

e-ISSN: 2667-6117



**ANKARA SOSYAL BİLİMLER
ÜNİVERSİTESİ**

Hukuk Fakültesi Dergisi

(ASBUHFD)

Cilt: 4

Sayı: 1

Haziran-2022

Vol.: 4

no.: 1

June-2022

Haziran - 2022

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 4 Sayı: 1

Vol.:4 no.: 1

Haziran-2022

June-2022

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 Fax: +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonsrated below.



EBSCO



Basım Tarihi:

Haziran, 2022

İMTİYAZ SAHİBİ**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Bülent KENT****Editör Kurulu**

Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Esin GÜRSEL DÜĞMECİ	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Gökberk ÖZSÖKER	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Celil ŞAHİN	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

İsmail ÖZCAN	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
---------------------	---

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bülent KENT	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rauf KARASU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf AKSAR

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

Başlangıç

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III**... Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C**... Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3**... Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c**... Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii*... Normal, İlk harfler büyük, İtalik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

➤ **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.

2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm aslı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz. <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz. <https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagoquotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>
<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>
3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
 - "and" yerine "ve"
 - "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - "Anonymous" yerine "Anonim"
 - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - "see" yerine "bkz."
 - "in" yerine "iç."
 - "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - "trans." yerine "çev."
 - "edited by" yerine "editör"
 - "translated by" yerine "çeviren"
 - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - "thesis" yerine "tez"
 - "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
 - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." İfadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekse kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekse onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atfı usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematğin kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM

Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.

- Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
- Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

Text

- Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
- Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:
First level: Numbering style: **I, II, III**... Title: bold and capital letter.
Second level: Numbering style: **A, B, C**... Title: bold and first letter capital.
Third level: Numbering style: **1, 2, 3**... Title: bold and first letter capital.
Fourth level: Numbering style: **a, b, c**... Title: bold and first letter capital.
Fifth level: Numbering style: *i, ii, iii*... Title: italic and first letter capital.
- Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
- Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

Footnotes

- Style: Palatino Linotype, 9 pt.
- Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
- Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
- All footnotes should be completed with a dot.
- Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.
➤ **False:** ... given¹. **True:** ... given.¹

Bibliography

- Bibliography should start on a separate page.
- Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
- Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Spelling and Footnotes Rules

- The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
- "The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

İÇİNDEKİLER/CONTENTS*

MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGEDE HAK VE YETKİ DAĞILIMIYLA İLGİLİ BELİRSİZLİKLER BAĞLAMINDA DENİZDE YAKIT İKMAL FAALİYETLERİNİN HUKUKÎ DURUMU 1

The Legal Status of the Offshore Bunkering Activities in the context of Uncertainties regarding the Allocation of Rights and Jurisdiction in the Exclusive Economic Zone 1

Ali BAL

CİNSEL SAPMA TEŞKİL EDEN ZİHİNSEL BOZUKLUKLARIN (PARAFİLİLERİN) FAİLİN KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİ 96

The Effect of Sexual Deviation Mental Disorders (Paraphilias) on Perpetrators Criminal Capacity..... 96

Mehmet Emre YILDIZ

UYDU GÖRÜNTÜLERİNİN ULUSLARARASI ADALET DİVANI ÖNÜNDE KANIT OLARAK KULLANILMASI 212

The Use of Satellite Imagery as Evidence before the International Court of Justice..... 212

Tuğrul ÇAKIR

İSLAM HUKUKU YASAMA FAALİYETİ BAĞLAMINDA HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ 253

Evaluation of Hukuk-ı Aile Kararnamesi in the Context of the Legislative Activity of Islamic Law..... 253

Süleyman TEPE

YOKSULLUK NAFKASINDA SÜRE SORUNUNUN ANAYASAL VE MEDENİ HUKUK BOYUTUYLA TARTIŞILMASI VE BİR ÖNERİ OLARAK BOŞANMA TAZMİNATI..... 328

Discussing of Duration Problem in the Poverty Alimony from the Perspective of Constitutional and Civil Law and Divorce Compensation as a Proposal 328

Seda BAŞ

Nisa ÖZCAN

**ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU
KARARLARINDA DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ 384**

*Freedom of Religion and Conscience in Individual Application Decisions
of the Constitutional Court..... 384*

Sezgin BAŞ

*Makale sıralamasında akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır.

DÜZELTME

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi 3. Cilt 2. Sayı sayfa **384**'teki dipnotta yazar adı yanlış yazılmış olup atfın doğru şekli şudur:

“Atıf/Citation: Batıgün, Elif Selen. “Alman Hukukunda Milletlerarası Ticari Tahkimin Kanunlar İhtilafı Boyutu.” ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 3, no. 2 (2021): 384-457.”

MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGEDE HAK VE YETKİ DAĞILIMIYLA İLGİLİ BELİRSİZLİKLER BAĞLAMINDA DENİZDE YAKIT İKMAL FAALİYETLERİNİN HUKUKİ DURUMU

*The Legal Status of the Offshore Bunkering
Activities in the context of Uncertainties regarding
the Allocation of Rights and Jurisdiction in the
Exclusive Economic Zone*

Ali BAL*

Öz


BM Deniz Hukuku Sözleşmesiyle (BMDHS) kodifiye edilen münhasır ekonomik bölgede (MEB) kıyı devletine başta bölgenin doğal kaynakları üzerinde olmak üzere çeşitli haklar ve yetkiler verilmiştir. Buna mukabil, diğer devletlerin de, MEB’de, açık denizlerde öteden beri tanınan serbestliklerden bir kısmına -

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı), ali.bal@deu.edu.tr. ORCID: 0000-0002-0543-0136.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 18.02.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 31.03.2022.

Atıf/Citation: Bal, Ali. “Münhasır Ekonomik Bölgede Hak ve Yetki Dağılımıyla İlgili Belirsizlikler Bağlamında Denizde Yakıt İkmal Faaliyetlerinin Hukukî Durumu.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2022): 1-95.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

Sözleşmenin ilgili hükümlerine tâbi olarak- sahip olduğu kabul edilmiştir. Sözleşme, kıyı devletine veya diğer devletlere verilmeyen hak ve yetkilerle ilgili ihtilafların ise, olayın koşulları ve ilgili tarafların menfaatleri gözetilerek hakkaniyet temelinde çözümünü öngörmektedir. Kapsamlı ve değişik ihtimalleri dikkate alan düzenlemelerin varlığına rağmen, MEB'deki faaliyetlerin kıyı devletinin mi yoksa diğer devletlerin mi yetki alanına girdiğinin tespiti her zaman kolay değildir. Bahsi geçen hükümler, yoruma açık ifadeler içerdiği gibi, genellikle Sözleşmenin diğer ilgili maddeleriyle birlikte değerlendirilmeyi de gerektirmektedir. BMDHS'de açıkça düzenlenmeyen MEB'de yakıt ikmal faaliyetleri açısından hangi devletin ne ölçüde yetkili olduğu hususu da, çeşitli uyuşmazlıklara yol açmakta ve gerek Sözleşme hükümlerinin gerek ilgili faaliyetin amaç ve özelliklerinin dikkatlice ele alınması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Bu çalışma, MEB'de yakıt ikmal faaliyetlerinin hukukî durumunu, ilgili hak ve yetkilerin dağılımı, yargı kararları ve akademik yaklaşımlar ışığında incelemeyi, değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: BMDHS, UDHM, MEB, Egemen Haklar ve Yetki, Serbestlikler ve Denizin Uluslararası Hukuka Uygun Diğer Kullanımları, Denizde Yakıt İkmali

Abstract

In the exclusive economic zone (EEZ), codified by the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), the coastal state has been granted various rights and jurisdiction, primarily over the natural resources there. On the other hand, it has been accepted that other states enjoy in the EEZ some of the freedoms that have long been recognized on the high seas, subject to the relevant provisions of the Convention. The Convention also provides that conflicts regarding rights and jurisdiction not attributed to the coastal state or to other states should be resolved on the basis of equity, taking into account the relevant

circumstances, and interests of the parties concerned. Despite the existence of provisions that are comprehensive and consider different possibilities, it is not always easy to determine whether the activities in the EEZ fall under the jurisdiction of the coastal state or other states. The aforementioned provisions include open-ended terms and generally require reading together with other relevant articles of the Convention. The issue of which state and to what extent is authorized in terms of bunkering activities in the EEZ, which are not clearly regulated in UNCLOS, leads to various disputes, and reveals the need to carefully consider both the provisions of the Convention and the purposes and characteristics of the activity in question. This study aims to examine and evaluate the legal status of bunkering activities in the EEZ in the light of the allocation of relevant rights and jurisdiction, judicial decisions and academic approaches.

Keywords: UNCLOS, ITLOS, EEZ, Sovereign Rights and Jurisdiction, Freedoms and Other Internationally Lawful Uses of the Sea, Offshore Bunkering

GİRİŞ

BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS),¹ tesis ettiği münhasır ekonomik bölge (MEB) rejimiyle, denizleri ana hatlarıyla karasuları ve açık denizler şeklinde ayıran önceki düzene önemli bir değişiklik getirmiştir. Yeni bölgenin, hukukî açıdan, her iki deniz alanının özelliklerinden bazılarını taşımakla birlikte, genellikle kendine özgü olduğu kabul edilir. Sözleşme uyarınca, kıyı devleti, bölgedeki doğal kaynaklar üzerinde ve bölgenin ekonomik yönden işletilmesi hususunda egemen haklara ve bazı konularda yetkiye sahip iken, bütün devletler bu deniz alanında başta seyirüsefer serbestliği olmak üzere çeşitli

¹ Sözleşme metni için bkz. UNTS, 1994, Cilt 1833, 396ff. Türkiye'nin taraf olmadığı Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar*, (Beta, 2003), 357ff.

özgürlüklerden yararlanmayı sürdürür. Ne kıyı devletine ne diğer devletlere MEB’de tanınan hak ve yetkiler mutlak bir mahiyettedir; üstelik üçüncü ihtimalin varlığı da göz önünde bulundurularak, kıyı devletine ya da diğer devletlere hak veya yetki verilmeyen hususlarda doğabilecek uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği birtakım genel esaslara bağlanmıştır. Sözleşmenin bütün tarafların menfaatlerini gözetmeyi ve dengelemeyi hedefleyen böyle bir anlayışla kaleme alınması, kimi konu ve faaliyetler bakımından belirsizlikleri gidermemektedir. Bunların Sözleşmenin öngördüğü özel rejimden kaynaklandığı da değerlendirilebilir.

MEB’de yabancı gemilerin yakıt ikmal faaliyetleri bakımından kıyı devletinin yetkili olup olmadığı, Sözleşmede açık bir şekilde düzenlenmese de, somut olaylar çerçevesinde ortaya çıkan bir meseledir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM) de, ilk kararını bu soruna ilişkin bir uyuşmazlık hakkında vermiş; benzer bir başka uyuşmazlığa dair kararında da konuya daha fazla açıklık getirmiştir. Ne var ki, ilk bakışta diğer devletlerin MEB’deki serbestlikleriyle bağlantılı görünen, ama duruma göre kıyı devletinin bölgedeki hak ve yetkilerini de etkileyebilen bu faaliyetler için, Mahkemenin de işaret ettiği üzere, her zaman geçerli bir kuralın varlığından söz etmek zordur. Bu husus, MEB’de yakıt ikmal faaliyetlerinin farklı tipler altında (koşulları ile neye hizmet ettiğini dikkate alan bir yaklaşımla) ve ilgili BMDHS hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Bu çalışmada MEB’in tartışmalı hukukî statüsü, UDHM’nin sorunu ancak kısmen açıklığa kavuşturan kararları, Sözleşmenin kıyı devleti ile diğer devletlerin hak ve yetkilerine ilişkin - birtakım belirsizlikler de içeren- hükümleri ışığında, MEB’de yakıt ikmal faaliyetlerinin hukukî durumu incelenmektedir.

I. SORUNUN TANIMLANMASI VE UDHM'NİN KISMÎ ÇÖZÜMÜ

A. MEB'in Hukukî Statüsü ve Genel Rejimi

MEB, kıyı devletinin karasularının dış sınırından itibaren belirli mesafelere uzanan deniz alanlarında (bulunan doğal kaynaklar üzerinde) münhasır veya öncelikli/tercihli haklara sahip olup olmadığı hususunda -kökü eskiye dayanan farklı yaklaşımları, değişik menfaat ve uygulamaları bağdaştırmaya çalışan uzun ve zahmetli bir hazırlık süreci neticesinde- uzlaşya varılmasıyla, ilk defa BMDHS'de çok taraflı bir şekilde düzenlenmiştir.² BMDHS'nin 5. Bölümü MEB'e ayrılmıştır; diğer kısımlarda da MEB'le ilgili veya orada geçerli çeşitli hükümler mevcuttur.

Kendine özgü kurallara tâbi olan (m. 55) MEB, kıyı devletinin doğal kaynakları araştırma, işletme/kullanma, muhafaza ve idare etmede egemen haklara sahip olduğu ve ayrıca birtakım özel yetkilerle donatıldığı (m. 56, 60-73, Bölüm 6,

² Bkz. Robin Churchill ve Vaughan Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester University Press, 1988), 133-134; Myron H. Nordquist et al., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Cilt 2* (Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 493-505; Dolliver Nelson, "Exclusive Economic Zone," *MPEPIL* (Mart 2008): 1-9; Umberto Leanza ve Maria Cristina Caracciolo, "The Exclusive Economic Zone," iç. *The IMLI Manual on International Maritime Law, Cilt 1: The Law of the Sea*, ed. David J. Attard, Malgosia Fitzmaurice ve Norman A. Martínez Gutiérrez (Oxford University Press, 2014), 177-183; Alexander Proelss, "Article 55," iç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, ed. Alexander Proelss (Nomos, 2017), 411-415; Alexander Proelss, "Article 56," iç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, ed. Alexander Proelss (Nomos, 2017), 421-423; Alexander Proelss, "Article 58," iç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, ed. Alexander Proelss (Nomos, 2017), 446-448.

12 ve 13), diğer devletlerin de -başta seyrüsefer serbestliği olmak üzere- açık denizlerde geçerli kimi serbestliklerden ilgili kurallar çerçevesinde yararlandığı (m. 58, 86), esas hatlardan itibaren şartlara göre 200 deniz miline kadar uzanabilen (m. 57, 74) karasularının ötesindeki (m. 55) deniz alanını (deniz yatağının üzerindeki suları, deniz yatağını ve bunun toprak altını (m. 56)) ifade eder.

Kıyı devletinin belirli şartlarla MEB'e sahip olabileceği ve bölgedeki kaynaklarla ilgili birtakım münhasır hak ve yetkileri bulunduğu, yaygın ve istikrarlı uygulamalar ve diğer unsurların varlığı ile uluslararası örf ve âdet kuralı hâline gelmiştir.³ Bu yönüyle MEB'e ilişkin hükümler, BMDHS'ye taraf olmayan devletler için de etkili olabilecektir.⁴ Bununla birlikte, Sözleşmenin bu deniz alanına ilişkin bütün kuralları için peşinen aynı sonuca varılamaz. Bu kuralların önemli bir kısmı,

³ *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ, Judgment of 24.02.1982, p. 100; *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ, Judgment of 03.06.1985, p. 34; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 146; Nordquist et al., *Commentary*, 519; Robert Jennings ve Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, Cilt 1: *Peace*, Bölüm 2-4 (Longman, 1996), 789; Aydoğan Özman, *Deniz Hukuku I* (Turhan Kitabevi, 2006), 97; Selami Kuran, *Uluslararası Deniz Hukuku* (Beta, 2014), 244; Gemma Andreone, "The Exclusive Economic Zone," iç. *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, ed. Donald R. Rothwell et al. (Oxford University Press, 2015), 162; Proelss, "Article 55," 410; Malcolm Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2017), 434; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (Beta, 2020), 383.

⁴ Nelson, "Exclusive," 91; Anıl Çamyamaç, *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açıldan Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu* (Adalet Yayınevi, 2012) 342. 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi m. 38, bir andlaşma hükmünün, bu vasfı haiz olduğu tanınan bir uluslararası örf ve âdet kuralı olarak üçüncü devletleri bağlayabileceğine işaret etmektedir. Sözleşme metni için bkz. UNTS, 1980, Cilt 1155, 331ff. Sözleşmenin çevirisi için bkz. Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, 183ff.

Sözleşmenin diğer kurallarıyla da bağlantılı olup, onlarla birlikte değerlendirilmeyi gerektiren karmaşık bir mahiyete sahiptir.⁵

Sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında MEB'in, denizci (filoları güçlü ve uzak bölgelerde balıkçılık yapma imkânları gelişmiş) devletler tarafından üzerinde kıyı devletinin birtakım öncelikli hakları bulunan bir açık deniz alanı olarak, Latin Amerika ve Afrika devletleri tarafından ise üzerinde uluslararası toplumun belirli hakları bulunan karasuları benzeri bir alan olarak düzenlenmek istendiği görülmektedir.⁶ Bununla birlikte Sözleşmeyle kabul edilen MEB, kendine özgü, hususî bir hukukî rejime tâbidir; bu rejim, kimi yönlerden karasularının kimi yönlerden açık denizlerin düzenine benzemektedir. Kıyı devletinin egemenliği altında olmayan ama açık denizlerin bir parçasını da teşkil etmeyen bu *sui generis* alanlarda⁷ kıyı devletinin hak ve yetkileri ile diğer devletlerin hak ve serbestlikleri bir arada bulunur; karşılıklı görevler de mevcuttur. Diğerleriyle birlikte Sözleşmenin 55. maddesi, farklı/çatışan yaklaşım ve menfaatlere sahip denizci devletler ile gelişmekte olan devletler arasındaki uzlaşmayı yansıtır, MEB'deki hak ve yetkiler bakımından kıyı devleti ya da diğer devletler lehine bir karine de (*presumption*) öngörmemektedir.⁸ Buna göre,

⁵ Benzer yönde bkz. Jennings ve Watts, *Oppenheim's*, 789; Proelss, "Article 56," 421.

⁶ Ivan Shearer, "Oceans Management Challenges for the Law of the Sea in the First Decade of the 21st Century," iç. *Oceans Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses*, ed. Alex G. Oude Elferink ve Donald R. Rothwell (Martinus Nijhoff Publishers, 2004), 10-11.

⁷ Uluslararası Adalet Divanı (UAD), MEB'den önce yerleşmeye başlayan 12 millik münhasır balıkçılık bölgesinin, karasuları ile açık denizler arasında bir üçüncü kategoriye (*tertium genus*) girdiğini belirtmiştir. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, ICJ, Judgment of 25.07.1974, p. 54.

⁸ Ayrıntılı bilgi, ilgili tartışmalar ve nüanslı değerlendirmeler için bkz. Jorge Castañeda, "Negotiations on the Exclusive Economic Zone at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea," iç. *Essays in International*

Law in Honour of Judge Manfred Lachs, ed. Jerzy Makarczyk (Martinus Nijhoff Publishers, 1984), 612-613, 621; Alfonso Arias Schreiber, "The Exclusive Economic Zone: Its Legal Nature and the Problem of Military Uses," i. *The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective*, ed. Francisco Orrego Vicuña (Westview Press, 1984), 123-139; Julio Cesar Lupinacci, "The Legal Status of the Exclusive Economic Zone in the 1982 Convention on the Law of the Sea," i. *The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective*, ed. Francisco Orrego Vicuña (Westview Press, 1984), 105-112; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 136-137; Tommy T. B. Koh, "The Exclusive Economic Zone," *Malaya Law Review* 30 (1988): 31-32; Barbara Kwiatkowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), 230-234; Francisco Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law* (Cambridge University Press, 1989), 21-23, 41-48; Nordquist et al., *Commentary*, 515, 520, 525; Jennings ve Watts, *Oppenheim's*, 791; Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2004), 131-132; Maria Gavouneli, *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers, 2007), 66; Rainer Lagoni, "Offshore Bunkering in the Exclusive Economic Zone," i. *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, ed. Tafsir Malick Ndiaye ve Rüdiger Wolfrum (Martinus Nijhoff Publishers, 2007), 613-614; Nelson, "Exclusive," 14; Tommy T. B. Koh, "Remarks on the Legal Status of the Exclusive Economic Zone," i. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, ed. Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 54; Donald R. Rothwell ve Tim Stephens, *The International Law of the Sea* (Hart Publishing, 2010), 84; Robert Beckman ve Tara Davenport, "The EEZ Regime: Reflections after 30 Years," i. *LOSI Conference Papers: Securing the Ocean for the Next Generation*, ed. Harry N. Scheiber ve Moon Sang Kwon (2012), 6; amyama, *Denize Kıyısı Olmayan*, 346-348; Leanza ve Caracciolo, "Exclusive," 184-185; Andreone, "Exclusive," 162; Ingvild Ulrikke Jakobsen, *Marine Protected Areas in International Law: An Arctic Perspective* (Brill Nijhoff, 2016), 38; Proelss, "Article 55," 409, 416-418. Charles Quince, *The Exclusive Economic Zone* (Vernon Press, 2019), 133-135; Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, (Cambridge University Press, 2019), 152; Robin Churchill, "Revealing a Mosaic: International Jurisprudence concerning the Non-Fisheries Elements of the Exclusive Economic Zone Regime," i. *The Development of the Law of the Sea Convention The Role of International Courts and Tribunals*, ed. Øystein Jensen (Edward Elgar Publishing, 2020), 50.

“MEB, karasularının ötesinde ve ona bitişik bir saha olup, bu Bölümde tesis edilen spesifik hukukî rejime tâbidir. Buna göre, kıyı devletinin hak ve yetkileri ile diğer devletlerin hak ve serbestlikleri, bu Sözleşmenin ilgili hükümleriyle düzenlenir.”

Anlaşılacağı üzere Sözleşmenin MEB’e ilişkin rejimi, denizleri karasuları ve açık denizler şeklinde ayıran önceki düzeni değiştirmiştir.⁹ Özel rejimi çerçevesinde MEB, kıyı devletinin ülkesel egemenliğe (*territorial sovereignty*), bir başka deyişle tam ve münhasır yetkilere sahip olduğu bir deniz alanı değildir; belirli/sınırlı konularda yetkiye (*jurisdiction*) sahip olduğu bir alandır.¹⁰ Öte yandan, MEB’de kıyı devletinin hak ve yetkileri dışında tamamen açık denizler rejiminin geçerli olduğunu savunmak da, yeri geldikçe açıklanacağı üzere, prensip olarak uygun gözükmemektedir.¹¹

⁹ Nordquist et al., *Commentary*, 515.

¹⁰ Yoshifumi Tanaka, “Jurisdiction of States and the Law of the Sea,” iç. *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, ed. Alexander Orakhelashvili (Edward Elgar Publishing, 2015), 114-116, 128-130; Tanaka, *Law of the Sea*, 9-10, 153-155. Ayrıca bkz. Arias Schreiber, “Exclusive,” 130-131; Lupinacci, “Legal Status,” 113; Jennings ve Watts, *Oppenheim’s*, 790-791; Bernard H. Oxman, “Jurisdiction of States,” iç. *EPIL*, Cilt 3, ed. R. Bernhardt (Elsevier, 1997), 57; Haijiang Yang, *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea* (Springer, 2006), 32, 42; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, (Turhan Kitabevi, 2019), 169-170.

¹¹ Proelss, MEB’in, ülkesel açıdan açık denizlerin bir parçası, işlevsel açıdansa (kullanım ve koruma hakları bakımından) Sözleşmeyle düzenlenen özel hukukî rejime tâbi *sui generis* bir alan olduğunu öne sürmektedir. Alexander Proelss, “The Law on the Exclusive Economic Zone in Perspective: Legal Status and Resolution of User Conflicts Revisited,” *Ocean Yearbook*, 26 (2012): 88-90; Proelss, “Article 55,” 416-418. Yazarın bu görüşü dikkate değerdir. Zira MEB’in devletin ülkesine dâhil olmadığı şüphesizdir. Bununla birlikte, MEB’in esasen ülkesel bir kavram (özel bir alan) olduğu, MEB’deki işlevsel hak ve yetkilerin belirli bir deniz alanına ilişkin (alandan bağımsız düşünülmesinin zor) olduğu ve hatta bunların devletin

MEB'e ilişkin hükümlerde özel bir denge politikası güdüldüğü, gerek kıyı devletine gerek diğer devletlere verilen hak ve yetkilerin çeşitli sınırlamalara tâbi tutulduğu görülmektedir. Ne kıyı devletinin ne de diğer devletlerin MEB'deki hak veya yetkileri mutlak bir mahiyet arz etmektedir.¹² Sözleşmenin 56. maddesi, "belirli amaçlarla" (*for the purpose of*) kıyı devletine egemen haklar vermekte; kıyı devletinin, MEB'deki haklarını kullanırken ve görevlerini yerine getirirken diğer devletlerin hak ve görevlerine gereği gibi saygı gösterip (*shall have due regard*), Sözleşme hükümleriyle bağdaşan bir tarzda hareket edeceğini düzenlemektedir. Öte yandan m. 58, diğer devletlerin belirli serbestliklerden Sözleşmenin ilgili hükümlerine tâbi olarak (*subject to the relevant provisions*) yararlanacağını; bu devletlerin, MEB'deki haklarını kullanırken ve görevlerini yerine getirirken kıyı devletinin hak ve görevlerine gereğince saygı gösterip, onun Sözleşme hükümlerine ve diğer uluslararası hukuk kurallarına uygun düzenlemelerine -MEB'e ilişkin 5. Bölümle çatışmadıkları

ülkesindeki egemenliğinin (ülkesel yetkilerinin) bir süreklilik içinde ülke dışına uzanmasıyla açıklanabildiği belirtilmelidir. Ayrıca Sözleşmenin, MEB'in spesifik bir rejime tâbi olduğunu belirtip, ilgili hükümlerle MEB'de farklı taraflar arasında özel bir denge tesis etmeyi hedeflediği de göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, "hukukî statü" ve "hukukî rejim" kavramları esasen bire bir aynı anlama gelmese de (bkz. Ali Bal, *Uluslararası Hava Hukuku - Hava Sahasının Hukukî Rejimi* (Seçkin, 2019), 150), MEB'in hem statü hem rejim bakımından kendine özgü ve diğer deniz alanlarından farklı olduğunu değerlendirmek daha yerinde gözükmektedir.

¹² Kwiatkowska, *200 Mile*, 212-215; René-Jean Dupuy ve Daniel Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea, Cilt 1* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991), 289; Gavouneli, *Functional Jurisdiction*, 68-69; Leanza ve Caracciolo, "Exclusive," 191-192; Andreone, "Exclusive," 165; Camille Goodman, "Rights, Obligations, Prohibitions: A Practical Guide to Understanding Judicial Decisions on Coastal State Jurisdiction over Living Resources in the Exclusive Economic Zone," *The International Journal of Marine and Coastal Law* 32 (2017): 2; Proelss, "Article 56," 430; Proelss, "Article 58," 446.

ölçüde- riayet edeceğini öngörmektedir. Bunların yanında, Sözleşmenin MEB’de kıyı devletine veya diğer devletlere haklar veya yetkiler vermediği durumlarda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğini düzenleyen 59. madde de, taraflardan biri lehine bir karine getirmeyerek, bütün tarafların menfaatlerini gözetmeyi ve dengelemeyi hedefliyor görünmektedir.

MEB’deki hak, yetki ve yükümlülüklerle ilgili Sözleşme hükümlerine yansıyan bu denge arayışı, kimi faaliyet veya durumlarda ihtilaf çıkmasını engellememekte, hatta hukukî sorunların sebebi olabilmektedir.¹³ Sözleşmenin, hakkında açık bir düzenleme getirmemekle birlikte, çeşitli hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek -kıyı ötesi bir aktivite olan- MEB’deki yakıt ikmal faaliyetleri de, uyuşmazlıklar ve farklı yaklaşımlar doğurmaktadır.

B. MEB’de Yakıt İkmal Faaliyetleri ve İlgili Hukukî Çerçeve

Kıyı ötesi yakıt ikmalı (*offshore bunkering*), bir geminin yakıt tanklarına motorların işleyişi için ihtiyaç duyulan yakıtın bir diğer gemi (tanker) tarafından denizde yüklenmesini ifade eder.¹⁴ Kıyı ötesi yakıt ikmalı, teknik anlamda bir geminin yakıt

¹³ MEB’in *sui generis* bir rejim olarak değerlendirilmesinin, birtakım belirsizliklere ve değişik yorumlara yol açabileceği, farklı tarafların hakları arasındaki çatışmaların genel bir ilke yerine her bir meselenin esasına göre ele alınmasını gerektireceği hakkında bkz. Arias Schreiber, “Exclusive,” 128-130; Lupinacci, “Legal Status,” 112; Orrego Vicuña, *Exclusive*, 44; Jennings ve Watts, *Oppenheim’s*, 791.

¹⁴ David Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering and Ship-to-Ship (STS) Oil Transfer Operations in the EEZ: An Analysis of State Practice and of Coastal State Jurisdiction Under the LOSC,” *Ocean Development & International Law* 50 (2019): 364. Ayrıca bkz. Trevor Harrison, *Legal Issues in*

tankının doldurulmasıdır, hukukî açıdan da bir yakıt ikmal işletmesi ile gemi maliki arasındaki bir satış sözleşmesine dayanan bir ticarî işlemdir.¹⁵ UDHM de, bu faaliyeti, amaç unsurunu zikretmeden yalın bir şekilde, denizde gemilere gaz yağı satışı olarak tarif etmiştir.¹⁶ Gemiden gemiye (*ship-to-ship*; *STS*) taşıma maksadıyla petrol transferi (petrolün taşınacak bir kargo olarak bir tankerden bir diğerine aktarılması) ise, yakıt ikmalinden farklı nitelikte olup,¹⁷ bir yükün bir gemiden bir diğerine denizde aktarımı operasyonlarının en yaygınlarından¹⁸ Bu konu genel olarak çalışma kapsamımızın dışındadır.

Bunkering: An Introduction to the Law Relating to the Sale and Use of Marine Fuels (Petrosport Limited, 2011), xxvi.

¹⁵ Lagoni, "Offshore Bunkering," 614.

¹⁶ *The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS, Judgment of 01.07.1999, p. 137. Bir başka Davada da taraflar, başka petrol türevlerini de zikrederek benzer bir tanımları benimsemiştir. *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)*, ITLOS, Judgment of 14.04.2014, p. 162. Bu çalışmanın amaçları bakımından gemiye verilen yakıtın türü genel olarak önem taşımamaktadır.

¹⁷ Lagoni, "Offshore Bunkering," 615; Churchill, "Revealing a Mosaic," 59.

¹⁸ Gemiden gemiye petrol transferini gerektiren bazı özel durumlar bulunur. Mesela, deniz yoluyla petrol taşımalarında, bazı deniz alanlarının veya limanların sığılığı sebebiyle, yolculuğun bir kısmında nisbeten küçük tankerlerin kullanılması ve sonra bunların taşıdığı petrolün nihaî varış limanına ulaştırılmak üzere büyük tankerlere aktarılması gerekebilir. Yine, taşınması veya kıyı ötesinde depolanması sırasında petrolün tamamının veya bir kısmının satılması, gemiden gemiye petrol transferini gerektirebilir. Böyle bir faaliyet, kaçak petrolün el değiştirmesini sağlamak, petrolün kaynağını (mesela, uluslararası yaptırımlar altındaki devletlerin ülkelerinden geldiğini) perdelemek ya da bir kaza durumunda petrolün denize sızmasını önlemek gibi amaçlarla da gerçekleştirilebilir. Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 364-365. Yakıt ikmalî, alıcı geminin çalıştırılması ve işletilmesi amacıyla gerçekleştirilirken; gemiden gemiye petrol transferi, genellikle aktarılan petrolün taşınması maksadıyla icra edilir. Bunun yanında, ilk faaliyet kapsamında balıkçı gemilerine

Denizde yakıt ikmalî, korunaklı ve istenmedik bir durumda yardım olanaklarına erişimin nisbeten kolay olduğu liman sınırları içinde bu faaliyetin yapılmasından daha tehlikeli olmakla birlikte, yakıt alan gemiler için ekonomik avantajlar sağlamaktadır.¹⁹ Gemiler, limanlara uğramadan kıyı ötesinde yakıt tedarik ettiklerinde zamandan ve yakıttan tasarruf edip, faaliyetlerine (mesela balıkçılığa) daha fazla yoğunlaşabilmekte ve liman ücret ve vergilerinden de kurtulabilmektedir. Bu faaliyetlerin, çok sayıda (özellikle de bağlama limanları Avrupa'da bulunan) yabancı balıkçı gemisinin işletildiği Batı Afrika açıklarında yoğunlaştığı görülmektedir.²⁰ Bu kıyıların bir kesiminde olduğu gibi, bazı hareketli deniz nakliye rotaları çevresinde liman imkânlarının sınırlı olması da, seyahat sırasında ihtiyaç duyulan yakıt ve diğer malzemenin denizde ikmal gemilerinden tedarikini gerektirmektedir.²¹

MEB'de yolcu ve kargo taşımacılığında kullanılan ticarî gemilerin seyrüseferi normal şartlarda kıyı devleti hak ve yetkilerini etkilemezken, son yıllarda geleneksel amaçlar dışında

genellikle gaz yağı (*gas oil*) sağlanırken, ikinci operasyonlarda genellikle çok miktarda ve uçuculuğu zayıf ağır yakıt (*heavy fuel oil*) transfer edilir. Bu bakımdan ikinci faaliyetin, bir sızıntı durumunda deniz çevresine daha fazla zarar verebileceği belirtilmelidir. Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 377-378. Testa'ya göre, MEB'de gemiden gemiye taşıma maksadıyla petrol transferinin -bir uyumsuzluk durumunda- BMDHS m. 59 çerçevesinde ele alınması gerekir. Bu faaliyetin seyrüsefer serbestliğiyle doğrudan ilgili olmadığı ve ayrıca yüksek çevresel risk teşkil ettiği göz önünde bulundurulursa, kıyı devletinin makul şartlar içeren düzenlemelerinin hukuka uygun sayılacağı değerlendirilebilir. Ayrıca, bu konunun, kıyı devletine sınırlı yetkiler sağlasa da m. 56/1(b-iii) kapsamında da değerlendirilmesi mümkündür. Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 378-379.

¹⁹ Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 364.

²⁰ Lagoni, "Offshore Bunkering," 615, 618.

²¹ The Duzgit Integrity Arbitration (Malta v. São Tomé and Príncipe), Arbitral Tribunal, Award of 05.09.2016, p. 53-54.

faaliyetlere girişilmesi, özellikle de tankerlerin MEB’de ilgili anlaşmalar uyarınca balıkçılık yapan gemilere yakıt sağlaması, kıyı devletlerinin menfaatlerine dokunmaya başlamıştır. Çoklukla Batı Afrika kıyılarında yaşanan bu meselenin kökeninde BMDHS’nin 55. maddesiyle spesifik bir rejime tâbi tutulan MEB’deki hak ve yetkilerin dağılımıyla ilgili belirsizlikler yatmaktadır.²²

BMDHS, MEB’de çeşitli konularla ilgili hak ve yetkileri kıyı devletine ya da bütün devletlere bahşetmekle birlikte, yakıt ikmal faaliyetlerine ilişkin açık bir düzenleme getirmemektedir. Bu faaliyete ilişkin yetki meselesinde, özellikle, MEB’de kıyı devleti hak, yetki ve görevlerini düzenleyen 56., diğer devletlerin hak ve görevlerini belirten 58. veya bakiye hak ve yetkilere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için birtakım esaslar öngören 59. madde hükümleri ilgili görünmektedir.²³ Son madde, ancak ilgili faaliyetin önceki maddeler kapsamında kabul edilmediği durumlarda uygulanabilir niteliktedir.²⁴ Konuyu bu maddeler çerçevesinde incelemeye geçmeden önce, kimi kıyı devletleri ile bayrak devletleri arasında yaşanan uyuşmazlıkları ve UDHM’nin yaklaşımını ele almak uygun olur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu sorunun, standart bir şekilde halli mümkün gözükmemektedir; her bir olayın şartlarına göre, özellikle yakıt sağlanan geminin o anki faaliyeti dikkate alınarak çözülmesi gerekir. Bu bağlamda, kimi yakıt ikmal faaliyetleri m. 56, kimileriye m. 58’de düzenlenen hak ve yetkiler kapsamına

²² Lagoni, “Offshore Bunkering,” 613-614.

²³ Lagoni, “Offshore Bunkering,” 613-614; Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 363, 366.

²⁴ Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 375. Nitekim UDHM de, *The M/V “Virginia G” Davasında*, Sözleşmenin 5. Bölümünün, özellikle de m. 56’nın ve canlı kaynaklara ilişkin diğer hükümlerin (m. 61-68) kıyı devletinin MEB’de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt ikmalini düzenleme yetkisi olup olmadığı sorununa ilişkin yeterli rehberliği sağladığını belirtmiş ve 59. maddeyi uygulamadan hükmünü tesis etmiştir. *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 209.

girebilir; duruma göre m. 59 uyarınca çözüm bulmak da icap edebilir.

C. UDHM'nin İlgili Uyuşmazlıklar Hakkındaki Kararları

MEB'de yakıt ikmal faaliyetleri, UDHM tarafından ilk kez *Saiga* olayıyla, daha sonra *Virginia G* olayıyla ele alınmıştır. Mahkemenin yakın geçmişte karara bağladığı *Norstar* olayı da, aşağıda ele alınmakla birlikte, açık denizlerde yakıt ikmal faaliyetleriyle ilgilidir. Henüz derdest olan *San Padre Pio* olayı ise, konumuzla doğrudan ilgili görünmese de, bütün yönleriyle açıklığa kavuşmamıştır.²⁵

²⁵ Mahkemenin geçici tedbirlere ilişkin kararından anlaşıldığı üzere, 23.01.2018'de Nijerya deniz kuvvetleri, İsviçre bayrağı taşıyan *San Padre Pio* isimli tankeri, Nijerya münhasır ekonomik bölgesinde gemiden gemiye (STS) petrol transferi yaptığı bir sırada durdurup tutuklamıştır. Bu geminin diğer tankerlere verdiği petrol Nijerya münhasır ekonomik bölgesinde yer alan *Odudu* isimli petrol tesisine aktarılıyordu. Bununla birlikte, faaliyetin süreçleri ve niteliği hakkında birtakım belirsizlikler de bulunmakta ve taraflar bu faaliyeti zaman zaman yakıt ikmal faaliyeti olarak da zikretmektedir. *The M/T "San Padre Pio" Case (Switzerland v. Nigeria)*, ITLOS, Order of 06.07.2019, p. 30-31, 78, 80, 82-83, 98, 107-108, 128. Ayrıca bkz. *The M/T "San Padre Pio" Case (Switzerland v. Nigeria)*, ITLOS, Declaration of Judge Kittichaisaree of 06.07.2019, p. 1-5; *The M/T "San Padre Pio" Case (Switzerland v. Nigeria)*, ITLOS, Separate Opinion of Judge ad hoc Murphy of 06.07.2019, p. 13; Yurika Ishii, "Comments on ITLOS, M/T "San Padre Pio" Case (Switzerland v. Nigeria), Provisional Measures Order (6 July 2019)," *EJIL: Talk!*, 31.07.2019, 2 Ocak 2022, <<https://www.ejiltalk.org/comments-on-itlos-m-t-san-padre-pio-case-switzerland-v-nigeria-provisional-measures-order-6-july-2019/>>; David Testa, "Comments on Coastal and Flag State Jurisdiction in the M/T "San Padre Pio" Dispute," *EJIL: Talk!*, 03.09.2019, 2 Ocak 2022, <<https://www.ejiltalk.org/comments-on-coastal-and-flag-state-jurisdiction-in-the-m-t-san-padre-pio-dispute/>>; Churchill, "Revealing a Mosaic," 59.

İlgili davalara geçmeden önce şunu da belirtmek gerekir ki, BMDHS m. 296 gereğince, UDHM kararları, nisbî etkiye sahiptir, sadece ilgili olduğu dava bakımından ve davanın tarafları için bağlayıcıdır.²⁶ Yine de bu kararlar, UAD Statüsü m. 38’de de işaret edildiği üzere, uluslararası hukukun yardımcı kaynaklarından, hukuk kurallarının varlığı veya içeriğinin saptanmasında yararlanılan araçlardır. Bu bakımdan, alanında yetkinliği tanınan ve bir uzmanlık mahkemesi olarak nitelendirilen UDHM’nin²⁷ içtihadı, ilgili olduğu davalardaki etkileri dışında, uluslararası hukukun ve deniz hukukunun karmaşık ve tartışmalı kimi mesele ve normlarının açıklığa kavuşmasına da hizmet etmektedir.

1. The M/V “Saiga” (No. 2) Davası

Bu olayda Saint Vincent ve Grenadinler sicilinde tescil edilmiş olan *Saiga* isimli tanker, Gine’nin münhasır ekonomik bölgesi dâhil Batı Afrika kıyılarında balıkçı gemilerine ve diğer gemilere yakıt satışı yapmaktaydı. Tanker, Gine’nin münhasır ekonomik bölgesi dışında olduğu bir sırada, 28.10.1997’de Gine gümrük devriye gemileri tarafından saldırıya uğrayıp tutuklanmıştır. Konakri’ye çekilen geminin mürettebatı burada gözaltına alınmıştır. Gine’de yürütülen kovuşturma kapsamında tankerin kaptanı yasadışı petrol ithalatından suçlu bulunmuş, para cezasının ödenmesinin garantisi olarak gemiye ve geminin kargosuna el koyulmuştur. Uyuşmazlık UDHM tarafından iki aşamada ele alınmıştır. İlk, bayrak devletinin gemi ve

²⁶ Bu esas, UAD kararları için de UAD Statüsü m. 59’da belirtilmektedir. Statü için bkz. 1 Ocak 2022, <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>.

