş yorumlanması gerekmektedir. 1963 tarihli Modelde yer ifadesi belli sabit bir yeri ifade edecek şekilde kullanılmaktaydı. Bu modelde işin belli bir yer vasıtasıyla değil, doğrudan o yerde icra edilmesi gerekiyordu. Madde metninde de *"through"* yerine *"in"* ifadesi yer almaktaydı. 1977 tarihli Modelde ise bu kavram *"through"* ifadesi ile daha geniş bir içerik

⁶⁷ ÖNER, a.g.e., s. 68-69.

⁶⁸ YALTI, a.g.e., s. 124.

⁶⁹ ÖNER, a.g.e., s. 84.

⁷⁰ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 6.

⁷¹ YALTI, a.g.e., s. 125.

⁷² Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 7.

kazanmıştır. Maddede kullanılan bu ifadelerin geniş yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla işin yürütülmesinde bir işlev gören her yer bu kapsamda düşünülmelidir. İşin bu yerin içinde, dışında, aracılığıyla vs. gerçekleştirilmiş olması önemli değildir.⁷³

Genellikle bir işletme kaynak ülkede faaliyetlerini yürütebilmesi için kullandığı sabit iş yerinde çalışanlara veya kendine bağlı başkaca kişilere ihtiyaç duymaktadır. OECD Model Anlaşması'nın 5'inci maddesinin şerhi söz konusu bu insan unsuru hakkında;

“teşebbüsün işi, işe ilişkin sabit bu yer vasıtasıyla yürütülmelidir. Bu, genelde o ya da bu şekilde teşebbüse bağımlı olan kişilerin (personel), teşebbüsün sabit yerinin bulunduğu Devletteki işlerini yürüttüğü anlamına gelir.”⁷⁴

İfadelerine yer vermiştir. Sabit bir yerde işin sürdürülmesi için çoğunlukla insanların için yürütülmesi boyunca süreç içinde yer alması gerekli olsa da yiyecek-içecek otomatları, bilgisayar sunucuları gibi kendiliğinden çalışabilen ekipmanlar bakımından insanların süreç içinde bulunması gerekli değildir. Böyle hallerde, insan unsuru, ticari faaliyetin sabit işyeri ile bağlantılı olmasının değerlendirilmesinde bir ölçüt olmaktan çıkmaktadır.⁷⁵

d. Ara Sonuç

Yukarıda anlatılanlar kapsamında Model Anlaşma'nın 15'inci maddesi ücret gelirin vergilendirilmesi konusunda kaynak devlete verilebilecek bir vergilendirme yetkisine istisna şeklindedir. İşbu istisna; ücret gelirin vergilendirilmesi konusunda hizmetin ifa edildiği ve dolayısıyla vergilendirildiği yer olan kaynak devletinde değil ücret gelirini elde eden mukimin, mukim olduğu devletçe vergilendirileceği şeklindedir. İstisna hükmünün mukim açısından uygulanabilmesi için kümülatif olarak düzenlenen üç koşula yer verilmiştir.

Bu üç koşulu;

- Mukim olmayan kişi hizmetin ifa edildiği ülkede 183 günden az kalırsa,
- Ödemeyi yapan veya adına ödeme yapılan işverenin, hizmetin ifa edildiği ülkenin mukimi olmaması,
- Ödemenin, mukim olmayan işverenin hizmetin ifa edildiği ülkede sahip olduğu bir işyerinden veya sabit yerden yapılmaması

şeklinde ifade etmek mümkündür.

C. Üçüncü Fıkra İlişkin Değerlendirme

Model Anlaşma'nın 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrası;

“Bu maddenin bundan önceki hükümlerine bakılmaksızın, uluslararası trafikte işletilen bir gemi veya uçakta ya da iç su yolu taşımacılığı alanında faaliyet gösteren bir

⁷³ ÖNER, a.g.e., s. 91.

⁷⁴ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15'inci Maddeye İlişkin Yorum, Par. 2.

⁷⁵ AKÇAOĞLU, a.g.e. ,s. 96.

tekne de ifa edilen bir hizmet dolayısıyla elde edilen gelir, teşebbüsün etkin yönetim merkezinin bulunduğu Âkit Devlette vergilendirilebilir." hükmündedir.

İşbu 3'üncü fıkra yukarıda detaylıca açıklanan 1'inci ve 2'nci fıkralardan bağımsız bir niteliğe sahip olup Model Anlaşma'nın 8'inci maddesinde düzenlenen deniz, iç su yolu ve hava taşımacılığı başlıklı düzenleme ile ilişkilidir.

Bu noktada 8'inci maddenin düzenleniş amacı 3'üncü fıkranın neden 1'inci ve 2'nci maddeden ayrı düzenlenmiş olduğunu da bize gösterecektir.

Deniz taşımacılığı, bu noktada bizim için çıkış noktası teşkil edecektir. Deniz taşıtı işletmeciliğinin her bir aşamasına farklı kuralların uygulanması çok büyük sıkıntılara sebebiyet verecektir. Bu çerçevede, 3'üncü fıkranın ilk iki fıkradan bağımsız olarak düzenlenmesi temelinde oldukça pratik bir gerekçe yatmaktadır. Uluslararası taşımacılık işlerinde daimi işyeri prensibinin benimsenmesi vergilendirme yetkisi konusunda ciddi sıkıntılara sebebiyet verecektir. Bu kapsamda 3'üncü fıkranın işbu anlaşmanın 8'inci maddesi ile anlaşılması teşebbüsün etkin yönetim merkezinin bulunduğu devletin ücret gelirlerini vergilendirme noktasında yetkiye sahip olması bahsedilen sıkıntılara bir alternatif çözüm niteliğindedir.

3'üncü fıkra, uluslararası trafikte işletilen gemi veya uçakların ya da iç su yolu taşımacılığı ile uğraşan teknelerin mürettebatlarına yapılan ödemelere uygulanmaktadır. Bu kuralın içeriğini daha iyi anlamlandırabilmek açısından "Uluslararası Trafik" ve "Etkin Yönetim Merkezi" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği üzerinde kısaca durulacaktır.

a. Uluslararası Trafik

"Uluslararası trafik" teriminin Model Anlaşma'nın 3'üncü maddesinde tanımlandığı görülmektedir. Buna göre, "uluslararası trafik" terimi, yalnızca diğer Âkit Devletin sınırları içinde gerçekleştirilen gemi veya uçak işletmeciliği hariç olmak üzere, etkin yönetim merkezi bir Âkit Devlette bulunan bir teşebbüs tarafından gemi veya uçak işletilerek yapılan taşımacılığı ifade etmektedir. Model'in yorumlarına bakıldığında, "Uluslararası trafik" teriminin tanımının normalde anlaşıldığından çok daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, Model'deki tanım ile etkin yönetim merkezinin bulunduğu Devlet için hem yalnızca yurtiçi trafiğini hem de üçüncü Devletler arasında gerçekleşen uluslararası trafiği vergilendirme hakkının saklı tutulması ve diğer Âkit Devlete yalnızca kendi sınırları içerisinde gerçekleşen trafiği vergilendirmesine izin verilmesi amaçlanmaktadır.⁷⁶

Öte yandan, tanımlama ile tamamen bir Âkit devletin sınırları içerisinde başlayıp biten taşımacılık faaliyetlerinin "uluslararası trafik" olarak görülmediği saptanmaktadır. 3'üncü maddeye ilişkin Yorum'un 6.3 no'lu paragrafında bu husus; *"Uluslararası trafik tanımı, gemi veya uçağın diğer Devlette bulunan iki yer arasında işletildiği halde, taşımacılık işleminin bir kısmı bu diğer Devletin dışında gerçekleşse dahi, etkin yönetim merkezi bir Âkit Devlette bulunan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilen bir taşımacılık işlemine uygulanmaz. Böylece, örneğin bu diğer Devlette başlayıp biten ve bir yabancı*

⁷⁶ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 3'üncü Maddeye İlişkin Yorum, Par. 6.1.

limanda durak noktası olmadan gerçekleşen bir gemi gezisi uluslararası trafikte yolcu taşımacılığı teşkil etmez. Bu noktayı anlaşmalarında bilhassa açıklığa kavuşturmak isteyen Âkit Devletler tanımı gerekli şekilde değiştirmek konusunda ikili anlaşmaya varabilirler.” şeklinde ifade edilmektedir.

b. Etkin Yönetim Merkezi

“Etkin yönetim merkezi” kavramı Model Anlaşma metni içerisinde tanımlanmamıştır. Söz konusu kavram, Anlaşmada ilk olarak mukimliğe ilişkin 4’üncü maddede karşımıza çıkmaktadır. Bu maddenin yorumundan hareket edildiğinde, “*etkin yönetim merkezi*”ne ilişkin olarak; “*Tescil gibi sırf biçimsel bir kriterle önem atfedilmesi doğru bir çözüm olmayacaktır. Bu nedenle, 3’üncü fıkra şirketin ve benzerlerinin fiilen yönetildiği yere önem atfetmektedir.*” ifadesi ile karşılaşılmaktadır. Bu bağlamda, “*etkin yönetim merkezi*”ni şirketin ve benzerlerinin fiilen yönetildiği yer olarak tanımlamak doğru olacaktır. Etkin yönetim merkezi, bir kuruluşun işlerinin bir bütün olarak yürütülmesi için gerekli olan kilit yönetsel ve ticari kararların önemli ölçüde alındığı yerdir. Etkin yönetim merkezinin tespit edilmesi için bütün ilgili gerçeklikler ve koşullar saptanmalıdır.⁷⁷

Öte yandan, Türkiye’nin “etkin yönetim merkezi” kriterini uygulama alanını genişlettiği görülmektedir. Ülkemiz, bir gerçek kişiden farklı olan ve Maddenin 1’inci fıkrası uyarınca her iki Âkit Devletin mukimi olan bir kişinin mukimliğinin saptanmasına yönelik “*tescilli ofis*” (kanuni ana merkez) kriterinin yanı sıra ve “*etkin yönetim merkezi*” kriterini kullanma hakkını saklı tutmuştur.⁷⁸

c. Ara Sonuç

Model Anlaşma’nın 15’inci maddesinin 3’üncü fıkrası, 1’inci ve 2’nci fıkradan bağımsız olarak uluslararası deniz, iç suyu ve hava taşımacılığında ifa edilen bir hizmet dolayısıyla elde edilen gelirin teşebbüsün etkin yönetim merkezinin bulunduğu devlete vergilendirileceğini düzenlemiştir.

8’inci Maddenin Yorumunda, Âkit Devletlerin, bu geliri vergilendirme hakkının, gemi, tekne veya uçakları işleten teşebbüsün Devletine verilmesi konusunda anlaşmaya varabileceklerine işaret edilmiştir. Bu olanağın gemicilik, iç suyollarında taşımacılık ve hava taşımacılığı işletmelerinden elde edilen gelir söz konusu olduğunda uygulanmasının nedenleri, mürettebata yapılan ödemeler bakımından da geçerlidir. Buna göre, Âkit Devletler, bu ödemelerin vergilendirilmesi hakkını teşebbüsün Devletine veren bir hüküm üzerinde anlaşmaya varmakta serbest bırakılmışlardır. 8’inci Maddenin 3’üncü fıkrasının, gemicilik veya iç suyolları taşımacılığı teşebbüslerinin etkin yönetim merkezinin bir gemi veya teknenin üzerinde olması halinde geçerli olacağı anlaşılmaktadır.⁷⁹

⁷⁷ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15’inci Maddeye İlişkin Yorum, par. 24.

⁷⁸ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, Maddeye İlişkin Çekinceler, par. 30.

⁷⁹ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15’inci Maddeye İlişkin Yorum, par. 9.

Sınır bölgelerinde çalışan işçiler veya Devletler arasında gidip gelen kamyon ve trenlerde çalışan kişilerin gelirlerinin vergilendirilmesi ile ilgili özel kurallara yer verilmediği görülmektedir. Bu faaliyetler ikili ve çok taraflı uluslararası karayolu taşımacılığı anlaşmaları çerçevesinde yürütülmektedir. Anılan anlaşmalar uluslararası karayolu taşımacılığında sadece vergilendirme konusunu içerisinde barındırmamakta; anlaşma içerisinde bir bölümünde yer bulmaktadır. Karayolu taşımacılığında özel kurallara yer verilmemesinin bir diğer nedeni de yerel koşullardan kaynaklanan sorunların doğrudan ilgili Devletler arasında çözülmesinin daha uygun olacağına da Yorum metninde yer bulmasıdır.⁸⁰

2. OECD Model Anlaşması'nın 15'inci Maddesi'nin Türk Hukuku Açısından Sonuçları

A. Türk Hukuku Bakımından Ücret Gelirinin Tanımı

Sözlük anlamı "*İş gücünün karşılığı olan para veya mal*"⁸¹ olan ücret; özel hukukta, kamu hukukunda ve bu arada iş hukukunda farklı anlamlara gelmek üzere kullanılabilen bir terimdir. Ancak belirleyici unsur olan, bir hizmet akdinin varlığı, her alandaki ilişkide asıldır.⁸²

a. Anayasal Tanımı

1982 tarihli Anayasamızın "Ücrette Adaletin Sağlanması" başlıklı 55'inci maddesinde ücret "emeğin karşılığıdır." İşbu düzenleme ile Devletin, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir.

b. İş Kanunu'ndaki Tanımı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32'nci maddesine göre; "*Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.*"

Yasa koyucu ücretin, görülen bir işin karşılığı olması gerektiği ve niteliği bakımından "eşit işe eşit ücret" ödenmesi gerektiği yolundaki Anayasamızın 55'inci maddesindeki yapılan işe uygun, adaletli ücret almaları yolundaki temel hükümden kaynaklanan ana kuralı özel hükümler olarak vaaz etmiştir.⁸³

c. Borçlar Kanunu'na Göre Tanımı

Borçlar Kanunu'nun 313'üncü maddesinde hizmet akdinin tarifi yapılmasına karşın ücret için bir tanım getirilmemiştir. Ayrıca, yasanın 314'üncü maddesinde de hizmetin ancak ücret mukabilinde yapılması halinde hizmet akdinin yerine getirilmiş olacağına hükmedilerek, 323'üncü maddesinde de işverenin ücreti ödeme yükümünü hükme bağlamıştır. Borçlar Kanunu'nda ücretin tanımı yapılmamakla birlikte ücretin

⁸⁰ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma,15'inci Maddeye İlişkin Yorum, par. 10.

⁸¹ Türk Dil Kurumu Resmi Sitesi, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5aedae0bc800f5.20409479 Erişim Tarihi: 05.05.2018)

⁸² ÖNCEL; KUMRULU; ÇAĞAN, a.g.e., s. 287.

⁸³ BAHAR, Okan Cevdet, Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2005, s.23.

hizmet sözleşmesinin temel unsuru olduğunu hükme bağlamak suretiyle ücreti, akdin olmazsa olmaz koşulu olarak tarif etmiştir.⁸⁴

d. Gelir Vergisi Kanunu'na Göre Tanımı

Gelir Vergisi Kanunu (GVK) hizmet akdinden doğan kazançların ücret adı altında vergilendirildiği sırada, özel sektör ya da kamu sektöründe değişik adlarla yapılan benzeri ödemelerin tümünü içerecek bir şekilde ücret kavramını esas almaktadır.⁸⁵

Gelir Vergisi Kanunu'nun 1'inci maddesinde gerçek kişilerin gelirlerinin gelir vergisine tabi olduğu hükmü getirildikten sonra gelir, "gelir bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır." olarak tanımlanmıştır. Gelir vergisine tabi kazanç ve iratların neler olduğu ise kanunun ikinci maddesinde belirlenmiştir.⁸⁶ Yedi gelir unsurundan bu çalışmada incelenmeye çalışılacak olan unsur üçüncü sırada yer alan unsurdur. Gelir Vergisi Kanunu içinde yer alan düzenlemelerden ücretlerle ilgili gelir unsurunun tanımının, gayrisafi tutarının ve safi tutarının belirlendiği hükümler en az hacme sahip olmasına karşın toplanan gelir vergisi içinde en büyük paya sahip olan gelir unsuru da ücretlerdir.⁸⁷

Gelir Vergisi Kanunu 61'inci maddeye göre ücret; "işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir." Ödemelerin ücret, ödenek, tazminat, kasa tazminatı, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında yapılması veya bir ortaklık ilişkisi niteliğinde olmamak şartıyla kazancın belirli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun ücret olma niteliğini değiştirmez.

B. Ücret Gelirinin Unsurları

Ücret gelirinin unsurlarını Gelir Vergisi Kanunu 61'inci madde kapsamında aşağıdaki şekilde sınıflandırmak mümkündür.

- İşverene tabi olmak
- Belirli bir işyerine bağlı olarak çalışmak
- Ödemelerin hizmet karşılığı olması

⁸⁴ BAHAR, a.g.e., s. 23-24.

⁸⁵ ÖNCEL; KUMRULU; ÇAĞAN, a.g.e., s. 287.

⁸⁶ Gelir Vergisi Kanunu Madde 2 – (Değişik: 7/1/2003-4783/2 md.)
"Gelire giren kazanç ve iratlar şunlardır :

1. Ticarî kazançlar,
2. Ziraî kazançlar,
3. Ücretler,
4. Serbest meslek kazançları,
5. Gayrimenkul sermaye iratları,
6. Menkul sermaye iratları,
7. Diğer kazanç ve iratlar.

Bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, yukarıda yazılı kazanç ve iratlar gelirin tespitinde gerçek ve safi miktarları ile nazara alınır."

⁸⁷ YILMAZ, Kazım, Ücretlerin Vergilendirilmesi, Ce-Ka Yayınları, Ankara 2005, s.21-22.

a. İşverene Tabi Olmak

Hizmet erbabının işverene tabi olarak çalışması başta gelen özelliklerden biridir. İşverenin tanımı Gelir Vergisi Kanunu 62'nci maddede; "*hizmet erbabını işe alan, emir ve talimatları dahilinde çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler*" olarak ifade edilmiştir.

Gelir Vergisi Kanununda ücretin ilk unsuru "işverene tabi olmak" olarak belirlenmiş ancak işverene tabi olmaktan ne anlaşılacağı kanunda belirtilmemiştir. Bu unsur serbest meslek erbabı ile ücretli arasındaki ayırmda belirleyici rol oynamaktadır.