²⁷ BMDHS’nin 6. Ekini oluşturan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Statüsü m. 2/1’e göre, Mahkeme, hakkaniyet ve dürüstlük bakımından en yüksek şöhreti haiz ve deniz hukukunda tanınmış yetkinliğe sahip kişiler arasından seçilen 21 bağımsız üyeden oluşacaktır.

mürettebatın BMDHS m. 292 uyarınca derhal serbest bırakılması talebi çerçevesinde Mahkeme, 04.12.1997’de, bayrak devletinden alınacak makul bir teminat veya güvence üzerine Gine’nin gemi ve mürettebatı gecikmeksizin serbest bırakmasını kararlaştırmıştır. Bu kararın akabinde 28.02.1998’de gemi ve geminin daha önceden serbest bırakılmamış bütün personeli serbest bırakılmıştır.²⁸ *The M/V “Saiga” (No. 2) Davası* olarak isimlendirilen ikinci aşamada ise -Gine’nin gümrük yasalarını MEB’de uygulama yetkisi bulunup bulunmadığı meselesi dâhil- uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmiştir.

Meselenin BMDHS m. 292’deki usul çerçevesinde ele alındığı ilk aşamada UDHM, öncelikle, kıyı devletinin -MEB’de canlı kaynakları araştırma, işletme, muhafaza ve idare etmede sahip olduğu egemen haklar kapsamında- bölgedeki balıkçı gemilerine yakıt ikmali yapılmasını (*bunkering; refuelling*) düzenlemeye yetkili olup olmadığı sorusunu ortaya atmıştır.²⁹ Mahkemeye göre, balıkçı gemilerine yakıt ikmalinin yakıt verilen gemininkine yardımcı (*ancillary*) bir faaliyet olduğu savıyla kıyı devletinin böyle bir yetkisi olduğu öne sürülebilir.

²⁸ Olayın gelişimi ve ilgili kararlar için bkz. *The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS, Judgment of 04.12.1997, p. 26-30, 86; *The M/V “Saiga” (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 31-39; Louise de La Fayette, “ITLOS and the Saga of the Saiga: Peaceful Settlement of a Law of the Sea Dispute,” *The International Journal of Marine and Coastal Law* 15 (2000): 355-392; Bernard H. Oxman ve Vincent P. Cogliati-Bantz, “The M/V “Saiga” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment (ITLOS Case No. 2),” *AJIL* 94 (2000): 140-150; David Anderson, *Modern Law of the Sea: Selected Essays* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 220-221; Louis B. Sohn, *Cases and Materials on the Law of the Sea*, (Brill Nijhoff, 2014), 123-124; Ali Bal, “Devletin Uluslararası Sorumluluğa Ağırlıklı Olarak Diplomatik Himaye Çerçevesinde Başvurması: İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği,” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 79/2 (2021): 581.

²⁹ *The M/V “Saiga” Case*, Judgment of 04.12.1997, p. 56.

Bunu destekleyen bazı devlet uygulamaları da³⁰ bulunmaktadır. Öte yandan bu faaliyet, seyrüsefer serbestliği kapsamında icra edilebilen bağımsız bir faaliyet olarak da görülebilir (ya da 59. madde çerçevesinde değerlendirilebilir).³¹ Bu bağlamda, MEB'de balıkçı gemilerine yakıt ikmalini düzenlemeyen kıyı devletlerinin, bu faaliyetleri balıkçılıkla ilişkili görmedikleri değerlendirilebilir.³² Sorunun esasını *obiter dictum* olarak ve genel bir şekilde ortaya koymakla birlikte Mahkeme, bu aşamada, belirtilen yaklaşımlardan hangisinin hukuken daha yerinde olduğuna karar vermenin gerekmediğini, geminin tutuklanmasının meşru olup olmadığı yerine tutuklamanın devamındaki alıkoymanın geminin derhal serbest bırakılmasına ilişkin Sözleşme hükümlerini ihlal edip etmediğini saptayacağını belirtmiştir.³³

Davanın ikinci aşamasında (esasa ilişkin kararda), Gine tarafından *Saiga*'ya karşı girişilen önlemlerin veya uygulanan düzenlemelerin Sözleşmeye uygunluğunu tespit etmek gerektiğine işaret eden Mahkemeye göre, (spesifik) sorun, Gine'nin kıyıda 250 kilometreye uzanan gümrük alanı kapsamındaki MEB'de gümrük düzenlemelerini uygulama

³⁰ *The M/V "Virginia G" Davasında* da devlet uygulamalarına değinilmiştir. Bu konunun açıklamasına orada yer vereceğiz.

³¹ *Testa* ise, yakıt ikmal faaliyetlerinin, seyrüsefer olarak tanımlanamayacağı için, m. 58'de belirtilen seyrüsefer serbestliği kapsamına girmediğini; ancak bağımsız bir faaliyet olarak nitelendirilmek yerine, yakıt verilen geminin faaliyetleriyle ilişkili sayılması durumunda aynı maddedeki seyrüsefer serbestliğiyle bağlantılı kullanımlardan sayılabileceğine dikkat çekmiştir. *Testa*, "Coastal State Regulation of Bunkering," 371. Yazarın bu tespitleri genel olarak doğru olmakla birlikte, Mahkemenin salt balıkçılık yapan gemilere yakıt ikmalinden konuyu ele aldığı ve bunun balıkçılık faaliyetinden bağımsız bir faaliyet olduğunun değerlendirilmesi hâlinde m. 58 kapsamında sayılabileceğine işaret ettiği anlaşılmaktadır.

³² *The M/V "Saiga" Case*, Judgment of 04.12.1997, p. 57-58.

³³ *The M/V "Saiga" Case*, Judgment of 04.12.1997, p. 59, 62.

hakkı olup olmadığıdır. Mahkeme, kıyı devletinin, karasularında gümrük düzenlemelerini uygulamaya yetkili olduğunu belirtip, bitişik bölgede Sözleşmenin 33. maddesinde düzenlenen haklarını hatırlattıktan sonra, MEB’de m. 60/2 uyarınca yapay ada, tesis ve yapılar bakımından gümrük düzenlemelerini uygulama yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Kararın konumuzla ilgili en önemli kısmı da, Sözleşmenin kıyı devletine bu alanlar dışındaki MEB kısımları bakımından gümrük düzenlemelerini uygulama yetkisi vermediği tespitidir.³⁴

Gine, ilgili gümrük alanında balıkçı gemilerine yakıt sağlanmasını yasaklamasının (gümrük ve kaçakçılık mevzuatını ilgili bölgede uygulamasının) haklılığını ispatlamak için Sözleşmenin kıyı devletinin MEB’de uluslararası hukukun diğer kurallarına uygun şekilde düzenlemeler yapabileceğini gösteren m. 58/3 hükmünü de ileri sürmüştür. Bu bağlamda Gine, diğerleri yanında, kamu yararını ciddi şekilde etkileyen MEB’deki haksız ekonomik faaliyetlere karşı kendini koruma hususunda doğal hakkı bulunduğunu belirtmiştir. Sözü edilen kamu yararının özellikle Gine’nin malî kayıplarıyla ve ayrıca balıkçılığa ve çevreye ilişkin menfaatlerle ilgili olduğu anlaşılmaktadır.³⁵ Mahkemeye göre ise, kıyı devletinin, kamusal ekonomik menfaatleri veya malî kayıpları gerekçe göstererek MEB’deki herhangi bir faaliyeti yasaklamasını mümkün kılan bu yaklaşım, diğer devletlerin MEB’deki haklarını engelleyici nitelikte olup, 56. ve 58. maddelere uymamaktadır. Bu bakımdan, Gine, MEB’de gümrük düzenlemelerini uygulayarak, gemiyi tutuklayıp alıkoymakla, kaptanı yargılayıp mahkum etmekle ve gemi ile kargoya el koymakla Sözleşmeye aykırı hareket etmiştir.³⁶

³⁴ *The M/V “Saiga” (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 126-127.

³⁵ *The M/V “Saiga” (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 128, 130.

³⁶ *The M/V “Saiga” (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 131, 136, 183.

Bunların yanında, iki taraf da Mahkemeden kıyı devletlerinin ve diğer devletlerin bu faaliyetle ilgili haklarını tespit etmesini istemiştir. Davacı devlet, bayrağını taşıyan gemilerin bir diğer devletin münhasır ekonomik bölgesinde yakıt ikmal faaliyetinde bulunmasının, 56. ve 58. maddelerde düzenlenen seyrüsefer serbestliği veya bu serbestlikle bağlantılı olan denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları kapsamına girdiğini öne sürmüştür.³⁷ Davalı devlet ise, söz konusu faaliyetin, ticarî bir faaliyet olduğunu, belirtilen serbestlikler kapsamına girmediğini, her durumda aynı şekilde değerlendirilemeyeceğini (mesela, bölgeden geçiş yapan gemilere yakıt verilmesinin bölgede işletilen gemilere yakıt sağlanmasından ayrı mütalaa edilmesi gerektiğini) ve MEB'de işletilen balıkçı gemilerine izinsiz yakıt satışını önlemek amacıyla gümrük ve kaçakçılık mevzuatını uygulayabileceğini savunmuştur.³⁸

³⁷ *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, 123, 137. Ayrıca bu devlete göre, gemilerin ihtiyaç duydukları yakıt ve kumanyayı almak için kıyı devletinden önceden izin almak zorunda bırakılması, onların uluslararası hareketlerini ve kat edebilecekleri mesafeleri fiilen kısıtlayacak ve uluslararası ticaretin de sınırlandırılmasına sebep olacaktır. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS, Memorial Submitted by Saint Vincent and the Grenadines of 19.06.1998, p. 120. *Testa*'ya göre bu argüman, MEB'de sadece seyrüseferde bulunan gemilere yakıt sağlanması bağlamında yerinde görülebilirdi; ancak burada MEB'de balıkçılık yapan gemilere yakıt sağlanmasından doğan bir uyuşmazlık söz konusuydu. *Testa*, "Coastal State Regulation of Bunkering," 371-372.

³⁸ *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 124, 137. Gine, MEB'in açık denizlerin veya karasularının bir parçasını teşkil etmediğini ve *sui generis* bir alan olduğunu da belirterek, Sözleşmenin MEB'de kıyı devletine açıkça vermediği hak ve yetkilerin otomatikman açık denizlerin serbestliği kapsamına girmeyeceğini de öne sürmüştür. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 125. Aynı yönde bkz. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS, Separate Opinion of Judge Zhao of 01.07.1999, p. 3.

Bunlar karşısında Mahkeme, öncelikle Sözleşmede bu konuya ilişkin spesifik bir düzenleme olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, her iki tarafın da Sözleşmede MEB ile ilgili olarak kıyı devletine açıkça verilmeyen hakların diğer devletlere veya diğer devletlere özel olarak verilmeyen hakların kıyı devletine ait olduğu sonucuna otomatik olarak varılamayacağı konusunda hemfikir olduğuna işaret etmiştir.³⁹ Sonuç olarak Mahkeme, Gine tarafından girişilen önlemin Sözleşmeye uyup uymadığı hakkında karar verilmesi gerektiğini ve bu konuda -MEB'de yakıt ikmal faaliyetleriyle ilgili devletlerin hakları gibi daha kapsamlı bir meseleye girmeksizin- davanın özel koşullarına uygulanabilir kurallar çerçevesinde hükme vardığını belirtmiştir.⁴⁰ Böylece, MEB'de balıkçılık yapan gemilere yönelik yakıt ikmalinin, genel olarak meşru olup olmadığı, daha açık bir deyişle kıyı devletinin egemen hakları kapsamına mı girdiği yoksa diğer devletlerin bölgedeki serbestlikleri çerçevesinde icra edilebilecek bir faaliyet mi olduğu açıklığa kavuşturulmamıştır.⁴¹

Kimi yargıçlar ise konuyla ilgili çeşitli görüşler bildirmiştir. *Yargıç Vukas'a* göre, Sözleşmenin hazırlık çalışmaları ile içeriği, herhangi bir gemi türüne yakıt ikmali yapılmasını MEB'in hukuka aykırı şekilde kullanılması olarak nitelendirmek için bir

³⁹ *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 137.

⁴⁰ *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 138.

⁴¹ Proelss, "Article 56," 425; Nuwan Peiris, "Bunkering in the Exclusive Economic Zone and on the High Seas under the Law of the Sea Convention: An Entangling Experiment with Saiga, Virginia G, Norstar and San Padre Pio," *Ocean Yearbook*, 35 (2021): 431, 433. Mahkemenin bu ihtiyatlı tutumu yerinde görülebilir. Zira uluslararası mahkemeler, farazî meseleler yerine, önlerindeki somut olayın ortaya çıkardığı sorunlar hakkında karar vermelidir. David Anderson, "Coastal State Jurisdiction and High Seas Freedoms in the EEZ in the Light of the Saiga Case," iç. *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, ed. Clive R. Symmons (Martinus Nijhoff, 2011), 112.

dayanak sağlamamaktadır. Kıyı ötesi yakıt ikmal, her ne kadar Konferansta açıkça zikredilmeyen yeni bir faaliyet olsa da, m. 58/1 uyarınca, denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları kapsamında değerlendirilmelidir. Bu faaliyet seyrüsefer serbestliğiyle bağlantılıdır ve gemilerin işletimiyle de ilgilidir. Yakıt sağlamak yakıt tankerinin seyrüseferinin başlıca amacıdır ve yakıt almak da yakıt sağlanan geminin seyrüseferine devam edebilmesi için zarurîdir.⁴² *Yargıç Zhao* ise, MEB’de yakıt ikmal faaliyetlerinin, bayrak devletleri bu konuda kıyı devletiyle anlaşmadıkça ve balıkçı gemileri de kıyı devletinden ilgili izinleri almadıkça meşru olamayacağını belirtmiştir.⁴³

Konuyla ilgili nisbeten kapsamlı bir değerlendirme yapan *Yargıç Anderson*, Gine’nin gümrük düzenlemelerine dayanan uygulamalarıyla 56. maddenin kıyı devletine verdiği hak ve yetkilerin ötesine geçerek 58. maddeye aykırı hareket ettiğini belirttiikten sonra, Mahkemenin MEB’de yakıt ikmal faaliyetleriyle ilgili genel bir sonuca varmamasını yerinde görerek, bu faaliyetin farklı şartlar çerçevesinde

⁴² The M/V “Saiga” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Separate Opinion of Judge Vukas of 01.07.1999, p. 17. Benzer yönde bkz. The M/V “Saiga” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Separate Opinion of Judge Laing of 01.07.1999, p. 3. BM Deniz Hukuku Konferansının 5. oturumunun başında Konferans Başkanı tarafından dağıtım sunulan belgede belirtildiği üzere, yeni bir hukukî kavram olan MEB’in özel niteliği, bölgede kıyı devletinin hakları ile uluslararası toplumun hakları arasında açık bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir. Ayrıca, kıyı devletine verilen egemen hakların ve yetkinin, uluslararası ilişkilerin ve ticaretin sürdürülmesi bakımından vazgeçilmez olan, yerleşik ve uzun süredir tanınmış bulunan ulaşım ve seyrüsefer haklarıyla uyumlu olmasını sağlayacak tatminkâr bir çözüm bulunmalıdır. UN Doc. A/CONF.62/L.12/Rev.1: Note by the President of the Conference, 02.08.1976, 123.

⁴³ *The M/V “Saiga” (No. 2) Case*, Separate Opinion of Judge Zhao of 01.07.1999, p. 4.

gerçekleştirilebildiğini ve değişik gemi tiplerine (mesela yolcu, kargo, savaş ya da balıkçı gemileri) yönelik olabildiğini belirtmiştir. Yargıca göre, yakıt aldığı sıralarda seyrüsefer serbestliği çerçevesinde hareket eden bir gemiye yakıt ikmali, 58. madde uyarınca denizin -seyrüsefer serbestliğiyle bağlantılı ve gemilerin işletimiyle ilgili olan- uluslararası hukuka uygun bir kullanımı olarak nitelendirilmelidir. MEB’de kıyı devletinin izniyle ve ilgili düzenlemelerindeki şartlara tâbi olarak balık avlayan bir gemiye yakıt ikmali bakımındansa, balıkçı gemisinin seyrüseferinden ziyade balık stoklarından etkili bir şekilde yararlanması üzerinde durulmalıdır. Ancak avlanma alanları ile bağlama limanı arasındaki seyrüseferi için yakıtı ihtiyaç duyan bir balıkçı gemisine ya da kaza gibi bir sebeple yakıtı tükenen herhangi bir gemiye yakıt verilmesi daha farklı değerlendirilebilir.⁴⁴

2. The M/V “Virginia G” Davası

Yukarıdakine benzer bu olayda Gine-Bissau, münhasır ekonomik bölgesindeki balıkçı gemilerine yetkisiz şekilde petrol sattığı gerekçesiyle Panama bayraklı *Virginia G* isimli petrol tankerini 21.08.2009’da tutuklayıp, bir yıldan fazla bir süre boyunca mürettebatının bir kısmıyla birlikte alıkoymuş ve bu süreçte gemiye ve gemideki petrole de el koymuştur.⁴⁵ Uyuşmazlık iki devlet arasında yapılan özel bir anlaşmayla UDHM’ye havale edilmiştir.⁴⁶

⁴⁴ The M/V “Saiga” (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Separate Opinion of Judge Anderson of 01.07.1999, 137-138.

⁴⁵ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 55-84. Olay hakkında ayrıca bkz. Bernard H. Oxman ve Vincent P. Cogliati-Bantz, “The M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau),” *AJIL* 108 (2014): 769-775; Bal, İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi, 583.

⁴⁶ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 86.

Panama, söz konusu eylemlerin, diğerleri yanında, kendisinin ve geminin seyrüsefer serbestliğinden ve bununla bağlantılı şekilde denizleri kullanma serbestliğinden yararlanma haklarını düzenleyen m. 58'i ve kıyı devleti düzenlemelerinin icrasıyla ilgili m. 73'ü ihlal ettiğini öne sürmüştür.⁴⁷ Bu devlete göre, yakıt ikmal gemilerini MEB'de kıyı devletinin iznine ve iznin verilmesi için -bir tür vergilendirme anlamına gelen- ücrete tâbi tutmak, 58. maddedeki serbestliklere aykırıdır.⁴⁸ Yakıt sağlamak bu gemilerin seyrüseferinin asıl amacıdır. Yakıt sağlama ile seyrüsefer arasındaki bu doğal ilişki, söz konusu faaliyetin 58. maddedeki serbestliklerle yakından bağlantılı olduğunu kabul etmeyi gerektirir.⁴⁹

Gine-Bissau'nun gemiye yönelik müdahalelerini, *Saiga* olayında Gine'nin yaptığından farklı olarak, gümrük mevzuatı yerine daha çok balıkçılıkla ilgili düzenlemelerine dayandırdığı görülmektedir.⁵⁰ Bu devlete göre, 58. madde ihlal edilmemiştir; zira üçüncü devletlerin bayrağını taşıyan gemilerin seyrüsefer serbestliği, balıkçı gemilerine yakıt sağlama şeklinde balıkçılıkla ilgili (balıkçılık faaliyetlerini destekleyici) bir ticarî faaliyette bulunma hakkını kapsamaz. Söz konusu faaliyet, seyrüsefer serbestliğinden çok, balıkçılığın icrasıyla bağlantılıdır.⁵¹ Gine-Bissau, kıyı devletinin bu faaliyetlerle ilgili olarak çevreye yönelik riskleri önlemek amacıyla bütün uygun önlemleri alabileceğini de savunmuştur.⁵²

Bunlar mukabilinde Mahkeme, hükme esas teşkil etmek üzere, davalı devletin MEB'de yabancı balıkçı gemilerine yakıt

⁴⁷ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 48-49, 54, 164-165.

⁴⁸ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 166, 178-179.

⁴⁹ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 170.

⁵⁰ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 64, 189ff.

⁵¹ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 185, 188-189, 193.

⁵² *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 196-199.

ikmalini düzenlemeye yetkili olup olmadığını, bu devletin düzenlemelerinin Sözleşmeye uygunluğunu ve düzenlemelerin mevcut olayda uygulanmasının Sözleşmeyi ihlal edip etmediğini; saptamak gerektiğini belirtmiştir.⁵³

i) İlk meseleyle ilgili olarak Mahkemenin belirttiği üzere, 56. maddeyle kıyı devletine tanınan egemen haklar, doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi muhafaza ve idare edilmesi için gerekli veya bunlarla bağlantılı -lüzumlu icraî önlemleri alma hakkı dâhil- bütün hakları kapsar. Canlı kaynakların muhafazasıyla ilgili 61. ve kullanımı hakkındaki 62. maddeler göz önünde bulundurulduğunda, 56. maddede belirtilen muhafaza ve idarenin, dar anlamda korumanın ötesinde, değişik hususları kapsadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin m. 56 ve 62/4 hükümleri, MEB'deki canlı kaynaklarla ilgili egemen hakları çerçevesinde kıyı devletine Sözleşmeye uygun olarak çeşitli konularda düzenlemeler yapma ve önlemler alma yetkisi vermektedir.⁵⁴ İlgili düzenlemelerin kapsamı açısından m. 62/4 tahdidî olmayan bir liste sunmakla birlikte, düzenlenebilecek faaliyetlerin balıkçılıkla doğrudan bağlantısı olması gerekir. MEB'de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt ikmali, onların denizdeki faaliyetlerine kesintisiz bir şekilde devam etmesini mümkün kıldığı için, balıkçılıkla böyle bir bağlantıya sahiptir.⁵⁵ Mahkeme, bu sonuca varırken, çeşitli andlaşmalarda balıkçılığın ve balıkçılıkla ilgili faaliyetlerin (*fishing-related activities*) nasıl tanımlandığını da dikkate alıp, onların balıkçılık ile -yakıt ikmali dâhil- destekleyici faaliyetler arasında yakın bir bağlantı kurduğunu belirtmiştir.⁵⁶

⁵³ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 161.

⁵⁴ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 211-213.

⁵⁵ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 213, 215.

⁵⁶ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 216. Bu çerçevede dikkate alınan (ve karar tarihinde henüz yürürlükte olmayan) 2009 tarihli

Sonuç olarak Mahkemeye göre, kıyı devletinin MEB'de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt ikmalini düzenlemesi, onun -m. 62/4'le birlikte okunduğunda- m. 56 çerçevesinde canlı kaynakları muhafaza ve idare etmek amacıyla bölgede alabileceği önlemler arasındadır. Bu, Sözleşmenin kabulünden sonra gelişen "devlet uygulamaları" ile de teyit edilmektedir.⁵⁷

Yasa Dışı, Kayıt Dışı ve Düzenlenmemiş Balıkçılığı Önleme, Caydırma ve Ortadan Kaldırmaya Yönelik Liman Devleti Tedbirlerine Dair Anlaşma m. 1/d'de, diğerleri yanında, denizde personel, yakıt, donanım ve diğer malzemelerin sağlanması gibi balıkçılığı destekleyen veya balıkçılığa hazırlık niteliğinde olan işler "balıkçılıkla ilgili faaliyetler" kapsamında sayılmıştır. 05.06.2016'da yürürlüğe giren bu Anlaşma için bkz. 2 Şubat 2022, <http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/2_037t-e.pdf>; RG, 11.02.2018, S. 30329. Mahkeme, bu madde belirtilen balıkçılıkla ilgili diğer faaliyetlerin de (mesela, daha önce bir limanda karaya çıkarılmamış balıkların işlenmesi, aktarılması, taşınması) kıyı devletince m. 56/1(a) ve 62/4 çerçevesinde düzenlenebileceğini benimsemiş görünmektedir. Valentin J. Schatz, "Combating Illegal Fishing in the Exclusive Economic Zone: Flag State Obligations in the Context of the Primary Responsibility of the Coastal State," *Goettingen Journal of International Law* 7 (2016): 392; Proelss, "Article 56," 426; Proelss, "Article 58," 450.

⁵⁷ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 217. Mahkeme, balıkçılık faaliyetlerini kontrol ve idare etmek amacıyla yapılan çeşitli anlaşmalarda yakıt ikmalinin "balıkçılıkla ilgili faaliyetler" arasında sayıldığını hatırlatıp, devlet uygulamaları açısından da, Batı Afrika dâhil çeşitli bölgelerde bazı devletlerin MEB'de yabancı balıkçı gemilerine yakıt ikmalini yapmalarını ulusal mevzuatlarında düzenlediğini ve bunlara açık bir şekilde itiraz edilmeyip genellikle uyulduğunu belirtmiştir. *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 218-219. Hatırlanacağı üzere, *The M/V "Saiga" (No. 2) Davası*nda da alternatif yorumlar çerçevesinde devlet uygulamalarına gönderme yapılmıştır. Bu hususla ilgili olarak belirtmek gerekir ki, MEB'de yakıt ikmal faaliyetlerine dair devlet uygulamaları yeknesak değildir. Çoğu kıyı devleti, bilinçli şekilde veya pratik bir ihtiyaç bulunmaması sebebiyle bu konuda bir düzenleme yapmazken; bazıları, MEB'de işletilen balıkçı gemilerine yakıt ikmalini düzenlemeyi tercih etmektedir. Bu konuyu düzenleyen devletler, genel olarak, yakıt ikmal faaliyetlerinin seyrüseferden çok balıkçılıkla ve

Mahkeme, 58. maddenin, 56. maddeyle birlikte okunması gerektiğini ve kıyı devletinin MEB’de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt ikmalini 56. madde çerçevesinde düzenlemesini engellemediğini tespit edip, belirtilen düzenleme yetkisinin kıyı devletinin bölgedeki doğal kaynaklar üzerindeki (işlevsel) egemen haklarından kaynaklandığını vurgulamıştır.⁵⁸ Bununla bağlantılı önemli bir nokta da, MEB’de balıkçılık faaliyetinde bulunan yabancı gemilere yakıt ikmal yapılmasının kıyı devleti tarafından düzenlenebilecek bir faaliyet olduğunun ve kıyı devletinin -Sözleşmeye uygun olarak başka türlü belirlenmedikçe- diğer yakıt ikmal faaliyetleri bakımından böyle bir yetkiyi haiz olmadığının belirtilmiş olmasıdır.⁵⁹ Böylece, kıyı devletinin diğer faaliyetlerde bulunan gemilere MEB’de yakıt

balıkçılığın idaresiyle bağlantılı olduğunu mütalaa etmektedir. Bu düzenlemelere, uyumsuzlığa sebep olan bazı durumlar dışında, genellikle itiraz edilmemiştir. Anderson, *Modern Law of the Sea*, 224-226; Anderson, “Coastal State Jurisdiction,” 108-109. İlgili ulusal düzenlemelerin kapsam ve içeriği de birbirinden farklıdır; kimilerinde deniz çevresini koruma amacı kimilerindeyse ekonomik hedefler öne çıkmaktadır. Bu çerçevede, MEB’de gerçekleştirilecek yakıt ikmal faaliyetleri için önceden izin alınması, çeşitli usullerin izlenmesi, belirli ücretlerin ödenmesi, çevresel riskleri kapsayacak şekilde sigorta yapılması öngörülüp, hukukî ve teknik kısıtlamalar getirilebilmektedir. Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 373-375. Yine de ilgili uygulamaların genel uluslararası örf ve âdetin varlığı için gerekli şartları henüz karşılamadığı anlaşılmaktadır. “Doğal Kaynaklar Üzerinde Egemen Haklar ve Belirli Hususlarda Yetkiler” başlığı altında açıklanacağı üzere, Mahkeme, devlet uygulamalarına, Sözleşme hükümlerine dayanarak varılan sonucu teyit etmek, desteklemek amacıyla başvurmuştur.

⁵⁸ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 222. Hüküm fıkrasında da, oybirliğiyle, Guinea-Bissau’ın MEB’de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt ikmalini düzenlemekle m. 58/1’i veya m. 56/2’yi ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 452.

⁵⁹ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 223.

ikmalini düzenleme yetkisini haiz olup olmadığı açıklığa kavuşturulmamıştır.⁶⁰

Mahkeme, MEB'deki yakıt ikmal faaliyetlerinin deniz çevresinin korunması amacıyla düzenlenmesi hususunda da belirgin bir sonuca varmayıp, Gine-Bissau'ın ilgili düzenlemelerine deniz çevresinin korunmasına dair mevzuatı yerine balıkçılığa ilişkin mevzuatında yer verdiğini belirtmekle yetinmiştir.⁶¹

ii) Mahkeme, Gine-Bissau'ın düzenlemelerinin m. 56 ve 62'ye uygun olup olmadığı meselesinde, söz konusu mevzuatta balıkçılıkla ilgili faaliyetlerin yeterince açık bir şekilde tanımlandığını, yakıt ikmal faaliyetleri için yazılı izin şartının aşırı külfet yüklediğini, izin verilmesi için ücret talep edilmesinin -bu ücretin, ilgili vergi düzenlemelerini uygulaysaydı Gine-Bissau'ın elde edebileceği tutarın çok altında olduğu da dikkate alındığında- malî menfaatlere yönelik olmayıp vergi düzenlemelerinin MEB'e teşmili anlamına gelmediğini belirterek, Sözleşmeye aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁶²

iii) Son olarak, kıyı devletinin MEB'de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt ikmalini düzenleme ve ayrıca gerekli icraî önlemleri alma yetkisine sahip olduğunu teyit eden Mahkeme,⁶³

⁶⁰ Mahkemenin ileride bu konuda bir karar vermek durumunda kalırsa, ilgili devlet uygulamalarından da yararlanabileceği hakkında bkz. Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 372-373.

⁶¹ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 224.

⁶² *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 225-236. Talep edilen ücret ile (ilgili olabilecek) vergi arasında özellikle amaç unsuru yönünden fark bulunduğu hakkında bkz. Lourenço Limão, "Bunkering in the EEZ," *Academia*, 2015, 6, <https://www.academia.edu/18935625/Bunkering_in_the_EEZ>.

⁶³ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 264.

Gine-Bissau'ın tatbik ettiği yaptırımları değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, kıyı devletinin MEB'deki canlı kaynaklarla ilgili düzenlemeleri çerçevesinde birtakım önlemlere başvurabileceğini öngören m. 73/1'de gemiye el koyulması açıkça zikredilmese de, MEB'de yabancı balıkçı gemilerine yakıt ikmali yapan bir gemiye el koyulması kendiliğinden m. 73/1'in ihlalini teşkil etmez. Müdahalenin uygunluğu somut olayın şartlarına göre incelenmelidir.⁶⁴ Birçok kıyı devletinin bu yönde tedbirler öngörmüş olmasının da konunun yorumlanmasında etkisi olabileceğine dikkat çeken Mahkeme,⁶⁵ kıyı devletinin sadece Sözleşmeye uygun şekilde kabul ettiği düzenlemelere uyulmasını sağlamak için "gerekli olabilecek önlemleri" alabileceğini vurgulamıştır.⁶⁶ Bu çerçevede Mahkeme, öncelikle, somut olayda yaklaşma, denetleme ve tutuklama biçimindeki müdahalelerin m. 73/1'i ihlal etmediğini bildirmiştir.⁶⁷ Daha sonra ise, *Virginia G*'nin ilgili faaliyeti için yazılı bir izne sahip olmamasını ve gereken ödemeyi yapmamasını ciddi ihlaller olarak değerlendirmekle birlikte, Gine-Bissau'ın -benzer ağırlıktaki ihlallerine rağmen- yakıt sağlanan balıkçı gemilerine daha hafif müdahalelerde bulunduğunu ya da müdahale etmediğini, el koyma biçimindeki yaptırımın -ihlaller kasıttan ziyade ilgili yazışmaların yanlış yorumlanmasından kaynaklandığından- cezalandırmak veya tekerrürü önlemek için

⁶⁴ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 251, 257.

⁶⁵ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 253.

⁶⁶ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 256, 266.

⁶⁷ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 265. Uygulama yetkilerinin kullanılmasının hukuka uygunluğu değerlendirilirken, ilgili kriterlerin nasıl uygulandığının gerekçelerle aydınlatılması gerektiği hakkında bkz. James Harrison, "Safeguards against Excessive Enforcement Measures in the Exclusive Economic Zone: Law and Practice," iç. *Jurisdiction over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, ed. Henrik Ringbom (Brill-Nijhoff, 2015), 220; Goodman, "Rights, Obligations, Prohibitions," 18.

gerekli olmadığını ve ayrıca m. 73'e dayanan önlemler uygulanırken genellikle makullük ilkesine (*the principle of reasonableness*)⁶⁸ riayetini gerektiğini ama olayda buna uyulmadığını belirterek, gemiye ve gemideki petrole el koyulmasını m. 73/1'in ihlali olarak nitelendirmiştir.⁶⁹

⁶⁸ Mahkemenin, 73. maddede açıkça geçmeyen makullük ilkesine dayanarak, kıyı devletinin ciddi bir ihlale karşı egemenlik yetkilerini uygulamasını hukuka aykırı saymasına şüpheyle yaklaşılacağı hakkında bkz. Craig H. Allen, "Law of the Sea Tribunal Implies A Principle of Reasonableness in UNCLOS Article 73," *OpinioJuris*, 17.04.2014, 4, <<http://opiniojuris.org/2014/04/17/guest-post-law-sea-tribunal-implies-principle-reasonableness-unclos-article-73/>>. Mahkemenin somut olayda bu ilkeyi (kriteri) açıklığa kavuşturmadığı hakkında bkz. Harrison, "Safeguards," 245; Erietta Scalieri, "Discretionary Power of Coastal States and the Control of Its Compliance with International Law by International Tribunals," iç. *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, ed. Angela Del Vecchio ve Roberto Virzo (Springer, 2019), 357.

⁶⁹ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 266-271. Mahkemenin bu sonucunu eleştiren kimi yargıçlara göre, m. 73 çerçevesinde yapılacak incelemede "egemen haklar" teriminin bu hakları kullanırken kıyı devletine bir dereceye kadar saygı duyulmasını gerektirdiği göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca, ulusal mahkemelerin ve makamların somut bir olayın koşullarını daha iyi değerlendirebileceğini ve Mahkemenin görevinin ulusal makamların yerine geçmek olmayıp onların kararlarını denetlemek olduğunu belirten bu yargıçlara göre, m. 73 çerçevesinde alınan önlemler, ancak yetkinin kullanılmasında açık bir hata veya keyfilik varsa ya da yetkinin kullanımı mevcut olmayan veya açıkça yanlış olgulara dayanıyorsa, hukuka aykırı addedilmeliydi. *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)*, ITLOS, Joint Dissenting Opinion of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao and Bouguetaia of 14.04.2014, p. 49-55, 61. Makullük kriteri bakımından da bu yargıçlar, davalı devletin Sözleşmeye aykırı hareket etmediği görüşünü bildirmiştir. *The M/V "Virginia G" Case*, Joint Dissenting Opinion of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao and Bouguetaia of 14.04.2014, p. 56-57. Benzer yönde bkz. Harrison, "Safeguards," 221, 244-245.

Ayrıca, geminin alıkoyulduğu sürece (en azından limana getirilmesinden sonra) mürettebatın gemiyi terk etme olanağı bulunması sebebiyle, onların kalışları hapis cezası olarak nitelendirilmeyip, m. 73/3'ün ihlal edilmediği sonucuna varılırken;⁷⁰ m. 73/4'te öngörülen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği saptanmıştır.⁷¹ Neticede Mahkeme, el koyulan petrol ile geminin tamir masrafları için davacı devlete maddî tazminat ödenmesine hükmedip; davacı devletin haklarının ihlalleri bakımından da, davalı devletin -gemiye ve gemi kargosuna el koymakla (m. 73/1) ve geminin tutuklanmasından ve sonraki işlemlerden bayrak devletini haberdar etme yükümlülüğünü yerine getirmemekle (m. 73/4)- hukuka aykırı şekilde hareket ettiğini ve davacının haklarını ihlal ettiğini bildirmesinin yeterli bir giderim oluşturduğunu belirtmiştir.⁷²

3. The M/V “Norstar” Davası

Panama bayraklı bir petrol tankerinin İtalya yargı makamlarının talebiyle tutuklanması ve alıkoyulmasıyla ilgili bu Dava, açık denizlerde yakıt ikmal faaliyetleriyle ilgilidir.⁷³

⁷⁰ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 308-311.

⁷¹ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 328.

⁷² *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 446-448, 452.

⁷³ Bu olayda, *Norstar* isimli gemi, 1994'ten 1998'e kadar İspanya, Fransa ve İtalya karasularının ötesindeki sulara büyük yatlarla motorin tedarikinde kullanılmıştır. İtalya yargı makamlarının, geminin ait olduğu şirketin başkanı ve sorumlu müdürü, gemi kaptanı ve aracı şirketin sahibi dâhil sekiz kişi hakkında madenî yağ ve vergi kaçakçılığında (İtalya'da vergiden muaf olarak alınan petrolün uluslararası sulara İtalya'ya veya diğer Avrupa Birliği devletlerine bağlı yatlarla satışından) dolayı açılan ceza davaları kapsamında, bazı uluslararası andlaşmalara dayanarak adli yardım talep etmesi üzerine Palma de Mallorca'da bulunan gemiye İspanya makamları tarafından Eylül 1998'de el koyulmuştur. 2003'te Savona Mahkemesi Ceza Dairesi sanıkların tamamını bütün suçlardan beraat

Mahkeme açık denizlerde yakıt ikmal faaliyetinin BMDHS ve uluslararası hukukun diğer kuralları tarafından öngörülen şartlar çerçevesinde kullanılabilecek seyrüsefer serbestliğinin bir parçası olduğunu bildirmiştir. *M/V Norstar* tarafından gezi (seyahat) amacıyla kullanılan teknelere açık denizlerde yakıt ikmali yapılması Sözleşme m. 87'de düzenlenen seyrüsefer serbestliği kapsamına girer.⁷⁴ Bu Davada İtalya'nın -Sözleşme veya diğer andlaşmalarda bunu haklı kılan bir dayanak yokken- ceza ve gümrük düzenlemelerini açık denizlerdeki faaliyetlere teşmil etmekle, el koyma kararı çıkarmakla ve bunun icrasını İspanya makamlarından talep etmekle m. 87/1'i ihlal ettiğine hükmedilmiştir.⁷⁵

II. SORUNUN BMDHS'NİN İLGİLİ HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

A. Kıyı Devleti Hak ve Yetkileri

1. Genel Olarak

"Kıyı devletinin MEB'deki hakları, yetkisi ve görevleri" başlıklı 56. maddenin ilk iki fıkrasına göre,

"1. Kıyı devleti, MEB'de, a) deniz yatağının üzerindeki suların, deniz yatağının ve bunun toprak altının canlı ve canlı olmayan doğal kaynaklarını araştırma ve işletme, muhafaza ve idare etme amacıyla ve sudan, akıntılardan ve rüzgardan enerji elde edilmesi gibi bölgenin ekonomik yönden işletilmesi ve araştırılmasına ilişkin diğer faaliyetler

ettirip, gemi üzerindeki el koymanın sona erdirilmesine ve geminin malikine iadesine hükmetmiştir. Bu karar Palma de Mallorca Mahkemesine icra edilmek üzere gönderilmiştir. Karar 2005'te kesinleşmiştir. Bkz. *The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy)*, ITLOS, Judgment of 04.11.2016, p. 41-48; *The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy)*, ITLOS, Judgment of 10.04.2019, p. 69-86.

⁷⁴ *The M/V "Norstar" Case*, Judgment of 10.04.2019, p. 219.

⁷⁵ *The M/V "Norstar" Case*, Judgment of 10.04.2019, p. 225-226, 469.

hususunda egemen haklara; b) bu Sözleşmenin ilgili hükümleriyle sağlanmış bulunan, i) suni adaların, tesislerin ve yapıların kurulması ve kullanılması, ii) denizin bilimsel yönden araştırılması, iii) deniz çevresinin muhafazası ve korunması, hususlarında yetkiye; c) bu Sözleşmeyle sağlanmış bulunan diğer hak ve görevlere, sahiptir. 2 Kıyı devleti, bu Sözleşmeyle düzenlenen MEB'deki haklarını kullanırken ve görevlerini yerine getirirken diğer devletlerin hak ve görevlerine gereği gibi saygı gösterecek ve bu Sözleşmenin hükümleriyle bağdaşan bir tarzda hareket edecektir."

Bu madde, MEB'de kıyı devleti hak, yetki ve görevlerinin genel kapsamını belirlemektedir. Buradaki hak, yetki ve görevlerin içeriği ve icrasına ilişkin ayrıntılı ve özel hükümler, 5. Bölümün diğer maddelerinde, (deniz yatağı ve toprak altına dair hakların kullanımı bakımından, m. 56/3'teki gönderme sebebiyle) kıta sahanlığına ilişkin 6. Bölümde, deniz çevresinin korunması ve muhafazasına ilişkin 12. Bölümde ve denizin bilimsel yönden araştırılmasına ilişkin 13. Bölümde yer almaktadır.⁷⁶

Sözleşme m. 56/1(a)'ya göre kıyı devleti MEB'deki doğal kaynakların araştırılması, elde edilip kullanılması, muhafazası ve idaresi amacıyla egemen haklara (*sovereign rights*) sahiptir.⁷⁷

⁷⁶ Nordquist et al., *Commentary*, 505, 515.