Maliye Bakanlığınca yayınlanan 34 Seri Numaralı Gelir Vergisi Kanunu Genel Tebliği⁸⁸ ile müesseselere karşı mesleki hizmet ifa eden serbest meslek erbabının – işverene –işverenin göstereceği işyerine –bir kadroya bağlı olarak çalışmamak ve mesaisini kendi asli faaliyetine tahsis ettiği işyerinde ifa etmek kayıt ve şartıyla, bu mesleki faaliyetten elde ettiği kazancın serbest meslek kazancı olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Aynı tebliğ ile söz konusu değilse "kadroya bağlı olmamak" şartının işin o müessesinin devamlılık arz eden faaliyetlerinden olup olmamasına bakılmak suretiyle tayin edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda; işverene, işverenin göstereceği iş yerine ve bir kadroya bağlı olarak çalışılması halinde "işverene bağlı olmak" koşulunun gerçekleştiği kabul edilecektir.⁸⁹

b. Belirli bir işyerine bağlı olarak çalışmak

Hizmet erbabının belirli bir işyerine bağlılık göstermesi, hizmet sözleşmesinin temel yapısıyla ilgili bir durumdur. Hizmet erbabı emeğini, işveren tarafından gösterilecek belirli bir işyerinde sunmak zorundadır.⁹⁰

İşyerine bağlılık hukuki anlamda bir bağlılıktır. Hizmetin her durumda işyerinde yapılması gibi fiili bir ilişkiye gerek yoktur. Bu nedenle hizmet erbabı işverene bağlı olmak şartıyla işyerinin dışında başka bir yerde iş görmüş olabilir.⁹¹ Ancak bu durum hizmet erbabının belirli bir işyerine bağlı olmadığı anlamına gelmemektedir.

c. Ödemenin Hizmet Karşılığı Olması

İşçi veya memur biçiminde olsun hizmet erbabı yaptığı iş karşılığında ücret alır. Görülen hizmet karşılığında ödeme yapılmazsa ücretten bahsedilemez. Ücretin elde edilmesi tahsil esasına bağlanmıştır. Vergi, ücretin tahsil edilmesi durumunda söz konusudur. Hizmet karşılığında hizmet erbabına, yapılan ödeme nakden aynen ya da para ile temsil edilen menfaatler şeklinde olabilir. Hizmet erbabının ücrete hak kazanması işverenin kazancı veya zararı ile ilgisi olmadığından herhangi bir risk taşımaz ve hizmet erbabı ücretini almaya devam eder.⁹²

C. Dar Yükümlülerin Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi

Dar mükellefiyet, Türkiye'de yerleşmiş olmayan kişilerin, Türkiye'de elde ettikleri kazanç ve iratların vergilendirilmesi ile ilgili bir mükellefiyet şeklidir. Kazanç sahibi gerçek

⁸⁸ Bkz. 34 Seri Numaralı Gelir Vergisi Kanunu Genel Tebliği

⁸⁹ YALÇIN, Hüseyin; Ücretlerin Vergilendirilmesi, Kılavuz Yayınları, İstanbul 1998, s. 22-23.

⁹⁰ ŞENYÜZ; YÜCE; GERÇEK, a.g.e., s. 72.

⁹¹ YALÇIN, a.g.e., s. 25.

⁹² ŞENYÜZ; YÜCE; GERÇEK, a.g.e. s. 72.

kişi ise ve ikametgahı Türkiye’de değil ise ya da bir takvim yılı içinde Türkiye’de devamlı olarak altı aydan fazla oturmuyorsa bu kişi dar mükellef sayılacaktır.

Dar yükümlüler açısından GVK’nun 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrası ve KVK’nun 45’inci maddesi uyarınca, dar yükümlü kişi ve kurumların Türkiye’de ücret elde etmeleri, hizmetin Türkiye’de ifa edilmiş veya edilmekte olması veya Türkiye’de değerlendirilmesi koşuluna bağlanmıştır. Değerlendirmeden maksat, ödemenin Türkiye’de yapılması veya ödeme yabancı ülkede yapılmışsa, Türkiye’de ödeyenin veya nam ve hesabına ödeme yapılanın hesaplarına intikal ettirilmesi veya karından ayrılmasıdır.⁹³

Türkiye’de mukim olmayan dar mükellef konumundaki bir kurumun Türkiye’de belli bir işi yapmak üzere görevlendirdiği kişi ya da kişiler hizmet verdiği yerde emir ve kumanda zinciri içinde yer alarak işveren tarafından direktif alıyorsa bunlara yapılan ödemeler ücret olarak nitelendirilip bizzat kendisi vergiye tabi tutulmayacak ancak onu görevlendiren kuruma ödenen hizmet bedeli KVK 24’üncü maddesi hükmü gereğince %25 oranında vergi tevkifatına tabi tutulacaktır.⁹⁴

D. OECD Model Anlaşması’nın Türk Hukukunda Ücret Gelirleri Açısından Değerlendirilmesi

Türk Hukuku’nda uluslararası anlaşmalar ile iç hukuk normları arasındaki ilişkide monist yaklaşım benimsenmiştir. Monist yaklaşım en genel anlamıyla; uluslararası hukuk ile iç hukuk aynı hukuk düzeninin bir parçası olup tek bir hukuk sisteminin varlığı kabul etmektedir.⁹⁵ Bu kapsamda Anayasa’nın 90’ıncı maddesinin 5’inci bendine göre; uluslararası anlaşmalar kanun hükmündedir. Böylelikle Türk Hukuku’nda uluslararası anlaşmalar, herhangi bir iç hukuk işlemine gerek olmaksızın, doğrudan iç hukukta etki göstermektedirler. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları da iç hukuka aktarılmakla ilgili özel bir işleme gerek duymaksızın monist yapıya uygun bir biçimde doğrudan uygulanarak, yükümlüler üzerinde etki doğurmaktadır.⁹⁶ Sonuç olarak Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları bağımsız ve ayrı bir varlık göstermemekte iç hukukun bir parçası olarak kabul edilmektedir.

Ücret geliri, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarına uygun olarak Türk mevzuatı açısından yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu kapsamda; dar mükellefiyetle ilgili; taraf olduğumuz anlaşmalara göre, ücretlerin Türkiye’de vergilendirilmesi için, diğer Âkit Devlet mukimlerinin hizmetlerini Türkiye’de ifa etmesi gerekmektedir. Bu açıdan, iç hukukumuzdaki vergilendirme için yeterli sayılan değerlendirme kavramı⁹⁷ etkisini kaybetmektedir. Hizmetin Türkiye’de ifa edilmesi halinde bile, Türkiye’de ifa 183 günden az kalan ve ücretleri Türkiye’de dar yükümlü işveren tarafından ödenen; ancak, dar yükümlü işveren Türkiye’de sahip olduğu bir işyerinden ücret almayan kişiler bakımından Türkiye’de vergilendirme olanağı

⁹³ YALTI, a.g.e., s. 246.

⁹⁴ BAHAR, a.g.e., s. 69.

⁹⁵ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 19.

⁹⁶ CANYAŞ, Oytun, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 291.

⁹⁷ Kurumlar Vergisi Kanunu Madde 45 -

“ 3. Ücretlerde:

a) Hizmetin Türkiye’de ifa edilmiş veya edilmekte olması veya Türkiye’de değerlendirilmesi;...”

bulunmamaktadır. Bu nedenle, GVK 7'nci maddenin 3'üncü fıkrasındaki " Türkiye'de ifa" koşulu sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki; Türkiye'de hizmet ifa eden ücretlilere ilişkin bir istisna söz konusudur. GVK'nun 23'üncü maddesinde, yasal merkezi ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan dar yükümlülüğe tabi işverenlerin yanında çalışan hizmet erbabına, işverenin Türkiye dışında elde ettiği kazançları üzerinden döviz olarak ödediği ücretler gelir vergisinden istisna edilmiştir. Dolayısıyla, dar yükümlü işverenler tarafından Türkiye'de hizmet ifa eden ücretlilere Türkiye'deki işyeri dışındaki kaynaklardan ödenen ücretler, 183 gün koşuluna dahi bağlanmadan zaten gelir vergisinden istisna edildiğinden, anlaşmanın getirdiği sınırlama teoriktir.⁹⁸

II. GELİR VE SERVET ÜZERİNDEN ALINAN VERGİLERE İLİŞKİN MODEL ANLAŞMA'NIN 16'INCI MADDESİ: "YÖNETİCİLERE YAPILAN ÖDEMELER"DE ÇİFTE VERGİLENDİRMENİN ÖNLENMESİ

OECD tarafından yayımlanan "Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma'nın "Yöneticilere Yapılan Ödemeler" başlıklı 15'inci maddesi;

*"Bir Âkit Devlet mukiminin, diğer Âkit Devletin mukimi olan bir şirketin yönetim kurulu üyesi olması dolayısıyla elde ettiği ücret ve diğer benzeri ödemeler, bu diğer Devlette vergilendirilebilir."*⁹⁹

şeklinde düzenlenmiştir. İşbu hükümde mukimi olduğu devlette işlerini yürüten bir şirket organizasyonu ve bu şirket bünyesinde yönetim kurulu üyeliği bulunan ve şirketin mukim olduğu ve işlerini yürüttüğü bu âkit devletten başka bir âkit devletin mukimi olan bir dar yükümlü kişi bulunmaktadır. Hüküm dar yükümlü olan yönetim kurulu üyesinin elde etmiş olduğu kazancın vergilendirilmesinde hangi devletin vergilendirme yetkisine sahip olduğunu düzenlemekte olup vergilendirme yetkisi kaynak devlete bırakılmıştır.

1. Kapsam

A. Madde Başlığına İlişkin Değerlendirme

Model Anlaşma'nın 16'ncı maddesinin madde başlığı orijinal metinde "*Directors' Fees*" olarak kaleme alınmıştır. "*Directors' Fees*" başlığı Türkçe anlaşma metnine çevrilirken "*Yöneticilere Yapılan Ödemeler*" şeklinde ifade edilmiştir. "*Fee*" kavramı; "*Bir hizmet için ya da bir şeyin kullanımının ücreti karşılığı olan para miktarı*"¹⁰⁰ anlamına gelmektedir. Bu cihette, "*fee*" teriminin Türk Hukuku anlamında "ücret" terimine anlam olarak "ödeme" teriminden daha yakın olduğu görülmekte olup Türkiye'nin yapmış olduğu anlaşmalarda "*fee*" kavramının ödeme yerine ücret olarak kabul edilmesi kanaatimce daha uygun olacaktır.

⁹⁸ YALTI, a.g.e., s. 246.

⁹⁹ Articles Of The Model Convention With Respect To Taxes On Income And On Capital, 28 Ocak 2003., Article 16, Directors' Fees,

"Directors' fees and other similar payments derived by a resident of a Contracting State in his capacity as a member of the board of directors of a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State"

¹⁰⁰ "*an amount of money charged for a service or for the use of something*" (<https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/fee> Erişim Tarihi: 06.05.2018)

Madde metni içerisinde “ *fees and other similar payments*” ifadesinin anlamı ise “*ücret ve diğer benzeri ödemeler*”dir. Hüküm ücret ve diğer ödemeleri ayrı ayrı belirtme ihtiyacı içerisinde olmuştur. Bu kapsamda “*payment*” teriminin Türkçe karşılığının da “*ödeme*”¹⁰¹ olduğu göz önüne alındığında; Türkiye’nin yapmış olduğu ve yapacağı işbu inceleme konusu Model Anlaşmayı esas alacağı Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarında madde başlığının düzenlenişinde; amaç, yöneticilere yapılan sadece ücret gelirinə yönelik bir vergilendirme ise “*Directors’ Fees*” ifadesinin kullanılması; ancak madde başlığının düzenlenişinde amacın yöneticilerin ücret haricinde diğer ödemeleri de kapsayacak şekilde elde etmiş olduğu gelirleri de vergilendirmek ise “*Directors’ Payments*” ifadesinin kullanılması kanaatimce daha uygun olacaktır.

B. Hükme İlişkin Değerlendirme

a. Genel Olarak

Model Anlaşmanın 16’ncı maddesi, bir Âkit Devletin gerçek ya da tüzel kişi olan bir mukiminin, diğer Âkit Devletin mukimi olan bir şirketin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla aldığı ödemeler hakkındadır. Hizmetlerin nerede gerçekleştirildiğinden emin olunması bazen zorluk arz ettiğinden, hüküm, hizmetleri şirketin mukim olduğu devlette ifa edilmiş addetmektedir.¹⁰²

Şirketin yönetim kurulu üyesinin şirkette genellikle, sıradan çalışan, danışman vb. başka görevleri de bulunmaktadır. Maddenin, bu gibi kişilere bu tür görevler için yapılan ödemeleri kapsamamaktadır.¹⁰³ Konu hakkında; Estonya, yönetim kurulunun veya mukim şirketin benzer başka bir organının üyesine yapılan tüm ödemeleri Model Anlaşmanın 16’ncı maddesi kapsamında vergilendirmekte¹⁰⁴ ve bu hakkını saklı tuttuğunu Yorum metninde çekinceler kısmında belirtmiştir. Benzer şekilde; Belçika, 16’ncı Madde’ de sözü edilen bir kişinin günlük faaliyetleriyle ilgili olarak aldığı ödemeler ile hisse senedi olan bir şirketten başka bir şirketin ortağının o şirket için gerçekleştirdiği kişisel faaliyetleriyle ilgili olarak aldığı ödemelerin 15’inci Madde uyarınca vergilendirilebilir olacağını belirtme hakkını saklı tutmaktadır.¹⁰⁵ Belçika ile Türkiye arasında imzalanan “*Türkiye Cumhuriyeti İle Belçika Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması*”nın “Müdürlere Yapılan Ödemeler” başlıklı 16’ncı maddesi’nde de;

“Bir Âkit Devlet mukiminin, diğer Âkit Devlet mukimi olan ve sermayesi hisselerle bölünmüş bulunan bir şirketin yönetim kurulunun veya benzeri bir organının üyesi olması dolayısıyla eline geçen ücret ve diğer benzeri ödemeler, bu diğer Devlette vergilendirilebilir. Bu fıkra hükümleri aynı zamanda, bu şirketin mukim olduğu Âkit

¹⁰¹ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Resmi Sitesi, (<http://www.mfa.gov.tr/data/Terminoloji/ekonomi-ve-maliye-terimleri%20listesi-110615.pdf> Erişim Tarihi: 06.05.2018)

¹⁰² Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 16’ncı Maddeye İlişkin Yorum, par. 1.

¹⁰³ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 16’ncı Maddeye İlişkin Yorum, par. 2.

¹⁰⁴ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 16’ncı Maddeye İlişkin Çekinceler, par.4.

¹⁰⁵ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 16’ncı Maddeye İlişkin Çekinceler, par.6.

Devletin mevzuatına göre, bundan önceki cümlede bahsedilen kişinin ifa ettiği görevlerle benzer yapıda olduğu kabul edilen görevlerin ifasından kaynaklanan ödemelere de uygulanacaktır.

1 inci fıkra hükümlerinin uygulanacağı bir kişinin, bu şirkette ifa ettiği yönetime ilişkin veya teknik yapıdaki gündelik görevlerden elde ettiği ücretler, 15 inci madde hükümlerine göre vergilendirilebilir.”¹⁰⁶

şeklindeki hüküm Belçika'nın saklı tuttuğu hakkına örnek teşkil etmektedir.

Model Anlaşma metninde belirtilmemekle birlikte, Yorum metninde; bazı ülkelerin şirketlerinin, görevi yönetim kurulu üyelerininkine benzeyen organlarının bulunduğu belirtilmiş ve böyle bir sorunla karşılaştığı zaman Âkit Devletlerin ikili anlaşmalarla 16'ncı maddeyi anlamlandırma konusundaki sorunu aşabilecekleri¹⁰⁷ ifade edilmiştir.

Örneğin;

Estonya ve Türkiye arasında imzalanan; *“Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Estonya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”* ile Letonya ve Türkiye arasında imzalanan; *“Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Letonya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”*nın *“Müdürlere Yapılan Ödemeler”* başlıklı 16'ncı maddesinde;

“Bir Âkit Devlet mukiminin, diğer Âkit Devlet mukimi olan bir şirketin yönetim kurulu veya denetim kurulu üyesi olması dolayısıyla elde ettiği ücret ve diğer benzeri ödemeler, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.”¹⁰⁸ hükmüne yer verilmiştir. Hüküm metninde de açıkça görüleceği üzere söz konusu devletler sadece yönetim kurulu üyelerinin değil denetim kurulu üyelerinin de almış olduğu ödemeleri vergi konusu yapmaktadırlar.

Benzer şekilde; Azerbaycan ve Türkiye arasında imzalanan; *“Türkiye Cumhuriyeti İle Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması”* ile Arnavutluk ve Türkiye arasında imzalanan; *“Türkiye Cumhuriyeti İle Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması”* nın *“Müdürlere Yapılan Ödemeler”* başlıklı 16'ncı maddesinde;

¹⁰⁶ 2 Haziran 1987 tarihli Türkiye Cumhuriyeti İle Belçika Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması, Madde 16.

¹⁰⁷ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 16'ncı Maddeye İlişkin Yorum, par. 3.

¹⁰⁸ 03.06.1999 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Letonya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması, Madde 16.

“Bir Âkit Devlet mukiminin, diğer Âkit Devlet mukimi olan bir şirketin yönetim kurulu üyesi veya benzer yapıda herhangi bir organın üyesi olması dolayısıyla elde ettiği ücret ve diğer benzeri ödemeler, bu diğer Devlette vergilendirilebilir.”¹⁰⁹

hükmüne yer verilmiştir. Hüküm metninde yer alan “veya benzer yapıda herhangi bir organın üyesi” denilmek suretiyle Âkit Devlerin iç hukuklarında yönetim kurulu yapılanması ile benzer şekildeki bir organın bulunması halinde bunların üyelerinin de 16’ncı madde kapsamında vergilendirilmesi gerektiği ifade edilmek istenmiştir.

b. “Ücretler Ve Diğer Benzeri Ödemeler” Kavramı

Üye ülkeler, “ücretler ve diğer benzeri ödemeler” terimini genellikle, kişinin şirketin yönetim kurulu üyesi olması dolayısıyla edindiği aynı menfaatleri (örneğin, hisse senedi opsiyonları, [şirkete ait] konut veya otomobilin kullanılması, sağlık veya hayat sigortası ve kulüp üyeliği) kapsayacak şekilde anlamaktadır.¹¹⁰ Aynı menfaatler konusunda önem arz eden ve açıklanması gereken konu “*hisse senedi opsiyonları*”dır.

b1. “Hisse Senedi Opsiyonu”

İleride belirlenen bir tarihte veya ileride belirlenen bir süre içerisinde teslimatı yapılmak üzere herhangi bir varlığın bugünden alım-satımının yapılması genel olarak “vadeli işlemler” kavramı ile ifade edilmektedir. Vadeli işlemlerin temelini forward, futures ve opsiyon işlemleri oluşturmaktadır. İşbu opsiyon işlemlerinden biri olan hisse senedi opsiyonu işlemi; iki taraf arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşme gereği opsiyon alıcısı, ödediği prim karşılığında belirli bir hisse senedinden, belirli bir miktarda, ileride belirlenmiş bir tarihte veya belirlenen süre içerisinde, başlangıçta belirlenmiş bir fiyattan satın alma veya satma hakkına sahip olmaktadır. Belirli bir hisse senedi üzerine opsiyon düzenlenebileceği gibi borsa endeksleri üzerine de opsiyon sözleşmeleri düzenlenebilmektedir.¹¹¹

Hisse senedi opsiyonlarının vergilendirilmesi ile ilgili farklı ülke kuralları, tartışılan özel sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunların birçoğu, çalışanlara yapılan diğer ödeme biçimleri, özellikle de işveren veya ilgili şirketin hisselerinin değerini temel alanlarla ilgili olarak ortaya çıkıyor olsa da bunlar, hisse senedi opsiyonları söz konusu olduğunda özellikle daha belirgindir.¹¹² Stok opsiyonlarının bir Âkit Devletin bir mukimine, o kişinin diğer devlette mukim bir şirketin yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle verilmesi durumunda, diğer Devlet, söz konusu vergi daha sonra o kişi artık yönetim kurulu üyesi değilken bile salınmış olsa, hisse opsiyonunun yönetim kurulu üyesinin ücretini veya benzeri bir ödemeyi oluşturan kısmını vergilendirme hakkına sahip olacaktır. Madde, ne zaman vergilendirildiğine bakılmaksızın yönetim kurulu üyesine verilen hisse

¹⁰⁹ 4 Nisan 1994 tarihli Türkiye Cumhuriyeti İle Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması, Madde 16.