⁷⁷ Uluslararası Hukuk Komisyonu 1956'da tamamladığı Deniz Hukuku Sözleşmesi Taslağının 68. maddesi kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerinde onun doğal kaynaklarını araştırmak ve işletmek amacıyla egemen haklar kullanacağını düzenlemiş ve bu hüküm neredeyse aynı şekilde 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesinin (Bkz. UNTS, 1964, Cilt 499, 311ff.) 2. maddesinde yer almıştır. Taslağın Şerhinde, kıta sahanlığında kıyı devletinin egemenliği yerine egemen haklarının tanındığını vurgulayan Komisyon, bu hakların ilgili alandaki doğal kaynakların araştırılması ve işletilmesi için gereken ve bununla bağlantılı bütün hakları kapsadığını ve ayrıca hukuk ihlallerinin önlenmesi ve cezalandırılması için gerekli yetkileri de içerdiğini belirtmiştir. ILC, "Articles concerning the Law of the Sea with Commentaries," *Yearbook of the ILC* (1956/2), 297. Bu açıklamanın,

Bu maddeyle kıyı devletine MEB'deki kaynaklar bakımından verilen egemen haklar, ülkesel veya tam egemenlik kurmaz, maddede belirtilen amaçlarla (*for the purpose of...*) sınırlı (işlevsel) hak ve yetkiler sağlar.⁷⁸ Bir başka deyişle -kıta sahanlığı üzerinde de geçerli- egemen haklar, ülkesel egemenliğe göre konu bakımından (*ratione materiae*) sınırlı haklardır.⁷⁹ İçerik bakımındansa bu haklar, ilgili konularda kıyı devletine hem düzenleme hem de icra yetkileri sağlamaktadır.⁸⁰ Sözleşmenin 73. maddesinde de, kıyı devletinin MEB'deki (sadece) canlı

kıyı devletinin MEB'deki egemen haklarının işlevini de izah ettiği değerlendirilebilir. Nordquist et al., *Commentary*, 542; Anderson, "Coastal State Jurisdiction," 107.

⁷⁸ Gavouneli, *Functional Jurisdiction*, 64, 68-69; Beckman ve Davenport, "EEZ," 7; Proelss, "Law on the Exclusive," 93-94; Jakobsen, *Marine Protected Areas*, 41; Proelss, "Article 56," 424-425; Quince, *Exclusive*, 36. Yine de, UAD'nin -kıyı devletinin, üzerinde onu araştırmak ve kaynaklarını işletmek amacıyla egemen haklara sahip olduğu- kıta sahanlığıyla ilgili değerlendirmesi göz önünde bulundurulduğunda, bunlar ülkeye bağlı (bir bakıma ülkesel nitelikte) haklar olarak da anlaşılabilir. *Ege Denizi Kıta Sahanelığı Davasında Yunanistan*, 1928 tarihli Cenevre Hakemlik Genel Sözleşmesine (Bkz. LNTS, 1929-1930, Cilt 93, 343; RG, 10.05.1934, S. 2697.) koyduğu ve kendi ülkesel statüsüyle ilgili uyuşmazlıkların Divanın (USAD) yargı yetkisi dışında olduğunu bildiren çekincesinin mevcut uyuşmazlığı kapsamadığını öne sürmüştür. UAD ise, uyuşmazlığın Türkiye ve Yunanistan'ın uluslararası hukuk gereğince üzerinde egemen haklar kullanmaya yetkili olduğu kıta sahanlığı alanlarının sınırlandırılmasıyla ilgili olduğunu; komşu devletler arasında sınır tespit etmenin, her birinin egemen yetki ve haklarının nereye kadar uzadığını kesin ve kalıcı çizgilerle göstermek anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu çerçevede Divan, uyuşmazlığı söz konusu çekince kapsamında Yunanistan'ın ülkesel statüsüyle ilgili bir uyuşmazlık olarak değerlendirip, Türkiye'nin de mütakabiliyet esası gereğince bu çekinceye başvurma hakkı bulunduğunu belirtmiştir. *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, ICJ, Judgment of 19.12.1978, p. 81, 85, 90.

⁷⁹ Tanaka, *Law of the Sea*, 9-10, 153-154.

⁸⁰ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 211, 213; Proelss, "Article 56," 425; Tanaka, *Law of the Sea*, 10, 153-154, 182.

kaynaklarla ilgili düzenleme yetkisine gönderme yapılıp birtakım icraî yetkileri belirtilmekte ve bunların kullanılması şartlara ve sınırlara tâbi tutulmaktadır.⁸¹ Bu maddenin 1. fıkrasına göre,

“Kıyı devleti, MEB’deki canlı kaynakları araştırma, işletme, muhafaza ve idare etme ile ilgili egemen haklarının kullanımı kapsamında, bu Sözleşmeye uygun şekilde kabul ettiği kanun ve düzenlemelere riayeti sağlamak için yanaşma, denetleme, tutuklama ve yargılama da dâhil olmak üzere gerekli olabilecek önlemleri alabilir.”

Maddenin diğer fıkralarında da, tutuklanan gemiler ve onların mürettebatının makul bir teminat veya diğer bir

⁸¹ Nordquist et al., *Commentary*, 786; Nelson, “Exclusive,” 72; James Harrison, “Article 73,” iç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, ed. Alexander Proelss (Nomos, 2017), 557-558. Her ne kadar m. 73/1 salt canlı kaynaklar üzerindeki egemen hakların uygulanması hususunda kıyı devletine yetkiler sağlasa da, kıyı devleti, en başta m. 56/1(a) gereğince, MEB’deki (genellikle deniz tabanında ve toprak altında yer alan) canlı olmayan kaynaklar üzerindeki egemen hakları bakımından da icraî yetkilere sahiptir. Ayrıca, yukarıda belirttiğimiz üzere m. 56/3, deniz yatağı ve toprak altı ile ilgili olarak bu maddede belirtilen hakların - kıta sahanlığını düzenleyen- 6. Bölüme uygun şekilde kullanılacağını öngörmektedir. Bu noktada *Tanaka*’nın şu tespiti önem taşımaktadır: Kıta sahanlığı bakımından m. 73/1 benzeri bir hüküm bulunmamakla birlikte, kıta sahanlığı üzerindeki egemen haklarının (m. 77’nin) kıyı devletine, onun (canlı/cansız) doğal kaynaklarını araştırma ve işletme hususunda düzenleme ve icra yetkileri verdiği kabul edilmelidir. Sıcak takip hakkının MEB’deki veya kıta sahanlığındaki ihlallere uygulanabileceğini gösteren m. 111/2 de bunu doğrulamaktadır. *Tanaka*, *Law of the Sea*, 172. Kıyı devletlerinin canlı olmayan kaynaklarla ilgili icraî yetkiler kullanma yönünde eğilimleri olmakla birlikte, bu yetkinin sınırları hakkında bazı tereddütler bulunduğu hakkında bkz. Andreone, “Exclusive,” 170. Kıyı devletinin MEB’deki canlı olmayan kaynaklar üzerindeki egemen haklarının ona uygulama yetkileri verip vermediği, *The M/T “San Padre Pio” Davasının* geçici tedbirler aşamasında da tartışma konusu olmuştur. *The M/T “San Padre Pio” Case*, Order of 06.07.2019, p. 87, 98-99.

güvencenin verilmesi üzerine derhal serbest bırakılacağı;⁸² balıkçılığa ilişkin düzenlemelerin MEB’de ihlali hâlinde, ilgili devletlerce aksini öngören bir andlaşma yoksa, hapis cezası veya bedenî bir başka ceza verilemeyeceği; geminin tutuklanması veya alıkoyulması durumunda bayrak devletinin alınan önlem ve sonradan uygulanan cezalardan derhal haberdar edileceği öngörülmektedir.

Bunların yanında, m. 56/1(b)’de belirli faaliyetler veya amaçlarla ilgili olarak, yeri geldikçe (çevrenin korunması hususundaki yetki ayrı bir başlık altında) açıklanacağı üzere, kıyı devletine yetki de (*jurisdiction*) tanınmaktadır. Bu yetkinin yukarıdaki egemen haklardan nitelik farkı bulunup bulunmadığı tartışmalı olsa da, her birinin -ilgili hükümler çerçevesinde- belirli konularda kıyı devletine birtakım hak ve yetkiler sağladığı ve aslında 5. Bölümde kullanılan terimlerde tam bir tutarlılık bulunmadığı belirtilmelidir.⁸³ Madde 56’nın 2. fıkrasında da kıyı devletinin diğer devletlerin hak ve görevlerine gereği gibi saygı gösterme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu husus, aşağıda, diğer devletler için benzer bir yükümlülük öngören m. 58/3’le birlikte incelenecektir.

2. Doğal Kaynaklar Üzerinde Egemen Haklar ve Belirli Hususlarda Yetkiler

Kıyı devletinin MEB’deki egemen hakları belirli işlevlerle sınırlı olduğu için, bu hakların kullanımı, ilgili faaliyet ile m. 56/1(a)’da belirtilen konular arasında doğrudan bir bağlantı

⁸² Bu hükme, UDHM nezdinde m. 292 uyarınca işletilen derhal serbest bırakma usulü çerçevesinde birçok kez başvurulmuştur.

⁸³ Bkz. Gavouneli, *Functional Jurisdiction*, 65, 68-69; Proelss, “Law on the Exclusive,” 100-103; Jakobsen, *Marine Protected Areas*, 43-44; Proelss, “Article 56,” 429.

olmasını gerektirir.⁸⁴ Kimilerine göre, MEB’de yakıt ikmal faaliyetlerinin kıyı devletinin bölgedeki canlı kaynaklarla ilgili egemen hakları kapsamına girip girmediği sorusuna olumlu cevap vermek zordur. Zira yakıt tankeri bir balıkçı gemisi olmayıp, kıyı ötesi destek gemisidir;⁸⁵ denizde yakıt ikmal, balıkçı gemilerine ekonomik avantaj sağlasa da, böyle bir takviye limandan da alınabileceği için, onların işleyişleri açısından vazgeçilmez değildir.⁸⁶ Bu görüşlerin sahibi *Lagoni*, yine de, m. 62/4’ün kıyı devletine MEB’de balıkçılık yapacak diğer devlet vatandaşları için bağlayıcı düzenlemeler yapma hususunda geniş bir yetki verdiğini ve yakıt ikmalinin balıkçı gemilerinin

⁸⁴ Proelss, “Article 56,” 425-426.

⁸⁵ Yakıt tankerlerinin bu şekilde nitelendirilmesi için ayrıca bkz. *The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS, Dissenting Opinion of Judge Anderson of 04.12.1997, p. 6.

⁸⁶ *Lagoni*, “Offshore Bunkering,” 617-618. *Lagoni*’nin ayrıca belirttiği üzere, Sözleşme m. 56/1(a) uyarınca, kıyı devleti MEB’deki balıkçılığa ilişkin hak ve yetkileri yanında, sudan, akıntılardan ve rüzgardan enerji elde edilmesi gibi bölgenin ekonomik yönden araştırılması ve işletilmesiyle ilgili diğer faaliyetler bakımından da egemen haklara sahiptir. MEB’de yakıt ikmal faaliyetleri ise, bir işletmenin bölgedeki ticarî faaliyetlerinden olmakla birlikte, bölgenin ekonomik yönden işletilmesi değildir. Sonuç olarak, MEB’de balıkçı gemilerine yakıt ikmal, kıyı devletinin ne bölgedeki canlı kaynaklar üzerindeki ne de bölgenin ekonomik yönden araştırılması ve işletilmesi hususundaki egemen hakları kapsamına girer. *Lagoni*, “Offshore Bunkering,” 619. Geçmişte, *Yargıç Wolfrum* ve *Yamamoto* da, kıyı devletinin MEB’de balıkçılığa ilişkin hangi hususları düzenleyebileceğini gösteren m. 62/4’teki listenin tahdidî olmadığını kabul etmekle birlikte, ticarî gemilerin seyrüsefer serbestliğiyle bağlantılı faaliyetlerinin -sırf onların balıkçı gemilerine hizmet ettikleri gerekçesiyle- kıyı devletinin yetkisine girdiğinin öne sürülemeyeceğini ima etmişlerdir. *The M/V “Saiga” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS, Dissenting Opinion of Vice-President Wolfrum and Judge Yamamoto of 04.12.1997, p. 22. *The M/V “Virginia G” Davasında* kıyı devletinin balık avlayan gemilere yakıt ikmalini düzenleyebileceği oy birliğiyle kabul edildiği için, bu Davada da yer alan *Yargıç Wolfrum*’un önceki görüşünü değiştirdiği/netleştirdiği belirtilebilir.

avlanma verimliliğini arttırdığını dikkate alıp, kıyı devletinin balıkçılığa yardımcı bu faaliyetleri düzenleyebileceğini; böyle bir düzenlemenin, bölgede balıkçılık yapan gemilere uygulanabileceğini, yabancı yakıt tankerleri için bağlayıcılığıninsa tartışmaya açık olduğunu belirtilmektedir.⁸⁷

UDHM'nin *The M/V "Virginia G" Davası*ndaki değerlendirmesi ise, yukarıda da belirtildiği gibi, daha farklıdır. Burada kıyı devletinin, m. 56 ve 62/4 hükümlerinin MEB'deki canlı kaynakların muhafaza ve idare edilmesi amacıyla kendisine sağladığı hak ve yetkiler çerçevesinde bölgede balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt ikmal yapılmasını düzenleyebileceği,⁸⁸ bu düzenleme yetkisinin kıyı devletinin bölgede bulunan doğal kaynaklar üzerindeki (işlevsel) egemen haklarından kaynaklandığı belirtilmiştir.⁸⁹ Bu sonuca varırken Mahkeme, kıyı devletinin balıkçılık faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerinin hangi hususlarla ilgili olabileceğini gösteren m. 62/4'teki listeyi göz önünde bulundurarak, kıyı devletinin balıkçılıkla doğrudan bağlantılı faaliyetleri düzenleyebileceğine; MEB'de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt verilmesinin onların avlanma faaliyetlerine kesintisiz bir şekilde devam

⁸⁷ Lagoni, "Offshore Bunkering," 618. Yazara göre, kıyı devleti balıkçı gemilerine MEB'de girişecekleri avlanma faaliyetleri için m. 62/4(a) uyarınca ruhsat verirince onların ülkesindeki bir limana uğramasını şart koşabilir ve ruhsatlara kıyı ötesi yakıt alımı hususunda düzenlemeler ekleyebilir. Yine, kıyı devletinin tankerlerin MEB'de faaliyette bulunmasını ruhsata bağlayabileceği ve bu çözüme yakıt tedarik işletmelerinin itiraz etmeyeceği düşünülebilir. Bunların dışında kıyı devletleri ile bayrak devletleri farklı menfaatleri dikkate alan bir başka çözüm de üretebilir. Lagoni, "Offshore Bunkering," 626-627. Kıyı devletinin MEB'de avlanma faaliyetinde bulunan gemilere verdiği lisanslara yakıt alımıyla ilgili şartlar ekleyebileceği hakkında ayrıca bkz. Anderson, "Coastal State Jurisdiction," 112.

⁸⁸ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 217.

⁸⁹ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 222.

etmesine imkân sağlaması sebebiyle de böyle bir bağlantının bulunduğu dikkat çekmiştir.⁹⁰ Ayrıca, Sözleşmenin kabulünden sonra bazı devletlerin bu konuda düzenlemeler yaptığı, bunlara genellikle itiraz edilmeden uyulduğu ve çeşitli andlaşmalarda yakıt ikmalinin “balıkçılıkla ilgili (destekleyici) faaliyetler”den sayıldığı da dikkate alınmıştır.⁹¹

⁹⁰ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 215. Böylece Mahkeme, balıkçılık yapan gemilere yönelik yakıt ikmal faaliyetlerinin düzenlenmesini bölgedeki canlı kaynakların korunması kapsamında görmüştür. Peiris, “Bunkering,” 437-438. Bir başka deyişle, kıyı devletinin MEB’de balıkçılığı düzenleme yetkisinin, balıkçılık yapan gemilere yakıt ikmalini düzenleyebilmeyi de içerdiği sonucuna varılmıştır. Harrison, “Article 73,” 558, 560.

⁹¹ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 216-219. Peiris’e göre, söz konusu andlaşmalardaki balıkçılıkla ilgili faaliyetlere ilişkin tanımların, ancak bütün alakalı devletlerin o andlaşmalara taraf olması durumunda uygulanabileceği Mahkeme tarafından göz ardı edilmiştir. Peiris, “Bunkering,” 435. Yine, kararda gönderme yapılan andlaşmaların ve devlet uygulamalarının, Sözleşmenin taraflarından sadece bir kısmıyla ilgili olması sebebiyle, 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi m. 31/3(a) ve 31/3(b)’de belirtilen -tarafların andlaşmanın yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili mutabakatını yansıtan- sonraki bir anlaşma veya uygulama sayılamayacağı hakkında bkz. Churchill, “Revealing a Mosaic,” 68. Kanımızca Mahkemenin BMDHS çerçevesinde vardığı sonucu devlet uygulamalarına ve başka andlaşmalardaki tanımlara atıfla güçlendirmesi yanlış bir yöntem değildir. Viyana Sözleşmesi m. 31/3 sonraki bir andlaşmanın, sonraki uygulamanın veya ilgili herhangi bir uluslararası hukuk kuralının ancak belirli şartları taşınması hâlinde bir andlaşmanın yorumlanmasında dikkate alınacağını belirtmekle birlikte, bir kararın -genel yorum kurallarının uygulanmasından doğan- ana gerekçesini teyit etmek veya kuvvetlendirmek için bahsi geçen unsurların da göz önünde bulundurulması her zaman mümkündür. Nitekim Viyana Sözleşmesi m. 32 de, diğerleri yanında, genel yorum kurallarını düzenleyen m. 31’in uygulanmasından doğan manayı teyit etmek için tamamlayıcı yorum araçlarına (*supplementary means of interpretation*) başvurulabileceğini öngörmektedir.

Böylece Mahkeme, kıyı devletinin -56. ve 62. maddelerde öngörülen canlı kaynakları muhafaza ve idare etme yetkisi çerçevesinde- sadece balıkçı gemilerine yönelik düzenlemeler yapma yetkisine sahip olmadığını, aynı zamanda yakıt ikmal gemilerinin MEB’de avlanma faaliyetinde bulunan gemilere yakıt sağlayabilmesini kendisinden izin alınmasına bağlı tutabileceğini ve bu yetkilendirme sürecindeki maliyetleri karşılamak için bir ücret talep edebileceğini doğrulamıştır.⁹² Kıyı devletlerinin ilgili düzenlemelerinin bu yakıt ikmal gemileri için yükümlülükler doğurmasının yanında, onların bayrak devletlerinin de bahsedilen düzenlemelere uyulmasını sağlayacak önlemler alması gerektiği belirtilebilir.⁹³

Öte yandan, kıyı devletinin MEB’de balıkçılık yapan gemilere yakıt sağlanmasına ilişkin düzenleme yetkisinin -canlı kaynaklar üzerindeki egemen haklara referansla- sınırsız olduğu öne sürülemez.⁹⁴ UDHM de, bu konudaki düzenlemelerin içeriğinin Sözleşmeye uygunluğunu değerlendirirken, ilgili

⁹² Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 372.

⁹³ UDHM’nin bir danışma görüşündeki (kıyı devletinin balıkçılık faaliyetlerine ilişkin yetkilerinin diğer devletlere yüklediği yükümlülükler hakkındaki) tespitleri, *The M/V “Virginia G” Davasında* balıkçılıkla ilgili faaliyetlerden sayılan yakıt ikmal faaliyetleri için bu sonucun çıkarılmasını desteklemektedir. Bu görüşte Mahkemenin belirttiği üzere, bir devletin münhasır ekonomik bölgesinde avlanan yabancı uyruklu kişilerin kıyı devletinin düzenlemelerinde yer alan muhafaza tedbirlerine ve diğer şartlara uyacaklarını öngören m. 62/4 hükmü, devletlere (de) uyruklarının bu koruma önlemlerine ve şartlara uymalarını sağlama yükümlülüğü yükler. Sözleşmenin m. 58/3, 62/4 ve 192 hükümlerinden, bayrak devletlerinin, uyruklarının ve bayrağını taşıyan gemilerin yasa dışı, kayıt dışı ve düzenlenmemiş balıkçılık faaliyetlerine girişmemelerini sağlayacak önlemler almakla yükümlü olduğu sonucu çıkmaktadır. *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, ITLOS, Advisory Opinion of 02.04.2015, p. 123-124.

⁹⁴ Anderson, *Modern Law of the Sea*, 226; Anderson, “Coastal State Jurisdiction,” 113, 115; Proelss, “Article 56,” 425-426.

faaliyetlerin yeterince açık bir şekilde tanımlanması, izin prosedürünün aşırı bir külfet getirmemesi ve izin için talep edilebilecek (makul) ücretin malî menfaatleri koruma (vergilendirme) amacı taşımaması gerektiğine işaret etmiştir.⁹⁵ Bu son konuyla ilgili de, malî menfaatleri korumaya yönelik gümrük düzenlemelerinin prensip olarak (yapay ada, tesis ve yapılar haricinde) MEB'e teşmil edilemeyeceği, böyle bir düzenlemenin uygulanmasının m. 56 ve 58'e aykırı olacağı belirtilmiştir.⁹⁶

Kıyı devletinin balıkçılık yapan gemilere yakıt sağlanmasına ilişkin yetkileri hakkında bu tespitlerle birlikte Mahkeme, diğer yakıt ikmal faaliyetleri bakımından böyle bir yetkinin bulunup bulunmadığını açıklığa kavuşturmamıştır.⁹⁷ Bu noktada kimi yargıç ve yazarların savunduğu üzere, MEB'deki yakıt ikmal faaliyetlerinin kıyı devletinin egemen hakları veya yetkisi kapsamına girip girmediği hususunda her durumda geçerli bir kural (*one-rule-fits-all*) yoktur. Esasen böyle bir kuralın varlığı uygulamada kolaylık sağlayacak olsa da, konunun yakıt ikmalinin hizmet sunulan gemininkine yardımcı bir faaliyet olduğu ve birtakım ayrımlar dikkate alınarak incelenmesi gerekir. Bir başka deyişle, MEB'de yakıt ikmali, toptan ve standart bir yaklaşım yerine, vaka bazında (*case-by-case*), işin hangi şartlar çerçevesinde gerçekleştirildiği ve özellikle de yakıt sağlanan geminin o anki faaliyeti göz önünde bulundurularak değerlendirmelidir. Özetle, bu faaliyetlerin hukukî durumu,

⁹⁵ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 225-236. Yine, m. 62/5'teki benzer düzenleme dikkate alındığında, kıyı devletinin -yakıt ikmal işletmelerinin ilgili usullere uymasına fırsat verecek şekilde- bu konudaki düzenlemelerini duyurması da gerekir. Anderson, *Modern Law of the Sea*, 227.

⁹⁶ *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 127, 130-131, 136; *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 232-233.

⁹⁷ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 223.

genel ve soyut bir şekilde karara bağlanamaz, her bir olayın şartlarına göre değişebilir; kimi durumlarda m. 56'daki kimi durumlarda ise m. 58'deki hak ve yetkiler uygulama bulabilir.⁹⁸ *Testa*'nın yine bu bağlamda dikkat çektiği üzere, Sözleşme hükümleri, birtakım belirsizlikler ve yoruma açık noktalar içerse de, yakıt ikmal faaliyetleri bakımından -ikmal yapılan geminin faaliyetine göre- kıyı devletini ya da bayrak devletini yetkili kılmaktadır.⁹⁹

Bu bağlamda genel olarak belirtilmelidir ki, yakıt ikmali, yakıt verilen geminin kıyı devletinin egemen hakları veya yetkisine giren faaliyetlerine (mesela avlanmaya) hizmet ediyorsa buna ilişkin kurallar (özellikle m. 56, 62, 73); böyle bir geminin MEB'de diğer devletlerin sahip olduğu serbestlikleri kullanmasına (mesela seyrüsefere) hizmet ediyorsa buna ilişkin kurallar (özellikle m. 58) uygulama bulacaktır.¹⁰⁰ Farklı tarafların

⁹⁸ Bkz. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Separate Opinion of Judge Anderson of 01.07.1999, 137-138; Anderson, "Coastal State Jurisdiction," 112-115; Proelss, "Article 56," 426; Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 375-380; Yiouli Stylianidou, "Bunkering in the EEZ: An Aspect of the High-Seas Freedom of Navigation?," *Mondaq*, 15.10.2020, <<https://www.mondaq.com/cyprus/marine-shiping/994936/bunkering-in-the-eez-an-aspect-of-the-high-seas-freedom-of-navigation>>.

⁹⁹ Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 379-380.

¹⁰⁰ Anderson, *Modern Law of the Sea*, 227; Anderson, "Coastal State Jurisdiction," 114; Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 375. Burada bir diğerini desteklemek için kullanılan bir geminin, bu faaliyeti açısından, o an için, hukukî durumunun değişmesi, bir başka deyişle desteklenen gemininkiyle aynı şekilde muamele görmesi söz konusudur. Hukukun diğer alanlarında da bunun örnekleri görülebilir. Anderson, *Modern Law of the Sea*, 226. 1994 tarihli Denizlerdeki Silahlı Çatışmalara Uygulanacak Uluslararası Hukuk Hakkında San Remo Rehberinin 60. maddesinde düşman tarafa bağlı ticarî gemilerin asker taşımak, savaş gemilerini ikmal etmek gibi düşmanın silahlı kuvvetlerine yardımcı faaliyetlere katılmasının onları askerî hedef hâline getirebileceği belirtilmektedir. Bkz. 18 Ekim 2021, <

hak ve yetkilerini gözeten bu ayırım çerçevesinde konuya bakıldığında, öncelikle, MEB’de avlanma faaliyetinde bulunan gemilere bölgede yakıt sağlanması hususunda kıyı devletinin düzenleme ve uygulama yetkilerinin kabul edildiği hatırlanmalıdır.¹⁰¹ İlgili karardaki tespitler kıyas yoluyla uygulandığında, MEB’de petrol arama ve işletmede kullanılan gemilere yönelik yakıt ikmalinin de kıyı devleti yetkisine tâbi olacağı belirtilmelidir. Zira bu durumda yakıt verilen (yardımcı olunan) geminin faaliyeti, kıyı devletinin m. 56/1(a) gereğince egemen haklara sahip olduğu faaliyetlerdendir. MEB’de bilimsel araştırmalar yapılması ise, kıyı devletinin m. 56/1(b-ii) uyarınca yetkili olduğu konulardandır. Bu yetkinin kullanılmasını ayrıntılı şekilde düzenleyen ve sadece belirli konularda sınırlandıran 246. madde de göz önünde bulundurulduğunda,¹⁰² kıyı devletinin bu tür araştırmaları yapmaya rıza gösterdiği gemilere yakıt sağlanmasını düzenlemek amacıyla makul

databases.icrc.org/ihl/INTRO/560>. Hava ve Füze Savaşına Uygulanacak Uluslararası Hukuk Hakkında HPCR Rehberi m. 50’de de belirli faaliyetlere katılan sivil hava araçları bakımından benzer bir hüküm yer alır. Bkz. 18 Ekim 2021, <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/8B2E79FC145BFB3D492576E00021ED34-HPCR-may2009.pdf>>.

¹⁰¹ *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 208-223, 249-271.

¹⁰² Bu maddenin ilk üç fıkrasına göre, kıyı devleti, yetkilerinin kullanılması kapsamında, MEB’de ve kıta sahanlığında denizin bilimsel yönden araştırılmasını Sözleşmenin ilgili hükümlerine uygun şekilde düzenleme, buna izin verme ve bunu yürütme hakkına sahiptir. Buralardaki bilimsel araştırmalar kıyı devletinin rızasıyla yapılacaktır. Kıyı devleti, normal şartlarda, diğer devletlerin veya yetkili uluslararası örgütlerin Sözleşmeye uygun şekilde, barışçı amaçlarla ve bütün insanlığın yararına deniz çevresine ilişkin bilimsel bilgiyi arttırmak için yürütebilecekleri bilimsel araştırma projelerine rıza gösterecektir. Bu amaçla, kıyı devleti bu rızanın verilmesinin gereksiz yere geciktirilmemesi veya reddedilmemesini sağlayacak kural ve usulleri tesis edecektir.

önlemler alabileceği değerlendirilmektedir.¹⁰³ Bunların yanında MEB'deki yapay ada, tesis veya yapılara yakıt sağlamak da, m. 56/1(b-i) uyarınca, kıyı devleti yetkisi altında icra edilebilecek işlerdendir.¹⁰⁴

Öte yandan, MEB'de salt seyir hâlindeki gemilere yakıt sağlanması, aşağıda açıklanacağı üzere, 58. maddenin lafzında birtakım belirsizlikler olsa da, orada öngörülen seyrüsefer serbestliğiyle yakından ilgili/bağlantılı denizin uluslararası hukuka uygun kullanımları kapsamında sayılmalıdır. Dahası, yakıt ikmali sırasında avlanma faaliyetinde bulunmayıp (veya ağ ya da trol gibi araçları çekmek amacıyla hareket etmeyip), MEB'den seyrüsefer serbestliği çerçevesinde geçiş yapan balıkçı gemilerine yakıt sağlanması da, ispatla ilgili sorunlar bir kenara konursa, bu kapsamda değerlendirilmelidir.¹⁰⁵ Yine, 58. madde gereğince bütün devletlerin MEB'de su altında kablo ve boru hatları döşeme serbestliği bulunduğu dikkate alınırca, bu işlerde kullanılan veya (bunların bakım ihtiyaçlarını karşılama gibi) ilgili faaliyetlerde bulunan gemilere yakıt verilmesi de, söz

¹⁰³ Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 376. Kıyı devletinin MEB'de denizin bilimsel yönden araştırılması hususunda düzenleme yetkisi ve onun sınırları hakkında bkz. Florian Wegelein, *Marine Scientific Research: The Operation and Status of Research Vessels and Other Platforms in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), 184-186.

¹⁰⁴ Lagoni, "Offshore Bunkering," 615.

¹⁰⁵ Bkz. *The M/V "Saiga" (No. 2)*, Separate Opinion of Judge Anderson of 01.07.1999, 137; Lagoni, "Offshore Bunkering," 615; Anderson, *Modern Law of the Sea*, 227; Anderson, "Coastal State Jurisdiction," 113-115; Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 376. Tehlike veya zaruret hâlindeki gemilere yardım sağlama amacı kapsamında yakıt ikmali yapılması da şüphesiz ki uluslararası hukuka uygundur. *The M/V "Saiga" (No. 2)*, Separate Opinion of Judge Anderson of 01.07.1999, 137-138; Lagoni, "Offshore Bunkering," 624.

konusu serbestlikle bağlantılı şekilde denizin uluslararası hukuka uygun bir kullanımı olarak nitelendirilmelidir.¹⁰⁶

3. Deniz Çevresini Koruma Yetkisi

Yukarıda aktarılan m. 56/1(b-iii), kıyı devletinin MEB'de deniz çevresinin korunması ve muhafazası için Sözleşmenin çeşitli hükümlerinin verdiği yetkileri haiz olduğunu bildirmektedir. *The M/V "Virginia G" Davasında* UDHM, kıyı devletinin MEB'deki belirli tip yakıt ikmal faaliyetleri bakımından ve bunlara dair birtakım konularda yetkili olduğunu teyit etmekle birlikte, bu faaliyetin hukukî durumunu deniz çevresini koruma amacı ve yetkisi çerçevesinde incelemekten kaçınmıştır.¹⁰⁷ Böylece, MEB'de (balıkçılık yapan gemilere ya da diğer gemilere) yakıt ikmalinin kıyı devleti tarafından deniz çevresini koruma yetkisi kapsamında -ilgili hükümlere dayanarak- düzenlenip düzenlenemeyeceği belirsiz bırakılmıştır.¹⁰⁸ *Yargıç Kelly ve Attard'a* göre, söz konusu faaliyetler, yakıt verilen geminin faaliyeti önemli olmaksızın MEB'de çevresel zararlara yol açabileceği için, genel olarak, kıyı devletinin m. 56/1(b-iii)'te düzenlenen ve 12. Bölümdeki m. 211/5, 220/3, 220/5 ve 220/6 hükümleriyle de teyit edilen yetkisi kapsamına girmektedir.¹⁰⁹ Aslında, bu faaliyetin hukukî durumunun yakıt sağlanan geminin faaliyetine göre değişebileceğini savunan kimi yazarlar dahi, çevresel konuları

¹⁰⁶ Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 376.

¹⁰⁷ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 224.

¹⁰⁸ Allen, "Law of the Sea Tribunal," 2-3; Limão, "Bunkering," 7-8; Peiris, "Bunkering," 435.

¹⁰⁹ *The M/V "Virginia G" Case (Panama/Guinea-Bissau)*, ITLOS, Joint Declaration of Judges Kelly and Attard of 14.04.2014.

dışarıda tuttuklarını belirterek,¹¹⁰ kıyı devletinin MEB'deki her tür yakıt ikmalinde birtakım yetkileri haiz olabileceğini ima etmişlerdir.

MEB'de yakıt ikmalinin oluşturduğu çevresel riskler açısından bakıldığında, iki geminin birbirine yaklaşmasını gerektiren bu faaliyetin, operasyonu yönetecek mürettebatın eğitilmiş olmaması ya da diğer önlemlerin alınmaması durumunda,¹¹¹ sızıntıya ve denizin kirlenmesine yol açabileceği belirtilmelidir.¹¹² Dahası, yakıt ikmalinin liman yerine fizikî şartların daha sert olduğu ve kirliliğe müdahale araçlarının daha uzak olduğu kıyı ötesinde gerçekleştirildiği durumlarda, kirlenme tehlikesinin ve kirlenmenin yol açacağı zararın daha fazla olacağı değerlendirilebilir.¹¹³

¹¹⁰ Anderson, "Coastal State Jurisdiction," 114-115; Stylianidou, "Bunkering in the EEZ."

¹¹¹ Devletlerin bu konuyla ilgili önlem alma yükümlülüğü kapsamında, diğerleri yanında, Sözleşme m. 194/3(b)'ye dikkat çekilmelidir. "Deniz çevresinin kirlenmesinin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi" başlıklı bu maddenin ilgili kısmında, gemilerden kaynaklanan kirliliği mümkün olan asgarî düzeye indirmek amacıyla alınacak önlemler arasında, kazaların önlenmesi için gerekli ve acil durumlara ilgili olan, denizdeki hareketlerin emniyetini sağlayan, kasıtlı veya kasıtsız boşaltmaları önleyen ve gemilerin tasarımı, inşâsı, teçhizatlandırılması, işletilmesi ve mürettebatla donatılmasını düzenleyen önlemler sayılmıştır.

¹¹² Lagoni, "Offshore Bunkering," 619.

¹¹³ Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 365. Kıyı ötesi yakıt ikmal faaliyetlerinin, küçük, orta veya büyük ölçekli sızmalara ve deniz çevresinin kirlenmesine sebep olduğunu gösteren istatistikler için bkz. 30 Eylül 2021, <https://www.itopf.org/fileadmin/uploads/itopf/data/Documents/Company_Lit/Oil_Spill_Stats_publication_2020.pdf>.

Bununla birlikte, kıyı devletinin bu konudaki yetkileri sınırlı görünmektedir.¹¹⁴ Kıyı devletinin MEB’de deniz çevresinin korunması ve muhafazasıyla ilgili yetkisinin kapsamı açısından m. 56/1(b-iii), Sözleşmenin ilgili hükümlerine gönderme yapmakla yetinmiştir. İlgili bulunan hükümler arasında özellikle m. 211/5, 220/3, 220/5 ve 220/6 sayılmalıdır. Bu hükümlerden ilki, kıyı devletinin düzenleme yetkisini genel olarak kabul edilmiş uluslararası kural ve standartlarla (ve onlara işlerlik sağlama amacıyla) sınırlandırmakta;¹¹⁵ diğer hükümler de, ancak belirli durumlarda ve sıkı koşullar altında kullanılabilecek uygulama yetkilerini düzenlemektedir.¹¹⁶ Bu çerçevede eklemek gerekir ki,

¹¹⁴ Lagoni, “Offshore Bunkering,” 619; Limão, “Bunkering,” 8; Jakobsen, *Marine Protected Areas*, 45-46, 60; Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 367.

¹¹⁵ “Gemilerden kaynaklanan kirlenme” başlıklı 211. maddenin 5. fıkrasına göre, kıyı devletleri, (12. Bölüm) 6. Kısımda öngörülen icra amacıyla, münhasır ekonomik bölgeleri bakımından, gemilerden kaynaklanan kirlenmenin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi için, yetkili uluslararası örgütler veya genel diplomatik konferanslar vasıtasıyla tesis edilen genel olarak kabul edilmiş uluslararası kural ve standartlara uyan ve onlara işlerlik sağlayan düzenlemeler kabul edebilir. Anlaşılacağı üzere, kıyı devletinin bu konudaki düzenlemeleri, gönderme yapılan uluslararası kurallara aykırı olmamalıdır. Burada zikredilen yetkili uluslararası örgütün de IMO olduğu kabul edilmektedir. Nelson, “Exclusive,” p. 33. Kıyı devletinin karasularıyla ilgili olarak bu konuları düzenleme yetkisinin kullanılması açısından ise m. 211/4 böyle bir şart öngörmemektedir. Öte yandan m. 211/6’ya göre, kıyı devleti, MEB’in belirli kısımlarında gemilerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi için ilgili uluslararası kural ve standartların ötesine geçen özel zorlayıcı önlemler alabilir. Ancak bunun uygulanabilmesi de, sıkı usulî ve maddî şartlara ve ayrıca yetkili uluslararası örgütün tasvibine bağlıdır. Yine, m. 234 gereğince, kıyı devleti, birtakım şartlara tâbi olarak, gemilerden kaynaklanan kirlenmeyi önlemek, azaltmak ve kontrol etmek amacıyla MEB sınırları içindeki buz kaplı alanlarla ilgili özel düzenlemeler yapıp, bunları uygulayabilir.

¹¹⁶ “Kıyı devletinin icrası” başlıklı 220. maddenin 3. fıkrasına göre, bir devletin münhasır ekonomik bölgesinde veya karasularında seyrüsefer eden bir

m. 211'in göndermede bulunduğu deniz çevresinin korunmasına ilişkin genel uluslararası kural ve standartlarda, görüldüğü kadarıyla, MEB'deki yakıt ikmal faaliyetleri açısından bir boşluk bulunmakta, bir başka deyişle kıyı devletine özel bir yetki verilmemektedir.¹¹⁷ Yine de belirli bir uyuşmazlıkta

geminin, MEB'deyken, gemilerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi amacıyla konulmuş uluslararası kural ve standartları veya o devletin bu gibi kural ve standartlara uygun olan ve onlara işlerlik kazandıran düzenlemelerini ihlal ettiğine inanmak için açık sebepler olduğu durumlarda, söz konusu devlet, gemiden, kimliği ve bağlama limanı, en son uğrama limanı ve bir sonraki uğrama limanı ve bir ihlalin vuku bulup bulmadığını tespit için gerekli olan diğer hususlar hakkında bilgi isteyebilir. Maddenin 5. fıkrasına göre, bir devletin münhasır ekonomik bölgesinde veya karasularında seyrüsefer eden bir geminin, MEB'deyken, deniz çevresinde önemli bir kirliliğe veya böyle bir tehlikeye yol açan çok miktarda atık boşaltmayla sonuçlanan ve 3. fıkrada zikredilen bir ihlal ika ettiğine inanmak için açık sebeplerin olduğu durumlarda, o devlet, gemi bilgi vermeyi reddederse veya geminin verdiği bilgi açıkça fiilî duruma uymazsa ve eğer olayın şartları bir fizikî incelemeyi haklı kılıyorsa, bu ihlalle ilgili olarak geminin fizikî yönden incelenmesine girişebilir. Maddenin 6. fıkrasına göre de, bir devletin münhasır ekonomik bölgesinde veya karasularında seyrüsefer eden bir geminin, MEB'deyken, kıyı devletinin kıyısına veya ilgili menfaatlerine veya karasularının veya münhasır ekonomik bölgesinin kaynaklarına esaslı bir zarar veren veya böyle bir zarar verme tehdidinde yol açan bir atık boşaltmayla sonuçlanan ve 3. fıkrada zikredilen bir ihlal ika ettiği konusunda açık objektif kanıtlar olduğu durumlarda, o devlet, (12. Bölüm) 7. Kısım hükümleri saklı kalmak üzere, kanıtların haklı kılması şartıyla, geminin alıkoyulması da dâhil olmak üzere kendi kanunlarına göre hukukî işlem yapabilir. Sözleşmenin 12. Bölümünün diğer hükümleri de hesaba katıldığında, deniz çevresinin yanında seyrüsefer serbestliğinin de gözetildiği, bir başka deyişle kıyı devletleri ile bayrak devletlerinin ihtiyaç ve menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı belirtilebilir. Nelson, "Exclusive," 37-39.

¹¹⁷ MARPOL'ün (Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme) ilgili sayılabilecek kısmında (Ek 1, 8. Bölüm), Sözleşmeye taraf devletlerden birinin karasularında veya münhasır ekonomik bölgesinde gemiden gemiye (tankerler arası) petrol transferi (*transfer of oil cargo between oil tankers at sea (STS operations)*) yapmayı

yetkili bir uluslararası yargı organının m. 56/1(b-iii)'ü - Sözleşmenin diğer ilgili hükümleri ve hatta çevresel riskleri dikkate alan devlet uygulamaları¹¹⁸ ile birlikte- daha geniş yorumlayıp, kıyı devletini bu konuda da yetkili görebileceği göz ardı edilmemelidir.¹¹⁹ Ayrıca, kıyı devletine MEB'de deniz çevresinin korunması hususunda yetki verilmesinin, onun bölgedeki kaynaklar üzerindeki haklarıyla da ilişkili olduğu hatırdta tutulmalıdır.¹²⁰

4. Uygulama Yetkileri

Kıyı devletinin m. 56/1(a) uyarınca sahip olduğu MEB'deki doğal (canlı ve canlı olmayan) kaynaklar üzerindeki egemen

planlayan ve bu Bölüme tâbi olan tankerlerin, faaliyetten en az 48 saat önce bu devlete bildirimde bulunacağı ve bu bildirim tankerin ismi, bayrağı, çağrı işareti, IMO numarası; planlanan faaliyetin yeri, tarihi, zamanı, takribî süresi, hareket hâlindeyken mi demirliyken mi yürütüleceği; aktarılacak petrolün türü ve miktarı gibi bilgileri içereceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte, kıyı devletinin gerekli olabilecek önlemleri almasına fırsat vermeyi hedefleyen işbu düzenleme dâhil bu Bölümdeki kuralların, yakıt ikmal faaliyetlerine uygulanmayacağı öngörülmüştür. İlgili kısım metni için bkz.