¹¹⁰ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 16’ncı Maddeye İlişkin Yorum, par. 1.1.

¹¹¹ AKSÖYEK, İsmet; “Yeni Bir Yatırım Alternatifi Olarak Hisse Senedi Opsiyonları Ve Hisse Senedi Yatırımları İle Risk, Getiri Ve Gelecekle İlgili Beklentiler Açısından Karşılaştırılması”, *Mevzuat Dergisi*, S: 16, 1999, s. 1.

¹¹² Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 15’inci Maddeye İlişkin Yorum, par. 12.

opsiyonundan edinilen menfaate uygulanırken, bu menfaati, opsiyonun kullanılmasıyla edinilen, hisselerin devrinden elde edilebilecek değer artış kazancından ayırt etmek gerekmektedir. Kullanılmasına, satılmasına veya başka şekilde devrine (örneğin şirket veya hisseyi çıkaran tarafından iptali veya edinilmesi) kadar opsiyonun kendisinden elde edilen tüm menfaate 13'üncü Madde değil, bu Madde uygulanacaktır. Ancak opsiyon bir kez kullanıldığında ya da devredildiğinde, bu Madde kapsamındaki vergilendirilebilir menfaat tahakkuk etmiştir ve edinilmiş hisselerin sonraki tüm kazancı (örneğin hisselerin opsiyonun kullanılmasından sonra gerçekleşen değeri), yönetim kurulu üyesi tarafından yatırımcı-hissedar sıfatıyla edinilecek ve Madde 13 kapsamına dâhil olacaktır.¹¹³

2. OECD Model Anlaşması'nın 16'ncı Maddesi'nin Türk Hukuku Açısından Sonuçları

Gelir Vergisi Kanunu'nun 61'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının 4 numaralı bendi ile yönetim ve denetim kurulu başkan ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla yapılan nakdi veya aynı ödemeler ile sağlanan menfaatler ücret sayılmıştır.

Yönetim kurulu başkan ve üyelerine yapılan ödemelerden bu bent kapsamında ücret sayılacak ödemeler aylık, huzur hakkı, tazminat ve benzeri adlar altında yapılan ve kar üzerinden hesaplanan ödemelerdir. Gelir Vergisi Kanunu'nun 75'inci maddesinin 3'üncü fıkrası gereği, kurumların idare meclisi başka ve üyelerine verilen kar payları menkul sermaye iradidir. Bu husus aynı Kanun'un 61'inci maddesinin 2'nci bendinde yer alan "*ücretin ödenek tazminat, kasa tazminatı, tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez.*" hükmünün bir istisnasıdır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 75'inci maddesinin 3'üncü bendinde, sadece yönetim kurulu başkan ve üyelerine verilen kar payları menkul sermaye iradı olarak nitelendirildiğinden, denetçiler ve tasfiye memurlarına verilen kar payları menkul sermaye iradı olarak nitelendirilemez. Denetim kurulu başkan ve üyeleriyle tasfiye memurlarına bu sıfatları dolayısıyla verilen para veya para ile temsil edilebilen menfaatler ücret kapsamında değerlendirilir.¹¹⁴

Gelir Vergisi Kanunu'nun 7'nci maddesinin 3'üncü bendinde Türkiye'de mukim kuruluşların dar yükümlü yönetim kurulu başkan ve üyelerine, denetçilerine, tasfiye memurlarına ait huzur hakkı, aidat, ikramiye ve benzerlerinin Türkiye'de değerlendirilmesi halinde Türkiye'de elde edilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Anlaşmalarımız uyarınca, Türkiye'de mukim kurumlar tarafından yapılan ödemeler kaynak devleti olarak Türkiye'de vergilendirilebildiğinden, iç hukukumuzdaki düzenlemelere herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.¹¹⁵

¹¹³ Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, 16'ncı Maddeye İlişkin Yorum, par. 3.1.

¹¹⁴ YALÇIN, a.g.e., s. 34.

¹¹⁵ YALTI, a.g.e., s. 247.

SONUÇ

Ulusal piyasalar yerini tek ve küresel bir piyasaya bırakmıştır. Söz konusu ilişkiler kapsamında birden fazla devletin vergilendirme yetkisi içinde vergiyi doğuran olayın ortaya çıkmasına ve çifte vergilendirme sorunlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Devletler vergilendirme yetkilerinin kendi menfaatleri doğrultusunda belirlemektedir. Bu kapsamda, devletler; gelirin kaynağı, geliri elde edenin ikametgâhı yahut uyruğu gibi bağlantı noktalarıyla, gelirler üzerinden vergi alma yetkisinin sınırlarını belirlemektedirler. Yetki sınırlarının belirlenmesi noktasında kullanılan ve ulusal yöntemlerden daha etkili bir yol olarak kabul edilen çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları kapsamında ülkeler kendi menfaatleri oranında vergilendirme yetkilerini kısıtlamışlardır. Ücret gelirlerinin daha geniş bir ifadeyle bağımlı emekten elde edilen gelirler konusunda içinde bulunduğumuz yüzyıl sebebiyle, ücret gelirini elde eden gerçek kişiler bakımından ülkeler arasında ulaşımın kolaylaşması ve mukimi olunmayan ülkede çalışma olanakları konusunda ülkelerin tanıdığı olduğu imkânlar neticesinde; ülkelerin vergilendirme yetkilerinde daha sık çakışmalar meydana gelmeye başlamış ve bağımlı emekten elde edilen gelirin vergilendirilmesi konusu daha çok gündeme taşınmıştır.

Çalışma kapsamında incelenen OECD Model Anlaşması'nın 15'inci ve 16'ncı maddeleri ücret ve yöneticilere yapılan ödemeler ifadeleriyle düzenlenmekle birlikte bağımlı emekten elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi konusunda ülkelere yol göstericidir. Genel anlamda ücret gelirleri için; vergilendirme yetkisinin yerleşim yeri devletine verilmiş olduğu, kaynak devletine verilecek olan yetkinin ise iradi olduğu madde metninde ifade edilmeye çalışılmış ve bu kurala da birtakım istisna halleri yer verilmiştir. 16'ncı madde ise her ne kadar önemi uygulamada sık rastlanan sorunlar nedeniyle ayrı düzenlenmiş olsa da esasen 15'inci maddenin devamı niteliğindedir.

İşbu anlaşmanın iki maddesi de içerisinde işveren, hizmet, işyeri gibi kavramlara yer vererek anlaşmanın diğer maddeleri ile bağlantılarını sürdürmüş hatta sadece diğer maddeler ile değil ülkelerin iç mevzuatlarına bırakmış oldukları düzenleme yetkisi ile de işbu kavramların tartışmalı hallerini ortadan kaldırmamış aksine yeni ölçütler, yeni belirlemelere sebebiyet vererek yeni tartışma düzlemleri oluşturmuştur. Örneğin; Ücret gelinine ilişkin; dar mükellefiyetle ilgili; taraf olduğumuz anlaşmalara göre, ücretlerin Türkiye'de vergilendirilmesi için, diğer Âkit Devlet mukimlerinin hizmetlerini Türkiye'de ifa etmesi gerekmekte olup iç hukukumuzdaki vergilendirme için yeterli sayılan değerlendirme kavramı¹¹⁶ etkisini kaybetmektedir bununla birlikte; GVK'nun 23'üncü maddesinde, yasal merkezi ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan dar yükümlülüğe tabi işverenlerin yanında çalışan hizmet erbabına, işverenin Türkiye dışında elde ettiği kazançları üzerinden döviz olarak ödediği ücretler gelir vergisinden istisna edilmiş olup anlaşmanın getirdiği sınırlama teorik kalacaktır. Bu kapsamda, Türkiye'nin imzalamış olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ve kendi iç hukuk mevzuatı arasında birtakım uyumsuzlukların olduğu hem işbu çalışma kapsamında hem de yukarıda yer verilen iki örnekte dahi gözlemlenebilmektedir. Söz konusu uyumsuzluklar daha çok terimlerin anlamlarının model anlaşma ve iç hukukta farklılık arz etmesinden

¹¹⁶ Kurumlar Vergisi Kanunu Madde 45 -

“ 3. Ücretlerde:

a) Hizmetin Türkiye'de ifa edilmiş veya edilmekte olması veya Türkiye'de değerlendirilmesi;...”

kaynaklanmaktadır. Farklılıkların ve uyumsuzlukların tam anlamıyla bertaraf edilmesi için ancak anlaşmayı imzalayan devletlerin terimlerin anlamları konusunda kesin bir biçimde anlaşmaları gerekmektedir. Bu konu hakkında ikinci bir öneri olarak ise -Türk Vergi Hukuku açısından- Türkiye'nin imzalamış olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının iç hukukun bir parçası olması sebebiyle daha çok benimsenerek kanunlara entegre edilmesi, kanunlar ile anlaşma metinleri arasındaki uyumsuzlukların giderilmesi ve anlaşma metninin uygulanmaya başlanması ile uygulamada ortaya çıkan sorunların iyi tahlil edilerek yeni kanuni düzenlemeler yapmak suretiyle çözüme ulaşılması gerektiği söylenebilecektir.

KAYNAKÇA**ESER KAYNAKLARI**

AKÇAOĞLU, Ertuğrul, Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi, Mali Akademi Yayınları, Ankara 2012.

AKSÖYEK, İsmet, “Yeni Bir Yatırım Alternatifi Olarak Hisse Senedi Opsiyonları Ve Hisse Senedi Yatırımları İle Risk, Getiri Ve Gelecekle İlgili Beklentiler Açısından Karşılaştırılması”, Mevzuat Dergisi, S: 16, 1999.

AYDIN, Elif, “Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarında Serbest Meslek Kazançları”, Vergide Gündem Dergisi, S:11, 2010.

BAHAR, Okan Cevdet, Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2005.

CANYAŞ, Oytun, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

DEMİRAG, Levent, “Uluslararası Vergi Anlaşmaları”, Hesap Uzmanları Kurulu Konferansları II, Ankara 1991.

IŞIK, Hüseyin, Uluslararası Vergilendirme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

ÖNCEL, Mualla; KUMRULU, Ahmet; ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Baskı 24, Ankara 2015.

ÖNER, Cihat, Vergi Hukukunda İşyeri, İmaj Yayıncılık, Ankara 2016.

ÖZ, N. Semiz, Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Ankara 2005.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

PEHLİVAN, Osman; ÖZ, Ersan, Uluslararası Vergilendirme, Bursa 2015.

SARAÇ, Özgür, Küresel Vergi Rekabeti ve Ulusal Vergi Politikaları, Ankara 2006.

ŞENYÜZ, Doğan; YÜCE, Mehmet; GERÇEK, Adnan, Türk Vergi Sistemi, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

TUNCER, Selahattin, Çifte Vergilendirme ve Milletlerarası Vergi Anlaşmaları, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Yayın No: 112-66, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.

YALÇIN, Hüseyin, Ücretlerin Vergilendirilmesi, Kılavuz Yayınları, İstanbul 1998.

YALTI, Billur, Elektronik Ticarete Vergilendirme, DR Yayınları, İstanbul 2003.

YALTI SOYDAN, Billur, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 1995.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2016.

YILMAZ, Kazım, Ücretlerin Vergilendirilmesi, Ce-Ka Yayınları, Ankara 2005.

İNTERNET KAYNAKLARI

Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı Resmi Sitesi, www.mfa.gov.tr

Türk Dil Kurumu Resmi Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>

www.dictionary.cambridge.org/tr

ANLAŞMA METİNLERİ

Articles Of The Model Convention With Respect To Taxes On Income And On Capital, 28 Ocak 2003.

Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma, Gelir İdaresi Başkanlığı, Kısaltılmış Basım, 2014.

Türkiye Cumhuriyeti İle Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Gelir Ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması, 4 Nisan 1994.

Türkiye Cumhuriyeti İle Belçika Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması, 2 Haziran 1987.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Letonya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması, 3 Haziran 1999.

KANUNLAR VE TEBLİĞLER

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu

34 Seri Numaralı Gelir Vergisi Kanunu Genel Tebliği

KDV Genel Uygulama Tebliği

**MEHMED HİLMİ EL-AKHİSÂRÎ'NİN "RİSÂLE FÎ BEYÂNÎ'R-RİBÂ VE BEYÜ'L-FÂSİD"
ADLI RİSÂLESİ VE TAHKİKİ***

Öğr. Gör. Salih KORKMAZ**

ÖZ

Bu çalışmada 15. Asır Osmanlı ulemâsından Mehmed Hilmi el-Akhisârî'nin İslâm hukukunda ribâ (faiz) meselesini ele aldığı risâlesi neşredilmiştir. Aynı zamanda risâle ve müellif hakkında malumatlar verilmiş, bununla birlikte İslâm hukukunda faiz meselesi mezkûr risâle bağlamında tahkik edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mehmed Hilmi el-Akhisârî, İslâm/Osmanlı Hukukunda Ribâ/Faiz, İslâm Hukuku, Türk Hukuk Tarihi.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 05/11/2020

** Süleyman Demirel Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu

E-Mail: salihkorkmaz@sdu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7824-0037

MEHMED HİLMİ EL-AKHİSÂRÎ'S BOOK TITLED "RİSÂLE FÎ BEYÂNÎ'R RİBÂ VE BEYÜ'L-FÂSİD" AND IT'S EXAMINATION

ABSTRACT

In this article, Mehmed Hilmi el-Akhisârî's book on the issue of riba (interest) in Islamic law has been published. Mehmed Hilmi el-Akhisârî is one of the 15th century Ottoman scholars. At the same time, information about the book and its author was given. In addition, the issue of interest in Islamic law has been examined in the context of this book.

Keywords: Mehmed Hilmi el-Akhisârî, Interest in Ottoman/Islamic Law, Islamic Law, Turkish Legal History.

GİRİŞ

Faiz kelime mânâsı olarak fazlalık demek olup, ıstılahta bir tarafın diğer tarafa ödemesi şart koşulan ve karşılığı olmayan fazlalık demektir.¹ Faiz, Kur'an'da ve hadislerde çeşitli formlarda kazanç, kazananlar gibi şekillerde geçmektedir. Kur'an'da ve hadislerde ıstilahtaki mânâdaki faiz yerine ribâ kelimesi kullanılmıştır. Bu bağlamda faiz, ribâdan daha geniş kapsamlı bir mânâ ihtiva etmektedir.² Nitekim Osmanlı Devleti'nde faiz, hem haram olan ribâyı hem de meşru kârı ifade etmek üzere kullanılmıştır.³

İslâm hukukunda faiz, veresiye faizi (ribâü'n-nesie) ve fazlalık faizi (ribâü'l-fadl) olmak üzere ikiye ayrılır. Veresiye faizi (Hanefilere göre) ölçü-tartı ile satılan malların birbirleri ile veresiye olarak değişiminde meydana gelen faizdir.⁴ Buna göre bir kile⁵ buğdayın bir kile buğdayla veresiye satılması veya on gram altının on gram altınla veresiye satılması caiz değildir.⁶ Fazlalık faizi ise aynı cins malların birbiri ile değişiminde malların miktarında meydana gelen artıktır. Buna göre farklı kalitede olsa bile bir kile buğdayın, iki kile buğdaya veya on gram altının on bir gram altına satılması caiz değildir. Bu mallar ancak miktarlarının eşit ve peşin olması şartı ile değiştirilebilirler.⁷

Osmanlı ulemâsı ribâ hususunda pek çok eser kaleme almıştır. Bu makalede de bunlardan bir tanesi olan "Risâle fî Beyânı'r-Ribâ ve Beyü'l-Fâsid" isimli risâlenin bir tahkiki yapılmıştır. Bu bağlamda ilk olarak Osmanlı ulemâsının ribâ ile alakalı kaleme aldığı eserler zikredilmiş, ardından bu risâle ve müellifi hakkında malumatlar verilmiş ve nihayetinde risâle tahkik edilmiştir. Mevzu ile alakalı çalışanların istifadesini kolaylaştırmak maksadıyla risâlenin yazı çevrimi ve aslı makalenin sonuna eklenmiştir.

¹ Serahsî, **Mebûsût**, C.12, s.203.; İbrâhim b. Muhammed el-Halebî, **Mülteka'l-Ebhûr**, C.3, s.119.; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C.4, s.176.; Zuhaylî, **Hanefi Fıkhı**, C.2, s.311.

² Çalışmada her iki mefhumda, haram olan ribâ mânâsında kullanılmıştır.

³ Mehmet Genç, **Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi**, İstanbul, Ötüken Yayınları, 2016, s.185.; M. Akif Berber, "Osmanlı Devleti'nde Riba Kavramı", II. **Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı V**, s.221-232.

⁴ Faizin illeti hususunda mezhepler arası ihtilaflar bulunmaktadır. Bilgi için bkz. Serahsî, **Mebûsût**, C.12, s.210 vd.; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C.4, s.176 vd.; İsmail Özsoy, "Faiz", **DİA**, C.12, İstanbul, TDV, 1995, s.110-126.

⁵ Kile hususan kuru meyve ve bakliyat gibi ürünlerin ölçümünde kullanılan bir ölçü birimidir. Farklı coğrafyalarda farklı boyutlarda kileler kullanılmaktadır ve dolayısıyla kilenin kilogram olarak karşılığı, kullanılan kileye göre değişmektedir. 16. Asırda İstanbul'da kullanılan kile yaklaşık olarak 25,6 kilogram buğday almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz Kallek, "Kile", **DİA**, C.25, Ankara, TDV, 2002, s.568-571.

⁶ Ahmed b. Muhammed El-Kudûrî, **Kitabü'l-Kudûrî**, Konya, Dârü'l-Burc, 2018, s.79.; **Risâle fî Beyâni Keyfiyeti'r-Ribâ**, Kastamonu İl Halk Kütüphanesi, Arşiv No: 37 Hk 1593/10, v.174-a.; Mehmed Hilmi el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1, v.2-a vd.; Kıvamüddin el-İtkânî, **Faide fi'l-Bey'i ve'r-Riba**, Köprülü Yazma Eser Kütüphanesi, Fazıl Ahmed Paşa Koleksiyonu, Arşiv No: 34 Fa 1596/27, v.190-b vd.; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C.4, s.177 vd.

⁷ El-Kudûrî, **Kudûrî**, s.79.; **Risâle fî Beyâni Keyfiyeti'r-Ribâ**, v.174-b.; el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, v.2-a vd. el-İtkânî, **Faide fi'l-Bey'i ve'r-Riba**, v.190-b vd.; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C.4, s.177 vd.