19

Ekim

2021,

<[https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/MEPCDocuments/MEPC.186\(59\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/MEPCDocuments/MEPC.186(59).pdf)>. Bu hükümlerin hazırlık sürecinde kimi devletler yakıt ikmal faaliyetlerinin - yüksek kirlilik tehlikesi arz ettiği gerekçesiyle- düzenlemelerin uygulama alanına dâhil edilmesini önermişse de, çoğunluğun tutumu farklı olmuştur. Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 370.

¹¹⁸ Mesela, Belçika, özellikle deniz çevresinin korunması amacı çerçevesinde, deniz alanlarında yakıt ikmal faaliyetleri yürütülmesini kendisinden izin alınmasına bağlı tutup, bununla ilgili ayrıntılı bir danışma süreci de öngörmektedir. Bkz. Anderson, *Modern Law of the Sea*, 219; Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 373, 377, 379.

¹¹⁹ Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 366, 370. Ayrıca bkz. Peiris, "Bunkering," 436.

¹²⁰ Leanza ve Caracciolo, "Exclusive," 191.

haklarının bu konuda düzenleme ve icra yetkileri sağladığını ve m. 73'ün de ona bölgedeki canlı kaynaklara ilişkin egemen hakları çerçevesinde ilgili düzenlemelerine uyulmasını temin etmek üzere önlemler alma yetkisi verdiğini belirtmiştik. Bu maddenin uygulanması bakımından kıyı devletinin MEB'deki canlı kaynaklarla ilgili egemen hakları kapsamında düzenleyebileceği faaliyetleri belirlemek önem taşır.¹²¹ UDHM, kıyı devletinin MEB'de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt ikmalini düzenleme yetkisinin yanında gerekli icraî önlemleri alabileceğini de teyit etmiştir.¹²² Mahkeme, olayda yaklaşma, denetleme ve tutuklamanın m. 73/1'e aykırı olmadığını tespit etmiştir.¹²³ Öte yandan, maddede gemiye el koyma biçiminde bir müdahale öngörülme de, bunun da duruma göre hukuka uygun olabileceği;¹²⁴ ancak mevcut olayda gemiye ve petrole el koyulmasının -özellikle gereklilik¹²⁵ ve makullük kriterlerini karşılamaması sebebiyle- m. 73/1'i ihlal ettiği belirtilmiştir.¹²⁶

Bütün bunlar ışığında belirtmek gerekir ki, kıyı devleti MEB'deki yakıt ikmal faaliyetleriyle ilgili düzenleme yetkisine sahip olduğu durumlarda, doğrudan m. 56/1(a)'da öngörülen (ve kıta sahanlığı bakımından da m. 77'deki) egemen hakları ve

¹²¹ Andreone, "Exclusive," 168-169.

¹²² *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 264.

¹²³ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 265.

¹²⁴ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 251, 257. Maddedeki "... take such measures, including ..." ifadeleri de, sayılan önlemlerin örnekleyici olduğunu göstermektedir.

¹²⁵ Hangi önlemlerin gerekli olacağı hususunda kıyı devletinin sınırsız olmamakla birlikte geniş bir takdir marjundan yararlandırılmasının lüzumu hakkında bkz. *The M/V "Virginia G" Case*, Joint Dissenting Opinion of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kataka, Gao and Bouguetaia of 14.04.2014, p. 50, 53; Harrison, "Safeguards," 221, 244; Harrison, "Article 73," 558.

¹²⁶ *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 266-271.

hâle göre m. 73/1'de düzenlenen canlı kaynaklarla ilgili egemen haklarını uygulama yetkisi çerçevesinde birtakım icra önlemlerine başvurabilecektir. Bu tür yetkiler kullanılırken, bunlara özgü spesifik yükümlülüklerin yanı sıra, Mahkemeye göre m. 56 veya 73'te açıkça belirtilmeyen bazı genel nitelikli ilkelere de uyulması gerekir.¹²⁷

¹²⁷ Bu çerçevede, öncelikle, yukarıda gösterilen makullük ilkesi belirtilmelidir. *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 270. Ayrıca, Mahkemeye göre, m. 73/1 uyarınca alınanlar dâhil icraî önlemlerin uygulanmasında genel uluslararası hukuk ilkelerine de uymak gerekir. Bununla birlikte, açık denizlerde ziyaret hakkı (m. 110) ve deniz çevresinin korunmasına ilişkin icraî yetkiler (m. 224) ancak belirli tipteki gemiler (savaş gemileri veya devlet hizmetinde oldukları açıkça işaretlenmiş ve teşhis edilebilen ve o amaçla yetkilendirilmiş diğer gemiler) tarafından kullanılabilir de, buna m. 73/1 çerçevesinde alınan önlemler bakımından bire bir uyulması zorunlu değildir. Öte yandan, kıyı devletinin diğer devletlerin haklarına saygı göstermesini öngören m. 56/2 dikkate alındığında, m. 73/1'deki önlemler uygulanırken, (m. 110/2'de de düzenlenen) mümkün olan bütün ihtimalla hareket etme ilkesinin gözetilmesi gerekir. *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 342-349. Bunların yanında, deniz çevresinin korunmasına ilişkin 12. Bölümde yer alan m. 225'in -Sözleşme çerçevesinde yabancı gemilere karşı alınacak bütün önlemlere uygulanabilir şekilde- formüle ettiği olumsuz sonuçlardan kaçınma (mesela, seyrüsefer emniyetini tehlikeye düşürmeme) yükümlülüğü, m. 73 uyarınca alınan önlemler için de geçerlidir. *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 364, 373. Ayrıca, Sözleşme gemilere müdahalelerde kuvvet kullanımına ilişkin açık ve özel bir hüküm içermemekle birlikte, "Uygulanacak hukuk" başlıklı m. 293'ün gönderme yaptığı diğer uluslararası hukuk kuralları, kuvvete başvurulmasından mümkün mertebe kaçınılmasını, bunun kaçınılmaz olduğu durumlardaysa mevcut koşullar çerçevesinde makul ve gerekli olanın ötesine geçilmemesini gerektirir. Denizlerdeki müdahalelerde insanlık düşünceleri de (*considerations of humanity*) gözetilmelidir. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 155-156; *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 359-360.

B. DİĞER DEVLETLERİN HAK VE SERBESTLİKLERİ

1. Genel Olarak

Sözleşmenin 58. maddesi, kıyı devleti dışındaki devletlerin MEB'deki hak ve yükümlülüklerini düzenleyip, bölgeye uygulanabilir diğer Sözleşme hükümleri ile uluslararası hukukun öteki ilgili kurallarına gönderme yapmaktadır. Buna göre,¹²⁸

“1. Denize kıyısı olsun veya olmasın bütün devletler, MEB’de, bu Sözleşmenin ilgili hükümlerine tâbi olarak, 87. maddede bahsedilen seyrüsefer, uçma ve su altı kabloları ve boru hatları döşeme serbestliklerinden ve bu serbestliklerle -gemilerin, uçakların ve su altı kablolarının ve boru hatlarının işletilmesiyle ilgili olanlar gibi- bağlantılı olan ve bu Sözleşmenin öteki hükümlerine uygun olan denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımlarından istifade ederler. 2. 88 ila 115. maddeler ve uluslararası hukukun diğer ilgili kuralları, bu Bölümle çatışmadığı ölçüde MEB’e uygulanır. 3. Devletler, bu Sözleşme ile düzenlenen MEB’deki haklarını kullanırken ve görevlerini yerine getirirken kıyı devletinin hak ve görevlerine gereği gibi saygı gösterecek ve kıyı devletinin bu Sözleşme hükümlerine ve diğer uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde kabul ettiği kanun ve düzenlemelerine bu Bölümle çatışmadıkları ölçüde riayet edecektir.”

¹²⁸ Maddenin 1. fıkrasının İngilizce metni şöyledir: “In the exclusive economic zone, all States, whether coastal or land-locked, enjoy, subject to the relevant provisions of this Convention, the freedoms referred to in article 87 of navigation and overflight and of the laying of submarine cables and pipelines, and other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms, such as those associated with the operation of ships, aircraft and submarine cables and pipelines, and compatible with the other provisions of this Convention.”

58. madde m. 56'yla birlikte MEB rejiminin özünü oluşturur.¹²⁹ Kıyı devletinin haklarını kullanırken diğer devletlerin haklarına saygı göstereceğini öngören m. 56/2'yi de tamamlayan bu madde,¹³⁰ ağırlıklı olarak, gelişmekte olan kıyı devletlerinin taleplerinden kurtarılan açık deniz serbestliklerini düzenlemektedir. Bununla birlikte, denizci devletlerin MEB'i - üzerinde kıyı devletinin sadece açıkça belirlenmiş yetkileri bulunan- bir açık deniz alanı olarak tanımlama isteği kabul görmemiştir. Sözleşmenin -diğerleri yanında- 58. maddesinin bütün fıkraları dikkate alındığında, MEB'de diğer devletlerin serbestliklerinin mümkün merteye spesifik olarak belirlendiği ve kıyı devletinin belirli hakları dışında tamamen açık denizler rejiminin uygulanacağını savunmanın uygun olmadığı görülmektedir.¹³¹ Bu bağlamda, diğer devletlerin MEB'deki hak ve yükümlülüklerini bölgenin kendine özgü rejimi çerçevesinde ayrı ayrı açıklamak gerekir.

i) Madde 58/1'in ilk kısmından görüleceği üzere, MEB'de diğer devletlere açık denizlerdeki serbestliklerin bazıları (mesela balıkçılık, yapay ada ve tesisler kurma, bilimsel araştırma serbestlikleri) verilmediği gibi; onlara tanınanlar da, *Sözleşmenin ilgili hükümlerine tâbi olarak* ifadesi uyarınca, açık denizlerdeki muadillerine göre daha sınırlıdır.¹³² MEB'de diğer devletler ve

¹²⁹ Nordquist et al., *Commentary*, 556.

¹³⁰ Proelss, "Article 58," 445.

¹³¹ Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 136-137, 140; Gavouneli, *Functional Jurisdiction*, 65-66. UDHM de, yukarıda gösterildiği üzere, kıyı devletine açıkça verilmeyen hakların diğer devletlere veya diğer devletlere özel olarak verilmeyen hakların kıyı devletine ait olduğu sonucuna otomatik olarak varılmayacağını kabul eder görünmektedir. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 137.

¹³² Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 141, 143; Rothwell ve Stephens, *Law of the Sea*, 93; Proelss, "Law on the Exclusive," 96; Andreone, "Exclusive," 177; *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic*

türü veya sınıfı önemli olmaksızın onlara bağlı gemiler seyrüsefer serbestliğinden yararlanır; ancak bu, açık denizlerdeki gibi tam bir serbestlik¹³³ olmayıp, özellikle kıyı devletinin egemen hakları ve yetkisiyle sınırlıdır.¹³⁴

Açıkça belirtmek gerekirse, MEB’de diğer devletlerin m. 58’le düzenlenen seyrüsefer serbestliği, m. 87’de öngörülen seyrüsefer serbestliğiyle prensipte aynıdır. Bununla beraber, bu serbestlik, m. 56, 62, 73 gibi “ilgili hükümler” gereğince MEB’de kıyı devletinin egemen hakları, yetkileri ve ilgili önlemlerine tâbi iken; ötedeki deniz alanında bunlarla sınırlı değildir. MEB’de bir balıkçı gemisi salt seyrüseferi sebebiyle kıyı devleti yetkisine tâbi değilse de, kıyı devletinin geminin avlanmada bulunup bulunmadığını -ilgili egemen hakları çerçevesinde- makul bir şekilde kontrol etme yetkisi kabul edilir.¹³⁵ Kimi devletler

of China), Arbitral Tribunal, Award of 12.07.2016, p. 241, 700; Jakobsen, *Marine Protected Areas*, 37; Proelss, “Article 56,” 433; Proelss, “Article 58,” 449; Frank-Luke Matthew Attard Camilleri, *The Application of the High Seas Regime in the Exclusive Economic Zone* (Hamilton Books, 2018), 1, 5; Tanaka, *Law of the Sea*, 159.

¹³³ Açık denizlerde seyrüsefer serbestliği dahi esasen tam olmayıp, birtakım sınırlara tâbi olmak zorundadır. Mesela, m. 87/2’de belirtildiği üzere, bu serbestlikler, diğer devletlerin açık denizlerin serbestliğini kullanmadaki menfaatlerine gereken saygı gösterilerek kullanılacaktır.

¹³⁴ Moritaka Hayashi, “Military and Intelligence Gathering Activities in the EEZ: Definition of Key Terms,” *Marine Policy* 29 (2005): 127; Yang, *Jurisdiction of the Coastal State*, 40; Lagoni, “Offshore Bunkering,” 620; Proelss, “Article 58,” 451; Quince, *Exclusive*, 88; Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 369-370.

¹³⁵ Bu çerçevede, kıyı devletinin uygulama yetkilerini kötüye kullanmaması, mesela gemide denetimde bulunmadan önce en azından ihlalin gerçekleştiğine yönelik bazı delillere sahip olması gerekir. Harrison, “Safeguards,” 221-222.

tarafından alındığı bilinen bu tür koruyucu önlemler, gemilerin geçişlerini etkileyebilecektir.¹³⁶

Yine, sadece balıkçı gemileri için değil diğer gemiler için de geçerli bir diğer kısıtlama, kıyı devletinin m. 56/1(b) ve 60'a göre kurabileceği yapay ada, tesis ve yapılardan veya onların

¹³⁶ Nordquist et al., *Commentary*, 564-565; Klein, *Dispute Settlement*, 136; Rothwell ve Stephens, *Law of the Sea*, 93; Proelss, "Article 58," 450; Attard Camilleri, *Application of the High Seas Regime*, 10. Bu bağlamda ayrıca belirtmek gerekir ki, MEB'e girmeden önce yakalanan balıkların taşınması esasen m. 58'de öngörülen seyrüsefer serbestliği kapsamına girer. Yine de kıyı devletinin, balıkçılık yönetim önlemlerine uyulmasını sağlamak için ilgili balıkçı gemilerinin MEB'e girmeden bildirimde bulunmasını isteyebileceği veya MEB'den geçiş sırasında gemideki balıkları ve balıkçılık takımlarının avlanmaya hazır olup olmadığını denetleyebileceği öne sürülmektedir. Kıyı devletinin egemen haklarıyla doğrudan bağlantılı bu yetkileri bulunmazsa haklarının kolaylıkla çiğnenebileceği açıktır. Schatz, "Combating Illegal Fishing," 390, 392; Proelss, "Article 58," 450. Pasifik'teki ada devletlerinin bu yöndeki uygulamaları hakkında ayrıca bkz. Transform Aqorau, "Illegal Fishing and Fisheries Law Enforcement in Small Island Developing States: The Pacific Islands Experience," *The International Journal of Marine and Coastal Law* 15 (2000): 46. Bu son konuda atıf yapılan *The "Monte Confurco" Davasında* davacı devlet olan Seyşeller, alıkoyulan geminin kaptanının işlediği tek suçun Kerguelen Adaları münhasır ekonomik bölgesine gireceğini ve gemide bulunan balık miktarını bildirmemek olduğunu belirtip, geminin bahsi geçen bölgede avlanmadığını öne sürmüştür. UDHM de başvurucunun gemi kaptanının bildirimde bulunmadığını kabul ettiğini ve ayrıca geminin büyük miktarda balık taşıdığını ve iletişimi sağlayan uygun araçlara sahip olduğunu özel olarak not etmiştir. *The "Monte Confurco" Case (Seychelles v. France)*, ITLOS, Judgment of 18.12.2000, p. 81-82. Bu Davaya eklediği muhalif görüşünde *Yargıç Anderson*'ın belirttiği üzere, birçok devlet, yabancı gemilerin MEB'e girdiği sırada gemide bulunan balık miktarını bildirmemesi durumunda gemide bulunan bütün balıkların, aksi ispat edilmedikçe, MEB'de yakalandığının farz edileceğini düzenlemektedir. Bildirim yükümlülüğü ve bu tür aksi ispat edilebilir karineler öngören düzenlemeler, uygulamada MEB'den sadece geçiş yapacak yüklü balıkçı gemilerinin korunmasına da hizmet eder. *The "Monte Confurco" Case (Seychelles v. France)*, ITLOS, Dissenting Opinion of Judge Anderson of 18.12.2000, 130-131.

çevresinde belirli şartlarla oluşturabilecek güvenlik bölgelerinden kaynaklanabilir.¹³⁷ Her ne kadar 5. Bölümde açıkça düzenlenmese de, kıyı devletinin mercan resifleri gibi balık stoklarının sağlıklı gelişimi için korunması gereken hassas deniz alanlarında da seyrüsefer serbestliğini kısıtlayabileceği belirtilmektedir.¹³⁸ Öte yandan, mesela, tehlikeli madde taşıyan gemilerin MEB’de seyrüseferinin genel bir şekilde yasaklanmasının -nükleer maddeleri veya tabiatı gereği tehlikeli veya zararlı maddeleri taşıyan gemilerin birtakım usulî kurallara ve koruma tedbirlerine uyarak karasularından dahi zararsız geçiş hakkına sahip olduğu (m. 22/2, 23) hesaba katılırsa-Sözleşmeye aykırı olacağı değerlendirilmelidir.¹³⁹ MEB’de kıyı devleti, seyrüsefer serbestliği dışında, su altı kablo ve boru hatları döşeme serbestliğini de, m. 58/1’de belirtilen “ilgili hükümler”, özellikle de kıta sahanlığı bakımından m. 79/2-3’ün teyit ettiği yetkileri çerçevesinde kısıtlayabilir.¹⁴⁰ Bu tür olanakları göz önünde bulunduran *Proelss*, kıyı devletinin egemen haklarını veya yetkilerini doğrudan etkileyen durumlar hariç, ilgili serbestlikleri kısıtlayan önlemlerin m. 58/1’e prensip

¹³⁷ Özel olarak m. 60/6’da da belirtildiği üzere, “Bütün gemiler bu güvenlik bölgelerine saygı gösterecek ve yapay adaların, tesislerin, yapıların ve güvenlik bölgelerinin civarında seyrüseferle ilgili olarak genel olarak kabul edilmiş uluslararası standartlara uygun davranacaktır.”

¹³⁸ Bu çerçevede kıyı devletine MEB’in bazı özellikleri taşıyan kısımlarında gemilerden kaynaklanan kirlenmenin önlenmesi için belirli şartlarla kullanılabilir yetkiler tanıyan m. 211/6 hükmü de dikkate alınmalıdır. *Proelss*, “Article 58,” 451.

¹³⁹ Rothwell ve Stephens, *Law of the Sea*, 93-94.

¹⁴⁰ Madde 79/2-3’e göre, “2. Kıta sahanlığının araştırılması, kaynaklarının işletilmesi ve boru hatlarından ileri gelen kirlenmenin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi hususunda makul tedbirleri alma hakkı saklı kalmak üzere, kıyı devleti bu gibi kablo ve boru hatlarının döşenmesi veya bakımını engelleyemez. 3. Kıta sahanlığı üzerinde bu boru hatlarını döşemek için izlenecek güzergâhın tayini kıyı devletinin rızasına tâbidir.”

olarak aykırı olacağını; mesela yabancı gemilerin MEB'e giriş için izin almasını öngören genel bir ulusal düzenlemenin Sözleşmeyi ihlal edeceğini belirtmiştir.¹⁴¹

ii) Madde 58/1'in ikinci kısmında, seyrüsefer, uçuş ve kablo ve boru hatları döşeme serbestlikleriyle bağlantılı olan denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları (*other internationally lawful uses of the sea related to these freedoms*) düzenlenir.¹⁴² Bütün devletler MEB'de bu tür (mesela, seyrüsefer serbestliğiyle bağlantılı) faaliyetleri -Sözleşmenin diğer hükümlerine uygun olmak şartıyla-¹⁴³ icra edebilir.

¹⁴¹ Proelss, "Article 58," 451-452. Kıyı devletlerinin seyrüsefer serbestliğini -genellikle deniz kaynaklarının ve çevresinin korunması amacıyla-kısıtlayan çeşitli düzenleme ve uygulamaları ile bunlara karşı tepkiler için bkz. Sophia Kopela, "The 'Territorialisation' of the Exclusive Economic Zone: Implications for Maritime Jurisdiction," 2009, 9-12, <https://www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences/sos/s_kopela_paper.pdf>; J. Ashley Roach ve Robert W. Smith, *Excessive Maritime Claims*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 395-409.

¹⁴² Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında, diğer devletlerin seyrüsefer ve ulaşım ile bağlantılı olan (*related to navigation and communication*) denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımlarından yararlanacağı önerilmekle birlikte, denizci devletlerin bu ifadeyi kısıtlayıcı bulması üzerine yapılan ve nihai metne geçen değişikliğin, her ne kadar hâlen birtakım kısıtlar içerse ve bölgeye ilişkin bakiye bütün hakları üçüncü devletlere vermese de, onlar lehine görüldüğü hakkında bkz. Castañeda, "Negotiations," 622; George V. Galdorisi ve Alan G. Kaufman, "Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflicts," *California Western International Law Journal* 32 (2002): 271-272.

¹⁴³ Proelss'e göre, maddede denizin "uluslararası hukuka uygun" (*internationally lawful*) diğer kullanımlarından söz edildiği ve Sözleşmenin diğer hükümlerine uymayan bir kullanımın uluslararası hukuka uygun olmayacağı dikkate alınrsa, denizin diğer kullanımlarının Sözleşmenin öteki hükümlerine uygun (*compatible with the other provisions of this Convention*) olması gerektiğini ayrıca belirtmeye lüzum yoktur. Proelss, "Article 58," 454. Kanımızca bu ifade, (özellikle geçmişteki) uluslararası

Denizin bu tür kullanımlarının maddede açıkça belirtilen serbestliklerle bağlantılı olması gerektiği için, kıyı devleti dışındaki devletlerin MEB’i uluslararası hukuka uygun “herhangi bir” diğer amaçla kullanmaya hakkı olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, m. 58/1, ilgili kullanımın açık denizlerde geçerli serbestliklerle ne kadar yakından ilişkili olması gerektiğini, bu bağlantının hangi durumlarda kurulabileceğini açıklamamaktadır.¹⁴⁴ Maddede, gemilerin, uçakların ve su altı kablolarının ve boru hatlarının işletilmesiyle ilgili kullanımların belirtilmiş olması (*such as those associated with the operation of ...*) dışında, bu hükmün yorumlanmasına yardımcı olabilecek bir veri bulunmamaktadır;¹⁴⁵ bunların da örnek kabilinden (*non-exhaustive*) sayıldığı anlaşılmaktadır.¹⁴⁶ Söz konusu serbestliklerle bağlantılı diğer kullanımlar, bugüne kadar, MEB’de balıkçılık yapan gemilere yakıt ikmali gibi kıyı

hukuka (mesela, örf ve âdete) uygun kullanımlarla Sözleşmedeki düzenlemeleri bağdaştırma amacı taşır; Sözleşme hükümleri lehine özel bir çatışma normu getirir. Ancak, aynı maddede geçen “bu Sözleşmenin ilgili hükümlerine tâbi olarak” (*subject to the relevant provisions of this Convention*) ifadesi gerek belirtilen serbestlikler gerek bunlarla bağlantılı diğer kullanımlar açısından geçerli olduğundan, denizin diğer kullanımlarının Sözleşmenin öteki hükümlerine uygun olmasını ayrıca belirtmeye gerek olmadığı ya da bunun vurgulama veya tereddütlü durumları giderme amacı taşıdığı öne sürülebilir.

¹⁴⁴ Proelss, “Article 58,” 452.

¹⁴⁵ Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 367.

¹⁴⁶ Aslında bu hüküm, bir yandan diğer kullanımları -maddede belirtilen temel üç serbestliğe ve Sözleşmenin diğer hükümlerine bağlı kısırlandırmakta, diğer yandan maddede belirtilmeyen bazı kullanımlardan da (trafik ayırım şemalarının hazırlanması, gemiler tarafından ulaşımın uydular aracılığıyla sürdürülmesi vs.) MEB’de yararlanılabileceği yönündeki iddialara imkân tanır gözükmektedir. Kwiatkowska, *200 Mile*, 203. Denizin diğer kullanımları ifadesinin belli bir esneklik sağlayabileceği hakkında ayrıca bkz. Leanza ve Caracciolo, “Exclusive,” 191.

devletinin m. 56'daki hak ve yetkilerini doğrudan etkileyen bir faaliyet dışında, uluslararası yargı kararlarına da konu olmamıştır. Maddede belirtilen denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımlarıyla ilgili eksiksiz ve tartışmasız bir liste oluşturmak kolay gözükmemekle birlikte, destekleme ve bakım (*supporting and maintenance*) faaliyetlerinin bu kapsama girdiği belirtilebilir.¹⁴⁷ Bu çerçevede, su altı kablo ve boru hatlarının döşeneceği güzergâhların araştırılması ya da su altı kablo ve borularının bakım ve onarımı, bunları döşeme serbestliğiyle bağlantılı sayılmalı ve Sözleşmenin diğer hükümlerine uygun

¹⁴⁷ Proelss, "Article 58," 452. Yazar, MEB'deki doğal kaynakları tespit etme amacı taşımayan, deniz tabanının ve kıyı şeridinin yapı ve biçimini, bunun kara kütlesiyle coğrafi ilişkisini ve denizin başlıca özelliklerini ortaya çıkarmayı ve haritalandırmayı hedefleyen hidrografik araştırmaların da (*hydrographic surveying*), seyrüsefer emniyetine hizmet edecekleri için, seyrüsefer serbestliğiyle bağlantılı olan denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları arasında değerlendirilebileceğini; yine de kimi devletlerin bu faaliyetleri -m. 56 gereğince kıyı devleti yetkisine giren-MEB'de denizin bilimsel yönden araştırılması olarak nitelendirip, bunlar için önceden izin alınmasını talep ettiğini belirtmektedir. Proelss, "Article 58," 453-454; Proelss, "Article 56," 435. Bu son husus için ayrıca bkz Wegelein, *Marine Scientific Research*, 80-81, 160; Sam Bateman, "Hydrographic Surveying and Marine Scientific Research in Exclusive Economic Zones," iç. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, ed. Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 105-131; Xue Guifang, "Marine Scientific Research and Hydrographic Survey in the EEZs: Closing up the Legal Loopholes?," iç. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, ed. Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 209-225; Ayşe Nur Tütüncü, "Milletlerarası Hukukta Denizde Bilimsel Araştırmanın Farklı ve Çakışan Deniz Alanlarında Yönetimine Genel Bir Bakış," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25/2 (2019) (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı): 1364, 1384.

olmak kaydıyla serbestçe icra edilebilecek faaliyetler olarak nitelendirilmelidir.¹⁴⁸

Yine, doktrinde ve devletler arasında tartışmalı olmakla birlikte, MEB'deki askerî faaliyetlerin de (salt geçiş veya uçuşun ötesindeki tatbikat ve manevralar, askerî araç veya malzemenin fırlatılması, silah denemesi, keşif/gözlem/istihbarat misyonu vs.) m. 58/1'de belirtilen diğer meşru kullanımlar kapsamında sayılması gerektiği ve kimi kıyı devletlerinin bunları kısıtlama girişimlerinin uluslararası hukuka aykırı olduğu öne sürülebilmektedir. Bu konudaki ihtilaf, devletlerin bir başka devlete ait MEB'de askerî faaliyetler yürütme hakkı olup olmadığı, böyle bir hakkın bulunduğu varsayımında da bunun kapsamı, sınırları ve hangi koşullar çerçevesinde kullanılabileceği gibi meseleleri içermektedir.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Douglas R. Burnett, Tara M. Davenport ve Robert C. Beckman, "Overview of the International Legal Regime Governing Submarine Cables," iç. *Submarine Cables: The Handbook of Law and Policy*, ed. Douglas R. Burnett, Robert C. Beckman ve Tara M. Davenport (Martinus Nijhoff Publishers, 2014), 79.

¹⁴⁹ MEB'deki askerî faaliyetlerle ilgili değişik uygulama ve görüşler için bkz. Barbara Kwiatkowska, "Military Uses in the EEZ: A Reply," *Marine Policy* 11 (1987): 249-250; Kwiatkowska, *200 Mile*, 203; Nordquist et al., *Commentary*, 564; Galdorisi ve Kaufman, "Military Activities," 253-301; Hayashi, "Military and Intelligence," 123-137; Mark J. Valencia ve Kazumine Akimoto, "Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone," *Marine Policy* 30 (2006): 709-710; Nelson, "Exclusive," p. 84-86; Raul Pedrozo, "Military Activities in and over the Exclusive Economic Zone," iç. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, ed. Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 235-248; Alexander Skaridov, "Military Activity in the EEZ: Exclusive or Excluded Right?," iç. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, ed. Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 249-264; Zhiguo Gao, "China and the Law of the Sea," iç. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, ed. Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore

iii) Madde 58'in 2. fıkrası gereğince, bayrak devleti yetki ve yükümlülüklerini de içeren açık denizlere ilişkin kuralların büyük bir kısmı (m. 88-115), MEB'de de 5. Bölümle çatışmadığı sürece/ölçüde uygulanacaktır. Nasıl ki m. 58/1 uyarınca MEB'de seyrüsefer serbestliği Sözleşmenin ilgili hükümlerine tâbi tutulmuşsa, m. 58/2'de belirtilen açık denizlere ilişkin hükümler

(Martinus Nijhoff Publishers, 2009), 288-295; Roach ve Smith, *Excessive Maritime Claims*, 379-391; Fevzi Topsoy, "Münhasır Ekonomik Bölgede Yürütülen Yabancı Askeri Faaliyetlerin Hukuki Niteliği," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (2012): 217-265, özellikle 233-235; Leanza ve Caracciolo, "Exclusive," 192-196; Proelss, "Article 58," 453; Bal, *Uluslararası Hava Hukuku*, 244. Bu konuda ilgili olabilecek diğer hükümler arasında m. 88, 236 ve 301 sayılmalıdır. Madde 88 açık denizlerin barışçı amaçlarla kullanılacağını (Madde 58/2'deki gönderme dolayısıyla MEB için de geçerlidir.) ve "Denizlerin barışçıl kullanımı" başlıklı m. 301 de Sözleşmede öngörülen haklar ve görevler yerine getirilirken taraf devletlerin bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasî bağımsızlığına karşı ya da BM Şartında belirtilen uluslararası hukuk prensipleriyle bağdaşmayacak diğer herhangi bir şekilde tehdide veya kuvvet kullanımına başvurmadan kaçınacaklarını düzenlemektedir. 236. madde ise, Sözleşmenin deniz çevresinin korunmasına ve muhafazasına ilişkin hükümlerinin savaş gemilerine ve devlete ait olup veya onun tarafından işletilen ve ticarî olmayan devlet hizmetlerinde kullanılan gemilere veya uçaklara uygulanmayacağını; yine de devletlerin kendilerine ait veya onlar tarafından işletilen gemi ve uçakların Sözleşme hükümlerine mümkün ve makul olduğu ölçüde uygun hareket etmelerini sağlayacak kimi önlemleri alacağını öngörmektedir.

de MEB’de bire bir uygulanmaz.¹⁵⁰ Bu hükümlerden hiçbiri MEB’i açık denizlerin bir parçası hâline getirmemektedir.¹⁵¹

iv) Bunların yanında m. 58’in son fıkrasında, öncelikle, diğer devletlerin, MEB’deki haklarını kullanırken ve görevlerini yerine getirirken kıyı devletinin hak ve görevlerine gereğince saygı göstereceği belirtilmiştir. Öte yandan, m. 56/2 de, kıyı devletinin MEB’deki haklarını kullanırken ve görevlerini yerine getirirken diğer devletlerin hak ve görevlerine gereği gibi saygı göstereceğini ve Sözleşme hükümleriyle bağdaşan bir tarzda hareket edeceğini öngörmektedir. Bunlardan kaynaklanan karşılıklı saygı yükümlülüğü,¹⁵² özellikle kıyı devleti ile diğer devletlerin hak ve yetkileri arasındaki çatışmaları önlemeyi veya çözmeyi hedefleyen spesifik kuralları¹⁵³ bulunmadığı durumlarda, göz önünde bulundurulmalıdır. Bir başka deyişle, karşılıklı saygı esasını tesis eden bu maddelerle, kıyı devletine ya da diğer devletlere verilen hak ve yetkilerin mutlak nitelikte

¹⁵⁰ Klein, *Dispute Settlement*, 136-137; Lagoni, “Offshore Bunkering,” 620; Proelss, “Article 58,” 445-446, 454. Mesela, m. 90’a göre, denize kıyısı olsun veya olmasın her devlet, açık denizlerde kendi bayrağını taşıyan gemileri seyrüsefer ettirme hakkına sahiptir. Madde 92/1’e göre de, gemiler, sadece bir devletin bayrağı altında seyredecek ve andlaşmalarda veya Sözleşmede açıkça öngörülen istisnaî durumlar hariç, açık denizlerde münhasıran onun yetkisine tâbi olacaktır. İşte m. 58/2 uyarınca bu gibi esaslar, 5. Bölümle çatışmadıkları ölçüde, MEB’e de uygulanacaktır.

¹⁵¹ Nelson, “Exclusive,” 16.

¹⁵² Buradaki saygı gösterme yükümlülüğünün, öteki tarafın/ tarafların salt menfaatlerinden ziyade haklarına ve ödevlerine saygıyı gerektirdiği hakkında bkz. Beckman ve Davenport, “EEZ,” 11.

¹⁵³ Mesela, yukarıda aktarılan m. 60/6 ile 79/3’ün bu nitelikte olduğu belirtilebilir. Yine, m. 60/7’de, yapay ada, tesis ve yapılar ile bunların çevresindeki güvenlik bölgelerinin, uluslararası seyrüsefer için gerekli olan tanınmış su yollarına müdahale oluşturabilecekleri yerde kurulmaması düzenlenmiştir. Benzer şekilde m. 261 de, denizde bilimsel araştırma tesislerinin konuşlandırılması ve kullanılmasının, yerleşmiş uluslararası ulaşım yolları için engel teşkil etmeyeceğini öngörmektedir.

olmadığına işaret edilmekte ve MEB üzerindeki değişik hakları (ve duruma göre menfaatleri) dengelemek için gerektiğinde (tamamlayıcı olarak) başvurulabilecek genel hükümler getirilmektedir.¹⁵⁴

Buradaki gereği gibi saygı gösterme yükümlülüğü uyarınca kıyı devleti ve diğer devletler, birbirlerinin haklarını bilip dikkate almalı ve bunlar arasındaki dengeyi gözeterek MEB'deki haklarını kullanmalı;¹⁵⁵ ihtilaf konusu meselelerle ilgili olarak diğer tarafla istişarede bulunma gibi usullere genellikle uymalı;¹⁵⁶ duruma göre -bir davranış yükümlülüğü olarak-

¹⁵⁴ Bkz. Kwiatkowska, *200 Mile*, 213-214; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 143; Nordquist et al., *Commentary*, 543, 556; Hayashi, "Military and Intelligence," 132, 137; Beckman ve Davenport, "EEZ," 11, 13-14; Andreone, "Exclusive," 165; Proelss, "Article 56," 430-431; Proelss, "Article 58," 446. Mesela, canlı kaynakları işletme ve yönetme hakları çerçevesinde kıyı devletinin balıkların önemli üreme alanlarından geçişleri kısıtlayıp kısıtlayamayacağı veya ne ölçüde kısıtlayabileceği hususunda bu hükümler dikkate alınabilir. Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 143.

¹⁵⁵ Gavouneli, *Functional Jurisdiction*, 69; George K. Walker, *Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention* (Martinus Nijhoff Publishers, 2012), 180.

¹⁵⁶ Birleşik Krallık ile Morityus arasındaki bir uyuşmazlık hakkındaki kararında m. 56/2'de düzenlenen saygı ilkesini değerlendirme fırsatı bulan Hakem Mahkemesinin belirttiği üzere, gereken saygıyı göstermek, diğer tarafın haklarına şartların ve bu hakların niteliğinin gerektirdiği şekilde saygı gösterilmesini ifade eder. Bu esasta her durumda geçerli bir davranış kuralı bulunmadığına ve Sözleşmenin diğer tarafın haklarına zarar vermekten kaçınılması için tek tip bir yükümlülük öngörmediğine işaret eden Mahkemeye göre, Sözleşmenin gerektirdiği saygının kapsamı, bir yandan bu yükümlülüğe uyması gereken tarafça yapılması tasarlanan faaliyetin nitelik ve önemine ve ayrıca alternatif yaklaşımların bulunup bulunmadığına, öte yandan diğer tarafın haklarının niteliğine ve uğrayabileceği zararın derecesine bağlı olacaktır. Çoğu durumda haklarına saygı gösterilmesi gereken tarafla en azından istişarede bulunmak gerekir. *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, Arbitral Tribunal, Award of 18.03.2015, p. 519. Mahkeme, Birleşik Krallık'ın

vatandaşlarının diğer tarafın haklarını ihlal etmesini önleyecek tedbirler almalıdır.¹⁵⁷

MEB'in özel rejimini bir kez daha vurgulayan bu hükümler çerçevesinde, kıyı devleti veya diğer devletler lehine (birinin hak iddiasını diğerinkine otomatik olarak üstün kılacak) bir karine getirilmemiştir. Aynı tarafsız yaklaşım, Sözleşmenin MEB'de kimin hak veya yetki sahibi olduğunu düzenlemediği hususlarda çıkabilecek uyuşmazlıklarla ilgili 59. maddede de izlenmiştir. Sonuç olarak, belirli bir önlemin veya faaliyetin kıyı devleti ile bayrak devletine Sözleşmeyle verilen hak ve yetkiler arasında bir çatışma doğurduğu durumlarda, özel bir hüküm yoksa, prensip olarak hangi tarafın haklarının daha fazla etkilendiği yönünden meselenin esasına yaklaşmak gerektiği savunulabilir.¹⁵⁸

iyiniyetle hareket etme ve Morityus'un ilgili düzenlemelerden kaynaklanan hak ve menfaatlerine saygı gösterme yükümlülüğünün, en azından istişareyi ve tarafların hak ve menfaatleri arasında bir dengelemeye gidilmesini gerektirdiğini de belirtmiştir. *Chagos Marine Protected Area Arbitration*, Award of 18.03.2015, p. 534. İyiniyet ilkesini ve hakların kötüye kullanılmasını düzenleyen 300. maddenin de ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁵⁷ Bayrak devletlerine m. 58/3'ün bu tür yükümlülükler getirdiği hakkında bkz. *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion of 02.04.2015, p. 123-124, 129; *The South China Sea Arbitration*, Award of 12.07.2016, p. 742-744.

¹⁵⁸ Bununla beraber bu konuya yönelik nüanslı yaklaşımlar vardır. Mesela, *Proelss'e* göre, Sözleşme bir uyuşmazlık durumunda hangi tarafın haklarının önceliğe sahip olduğunu açık ve genel bir şekilde düzenlemese de, MEB rejiminin temel mantığı ve geçmişi ile diğer devletlere verilen serbestliklerin sınırlı olduğu hesaba katıldığında kıyı devletinin m. 56/1(a)'daki egemen hakları ve hatta m. 56/1(b)'deki yetkileri lehine bir aksi ispat edilebilir karine (*rebuttable presumption*) kabul edilebileceği görülür. Kıyı devletinin haklarını kötüye kullanmadığı durumlarda uygulanabilecek böyle bir yaklaşım, özellikle ispat külfetini karşı tarafa yükleyecektir. Bu, kıyı devleti ile diğer devletlerin hakları arasında en başından otomatik bir hiyerarşi kurmak ve ilkini asıl ikincileri talî haklar

Madde 58/3'ün son kısmında da, diğer devletlerin kıyı devletinin belirli şartları taşıyan düzenlemelerine uyacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan, diğer devletlerin MEB'deki yükümlülükleri, doğrudan Sözleşme hükümlerinin yanı sıra kıyı devletinin Sözleşmeye ve uluslararası hukukun diğer kurallarına uygun düzenlemelerinden de kaynaklanabilir.¹⁵⁹ Diğer devletler, bu düzenlemeler Sözleşmenin 5. Bölümüyle

olarak kabul etmek anlamına gelmez. Zaten böyle bir şematik yaklaşım da karşılıklı saygı ilkesine aykırı olur. Proelss, "Law on the Exclusive," 95-103, 111-112; Proelss, "Article 56," 432-434; Proelss, "Article 58," 449, 455. Ayrıca bkz. James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, (Oxford University Press, 2019), 263. *Gavouneli*'ye göre de, MEB'i, yalnız bir şekilde (belirli hakların kıyı devletine, belirli hakların diğer devletlere verildiği bir deniz alanı olarak) tarif etmek yanıltıcı olabilir. Mesela, kıyı devletinin deniz çevresinin korunması hususundaki yetkileri, ona duruma ve şartlara göre yabancı gemilerin seyrüseferiyle ilgili kapsamlı önlemler alma imkânı verebilir. Gavouneli, *Functional Jurisdiction*, 69-72. Öte yandan *Lagoni*'ye göre, MEB'in özel rejimi bölgedeki kıyı devleti haklarını diğer devletlerin seyrüsefer serbestliğinden üstün tutmadığı için, yetki çatışmasının çözümünde iki taraftan birinin lehine bir kararın varlığından da söz edilemez. MEB'deki hak ve yetkilerin dağılımı hususunda bayrak devleti ile kıyı devleti arasında bir uyumsuzluk çıktığında, bayrak devletinin kıyı devletinin haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü düzenleyen m. 58/3 de sorunun çözümünü sağlayacak bir hüküm getirmemektedir. Zira burada belirtilen yükümlülük kıyı devletinin hak ve yetkilerinin varlığını önceden farz eder; onları ihdas etmez. *Lagoni*, "Offshore Bunkering," 622. *Yargıç Laing* de, farklı tarafların hak ve yetkilerinin karşılıklı saygı ilkesi gereğince mutlak olmadığına dikkat çektikten sonra, serbestlik teriminin hak teriminden daha kapsayıcı olduğu ve bu sebeple seyrüsefer serbestliğinin kıyı devletinin kimi haklarına galip geleceği yönündeki iddiaların (Bu yönde bkz. Jennings ve Watts, *Oppenheim's*, 802.) yerinde olmadığını belirtmiştir. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Separate Opinion of Judge Laing of 01.07.1999, p. 37.