RİSÂLENİN TANITIMI

Osmanlı ulemâsı ribâ hakkında pek çok eser kaleme almıştır. Yine ribâ ile alakalı meseleler hemen her fetvâ kitabında bulunmaktadır. Osmanlı ulemâsının ribâyâ dair kaleme aldığı başlıca eserler dipnotta zikredilmiştir.⁸ Çalışmanın mevzuunu oluşturan ve Mehmet Hilmi el-Akhisârî tarafından kaleme alınan Risâle fî Beyânî'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid isimli risâle de bunlardan bir tanesidir.

Bu risalenin çeşitli kütüphanelerde birkaç nüshası bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Manisa İl Halk Kütüphanesi'ndedir.⁹ Bir başka nüsha Vakıflar Genel Müdürlüğü Kütüphanesi, Safranbolu İzzet Mehmet Paşa Koleksiyonu'nda kayıtlıdır.¹⁰ Kültür ve Turizm Bakanlığı, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı tarafından yazmalarının künyelerinin taranabildiği online platformda¹¹ eserin "Risâle fî'r-Ribâ" adıyla da bilindiği notu düşülmüştür. Bu malumat doğru kabul edilirse Mısır Milli Kütüphanesi'nde de bu isimli üç eser mevcuttur.¹² Bu kayıtların hiçbirisinde risâlenin müellifine dair bir malumat verilmemiş "yazar" kısmı boş bırakılmıştır.

Çalışmada Manisa İl Halk Kütüphanesi'ndeki nüsha yazı çevrimine esas alınmıştır. Bununla birlikte bu nüsha, Vakıflar Genel Müdürlüğü Kütüphanesi'ndeki nüsha ile mukayese edilmiş ve aralarındaki farklılıklar dipnotta belirtilmiştir.

Manisa'da bulunan risâle, el yazması bir kitap içinde v.1-b ile 5-b arasında bulunmaktadır. Kitabın orta kısmında bir rutubet izi bulunmakla birlikte sayfaları fazla yıpranmamıştır, hattı düzgün ve okunaklıdır.¹³

⁸ Kemâlpaşazâde Şemseddin Ahmed bin Süleymân (İbn Kemal), **Risâle fi Beyânî Hakikatü'r-Ribâ**, Milli Kütüphane-Ankara, Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: 60 Hk 123/43. Bu risâlenin kütüphanelerde çok sayıda yazma nüshası mevcuttur. Bu nüshalar Hasan Özer tarafından mukayeseli biçimde arapça olarak da neşredilmiştir. Bkz. Hasan Özer, "İbn-i Kemâl ve "Riba" Adlı Risâlesi", **İHAD**, S.16, 2010, s.157-186.; Abdüllatif b. Sadullah el-Kocevî, **Risâle fî Ahkâmî'r-Ribâ**, Konya Bölge Yazma Eserler Kütüphanesi, Arşiv No: 15 Hk 1610/9.; **Risâle fî Beyânî Keyfiyeti'r-Ribâ**, Kastamonu İl Halk Kütüphanesi, Arşiv No: 37 Hk 1593/10. Bu risâle başka bir risâlenin kenarına yazılmıştır ve müellifi meçhuldür. Müstensih, ortada yazılı risâlenin Mustafa Efendî el-Amâsî eş-Şehîr bi Akdağî tarafından yazıldığı notunu ilave etmiştir. Fakat ribâ ile alakalı eserin müellifine dair herhangi bir malumat yoktur.; Cemâleddin İshâk Çelebî el-Üskûbî, **Risâle fi Beyânî'r-Ribâ**, Milli Kütüphane-Ankara, Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: 06 Mil Yz A 1032/20.; Kıvamüddin el-İtkânî, **Faide fi'l-Bey'i ve'r-Riba**, Köprülü Yazma Eser Kütüphanesi, Fazıl Ahmed Paşa Koleksiyonu, Arşiv No: 34 Fa 1596/27. İtkânî (14. Asır'da Şam ve Kahirede yaşaması münasebetiyle) Osmanlı ulemâsından olmasa bile, eseri yazmalar arasında bulunduğu için burada zikredilmiştir.; Hamza Efendî Darenevî, **Risâle fi'l-Muamelât li-Ecli'l-Hıfz mine'r-Ribâ**, Hidiv Kütüphanesi Türkçe Yazmalar (Kahire-Mısır), Arşiv No: 5620.; Mehmed Hilmi el-Akhisârî, **Risâle fî Beyânî'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1.

⁹ Mehmed Hilmi el-Akhisârî, **Risâle fî Beyânî'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1.

¹⁰ **Risâle fî Beyânî'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, Vakıflar Genel Müdürlüğü Ankara Bölge Müdürlüğü Kütüphanesi, Safranbolu İzzet Mehmet Paşa Koleksiyonu, Arşiv No: 67 Saf 482/3.

¹¹ <http://www.yazmalar.gov.tr/>

¹² **Risâle-i Bey u Ribâ**, Mısır Milli Kütüphanesi Türkçe Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: Talat 90.; **Risâle-i Bey u Ribâ**, Mısır Milli Kütüphanesi Türkçe Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: Talat 82.; **Risâle-i Ribâ**, Mısır Milli Kütüphanesi Türkçe Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: Mecâmi Türkî Talat 131.

¹³ Ankara'da bulunan risâle de el yazması bir kitap içinde v.99-b, v.107-b arasında yer almaktadır. Yazı çevriminde bu risâle birden başlayarak numaralandırılmıştır. Sayfaları yıpranmamıştır, hattı düzgün,

Eserin çoğunluğu Türkçe bazı yerleri Arapça kaleme alınmıştır. Hemen hemen bütün Osmanlı yazma eserleri gibi hamdele-salve ile başlamış ve dua ile sona ermiştir. Risâlenin baş (hamdele-salve) ve son (dua) kısmı Arapça olup, risâlenin içinde bazı ayet ve hadisler Arapça zikredilmiş, ardından bunların tercümesine yer verilmiştir.

MEHMED HİLMİ EL-AKHİSÂRÎ

Hilmi el-Akhisârî M.1410-1415 yılları arasında Akhisar'da doğmuştur. İlk olarak Akhisar, ardından Bursa'da eğitim almış ve sonra Akhisar'a geri dönmüştür. İcazetini İbrahim Hakkı b. Hüseyin el-Gördesî'den almıştır. Bayramî tarikatına mensuptur. 15. Asırda Akhisar'da yedi adet medrese olduğu ve Hilmi el-Akhisârî'nin bunlardan Şhreküstü ve Ayvazzâde Medreselerinde müderrislik yaptığı bilinmektedir. Çeşitli kaynaklarda Şhreküstü ve Ayvazzâde Medreseleri Müderrisi Mehmed Hilmi b. Hasan el-Akhisârî ve Hafız Mehmed Hilmi el-Akhisârî künyeleri ile anılmıştır.¹⁴

1450 yılına kadar Akhisar'da ilim ve irşad faaliyetleri ile meşgul olan Hilmi el-Akhisârî Sultan II. Mehmed'in (Fâtih) isteği üzerine irşad vazifesi için on bir mürşidi ile birlikte Bosna'ya gitmiştir. 1463 yılında Bosna Prusak'ta Fatih Sultan Mehmed ile görüşmüştür. Hilmi el-Akhisârî'nin vefat tarihi ise bilinmemektedir.¹⁵

Kütüphanelerde Hilmi el-Akhisârî'ye ait üç eser tespit edilebilmiştir. Fakat müellifin daha fazla eserinin olması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim ribâya dair kaleme aldığı risâlesinin kütüphanede onun adına kaydedilmediği ve yazar kısmının boş bırakıldığı yukarıda zikredilmişti. Bunun gibi Akhisârî'ye ait olup henüz tespit edilmeyen daha fazla eseri olmalıdır.¹⁶ Akhisârî'nin tespit edilebilen eserleri şunlardır:

1. Hidâyetü'l-Behiyye fî Şerhi Adâbi'l-Adudîye isimli arapça risâle.¹⁷
2. Ehâdis-i Beyân-i Fezâilü'l-İlm ve'l-Ulemâ isimli arapça kitap.¹⁸
3. Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid isimli risâle.¹⁹

okunaklı ve harekeledir. Bu nüshaya yapılacak atıflar, eserin Safranbolu İzzet Mehmet Paşa Koleksiyonunda bulunması sebebiyle "Safranbolu v..." şeklinde gösterilmiştir.

¹⁴ Ayvazzâde Hafız Mehmed Hilmi b. Hasan el-Akhisârî, **İlim ve Alimler Hakkında Yüz Hadis-i Şerif**, Çev. Cuma Buğdaycı, İstanbul, Şadırvan Yayınları, 2019, s.11-14.

¹⁵ el-Akhisârî, **İlim ve Alimler Hakkında Yüz Hadis-i Şerif**, s.13.

¹⁶ Nitekim Hilmi el-Akhisârî'nin ele aldığımız risâlesinin devamında Allah'ın isimleri, dua, oruç vb. muhtelif dini meseleleri ele alan yazılar mevcuttur. Bkz. Akhisârî, **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, v.5-b- v.16-b. Safranbolu nüshasında risâlenin sonunda bir şiir bulunmaktadır. Devamında ise muhtelif dini meseleleri ele alan yazılar mevcuttur. Safranbolu, v.108-a vd.

¹⁷ Mehmed Hilmi el-Akhisârî, **Hidâyetü'l-Behiyye fî Şerhi Adâbi'l-Adudîye**, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5672.

¹⁸ Mehmed Hilmi el-Akhisârî, **Ehâdis-i Beyân-i Fezâilü'l-İlm ve'l-Ulemâ**, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5873. Bu eser Cuma Buğdaycı tarafından tercüme edilip neşredilmiştir. Hilmi el-Akhisârî'nin hayatına dair malumatlar bu kitaptan alınmıştır.

¹⁹ Mehmed Hilmi el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1.; **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, Vakıflar Genel Müdürlüğü Ankara Bölge Müdürlüğü Kütüphanesi, Safranbolu İzzet Mehmet Paşa Koleksiyonu, Arşiv No: 67 Saf 482/3.

RISÂLENİN TAHKİKİ

Risâlede faiz ve çeşitleri, misalleriyle birlikte tafsilatlı olarak tahkik edilmiştir. Buna göre risâlede ilk olarak zamanın ahir zaman olduğu, insanların faizden içtinâb etmediği, cahilliğin arttığı vurgulanmıştır. Müellif, "gayret-i islâm ahz" ederek insanların faizden korunması için bu risâleyi muhtasar olarak Türkçe kaleme aldığını ve bundan dolayı dua beklediğini ifade etmiştir.

Faizin haramlığı "Allah alışverişi helal faizi ise haram kılmıştır"²⁰ ayeti ve "ribâ yetmiş iki çeşittir. Bunlardan en aşağısının günahı kişinin annesi ile zina etmesi gibidir"²¹ hadisi ile vurgulanmıştır. Faizin haramlığına dair bunlardan başka pek çok delil olduğu da zikredilmiştir.²²

Bu bağlamda faiz cereyan edebilecek mallar, beş sınıfta ele alınmış ve her bir sınıf misallerle izah edilmiştir. Faiz cereyan edecek birinci grup mallar ağırlıkla (mevzûnât); ikinci grup mallar kile ile (mekîlât) tartılarak satılan mallardır. Altın, gümüş, bal, yağ, buğday, pirinç bu sınıf mallara misaldir. Bu mallarda hem veresiye faizi, hem fazlalık faizi cereyan eder ve Hanefî mezhebine göre faizin cereyan edeceği asıl mal grubu bunlardır. Bunlar ribevî mal olarak adlandırılır.²³ Bu mallardan aynı cinslerin birbiri ile değişiminde miktar aynı bile olsa vadenin bulunması faizdir ve haramdır. Dolayısıyla bir kilo pirinç bir kilo pirince veya on gram altın on gram altına veresiye (vadeli) satılamaz (değiştirilemez). Aynı şekilde malların kalitesi farklı bile olsa, bu malların farklı miktarlarda peşin veya veresiye satılmaları caiz değildir. On gram altının on bir gram altına, bir kilo buğdayın iki kilo buğdaya satılması bu kabildendir. Üzerlerinde altın, gümüş gibi maddeler bulunan eşyaların satımında ise altın, gümüş miktarı kadarının peşin, geri kalan malın veresiye satılması caizdir.²⁴

Üçüncü grup mallar "mezrûât" olarak adlandırılan ve (arşınla) ölçülerek satılan mallardır. Kumaş, bez vb. ölçülerek satılan mallar bu kabildendir. Bu mallar peşin olmak şartıyla farklı miktarlarda değiştirilebilir. Buna göre, iyi kalitede beş metre çuka (çuha) ile kötü kalitede on metre çukanın peşin değişimi helaldir. Bu sınıf mallar, yukarıda zikredilen mevzûnât ve mekîlâtтан farklıdır. Nitekim böyle bir satımın mevzûnât ve mekîlâtta caiz olmadığı ifade edilmişti. Bununla birlikte ölçülerek satılan bu malların ölçüsünde eşitlik olsun olmasın veresiye değişimi caiz değildir.²⁵

Dördüncü grup mallar "mağdûdât" olarak adlandırılan ve adet/tane ile satılan mallardır. Ceviz ve yumurta bunun misallerindedir. Bu mallar da peşin olmak şartıyla

²⁰ Bakara Suresi, 275.

²¹ Risâlede bu hadîsin iki farklı formu Câmîü's-Sagîr'e atıfla kullanılmıştır. Bkz. el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, v.1-b, 2-a.

²² el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, v.2-a.

²³ Ribevî mal, faize tâbi mal olarak basitçe tarif edilebilir. Hanefîlere göre bu mallar ölçü ve tartı ile alınıp satılanlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serahsî, **Mebûsût**, C.12, s.203 vd., C.14, s.94. el-Halebî, **Mûlteka'l-Ebhûr**, C.3, s.128.; İbn Âbidîn, **Reddû'l-Muhtâr**, C.4, s.177.; Orhan Çeker, **İslâm Hukukunda Akidler**, Konya, Tekin Kitabevi, 2014, s.223 vd.; Beşir Gözübenli, "Keylî", **DİA**, C.25, Ankara, TDV, 2002, s.361-362.; Hasan Hacak, "Vezni", **DİA**, C.43, İstanbul, TDV, 2013, s.95-98.; İsmail Özsoy, "Faiz", **DİA**, C.12, İstanbul, TDV, 1995, s.110-126.

²⁴ el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, v.2-b, 3-a.

²⁵ el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid**, v.3-b.

farklı miktarlarda değiştirilebilirler. Buna göre, yüz büyük yumurtanın iki yüz küçük yumurta ile peşin değişimi caizdir. Bununla birlikte, bu malların da (mezrûatta olduğu gibi) sayısında eşitlik olsun olmasın veresiye değişimleri caiz değildir.²⁶

Beşinci grup mallar “mikyâs” olarak adlandırılmıştır ve bu fıkıh kitaplarındaki “bey’ül-mücâze”nin karşılığı olarak kullanılmıştır. Götürü satışı olarak da adlandırılan bu satım akdinde mesela bir yığın buğdayın tartılmadan satılması (kabala) mevzubahistir. Götürü usulü satılacak bu mal mevzûnâttan, mekîlattan veya mağdûdâttan da olabilir. Risâlede bu tür satışlar önce tarif edilmiş, ardından bunda ribâ bulunup bulunmadığı sorulmuştur. Buna göre, yukarıda zikredilen ribâ misalleri gibi bir satım olursa faiz olur. Mesela ağırlığı bilinmeyen bir miktar balı (yağı vb.) başka bir miktar balla (yağla vb.) değişmek bu kabildendir ve caiz değildir. Fakat, farklı sınıf malların (kumaş ile ceviz gibi) bu şekilde götürü usulü ile peşin satılması caizdir.²⁷

Ölçü ve tartı ile satılan ribevî mallar (mevzûnât/mekîlât) dışındaki farklı sınıftan veya cinsten malların peşin veya veresiye satışı caizdir. Yani tartı ve ölçüye girmeyen malların cinsleri farklı ise birisi ikisi karşılığında hem peşin hem veresiye satılabilir.²⁸ Neticede farklı cinsten ribevî olmayan mallar hem peşin hem veresiye satılabilirken; aynı cinsten ribevî olmayan mallar farklı miktarlarda sadece peşin satılabilir.²⁹ Bir başka ifade ile ribevî mallarda hem fazlalık faizi hem veresiye faizi cerayan ederken; ribevî olmayan mallarda sadece veresiye faizi cereyan eder.

Risâlede sarf akdi (altın, kuruş vb. para bozan kimselerin yaptığı muameleler) ayrıca ele alınmıştır. Çünkü yukarıda zikredildiği üzere altının altın ile gümüşün gümüş ile değişiminde işçilik vb. hususlar göz önüne alınmaksızın eşitlik ve peşin olma şartı bulunmaktadır. Burada kuruş bozan kimselerin faize düşmekten kurtulabilmeleri için, tatbik etmeleri gereken birkaç hîle-i şer’iyye misaline-usule yer verilmiştir. Buna göre, bu akitte faizden kurtulmak için kuruş bozacak kimse ile bozduracak kimsenin malları, karşılıklı hibe etmeleri; kuruş bozacak kimsenin kuruş ile birlikte başka bir cins eşyayı satması, ardından satılan bu eşyanın geri sahibine hibe edilmesi bu usullere misaldir. Bir başka usul de şöyledir, başka mallar satın alabilmek için kuruş bozdurmak isteyen kimsenin alacağı şeyleri kuruş bozacak olan onun adına satın alır ve ondan alacaklı olur. Ardından altın veya gümüşler eşit ve peşin olmak şartıyla değiştirilir, aradaki fark kuruş bozana ödenir. Bunlar yapılmadan bozdurulacak kuruşta faiz bulunur.³⁰

Risâlede, akılla naklin ihtilaf etmesi durumunda nasıl hareket edileceği de izah edilmiştir. Buna göre, Hanefî mezhebinde, akılla nakil ihtilaf ederse nakil üstün tutulur. Bu risâlede “Dinenâ mebnî âle’l-nukûl lâ alâ’ münâsib el-ukûl. Mezheb-i hanefiyyede şer’i şerîfe mutâbık olmayan mahalde aklın medhali yokdur. Aklın makbûl olması şer’i şerîfe mutâbık ve muvâfık olan mahaldedir” şeklinde ifade edilmiştir.³¹

²⁶ el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni’r-Ribâ ve’l-Bey’i’l-Fâsid**, v.3-b.

²⁷ el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni’r-Ribâ ve’l-Bey’i’l-Fâsid**, v.4-a.

²⁸ Ayrıca bkz. Serahsî, **Mebsût**, C.12, s.221 vd.

²⁹ Bu husus risâlede “Amma hilâf-ı cins yeden bi yedin nakdiyle tefâdül olsun olmasın her halde helaldir. Ve veresiyle tefâdül olsun olmasın her halde helaldir mademki mekîlâtdan ve mevzûnâtdan olmadıkda” şeklinde ifade edilmiştir. el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni’r-Ribâ ve’l-Bey’i’l-Fâsid**, v.2-a, 2-b.

³⁰ el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni’r-Ribâ ve’l-Bey’i’l-Fâsid**, v.4-b, 5-a.

³¹ el-Akhisârî, **Risâle fî Beyâni’r-Ribâ ve’l-Bey’i’l-Fâsid**, v.4-b.

SONUÇ

Hilmi el-Akhisârî tarafından 15. Asırda kaleme alınan risâle İslâm hukukunda ribâ (faiz) meselesini ele almıştır. Müellif risâleyi yazma sebebi olarak zamanının ahir zaman olduğu, insanların faizden içtinâb etmediği ve cehaletin arttığını göstermiş ve insanları faize düşmekten kurtarmak için bu risâleyi kaleme aldığını ifade etmiştir.

Risâlede faiz ve türleri basit misallerle sistematik olarak beş alt başlık halinde ele alınmış, sarf satışı ayrıca incelenmiştir. Faiz mevzuu muhtasar olarak ele alınmış ve fikhî ihtilaflara temas edilmemiştir. Çünkü risâlenin amacı halka bu hususta malumat verilerek onlara faydalı olunmasıdır. Risâlenin Türkçe kaleme alınması da bunu teyit eder. Nitekim Osmanlı ulemâsı eserlerini ekseriyetle Arapça kaleme almışlardır. Hilmi el-Akhisârî de diğer kitaplarını/risâlelerini Arapça kaleme almasına rağmen bu risâlesini (amacına mâtuf olarak) Türkçe kaleme almıştır. Bu durum risâlede "haramdan ve ribâdan kaçınmak için bu muhtasarı Türkçe yazdım ki muhtasar olub ve müfid ve nâfi'î-âm ola" ifadesi ile vurgulanmıştır.³²

Neticede risâle, İslâm hukukunda faiz meselesini Hanefî mezhebi özelinde, herkesin anlayabileceği bir üslup ve dille, sistematik olarak ele almıştır. Risâlenin yazı çevriminin de yayınlanması ile birlikte, bu mevzuda çalışanların bu risâleden kolayca istifade edebilmesi sağlanmıştır.

RISÂLENİN YAZI ÇEVİRİMİ

1. Yukarıda da ifade edildiği üzere yazı çevriminde Manisa'da yer alan nüsha esas alınmıştır. Bununla birlikte Vakıflar Bölge Müdürlüğü Kütüphanesi'nde bulunan nüshadaki farklılıklar dipnotta belirtilmiştir. Bu nüshanın Safranbolu İzzet Mehmet Paşa Koleksiyonunda bulunması sebebiyle atıflarda "Safranbolu v..." şeklinde gösterilmiştir.

2. Yazı çevriminde kelimeler mümkün olduğunca orjinal haline sadık kalınarak olduğu gibi verilmiştir.

3. Metinde tarafımızca ilave edilen kelimeler "[]" içerisinde gösterilmiştir.

4. Okunuşu tereddütlü kelimeler "(?)" işareti ile gösterilmiştir.

5. Metinde okunamayan yerler "...?" işareti ile gösterilmiştir.

(v.1-a)

Min kütübi'l-Fakîr Mehmed Hilmi el-Akhisârî affa anh el-Bârî

(v.1-b)

(1) Hazihi Risâle fî Beyânî'r-Ribâ ve Bey'ü'l-Fâsid

(2) Bismillahirrahmanirrahim³³

(3) Elhamdülillah ellezi ceâlena ala dini'l-İslâm. Ve (4) veffignâ el-iktidâ bi Muhammed aleyhi'ssalâtü ve's-selâm. Ve (5) ve allimnâ talîme'l-kitâbü'l-kadîm el-furkân ve şerrifnâ teşrifin min (6) şerefi'l-İslâm ve'l-imân. Ve euzübillâh teâla mine'l-küfr ve'n-nifâk (7) ve't-tuğyân ve's-şirkü'd-dalâl ve'l-füsûk ve'l-isyan. Ve euzübillâh (8) inde'l-mevt min

³² Safranbolu, v.2-a.

³³ Besmele Safranbolu nüshasında yoktur. Safranbolu, v.1-b.

zevâli'l-imân bi lutfihi ve keremihi ve cûdihi ve'l-ihsân (9) ve sallallahu ala seyyidînâ Muhammed hayru'l-enâm ve âlâ âlihi ve ashabi'l-ecmaîn (10) el-kirâm amma bağd³⁴ zamanımız âhir-i şer'a erişüb her halde haramdan (11) ve ribâdan içtinâb olunmayub ve ahiret emirlerine girilmeyüb (12) ve cehl ziyâde olub³⁵ bu hakir dahi gayret-i islâm ahz (13) idüb haramdan ve ribâdan kaçınmak için bu muhtasarı Türkçe (14) yazdım ki muhtasar olub ve müfid ola.³⁶ Ve bu fakire dua (15) oluna ve dünyada ve ahirette yüzleri ak ola ziyade (16) emr Ahmedindir ve bilmesi lâzımdır âkil olub ve imân-ı (17) ahirete tasdiki olanlara. Kemâ Galallah teâla³⁷ eh ellallahü'l-ı bey' ve harrame (18) el-ribâ ve kemâ vuride fi hadîs el-sahîh bilvaîd min Câmîü's-Sagîr **(v.2-a)** (1) gale rasulullah sallallahu aleyhi vesellem el-ribâ isnân ve sebûn bâben (2) ednâha mislü etyân el-racul ummuh an ebû Hureyre radyallahu anh (3) hadîs-i şerifin mânâsı budur ki ribâ yetmiş iki günahdan (4) ziyâde³⁸ gayet aşâğısı anasına zinâ itmek gibidir imdi (5) ednâsının günahı böyle olunca³⁹ kalan yetmiş bir bölüğünün⁴⁰ (6) günahı nice olmak gerekdir fikr eyle eğer âkillerden isen. (7) Ve hadîs-i uhrâ dahi vârid olmuştur ki⁴¹ gâle nebî sallallah (8) aleyhi ve sellem el-ribâ selâse ve sebûn bâben eyseruha mislü en (9) yenkeh el-racul ümmühü an ibn Mes'ûd radyallahu anhu min Câmîü's- (10) Sagîr bu hadîs-i şerifin mânâsı dahi sultanımız buyurdub (11) hadîs⁴² ibn Mesud radyallahu anhdan⁴³, ribâ yetmiş üç bölükdür (12) isim yönünden ziyâde alçağı bir kimse anasını nikahlamak gibidir. Bâki (13) yetmiş iki kısmını nice mümkün ismini beyân itmek. Mahber-i Sâdik güna- (14) hlarının kesreti var ve beyan buyurmadılar ve dahi ribânın (15) zararları hakkında ayet ve hadis çöktür. Bu risâlede beyân (16) etmek mümkün değildir. Eğer bu zararlardan hala zanni olub fazl-ı (17) hakka vâsıl olmak dilersen bu zikr olunacak⁴⁴ zabt eyle ki (18) cenâb-ı rahîm'e dâhil olasın bi'r-rahme.⁴⁵ Mesele misl misle (19) tefâdü'l haramdır yeden bi yedin altun ve gümüş ve bal ve yağ ve bu- (20) nların emsâli terâziye girenler her ne olursa⁴⁶. Amma hilâf-ı cins (21) yeden bi yedin nakdiyle tefâdü'l olsun olmasın⁴⁷ her halde helaldir. **(v.2-b)** (1)Ve veresiyle⁴⁸ tefâdü'l olsun olmasın her halde helaldir mademki (2) mekîlâtndan ve mevzûnâtndan olmadıkda. el-Mekâdir hamse inde'l- (3) fukahâ'. Biri bu zikr olunan mevzûnâtndan⁴⁹ biri mekîlâtndan⁵⁰ (4) buğday ve arpa ve pirinç ve⁵¹ bunların emsâli kileye girenler her ne ise mislü (5) mislü tefâdü'l haramdır yâni bir dirhem altını iki dirhem

³⁴ "ve bağde mâ vecebe aleynâ" Safranbolu, v.2-a.

³⁵ "ziyâde şâyğ olmağın" Safranbolu, v.2-a

³⁶ "muhtasar ve müfid ve nâfi'i-âm ola" Safranbolu, v.2-a.

³⁷ "kemâ galallah fi kelâm'l-gadîm" Safranbolu, v.2-b.

³⁸ "yetmiş iki bölükdür. Günah yönünden evvel yetmiş iki günahdan ziyâde" Safranbolu, v.2-b.

³⁹ "ya kalan" Safranbolu, v.2-b.

⁴⁰ "bölüklerinin" Safranbolu, v.2-b.

⁴¹ "Ebû Hureyre radiyallahü anh'dan rivâyet olunmuş hadîs-i uhra" Safranbolu, v.3-a.

⁴² "buyurur. Ravî-i hadîs" Safranbolu, v.3-a.

⁴³ "radyallahu teâla anhdır" Safranbolu, v.3-a.

⁴⁴ "zikr olunacak suretleri" Safranbolu, v.3-b.

⁴⁵ "bi'r-rahmetihî" Safranbolu, v.3-b.

⁴⁶ "ise" Safranbolu, v.3-b.

⁴⁷ "olsun yâni olmasın" Safranbolu, v.3-b.

⁴⁸ "ve nesîeten yâni veresiyle" Safranbolu, v.3-b.

⁴⁹ "mevzûnâtdır" Safranbolu, v.3-b.

⁵⁰ "mekîlâtdır" Safranbolu, v.3-b.

⁵¹ "ve mercimek" Safranbolu, v.3-b.

altına (6) ve bir dirhem gümüşü iki dirhem gümüşe ve bir vâkıyye balı iki (7) vâkıyye bala ve bir vâkıyye yağı iki vâkıyye yağa ve bir kile buğdayı (8) iki kile buğdaya ve bir kile arpaya iki kile arpaya ve bir (9) kile pirinci iki kile pirince,⁵² bu suretler misl misle tefâdül⁵³ (10) suretleridür küllüsü haramdır ve ribâdır. Galallahuteâla⁵⁴ (11) ehallallah el-bey' ve harrame'r-ribâ, kezâlik veresiyle⁵⁵ dahi bilâ tefâdül (12) haramdır ve ribâdır. Yâni bugün bir dirhem altun paraya⁵⁶ bir (13) dirhem altun, bugün bir dirhem gümüş paraya⁵⁷ bir dirhem (14) gümüş, bugün bir vâkıyye balı yarına bir vâkıyye bala, bu (15) güne bir vâkıyye yağı yarına bir vâkıyye yağa, bugün bir kile buğdayı (16) yarına bir kile buğdaya, bugün bir kile pirinci yarına bir kile (17) pirince, bugün bir kile mercimeği yarına bir kile mercimeğe bu suretler- (18) idir⁵⁸ kezâlik küllüsü haramdır ve ribâdır. Benim karındaşım tafsîlen (19) zikr olundu her ne kadar vezne gelür⁵⁹ eşyâ varsa mevzûnâta (20) kıyas eyle ve her ne kadar kileye girer eşyâ varsa mekîlâta kıyas (21) eyle ve her ne kadar altın ve gümüş aletleri varsa ve⁶⁰ avretlerin⁶¹ **(v.3-a)** (1) altın ve gümüş olan eşyâ varsa altın bilezik ve gümüş (2) tepsi ve altın bıçak ve gümüş kılıç ve balta ve sıyrımlı mankûş eşyâ (3) yâni makreme ve yastık ve⁶² bu zikr olunanların emsâli ve gayrı (4) her ne ise alinub ve satılmak lâzım geldikde veresiye alub satmak (5) haramdır ve ribâdır. Elbette ve elbette hazer olunmak lazımdır, (6) ahiretin azabı şedîddir. Ahirete imânı olan ve ziyâde (7) tasdiki olan elbette ve elbette bu zikr olunan haramdan (8) ve ribâdan içtinâb ider ve ribâdan halâsın tariki (9) bu sûretde altın⁶³ ve gümüşden olan aletler nakd ile (10) alınur ve satılır.⁶⁴ Yâni altın bilezik ve gümüş tepsi ve (11) emsâlini satdukda ve aldukda yeden bi yedin nakd akçeleri⁶⁵ (12) almak virmek lazımdır. Asla te'hîre mesağ yokdur. (13) Ve üzerlerinde altın ve gümüş aletler⁶⁶ bir bıçak ve (14) ya bir kılıç veya bunların emsâli bir şey aldıkda ve satdı- (15) kda elbette üzerlerinde olan altın ve gümüş mikdarı (16) akçesin virmek lazımdır. Ribâdan kurtulmak bıçağın (17) ve kılıcın demirleri mikdarı veresiye olur⁶⁷. Hilâf-ı (18) cins mesela gümüşü altına, buğdayı arpaya, yağı bala (19) satsa tefâdül helaldir. Eğer nakd ise helaldir.⁶⁸ Amma bunları (20) ve emsâlini veresiye vermek şer'i mutahhirde câiz değildir (21) haramdır ve ribâdır. Mekâdirin⁶⁹ üçüncüsü mevrûâtıdır. **(v.3-b)** (1) Amma şol mislü tefâdül mevrûâtıdan olursa yeden bi yedin ol (2) meclisde

⁵² "pirince ve bir kile mercimeği iki kile mercimeğe" Safranbolu, v.4-a.

⁵³ "tefâdül nakd" Safranbolu, v.4-a.

⁵⁴ "Kemâ galallahuteâla" Safranbolu, v.4-a.

⁵⁵ "kezâlik nesîeleri yâni veresiyeleri" Safranbolu, v.4-a.

⁵⁶ "altını ["para" ifadesi Safranbolu nüshasında yoktur.]", Safranbolu, v.4-a.

⁵⁷ "gümüşü ["para" ifadesi Safranbolu nüshasında yoktur]", Safranbolu, v.4-a.

⁵⁸ "bu suretler misl misle bilâ tefâdül virmesi suretleridür" Safranbolu, v.4-b.

⁵⁹ "vezne girer" Safranbolu, v.4-b.

⁶⁰ "ve üstlerinde" Safranbolu, v.4-b.

⁶¹ "avretlerin" ifadesi Safranbolu nüshasında yoktur. Safranbolu, v.4-b.

⁶² "ve sarık(?)" Safranbolu, v.4-b.

⁶³ "altından" Safranbolu, v.5-a.

⁶⁴ "alır satar" Safranbolu, v.5-a.

⁶⁵ "akçelerin" Safranbolu, v.5-a.

⁶⁶ "ve üzerlerinde altın ve gümüş olan aletleri ol mikdâr akçelerin virür nakd yâni üzerinde altın ve gümüş aletlerden" Safranbolu, v.5-a.

⁶⁷ "mikdarı ve emsalinin mikdarı veresiye olsa caizdir. Her ne zaman virmek gavl iderse altın ve gümüş nakden olur demirleri veresiye olur" Safranbolu, v.5-a, 5-b.

⁶⁸ "mesela bir vakiyye yağı iki vakiyye bala satsa eğer nakd ise helaldir" Safranbolu, v.5-b.

⁶⁹ "mekâdirin" Safranbolu, v.5-b.

alınur helaldir. Bezler ve abalar ve çukalar ve (3) kumaşlar ve bunların emsâli mevrûâtdan. Yâni ⁷⁰ bir arşın (4) iyice abayı virüb iki arşın fenâcasın almak veya bir (5) bir arşın iyice çuka virüb iki arşın fenâcasın almak⁷¹ (6) bu zikr olunan misallere ve bunlara müşâbih her ne var ise mevrûâtdan⁷² (7) yâni artukluk ve eksiklik ve ceyyidlik ve redîlik şer'i (8) şerîfde fark ma⁷³ tasavvur olunmaz ziyâde ve noksan⁷⁴ sarf eyleme⁷⁵ (9) helaldir. Ve amma bu mevrûâtın⁷⁶ veresiyeleri misl misle virmek (10) haramdır. Gerek tefâdül olsun gerek olmasın. Mekâdirin (11) dördüncüsü mağdûdâtdır. Amma misl misle tefâdül mağdûdâtda (12) helaldir. Mevrûatda olduğu gibi yeden bi yedin alınur (13) meclis-i vâhid mütegayyir olmaksızın ceviz ve yumurta ve bunların (14) emsâli mağdûdâtdan. Yâni yüz büyük cevizi ikiyüz kü- (15) çük cevize ve yüz büyük yumurtayı iki yüz küçük yumurtaya (16) veya aksleri ikiyüz küçük cevizi yüz büyük cevize (17) ve ikiyüz küçük yumurtayı yüz büyük yumurtaya almak ve (18) virmek bu zikrolunan misaller ve bunlar müşâbih her ne (19) olursa mağdûdâtdan bu üslûb üzre yâni artı- (20) klık eksiklik ve ceyyidlik ve atikalık şer'i şerîfde fark (21) tasavvur olunmaz. Tarafeynde ziyâde ve noksan helaldir. Ve **(v.4-a)** (1)ve amma mağdûdâtın⁷⁷ veresiyeleri misl misle verilmek⁷⁸ haramdır. (2) Tefâdül⁷⁹ olsun gerek olmasın mevrûâtda olduğu (3) gibi. Ve mekâdirin beşincisi mikyâsdir kıyâs ile (4) bey' itmek türki lisânda Peygamber bazarı dirler ve ibâretü kütübî'l (5) -fıkh beyü'l-mücâzefe ve'l-cüzafe ve subre taam yâni bu yığıni⁸⁰ (6) şu kadar akçeye deyu satmak ve almakdur. Ol yığılan şey mev- (7) zunatın bâzi şeyinden⁸¹ olur. Bal ve yağ ve emsâli (8) gibi altın ve gümüş elbette veznden lâzımdır. Ve ol (9) şey mekîlâtın küllisinden olur buğday ve arpa ve (10) emsâli gibi. Ve ol şey mevrûâtın bâzısından (11) olur.⁸² Bazı mahalde bez ve bûğasi topu ile bey' o- (12) lunması gibi. Ve ol şey mikyâs bâzi mahalde mağdûdâtta (13) vâki' olur. Yığın ile ceviz ve yumurta şu mikdar (14) akça deyu bey' olunur. Bu mikyâs suretlerinde (15) ribâ bulunub hürmet sâbit olurmu? Eğer bâlâda zikr olunan (16) ribâ suretlerine mümâsil suret bulunursa ribâ bulunur (17) hürmet sâbit olur. Ve illâ misl misle tefâdül sûreti (18) gibi ve nesîe sureti gibi bu suretler bulunursa ribâ olub⁸³ (19) hürmet sâbit olur. Yâni vezni gayri mağlûm bir mikdar balı (20) iki⁸⁴ mikdâr bala tefâdül almak ve satmak ve yağda ve emsâlide (21) böyledir. Ve mekîlâtdan buğday ve arpa ve emsâli bir yığın **(v.4-b)** (1) buğdayı iki yığın buğdaya tefâdül almak ve satmak cinsine (2) ve arpa ve emsâlinde böyledir. Ve mevrûâtdan bir top (3) bez cinsine⁸⁵ zirâları ziyâde olsun ve noksan o (4) olsun. Ve

⁷⁰ "arşın iyice bezi virüb iki arşın fenâcasın almak veya" Safranbolu, v.5-b.

⁷¹ Bu ifade Safranbolu nüshasında mükerreren zikredilmiştir. Safranbolu, v.6-a.

⁷² "mevrûâtdan bu üslub yâni" Safranbolu, v.6-a.

⁷³ "ma" ifadesi Safranbolu nüshasında yoktur. Safranbolu, v.6-a.

⁷⁴ "tarafeynden helaldir" Safranbolu, v.6-a.