¹⁵⁹ *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 121. Bu sebeple Mahkeme, söz konusu düzenlemelerin Sözleşmeye uygunluğu hakkında karar vermeye yetkili olduğunu vurgulamıştır. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 121.

çatışmadığı sürece/ölçüde bunlara uymak zorundadır; kıyı devleti de, uluslararası hukukun diğer kurallarına dayanarak bu Bölümdeki yetkilerini aşan düzenlemeler yapamayacaktır.¹⁶⁰

2. Başlıca Serbestlikler ve Denizin Uluslararası Hukuka Uygun Diğer Kullanımları

MEB’de diğer devletlerin hak ve serbestlikleri, onlara (ve onların uyruklarına) bölgedeki gemilere yakıt sağlama serbestliği getirmekte midir? Yukarıda bahsedildiği üzere, *The M/V “Saiga” (No. 2) Davasında* Saint Vincent ve Grenadinler ve *The M/V “Virginia G” Davasında* Panama, bayrağını taşıyan gemilerin bir diğer devletin münhasır ekonomik bölgesinde yakıt ikmal faaliyetinde bulunmasının, m. 58’de düzenlenen seyrüsefer serbestliği ve bu serbestlikle bağlantılı olan denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları kapsamına girdiğini öne sürmüştür.¹⁶¹

Seyrüsefer serbestliği m. 58/1’de ya da onun gönderme yaptığı m. 87’de tanımlanmamıştır. Seyrüsefer (*navigation*), olağan şekilde, geminin denizde yüzdürülmesi, bir yerden diğerine doğru bir rota izleyerek sürülmesi işi ve süreci olarak tanımlanabilir.¹⁶² Açık denizlerde seyrüsefer hakkını düzenleyen

¹⁶⁰ Kwiatkowska, *200 Mile*, 214; Nordquist et al., *Commentary*, 565; Proelss, “Article 58,” 456-457. Yukarıda da açıklandığı üzere, UDHM, Gine’nin genel/kamusal ekonomik menfaatlerine ve mali kayıplarına dayanarak MEB’de yakıt ikmal faaliyetlerini yasaklamasını m. 56 ve 58’e aykırı bulmuştur. *The M/V “Saiga” (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 131.

¹⁶¹ *The M/V “Saiga” (No. 2) Case*, Judgment of 01.07.1999, p. 123, 137; *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 48-49, 54, 164-171. Panama, *The M/V “Norstar” Davasında* da, açık denizlerde yakıt ikmalininin 87. maddede düzenlenen serbestlikler kapsamına girdiğini belirtmiştir. *The M/V “Norstar” Case*, Judgment of 10.04.2019, p. 64-65, 68, 157.

¹⁶² *Black’s Law Dictionary*, ed. Bryan A. Garner, (West Publishing Co., 2009), ilgili madde.

m. 90'daki "the right to sail ships" ifadesi de bu olağan anlamı (*ordinary meaning*) desteklemektedir.¹⁶³ Bu bakımdan, kıyı ötesi yakıt ikmalî, bizzat seyrüsefer teşkil etmez.¹⁶⁴ MEB'de seyrüsefer serbestliğinin de, gemilerin hareketine yönelik olduğu, gemilere yakıt sağlama gibi ticarî bir işi kapsamadığı öne sürülebilir.¹⁶⁵ Bununla birlikte, *The M/V "Norstar" Davasında* UDHM, açık denizlerde yakıt ikmalinin, m. 87'de düzenlenen ve Sözleşme ile diğer uluslararası hukuk kurallarının öngördüğü şartlara tâbi olarak kullanılacak seyrüsefer serbestliğinin bir parçası olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁶ O Davanın konusu çerçevesinde ve m. 87'nin kullandığı terimler¹⁶⁷ gözetilerek varılan bu sonuç, MEB'deki yakıt ikmal faaliyetleri bakımından otomatik olarak uygulanabilir değildir. Bu faaliyetin MEB'de icrası, yukarıda açıklandığı üzere, şartlara göre m. 56'nın ya da m. 58'in alanına girebilir; ikinci durumda da faaliyetin, netice itibarıyla bir fark olmasa da, doğrudan seyrüsefer serbestliği yerine bu serbestlikle bağlantılı olan denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları kapsamında değerlendirilmesi daha yerinde gözükmemektedir.¹⁶⁸

¹⁶³ Lagoni, "Offshore Bunkering," 620-621. 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi m. 31/1'e göre, "Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelâde mânâya uygun şekilde iyiniyetle yorumlanır."

¹⁶⁴ Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 367.

¹⁶⁵ *The M/V "Saiga" (No. 2)*, Separate Opinion of Judge Zhao of 01.07.1999, p. 3; Lagoni, "Offshore Bunkering," 621.

¹⁶⁶ *The M/V "Norstar" Case*, Judgment of 10.04.2019, p. 219.

¹⁶⁷ Bu maddede, m. 58/1'den farklı olarak denizin diğer kullanımlarından söz edilmemekle birlikte, açık denizlerde bütün devletlerin "diğerleri yanında" (*inter alia*) yararlanacağı serbestlikler belirtilmiştir.

¹⁶⁸ *The M/V "Norstar" Davasına* ilişkin kararın, Mahkemenin -ileride önüne ilgili bir uyumsuzluk gelirse- balıkçılık yapan gemilerinden başka gemilere MEB'de yakıt ikmalini, denizin uluslararası hukuka uygun diğer

Bu bağlamda öncelikle belirtmek gerekir ki, kıyı ötesi yakıt ikmal faaliyetleri -haydutluk, köle ticareti, izinsiz yayın veya uyuşturucu ve psikotrop maddelerin yasadışı ticareti gibi faaliyetlerden farklı olarak- kendiliğinden uluslararası hukuka aykırı değildir; açık denizlerde ya da kıyı devletinin izniyle iç sularda veya karasularında hukuka uygun bir şekilde yürütülebilir. Bununla birlikte, söz konusu faaliyetin uluslararası hukuka genel olarak uygunluğu, onun MEB'de icrasıyla ilgili yetki sorunlarını çözmek için yeterli değildir.¹⁶⁹ MEB'deki yakıt ikmal faaliyetlerinin, denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları kapsamında değerlendirilebilmesi için, maddede açıkça belirtilen serbestliklerle (mesela, seyrüsefer serbestliğiyle) bağlantılı (mesela, gemilerin işletilmesiyle ilgili) addedilmesi ve Sözleşmenin öteki hükümlerine de uygun olması gerekir.¹⁷⁰ *Lagoni'*ye göre MEB'in bu faaliyet çerçevesinde kullanımı, MEB'in kaynaklarını kullanma anlamına gelmediği gibi, yakıt sağlayan tankerin -m. 58/1'de belirtilen- işletimiyle ilgili de sayılabilir. Bununla birlikte, denizin bu şekilde kullanımının tankerin bölgedeki seyrüsefer serbestliğiyle bağlantılı olup olmadığı hakkında her durumda geçerli bir sonuca varmak zor görünmektedir.¹⁷¹

kullanımları kapsamında sayabileceğini gösterdiği hakkında bkz. Churchill, "Revealing a Mosaic," 59.

¹⁶⁹ *Lauterpacht'*ın ifadesiyle, açık denizlerde yakıt ikmalinin hukuka uygun olması, otomatik olarak, o faaliyetin MEB'de kıyı devletince düzenlenemeyeceği sonucunu doğurmaz. Eli Lauterpacht, "The First Decision of the International Tribunal for the Law of the Sea: the M/V Saiga," iç. *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, ed. Gerhard Hafner et al. (Kluwer Law International, 1998), 413.

¹⁷⁰ Lagoni, "Offshore Bunkering," 621.

¹⁷¹ Bu noktada yazar, geminin özel bir amaçla işletimi ile onun seyrüseferi arasında -bayrak devletleri lehine olacak şekilde- herhangi bir bağlantı mı yoksa -kıyı devletleri lehine olacak şekilde- doğrudan ve sıkı bir bağlantı

Proelss'e göre de, UDHM'nin *The M/V "Virginia G" Davasına* ilişkin kararına rağmen, balıkçılık yapan gemiler dışındaki gemilere (mesela ticarî gemilere) MEB'de yakıt ikmalinin, seyrüsefer serbestliğiyle yeterince bağlantılı bir faaliyet olup olmadığı ya da 59. madde kapsamına girip girmediği hâlen açık değildir. Bu konuların açıklığa kavuşmasında -denizcilik ve yakıt ikmal sektörünün aktörleri dâhil- ilgili kişilerin, söz konusu faaliyetleri 58. maddede belirtilen serbestliklerin kullanılması bakımından olağan, yaygın ve hatta gerekli faaliyetler olarak değerlendirip değerlendirmeyeceği etkili olacaktır. Yakıt ikmal faaliyeti, ancak söz konusu serbestliklerden birine dayandığı veya onunla ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğu durumlarda denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları kapsamında addedilebilir. Bu

mu aranmalıdır (İkinci durumda MEB'de sadece seyrüsefer için gerekli olan duraklama veya demirleme gibi faaliyetler caiz addedilebilecektir.) sorusuna Sözleşme veya bölgesel örf ve âdet çerçevesinde açık bir cevap vermenin zor olduğuna ve Sözleşmenin iki taraftan birinin haklarını diğerinkilere üstün tutmadığına dikkat çekmiştir. Lagoni, "Offshore Bunkering," 621-622. Panama, yukarıda belirtildiği üzere, yakıt sağlamanın bu gemilerin seyrüseferinin asıl amacı olduğunu ve yakıt sağlama ile seyrüsefer arasındaki bu doğal ilişkinin, söz konusu faaliyetin 58. maddedeki serbestliklerle yakından bağlantılı olduğunu kabul etmeyi gerektirdiğini de savunmuştur. *The M/V "Virginia G" Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 170. Yukarıda aktarılan benzer görüş için ayrıca bkz. *The M/V "Saiga" (No. 2) Case*, Separate Opinion of Judge Vukas of 01.07.1999, p. 17. *Lagoni* ise, sonuç olarak, özellikle balıkçı gemilerine yönelik yakıt ikmal faaliyetlerinin kıyı devletinin bazı menfaatlerini ciddi şekilde etkileyebileceğine de işaret edip, bu konudaki menfaat çatışmasının, ciddi bir uyuşmazlığa dönüşmeden, 59. maddedeki hükümler de hesaba katılarak çözülmesinin uygun olacağını belirtmiştir. MEB'de yakıt ikmal faaliyetleri bakımından Sözleşmede bir hukukî boşluk bulunmadığını, daha çok m. 58/1'in yorumlanmasına ihtiyaç duyulduğunu ifade edip, meselenin çözümünde (bayrak devletleri ile kıyı devletlerinin menfaatlerinin dengelenmesinde) 59. maddeden kıyas yoluyla (*by analogy*) yararlanılmasını önermiştir. Lagoni, "Offshore Bunkering," 623, 627.

serbestliklerden bağımsız bir şekilde yerine getirilebilen faaliyetler için aynı sonuca varmak, MEB’de kıyı devletine veya diğer devletlere yetkiler verilmeyen durumların olduğunu gösteren 59. madde karşısında, mümkün gözükmemektedir.¹⁷² *Testa*’ya göre, 58. maddenin serbestlikten yana lafzı dikkate alındığında, bu yaklaşım kısıtlayıcı bulunabilir; ancak “bu serbestliklerle bağlantılı olan denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları” ifadesinin fazlaca esnek yorumlanması, MEB’de yürütülen herhangi bir faaliyetin bir şekilde bu kullanımlar kapsamında sayılmasına ve Sözleşmeyi hazırlayanların iradelerine aykırı olarak 59. maddeyle saklı tutulan alanın anlamsız hâle gelmesine yol açabilir.¹⁷³

Bütün bunlar ışığında bir değerlendirme yapmak gerekirse, karasularının ötesindeki denizlerde gerçekleştirilen yakıt ikmal faaliyetleri, ilk bakışta, seyrüsefer serbestliği veya denizin uluslararası hukuka uygun diğer bir biçimde kullanımı kapsamında kabul edilebilir. Ancak bu serbestliğin varlık şartları ve kapsamı, açık denizlerde farklı, MEB’de farklıdır. MEB’de diğer devletlerin hak ve yetkilerini düzenleyen m. 58, öngördüğü genel kısıtlamalarla, böyle bir faaliyetin (mesela m. 56’daki) kıyı devleti hak veya yetkilerine dokunduğu hâllerde onun tarafından düzenlenebileceğini ve sınırlandırılabilceğini ima etmektedir. UDHM’nin *The M/V “Virginia G” Davasına* ilişkin kararı da bunu teyit etmektedir.¹⁷⁴ Ne var ki, MEB’de kıyı

¹⁷² Proelss, “Article 58,” 452-453.

¹⁷³ Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 367. Benzer yönde bkz. Stylianidou, “Bunkering in the EEZ.”

¹⁷⁴ Hatırlanacağı üzere Mahkeme, kıyı devletinin bu konudaki düzenleme yetkisinin onun bölgedeki doğal kaynaklar üzerindeki egemen haklarından kaynaklandığını belirtmişti. *The M/V “Virginia G” Case*, Judgment of 14.04.2014, p. 217, 222. *The M/V “Norstar” Davasındaki* tespitler de dikkate alındığında, kıyı devletinin, MEB’de hak veya yetki sahibi olduğu (balıkçılık, denizin bilimsel yönden araştırılması gibi) konularda işletilen

devletin yetkili kılınmadığı (veya onun haklarını etkilemeyen) her faaliyet otomatik olarak m. 58'deki serbestlikler kapsamına girmez; özellikle maddede belirtilen "diğer kullanımlar"ın kapsamı yoruma açık görünmektedir ve 59. maddenin düzenlediği husus da göz ardı edilmemelidir.¹⁷⁵ MEB'in kendine özgü statüsü ve genel rejimi, ilgili Sözleşme hükümlerinin amaçları ve farklı taraflar arasında kurduğu dengeler, hülasa Sözleşmenin metni ve ruhu göz önünde bulundurularak farklı tipteki faaliyetlerle ilgili olarak şu sonuçlara varılabilir:

i) Madde 58/1'de açıkça belirtilen serbestliklerden (üç serbestlikten), kıyı devletinin MEB üzerindeki hak veya yetkileri etkilenmedikçe prensip olarak özgürce yararlanılabilir. Normalde bu kapsama giren bir faaliyetin kıyı devletinin MEB'deki hak veya yetkilerini etkilediği/etkileyebileceği durumlarda ise, kıyı devleti -Sözleşmede o konuya özgü yetkili

gemilere yakıt ikmali hariç, bu faaliyetleri düzenleyemeyeceği hakkında bkz. Stylianidou, "Bunkering in the EEZ."

¹⁷⁵ Bu noktada değişik kurgusal örnekler verilebilir. Mesela, yabancı bir geminin MEB'de çeşitli sağlık hizmetleri vermek üzere (ya da cezaevi olarak kullanılmak üzere) daimî şekilde demirlemesinin, Sözleşmeyle MEB'de kıyı devlete verilen hak ve yetkileri etkilemeyeceği varsayılabilir. O hâlde (seyrüsefer olarak nitelendirilemeyecek) bu faaliyet, kendiliğinden denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları kapsamına girer mi? Gerek denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımlarının m. 58'de açıkça belirtilen üç serbestlikten biriyle bağlantılı olması şartı gerek m. 59'da öngörülen üçüncü ihtimalin varlığı, buna hemen olumlu cevap vermeyi zorlaştırmaktadır. Böyle bir uygulamanın -olağan tarzda bir misyon olarak seyrüsefer serbestliğiyle bağlantılı addedilmesi zor görüldüğünden- uyuşmazlık doğurması hâlinde 59. madde çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olabilir. Anlaşılabacağı üzere, bu konu, olasılıkların/varsayımların zorunluluk olmadan çoğaltılmaması veya daha az karmaşık olan teorinin tercih edilmesi şeklinde ifade edilen sadelik/tutumluluk ilkesine (*lex parsimoniae*; *principle of parsimony*; *Occam's razor*) göre ele alınamayacak bir mahiyettedir.

olduğu açıkça belirtilmiş olmasa da¹⁷⁶ ilgili (Sözleşmenin özel veya genel olarak sağladığı) hak ve yetkilerini uygun şekilde kullanıp, faaliyeti kısıtlayabilir.

ii) Madde 58/1'de belirtilen denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları açısından, kıyı devleti MEB'deki hak veya yetkilerini etkileyen/etkileyebilecek faaliyetler üzerinde - bunlara özgü kıyı devleti yetkileri Sözleşmede açıkça belirtilmiş olmasa da- yukarıda belirtilen hak ve yetkilerini kullanabilir.¹⁷⁷ Kıyı devletinin MEB'deki hak veya yetkilerini etkilemeyen diğer kullanımlar içinse bir ayırım yapmak gerekir:

a) Bunlar, m. 58/1'de açıkça belirtilen serbestliklerle bağlantılı ise, aynı maddede söz edilen diğer kullanımlar kapsamına girer; bir başka deyişle m. 58/1 uygulanır.

b) Bunlar, m. 58/1'de açıkça belirtilen serbestliklerle bağlantılı değilse, bu faaliyet bakımından kimin hangi yetkileri haiz olacağı m. 59 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle, kıyı devletinin MEB'deki hak veya yetkilerini etkilemeyen; ancak m. 58'de belirtilen serbestliklerle bağlantılı olmayan diğer kullanımlar açısından 59. madde uygulanabilir.

Yukarıdaki bütün sonuçlar açısından hangi faaliyetlerin kıyı devleti hak ve yetkilerini etkilediği hangilerinin onları etkilemediğini, son kısımdaki sonuçlar açısından ise hangi kullanımların m. 58/1'de açıkça belirtilen serbestliklerle bağlantılı hangilerinin onlarla bağlantısız olduğunu netleştirmek gerekir. İlk hususla ilgili tespitin, m. 56 başta olmak üzere kıyı devleti hak ve yetkilerini düzenleyen hükümler çerçevesinde yapılabileceği belirtilebilir. Mesela, MEB'deki

¹⁷⁶ Bu noktada m. 59'un, MEB'de kıyı devletine veya diğer devletlere Sözleşmeyle "açıkça" verilmeyen hak ve yetkilerden bahsetmek yerine, bölgede kıyı devletine veya diğer devletlere Sözleşmeyle verilmeyen hak ve yetkilerden söz etmesi dikkate değerdir.

¹⁷⁷ *The M/V "Virginia G" Davasına* ilişkin karar da bu önermeyi doğrulamaktadır.

doğal kaynakların araştırılması veya elde edilmesini sağlayan, destekleyen, kolaylaştıran ya da engelleyen veya onlara belirgin zarar veren faaliyetlerin kıyı devleti hak ve yetkilerini etkileyeceği öngörülebilir. Diğer hususa gelince, kıyı devletinin MEB'deki hak ve yetkilerini etkilemeyen diğer kullanımların prensip olarak geniş (öteki devletleri fazlaca kısıtlamayacak) şekilde yorumlanması ve bunlar açısından m. 59'un uygulama alanının dar tutulmasının uygun olacağı değerlendirilebilir. Zira gemilerin bu tip kullanımlarını (mesela, MEB'deki kaynaklara zarar vermeyen veya onları araştırma veya işletmeye yönelik olmayan askerî faaliyetlerini ya da MEB'den salt geçiş yapan gemilere yakıt ikmalini), genellikle, onların denizlerdeki olağan misyonları/işleyişleri çerçevesinde açıklamak ya da gördükleri hizmetlere/karşıladıkları ihtiyaçlara dayandırmak ve böylece m. 58/1'de açıkça belirtilen serbestliklerle bağlantılı saymak mümkün gözükmektedir.¹⁷⁸

Özel olarak da belirtmek gerekir ki, (kendi başına bir faaliyet olmayan) MEB'de yakıt ikmalinin, m. 58'de belirtilen serbestliklerden ve hatta onlarla bağlantılı kullanımlardan yararlanan (mesela, MEB'den salt geçiş yapan, MEB'de su altında kablo ve boru hatları döşeme faaliyetlerine katılan veya onlara yardımcı olan ya da MEB'de Sözleşmeye uygun askerî eylemler icra eden) gemilere yönelik olduğu durumlarda, m. 58'de belirtilen bağlantı şartını karşılayacağı ve denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları kapsamında sayılacağı kabul edilmelidir.

¹⁷⁸ Aslında kıyı devletinin MEB'deki hak ve yetkilerini etkilemeyen bu tür faaliyetlerin 59. madde çerçevesinde değerlendirilmesi durumunda da diğer devletlerin menfaatleri lehine yorumlanmasının daha muhtemel olduğu belirtilebilir.

C. Bakiye Hak ve Yetkiler

Sözleşmenin “MEB’de hakların ve yetkinin isnadıyla ilgili ihtilafların çözülmesi esası” başlıklı 59. maddesine göre,

“Bu Sözleşmenin MEB’de kıyı devletine veya diğer devletlere haklar veya yetki bahsetmediği durumlarda, kıyı devleti ile diğer devlet veya devletlerin menfaatleri arasında bir ihtilaf meydana gelmesi hâlinde, bu ihtilaf, bahis konusu menfaatlerin bir bütün olarak uluslararası toplum için olduğu kadar tarafların her biri için ayrı ayrı arz ettiği önem göz önünde bulundurularak, hakkaniyet temelinde ve ilgili bütün şartların ışığı altında çözülecektir.”

Bu formülasyonu hazırlayan *Castañeda*’nın belirttiği üzere, *sui generis* bir alan olan MEB’de kıyı devleti ile diğer devletler arasında yarışan hakların varlığından kaynaklanabilecek uyumsuzlukların çözümü için belirli kriterler ve bir rehberlik sağlamak gerekiyordu.¹⁷⁹ İşte 59. madde, Sözleşmenin ilgili hükümlerinin belirtmediği veya kapsamadığı (mevcut ya da müstakbel) faaliyetler/kullanımların kıyı devletinin mi yoksa diğer devletlerin mi yetki alanına gireceği, bir başka deyişle bakiye/artık haklarla (*residual rights*) ilgili menfaat çatışmalarının nasıl çözüleceği hususunda bir rehberlik sunmaktadır.¹⁸⁰ Bu

¹⁷⁹ Castañeda, “Negotiations,” 615. Ayrıca bkz. Galdorisi ve Kaufman, “Military Activities,” 270; Hayashi, “Military and Intelligence,” 127; Alexander Proelss, “Article 59,” iç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, ed. Alexander Proelss (Nomos, 2017), 459.

¹⁸⁰ Lagoni, “Offshore Bunkering,” 623; Nelson, “Exclusive,” p. 17, 19. Bu madde, özel bir uyumsuzluk çözüm mekanizması tesis etmemektedir. Lagoni, “Offshore Bunkering,” 626; Nelson, “Exclusive,” p. 19. Böyle bir uyumsuzluğun tarafları, onu diledikleri barışçı çözüm yoluyla çözmelidir. Duruma göre Sözleşmenin (15. Bölümün) uyumsuzlukların çözümü için öngördüğü yargı yollarına gidilebilir. Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 144; Hayashi, “Military and Intelligence,” 127; Proelss, “Article 59,” 459; Tanaka, *Law of the Sea*, 160. İşte 59. madde de, çatışmanın/uyumsuzluğun diplomatik

madde, Sözleşmeyi hazırlayanların, spesifik bir rejime bağlanan MEB’de kıyı devletine ve diğer devletlere muhtemel bütün hakların verilmediğinin farkında olduklarını göstermektedir.¹⁸¹

Söz konusu madde, kıyı devletine veya diğer devletlere belirli haklar veren maddeler kapsamına girmeyen (onların uygulanabilir olmadığı) konularda kimin yetkili olduğunu açıkça belirtmeyip, çatışmanın adil bir sonuca ulaşacak şekilde, somut olayın özellikleri ve ilgili menfaatlerin dengelenmesine dayanarak vaka bazında çözülmesini öngörmektedir; tahsis edilmemiş haklar bakımından kıyı devleti ya da diğer devletler lehine bir karine de getirmemektedir.¹⁸² Yine de MEB’in işlevsel niteliğini göz önünde bulunduran kimi yazarların makul olarak öne sürdüğü üzere, çatışma bölgedeki kaynakların araştırılması ve işletilmesi ile ilgili olmayan bir meseleye dairse, 59. madde genel olarak diğer devletlerin ve uluslararası toplumun menfaatleri lehine yorumlanabilir. MEB’le ilgili ekonomik menfaatlerin öne çıktığı durumlarda ise tersinin geçerli olacağı beklenebilir.¹⁸³

veya yargısal çözümünde rehberlik sağlayacaktır. Nordquist et al., *Commentary*, 569.

¹⁸¹ Kwiatkowska, *200 Mile*, 228; *The M/V “Saiga” (No. 2)*, Separate Opinion of Judge Vukas of 01.07.1999, p. 21; Rothwell ve Stephens, *Law of the Sea*, 87. 59. maddenin yeni, bilinmeyen veya gözden kaçan hususlara hitap ettiği hakkında bkz. Anderson, “Coastal State Jurisdiction,” 106.

¹⁸² Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 144; Koh, “Exclusive,” 33; Kwiatkowska, *200 Mile*, 229; Jennings ve Watts, *Oppenheim’s*, 794; Beckman ve Davenport, “EEZ,” 12; Andreone, “Exclusive,” 166; Quince, *Exclusive*, 99; Tanaka, *Law of the Sea*, 159; Churchill, “Revealing a Mosaic,” 67. Bu maddenin hiçbir taraf lehine bir karine öngörmemesinin MEB’in *sui generis* rejimini pekiştirdiği hakkında bkz. Goodman, “Rights, Obligations, Prohibitions,” 9; Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 368.

¹⁸³ Nordquist et al., *Commentary*, 569; Rothwell ve Stephens, *Law of the Sea*, 87; Proelss, “Law on the Exclusive,” 89-90, 95; Proelss, “Article 59,” 459-460, 463. Ayrıca bkz. *The M/V “Saiga” (No. 2)*, Separate Opinion of Judge Vukas of 01.07.1999, p. 16.

Yedek hüküm (*backup clause*) niteliğindeki m. 59'un uygulanabilmesi için, m. 56 ve 58 (ve duruma göre, devletlerin hak ve yetkilerini düzenleyen öteki maddelerin) iyice incelenip, konunun bunlar kapsamında olmadığı saptanmalıdır. Söz konusu maddelerdeki kavramların genişliği göz önünde bulundurulursa m. 59'un uygulama alanının dar olacağı değerlendirilebilir. Diğer taraftan, bu maddelerde zikredilen faaliyetlerin kapsamıyla ilgili görüş ayrılıkları m. 59'un uygulama alanını da etkileyebilecektir.¹⁸⁴ Her hâlde, ikincil nitelikte olan m. 59'a başvurulmadan önce 56. ve 58. maddelerin kapsamları incelenirken, içerdikleri terimleri olağan anlamlarından¹⁸⁵ uzaklaştıran, aşırı yorumlardan kaçınılmalıdır.¹⁸⁶

Madde 59'un -hangi durumlarda uygulanacağı gibi- nasıl uygulanacağı da çok açık değildir.¹⁸⁷ İlgili çatışmanın

¹⁸⁴ Proelss, "Article 59," 460. MEB'de askerî manevralar, arkeolojik ve tarihî varlıkların korunması, (genellikle denizin bilimsel yönden araştırılması kapsamında değerlendirilmeyen sıcaklık, basınç, akıntı, tuzluluk ve rüzgar ölçümü için kullanılan) okyanus veri toplama sistemlerinin (*ocean data acquisition systems*) işletilmesi gibi konulardaki çatışmaların 59. madde çerçevesinde çözüleceği (ayrıca, son konunun değerlendirilmesinde uluslararası toplumun genelinin menfaatinin baskın sayılabileceği) öne sürülebilmektedir. Proelss, "Article 59," 460-462. Tanaka'nın belirttiği üzere, 60. madde uyarınca kıyı devletinin, MEB'deki ekonomik amaçlı tesis ve yapılara ilişkin inhisarî yetkileri bulunmakla birlikte, (mesela) askerî amaçlara yönelik tesis ve yapıları kurma ve kullanma hususunda yetkilere sahip olup olmadığı açık değildir; bu konuda devlet uygulamaları da yeknesak değildir. Bu meseleye ilişkin uyuşmazlığın 59. madde kapsamına girdiği belirtilebilir. Tanaka, *Law of the Sea*, 156.

¹⁸⁵ Bkz. 1969 Viyana Sözleşmesi m. 31/1.

¹⁸⁶ Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 368.

¹⁸⁷ Gerçekten de hazırlık çalışmalarındaki fikir ayrılıklarının üstesinden gelmek amacıyla oldukça esnek ve politik bir şekilde formüle edilen 59. maddenin nasıl uygulanacağı belirsiz görünmektedir. Shearer, "Oceans Management," 12. Her şeyden önce bu madde, tanımlanması güç (*elusive*)

“hakkaniyet temelinde” (*on the basis of equity*) ve alakalı bütün şartların ışığı altında (*in the light of all the relevant circumstances*) çözümünü öngören madde, her bir olayda değişebilen koşul ve menfaatleri göz önünde bulundurarak hak ve adalete uygun sonuca ulaşmayı telkin etmektedir.¹⁸⁸ Böyle bir çözüm sırasında MEB’in genel statüsü ile Sözleşmenin kıyı devletine ve diğer

kriterler içermektedir. Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, 341. Klein’in de belirttiği üzere, maddenin, hiçbir devlet lehine bir karine öngörmeyerek nötr bir tutumu yansıtması ve genel nitelikli ve eşit değerde görünen çeşitli unsurlar içermesi, somut olaylarda uygulanmadıkça normatif bir içerikten yoksun olacağını göstermektedir. Klein, *Dispute Settlement*, 140. Ne var ki, bugüne kadar uluslararası mahkemelerin 59. maddeyi açıklığa kavuşturan bir uygulaması da bulunmamaktadır. Proelss, “Article 59,” 459.

¹⁸⁸ Proelss, “Article 59,” 461. Genel olarak, adaletin teessüsünde/yönetiminde adil, doğru ve makul olana gönderme yapan hakkaniyete, ilgili şartlar çerçevesinde, kimi zaman yürürlükteki hukukun yorumlanmasında kimi zaman hukuktaki boşlukların tamamlanmasında -uygulanabilir kuraldan türetilen adil bir çözüme veya müstakil/herhangi bir adil çözüme ulaşmak amacıyla- başvurulabilmektedir. Uluslararası hukukun karmaşık konularından biri olan ve üzerinde görüş birliği bulunmayan hakkaniyet ile onun türleri (*equity infra legem, equity praeter legem, equity contra legem* vs.) ve uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, ICJ, Judgment of 22.12.1986, p. 28; Vaughan Lowe, “The Role of Equity in International Law,” *Australian Year Book of International Law* 12 (1992): 54-81; Francesco Francioni, “Equity in International Law,” *MPEPIL* (Haziran 2013): 1-29; Ceren Zeynep Pirim, “Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 26 (2016): 169-201; Shaw, *International Law*, 78-81; Mehmet Emin Büyük, *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri* (On İki Levha, 2018), 270ff.; Michael Akehurst ve Alexander Orakhelashvili, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, (Routledge, 2019), 49-50; Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, (Oxford University Press, 2019), 119-125; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, Cilt 1*, (Seçkin, 2021), 93-95. BMDHS m. 59’daki hakkaniyeti, m. 293/2’de özel olarak düzenlenen (UAD Statüsü m. 38/2’de de yer verilen) ve yargı organlarının ancak tarafların istemiyle uygulayabileceği hak ve nasfetle (*ex aequo et bono*) karıştırmamak gerekir. Nordquist et al., *Commentary*, 569.

devletlere sağladığı hak ve yetkiler de kaçınılmaz olarak dikkate alınacaktır.¹⁸⁹

MEB'de yakıt ikmal bakımından m. 59'un uygulanabilirliğine gelince,¹⁹⁰ yukarıda açıklandığı üzere, bu faaliyet -yakıt sağlanan geminin faaliyetine bağlı olarak- kimi durumlarda kıyı devletinin kimi durumlarda diğer devletlerin hak ve yetkileri kapsamında değerlendirilmektedir. Her ne kadar Sözleşme belirtilen faaliyetin hukukî durumunu (kimin yetkisine girdiğini) açıkça düzenlemese de, bu neticeye ilgili hükümlerin (özellikle m. 56 ve 58) yorumlanmasıyla ulaşılmaktadır. Bu noktada şu sonuca da varılmalıdır: Sözleşmenin kıyı devletini veya diğer devletleri yetkili kılmadığı (ve uyuşmazlık durumunda m. 59 çerçevesinde incelenmesi

¹⁸⁹ UAD'ye göre, hakkaniyetin ortaya çıkardığı adalet, soyut adalet değildir, aksine hukukun üstünlüğünün/gereğinin öngördüğü adalettir; uygulanması tutarlılık ve bir ölçüde öngörülebilirlik arz etmelidir. Her ne kadar bu esas, somut olayın koşullarına yoğunlaşsa da, daha genel ilkeleri de göz ardı etmez. *Case Concerning the Continental Shelf*, Judgment of 03.06.1985, p. 45.

¹⁹⁰ MEB'de yakıt ikmal faaliyetlerinin hukukî durumunun nisbeten daha belirsiz olduğu (*The M/V "Virginia G" Davası*na ilişkin karardan önceki dönemlerde kimi yazarlar, 59. maddenin sorunun çözümünde rol oynayabileceğini savunmuştur. Bu çerçevede *Lauterpacht*'a göre, m. 59'da belirtilen menfaatler dikkate alındığında, MEB'de yakıt ikmal faaliyetleriyle ilgili olarak kıyı devletinin (mesela çevrenin korunması hususundaki) menfaatleri bayrak devletinkilerden daha önemli sayılabilecektir. *Lauterpacht*, "First Decision," 414. Yine yukarıda belirttiğimiz üzere, *Lagoni*, MEB'de yakıt ikmal faaliyetleri bakımından Sözleşmede bir hukukî boşluk bulunmadığını, daha çok devletlere hak ve yetkiler veren maddelerin yorumlanmasına ihtiyaç duyulduğunu belirtip, meselenin çözümünde m. 59'dan "kıyas yoluyla" yararlanılmasını önermiştir. *Lagoni*, "Offshore Bunkering," 623, 627. *Anderson* da, m. 59'un ne anlama geldiği açık olmayan ve uygulanması zor ifadeler içerse de gelecekteki kimi uyuşmazlıkların çözümünde önemini gösterebileceğini belirtmiştir. *Anderson*, "Coastal State Jurisdiction," 108.

gereken) faaliyetlerde bulunan gemilere yakıt sağlamak da 59. madde kapsamında değerlendirilmelidir.

MEB’de yakıt ikmal faaliyetleri bakımından 59. maddenin uygulanabildiği durumlarda, devletlerin yetkileri maddedeki noktalara göre belirlenir. Konunun hakkaniyet temelinde değerlendirilmesinde devlet uygulamaları da (mesela, ilgili faaliyetlere itirazda bulunmayarak zımnî muvafakatin (*acquiescence*) varlığı) dikkate alınabilir. Ayrıca 59. madde, hem aralarında uyuşmazlık meydana gelen tarafların hem de uluslararası toplumun menfaatlerini hesaba katmayı ve dengelemeyi gerektirir. Deniz çevresinin korunması -ilgili kıyı devleti ve bayrak devleti dâhil- uluslararası toplumun genelinin 59. madde çerçevesinde dikkate alınabilecek menfaatleri arasında özellikle sayılmalıdır.¹⁹¹ Öte yandan, yakıt ikmalinin, duruma göre, uluslararası ticaretin kesintisiz/süratli bir şekilde yürütülmesine katkı sağlayabileceği, uluslararası toplumun menfaatine olabileceği de hesaba katılabilir.¹⁹² Bayrak devletinin de, gemilerinin engellenmeksizin seyrüsefer yapabilmesi ve işletilebilmesi hususundaki hukukî ve ekonomik yararları göz önünde bulundurulabilir.¹⁹³

¹⁹¹ Bu menfaat, aynı zamanda genel bir örf ve âdet normu olan m. 192’de düzenlenen yükümlülüğün de kaynağıdır. Buna göre, “Devletlerin deniz çevresini koruma ve muhafaza etme yükümlülüğü vardır.”

¹⁹² Anlaşılacağı üzere, kıyı devleti ile uluslararası toplumun menfaatleri, bir konuda (mesela çevrenin korunmasında) birleşebileceği gibi, bir diğer konuda ayrışabilecektir.

¹⁹³ Testa, “Coastal State Regulation of Bunkering,” 368-369. Farklı tarafların 59. madde uygulanırken dikkate alınabilecek menfaatleri hakkında benzer değerlendirmeler için bkz. Lagoni, “Offshore Bunkering,” 623-626. Başlarda aktarıldığı üzere Testa, MEB’de gemiden gemiye taşıma maksadıyla petrol transferlerinin 59. madde çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Yazarın ayrıca belirttiği üzere, denizde petrol depolama (*offshore storage of oil*) amacıyla kullanılan gemilerin (tankerlerin) seyrüsefer için ihtiyaç duyduğu yakıtın onlara sağlanması durumunda, yakıt ikmali

SONUÇ

İlk defa BMDHS'yle çok taraflı bir şekilde kodifiye edilen MEB, kendine özgü kurallara tâbi bir deniz alanıdır. Sözleşmenin 5. Bölümü MEB'e özgülenmekle birlikte, diğer kısımlardaki hükümler de göndermeler veya özel hususlara ilişkin düzenlemeler dolayısıyla ilgili olabilmektedir. Bu deniz alanının tesis edilmesinin temel amacı, kıyı devletine özellikle bölgedeki doğal kaynakları araştırma, işletme/kullanma, muhafaza ve idare etmede egemen haklar sağlamaktır. Bunun yanında, kıyı devletinin bölgenin ekonomik yönden işletilmesi hususunda aynı mahiyette haklara ve ayrıca -deniz çevresinin korunması gibi- kimi hususlarda özel yetkiye sahip olduğu da kabul edilmiştir. Buna karşılık, diğer devletlerin açık denizlerde geçerli kimi serbestliklerden ve bunlarla bağlantılı denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımlarından, Sözleşmenin ilgili kurallarına tâbi olarak, yararlanacağı

ile seyrüsefer serbestliği arasında -salt geçiş yapan gemilere yakıt ikmali durumunda olduğu kadar- güçlü bir bağlantı bulunmaz. MEB'de yürütülen denizde petrol depolama faaliyetleri kıyı devletinin egemen hakları veya yetkisi kapsamına da girmediğinden, bu tip faaliyette kullanılan gemilere MEB'de yakıt sağlanması 56. veya 58. madde yerine 59. madde çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu konuda özellikle kıyı devletinin ne tür yetkiler kullanabileceğini ve muhtemel yetkilerinin sınırlarını saptamak gerekebilir. Bu bağlamda, bayrak devletinin -gemilerinin engellenmeden işletilmesindeki- menfaati göz ardı edilmeden, kıyı devletinin özellikle deniz çevresinin korunması amacıyla ve iyiniyet prensibini de gözeterek makul ve ölçülü önlemler alabileceği kabul edilebilir. Mesela kıyı devletinin, MEB'de bu tip yakıt ikmal faaliyetleri için önceden bildirimde bulunulmasını talep etmesi, önleme ilkesinin -kirliliğin önlenmesi veya kirlilikle mücadele için gerekli olabilecek tedbirlerin alınmasına imkân veren- makul bir uygulaması olarak mütalaa edilebilir. Hatta külfetli olmakla birlikte, onların ilgili kural ve standartlara uygunluklarını baştan sağlamak için kıyı devletince ruhsata tâbi tutulabileceği de öne sürülebilir. Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 377. Denizde petrol depolama faaliyetleri hakkında genel bilgiler için bkz. Testa, "Coastal State Regulation of Bunkering," 364-365.

öngörülmüştür. Her bir tarafın ötekinin hak ve ödevlerine gereği gibi saygı duyacağı, bir başka deyişle karşılıklı saygı yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Ayrıca, Sözleşme, MEB'de kıyı devletine veya diğer devletlere haklar veya yetkiler veren maddelerin uygulama alanına girmeyen hususlarda çıkabilecek uyuşmazlıkların, olayın özellikleri ve ilgili bütün tarafların menfaatleri gözetilerek hakkaniyet temelinde çözülmesini gerektirmektedir. Ayrıntılı ve taraflar arasında -MEB'in *sui generis* rejimine uygun şekilde- denge sağlamayı hedefleyen düzenlemelere rağmen, ilgili hükümlerin yoruma açık ifadeler içerip Sözleşmenin diğer hükümleriyle birlikte değerlendirilmeyi gerektirmesi ve denizin -Sözleşmenin hazırlandığı dönemde mütalaa edilmeyen- yeni faaliyetler çerçevesinde kullanılması, MEB'deki kimi faaliyetler bakımından kimin hangi kapsamda yetkili olduğu hususunda görüş ayrılıkları ve uluslararası uyuşmazlıklar doğurabilmektedir. MEB'de yakıt ikmal faaliyetleri de bunlardan biridir.