⁷⁵ "sarf eylemek" ifadesi Safranbolu nüshasında yoktur. Safranbolu, v.6-a.

⁷⁶ "mevrûâtın nesîeleri yâni" Safranbolu, v.6-a.

⁷⁷ "mağdûdâtın nesîeleri yâni" Safranbolu, v.6-b.

⁷⁸ "virmek" Safranbolu, v.6-b.

⁷⁹ "gerek tefâdül" Safranbolu, v.6-b.

⁸⁰ "bir yığın şeyi" Safranbolu, v.7-a.

⁸¹ "bazısından" Safranbolu, v.7-a.

⁸² "vâki olur" Safranbolu, v.7-a.

⁸³ "bulunub" Safranbolu, v.7-b.

⁸⁴ "yine iki" Safranbolu, v.7-b.

⁸⁵ "bir top bezi yine bir top bez cinsine" Safranbolu, v.7-b.

mağdûdât dan yumurtaya yüz adedine (5) yüz aded yumurtaya olsun ve ziyâde olsun (6) ve ceviz ve emsâli bu dört suretin mevzûnât ile (7) mekîlât suretlerinde, yeden bi yed misle tefâdül ribâ ve haramdır.⁸⁶ (8) Amma iki muahhar sûretlerün, biri mevrûât ve biri (9) mağdûdât bunlarda yeden bi yed misl misle tefâdül helaldir (10) haram değildir. Amma veresiyle misl misle ribâdır veresiyeler (11) ne de isterse(?) tefâdül gerek olsun gerek ol[ma]sun.⁸⁷ Akla münâsib (12) akla münâsib olan mevrûât ile mağdûdâtın yeden bi yedin (13) suretinde misl misl[e] tefâdül haram olmak gerek idi. Dinenâ (14) mebnî âle'l-nukûl lâ alâ' münâsib⁸⁸ el-ukûl. Mezheb-i hanefiyyede şer'i (15) şerîfe mutâbık olmayan mahalde aklın medhali yoktur. (16) Aklın makbûl olması şer'i şerîfe⁸⁹ mutâbık ve muvâfık olan (17) olan mahaldedir. Fî zemânına beyne'n-nâs bir fitne-i cesîme (18) ve belâ-yı azîme var, "ve'n-nâs anhâ gâfilûn" gurusu (19) bozmaları buna fukahâ "rahmetullâh aleyhim ecmaîn" bey' (20) bi'l-sarf tâbir iderler, gurusu bozan kimse evfâk akça (21) veyahut para ve⁹⁰ gayrı aldıkda üç emrin biri bulunursa (**v.5-a**) (1) iki tarafın şer'i şerîfe mutâbık olup helal olur. (2) Ve illa kangı [hangi] tarafa ziyâde olursa ribâ olur. İkisi (3) dahi melûn olup fâsık olur.⁹¹ Eksik kalan (4) taraf fıska rızâ virmiş olur zirâ tatarhâniyye (5) meselelerindedir, el-rızâ fî'l-fisk fıska. Ya ol üç (6) vechinden⁹² biri budur ki gurusu bozan kimse gurusu (7) evfâk akça aldığı adama hibe ider ol kimsede virdüğü (8) akçayı gurusu sâhibine hibe ider zâtü'l-şey min (9) haysü'l-mecmu' tarafından habs olunmuş olup, meseleye (10) âlim olurlar, iki tarafa helal olup, şer'an bey' (11) bi'l-sarf olmamış[olmuş] olur. Hibe bulunur ikinci vech (12) budur ki gurusu bozan kimse gurusu sahibine gurusu (13) ile belli bir mikdâr hilâf-ı cins şey virür ve yeni (14) gurusu sâhibi ol hilâf-ı cins şeyi gerü gurusu (15) bozana hibe ider bey' bi'l-sarf bulunub iki tarafa (16) helal olur. Şer'an üçüncü vech budur sâhib-i (17) gurusu ekmek ve et almak ve bal ve yağ almak ve sâir (18) levâzım görmek murâd etdükte ol mezkûr şeyleri (19) iştirâ idüb aldıktan sonra gurusu metâğ sâhibine (20) virür aldığı eşyâ için ve kusûr akça metâ' sâ- (21) hibinden alır bazen iştirâ ve bazen bey' bi'l-sarf (**5-b**) (1) olup müsâvi gümüş gümüşe ve ziyâdesini metâ'a kıymet (2) takas idüb iki tarafa helal olur. Bu üç (3) vechin gayrı bozulan gurusu elbette anda ribâ bulunur (4) haram olmak mukarrerdir. El-sûretü'l-mezkûra küllihâ tümessil (5) dîn tahsis. Euzûbillâh⁹³ min amel ellezine yuhâlifü'ş-şer' (6) ...? limen⁹⁴ yuvâfık i'tikâd bima cânibî'r-Rasûlullah sallallâh (7) aleyhi ve sellem. Ve ameli amelen bi'l-ilm ellezi (8) yutâbıkü'ş-şer' ve Allâhu⁹⁵ âlem (9) bi's-sevâb ve (10) ileyhi mercû'.⁹⁶

⁸⁶ "ribâ ve haram ve nesîeleri dahi bilâ tefâdül ribâ ve haram" Safranbolu, v.8-a.

⁸⁷ "veresiyelerinde isterse tefâdül olsun ve gerekse olmasun veresiyeleri misli misle ribâdır." Safranbolu, v.8-a.

⁸⁸ "münâsebât" Safranbolu, v.8-a.

⁸⁹ "şer'i müteahhîre" Safranbolu, v.8-a.

⁹⁰ "veya" Safranbolu, v.8-b.

⁹¹ "ziyâde gelen tarafına ribâ olur haram olup fâsık olur." Safranbolu, v.8-b.

⁹² "ya ol üç vech nedir deyu suâl olunursa biri budur ki." Safranbolu, v.8-b.

⁹³ "Euzubillah Teâlâ" Safranbolu, v.9-b.

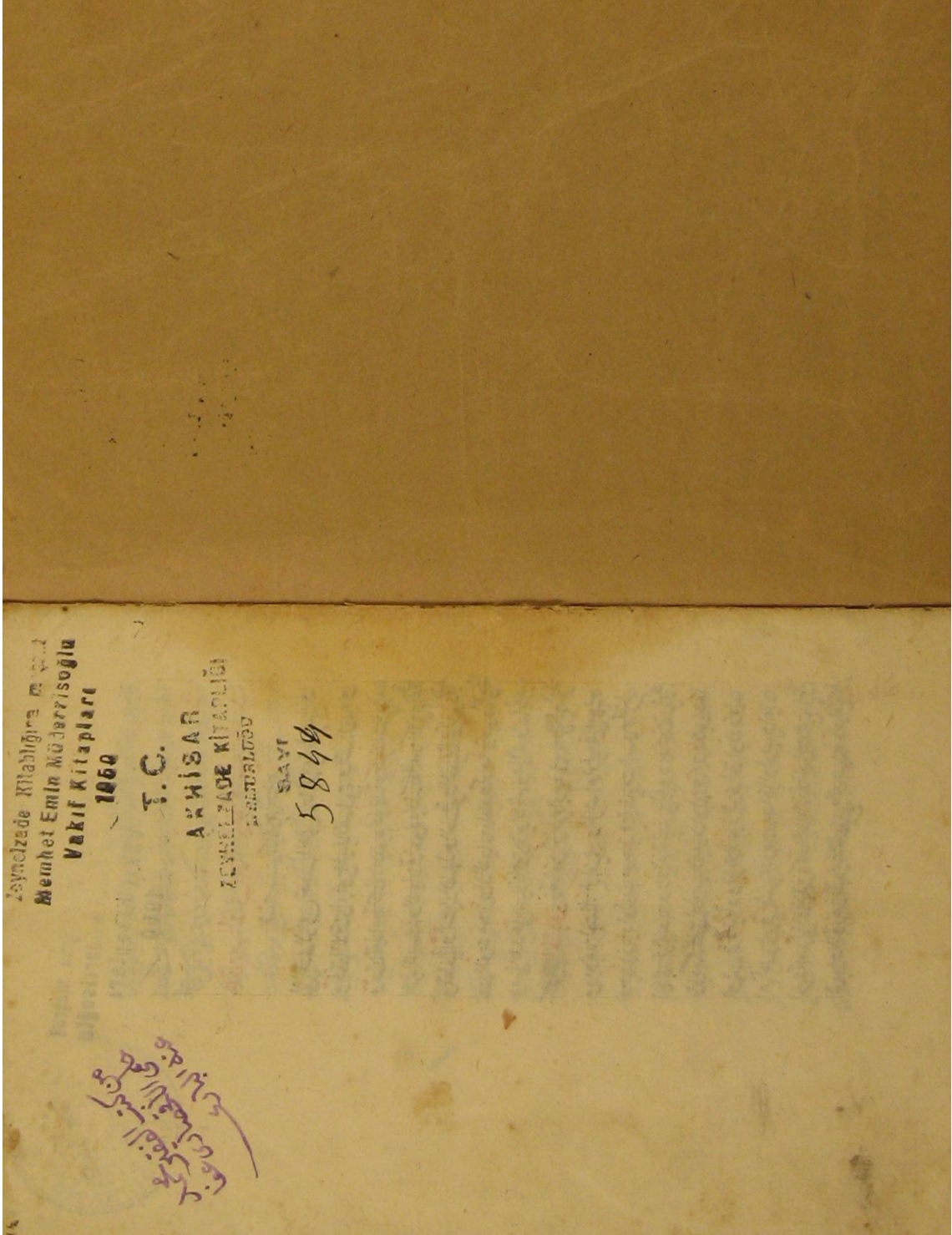
⁹⁴ "...? Sümme ...? limen" Safranbolu, v.9-b.

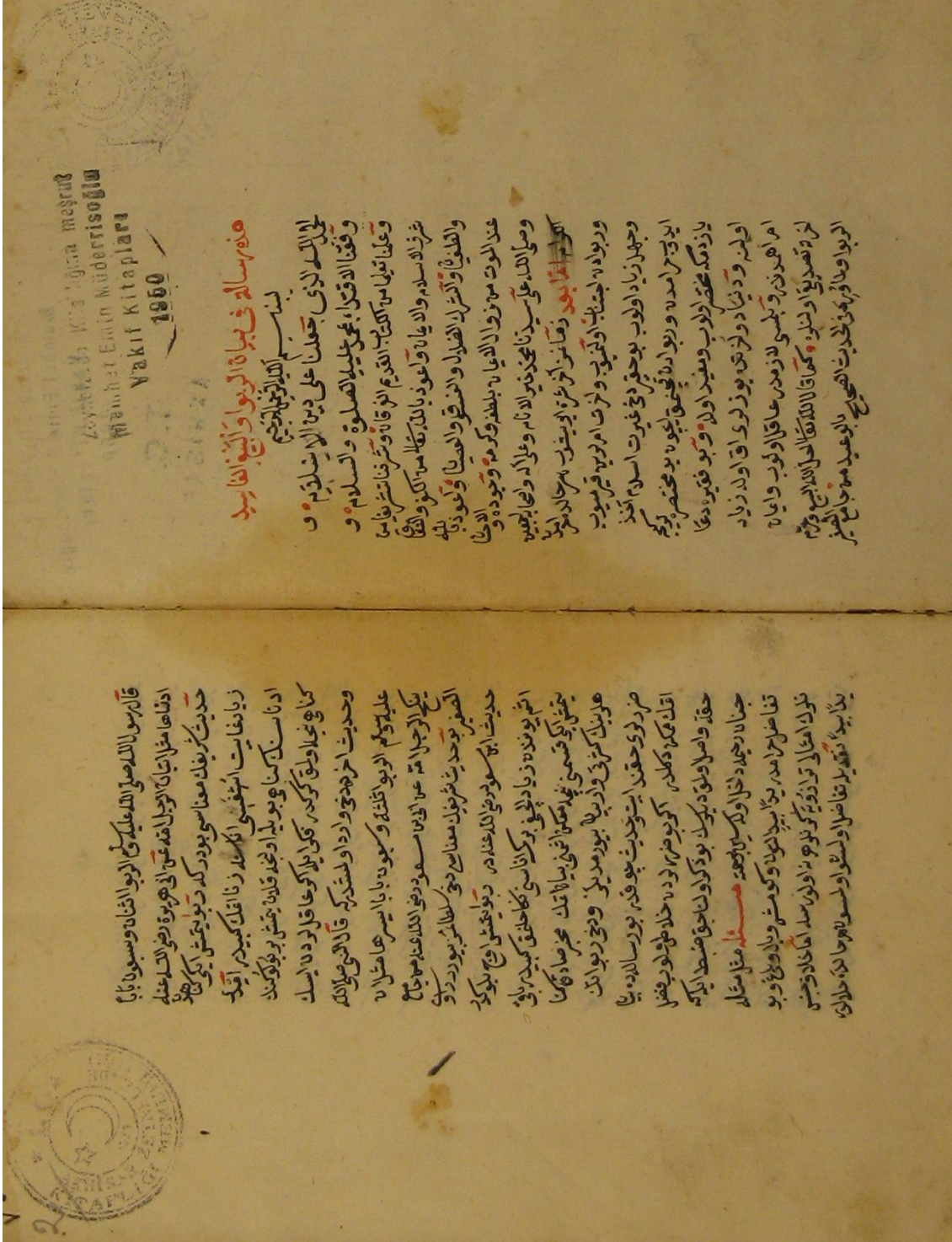
⁹⁵ "Allah Teâlâ" Safranbolu, v.9-b.

⁹⁶ "ileyhi mercû" ifadesi Safranbolu nüshasında yoktur. "bi's-sevâb. Temmet el-risâle bi Avnillâh el-Melikü'l-Vahhâb." Safranbolu, v.9-b.

RİSÂLENİN ASLI

Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyonu, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1'de kayıtlı nüsha.





هذه رسالة في بيان الربوا وألبيغ الفاسد
 بسبب الألباغ المبيح

الحال الذي جعلنا على دين الإسلام، و
 وقعنا الاقتال، بمحيطيات التصلوة والسلام، و
 علينا علينا من الكتاب القديم، النورانية، ونشرنا نشرنا
 نشرنا السلام، والادعاء باللائكة، من الكفر والظلم
 والظلم، والأشياء الفاضلة والمنطق والحيثيات، ونحو ذلك
 عند الموت من زوال الدنيا، بلطف وكرم، ومودة، والظلم
 وصلنا الله على سيدنا محمد خير الامة، وعلى آله وصحبه
 وسلم، **الحمد لله**، فما نزلنا من آيات، وبشرنا
 وبشرنا، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 وجهلنا، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 الباطن، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 يازدكم، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 اولهم، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 امرهم، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 لغيرهم، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 الربوا، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الربوا الفاسد، وسبوا، بابا
 اذناها، مثل ما كان الرجل قد عصى الله، فبشره الله، فبشره الله
 حديث، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 زيارتنا، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 اذناها، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 كما هي، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 وحديث، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 عليه، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 تلك الرجال، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 الصغار، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 حديث، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 انهم، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 بغيرهم، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 هذين، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 ضروري، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 اقلهم، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 حقا، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 حنا، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 قضا، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 طوبى، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا
 بلأبى، **الحمد لله**، ونزلنا من آيات، وبشرنا

بقابل یکی بقیه بقابل به قاضل الق وصلح بنسبه
 واربه واهتالیه بولیدر و مذ مروغانه بر طری
 یوز جنسه زرخلو ز یاد اولسونه و نقصانه او
 اولسونه و معد و دانقد با یوز طریه یوز عدده
 یوز عدد دیو طریه اولسونه و زیاد اولسونه
 و جوز و لغتالی بودت صورتک موز و فالت ایله
 کلیات صورتک تونین بیا بید مثال قاضل با جری ام
 انا یکی مؤخر صورتک بوری که موز و وقت و یوز
 موز و ذات بولور نه بیا بید مثال قاضل حلاله
 حرام دکلدن انا و یوزکی یوزی غل مغل ز یاد و یوزکی
 ناسیتر قاضل و لسونه کونک اوللی عقال مناسب
 عقال مناسب ایله نه مذ و عالت ایله معد و لالتک بیا بید
 صورتک غل مثال قاضل حرام اوللی کونک ایله دیتا
 مینی علی الذوق لاله علی کلید بقول مذ هر چند شریع
 شریع مطابق اولیله محله عقال مذ غل یوز قدر
 عقال مقبول و طریع غل یوز مطاب و مطابق اوله
 اوله محله هر ذی مانا بیا لانس بر تینت جبه
 و بلا یوز عظیم وار و اناس عقال غل انا یوز
 یوز طریه یوز که فله الله علیه لجمیع
 بالصره قیوم ایله یوز غل یوز که اوفق یوز
 و یاز خود بار و عبوری اوفق ام یوز یوز

اکی طرفه شریع شریع مطابق اولوب حلاله انا
 و الا یوزی طرفه ذی زیاد اولور و یوز اولوب اکی
 دخی معلوم اولوب فاسق اولور کسک کل
 طرفه ذی و رضا و یوزی اولور ذی انا و خانیه
 مسال اولوب ذی الوضاه و الفاسق یا اولوب
 وجه نده بوری بوری که غل یوز که کسک غل یوز
 اوفق اقطب الی و یوز ذی ایله اول کسک ذی یوز
 انا یوز غل یوز صاحبه هیله ایله ذات الفی مسال
 جنت الخی طریع نه غل یوز اولوب مسال
 عالم اولوب یوز اکی طرفه حلال اولوب شریع
 بالصره اولوب اولوب هم بولور و یوزی وجه
 یوز که غل یوز که کسک غل یوز صاحبه غل یوز
 ایله بولور مقدار خله و جنس شی و یوز و نیم
 غل یوز صاحبی اولوب جنس شی و یوز غل یوز
 یوز نه غل یوز بیع بالصره یوز اکی طرفه
 حلال اولوب شریع اولوب وجه یوز صاحب
 غل یوز انا و ات اللق و بالوبایع اللق و سائر
 لوزم کور مطاب انا اول مکوک و شریع
 اشترای ایله الذوق کسک غل یوز متاع صلح
 و یوز لادوغی اشیا ایله و قصور انا متاع صا
 حیدنه الی بعضا اشترای بعضا بیع بالصره

Zeynelrade Kitabhane Mevzu
 Member Fikir Nudrisoğlu
 Vakıf Kütüphanesi
 1860

۷۸

ساده
 اولیٰ کوشش کو منہ و زبان سے متقاعد قیدتہ
 نفاصل اید و تب ایک محل نہ حال اولیٰ قواعد
 و جہل غیرت بوزن میں، ٹیکش بیتہ اند و با بولشور
 حرام اطلاق مؤثرہ، قصورہ الذکورہ کلہا تمیل
 دورا تکفیف، آقوہ اللہ صمد علی اللہ ربہم اجمعین
 طلقی لہ، بواظح افتقارہ، بما جاہہ برسولہ صلی اللہ
 علیہ وسلم و عمل عمادہ بالعلم الذی
 یطابق الشرع و اللہ اعلم
 بالصواب و
 البیہود و
 ولا

بسم اللہ الرحمن الرحیم
 و قفا کوشش محمد غزالی قدس سرہ العزیز بودہ اثر
 کہ جنہ کلہا، بیجا اللہ، واصلی، اول نامہ مشہور
 در ما نا و اصل اولی و بوند بسبب علم سالہ و اصل
 اولی و اولی شدہ، بکشف کر انفا لیل اولی ما
 بیکسب لافضی و مشفول اولی آن در حد جق
 فائدہ حاصل بلکہ کہ آن و تسکین بودہ قرآن
 عظیم و قرآن کوی من اول الجید الی اللہ السید
 تتبع اید و بکون دتیمہ ذکر انخوری
 حاجت حاصل ایما بچرا ہر کشتہ برادہ مسکب

الینا بروت و با اکبریت و با بوج ایت و با ذی بیلہ
 بولدی فقی قدر استنباط اید و استخرج اللہ کہ
 اول ایتلک، ہر برینک عدد حر و ذہبہم اللہ العزیز
 من خلیبہ، موافق و اول اسما کلہا اسما عظیم آذونہ
 موجود ہر و مکذکر، اولہ اسما، شریفہ، بولدیہ
 و ذی، حکم عدل فن و سما کہ بولدیہ دخی
 عدد حر و فجا و ہ طلقوزہر و طا اصل بسمل انک اول
 حکم بسملنا ایتلک اول اسما، غظالک بولدیہ
 ذی حر و نیک عدد بولدیہ و ہ طلقوزہ و بولدیہ
 بولدیہ مطابقی و ہر بریہ کویہ تک منہو کوشش بولدیہ
 مکسر متصرف ایدو با و ہ طلقوزہ، وفق بجمنا اللہ
 مثلا بولدیہ بولدیہ اول اسما کلہا اسما عظیم اید و ب
 اول طلقوزہ کوزہ بولدیہ بولدیہ اللہ العزیز الرحمن
 ذی فی قیوم حکم عدل فدیہ کوشش اللہ بولدیہ
 اول کوزہ، اللہ کلہا، بولدیہ بولدیہ، اول وقت کوزہ
 کل طلقوزہ اوتیہ بولدیہ زماہ صفا بولدیہ بولدیہ
 بولدیہ وقت غار و بولدیہ اول کوزہ، بولدیہ بولدیہ
 بولدیہ و ہ طلقوزہ، اول کوزہ بولدیہ بولدیہ بولدیہ
 بولدیہ اول کوزہ، بولدیہ بولدیہ بولدیہ بولدیہ
 اول کوزہ، صلاہ شریفہ بولدیہ بولدیہ بولدیہ
 ہر ہر اید بولدیہ بولدیہ اول کوزہ بولدیہ بولدیہ
 بولدیہ بولدیہ

KAYNAKÇA

EL-AKHÎSÂRÎ, Mehmed Hilmi. Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1.

- Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid, Vakıflar Genel Müdürlüğü Ankara Bölge Müdürlüğü Kütüphanesi, Safranbolu İzzet Mehmet Paşa Koleksiyonu, Arşiv No: 67 Saf 482/3.

- Ehâdis-i Beyân-i Fezâilî'l-İlm ve'l-Ulemâ, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5873.

- Hidâyetü'l-Behiyye fî Şerhi Adâbî'l-Adudîye, Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5672.

EL-AKHÎSÂRÎ, Ayvazzâde Hafız Mehmed Hilmi b. Hasan. İlim ve Alimler Hakkında Yüz Hadis-i Şerif, Çev. Cuma Buğdaycı, İstanbul, Şadırvan Yayınları, 2019.

BERBER, M. Akif. "Osmanlı Devleti'nde Riba Kavramı", II. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı V, s.221-232.

ÇEKER, Orhan. İslâm Hukukunda Akidler, Konya, Tekin Kitabevi, 2014.

DARENDEVÎ, Hamza Efendî. Risâle fi'l-Muamelât li-Ecli'l-Hifz mine'r-Ribâ, Hidiv Kütüphanesi Türkçe Yazmalar (Kahire-Mısır), Arşiv No: 5620.

GENÇ, Mehmet. Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi, İstanbul, Ötüken Yayınları, 2016.

GÖZÜBENLİ, Beşir. "Keylî", DİA, C.25, Ankara, TDV, 2002, s.361-362.

HACAK, Hasan. "Vezni", DİA, C.43, İstanbul, TDV, 2013, s.95-98.

EL-HALEBÎ, İbrâhim b. Muhammed, Mülteka'l-Ebhûr, C.3, yy.

İBN ÂBİDÎN, Reddü'l-Muhtar, C.4, Beyrut, 1407 (1987).

İBN KEMAL (Kemâlpâşazâde Şemseddin Ahmed bin Süleymân), Risâle fi Beyâni Hakikatü'r-Ribâ, Milli Kütüphane-Ankara, Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No:60 Hk 123/43.

EL-İTKÂNÎ, Kıvamüddin. Faide fi'l-Bey'i ve'r-Riba, Köprülü Yazma Eser Kütüphanesi, Fazıl Ahmed Paşa Koleksiyonu, Arşiv No: 34 Fa 1596/27

KALLEK, Cengiz. "Kile", DİA, C.25, Ankara, TDV, 2002, s.568-571.

EL-KOCEVÎ, Abdülatîf b. Sadullah. Risâle fî Ahkâmi'r-Ribâ, Konya Bölge Yazma Eserler Kütüphanesi, Arşiv No: 15 Hk 1610/9.

ÖZER, Hasan. "İbn-i Kemâl ve "Riba" Adlı Risâlesi", İHAD, S.16, 2010, s.157-186.

ÖZSOY, İsmail. "Faiz", DİA, C.12, İstanbul, TDV, 1995, s.110-126.

EL-KUDÛRÎ, Ahmed b. Muhammed. Kitabü'l-Kudûrî, Konya, Dârü'l-Burc, 2018.

Risâle fî Beyâni Keyfiyeti'r-Ribâ, Kastamonu İl Halk Kütüphanesi, Arşiv No:37 Hk 1593/10.

Risâle-i Bey u Ribâ. Mısır Milli Kütüphanesi Türkçe Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: Talat 90.

Risâle-i Bey u Ribâ. Mısır Milli Kütüphanesi Türkçe Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: Talat 82.

Risâle-i Ribâ. Mısır Milli Kütüphanesi Türkçe Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: Mecâmi Türkî Talat 131.

SERAHSÎ, Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed. Mabsût, Ed. Prof. Dr. Mustafa Cevat Akşit, İstanbul, Gümüşev Yayınları, 2008.

EL-ÜSKÛBÎ, Cemâleddin İshâk Çelebî. Risâle fi Beyâni'r-Ribâ, Milli Kütüphane-Ankara, Yazmalar Koleksiyonu, Arşiv No: 06 Mil Yz A 1032/20.

ZUHAYLÎ, Vehbe. Hanefî Fıkhı, C.1-4, Çev. Yusuf Ciğer, İstanbul, Sağlam Yayıncılık, 2020.

نظام تسليم المجرمين كآلية للتعاون الدولي لمكافحة الجريمة المنظمة*

Dr. Öğr. Üyesi Cemal KITAL **

Dr. Öğr. Üyesi Şevki NEZİR***

**ORGANİZE SUÇ ÖRGÜTLERİYLE MÜCADELEDE İŞBİRLİĞİ ARACI
OLARAK SUÇLULARIN İADESİ REJİMİ**

ÖZ

Suç işleyenin kendi ülkesinden veya suçu işlediği ülkeden kaçarak, diğer ülkelere sığınmak suretiyle, uluslararası düzeyde kabul edilen adaletten kaçma eylemi yaygındır. Bu tip adaletten kaçan suçlular ile suçlarla mücadele ile ilgili olarak önemli uluslararası sözleşmelere sonradan, yine uluslararası düzeyde, yeni sözleşme ve anlaşmalar ile tespit edilmiştir. “Suçluların iadesi” ile ilgili uluslararası sözleşmeler, devletler tarafından kendi iç hukuklarına aktarılmaktadır. Bu anlamda, önemli ve uluslararası düzeyde işbirliğini amaçlayan bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası işbirliği, sunum sistemi, organize suç

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 21/11/2020

** Gardaye Üniversitesi, (Cezayir), Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

E-Mail: djamaltam03@gmail.com

ORCID: 00213660452575

*** Gardaye Üniversitesi, (Cezayir), Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

E-Mail: chaouki.nadir@gmail.com

ORCID: 0000-0001-8950-0068

THE EXTRADITION REGIME AS A MECHANISM OF INTERNATIONAL COOPERATION TO STRUGGLE AGAINST ORGANIZED CRIME

ABSTRACT

Extradition is a system adopted by States through international conventions in connection, it aims to international cooperation in order to fighting crimes and criminals, who flee their original States or States where the crimes have been committed. The extradition system is ruled by international conventions and treaties, all States have adopted this regime and included it in their internal law.

Keywords: International cooperation, extradition, organized crimes

المخلص:

نظام تسليم المجرمين يعد آلية تنتهجها الدول فيما بينها عن طريق الاتفاقيات الدولية، هدفه التعاون الدولي من أجل محاربة الجريمة و المجرمين الذين يفرون من العدالة الدولية باللجوء إلى دول أخرى غير دولتهم المنتميين إليها أو الدولة التي تم ارتكاب الجريمة فيها، هذا النظام نظمته مجموعة من الاتفاقيات و المعاهدات الدولية ، كما تبنته غالبية الدول وذلك بالنص عليه ضمن قوانينها الداخلية.

الكلمات المفتاحية : التعاون الدولي، نظام التسليم، الجريمة المنظمة

مقدمة:

يعد الأمن و السلم الدوليين من بين اهتمامات المجتمع الدولي، بما تفرضه المصالح المشتركة بين الدول و بما تحددته العلاقات الدولية ، ذلك أن الجريمة تعد السبب الرئيسي الذي يهدد السلم و الأمن، و على اعتبار تكريس مبدأ السيادة لكل دولة مما يمنع اتخاذ الإجراءات العقابية و متابعة المجرمين الذين ارتكبوا جرائمهم فارين إلى دول أخرى، هذا الداعي و دواعي أخرى حتمت الدول على أن تتفق فيما بينها لوضع حدٍ لهذه الجرائم و لمرتكبيها في جواز متابعتهم أين ما كانوا و حيث ما وجد.

هذا التعاون الدولي جسده الدول في اتفاقيات و معاهدات دولية الغرض منها وضع سبل و قنوات تعاون فيما بينها تهتدي بها إلى حفظ السلم و الأمن الدوليين أولاً، ثم إلى تطبيق قوانينها الداخلية على من هم في قفص الاتهام، و لعل من بين أهم و أنجع السبل ما كرسته المعاهدات الدولية و الاتفاقيات في استحداث ما يسمى بنظام تسليم المجرمين، هذا النظام الذي به تبسط الدولة المطالبة للتسليم قانونها الداخلي على المجرم الذي ارتكب جريمة تهدد أمنها و سلامتها أولاً، كما تهدد سلامة و الأمن العام للدول.

و على اعتبار أن نظام تسليم المجرمين يؤدي في تطبيقه إلى المساس ربما بسيادة الدول التي يتواجد فيها المجرمين، سطرت كل الدول التي صادقت على هذا النظام و من قبلهم المعاهدات و الاتفاقيات الدولية شروطاً من شأنها أن تمنع المساس بسيادة الدول هذا من جهة، و من جهة ثانية حماية للأشخاص المطلوب تسليمهم من التعسف في محاكمتهم، الأمر الذي استدعى من الدول أن تنظم هذا النظام من حيث الإجراءات و الشروط ضمن قوانينها الداخلية.

و سنحاول من خلال هذه الورقة أن نعرض على هذا الموضوع من خلال محورين أساسيين نبرز من خلالهما مفهوم نظام تسليم المجرمين (المحور الأول)، ثم نعرض على الشروط و الإجراءات التي تحكمه (المحور الثاني)، على أن تكون هذه الدراسة مزوجة بين الاتفاقيات الدولية و قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في بعض الجوانب فقط.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي لنظام تسليم المجرمين:

أولاً: تعريف نظام تسليم المجرمين: يأخذ تعريف نظام تسليم المجرمين عدت تعاريف و إن اختلفت في استعمالها للمصطلحات إلا أنها تتفق في مضمونه و محتواها، في انه تسليم دولة ما إلى دولة أخرى المجرم المطلوب لديها وفقاً لشروط و إجراءات محددة .

حيث يعرف على انه: الإجراء القانوني المؤسس على معاهدة أو معاملة بالمثل أو قانون وطني، حيث تتسلم دولة ما من دولة أخرى شخص متهم أو مرتكب لمخالفة جنائية ضد القوانين الخاصة بالدولة الطالبة أو مخالفة القانون الجنائي الدولي، حيث يعاقب على ذلك داخل الدولة التي تقدمت بطلبها من أجل تسليمه⁽¹⁾ كما يعرف بأنه: تخلي الدولة عن شخص يتواجد داخل إقليمها إلى دولة أخرى إذا ما طلبت هذه الأخيرة ذلك، وذلك بغرض محاكمته عن ما اقترفه من جرائم يعاقب عليها القانون الدولي ا وان تنفذ ضده حكماً صدر في حقه من محاكمها الوطنية⁽²⁾، و هو نفس التعريف التي جاءت به المادة الأولى من المعاهدة النموذجية لتسليم المجرمين الصادرة بقرار الجمعية العامة رقم 116/45 حيث تقضي بأنه" مجموعة الإجراءات القانونية التي تهدف إلى قيام دولة بتسليم شخص متهم أو محكوم عليه إلى دولة أخرى، لكي يحاكم بها أو ينفذ فيها الحكم الصادر عليه من محاكمها"⁽³⁾، و هناك من عرفه بأنه إجراء من إجراءات التعاون القضائي الدولي، تقوم بموجبه إحدى الدول المطلوب إليها التسليم، بتسليم شخص متواجد على إقليمها إلى دولة أخرى أو إلى جهة قضائية دولية، و ذلك بغرض محاكمته عن ما اقترفه من الجرائم المنسوبة إليه و إما لأجل تنفيذ حكم الإدانة ضده من محاكم هذه الدولة، أو المحكمة الدولية⁽⁴⁾

كما عرف كذلك بأنه: قيام الدولة بتسليم شخص موجود على إقليمها لسلطات دولة اجري تطالب بتسليمه إليها لمحاكمته عن جريمة منسوبة إليه ارتكبها أو لتنفيذ عقوبة صادرة في حقه شريطة وجود

اتفاقية ثنائية أو إقليمية بينهما أو تنفيذ للاتفاقيات الدولية التي تكون الدولتين الطالبة و المطلوب منها التسليم احد أطرافها أو ممكن الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل⁽⁵⁾

ثانياً: خصائص نظام تسليم المجرمين: يتميز هذا النظام كغيره بعدة مميزات و خصائص تجل منه يختلف عن بعض الأنظمة و الإجراءات الأخرى التي تشابهه، و لعل ابرز تلك الخصائص ما يلي:

1. **خاصية الدولية:** أي أنه يتم بين دولتين أو بين دولة و جهة قضائه دولية، و هذا ما يفسر أن هذا النظام مبني على المعاهدات و الاتفاقيات الدولية،⁽⁶⁾ التي ينظمها القانون الدولي العام لاعتبار أن من بين مجالاته انه يعمل على تنظيم علاقات دولية بين دولتين أو أكثر بمناسبة الجريمة التي ارتكبها المجرم داخل إقليم إحدى الدولتين فإرا إلى الدولة الثانية⁽⁷⁾، و بذلك فهو نظام يخص فئة من المجرمين الذين يفرون خارج الدولة التي تم ارتكاب الجريمة بداخلها،

أو الذين يساهمون في الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، و هو بذلك يعد وسيلة بها يتم صد ظاهرة الإجرام المنظم الذي يتعدى النطاق الجغرافي و الإقليمي للدولة مفضيا بذلك إلى تحريك قواعد القانون الدولي(8).

2. خاصية التعاون الدولي: يعد هذا النظام من قبيل الآليات التي تجسد مبدأ التعاون الدولي بين الدول، من اجل مكافحة الجريمة و متابعة المجرمين، انطلاقا من فلسفة التعاون القضائي مما يسمح للدولة الطالبة من تطبيق تشريعاتها الداخلية على المجرمين محل طلب التسليم(9). ذلك أن المجرمين ألمرتكبي للجريمة المنظمة يمكنهم التنقل من بلد إلى آخر لتجنب الملاحقة، و لأجل ذلك ظهرت الحاجة الماسة إلى التعاون القضائي الدولي من خلال تطبيق نظام تسليم المجرمين لتقديمهم أمام الدولة التي تلاحقهم(10)

3. خاصية الطابع الإجرائي: حيث يعد نظام تسليم المجرمين من قبيل الأنظمة الإجرائية سواء قضائية و إدارية أو شبه قضائية على حسب نظام الدولة التي تعتمد في سياستها، فيأخذ أحكامه من القوانين الإجرائية الداخلية للدولة مثل ما تعتمد الجزائر في تطبيق هذا النظام حيث نص عليه المشرع و نظمه ضمن قانون الإجراءات الجزائية ابتداء من نص المادة 694 و ما يليها(11)

4. خاصية طوعية نظام التسليم: يعد التسليم من الإجراءات الطوعية التي تتخذها الدولة المطلوب منها تسليم المجرمين فهو ينطلق من مبدأ التعاون الدولي بين الدول ولذلك فهو ليس له طابع الإلزام الأمر الذي يفسره رفض بعض الدول لتسليم بعض المجرمين لديها(12)

ثالثا: الجرائم المقصودة بهذا النظام: الأصل أن الجرائم كلها تكون محلا للمتابعة القضائية بما يقتضيه القانون، لكن قد ترد بعض الاستثناءات التي ينص عليها القانون أو الاتفاق الدولي بين الدول، ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائر ضمن قانون الإجراءات الجزائية حيث يقضي في نص المادة 698 البند الثاني بقوله: " إذا كانت للجناية أو الجنحة صبغة سياسية أو إذا تبين من الظروف أن التسليم مطلوب لغرض سياسي" و على ذلك سار المشرع الجزائري في التمسك بهذا المبدأ في إبرامه للاتفاقيات الدولية مثل الاتفاقية التي ابرمها مع دولة الإمارات العربية المتحدة بموجب المادة 24 منها(13).

من هذا المنطلق فانه و في هذه الحالات كل مرتكب لجريمة بغير الوصف السياسي يكون محلا للتسليم إذا ما تم طلبه من قبل الدولة المعنية بالطلب، و نجد من بين هذه الجرائم التي يكون مرتكبها محلا للتسليم ما يلي: جرائم المخدرات - جرائم غسل الأموال الجرائم المنظمة عبر الوطنية الجرائم الإرهابية الدولية جرائم القرصنة الدولية الجرائم الدولية

المحور الثاني: الشروط و الإجراءات التي تضبط هذا الإجراء

يتخلل نظام التسليم جانبين، جانب موضوعي تحكمه الشروط التي يتوجب توفرها إذا ما قدمت أية دولة طلبا بتسليم شخصا مرتكبا لجريمة ما أو معاقب بعقوبة فصلت فيها محاكمها، و جانب إجرائي يتمثل في جملة من

الإجراءات التي يتم بها تقديم الطلب المتعلق بالتسليم أمام الدولة المطالبة به، هذه الإجراءات نظمتها القوانين الداخلية للدول بما يتماشى بعدم المساس سيادتها.