MEB'de yakıt ikmali, ticarî bir iş olup, yakıt sağlanan gemilere de limanlara uğramaksızın ihtiyaçlarını denizde karşılama ve ilgili faaliyetlerine daha fazla yoğunlaşma gibi avantajlar sağlar. Bu faaliyetler, BMDHS'de açık bir şekilde düzenlenmese de, duruma göre, kıyı devleti hak, yetki ve görevlerini düzenleyen m. 56, diğer devletlerin hak ve görevlerini belirten m. 58 ya da bakiye hak ve yetkilere ilişkin meselelerin çözümüne dair esaslar getiren m. 59 hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilir görünmektedir. UDHM de, *The M/V "Saiga" (No. 2) Davası*nda Sözleşmenin kıyı devletinin (malî menfaatleri korumaya yönelik) gümrük düzenlemelerini MEB'e teşmil etmesine prensip olarak imkân vermediğine, *The M/V "Virginia G" Davası*ndaysa Sözleşme gereğince kıyı devletinin MEB'de balıkçılık yapan yabancı gemilere yakıt verilmesini düzenleyip, birtakım icraî yetkiler kullanabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, Sözleşme hükümlerine dayanıp, kimi devlet uygulamaları ile andlaşmalara da atıfta bulunarak, bu tip

ikmalin balıkçılığın kesintisiz şekilde sürdürülmesini desteklediğini (onunla ilgili bir faaliyet olduğunu) ve bahsedilen yetkinin kıyı devletinin bölgedeki doğal kaynaklar üzerindeki egemen haklarından kaynaklandığını belirtmiştir.

Yakıt ikmalinin yakıt verilen geminin o anki faaliyetine yardımcı bir faaliyet olduğu argümanına dayanan bu yaklaşımın uygun ve makul olduğu değerlendirilebilir. Öte yandan bu yaklaşım, sorunun standart bir kurala bağlanamayacağını, başka faaliyetlerde bulunan gemilere yakıt ikmal yapılmasının farklı bir şekilde nitelendirilebileceğini göstermektedir. Anlaşılacağı üzere, MEB'de yakıt ikmal faaliyetlerinin hukukî durumunu, genel ve soyut bir sonuca bağlamak yerine, işin şartlarına göre değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda kimileri m. 56, kimileriye m. 58'de düzenlenen hak ve yetkiler kapsamına girebilir; duruma göre m. 59'a istinaden çözüm bulmak da icap edebilir. Mesela, MEB'de -balıkçı gemileri dahil- salt seyir hâlindeki gemilere yakıt sağlanması hususunda kıyı devletinin prensip olarak yetkili olmayacağı belirtilebilir. Şunu da eklemek gerekir ki, kıyı devletinin MEB'deki hak ve yetkilerini etkilemeyen ve dolayısıyla yetkili olmadığı her faaliyet otomatik olarak diğer devletlerin bölgedeki serbestlikleri kapsamına girmez. Zira m. 58, başlıca üç serbestliği açıkça belirtip, MEB'de diğer devletlerin -ancak bunlarla bağlantılı olan- denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımlarından da istifade edeceğini öngörmekte; ayrıca 59. madde de, Sözleşmenin bölgede hiçbir devlete vermediği hak ve yetkilerden söz etmektedir. Örneğe dönecek olursak, bu tip bir yakıt ikmalinin -seyrüsefer olarak addedilmesi uygun görünmediğinden, 58. maddede açıkça belirtilen serbestlikler (mesela seyrüsefer serbestliği) içerisinde değerlendirilemese de- neye hizmet ettiği/hangi ihtiyacı karşıladığı dikkate alındığında, maddenin denizin uluslararası hukuka uygun diğer kullanımları için aradığı (örnekte seyrüsefer serbestliğiyle) bağlantı şartını da karşıladığı mütalaa edilebilir. Buradan çıkan bir başka sonuç da, MEB'de yakıt ikmalinin, kıyı devletinin bölgedeki hak ve yetkilerini etkilemese

de belirtilen tarzda bir bağlantısının bulunmadığı (Sözleşmenin kıyı devletini veya diğer devletleri yetkili kılmadığı faaliyetlerde bulunan gemilere yönelik olduğu) durumlarda 59. madde çerçevesinde nitelendirilmesinin uygun olacaktır.

Bütün bunların yanında, kıyı devletinin -sınırlı ve kullanımı sıkı şartlara bağlı görünmekle birlikte- deniz çevresinin korunması hususundaki yetkilerinin, yakıt verilen geminin faaliyeti önemli olmaksızın sorunun değerlendirilmesinde -UDHM şimdiye değin bundan kaçınsa da- dikkate alınabileceği ve duruma göre geniş bir şekilde yorumlanmaya da müsait olduğu hatırdadır tutulmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author received no financial support for this study.

Conflict of Interest: There is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), ICJ, Judgment of 19.12.1978.
- Akehurst, Michael ve Alexander Orakhelashvili. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Routledge, 2019.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*. Cilt: 1. Seçkin Yayınevi, 2021.
- Allen, Craig H. "Law of the Sea Tribunal Implies A Principle of Reasonableness in UNCLOS Article 73." *OpinioJuris*, 17.04.2014. <http://opiniojuris.org/2014/04/17/guest-post-law-sea-tribunal-implies-principle-reasonableness-unclos-article-73/>.
- Anderson, David. "Coastal State Jurisdiction and High Seas Freedoms in the EEZ in the Light of the Saiga Case." İç. *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*. Editör Clive R. Symmons. 105-115. Martinus Nijhoff, 2011.
- Anderson, David. *Modern Law of the Sea: Selected Essays*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Andreone, Gemma. "The Exclusive Economic Zone." İç. *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Editör Donald R. Rothwell, Alex G. Oude Elferink, Karen N. Scott ve Tim Stephens. 159-180. Oxford University Press, 2015.
- Aqorau, Transform. "Illegal Fishing and Fisheries Law Enforcement in Small Island Developing States: The Pacific Islands Experience." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 15 (2000): 37-63.
- Arias Schreiber, Alfonso. "The Exclusive Economic Zone: Its Legal Nature and the Problem of Military Uses." İç. *The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective*. Editör Francisco Orrego Vicuña. 123-139. Westview Press, 1984.

- Attard Camilleri, Frank-Luke Matthew. *The Application of the High Seas Regime in the Exclusive Economic Zone*. Hamilton Books, 2018.
- Bal, Ali. "Devletin Uluslararası Sorumluluğa Ağırlıklı Olarak Diplomatik Himaye Çerçevesinde Başvurması: İç Başvuru Yollarının Tüketilmesi Şartının Uygulanabilirliği." *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 79/2 (2021): 543-597.
- Bal, Ali. *Uluslararası Hava Hukuku - Hava Sahasının Hukukî Rejimi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Bateman, Sam. "Hydrographic Surveying and Marine Scientific Research in Exclusive Economic Zones." *İç. Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*. Editör Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore. 105-131. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Beckman, Robert ve Tara Davenport. "The EEZ Regime: Reflections after 30 Years." *İç. LOSI Conference Papers: Securing the Ocean for the Next Generation*. Editör Harry N. Scheiber ve Moon Sang Kwon. 2012.
- Black's Law Dictionary*. Editör Bryan A. Garner. West Publishing Co., 2009.
- Burnett, Douglas R., Tara M. Davenport ve Robert C. Beckman. "Overview of the International Legal Regime Governing Submarine Cables." *İç. Submarine Cables: The Handbook of Law and Policy*. Editör Douglas R. Burnett, Robert C. Beckman ve Tara M. Davenport. 63-90. Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- Büyük, Mehmet Emin. *Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), ICJ, Judgment of 03.06.1985.
- Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), ICJ, Judgment of 24.02.1982.

- Castañeda, Jorge. "Negotiations on the Exclusive Economic Zone at the Third United Nations Conference on the Law of the Sea." *İç. Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*. Editör Jerzy Makarczyk. 605-623. Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Arbitral Tribunal, Award of 18.03.2015.
- Churchill, Robin ve Vaughan Lowe. *The Law of the Sea*. Manchester University Press, 1988.
- Churchill, Robin. "Revealing a Mosaic: International Jurisprudence concerning the Non-Fisheries Elements of the Exclusive Economic Zone Regime." *İç. The Development of the Law of the Sea Convention The Role of International Courts and Tribunals*. Editör Øystein Jensen. 48-72. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford University Press, 2019.
- Çamyamaç, Anıl. *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açından Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu*. Adalet Yayınevi, 2012.
- Dupuy, René-Jean ve Daniel Vignes. *A Handbook on the New Law of the Sea*. Cilt 1. Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), ICJ, Judgment of 25.07.1974.
- Francioni, Francesco. "Equity in International Law." *MPEPIL* (Haziran 2013).
- Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), ICJ, Judgment of 22.12.1986.
- Galdorisi, George V. ve Alan G. Kaufman, "Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflicts." *California Western International Law Journal* 32 (2002): 253-301.
- Gao, Zhiguo. "China and the Law of the Sea." *İç. Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*. Editör

- Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore. 265-295. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Gavouneli, Maria. *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Goodman, Camile. "Rights, Obligations, Prohibitions: A Practical Guide to Understanding Judicial Decisions on Coastal State Jurisdiction over Living Resources in the Exclusive Economic Zone." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 32 (2017): 1-27.
- Guifang, Xue. "Marine Scientific Research and Hydrographic Survey in the EEZs: Closing up the Legal Loopholes?." *İç. Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*. Editör Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore. 209-225. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar*. Beta Yayınları, 2003.
- Harrison, James. "Article 73." *İç. United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*. Editör Alexander Proelss. 556-563. Nomos, 2017.
- Harrison, James. "Safeguards against Excessive Enforcement Measures in the Exclusive Economic Zone: Law and Practice." *İç. Jurisdiction over Ships: Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*. Editör Henrik Ringbom. 217-247. Brill-Nijhoff, 2015.
- Harrison, Trevor. *Legal Issues in Bunkering: An Introduction to the Law Relating to the Sale and Use of Marine Fuels*. Petrosport Limited, 2011.
- Hayashi, Moritaka. "Military and Intelligence Gathering Activities in the EEZ: Definition of Key Terms." *Marine Policy* 29 (2005): 123-137.
- ILC, "Articles concerning the Law of the Sea with Commentaries." *Yearbook of the ILC* (1956/2).

- Ishii, Yurika. "Comments on ITLOS, M/T "San Padre Pio" Case (Switzerland v. Nigeria), Provisional Measures Order (6 July 2019)." *EJIL: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/comments-on-itlos-m-t-san-padre-pio-case-switzerland-v-nigeria-provisional-measures-order-6-july-2019/>.
- Jakobsen, Ingvild Ulrikke. *Marine Protected Areas in International Law: An Arctic Perspective*. Brill Nijhoff, 2016.
- Jennings, Robert ve Arthur Watts. *Oppenheim's International Law Cilt 1: Peace*. Longman, 1996.
- Klein, Natalie. *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*. Cambridge University Press, 2004.
- Koh, Tommy T. B. "Remarks on the Legal Status of the Exclusive Economic Zone." İç. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*, Editör Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore. 53-55. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Koh, Tommy T. B. "The Exclusive Economic Zone." *Malaya Law Review* 30 (1988): 1-33.
- Kopela, Sophia. "The 'Territorialisation' of the Exclusive Economic Zone: Implications for Maritime Jurisdiction." <https://www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences-/sos/s_kopela_paper.pdf>.
- Kuran, Selami. *Uluslararası Deniz Hukuku*. Beta Yayınları, 2014.
- Kwiatkowska, Barbara. "Military Uses in the EEZ: A Reply." *Marine Policy* 11 (1987): 249-250.
- Kwiatkowska, Barbara. *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*. Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- La Fayette, Louise de. "ITLOS and the Saga of the Saiga: Peaceful Settlement of a Law of the Sea Dispute." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 15 (2000): 355-392.
- Lagoni, Rainer. "Offshore Bunkering in the Exclusive Economic Zone." İç. *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*. Editör

- Tafsir Malick Ndiaye ve Rüdiger Wolfrum. 613-627. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Lauterpacht, Eli. "The First Decision of the International Tribunal for the Law of the Sea: the M/V Saiga." İç. *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*. Editör Gerhard Hafner ve diğerleri. 395-418. Kluwer Law International, 1998.
- Leanza, Umberto ve Maria Cristina Caracciolo. "The Exclusive Economic Zone." İç. *The IMLI Manual on International Maritime Law*, Cilt 1: The Law of the Sea. Editör David J. Attard, Malgosia Fitzmaurice ve Norman A. Martínez Gutiérrez. 177-216. Oxford University Press, 2014.
- Limão, Lourenço. "Bunkering in the EEZ." *Academia*, 2015. https://www.academia.edu/18935625/Bunkering_in_the_EEZ.
- Lowe, Vaughan. "The Role of Equity in International Law." *Australian Year Book of International Law* 12 (1992): 54-81.
- Lupinacci, Julio Cesar. "The Legal Status of the Exclusive Economic Zone in the 1982 Convention on the Law of the Sea." İç. *The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective*. Ed. Francisco Orrego Vicuña. 75-121. Westview Press, 1984.
- Nelson, Dolliver. "Exclusive Economic Zone." *MPEPIL* (Mart 2008).
- Nordquist, Myron H., Satya N. Nandan, Shabtai Rosenne ve Neal R. Grandy. *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*. Cilt 2. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Orrego Vicuña, Francisco. *The Exclusive Economic Zone: Regime and Legal Nature under International Law*. Cambridge University Press, 1989.
- Oxman, Bernard H. "Jurisdiction of States." İç. *EPIL*. Cilt 3. Editör R. Bernhardt. 55-60. Elsevier, 1997.

- Oxman, Bernard H. ve Vincent P. Cogliati-Bantz. "The M/V "Saiga" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment (ITLOS Case No. 2)." *AJIL* 94 (2000): 140-150.
- Oxman, Bernard H. ve Vincent P. Cogliati-Bantz. "The M/V "Virginia G" (Panama/Guinea-Bissau)." *AJIL* 108 (2014): 769-775.
- Özman, Aydoğan. *Deniz Hukuku I*. Turhan Kitabevi, 2006.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Turhan Kitabevi, 2019.
- Pedrozo, Raul. "Military Activities in and over the Exclusive Economic Zone." İç. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*. Editör Myron H. Nordquist, Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore. 235-248. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Peiris, Nuwan. "Bunkering in the Exclusive Economic Zone and on the High Seas under the Law of the Sea Convention: An Entangling Experiment with Saiga, Virginia G, Norstar and San Padre Pio." *Ocean Yearbook* 35 (2021): 423-442.
- Pirim, Ceren Zeynep. "Uluslararası Hukukta Hakkaniyetin Normatif Niteliği." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 26 (2016): 169-201.
- Proelss, Alexander. "Article 55." İç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*. Editör Alexander Proelss. 408-418. Nomos, 2017.
- Proelss, Alexander. "Article 56." İç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*. Editör Alexander Proelss. 418-437. Nomos, 2017.
- Proelss, Alexander. "Article 58." İç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*. Editör Alexander Proelss. 458-463. Nomos, 2017.
- Proelss, Alexander. "Article 59." İç. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*. Editör Alexander Proelss. 458-463. Nomos, 2017.

- Proelss, Alexander. "The Law on the Exclusive Economic Zone in Perspective: Legal Status and Resolution of User Conflicts Revisited." *Ocean Yearbook* 26 (2012): 87-112.
- Quince, Charles. *The Exclusive Economic Zone*. Vernon Press, 2019.
- Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), ITLOS, Advisory Opinion of 02.04.2015.
- Roach, J. Ashley ve Robert W. Smith. *Excessive Maritime Claims*. Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Rothwell, Donald R. ve Tim Stephens. *The International Law of the Sea*. Hart Publishing, 2010.
- Scalieri, Erietta. "Discretionary Power of Coastal States and the Control of Its Compliance with International Law by International Tribunals." *İç. Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*. Editör Angela Del Vecchio ve Roberto Virzo. 349-381. Springer, 2019.
- Schatz, Valentin J. "Combating Illegal Fishing in the Exclusive Economic Zone: Flag State Obligations in the Context of the Primary Responsibility of the Coastal State." *Goettingen Journal of International Law* 7 (2016): 383-414.
- Shaw, Malcolm. *International Law*. Cambridge University Press, 2017.
- Shearer, Ivan. "Oceans Management Challenges for the Law of the Sea in the First Decade of the 21st Century." *İç. Oceans Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses*. Editör Alex G. Oude Elferink ve Donald R. Rothwell. 1-17. Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- Skaridov, Alexander. "Military Activity in the EEZ: Exclusive or Excluded Right?." *İç. Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*. Editör Myron H. Nordquist,

- Tommy T. B. Koh ve John Norton Moore. 249-264. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Sohn, Louis B. *Cases and Materials on the Law of the Sea*. Brill Nijhoff, 2014.
- Stylianidou, Yiouli. "Bunkering in the EEZ: An Aspect of the High-Seas Freedom of Navigation?." *Mondaq*. <https://www.mondaq.com/cyprus/marine-shipping/994936/bunkering-in-the-eez-an-aspect-of-the-high-seas-freedom-of-navigation>.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. Beta Yayınları, 2020.
- Tanaka, Yoshifumi. "Jurisdiction of States and the Law of the Sea." İç. *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*. Editör Alexander Orakhelashvili. 110-150. Edward Elgar Publishing, 2015.
- Tanaka, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. Cambridge University Press, 2019.
- Testa, David. "Coastal State Regulation of Bunkering and Ship-to-Ship (STS) Oil Transfer Operations in the EEZ: An Analysis of State Practice and of Coastal State Jurisdiction Under the LOSC." *Ocean Development & International Law* 50 (2019): 363-386.
- Testa, David. "Comments on Coastal and Flag State Jurisdiction in the M/T "San Padre Pio" Dispute." *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/comments-on-coastal-and-flag-state-jurisdiction-in-the-m-t-san-padre-pio-dispute/>.
- The "Monte Confurco" Case (Seychelles v. France), ITLOS, Dissenting Opinion of Judge Anderson of 18.12.2000.
- The "Monte Confurco" Case (Seychelles v. France), ITLOS, Judgment of 18.12.2000.
- The M/T "San Padre Pio" Case (Switzerland v. Nigeria), ITLOS, Declaration of Judge Kittichaisaree of 06.07.2019.
- The M/T "San Padre Pio" Case (Switzerland v. Nigeria), ITLOS, Order of 06.07.2019.

- The M/T "San Padre Pio" Case (Switzerland v. Nigeria), ITLOS, Separate Opinion of Judge ad hoc Murphy of 06.07.2019.
- The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy), ITLOS, Judgment of 04.11.2016.
- The M/V "Norstar" Case (Panama v. Italy), ITLOS, Judgment of 10.04.2019.
- The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Separate Opinion of Judge Vukas of 01.07.1999.
- The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Separate Opinion of Judge Laing of 01.07.1999.
- The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Separate Opinion of Judge Anderson of 01.07.1999.
- The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Judgment of 01.07.1999.
- The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Memorial Submitted by Saint Vincent and the Grenadines of 19.06.1998.
- The M/V "Saiga" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Separate Opinion of Judge Zhao of 01.07.1999.
- The M/V "Saiga" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Dissenting Opinion of Judge Anderson of 04.12.1997.
- The M/V "Saiga" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Dissenting Opinion of Vice-President Wolfrum and Judge Yamamoto of 04.12.1997.
- The M/V "Saiga" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS, Judgment of 04.12.1997.

- The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau), ITLOS, Joint Dissenting Opinion of Vice-President Hoffmann and Judges Marotta Rangel, Chandrasekhara Rao, Kateka, Gao and Bouguetaia of 14.04.2014.
- The M/V “Virginia G” Case (Panama/Guinea-Bissau), ITLOS, Judgment of 14.04.2014.
- The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People’s Republic of China), Arbitral Tribunal, Award of 12.07.2016.
- Thirlway, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford University Press, 2019.
- Topsoy, Fevzi. “Münhasır Ekonomik Bölgede Yürütülen Yabancı Askeri Faaliyetlerin Hukuki Niteliği.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (2012): 217-265.
- Tütüncü, Ayşe Nur. “Milletlerarası Hukukta Denizde Bilimsel Araştırmanın Farklı ve Çakışan Deniz Alanlarında Yönetimine Genel Bir Bakış.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25/2 (2019) (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı): 1358-1388.
- UN Doc. A/CONF.62/L.12/Rev.1: Note by the President of the Conference, 02.08.1976.
- Valencia, Mark J. ve Kazumine Akimoto. “Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone.” *Marine Policy* 30 (2006): 704-711.
- Walker, George K. *Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention*. Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Wegelein, Florian. *Marine Scientific Research: The Operation and Status of Research Vessels and Other Platforms in International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Yang, Haijiang. *Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships in Internal Waters and the Territorial Sea*. Springer, 2006.

Çevrimiçi Kaynaklar

- <<http://www.fao.org/>>
- <<https://ihl-databases.icrc.org/>>
- <<https://reliefweb.int/>>
- <<https://treaties.un.org/>>
- <<https://www.icj-cij.org/>>
- <<https://www.imo.org/>>
- <<https://www.itlos.org/>>
- <<https://www.itopf.org/>>
- <<https://www.resmigazete.gov.tr/>>

CİNSEL SAPMA TEŞKİL EDEN ZİHİNSEL BOZUKLUKLARIN (PARAFİLİLERİN) FAILİN KUSUR YETENEĞİNE ETKİSİ*

The Effect of Sexual Deviation Mental Disorders (Paraphilias) on Perpetrators Criminal Capacity

Mehmet Emre YILDIZ**

Öz

Değişik ruhsal bozuklukları içeren cinsel yönelim bozuklukları (parafilik bozukluklar), ceza hukukunda kusur yeteneğinin değerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir. Bu bozuklukların etkisiyle oluşan failin dürtü kontrolünü gerçekleştirememesi ya da davranışlarını kontrolde zorlanması gibi hususlar konunun kusur yeteneği ile ilişkisini ortaya koymaktadır. Failin bu ruhsal bozuklukların etkisiyle suç teşkil eden bir fiili işlemesi durumunda kusur yeteneği hakkında nasıl karar verileceğinin tartışılması gerekmektedir. Bu tartışmalar sonucunda nihai kararı verecek olan


* Bu makale 2019 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde başarılı bulunan "Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi" adlı doktora tezinden üretilmiştir. Makale, üniversitelerin atanma kriterlerinde bulunan "doktora tezinden üretilmiş makale" şartını karşılamak üzere hazırlanmıştır.

** Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı), yildizmehmetemre@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9969-7730.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 02.03.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 13.04.2022.

Atf/Citation: Yıldız, Mehmet Emre. "Cinsel Sapma Teşkil Eden Zihinsel Bozuklukların (Parafililerin) Failin Kusur Yeteneğine Etkisi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2022): 96-211.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

mahkeme kusur yeteneğinin etkilenmemiş olduğuna, azalmış kusur yeteneği bulunduğu ya da kusur yeteneğinin bulunmadığına karar verecektir. Kusur yeteneği hakkında olması gerektiği şekilde karar verilebilmesi için adli psikiyatri bilirkişisi ile nihai kararı verecek olan mahkeme arasında yakın bir iletişim ilişkisinin kurulması gerekmektedir. Bu çalışmada cinsel yönelim bozukluklarının türleri açısından failin kusur yeteneğinin adli psikiyatrik ve hukuki açıdan nasıl değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Sapma Bozuklukları, Parafili, Kusur Yeteneği, Adli Psikiyatri Bilirkişisi, Ceza Sorumluluğu.

Abstract

Sexual preference disorders (Paraphilic disorders) which include variety of different kind of mental disorders, are important in terms of assesment of criminal capacity in criminal law. Issues such as the perpetrator's inability to control his/her impulses or to have difficulty in controlling his/her behaviors, which occur as a result of these mental disorders, reveal the relationship of the issue with criminal capacity. It is necessary to discuss how the criminal capacity will be determined when the perpetrator commits a crime under the influence of these disorders. As a result of these discussions, the court will decide whether the criminal capacity is not affected, diminished or not. In order for the criminal capacity to be determined properly, close cooperation between the forensic psychiatry expert and the court that will maket he final decision, is essential. In this study, it is discussed how the criminal capacity of the perpetrator should be evaluated from a forensic psychiatric and legal perspective in terms of the types of paraphilic disorders.

Key Words: Sexual Deviations, Paraphilia, Criminal Capacity, Forensic Psychiatric Expert, Criminal Liability.

GİRİŞ

Cinsel alanda “normal” ve “anormal” arasındaki sınırın nasıl belirleneceği sorunu hem psikiyatride hem de hukuk disiplininde öteden beri tartışılan bir konudur. Bir davranışın anormal olarak nitelendirilmesi ve “hastalık” olarak kabul edilmesi durumunda, şayet davranış ceza hukukunda bir ceza normunu ihlal etmekteyse, tartışmalar ceza hukuku alanını da yakından ilgilendirmektedir. Zira bu tartışmalar ceza hukukunun işlevini yerine getirmesi bakımından olmazsa olmaz niteliğe sahip olan meşru ve adil bir cezalandırma yapılabilmesi için önemli rol oynamaktadır.

Cinsel yönelim bozuklukları (parafilik bozukluklar) üst başlığı ile ifade edilen cinsel sapma zihinsel bozuklukları, içerisinde barındırmış olduğu değişik bozuklukların ceza hukukunda korunan çeşitli hukuksal değerleri ihlal etmeleri bakımından ön plana çıkmaktadır. Bu bozukluklara sahip failin gerçekleştirmiş olduğu fiillerde bozukluğun türüne göre, başta cinsel özerklik ve çocukların korunması olmak üzere, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, ölen kişinin kişilik hakkının ölümden sonraki etkisi, yaşam hakkı, bedensel bütünlük, mülkiyet hakkı gibi çeşitli korunan değerler ihlal edilebilecektir. Söz konusu hukuki değerleri ihlal eden davranışların failde bulunan cinsel sapma bozukluğunun etkisi altında işlenmesi halinde, failin kusur yeteneğinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Failin kusur yeteneğinin belirlenebilmesi için, öncelikle gerçekleştirilen fiil nedeniyle hukuki anlamda “kınanabilirlik” olarak anlaşılan failin kusurunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceza hukukunda failin “kusurlu” davranmış olduğunun kabul edilebilmesi için, failde birtakım özelliklerin bulunması gerekmektedir. Bu özellikler ise ceza hukukunda “kusur yeteneği” kavramı ile ifade edilmektedir.

Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklara sahip olan failin, bu bozuklukların etkisiyle gerçekleştirmiş olduğu fiillerde kusur yeteneği hakkında karar verilebilmesi için, öncelikle TCK m.32 (akıl hastalığı) düzenlemesi uyarınca failin kusur yeteneği sorgulanmalıdır. Bu sorunun merkezinde çözümü teknik ve uzmanlık gerektiren bir konu bulunduğundan mahkemenin adli psikiyatri bilirkişisi görevlendirmesi gerekmektedir. Bu görevlendirme neticesinde failde bulunan cinsel sapma bozukluğu etkisiyle gerçekleştirmiş olduğu fiil üzerinden kusur yeteneği, adli psikiyatri bilirkişisi yardımıyla mahkeme tarafından değerlendirilip karara bağlanacaktır.

Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklarda failin sahip olduğu bozukluk etkisiyle cinsel dürtülerini ve bu dürtülerin neden olduğu davranışları kontrol edemediği ya da kontrolde zorlandığı gerekçesiyle kusur yeteneği sorgulanmaktadır. Kural olarak bu bozukluklara sahip olan kişilerde fiilin haksızlığını algılama yeteneği mevcuttur. Bir başka deyişle bu kişiler dürtülerinin neden olduğu fiillerin hukuk düzenince yasaklanmış olduğu ve hukuk düzeniyle çeliştiği algısına sahiptirler. Ancak sahip olunan bu haksızlık bilinci, kişilerin davranışlarını ceza normunu ihlal etmeyecek şekilde düzene sokmaya yetmemektedir. Sahip olunan cinsel sapma teşkil eden bozukluklar ilgili kişide dürtü kontrolünü ve davranışları hayata geçiren mekanizmaları olumsuz yönde etkilediği için, kişi ceza normunu ihlal davranışını gerçekleştirebilmektedir. Bu nedenle belirtilen durumlarda failin kusur yeteneği değerlendirilmelidir.

Belirtilen nedenlerle çalışmada cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozuklukların türleri, bu bozuklukların neden olduğu fiillerde kusur yeteneğinin adli psikiyatrik ve normatif (hukuki) bakış açısıyla nasıl ele alındığı farklı görüşler çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

I. CİNSEL SAPMA TEŞKİL EDEN ZİHİNSEL BOZUKLUKLAR

A. Kavram ve Genel Açıklamalar

Bir kişinin cinsel anlamda anormal¹ arzularını ifade etmek bakımından üzerinde uzlaşmış bir üst başlığın olmadığı söylenebilir. Cinsel bozuklukların bir türü² olan anormal cinsel yönelimleri ifade etmek bakımından psikiyatri ve hukuk

¹ Normal cinselliğin sınırlarının ne olduğu tarihsel süreç içinde değişikliklere uğramıştır. Tarihsel olarak bu sorular 19. yüzyılın sonunda ilk kez ortaya atılmıştır. Özellikle Krafft-Ebing "*Psychopathia sexualis*" (v. Krafft-Ebing 1906) adlı eserinde cinsel sapma davranışlarının sınırlarını çizme ve bu davranışların psikiyatrik ve psikopatolojik belirginliklerinin tanımlanmasına yoğunlaşmıştır. Kendisine göre normal cinsellik, açıkça üremeye ilgilidir. Schorsch (1971), sosyal normdan sapan cinsel davranışlara patoloji damgasını vuran ve sosyal sapmanın ve hastalıklarla eşleştirildiği bu cinsel patoloji yaklaşımını eleştirmiştir. Normal cinselliğin yanında cinsel sapmaların dikkate alınması antropolojik psikiyatri sayesinde önemli bir ivme kazanmıştır. Gebattel'e (1962) göre cinsellik, "sevenin dünya-üzerinde-olmanın anlamının yerine gelmesi" olmaktadır. Bu tanıma göre sağlıklı cinsellik, "biz-oluşumuna", kişisel beraberlikler kurulmasına hizmet etmektedir. Aynı şekilde Beier (1995) gibi daha modern cinsel-tıbbi çalışmalar da, cinselliğin bu önemini odak noktası yapmaktadır. Beier, bir dizi cinsel sapmalar için asosyalliğe (disosyallik) kıyaslayıcı olarak *sosyal işlev bozukluğu kaynaklı cinsel sapma* terimini ortaya koymuştur ve bunu *cinsel alanda ortaya çıkan sosyal başarısızlık* olarak değerlendirmektedir. Normal cinsellik ya da "sapma ve cinsellik" süreçlerinin gelişimi için bkz. Norbert Nedopil, *Forensische Psychiatrie: Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht* (Stuttgart: Georg Thieme Yayınevi, 2007), 198.

² Cinsel bozukluklar, libidonun ve cinsel gücün/performansın olumsuz etkilenmesinin de dâhil olduğu işlevsel bozukluklar ve cinsel sapmalar (cinsel sapma, sapkınlık, parafili, paraseksüellik) olarak ayrılır. Bkz. Reinhard Haller, *Das psychiatrische Gutachten: Grundriss der Psychiatrie für Juristen, Sozialarbeiter, Soziologen, Justizbeamte, Psychotherapeuten, gutachterlich tätige Ärzte und Psychologen* (Wien: Manzsche Yayın ve Üniversite Kitabevi, 2008), 164-165.

terminolojisinde “cinsel sapma³ ya da seksüel deviasyon⁴ (Alm. *Sexuelle Abweichung/Sexuelle Deviation*, İng. *sexual deviation*)”, “cinsel parafili⁵ (Alm. *Sexuelle Paraphilie*)”, “cinsel yönelim

³ Öğretide bazı yazarlar, “cinsel davranış sapmaları (Alm. *Sexuelle Verhaltensabweichungen*)” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Heinz Schöch, “Die Schuldfähigkeit,” iç. *Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 1: Strafrechtliche Grundlagen der Forensischen Psychiatrie* (Heidelberg: Steinkopff Yayınevi, 2007), 125; Torsten Verrel, Alexander Linke ve Johannes Koranyi, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar 2. Band* (Berlin: De Gruyter Yayınevi, 2021), § 20, kn. 154. Nedopil ise, “sapkın cinsel davranış (Alm. *Abweichendes Sexualverhalten*)” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 198. Storr’a göre, sapma terimi sapmanın ortaya çıktığı normal bir standardı da gerekli kılar. Ama bu konuda hiçbir mutlak standart yoktur; çünkü normal diye nitelenen cinsellik anlayışı, ülkeden ülkeye, çağdan çağa değişiklik gösterir. Bkz. Anthony Storr, *Cinsel Sapmalar* (İstanbul: Yılmaz Yayınları, 1992), 11.

⁴ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 164.

⁵ Parafililerde kişinin çekici bulduğunda (*philia*) bir sapma (*para*) söz konusudur. Bkz. Gerald C. Davison ve John M. Neale, *Anormal Psikolojisi (Abnormal Psychology)* (Ankara: Türk Psikologlar Derneği Yayınları, 2004), 379. Parafili sözcüğü Eski Yunanca “alışlagelmişin dışında, ötesinde (*para*)” ve “aşk, sevgi” anlamına gelen (*philia*) kelimelerinin birleşiminden oluşmakta ve belirli bir zamanda ve toplumdaki norm ve değerlere göre atipik, alışılmamış cinsel ilgileri tanımlamak için kullanılmaktadır. Bkz. Sinan Tetik ve Koray Başar, “Gözetlemecilik Yakınması İle Başvuran Bir Erkek Eşcinselin Tanı ve Tedavi Süreci: Olgu Sunumu,” *Kriz Dergisi* 22, no: 1 (2014), 34. Biyomedikal bir terim olan parafili ilk kez 1903 yılında Friedrich Salomon Krauss tarafından kullanılmıştır. Parafili, 1908 ve daha sonra 1930 yıllarında Almanya’da Wilhelm Stekel tarafından yaygınlaştırılmıştır. Bkz. Nesrin Duman, “Parafililer ve DSM’lerdeki Seyri,” *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 9, no: 16, Yıl. 8 Aralık (2018), 1287. Parafililer, bariz şekilde sıkıntı (acı) veren veya olumsuz etkilenmelere neden olan veya çocukları ya da rıza göstermeyen yetişkinleri kapsayan, olağandışı cinsel tutkular barındıran bozukluklardır. Bkz. Anja Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen: Verstoß der §§ 20, 21*

StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG (Berlin: Lit Yayinevi, 2012), 311. Bazı yazarlar ise parafilii, olağan olmayan cinsel objeye karşı veya olağanın dışındaki şekillerde cinsel uyarılmaya neden olan yoğun (şiddetli) arzu/dürtü olarak tarif etmektedirler. Aktaran Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 311. Önceleri perversiyon, cinsel sapkınlık olarak adlandırılan parafililer, cinsel uyarılma ve orgazma ulaşmak için, kişinin gerçekte ya da hayalinde, olağandışı ya da toplum tarafından onaylanmayan bir uyarıcıya obsesif tarzda bağımlılık göstermesi ya da tekrarlayıcı şekilde cevap vermesi şeklinde tanımlanmaktadır. Cinsel hazı oluşturan fantaziler ve aktiviteler, aynı zamanda bozukluğun semptomudur. Bkz. Ali Bozkurt ve Zeynep Gülçat, "Parafililer," iç. *Psikiyatri Temel Kitabı* (Ankara: HYB Basım Yayın, 2007), 433. DSM-5'e göre, *parafili* terimi, genital uyarılmaya veya fenotipik olarak normal, fiziksel olarak olgun, rıza gösteren insan partnerlerle ön hazırlık niteliğindeki okşama/sevişmeye yönelik cinsel istek dışında kalan herhangi bir yoğun ve kalıcı cinsel isteği ifade eder. Bkz. American Psychiatric Association (APA), *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (Washington: American Psychiatric Publishing, 2013, 685. Ergenlik döneminde cinsel dürtüler hormonların etkisine bağlı olarak artar, geç ergenlik ve genç erişkinlikte doruk noktaya ulaşmaktadır. Psikanalitik kurama göre, daha önce bilinçdışında kalan veya ayırt edilemeyen dilek, fantezi ve dürtüler artan libidinal yatırım sonucu bilince yükselir. Cinsel dürtülerdeki bu artış cinsel davranışların ortaya çıkmasıyla sonuçlanır. Bu dönemdeki cinsellik ile ilgili davranışların hangisinin normal, hangisinin normal dışı olduğunun belirlenmesi önemlidir. Sıklıkla ergenlik döneminde başlayan parafililer, temel olarak bir kişinin cinsel açıdan uyarılabilmesi için, alışılmadık nesnelere, eylemler veya durumlar yoluyla yineleyici ve yoğun cinsel dürtü, fantezi ve davranışlara gereksinim duyması ile ortaya çıkan bozukluklardır. Bkz. Fatih Hilmi Çetin, Şahnur Şener, Elvan İşeri ve Hande Ayraller Taner, "Zekâ Geriliğine Bağlı Uygunsuz Cinsel Arayışlar veya Transvestik Fetişizm: Bir Olgu Sunumu," *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 16, (2015), 454-455. Parafililer, temel olarak bir kişinin cinsel açıdan uyarılabilmesi için, alışılmadık nesnelere, eylemler ya da durumları içeren tekrarlayıcı ve yoğun cinsel dürtü, fantezi ve davranışlara gereksinim duyması ile ortaya çıkan bozukluklardır. Bkz. Cem İncesu, "Cinsel İşlevler ve Cinsel İşlev Bozuklukları," *Klinik Psikiyatri Dergisi* 7, no: 3 (2004), 6.

bozuklukları⁶ (Alm. *Störungen der Sexualpräferenz*, İng. *sexual preferences*⁷), “psikoseksüel⁸ bozukluklar⁹”, “sosyal işlev bozukluğu niteliğinde cinsel davranış (Alm. *Dissexualität*)” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.¹⁰ Önceleri bu durumları karşılamak üzere “cinsel sapkınlık¹¹ (Alm. *Perversion*, İng. *Perversion*)” kavramının kullanıldığı da görülmektedir.

⁶ Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 310.

⁷ İngilizce “sexual preferences” ifadesinin “cinsel tercih bozuklukları” olarak çevrilmesi de mümkündür. Ancak bu kavram altında bulunan anormal cinsel sapkınlık teşkil eden eylemlere bakıldığında, bu ifadenin “cinsel yönelim bozuklukları” olarak çevrilmesi kanımızca daha yerinde olacaktır.

⁸ Kişinin cinselliği ve tüm kişiliği o kadar birbiri içine girmiştir ki, cinselliği ayrı bir antite olarak ele almak mümkün değildir. “Psikoseksüel” terimi, kişinin cinselliğinden etkilenen kişilik gelişimi ve işlevini belirtmek için kullanılmaktadır. Bkz. Harold I. Kaplan ve Benjamin J. Sadock, *Klinik Psikiyatri* (İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, 2004), 243.

⁹ Bu terim altında sadece sapkın cinsel davranış ve cinsel tercih bozuklukları yer almıyor, aynı zamanda anorgazmi ve iktidarsızlık gibi cinsel işlev bozuklukları ve cinsel bozukluklarla ilişkili insanda ortaya çıkan psikik stres veya psikolojik değişiklikler de ele alınmaktadır. Bkz. Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 198.

¹⁰ Bettina Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht* (Berlin: Nomos Yayınevi, 2015), 307-308; Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 311; Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 154.

¹¹ Bazı yazarlar “sapkınlık” terimini içruhsal (intrapşşik) semptom oluşumunu karakterize etmek için kullanmaktadır. Bkz. Wilfried Rasch ve Norbert Konrad, *Forensische Psychiatrie* (Stuttgart: W. Kohlhammer Yayınevi, 2004), 294. Freud’un 1905 yılında yayımlanan makalesinde, sapkın cinsel davranışlar konusunda kullanılacak ölçütleri şöyle açıkladığı aktarılmaktadır: 1. Bedenin cinsel olmayan bölgelerine yönelme; 2. Karşı cinsten kişilerle cinsel organlar aracılığıyla yaşanan ilişkilerin yanı sıra arada bir görülmekten öte, sayısal olarak bu ilişkileri aşma ya da tümünden bunların yerini alma; 3. Kişinin temel cinsel davranış seçimi durumuna gelmiş olma. Cinsel davranış sapmalarının tanımının tarihsel

Türk Ceza Kanunu terminolojisinde anormal cinsel eğilimleri kapsayan bir üst kavram ve bu eğilimleri cezalandıran tek bir düzenleme bulunmamakla birlikte, m.226/4'te bir kişinin anormal cinsel eğilimlerine gönderme yapan özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükme göre, *“Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*¹² Bu düzenleme ile aslında birçok cinsel sapma teşkil eden davranışlara, bir başka deyişle cinselliğin anormal olarak değerlendirildiği türlere madde metninde yer verildiği görülmektedir. Yargıtay da bu suça ilişkin olarak kişinin anormal arzularını ifade eden parafilik davranış şekillerine vurgu yapmaktadır.¹³ Yine Yargıtay madde metninde geçen *“doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar”*ın kapsamını da

gelişimi incelendiğinde, getirilen tanımların, içinden çıktığı toplumu ve yaşanmakta olan dönemi yansıttığı görülmektedir. Bkz. Engin Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri ve Normaldışı Davranışlar* (İstanbul: Metis Yayıncılık, 1997), 226.

¹² Madde gerekçesine göre, belirtilen içerikte olan ürünler açısından mutlak bir yasak getirilmiştir.

¹³ *“...Belirtilen müstehcen ürünler insanlar tarafından normal kabul edilebilecek cinsel davranışları değil “cinsel sapkınlık” anlamına gelen parafilik eylemleri kapsamaktadır. Bu ürünler açısından kanun koyucu mutlak bir yasak alanı yaratmakla, bu tip ürünlere olan arz ve talebin önüne geçilerek genel ahlakın korunması hedeflenmektedir. Bir kişinin yoğun fantezi, anormal arzular içerisinde bulunmasını tanımlayan parafilik davranış şekilleri ise oldukça geniş bir yelpazede çeşitlilik göstermekte, cansız varlıklara, çocuklara, hayvanlara ve ölümlere yönelebilmekte, kendisine veya partnerine işkence boyutlarına varabilmektedir...”* Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/461, K. 2020/323, T. 25.06.2020 (karararama.yargitay.gov.tr).

tartışıp, belirlemiştir.¹⁴ Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bir kişinin cinsel sapma davranışlarının değişik korunan hukuki değerleri ihlal edebileceği ve cezalandırmanın ilgili hukuki değeri koruyan suça ilişkin düzenleme vasıtasıyla yapılacak olmasıdır. Bir başka deyişle TCK m.226 (Müstehcenlik suçu) belirtilen cinsel sapma teşkil eden davranışları içeren ses, yazı ya da görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye

¹⁴ “...Cinselliğin hangi hâlinin doğal veya normal olduğu, zamana ve topluma hatta her toplum içerisindeki gruplara veya bireylere göre değişiklik gösterebilir. Bu bakımdan yalnızca bir erkek ile kadının vajinal yoldan cinsel ilişkiye girmelerinin doğal olduğunu söylemek bilimsel bir karşılık bulmayacağı gibi, bireylerin cinsel yaşamlarına ve eğilimlerine gereğinden fazla müdahaleyi de beraberinde getirecektir. Doğal olmayan yollardan gerçekleştirilen cinsel davranışların tayininde; değişik anlayışları aşağılayıp yok etme eğilimiyle, farklılıklara karşı katı bir hoşgörüsüzlükle veya aşırıya kaçan görüşlerle hareket edilmemeli, buna mukabil insan fitratını zedeleyecek nitelikte aşağılayıcı boyutlara ulaşan eylemlere de müsamaha gösterilmeyerek genel adabın korunmasına çalışılmalıdır. Zira bireylerin davranışlarına, genel ahlaki değerlere zarar vereceği yönünde oluşan kaygıların ötesinde toplum açısından gerçek ve ciddi sakıncalar doğmadıkça karışılmaması esastır. Kaldı ki bir davranışın ahlaki ve psikolojik yönlerden sorgulanabilirliği onun suç olmasını gerektirmez. Öyleyse anal veya oral yollardan, eşcinsel ya da toplu hallerde gerçekleştirilen yahut cinsel haz alma duygusunu tatmine yönelik olarak üretilmiş çeşitli objelerle gerçekleştirilen cinsel ilişki veya davranışların sırf toplumun bir kısmı bakımından rahatsız edici olarak görülmesi nedeniyle bireylerin cinsel yaşam ve eğilimleri içerisinde yer almadığı ve dolayısıyla doğal olmadığı söylenemeyecektir. Ancak örneğin, ürofilii, koprofilii veya enest gibi aşağılayıcı, bireylerin cinsel yaşamları içerisinde yer alması veya kimse tarafından onaylanması mümkün olmayan, enest örneği özelinde insan türünün biyolojik devamlılığını tehlikeye sokan parafilik eylemlerin doğal olmayan yollardan yapılan cinsel davranışlar olduğu kabul edilmelidir...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/461, K. 2020/323, T. 25.06.2020. Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. CD., E. 2015/24300, K. 2016/5312, T. 21.03.2016; Yargıtay 18. CD., E. 2015/25041, K. 2016/8602, T. 25.04.2016; Yargıtay 4. CD., E. 2020/12616, K. 2020/21476, T. 24.12.2020; Yargıtay 4. CD., E. 2021/32862, K. 2021/29512, T. 16.12.2021 (karararama.yargitay.gov.tr).

sokulması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması ya da bulundurulması fiillerini cezalandırmaktadır. Oysa ki cinsel sapma teşkil eden davranışlar, türüne göre değişik suç tiplerini ihlal edebilir. Bu suçlar; çocukların cinsel istismarı (pedofili), cinsel saldırı (sürtünmecilik), öldürme (cinsel sadizm), özel hayatın gizliliği (gözetlemecilik), hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal (fetişizm), kişinin hatırasına hakaret (nekrofil) gibi değişik suç tipleri olabilecektir.

Uluslararası tanı ölçütleri ve zihinsel bozuklukların sınıflandırılmasında kullanılan ICD-10¹⁵ ve DSM-5¹⁶ te de cinsellik alanındaki anormal/sapkın davranışları ifade etmek için farklı kavramlar kullanılmıştır. ICD-10' da söz konusu zihinsel bozuklukları ifade etmek için "cinsel yönelim bozuklukları (İng. *Disorders of sexual preference*)"¹⁷ kullanılırken, DSM-5'te "Parafilik bozukluklar (İng. *Paraphilic Disorders*)"¹⁸ kavramı kullanılmıştır. DSM-5'te parafilik bozukluklar başlığı altında voyerizm/röntgencilik bozukluğu (başkalarını özel etkinlikleri sırasında gözetleme), teşhircilik bozukluğu (cinsel organları teşhir etme), frottöristik bozukluk (rıza göstermeyen bir kişiye dokunma veya sürtünme), cinsel mazoşizm bozukluğu (aşağılanma, el ve ayakların bağlanması veya acı çekme), cinsel

¹⁵ World Health Organization (WHO), *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines* (Cenevre: Dünya Sağlık Örgütü Yayını, 1992).

¹⁶ American Psychiatric Association, *DSM-5*, 685.

¹⁷ World Health Organization, *ICD-10*, (F65), 217.

¹⁸ American Psychiatric Association, *DSM-5*, 685. Söz konusu DSM-5 kaynağını "Tanı Ölçütleri: Başvuru Elkitabı" olarak Türkçe'ye çeviren Prof. Dr. Ertuğrul Köroğlu, "*Paraphilic Disorders*" kavramını, "Cinsel Sapkınlık (*Parafili*) Bozuklukları" olarak Türkçe'ye çevirmiştir. Bkz. Amerikan Psikiyatri Birliği, *DSM-5 Tanı Ölçütleri: Başvuru Elkitabı* (Ankara: Hekimler Yayın Birliği HYB Yayıncılık, 2014), 341.

sadizm bozukluğu (aşağılama, partnerin el ve ayaklarını bağlama veya acı verme), pedofilik bozukluk (cinsel olarak çocuklara odaklanma), fetişist bozukluk (canlı olmayan nesnelere kullanma veya özel olarak genital olmayan vücut bölümlerine odaklanma) ve transvestik bozukluk (cinsel olarak tahrik edici şekilde karşı cinsin giysilerini giyme) alt başlıklarına yer verilmiştir.¹⁹ Bu bozukluklar, iki ana nedenden ötürü DSM-5'te açık tanı ölçütlerinin spesifik şekilde listelenmesi ve belirlenmesi için seçilmiştir: 1. Bu bozukluklar diğer parafilik bozukluklara nazaran görece yaygındır ve 2. Bu bozuklukların bazılarının tatmini, öldürücü olmaları veya olası zararları nedeniyle, ceza gerektiren suçlar olarak sınıflandırılan eylemleri içerir.²⁰ Listelenen sekiz bozukluk, olası parafilik bozukluklar listesinin tamamı değildir. Pek çok farklı parafilik tanımlanıp isimlendirilmiştir ve bunların hemen hepsi, parafilik sahibi birey veya başkaları adına doğurabilecekleri olumsuz sonuçlar nedeniyle parafilik bir bozukluk düzeyine çıkabilir.²¹ ICD-10'da

¹⁹ American Psychiatric Association, *DSM-5*, 685; DSM-5'e göre söz konusu bölümde listelenen parafilik bozuklukların sunulma sıralaması genellikle bu rahatsızlıklara yönelik yaygın sınıflandırma şemalarıyla uyumludur. İlk grup bozukluklar anormal aktivite yönelimlerine dayanmaktadır. Bu bozukluklar, insani kur yapma (flört ilişkisi kurma) davranışının sapkın bileşenleriyle (röntgenci bozukluk, teşhirci bozukluk ve frottöristik bozukluk) benzerlik gösteren kur yapma (flört ilişkisi kurma) bozuklukları ve *acı ve ıstırap içeren algolagnik bozukluklar* (cinsel mazoşizm bozukluğu ve cinsel sadizm bozukluğu) olarak ikiye ayrılır. İkinci grup bozukluklar *anormal hedef yönelimlere* dayanmaktadır. Bu bozukluklardan biri diğer insanlara yönelik (pedofilik bozukluk), diğeri ise başka bir hedefe yöneliktir (fetişistik bozukluk ve transvestik bozukluk). Bkz. American Psychiatric Association, *DSM-5*, 685.

²⁰ American Psychiatric Association, *DSM-5*, 685.

²¹ American Psychiatric Association, *DSM-5*, 685.

ise, sırasıyla fetişizm (F65.0), fetişistik transvestisizm (F65.1), teşhircilik (F65.2), voyerizm/röntgencilik (F65.3), pedofili (F65.4), sadomazoşizm (F65.5), çoklu cinsel yönelim bozukluğu (F65.6), diğer cinsel yönelim bozuklukları (F65.8) ve tanımlanmamış cinsel yönelim bozukluğuna (F65.9) yer verilmiştir.²²

DSM-5'e göre, bir bireyin iki veya daha fazla parafili göstermesi nadir olmayan bir durumdur.²³ Bazı durumlarda, parafilik odak noktaları birbiriyle yakından ilişkilidir ve parafililer arasındaki bağlantı anlaşılabilir (örneğin, ayak fetişizmi ve ayakkabı fetişizmi). Diğer durumlarda ise, parafililer arasındaki bağlantı belirgin değildir. Birden fazla parafilinin varlığı tesadüfi veya psikoseksüel gelişim anomalilerine karşı genel bir kırılganlıkla ilgili olabilir. Her durumda, birden fazla parafili bireyin acı çekmesine veya başkalarına zarar vermesine neden oluyorsa, farklı parafilik bozuklukların komorbid (eşlik eden bozukluk) tanısı gerekebilir.²⁴ Parafilinin ego-sintonik (benlik uyumlu) ya da ego-distonik (benliğe yabancı) olabileceği, genellikle cinsel eylem sırasında ego-sintonik (benlikle uyumlu) olan semptomların, sonrasında ego-distonik nitelik kazandığı belirtilmektedir.²⁵

Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklarda *kural olarak* temelde bir organik işlev bozukluğu bulunmadığından, kişideki cinsel yönelimin "anormalliği", cinselliğe dair toplumdaki "normal" cinsellik anlayış ölçütlerine dayanan anlayış çerçevesinde belirlenmektedir. Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklara ilişkin teşhis koyma işleminde değerlendirici bakış

²² World Health Organization, *ICD-10*, (F65), 217-221.

²³ Aynı yönde Bozkurt ve Gülçat, "Parafililer," 434.

²⁴ American Psychiatric Association, *DSM-5*, 686.

²⁵ Bozkurt ve Gülçat, "Parafililer," 434.

açısı önemli bir role sahiptir.²⁶ Cinsellik alanındaki norm, sosyokültürel, ahlaki-etik, dini ve hukuki durumlara bağlıdır.²⁷ Olgun bireylerin cinsel ilişkiyle sınırlı kalmak ve her iki tarafça da onaylanmak şartıyla olağandışı cinsel aktivitelerde bulunabildiği belirtilmektedir. Anormal cinsel davranışın erotik-cinsel genel yaşamdan uzaklaştığı an, bir başka deyişle bir sapıklığın (*Perversion*) söz konusu olduğu an, davranışın sadece cinselliğe başlangıçta veya yanında ek olarak yapılan bir davranış olmaktan daha çok bağımlılık derecesini aldığı an olduğu belirtilmektedir.²⁸

Hangi cinsel davranış sapmasının kriminolojik ve hukuki açıdan öneme sahip olduğu, bir bireyin kendinde neyi normal, anormal, uygun ya da itici olarak kabul ettiğine bakılmaksızın geçerli ceza hukuku normları göz önüne alınarak

²⁶ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 308. Birçok kişi, normal ve normal dışı davranışların kesin bir sınırla ayrıldığı ve bir yanda normal kişilerin olduğu, diğer yanda ise hasta kişiler olduğu yanılığında içindedir. Oysa, bilimsel açıdan normal ve normal dışı davranışların ayırımı yaparken kullanılacak belirli bir ölçüt yoktur. Bedenin normal yapısı ve işlevleri bilindiğinden fiziksel hastalıkların tanımlanması oldukça kolaydır. Buna karşılık psikolojik düzeyde ölçüt kabul edilebilecek bir normal modeli mevcut değildir. Bkz. Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 12. Tıbbi alanda normallığın inşa edilmesi konusunda değişik yaklaşımların bulunduğu söylenebilir. Bu yaklaşımlar ise istatistiksel norm, ideal norm ve sosyal norm olarak belirtilmektedir. Bu görüşlere göre, söz konusu normdan sapma gösteren davranış "anormal" olarak kabul edilecektir. Bkz. Mehmet Emre Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 114.

²⁷ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 164. Normal cinsellikten sapmalara geçişin acı olduğu, sonuçta sapkın davranışların, normal cinselliğin geniş kapsamı dâhilinde de yerini bulduğu belirtilmektedir. Bkz. Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 165.

²⁸ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 165.

belirlenecektir.²⁹ Bu bakımdan cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozuklukları olan kişilerin bu bozuklukların etkisiyle suç teşkil eden bir fiili işlemesi durumunda kusur yeteneğinin nasıl değerlendirileceği önem arz eden bir konudur.

Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklarının etkisiyle işlenen fiiller, ceza hukukunda çeşitli suçlarla korunan hukuki değerlerin ihlaline yol açabilecektir. Bu ihlallerin türleri ilgili cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluğun özelliğine göre değişkenlik göstermektedir. Bu suç tipleri arasında hırsızlık, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, cinsel taciz, özel hayatın gizliliğini ihlal, konut dokunulmazlığının ihlali, öldürme, yaralama, alenen hayasızca harekette bulunma, kişilerin huzur ve sükununu bozma, müstehcenlik, hakaret, kişinin hatırasına hakaret gibi değişik suç tipleri yer alabilecektir. Bu nedenle uluslararası zihinsel bozuklukların sınıflandırma ve tanı ölçütleri kaynaklarında yer alan cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklarının görünüm biçimlerinin ayrı başlıklar halinde açıklanması gerekmektedir.

B. Görünüm (Ortaya Çıkma) Biçimleri

1. Teşhircilik (Göstermecilik)³⁰

Teşhircilik³¹ cinsel sapma davranışının başlıca özelliği, erkek cinsel organının umumi yerlerde habersiz kişiler önünde açılması ve duruma göre mastürbasyon yapılması yönünde

²⁹ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatri*, 295.

³⁰ Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 229.

³¹ Sık rastlanan bir parafili türü olan göstermecilik (teşhircilik) ilk kez 1877'de Fransız nöroloğu *Laseque* tarafından tanımlanmıştır. *Laseque* göstermeciliği, ani ve kompulsif bir biçimde ortaya çıkan ve cinsel organları çevreye gösterme dürtülerinin denetlenememesiyle belirlenen bir durum olarak tanımlanmıştır. Bkz. Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 229.

oluşan, sürekli veya yineleyen şekildeki şiddetli gereksinim olmasıdır.³² Teşhircilik genelde erkek cinsiyetine özgü bir parafil olarak görülmesine rağmen kadın olguların varlığı da bilinmektedir.³³

Çoğu zaman teşhircilik teşkil eden eylemin öncesinde kişide iç gerginlik, huzursuzluk ve dürtüsellik durumları olmaktadır.³⁴ İlgili kişi çoğu zaman uyarılmış olan cinsel organını mastürbasyon yaparak veya yapmayarak başkasına göstererek bu gerginliği çözmeye çalışmaktadır. Sübjektif olarak teşhircilikteki amaç, kadının ürkmesinde (korkutulmasında) ve zorla ilgi göstermeye mecbur bırakılmasında görülür. Teşhircilik teşkil eden davranış gerçekleştirilirken hissedilen cinsel uyarım, mağdurun korkmuş veya şok olmuş tepkisiyle daha da

³² Gebran Çervatoğlu, Pakize Füsün Özdemir ve Niyazi Uygur, "Teşhircilik'te Ceza Ehliyeti," *Düşünen Adam Dergisi* 7, no: 3 (1994), 27; Uğur Çıkrıkçılı, Barış Sancak, Emine Füsün Özdemir ve Ahmet Türkcan, "Bir Egzibisyonizm Olgusunun Adli Psikiyatri Açısından Değerlendirilmesi-Olgusu Sunumu," *Türk Psikiyatri Dergisi* 27, Güz (2016), 112.

³³ Çıkrıkçılı et. al, "Bir Egzibisyonizm Olgusunun Adli Psikiyatri Açısından Değerlendirilmesi-Olgusu Sunumu", 112. Teşhirci bozukluğun toplumda görülme sıklığı/ yaygınlığı (prevalansı) bilinmemektedir. Öte yandan, klinik olmayan veya genel popülasyonlardaki teşhirci cinsel eylemlere dayanarak, erkek popülasyonda teşhirci bozukluğu için olası en yüksek prevalans % 2 ila 4'tür. Kadınlarda teşhirci bozukluğun prevalansı daha da belirsizdir ancak genellikle erkeklerden çok daha düşük olduğuna inanılmaktadır. American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.4, "Exhibitionistic Disorder"), 690.

³⁴ Friedemann Pfäfflin, "Sexualstraftaten," iç: Ulrich Venzlaff ve Klaus Foerster. *Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen* (Münih: Elsevier Urban & Fischer Yayınevi, 2009), 343.

artmaktadır.³⁵ Bazen karşısındakinin de etkilendiği veya cinsel olarak uyarılmış olduğu düşüncesiyle cinsel uyarım desteklenmektedir.³⁶

Kendilerinde var olan parafilik cinsel sapma şeklindeki teşhircilik arzusunu, ilgili kişilerin birçoğu kişiliklerine yabancı olan ve sadece zor hâkim olunabilen bir durum olarak tarif etmektedir.³⁷ Buna uygun olarak kişiler fiili gerçekleştirdikten sonra sıkça pişmanlık ve utanç duyarlar.³⁸ Teşhirci çok yoğun ve kontrol edilemez bir biçimde cinsel organını gösterme dürtüsüne sahiptir ve bu dürtüyü tetikleyen cinsel uyarılma, kaygı ya da huzursuzluktur. Bu dürtü o kadar kuvvetlidir ki, örneğin omuriliğinin hasar görmesi nedeniyle belinden aşağısını hareket ettiremeyen ve hissetmeyen bir teşhirci, bunlara rağmen cinsel organını gösterme çabalarına devam etmiştir.³⁹

³⁵ Teşhircilikte, cinsel organın gösterildiği kişi ile cinsel temasta bulunulması çok nadir rastlanılan bir durumdur. Cinsel uyarılmanın olabilmesi için teşhirci ya cinsel organını gösterdiğini hayal eder ya da gerçekten gösterir ve bu hayali ya da gerçek gösterme sırasında masturbasyon yapar. Birçok vakada cinsel organını gösterdiği kişiyi şaşırtma veya utandırma isteği söz konusudur. Bkz. Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 384. Kişinin dinamik amacı kendi penisini göstererek ve kurbanın reaksiyonunu izleyerek (korku, şaşkınlık, tiksinti) kendi erkekliğini ispat etmektir. Farkında olmadan, erkek kendini hadım edilmiş ve iktidarsız hisseder. Bkz. Kaplan ve Sadock, *Klinik Psikiyatri*, 261. Teşhirci, kadınlardan ve kız çocuklarından, dehşete düşme, tikslenme ve heyecanlanma gibi tepkiler göstermesini bekler. Bu, kendi kendisini tam bir erkek gibi duyumsamasının ilkel bir yoludur. Bu kaba davranış biçimiyle teşhirci, kadının aşkını elde edemese bile, hiç değilse onda güçlü bir şok yaratarak ne kadar güçlü bir erkek olduğunu gösterebileceğine kendisini inandırmıştır. Bkz. Storr, *Cinsel Sapmalar*, 107.

³⁶ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.2, "Exhibitionism"), 219.

³⁷ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.2, "Exhibitionism"), 219.

³⁸ Pfäfflin, "Sexualstraftaten", 343; Vetter, *Psychiatrie*, 144; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 310.

³⁹ Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 384.

Erkek kimliği açısından korkaklık (çekingenlik) ve güvensizlik, teşhircilik eğiliminde tipik bir temel olarak görülmektedir.⁴⁰ Uyarılmış olan bir erkek cinsel organın açıkça teşhir edilmesi, kişinin kendi erkekliğiyle ilgili özdeğer duygusunun değer kazanması ile ilişkili cinsel iktidar gücünün gösterilmesidir. Aynı zamanda teşhircilik teşkil eden eylem biçimleri, frenlenmiş agresif tavırların açığa çıkması olarak da görülmektedir.⁴¹ Psikodinamik olarak, bilinçsizce başaramama korkusunun aşılmasına yarayan, cinsel iktidar ve güç göstergesi arkasındadır. Vakaların yaklaşık olarak % 3 ila 5'inde teşhircilik davranışının, eyleme neden olabilen agresif duygular ve dürtülerle ortaya çıktığı belirtilmektedir.⁴² Şok olmuş ve korkmuş mağdurlarla karşı karşıya gelindiğinde cinsel uyarımın artmasının nedeni de budur.⁴³ Teşhirciler çoğu zaman günlük hayatta göze çarpmazlar ve çekingen (sıkılğan) olurlar, sosyal olarak entegre olmuşlardır. Ender olmamakla birlikte evlilikleri ve aile yaşantıları vardır.⁴⁴ Neredeyse her seferinde kendilerine

⁴⁰ Teşhirci kimselerin oldukça çekingen ve özgüveni düşük kimseler olduğu belirtilmektedir. Bkz. Çıkrıkçılı et. al, "Bir Egzibisyonizm Olgusunun Adli Psikiyatri Açısından Değerlendirilmesi-Olgu Sunumu," 112.

⁴¹ Teşhirci davranış, baskılanmış agresifliklerin bir dışavurumudur ve erkek kimliği için hissedilen derin güvencesizlikten kaynaklanır. Genel olarak, teşhircinin amacı cinsel temas değildir. Ancak, teşhirci davranışının şiddete dönüştüğü durumlar da gerçekleşmektedir. Bkz. Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 295.

⁴² Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 166.

⁴³ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 200; Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 295.

⁴⁴ Vetter, *Psychiatrie*, 144-145.

mağdur olarak (genç) kadınları veya çocukları seçen heteroseksüel erkekler söz konusudur.⁴⁵

Teşhircilik bazı kişilerde cinsel faaliyetin tek şekliyen, bazılarının aynı zamanda aktif bir cinsel yaşantısı da vardır. Bazı durumlarda teşhircilik eylemleri kriz veya stres durumları örneklerinde olduğu gibi sadece dönemsel olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁶ Normalde teşhircilik eyleminin hedefinde mağdur kişiyle birlikte cinsel bir aksiyon bulunmamaktadır. Buna göre tecavüz saldırıları daha ender olmakla birlikte yine de görülmektedir.⁴⁷ Zekâ geriliği olan insanlarda teşhircilik eylem biçimleri, iletişim sağlama teşebbüsü olabilmektedir.⁴⁸ DSM-5'e göre, teşhircilik fiiline maruz kalan bireyler ergenlik çağı öncesi çocuklar, yetişkinler veya her ikisi birden olabilir. Eş zamanlı pedofilik bozukluğun gözden kaçmasını önlemek adına, teşhirci bozukluğu olan birey tarafından mağdur edilen bireylerin özelliklerine yeterince dikkat edilmesi sağlanmalıdır. Bu anlamda, teşhirci bozukluğu olan bireyin cinsel organını çocuklara sergilemeye yönelik bir cinsel çekim duyduğunu gösteren belirtiler pedofilik bozukluk tanısını engellememelidir.⁴⁹

DSM-5'e göre, teşhircilik cinsel sapma bozukluğu için tanı ölçütleri şu şekilde belirtilmiştir:⁵⁰ 1. En az altı ay bir süre boyunca, fantaziler, dürtüler ya da davranışlar olarak kendini gösteren, bunu beklemeyen bir kişiye cinsel organlarını göstermekten, yineleyici bir biçimde, cinsel olarak yoğun

⁴⁵ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.2, "Exhibitionism"), 219.

⁴⁶ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.2, "Exhibitionism"), 219.

⁴⁷ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 295.

⁴⁸ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 200.

⁴⁹ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.4, "Exhibitionistic Disorder"), 689.

⁵⁰ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.4, "Exhibitionistic Disorder"), 689.

uyarılma, 2. Kişi, ilgili kişinin rızası olmadan bu cinsel dürtülerine göre davranmıştır ya da cinsel dürtüleri ya da fantazileri klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da toplumsal, iş ile ilgili alanlarda ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya/düşmeye neden olur.

Teşhircilik zihinsel bozukluğunda bilinen komorbiditeler (eşlik eden bozukluk) büyük ölçüde, rızası olmayan bireylere genital teşhir içeren suç eylemlerinden dolayı hüküm giymiş (neredeyse tümü erkek olan) bireylerle yapılan araştırmalara dayanmaktadır. Bu nedenle bu komorbiditeler, teşhir bozukluğu tanısı almaya uygun tüm bireyler için geçerli olmayabilir. Teşhir zihinsel bozukluğu ile komorbid olarak yüksek oranlarda görülen durumlar arasında depresif, bipolar, anksiyete ve madde kullanım bozuklukları; hiperseksüalite; dikkat eksikliği/hiperaktivite bozukluğu; diğer parafilik bozukluklar ve antisosyal kişilik bozukluğu yer almaktadır.⁵¹

Teşhircilik nadir görülebilen bir parafilik bozukluk olmasına karşın ciddi sosyal, adli sorunlara neden olan ve dikkatli incelenerek, yakın takip ve tedavi edilmesi gereken bir durumdur.⁵²

Teşhircilik ile ilgili bir olguda⁵³, teşhircilik davranışları nedeniyle uzun süredir ailevi ve sosyal çevresinde sorunlar yaşadığı bilinen bir kişi hakkında, adli müşahadeye alınmak suretiyle kusur yeteneğinin olup olmadığı sorulmuştur. Bu kişi

⁵¹ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.4, "Exhibitionistic Disorder"), 691.

⁵² Çıkrıkçılı et. al, "Bir Egzibisyonizm Olgusunun Adli Psikiyatri Açısından Değerlendirilmesi-Olgu Sunumu," 112.

⁵³ Olguyu ve bu olgu üzerine yapılan değerlendirmeleri belirten çalışma için bkz. Çıkrıkçılı et. al, "Bir Egzibisyonizm Olgusunun Adli Psikiyatri Açısından Değerlendirilmesi-Olgu Sunumu," 112.

Bakırköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesi Adli Psikiyatri Kliniği'ne "Hayasızca hareketlerde bulunma, İki kız çocuğuna cinsel istismar" suçları nedeni ile "ceza sorumluluğunun belirlenmesi" amacıyla mahkeme tarafından sevk edilmiştir. Bu kişinin düşünce içeriğinde zaman zaman aklına gelen mastürbasyon isteklerinin mevcut olduğu bildirilmiştir. Projektif testlerde ise seksüel tasvirlerde artış ve zihinsel meşguliyet ve dürtü kontrolde zorlanma, duygusal ifadelerden kaçınma, pasivite, çekinik özellikler saptanmış, gerçeklik algısına ilişkin bozulma saptanmamıştır. Bu olguda sağlık kurulunun 6 üyesi ceza sorumluluğunda azalma yönünde değerlendirme yapmış iken, 2 üye bu görüşe muhalefet şerhi koymuştur. Söz konusu olguda özellikle bu davranışın geçmişte adli sorunlara sebep olmasına rağmen kişinin engellemeyi başarmakta zorluk yaşamış olması, kişilerarası işlevselliğinde bozulmalara yol açmasına rağmen devam ediyor olması, ceza sorumluluğunun azaltılması lehine değerlendirilmeye alınmıştır. Adli açıdan bu tür olgulara yaklaşım konusunda ciddi zorluklar yaşanmak ile birlikte, her olgunun kendi özelliklerine göre değerlendirilmesinin uygun olacağı belirtilmektedir.⁵⁴

Türk Ceza Kanunu açısından teşhircilik eylemleri değişik suç tiplerini ihlal edebilecektir. Bunlar; TCK m.105/2-(e) bendinde düzenlenen cinsel taciz suçunun teşhir suretiyle işlenmesi ve TCK m.225'te düzenlenen alenen hayasızca hareket suçlarıdır. Cinsel taciz suçunun işlenmesinde, bir kişiye karşı bedensel temas boyutuna varmayan, bir başka deyişle cinsel saldırı teşkil etmeyen, cinsel yönden rahatsız edici davranışlarla rahatsız etme eylemleri söz konusudur. Bu suçun teşhir suretiyle işlenmesi ise cezanın artırılmasını gerektiren hal olarak düzenlenmiştir (suçun nitelikli hali). Teşhircilik eylemlerinde alenen hayasızca hareket suçu ile cinsel taciz suçunun teşhir

⁵⁴ Çıkrıkçılı et. al, "Bir Egzibisyonizm Olgusunun Adli Psikiyatri Açısından Değerlendirilmesi-Olgu Sunumu," 112.

suretiyle işlenmesi suçları arasındaki farkın ne olduğu hususu önem arz etmektedir. Cinsel taciz suçunda teşhir eylemi bir ya da birkaç belirlenebilir kişiye yönelik gerçekleştirilmesi gerekirken, alenen hayasızca hareket suçunda teşhircilik eylemi alenen, gerçekleştiği koşullar itibariyle belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması gerekmektedir.⁵⁵ Burada belirtilmesi gerekli bir başka husus ise, söz konusu ceza kanunu düzenlemelerinde geçen “teşhir ya da teşhircilik” kavramlarının fiile/ fiilin işlenişine ait bir kavram olduğudur. Bu düzenlemelerde cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluğa ya da psikopatolojik bir duruma gönderme yapılmamaktadır. Zira cinsel taciz suçunda olduğu gibi bir durumun (teşhir/teşhircilik) hem cezanın ağırlaştırıcı sebebi olarak hem de şayet bozukluk kişinin kusur yeteneğini olumsuz yönde etkilemişse cezada indirim sebebi olarak kabulü mümkün değildir. Aynı sebebin hem cezanın ağırlaştırıcı sebebi hem de cezada indirim sebebi olamayacağına ilişkin benzer durum, TCK’da canavarca hisle

⁵⁵ Aynı yönde TCK m.225 madde gerekçesi. Yargıtay bu konuda değişik yönde kararlar vermiştir: “...sanığın alkol aldıktan sonra aracıyla seyrederken, katılanların bulunduğu aracı geçtikten bir süre sonra aracını durduğu ve yolda küçük tuvaletini yaptığı sırada yanından geçmekte olan ve içinde daha önce tanımadığı katılanların bulunduğu araca doğru cinsel organını göstermesi şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 sayılı TCK’ nın 225. maddesinde düzenlenen teşhircilik suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hakaret suçundan hüküm kurulması,...Bozmayı gerektirmiş,...” Yargıtay, 2. CD., E. 2010/35387, K. 2012/41880, T. 25.09.2012 (karararama.yargitay.gov.tr); “...TCK’nın 225/1. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketler suçunda, alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişinin cezalandırılacağıının öngörülmesi ve karakol nezarethanesinde gerçekleşen eylemde aleniyet unsurunun gerçekleşmediğinin anlaşılması karşısında atılı suçun unsurlarının ne şekilde olduğu açıklanmadan, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi; Kanuna aykırı...” Yargıtay, 18. CD., E. 2015/30560, K. 2017/8490, T. 06.07.2017 (karararama.yargitay.gov.tr).

öldürme (m.82/1-b) suçu açısından da geçerlidir. Burada canavarca his, fiilin işlenmesinden çok failin psikolojik durumuna işaret eden bir kavramdır. Bu nedenle canavarca hissin failin psikopatolojik bir haline (akıl hastalığına) dayanması durumunda uygulamanın nasıl yapılacağı tartışılmaktadır.⁵⁶

Her ne kadar teşhirciler eylemlerini sıklıkla kontrol edilemeyen bir dürtü taşması olarak tarif etseler de, fiilin kendisi başlı başına cezada indirim yol açan azalmış kusur yeteneği çerçevesinde değerlendirmeye yetmemektedir.⁵⁷

Adli psikiyatrik açıdan teşhirci, bilişsel kapasitesiyle içinde bulunduğu fiilin yanlış olduğunu bilincindedir, ancak duygulanımı yaptığı eylemin moral olarak yanlış olduğunu değerlendirmesine engel olur.⁵⁸ Bu anlamda, suç esnasındaki kolaylaştırıcı ve artırıcı yönde etkili olan faktörlere ve motivasyona bakılması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁹ Adli psikiyatrik değerlendirmenin, “suç eylemi” sırasında kişinin içinde bulunduğu psikopatolojinin saptanmasını esas alan, “olguya özgü” bir süreç olduğu, teşhircilik tanısıyla değerlendirilen olgularda kişinin parafilik eylem ve fantazilerinden dolayı yoğun kaygı-sıkıntı-suçluluk yaşadığının saptanmasının kusur yeteneği tartışmasında önemli olduğu belirtilmiştir.⁶⁰ Suç, karşı konulmaz dürtü baskısı sonucu işlenmiş ve söz konusu zorlayıcı dürtü bir irade yetersizliğine

⁵⁶ Söz konusu tartışmalar için bkz. Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 214-218.

⁵⁷ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 295.

⁵⁸ Çervatoğlu, Özdemir ve Uygur, “Teşhircilik’te Ceza Ehliyeti,” 27.

⁵⁹ Çervatoğlu, Özdemir ve Uygur, “Teşhircilik’te Ceza Ehliyeti,” 27.

⁶⁰ Çervatoğlu, Özdemir ve Uygur, “Teşhircilik’te Ceza Ehliyeti,” 28.

yol açmışsa kusur yeteneğinin tam olduğunun söylenemeyeceği savunulmaktadır.⁶¹

2. Fetişizm

Bir parafili türü olan fetişizm⁶², kişinin cansız nesnelere kullanmakla ilgili yoğun, cinsel yönden uyarıcı fantezilerinin, cinsel dürtülerinin ya da davranışlarının yineleyici bir biçimde ortaya çıkmasıdır.⁶³ Cinsel olarak uyarılmak için veya cinsel uyarımı arttırmak için cansız objelere yönelmeye genel olarak “fetişizm” denilmektedir. Ancak ICD-10 kodlamasına göre, sadece “fetiş, cinsel uyarımın en önemli kaynağını teşkil ediyorsa veya cinsel tatmin için kaçınılmazsa (mecburi ise)” cinsel yönelim bozukluğundan bahsedilebilmektedir.⁶⁴ DSM-5’te fetişizm cinsel sapma bozukluğu için tanı ölçütleri şu şekilde

⁶¹ Çervatoğlu, Özdemir ve Uygur, “Teşhircilik’te Ceza Ehliyet,” 28. Yazarlara göre, irade kişinin kendini kontrol kapasitesi, toplumsal kuralların gerektirdiği şekilde davranışlarını düzene sokma becerisidir. İradeyi bu şekilde hasara uğratan zihinsel sürecin “ne” olduğu ancak psikanalitik teori içindeki kavramlarla ifade edilebilir. Tanımlayıcı (deksriptif) yaklaşımlar, teşhircilik olgularının değerlendirilmesinde yetersizdir. Çünkü, pervelsif eylemler irade yetersizlik şeklinde tek bir fenomene bağlı nozolojik antiteler değildir. Bkz. Çervatoğlu, Özdemir ve Uygur, “Teşhircilik’te Ceza Ehliyeti,” 28.

⁶² Fetiş sözcüğü ilkelerin büyümlü güçleri bulunduğu inandıkları ve tapındıkları nesnelere verilen addan kaynaklanmaktadır. Sözcüğün bu anlamı sonradan genişleyerek “akıldışı biçimde saygı duyulan herhangi bir nesne” anlamını kazanmıştır. Bkz. Storr, *Cinsel Sapmalar*, 58.

⁶³ Hülya Ertekin, Hatice Yardım Özayhan, İbrahim Eren ve Yusuf Haydar Ertekin, “Fetişizm ve Voyörizm Birlikteliği: Bir Olgu Sunumu,” *Türk Aile Hekimliği Dergisi* 17, no: 2 (2013), 70.

⁶⁴ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.0, “Fetishism”), 218.

belirtilmiştir:⁶⁵ 1. En az altı ay bir süre boyunca fantaziler, dürtüler ya da davranışlar olarak kendini gösteren, cansız nesnelere kullanılmaktan ya da cinsel organlar dışı bir vücut bölgesine/bölgelerine yüksek derecede özel olarak odaklanılmaktan, yineleyici bir biçimde, cinsel olarak yoğun uyarılma, 2. Bu fantaziler, cinsel dürtüler ya da davranışlar klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da toplumsal, iş ile ilgili alanlarda ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya/düşmeye neden olur, 3. Fetiş nesnelere, karşıt giyim giysileri (karşıt giyim bozukluğunda olduğu gibi) ya da cinsel organları temas ile uyarmak için özel olarak tasarlanmış aygıtlar ile (örn. Vibratör) sınırlı değildir.

Fetişist, cinsel sapma içindeki bütün insanlar gibi, cinsel yetersizlik ve suçluluktan dolayı acı çeker. Bu durum onu, herhangi bir cinsel eylem sırasında, bilinçli ya da bilinçsiz olarak, "cinsel iktidarsızlık" korkusuna sürükler ve yoğun bir kaygı yaşamasına yol açar.⁶⁶ Fetiş, karşı cinsten korkan ve eril gücünden emin olmayan erkekler için, bu korkularını yenmelerini ve özgüven kazanmalarını sağlayan bir araçtır.⁶⁷

Fetişistik bozukluğu olan bireyler cansız nesnelere veya belirli bir vücut parçasına karşı yoğun ve tekrarlayan cinsel uyarılma bildirebilse de, birbirini dışlamayan fetiş kombinasyonlarının ortaya çıkması alışılmayan bir durum değildir. Bu nedenle, bir kişi cansız bir nesneyle ilişkili (örneğin kadın iç çamaşırları) veya yoğun bir şekilde erotikleştirilmiş vücut kısmına (örneğin ayaklar, saç) özel bir odaklanmayı içeren

⁶⁵ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.81 "Fetishistic Disorder"), 700.

⁶⁶ Storr, *Cinsel Sapmalar*, 64.

⁶⁷ Storr, *Cinsel Sapmalar*, 65.

fetişist bozukluğa sahip olabilir.⁶⁸ Fetişist ilgiler söz konusu bu belirteçlerin çeşitli kombinasyonlarına uyan kriterleri karşılayabilecektir (örneğin, çoraplar, ayakkabılar ve ayaklar).⁶⁹ Kişi nesneye dokunarak, koklayarak mastürbasyon yapabilmektedir.⁷⁰ Güzel ayakkabılar, ince ve şeffaf çoraplar, eldivenler, tuvalet malzemeleri, kürklü giyecekler ve özellikle iç çamaşırları fetişistler için uyarılmaya yol açan nesnelere olabilir. Fetişistlerin bu nesnelere karşı duydukları çekim istem dışı ve karşı konulamazdır. Fetişizm ile çekici bulma arasındaki fark bu erotik nesnelere odaklanma derecesine –yani seçilen nesnenin cinsel uyarılma açısından ne kadar o kişiye özel ve ne kadar gerekli olduğuna- bağlıdır. Örneğin fetiş bir kadın ayakkabısı ise, fetişist uyarılmak için mutlaka fetiş görmeli veya ona dokunmalıdır. Fetişin mevcut olduğu durumlarda uyarılma da çok kuvvetli olur.⁷¹

Fetişistik bozukluğu olan bazı kişiler, anlamlı bir karşılıklı ve sevgi dolu ilişki içinde olsalar dahi, fetişist tercihleriyle bağlantılı olan müstakil bir cinsel aktiviteyi tercih edebilirler. Parafilisi olan tutuklanmış cinsel suçlular arasında fetişist bozukluk görece nadir olsa da, fetişist bozukluğu olan erkekler kendi özel fetişistik arzu nesnelere ulaşabilir ve toplayabilirler. Bu tür kişiler, öncelikle fetişist bozukluğun harekete geçirdiği

⁶⁸ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.81 “Fetishistic Disorder”), 701. Fetişist eldiven, ayakkabı gibi cansız nesnelere karşı akıldışı ve zorlayıcı bir cinsel çekime kapıldığını duyumsar ya da sevgilisinin saç ve göğsü gibi, cinsel organların dışında bir organı onun için büyüleyici bir etki yapar. Bkz. Storr, *Cinsel Sapmalar*, 58; Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 232.

⁶⁹ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.81 “Fetishistic Disorder”), 701.

⁷⁰ Ertekin et. al, “Fetişizm ve Voyörizm Birlikteliği,” 70.