أولاً: شروط نظام تسليم المجرمين: يعتبر التسليم إجراء مشروط تحققه بعدة شروط و قيود تجعل منه إذا توفرت إجراء قانوني و صحيح منتجاً لأثاره، و لقد اعتمدت معظم الدول سواء ضمن المعاهدات و الاتفاقيات التي تبرمها أو ضمن قوانينها الداخلية جملة من الشروط تكاد تكون موحدة بينها تمثلت في التالي:

1. **الشروط المتعلقة بالشخص محل التسليم:** يخضع مبدأ التسليم المجرمين إلى جملة من الشروط التي ترد على الأشخاص محل التسليم و هذا باتفاق الأطراف في إطار معاهدات التسليم(14) و التشريعات الخاصة بالتسليم، و عليه ليس كل شخص ارتكب جريمة دولية يكون محلاً للتسليم بل يتوجب أن تتوفر الشروط المحددة سلفاً في الشخص المجرم و سنورد هذه الشروط في النقاط التالية:

أ. أن لا يكون الشخص المطلوب تسليمه من رعايا الدولة الموجه لها طلب التسليم أي أن لا يكون يحمل جنسيتها، و هو الأمر الذي استقر عليه ضمن المعاهدات الدولية الخاصة بتسليم المجرمين حيث تم استثناء رعايا الدولة المطلوب منها التسليم و قضت بعدم جواز التسليم، كما أن غالبية الدول قد استقرت على هذا الأمر بالنص عليه ضمن قوانينها الداخلية(15)، و من بين تلك الدول نجد الجزائر حيث نصت ضمن قانون الإجراءات الجزائية في المادة 698 منها على انه: " لا يقبل التسليم في الحالات الآتية: إذا كان الشخص المطلوب تسليمه جزائري الجنسية "

ب. أما إذا كان الشخص محل التسليم رعية لدولة ثالثة فهنا الوضع يختلف بحسب المعاهدات أو الاتفاقيات المبرمة بين الدول فإذا كانت تتضمن استشارة الدولة الثالثة أصبحت الاستشارة واجبة و ملزمة للدولة المطلوب منها التسليم، أما إذا لم تتضمن معاهدات و اتفاقيات التسليم هذه الاستشارة أصبحت استشارة الدولة الثالثة مجرد مجاملة دولية أو ضمناً لشرط المعاملة بالمثل بما يتواءم مع مصالح الدولة السياسية(16).

2. **نوع الجريمة المرتكبة(17):** يجب أن تكون الجريمة التي يرتكبها المجرم على قدر من الخطورة و الأهمية حتى ينتج عنها التسليم، فلا يجوز اللجوء إلى التسليم إلا من أجل الجرائم الهامة و الخطيرة حتى لا تتشغل أجهزة الدولتين في قضايا تافهة أو في جرائم لا ينجر عنها ضرر عام، و في هذا اعتمد المجتمع الدولي ضمن الاتفاقيات و المعاهدات و كذا الدول في القوانين الداخلية لها عدة أساليب في تحديد أنواع الجرائم التي يكون مرتكبها محلاً للتسليم، فأخذت بأسلوب تعداد الجرائم التي تخضع للتسليم بوضع لائحة محددة على سبيل الحصر للجرائم، كما اعتمدت على أسلوب تحديد نوع العقوبة و مقدارها(18) – و الأسلوب الذي اخذ به المشرع الجزائري ضمن المادة 697 ق ج -، و هناك من جمع بين الأسلوبين بحيث وافق بين أسلوب تعداد الجرائم و حصرها و أسلوب نوع العقوبة و مقدارها،(19) وهو ما اعتمدته الولايات المتحدة الأمريكية.(20)

3. شرط ازدواجية التجريم: يقصد بالتجريم المزدوج أن يكون الفعل المراد التسليم من اجله مجرماً في كل من الدولتين الطالبة و المطلوب منها التسليم حيث يعد هذا الشرط من المبادئ الأساسية للنظام القانوني للتسليم و يستمد هذا الشرط قوته من مبدأ الشرعية الجنائية، وهو الشرط الذي أشار اليه المشرع الجزائري ضمن المادة 697 ق إ ج (21)

4. شرط التخصيص: يقتضي هذا الشرط أن تتقيد الدولة الطالبة لتسليم الشخص المعني بما جاء ضمن محتوى طلب التسليم، ذلك أن طلب التسليم يتوجب تحديد الأفعال المتابع بها أو العقوبة التي يتوجب تطبيقها، ولا يمكنه أن يتعدى ذلك إلى جرائم أو عقوبات أخرى لم ترد في طلب التسليم، (22) ومفاد هذا الشرط تقديم الحماية للشخص المعني بالطلب من أن يواجه باتهامات بجرائم أو عقوبات غير تلك التي سلم من اجلها من المحتمل أن تكون فيها الأدلة غير كافية لإثبات الوقائع المتهم بها أو أن يحاكم على اثر ارتكابه لجريمة سياسية التي يمنع فيها التسليم بما تقتضي به قواعد الاتفاقيات و المعاهدات الدولية و كذا القوانين الداخلية للدول. (23)

ثانياً: إجراءات ممارسته: تأخذ إجراءات المطالبة بتسليم الشخص المعني مراحل عديدة تتدرج من أول إجراء و المتمثل في تقديم طلب التسليم إلى غاية آخر إجراء و المتمثل في إما قبول التسليم و إما رفض تسليم الشخص المعني، و عليه سوف نحاول في عجالة ان نسرد بإيجاز هذه الإجراءات على النحو التالي.

1. تقديم طلب التسليم: يعد طلب التسليم الإجراء الأول في عملية التسليم، حيث على الدولة المطالبة بالتسليم أن تقدم طلباً كتابياً يتضمن عرضاً مفصلاً للوقائع المنسوبة إليه و الإجراءات التي تم اتخاذها ضده و الوثائق التي تستدعي التسليم المادة 702 ق إ ج، محتويًا على المعلومات الخاصة بالمعني، ويكون ذلك عبر الطريق الدبلوماسي، عن طريق وزراء خارجية الدولتين، و يعد هذا الطريق- الطريق الدبلوماسي- هو الأصل العام التي تتبعه غالبية الدول، لا اعتبار أن التسليم عمل من أعمال السيادة، وهو ما أكدت عليه الاتفاقيات الدولية و كذا القوانين الداخلية للدول (24) و مثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في ضمن المادة 702 ق إ ج بقوله: " يوجه طلب التسليم إلى الحكومة الجزائرية بالطريق الدبلوماسي و يرفق ..."

لكن من الدول من تلجأ إلى الطريق القضائي و المتمثل في أن يقدم الطلب فيما بين وزراء عدل الدولتين بدلاً من الطريق الدبلوماسي، ولكن هذا الطريق ليس معناه التخلي عن الطريق الأول و إنما تتبعه الدول التي تربطها علاقات صداقة متينة، أما الاستثناء الآخر الذي يرد عن الأصل العام يتمثل في تقديم الطلب في حالات الاستعجال و ذلك عندما يكون القبض على الشخص المطلوب تسليمه ضرورياً أو لخطورته الإجرامية بحيث لا يحتمل المرور بالطريق الدبلوماسي و يقدم هذا الطلب عن طريق منظمة الانتربول، أو البريد أو أية وسيلة أخرى متضمنا ضرورة توقيف الشخص المعني (25)

2. فحص الطلب: فحص الطلب هو إجراء تقوم به الهيئات القضائية عادة للدولة المقدم لها الطلب، من خلاله تعمل على مراقبة كل الوثائق اللازمة المرفقة بالطلب من اجل التأكد من صحتها و تواجدها

و في هذا الصدد نصت المعاهدة النموذجية للتسليم على أن ملف الطلب يتوجب أن يحتوي على الوثائق التالية:

(26)

- ❖ الوصف الدقيق للشخص المطلوب و المعلومات الخاصة بهويته و مكان احتمال تواجده و أية معلومات أخرى قد تفيد في تحديد هويته و جنسيته
 - ❖ نص الحكم القانوني ذو الصلة الذي يحدد الجريمة او عند الضرورة بيان بما يتضمنه القانون ذو الصلة بخصوص الجرم و بيان بالعقوبة التي يمكن فرضها
 - ❖ إذا كان الشخص متهما بجرم تقديم أمر القبض الصادر عن محكمة أو سلطة قضائية مختصة أخرى، أو بنسخة مصدقة من الأمر، وبيان بالجرم المطلوب التسليم لأجله و وصف للأفعال أو أوجه التقصير المكونة للجرم المدعى به، بما في ذلك بيان زمان و مكان اقترافه
 - ❖ إذا كان الشخص مدانا بجرم، بيان بالجرم المطلوب التسليم لأجله، و وصف للأعمال أو أوجه التقصير المكونة للجرم، و الحكم الأصلي أو نسخة مصدقة أو أية وثيقة أخرى تبين الإدانة و العقوبة المفروضة، و كون العقوبة واجبة التنفيذ، و المدة المتبقية من العقوبة
 - ❖ إذا كان الشخص مدانا بجرم غيائيا، بيان بالوسائل القانونية المتاحة للشخص للدفاع عن نفسه أو لإعادة المحاكمة بحضوره و ذلك بالإضافة إلى الوثائق المذكورة في الفقرة (ج) من هذه المادة
 - ❖ إذا كان الشخص مدانا بجرم و لم يصدر حكم بالعقوبة، بيان بالجرم المطالب بالتسليم لأجله، و وصف للأعمال أو أوجه القصور المكونة للجرم، و وثيقة تبين الإدانة، و بيان يؤكد العزم على فرض العقوبة
 - ❖ ضرورة إرسال الوثائق المرفقة بالطلب مترجمة إلى لغة الدولة المطالبة أو إلى لغة أخرى تقبلها تلك الدولة
- 3. البت في الطلب:** يأخذ موضوع البت في طلب التسليم ثلاثة اتجاهات، إما يكون البت في الطلب بالقبول و إما يكون بالرفض و إما يكون بتأجيل التسليم.

أ/ قبول طلب التسليم: بعد فحص الملف من قبل الدولة المطالبة بالتسليم و فحصه وفقا للإجراءات القانونية التي يحددها تشريعها الداخلي⁽²⁷⁾ تعمل الدولة المطالبة بالتسليم على الموافقة إذا رأت أن الطلب مستوفي لشروطه و أن التسليم جاء وفقا للقانون و ما تمليه الدولة المطالبة من ضمانات لإجراء المحاكمة العادلة.

في هذه الحالة و طبقا لنص المادة 11 من المعاهدة النموذجية للتسليم يتوجب على الدولتين جميع الترتيبات اللازمة لتسليم الشخص المطلوب دون أي تأخير لا مبرر له، على أن تعلن الدولة المطالبة الدولة الطالبة بالمدة الزمنية التي كان الشخص المطلوب محتجزا أثناءها رهن التسليم، ثم ينقل الشخص من أراضي الدولة المطالبة في غضون مهلة معقولة تحددها الدولة المطالبة، حيث يجوز لهذه الأخيرة أن تعمل على إخلاء سبيل الشخص إذا لم يتم نقله في المدة التي حددتها، أما إذا كان المانع من التسليم يعود إلى مانع خارج عن إرادة الدولتين فلهما أن يعاودا تحديد موعد التسليم آخر⁽²⁸⁾.

ب/ رفض طلب التسليم: يمثل احد الاختيارات التي تمارسها الدولة المطالبة بالتسليم، إذا ما رأت دواعي و أسباب إلى ذلك الرفض، كأن يكون الطلب قد قدم من اجل ملاحقة، أو معاقبة شخص لجريمة أخرى غير تلك الذي سلم من اجلها،

أو انه سيحاكم على جريمة لم تتضمن الاتفاقيات الدولية و المعاهدات، أو أن التسليم مصدره الجنس أو العرق أو الدين أو غير ذلك من مظاهر العنصرية⁽²⁹⁾، أو معتقداته السياسية أو أن الشخص محل التسليم يعد من رعاياها، أو القوانين الداخلية للدولة تمنع التسليم إلا بشروط محددة⁽³⁰⁾، و هذه الأسباب المقدمة هي بمثابة التبرير الذي تقدمه الدولة المطالبة بالتسليم للدولة طالبة سواء كان الرفض جزئي أو كلي⁽³¹⁾

ج/ الموافقة مع تأجيل التسليم: و يقصد به أن للدولة المطالبة و حتى و لو قدمت الموافقة على تسليم المعنى، إلا أن لها الحق في أن تُأجل تسليم المعنى إذا ما كان مُداناً بجرم غير الجرم الذي قدم لأجله طلب التسليم و ذلك من أجل محاكمته أو من أجل تنفيذ حكم صادر ضده، كما لها في هذه الحالة أن تعمل على تسليم الشخص المعنى إلى الدولة المطالبة تسليمًا مؤقتاً عوض أن تعتمد إلى تأجيل التسليم على أن تتعهد الدولة المطالبة بإرجاعه إلى الدولة التي سلمته لكي تعمل على محاكمته أو تنفيذ الحكم المدان به عليه⁽³²⁾

خاتمة:

ختاماً لما تقدم يمكن القول أن نظام تسليم المجرمين التي أقرته الدول فيما بينها يعد من الوسائل و السبل التي تحمي السلم و الأمن الدوليين بما يتمخض عنه من متبعة المجرم أين ما كان ، على أن يتم هذا التسليم بموضوعية بعيداً عن كل مظاهر الانتقام و التمييز العنصري، هذا النظام و إن كان يتراوح في تطبيقه بين الدول في من تويده و تعمل به و في من تعترف به و لكن مجال تطبيقه فيها غير وارد و عليه يتوجب أن تلتزم الدول فيما بينها على وجوب التقيد بهذا النظام و تطبيقه وجوباً حتى لا يفلت أي مجرم من العقاب.

و من بين النتائج و التوصيات التي إسقينها من خلال الدراسة نجد:

- أن هذا النظام ينقص جانب الجدية و الإلزامية في التطبيق بين الدول
- لا يتوفر هذا النظام على معايير تحدد الجرائم المعنية بالتسليم
- أن للدولة طالبة أن تخرق بنود و شروط الاتفاق بمحاكمة المعنى على جرائم أو وقائع لم ترد في طلب التسليم، مما يسئ إلى النظام.
- أن هذا النظام قد يستغل من قبل الدول الكبرى إذا ما أرادت معاقبة شخص حتى و إن لم يرتب الجرائم المعنية بالتسليم.
- أما عن التوصيات فهي كالتالي:

- وجوب تحديد الجرائم التي يجوز فيها التسليم على سبيل الحصر
- أن لا يقتصر التسليم على المجرمين العاديين بل يجب أن يتعداه إلى الأشخاص الذين لديهم حصانة مثل الرؤساء و الممثلين النيابيين و السفراء ...
- ضرورة وضع عقوبات مالية على الدولة التي تنهرب عن تطبيق هذا النظام لاعتبار أنها تحمي مجرماً يستحق العقاب
- استحداث وسائل و آليات من شأنها أن تعطي للدولة المطالبة بالتسليم مراقبة تطبيق شروط التسليم، و إجراءات المحاكمة العادلة.

الهوامش:

- (1) انظر محمد احمد عبد الرحمن طه، التعريف بنظام تسليم المجرمين و تمييزه عن باقي الانظمة المقاربة، مجلة دراسات قانونية، العدد 6، فيفري 2010، ص9
- (2) درياد مليكة، احكام تسليم المجرمين في قانون الاجراءات الجزائية، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 04، العدد 01، جامعة المسيلة، سنة 2019، ص4
- (3) رقية عواشرية، نظام تسليم المجرمين و دوره في تحقيق التعاون الدولي لمكافحة الجريمة المنظمة، مجلة المفكر، العدد الرابع، كلية الحقوق و العلوم الساسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 19
- (4) محمد عبيد، الاطار القانوني لنظام تسليم المجرمين، دراسات سياسية، المعهد المصري للدراسات، فبراير 2019 ص 6 <https://eipss-eg.org>
- (5) تدريست كريمة، معوقات تسليم المجرمين كآلية للتعاون القضائي الدولي لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، المجلد 02، العدد 02، سنة 2016 جامعة ملود معمري نيزي وزو، الجزائر، ص 32
- (6) انظر ذنياب اسية، الاليات الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2009-2010، ص180
- (7) لحمر فافة، اجراءات تسليم المجرمين في التشريع الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2013-2014، ص 11
- (8) درياد مليكة، مرجع سابق، ص 5
- (9) انظر لحمر فافة، المرجع السابق، ص 11 و درياد مليكة، مرجع سابق، ص 4
- (10) انظر تدريست مليكة، مرجع سابق، ص 31
- (11) انظر لحمر فافة، المرجع السابق، ص 11 و درياد مليكة، مرجع سابق، ص 4
- (12) انظر لحمر فافة، المرجع السابق، ص 12
- (13) انظر درياد مليكة، مرجع سابق، ص 12
- (14) انظر لخذاري عبد الحق، مبدأ تسليم المجرمين و دوره في تفعيل قواعد القانون الدولي الجنائي، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، المجلد 06، العدد 01، جانفي 2019 ص 513
- (15) انظر فريدة شبري، تحديد نظام تسليم المجرمين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة احمد بوقرة بومرداس، 2007-2008، ص ص58-59
- (16) انظر علواش فريد، نظام تسليم المجرمين في الاتفاقيات الدولية، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، المجلد 02، العدد 05، جانفي 2017، ص ص 401-402
- (17) نشير في هذا الصدد الى انه يتم استثناء من هذه الجرائم و يكون مرتكبها ليس محلا للتسليم الجرائم السياسية و الجرائم العسكرية، انظر في هذا الصدد لخذاري عبد الحق، مرجع سابق، ص 512.

- (18) لاكثر تفصيل في مفهوم في أسلوب تعداد الجرائم التي تخضع للتسليم، واسلوب تحديد نوع العقوبة و مقدارها انظر، مقال فايزة بلال، الشروط الاساسية المتعلقة بالجريمة في نظام تسليم المجرمين، المجلة الجزائرية للقانون و العدالة، العدد 01، سنة 2017، مركز البحوث القانونية و القضائية، الجزائر.
- (19) انظر علواش فريد، مرجع نفسه، ص 403 .
- (20) انظر تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 49 .
- (21) انظر فايزة بلال، مرجع سابق، ص 128 الى 130.
- (22) انظر زحاف فيصل، تسليم مرتكبي الجرائم الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2011، 2012، ص ص 261 ، 262.
- (23) انظر تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 54.
- (24) انظر زحاف فيصل، المرجع السابق، ص ص 226 الى 228.
- (25) انظر زحاف فيصل، مرجع سابق، ص 229.
- (26) المادة 05 من المعاهدة النموذجية للتسليم.
- (27) انظر المادة 10 من المعاهدة النموذجية للتسليم.
- (28) انظر المادة 11 من المعاهدة النموذجية للتسليم.
- (29) انظر عبد الحميد عمارة، نظام تسليم المجرمين في ظل التعاون القضائي الدولي، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، المجلد 4، العدد 2، جوان 2017، ص 738، جامعة باتنة.
- (30) انظر علواش فريد، المرجع السابق، ص 410.
- (31) انظر المادة 10 من المعاهدة النموذجية للتسليم.
- (32) انظر