⁷¹ Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 380.

cinsel olmayan antisosyal davranışlardan (örneğin, hırsızlık için konut dokunulmazlığını ihlal etmek, evden hırsızlık için mala zarar vermek) tutuklanmış ve suçlanmışlardır.⁷²

Fetişizmde uyarımın ve cinsel isteklerin tatmin olması, arzulanan bir şahsa ait olan eşyalara bakmaya (iç çamaşırı, kıyafet, çorap, ayakkabı, peruk vs.) veya dokunmaya bağlı olduğu bir cinsel anormallik söz konusudur.⁷³ Objeler, cinsel partner yerine cinsel eylem sırasında kullanılmakta olup bu objelerden gelen uyarım git gide partnerin yerine geçmektedir.⁷⁴ Fetişizmin özel şekilleri arasında **ekskrementofili** (dışkı ve idrar kullanma), **nekrofil** (cinsel obje olarak ölü bir vücudu kullanma)⁷⁵ ve **transvestizm** (genelleşmiş kıyafet fetişizmi) olarak sayılan durumlar yer almaktadır. Ancak bozukluğun bu özel şekilleri, ICD-10 ve DSM-5 kodlamasında “fetişizm” altında yer almamaktadır; bu bozukluklar söz konusu zihinsel bozukluk sınıflandırma kitaplarında “cinsel yönelimin diğer bozuklukları”⁷⁶ veyahut “tanımlanmış diğer parafilik bozukluk”⁷⁷ olarak sayılmaktadır.

Fetişizmin adli açıdan önemi, fetişin (kadın iç çamaşırı) çalınmasında yatar.⁷⁸ İlgili kişi kadın çamaşırına ulaşmak için bir

⁷² American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.81 “Fetishistic Disorder”), 701-702.

⁷³ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 166.

⁷⁴ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 166.

⁷⁵ Vetter, *Psychiatrie*, 142.

⁷⁶ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.8, “Other disorders of sexual preference”), 220-221.

⁷⁷ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.89 “Other Specified Paraphilic Disorder”), 705.

⁷⁸ Parafilik olan bireylerde seyrek olmayarak, birden fazla parafilik birlikteliği bulunabilmektedir⁷⁸. Fetişistlerin % 25’ i fetiş nesneyi çalarlar; nadiren de fetişist, fetiş nesneyi giyen insanı izler ve gözetler (voyörizm) veya fetiş beden bölgeleri ile temas kurmak için saldıracaktır. Fetişizmde adli sorunlar

kadının evine gizlice girme eylemini de gerçekleştirebilir.⁷⁹ Ender durumlarda saçların kesilmesi, kıyafetlerin yırtılması veya kadın göğsüne saldırı söz konusudur.⁸⁰ Adli tıp açısından önemli olan, fetiş vazifesi gören objelerin çalınmasıdır. Buna, cesetler veya cesedin parçaları da dâhil olabilir.⁸¹ “Fetişizm” tanısı ve buna göre fiille ilişkili saik nedenleri, illa ki doğrudan azalan kusur yeteneği olduğuna işaret etmemektedir.⁸² Bir hırsızlığın fetişistik amaçlarla işlendiğinin tespiti, özellikle failin kişiliğinin detaylı olarak analiz edilmesini gerektirmektedir. Diğer cinsel davranış farklılıklarıyla da nadir olmamakla bağlantılı olabilen fetişist motivasyon, otomatik olarak kusur yeteneğinin azaldığına veya olmadığına işaret değildir.⁸³

Tıp literatüründe tanımadığı insanların evine girerken cinsel haz yaşayan bir gençten söz edilmektedir. Bu çocuk, bu evlerden para ya da mücevher çaldığında orgazma ulaşmaktaydı.⁸⁴ Çoğu fetişizm olgusunda seçilen obje ile cinsel haz arasındaki simgesel ilişki ortaya çıkarılabilirse de bu ilişkiyi anlayabilmenin çok zor olduğu durumlar da vardır. Örneğin, otomobillerin egzoz borusundan çıkan gazları seyrederek cinsel doyuma ulaşan birisinden söz edilmektedir. Bu adamın tüm

genelde fetiş nesnenin çalınması ile olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ertekin et. al, “Fetişizm ve Voyörizm Birlikteliği,” 71.

⁷⁹ Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 232.

⁸⁰ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 166.

⁸¹ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 200.

⁸² Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 296.

⁸³ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 296.

⁸⁴ Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 232.

cinsel yaşamı bu olaya odaklanmıştı ve ona göre egzoz boruları, bir kadınla ilişkide bulunmaya yeğlenen bir durumdu.⁸⁵

Fetişizm ile ilgili bir olguda⁸⁶, on beş yaşında kadın iç çamaşırları ve ayakkabılarına dokunma ile cinsel haz duyma davranışları başlayan bir kişi, evli bir kadını gözetlerken yakalanıp darp edilmiştir. Bu kişide askerden döndükten sonraki dönemde başlayan ve yaklaşık iki yıl kadar süren kumar oynama alışkanlığının mevcut olduğu görülmüştür. Son üç aydır stresör faktörlerin artmasıyla birlikte (eşyle olan geçimsizlik, iki yıllık evli olmasına rağmen çocuğunun olmaması, maddi sorunlar) kişinin cinsel dürtülerini kontrolü ciddi düzeyde azalmış, fetiş nesnelere giyen üst komşusunu takip etme ve gözetleme, sık sık komşunun evinin önündeki ayakkabılara dokunma, başka bir komşusunun evine izinsiz girerek iç çamaşırlarına dokunma ve mastürbasyon yapma davranışları olmuştur. Olayların kişinin komşusu tarafından adli sürece taşınması üzerine kişi polikliniğe başvurmuştur.⁸⁷ Parafililerde kişilik bozukluğu, psikiyatrik hastalıklar ve suç işleme davranışlarının sıklıkla birlikte görüldüğü belirtilmektedir. Bu olguda da depresif duygudurum ile giden uyum bozukluğu birlikteliği, hayatının bir döneminde patolojik kumar oynama vardır.⁸⁸

TCK açısından bakıldığında fetişist fiillerde söz konusu olabilecek suçlar değişiklik göstermektedir. Kişinin fetişist dürtülerin etkisiyle bir kadının iç çamaşırlarını çalması durumunda hırsızlık suçu (TCK m.141), bu amaçla konuta girilmesi, konuta girebilmek için konut camının ya da kapısının kırılması durumunda ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçu

⁸⁵ Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 232-233.

⁸⁶ Olguyu ve bu olgu üzerine yapılan değerlendirmeleri belirten çalışma için bkz. Ertekin et. al, "Fetişizm ve Voyörizm Birlikteliği," 70-71.

⁸⁷ Ertekin et. al, "Fetişizm ve Voyörizm Birlikteliği," 70-71.

⁸⁸ Ertekin et. al, "Fetişizm ve Voyörizm Birlikteliği," 71.

(TCK m.116) ve mala zarar verme (TCK m.151) suçu oluşacaktır. Kadın vücudunun belli bölgelerine fetişist dürtüler ile temasta bulunulması durumunda ise cinsel saldırı suçu (TCK m.102), benzer eylemlerin çocuğa karşı gerçekleştirilmesi durumunda çocukların cinsel istismarı suçu (TCK m.103) oluşacaktır. Söz konusu eylemlerin fetişizm cinsel sapma zihinsel bozukluğu etkisiyle işlenmesi durumunda failin kusur yeteneğinin bilirkişi yardımıyla değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermektedir.⁸⁹

⁸⁹ “Sanığın mağdureye yönelik basit cinsel saldırı suçuna teşebbüsten açılan kamu davası hakkında zamanaşımı süresi içerisinde karar verilmesi mümkün görülmüştür. Sanığın 15.03.2011 tarihli mahkeme beyanında, daha önceden hakkında Bakırköy Ruh Sağlığı Hastalıkları Hastanesinden raporunun bulunduğunu ve ilgili raporun da aynı mahkemenin 2004/29 Esas sayılı dosyasında olduğunu belirttiği, mahkemesince aynı tarihli duruşmada ilgili dosyanın incelenmesi için talep edilmek üzere karar alındığı ancak bu ara karardan vazgeçilmeksizin yerine getirilmediği, sanığın 20.06.2011 tarihli temyiz dilekçesine eklediği onaysız ve Bakırköy Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Hastanesinden verildiği anlaşılan rapor sonuçlarına göre de sanıkta, ‘Fetişizm ve impuls kontrol bozukluğu’ denilen rahatsızlıkların olduğu, bu psikiyatrik bozuklukların adı geçen hareket serbestisini önemli derecede etkilediğinin belirtildiği anlaşılmakla, durumunun 5237 sayılı TCK.nın 32. maddesi kapsamında kalıp kalmadığının belirlenerek sanığın atılı suçla ilgili olarak olay tarihi itibarıyla işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı hususunda gerekli araştırmanın yapılarak sonucuna göre işlem yapılması zorunluluğu, ayrıca mağdurenin 15.03.2011 tarihli celsede “sanıktan şikayetçiyim, davaya katılmak istiyorum” şeklinde beyanda bulunmuş olması karşısında, bu konuda bir karar verilmeyerek CMK.nın 238/2. maddesine aykırı davranılması, Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ...tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

3. Transvestik Fetişizm

Cinsel uyarıma ulaşmak amacıyla karşı cinsin kıyafetlerini giymeye, fetişist transvestizm veya daha doğrusu transvestik fetişizm denilmektedir.⁹⁰ Bu amaç, transseksüel travestitizm ile kıyaslandığında en önemli farktır.⁹¹ Hastalık, sadece fetişist giyim eşyalarının giyilmesiyle kalmayıp, aynı zamanda bunların karşı cinsten bir insan görünümü yaratmak için de kullanılması bakımından basit fetişizmden ayırt edilmelidir. Genellikle birden fazla parça giysi giyilir ve sıklıkla tam bir kostüm, peruk ve makyaj buna eşlik eder. Fetişist transvestizm, cinsel uyarılma ve orgazm meydana geldiğinde ve cinsel uyarılma azaldığında giysileri çıkarmaya yönelik güçlü arzu hisseder. Bu bakımdan da transseksüel transvestizmden ayrılmaktadır.⁹²

DSM-5'te söz konusu cinsel sapma bozukluğu "transvestik bozukluk (karşıt giyim bozukluğu)"⁹³ olarak yer almaktadır. DSM-5'e göre transvestik cinsel sapma bozukluğu için tanı

Yargıtay, 14. CD., E. 2012/3621, K. 2014/2104, T. 20.02.2014 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁹⁰ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.1, "Fetishistic transvestism"), 218; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 312. Transvestik fetişizm bireyin rahatsızlık duyması ve işlevselliğinde bozulmaya neden olması kaydıyla cinsel uyarılma amacı ile karşıt giyinme davranışının söz konusu olduğu bir parafilidir. Bkz. Çetin et. al, "Zekâ Geriliğine Bağlı Uygunsuz Cinsel Arayışlar veya Transvestik Fetişizm," 455.

⁹¹ Transvestik fetişizmi, cinsel kimlik bozukluğu gibi karşıt giyinmenin olduğu benzer durumlardan ayıran temel özellik, transvestik fetişizmde giyinme davranışının cinsel arzu ve uyarılmaya yol açmasıdır. Bkz. Çetin et. al, "Zekâ Geriliğine Bağlı Uygunsuz Cinsel Arayışlar veya Transvestik Fetişizm," 456.

⁹² World Health Organization, *ICD-10*, (F65.1, "Fetishistic transvestism"), 218.

⁹³ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.3 "Transvestic Disorder"), 702-703.

ölçütleri şu şekilde belirtilmiştir:⁹⁴ 1. En az altı ay bir süre boyunca, fantaziler, dürtüler ya da davranışlar olarak kendini gösteren, karşı cinse özgü kıyafetler giymekten yineleyici bir biçimde, cinsel olarak yoğun uyarılma, 2. Bu fantaziler, cinsel dürtüler ya da davranışlar klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da toplumsal, iş ile ilgili alanlarda ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya/düşmeye neden olur. Erkeklerde transvestik bozukluğa sıklıkla otojinofili eşlik eder (yani, bir erkeğin kendini bir kadın olarak görmeyi düşünmesi veya bunu imgelemesi ile cinsel olarak uyarılmaya yönelik parafilik eğilimi). Otojinefilik fanteziler ve davranışlar, kadınların fizyolojik işlevlerini sergileme düşüncesini (örneğin emzirme, adet görme), stereotipik kadınsı davranışlarda bulunmayı (örneğin örgü örme) veya kadın anatomisine (örneğin göğüsler) sahip olmaya odaklanabilir.⁹⁵ Genelde bu cinsel sapmayla bağlı ceza gerektiren eylemler olmamaktadır.⁹⁶

4. Frottörizm (Sürtünmecilik)

Frottörizmde⁹⁷, rızası olmayan kişileri cinsel organlarından, göğüslerinden, bacaklarından veya kalçasından elleme veya bu

⁹⁴ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.3 “Transvestic Disorder”), 702.

⁹⁵ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.3 “Transvestic Disorder”), 703.

⁹⁶ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 312.

⁹⁷ Güncel Türkçe Sözlükte belirtilen cinsel sapma bozukluklarını karşılamak üzere “fortçuluk” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Güncel Türkçe Sözlüğe göre “fortçu”, “Taşıtlarda kalabalıktan yararlanarak başkalarına sürtünen, sarkıntılık eden kimse” dir. Bkz. 5 Şubat 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

yerlere sürtünme gibi yoğun bir istek olmaktadır.⁹⁸ Bu cinsel sapma bozukluğuna ICD-10'da özel bir başlık altında yer verilmemiştir. Söz konusu zihinsel bozukluk sınıflandırma kitabında “cinsel yönelimin diğer bozuklukları”⁹⁹ başlığı altında yer almaktadır. DSM- 5’ te ise, söz konusu cinsel sapma bozukluğuna “frottöristik bozukluk (sürtünmecilik bozukluğu)”¹⁰⁰ olarak ayrı başlıkta yer verilmiştir. DSM-5’e göre frottörizm cinsel sapma bozukluğu için tanı ölçütleri şu şekilde belirtilmiştir:¹⁰¹ 1. En az altı ay bir süre boyunca, fantaziler, dürtüler ya da davranışlar olarak kendini gösteren, rızası olmayan bir kişiye dokunmaktan ya da sürtünmekten, yineleyici bir biçimde, cinsel olarak yoğun uyarılma, 2. Kişi, ilgili kişinin rızasını almadan bu cinsel dürtülerine göre davranmıştır ya da cinsel dürtüleri ya da fantazileri klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da toplumsal, iş ile ilgili alanlarda ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya/düşmeye neden olur. Kişi çoğu zaman fark edilmemek ve fark edilmesi durumunda

⁹⁸ Enz, *Verminderte Schulfähigkeit*, 313.

⁹⁹ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.8, “Other disorders of sexual preference”), 220-221.

¹⁰⁰ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.89 “Frotteuristic Disorder”), 691.

¹⁰¹ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.89 “Frotteuristic Disorder”), 691. Başka bir bireye istemi dışında cinsel içerikli dokunma veya sürtünme de dâhil olmak üzere frottöristik eylemler, genel popülasyondaki yetişkin erkeklerin % 30' u kadarında meydana gelebilir. Parafilik bozukluklar ve hiperseksüalite için ayakta tedavi ile değerlendirilen yetişkin erkeklerin yaklaşık % 10-14'ü, frottöristik bozukluk için gerekli tanı kriterlerine uyan bir görünüme sahiptir. Bu nedenle, frottöristik bozukluğun toplumdaki görülme sıklığı/ yaygınlığı (prevalansı) bilinmemekle birlikte, seçili klinik ortamlarda tespit edilen oranı aşması olası değildir. Frottöristik cinsel tercihleri olan kadınların sayısının erkeklere göre çok daha az olduğu söylenebilir. Bkz. American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.89 “Frotteuristic Disorder”), 692-693.

hukuki sonuçlardan kaçabilmek için kalabalık insan gruplarının olduğu yerleri tercih etmektedir.

Frottöristik bozuklukta bilinen eşlik eden bozukluklar (komorbiditeler) büyük ölçüde, rızası olmayan bir bireye cinsel amaçlı dokunma veya sürtünmeyi içeren suç eylemlerinden şüphelenilen veya hüküm giymiş erkeklerle yapılan araştırmalara dayanmaktadır. Dolayısıyla, bu komorbiditeler, cinsel istekleri üzerindeki sübjektif sıkıntıya (distrese) dayalı olarak frottöristik bozukluk tanısı alan diğer bireyler için geçerli olmayabilir. Frottöristik bozuklukla komorbid olarak ortaya çıkan durumlar, hiperseksüalite ve diğer parafilik bozuklukları, özellikle teşhir bozukluğu ve röntgenci bozukluğudur.¹⁰² Davranış bozukluğu, antisosyal kişilik bozukluğu, depresif bozukluklar, bipolar bozukluklar, anksiyete bozuklukları ve madde kullanım bozuklukları da bir arada görülür. Frottöristik bozukluğun olası ayırıcı tanıları bazen komorbid bozukluklar olarak da ortaya çıkar. Bu nedenle, genellikle frottöristik bozukluk ve olası komorbid durumlar için kanıtları ayrı sorularla değerlendirmek gerekir.¹⁰³

Frottöristik (sürtünmecilik) cinsel sapma davranışlarının TCK çerçevesinde hangi suçu oluşturduğu, failin bedensel temasta bulunduğu kişinin özelliğine göre değişmektedir. Söz

¹⁰² American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.89 “Frotteuristic Disorder”), 693.

¹⁰³ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.89 “Frotteuristic Disorder”), 693-694.

konusu olabilecek suçlar ise cinsel saldırı suçu¹⁰⁴ (TCK m.102) ya da çocukların cinsel istismarı suçu¹⁰⁵ (TCK m.103)dur.

¹⁰⁴ "...Olay günü sanığın BİM markette karşılaştığı yirmidokuz yaşı içerisindeki evli mağdurenin yanından geçerken bacağına sürütünmesinin ardından bebek arabasıyla ayrılmak isteyen mağdureye yardımcı olduğu ve daha sonra oturduğu siteye kadar takip ettiği mağdurenin kolundan tutup "eğer isterseniz aşağıda bekliyorum" diyerek binadan ayrıldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın eyleminin fiziksel temas içermesi nedeniyle TCK'nın 102/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu nazara alınıp 6545 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeler de gözetilerek mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülüp yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması,..." Yargıtay, 14. CD., E. 2015/638, K. 2016/4918, T. 12.05.2016 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁰⁵ "...Mağdurenin aşamalarda sanığın kendisine yönelik birden fazla hareketini 'göğsüme dokundu' şeklinde anlatıp, okşama ya da sürtünme şeklinde bir tanımlamada bulunmaması karşısında, eylemin sarkıntılık düzeyini aşip aşmadığı yönünde oluşan şüphenin sanık lehine değerlendirilerek hakkında atılı suçtan eylemine uyan TCK'nın 103/1-2. cümle, 43/1. maddeleri uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde aynı Kanununun 103/1-1. cümle, 43/1. maddeleri ile hüküm kurulması, Kanuna aykırı..." Yargıtay, 14. CD., E. 2016/10972, K. 2017/2577, T. 11.05.2017 (karararama.yargitay.gov.tr); "...Dosya kapsamına göre; sanığın, kızı olan mağdure 2008 yılında onbeş yaşından küçük olduğu sırada başladığı öpme, okşama ve sürtünme şeklindeki basit cinsel istismar eylemlerini 2013 yılı ... ayına kadar devam ettirdiği ve mağdure onsekiz yaşını bitirdikten sonra 2013 yılı Kasım ayından itibaren organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı eylemlerinde bulunmaya başlayıp bu eylemlerinde 6545 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra 10.10.2014 tarihine kadar devam ettiği, annesinin rahatsız olması ve sanığın tehditleri nedeniyle mağdurenin olayları kimseye anlatamadığı ve anılan eylemlerden dolayı mağdurenin ruh sağlığının da bozulduğu anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın eylemlerinin suç kastının yenilendiğini göstermeyecek şekilde aynı kast altında zincirleme olarak devam ettiği ve eylemler arasında herhangi bir hukuki kesintinin de oluşmadığı,..." Yargıtay, 14. CD., E. 2016/3500, K. 2016/5564, T. 06.06.2016 (karararama.yargitay.gov.tr); "...kütaphanede görevli olan sanığın, olay tarihinde kendisinden 'birinci sınıflara göre kitap var mı?' diye soran sekiz yaşındaki mağdureyi kütüphane içerisinde bulunan lavaboların bulunduğu kısma yönlendirip, burada yanına geldiği mağdurenin kollarından tutup arkasına sürütünme şeklindeki eyleminin beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı niteliğinde olduğu

5. Pedofili (Sübyancılık/ Çocuksevicilik¹⁰⁶)

Pedofili¹⁰⁷ (Alm. *Infantosexualität*) bilhassa kız çocukları olmak üzere (cinsel olarak olgunlaşmamış) çocuklarla cinsel temasta bulunarak cinsel tatminin genel kavramıdır.¹⁰⁸ Pedofili kavramından, çocuklara olan cinsel eğilim anlaşılmaktadır. Burada bir üst kavram söz konusu olup, bu üst kavram çocuklara karşı cinsel sapma şeklinde çeşitli davranış örneklerini özetlemektedir. Bu bakımdan pedofili kavramı, iletişim sağlamakta çekingen davranan, gelişmekte geciken ve çocuklarla ilk cinsel tecrübe arayışında olan ergenler hakkında kullanıldığı gibi, duruma göre şiddet içerikli cinsel eylemleri zorla yaptıran dissosyal bozuklukları olan insanlar veya pedagojik bir faaliyet çerçevesinde kendilerine teslim edilmiş olan bir çocuğa karşı erotik eğilim geliştirebilen kişiler hakkında da kullanılabilir.¹⁰⁹ Aynı şekilde yaşa bağlı bunama gibi zihinsel faaliyetlerin gerilemesi ya da zekâ (entelektüel) geriliği olan insanların çocuklara cinsel olarak yaklaşımları da pedofili olarak adlandırılmaktadır.¹¹⁰

gözetilerek,...” Yargıtay, 14. CD., E. 2014/4246, K. 2016/4743, T. 10.05.2016 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁰⁶ Storr, Cinsel Sapmalar, 116.

¹⁰⁷ Güncel Türkçe Sözlükte “Pedofili” kavramının karşılığı olarak “Sübyancılık” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. 5 Şubat 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

¹⁰⁸ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 167.

¹⁰⁹ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 200-201; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 313.

¹¹⁰ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 200-201. Bozukluk tablosunun heterojenliği açısından “pedofili” tanısının tartışmalı olduğu savunulmaktadır. Bkz. Pfäfflin, “Sexualstraftaten”, 345; Vetter, *Psychiatrie*, 140-141.

ICD-10'a göre pedofiliden söz edilebilmesi için, ilgili kişide "devamlılık gösteren (*persistent*) veya baskın" bir cinsel yönelim bulunması gerekmektedir.¹¹¹ DSM-5'te ise, pedofili cinsel sapma bozukluğu için tanı ölçütleri şu şekilde belirtilmiştir:¹¹² 1. En az altı aylık bir süre boyunca, ergenlik öncesi çocuk ya da çocuklarla (genellikle 13 yaşında ve daha küçük olanlarla) cinsel etkinlikte bulunmakla ilgili, tekrarlayıcı (yineleyen) cinsel anlamda uyarıcı yoğun fantaziler, cinsel dürtüler ya da davranışlar, 2. Kişi, bu cinsel dürtülerine göre davranmıştır ya da cinsel dürtüler ya da fantazileri klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da kişilerarası zorluğa neden olur, 3. Kişi, en azından 16 yaşındadır ve 1. tanı kriterinde sözü edilen çocuk ya da çocuklardan en az beş yaş daha büyüktür.

Pedofili insanların cinsel arzusu, kız veya erkek çocuklarına yönelik olabileceği gibi her iki cinsiyeti de kapsayabilir. Kadınlarda pedofil eğilimler ender görülmektedir.¹¹³ Pedofili davranış şekilleri farklı türlerde ortaya çıkabilecektir. Psikiyatrik gözlemlere göre birçok pedofili kişide, çocuk dünyasına girme ve çocuk dünyasının bir parçası olarak hareket etme, bu şekilde kendi çocukluğunda yaşayamadıklarını dengeleme yönünde kuvvetli bir ihtiyaç ya da gereksinim olmaktadır.¹¹⁴ Oyun parkları, panayırılar, spor kulüpleri gibi, çocukların eğlendiği veya aktivitelerde bulunduğu yerlerin tercih edilmesindeki nedenin de bu olduğu savunulmaktadır.¹¹⁵ Pedofili insanların çoğu zaman çocukların ilgi alanlarına duydukları ilgi ve kendilerini oyunla tanımlamaları nedeniyle çocuklar tarafından

¹¹¹ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.4, "Paedophilia"), 219.

¹¹² American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.2 "Pedophilic Disorder"), 697.

¹¹³ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.4, "Paedophilia"), 219.

¹¹⁴ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 200-201.

¹¹⁵ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 200-201.

kendileri gibi çocuk kabul edilmeyi başardıkları kabul edilmektedir.¹¹⁶ Bununla birlikte çocuk gruplarına entegrasyonun sadece cinsel eylemde bulunmak için öncü olmadığı da söylenmektedir. Daha ziyade çocuk yaşamına dâhil olmanın bile erotik bir tatmin verdiği varsayılmaktadır. Yaş ve gelişimdeki dengesizliğe ve buna bağlı olarak yetişkinin sahip olduğu güç pozisyonuna rağmen (çocuklara olan) bu ilişkinin, arkadaşlık olarak deklare edildiği görülmektedir. Pedofili davranışın bu şekilde agresif saldırıların ender olduğu söylenmektedir.¹¹⁷

Pedofili insanlar, arzuladıkları çocuklarla illa ki bir arkadaşlık ilişkisi için gayret göstermemektedir. Cinsel eylemler fiili şiddet, bağımlılık ve güven ilişkisinin suiistimal edilmesiyle zorla yapılabilir (yaptırılabilir). Özellikle aile bağları, cinsel istismara göz yumulması ve cinsel istismarın gizli tutulması için sıkça uygulanan bir baskı metodu olmaktadır.¹¹⁸ Ara sıra pedofili insanlar, belirli çocuklara ulaşabilmek için titizce düşünülmüş çeşitli metotlar geliştirmektedir; örneğin annenin güvenini kazanmak, hatta anneyle evlenmek. Güven oluşturan eylemlerin bir diğeri muhatabı da, çocuğun bizzat kendisidir. Paylaşımçı bir katılım ve ilgi, çocuğun iletişim kurma isteğini artırmak için ve üçüncü kişilerin dâhil olmasını engellemek için gösterilebilmektedir.¹¹⁹ Pedofiller her ne kadar çoğunlukla kurbanlarına fiziksel olarak zarar vermeseler de, çocukları evcil hayvanlarını öldürerek ya da anne-babalarına söylememeleri için tehdit ederek korkutabilirler. Bazı durumlarda sadece

¹¹⁶ Pfäfflin, "Sexualstraftaten," 344; Vetter, *Psychiatrie*, 140.

¹¹⁷ Pfäfflin, "Sexualstraftaten," 344; Vetter, *Psychiatrie*, 140.

¹¹⁸ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 315.

¹¹⁹ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 315.

çocuğun saçını okşamakla yetinebilirler. Bazı durumlarda ise çocuğun cinsel organına dokunabilirler ya da çocuktan onun cinsel organına dokunmasını isteyebilirler.¹²⁰ Nadiren de olsa cinsel birleşme talebinde bulunurlar. Eğer diğer yetişkinler tarafından fark edilmez ya da çocuk tarafından karşı gelinmez ise bu tür davranışlar haftalar, aylar, hatta yıllarca sürebilir. Pedofiliye ek olarak cinsel sadizm veya antisosyal (psikopat) kişilik bozukluğu olarak da tanı alan nadir vakalar, kurbanlarına ciddi derecede bedensel zarar verebilirler. Bu tür kişiler çocuklara tecavüz ederler ve parafililerden farklı olarak cinsel doyumun yanısıra çocuğa fiziksel olarak da zarar verme isteği duyarlar.¹²¹

¹²⁰ Bozkurt ve Gülçat, "Parafililer," 434.

¹²¹ Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 381. Klinik çalışmalarda karşılaşılan pedofillerin çoğunda narsistik kişilik bozuklukları ve özellikle psikopatik öğeleri güçlü narsistik karakter bozukluklarının varlığı gözlemlenmiştir. Böylesi durumlar, önemli ölçüde sadist öğeleri de içerir ve çocuğa cinsel olarak sahip olmak intikam aracı olarak kullanılır. Daha çok karşı cinsten çocuklara yönelik bu eylemlerde, kadınlardan korkan ve onlara yönelik yoğun düşmanlık yaşayan kişiler, kadın cinsine karşı penislerini silah olarak kullanarak onlara karşı bir güç kazanma eğilimindedirler. Bu kişiler arasında, yoğun öfke yaşama sonucu ereksiyon olanlara bile rastlanmıştır. Bkz. Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 235. Bazı pedofiller, çocuklara zarar vermeksizin, onlara sevgi göstermek istese de bazı tip pedofiller çocuklara işkence yapıp öldürmekten haz duyabilirler. Bu tarz kişilerin eylemleri çocuğu soymak ve seyretmek, kendilerini onlara seyrettirmek, onların karşısında mastürbasyon yapmak veya onlara dokunmak ve okşamak gibi nispeten daha az zarar verici aktivitelerden oluşabilirken, diğer taraftan, çocuklara oral seks uygulayan veya onlara uygulatan, vajinalarına veya anüslerine parmak, yabancı obje veya penis sokanlar da bulunabilmektedir. Pedofiliye bazı kişilik bozuklukları da eşlik ettiğinde farklı sebepler ve farklı dürtüler ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bu rahatsızlığa antisosyal özellikleri olan bir narsistik kişilik yapılanması eşlik ettiğinde, ortaya sadistik dinamiklerden kaynaklanabilecek sonuçlar çıkabilmektedir. Çocuğun cinsel olarak ele geçirilmesi kişiye bu noktada asıl duygu olan güç ve zafer hissini yaşatabilir. Bunlar da saldırının geçirmiş olduğu olası bir

Kişilerin pedofili davranışları için en çok sundukları gerekçe, çocuğun kendisini cinsel olarak provoke ettiği, kendisine keyifli bir tecrübe yaşattığı veya cinsel motivasyonlu eylemlerin pedagojik amaçla ve yarar sağlayıcı olduğudur. Birçok olayda pedofili insanların kendilerinin de çocukluklarında cinsel istismara maruz kalmış olduğu görülmektedir.¹²²

Adli psikiyatrik bilirkişilik değerlendirmesi çerçevesinde, çocuklara yönelik bir cinsel istismarın gerçekten pedofili eğilimle ilgili bir eylem olup olmadığını veya cezadan kaçmak için bir mazeret yaratma eylemi olarak işlev görüp görmediğinin araştırılıp ortaya çıkarılması gerekir. Örneğin çocuklara olan cinsel ilgi, aslında yetişkinlerle arzu edilen ama elde edilemeyen bir cinsel ilişkinin yerine geçmesi gibi bir durum gelişebilmektedir. Bu tür durumlar, örneğin bir yetişkinin başka bir yetişkinle cinsel temasta bulunma arzusunun başarısızlıkla sonuçlanması ve bunun üzerine cinsel ihtiyaçlarını çocuklar üzerinde yaşaması veya bir beraberlikteki cinsel çekimin kaybolduğu, tatmin olmanın diğer alternatiflerinin bulunmadığı ve çocuğun cinsel olarak istismar edilmesinin kolay geldiği durumlarda da olabilmektedir.¹²³ Sapma derecesinde cinsel ilişkilerin pedofili cinsel bozukluğuna uyumu açısından, çocuk ne kadar büyük ve olgun ise ve cinsel amaçla hareket eden

çocukluk-çağı cinsel istismar travmasını işaret edebilir. Bkz. İrem Akduman ve Gökhan Oral, "Pedofili Kavramına Kuramsal Yaklaşımlar," *Adli Psikiyatri Dergisi* 2, no: 4 (2005), 16.

¹²² Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 294-295; Alper Evrensel ve Aytekin Özşahin, "Bir Olgu Nedeniyle Pedofilin Adli Psikiyatrik Yönü," *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 15, no: Ek sayı 1 (2014), 45.

¹²³ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.4, "Paedophilia"), 219.

yetişkinine olan yaş farkı ne kadar azsa patolojik bir karakter olma olasılığı o kadar azdır şeklindeki prensip esastır.¹²⁴

Pedofilinin temelinde yatan amaç, olgun kadınlara karşı duyulan korkulara karşı savunma geliştirmek ve kendi çocuksu durumunu canlandırmaktır. Özellikle çocukluk döneminde tecavüz ve cinsel iğfal mağduru olmuş kişilerde, pedofili o zamanki durumu yeniden sahneye koymak suretiyle ortaya çıkmaktadır; ancak tersi rollerle.¹²⁵

Pedofil kişi türlerinin aşağıdaki tiplere göre ayırt edilebileceği belirtilmiştir:¹²⁶

1. Genellikle tecrübesiz olan, genel olarak cinsel kontakta bulunabilmek için çocuklarla cinsel davranışta bulunan, çekingen, gelişimi gecikmiş genç (ergen);
2. Pedofili suçunun olmayan sosyal bağlar yerine bir eylem (ikame eylem) olarak nitelendirilmesi gereken, sosyal marjinal olan genç (ergen);
3. Sosyal olarak entegre olmamış, yaşam tarzı dengesiz (dalgalı) olan ve çocukluğunda sıkça saldırganlık ve cinsellik deneyimleri olan yetişkin;
4. Çocuğun zihniyetine uygun davranmakta becerikli olan ve partnerlik bazında karşılıklı bir aşk ilişkisi tesis etmeye çalışan öğretmenlerin, eğitimcilerin, antrenörlerin vb. kişilerin erotize edilmiş pedagojik ilişkileri;
5. İyi bir yaşam enerjisinin (diriliğin) sürdüğü, organik beyin bozulmasının başladığı yaşlılık pedofilisi.

Adli psikiyatri bakış açısından faile pedofilik eylemlerinden dolayı ceza verilmemesi ya da ceza indirimi uygulanıp

¹²⁴ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 201.

¹²⁵ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 167.

¹²⁶ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 167.

uygulanmayacağı tartışılmaktadır.¹²⁷ Pedofilinin bir akıl hastalığı değil, bilinçli bir cinsel tercih olduğunu savunanlara göre bu bireylerin kusur yeteneği tamdır. Pedofilik eylemi bir dürtü kontrol bozukluğu olarak değerlendirenler ise, kleptomani (çalma dürtü bozukluğu) ve piromani (yangın çıkarma dürtü bozukluğu) gibi suç unsuru taşıyan dürtü kontrol bozukluğuna sahip olaylarda ceza indirimi ihtimalinin tartışılması gerektiğini savunmaktadır. Pedofiliyi dürtü kontrol bozukluğu dışında bir patoloji ile ilişkilendirenlere göre, gerek pedofilik bireyin içgörüsü kazanması, gerekse bu davranış biçimini düzeltmesi açısından kişi eyleminin adli sonuçlarına katlanması gerekmektedir.¹²⁸

Pedofilik kişilerin yargılama yeteneklerinin varlığı konusunda bir tartışma söz konusu değilken, tartışılması gereken konunun bu kişilerin irade ve dürtü kontrollerinin olduğu belirtilmektedir.¹²⁹ Bir başka deyişle pedofilik kişiler, bünyelerinde başka bir zihinsel bozukluk mevcut değilse, gerçekleştirmiş oldukları eylemlerin hukuk düzeni ile çatıştığı konusunda algılama yeteneğine sahiptirler. Hemen her birey için geçerli olan cinsel dürtülerin baskılanması beklentisi, cinsel sapkınlığı olan bireyler açısından da geçerlidir. Yine de cinsel sapkınlığı nedeni ile suç sayılan bir eylemde bulunan bir kişinin, baştan ve kestirme bir tavırla kusur yeteneğinin tam olduğuna

¹²⁷ Evrensel ve Özşahin, "Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü," 46.

¹²⁸ Evrensel ve Özşahin, "Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü," 46.

¹²⁹ Evrensel ve Özşahin, "Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü," 46.

karar verilmemesi gerektiği savunulmaktadır.¹³⁰ Bu kişilerin dürtü kontrolünü denetleme ve diğer insanlara zarar vermeme çabası içinde olmasına karşın, suç sayılan eylemi işlemeleri halinde ceza indiriminden yararlanmaları yönünde karar verilebileceği belirtilmektedir.¹³¹ Türkiye’de pedofili ile ilgili olaylarda ceza ile zorunlu terapinin birlikte uygulandığı ve terapiye uyumun cezadan indirim olanağı verdiği uygulamaların etkili olabileceği, her pedofili olayının ve pedofilik bireyin ceza indiriminden yararlanma durumunu o olaya özgü koşulların dikkate alınarak değerlendirilmesinin yerinde olacağı haklı olarak savunulmuştur.¹³² Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneğini düzenleyen TCK m.32/2’ye göre mahkeme kararı ile mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir. Mahkeme bu yönde karar verirse, kişi hakkında hak etmiş olduğu ceza miktarının bir kısmı veya tamamı TCK m.57 çerçevesinde akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanabilecektir. Bu kapsamda kişi yüksek güvenlikli bir psikiyatri kurumunda koruma ve tedavi altına alınacaktır.

Adli psikiyatri literatüründe bazı yayınlarda Asperger Sendromu ile pedofilik davranışlar arasındaki bağlantının olgu eşliğinde tartışıldığı görülmektedir.¹³³ Buna göre, Otizm Spektrum Bozukluğu (OSB), içinde Asperger Sendromu’nu (AS) da barındıran Yaygın Gelişimsel Bozukluk (YGB) semptom

¹³⁰ Evrensel ve Özşahin, “Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü,” 46.

¹³¹ Evrensel ve Özşahin, “Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü,” 46.

¹³² Evrensel ve Özşahin, “Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü,” 46-47.

¹³³ Armağan Aral ve Gökçe Nur Say, “Çocuk Pornografisine Yönelik Sınırlı İlgi Örüntüsü mü? Pedofili mi?” *Türk Psikiyatri Dergisi* 27, Güz (2016), 111.

kümelerinin tamamıdır. Asperger Sendromlu çocuklar toplum önünde mastürbasyon, insanlara uygunsuz dokunma, cinsel uyarımlarla ilgili obsesyonlar, fetişizm, yabancıları öpme, cinsel şiddet, pornografi ile yoğun uğraş gibi uygunsuz cinsel davranışlar sergileyebilmektedirler. OSB'li çocukların pedofilik davranışlarının olabileceğine dair yayınlar mevcuttur.¹³⁴ Bu bağlamda AS'li ergenler pedofili bozukluğuna sahip olarak etiketlenebilmekte ve adli ceza sistemi ile karşı karşıya gelebilmektedirler.¹³⁵ Pedofili ile ilgili bir olguda¹³⁶, 15 yaşındaki kız ergen kliniğe çocuk pornografisi kullanmak, bilgisayarında bulundurmamak ve sosyal medyada paylaşmak suçları nedeniyle kusur yeteneği değerlendirilmesi için adli vaka olarak gönderilmiştir. Öyküye göre; tanımadığı bir kişiyle facebook üzerinden konuştuğu, bu kişiye çıplak insanlardan ve çocuk resimlerinden, özellikle de ünlü çocuklardan bahsettiği, diğer kişinin fotoğrafları göndermesini istediği için bilgisayarına yüklediği ve gönderdiği öğrenilmiştir. Daha önce aynı klinikte takipli hastanın dosya bilgilerinden; Asperger Sendromu ve majör depresyon tanılarının olduğu, internette çocuk ünlülerle ilgili materyal toplama, bebek banyosu videoları izleme gibi sınırlı ilgi alanlarının olduğu öğrenilmiştir. Bu kişi görüşmede birkaç aydır ünlü çocuklar hakkında araştırma yaptığını, onların lüks yaşamlarının ve çıplaklıklarının merak uyandırıcı olduğunu, görüntüleri izlerken cinsel olarak uyarılmışlık

¹³⁴ Aral ve Say, "Çocuk Pornografisine Yönelik Sınırlı İlgi Örüntüsü mü? Pedofili mi?" 111.

¹³⁵ Aral ve Say, "Çocuk Pornografisine Yönelik Sınırlı İlgi Örüntüsü mü? Pedofili mi?" 111.

¹³⁶ Olguyu ve bu olgu üzerine yapılan değerlendirmeleri belirten çalışma için bkz. Aral ve Say, "Çocuk Pornografisine Yönelik Sınırlı İlgi Örüntüsü mü? Pedofili mi?" 111ff.

hissetmediğini belirtmiştir. Yapılan görüşme sonrası; hastanın eylemlerinin Asperger Sendromu'na bağlı sınırlı ilgi alanının ve yargılamadaki eksikliğinin bir uzantısı olduğu, eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olmadığı kanaatine varılarak rapor düzenlenmiştir.¹³⁷

TCK çerçevesinde bakıldığında pedofilik eylemler değişik suçları oluşturabilecektir. Pedofili bozukluğu etkisiyle işlenen suçların başında çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlar gelmektedir. Bu bakımdan çocukların cinsel istismarı suçu (TCK m.103), çocuklara karşı işlenen cinsel taciz suçu (TCK m.105/1) değerlendirilecektir. Kişinin pedofili bozukluğunun etkisiyle işlemiş olduğu fiillerin ortaya çıkmaması için çocuğu tehdit etmesi, görüntülerini videoya alıp bu görüntüleri ailesiyle ya da diğer kişilerle paylaşacağına yönelik şantajda bulunması durumunda fiilin niteliğine göre tehdit suçu (TCK m.106), şantaj suçu (TCK m.107) ya da müstehcenlik suçu (TCK m.226/3) oluşabilecektir. Belirtilen fiilleri pedofili cinsel sapma zihinsel bozukluğunun etkisi ile gerçekleştirdiği değerlendirilen kişilerin kusur yeteneklerinin adli psikiyatri bilirkişi yardımıyla incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.¹³⁸

¹³⁷ Aral ve Say, "Çocuk Pornografisine Yönelik Sınırlı İlgi Örüntüsü mü? Pedofili mi?" 111.

¹³⁸ "Sanığın hazırlık beyanlarında 'pedofili' hastası olduğunu beyan ettiği, müdafininde sanıkta akli dengesizlik olduğunu bildirdiği, ilk derece mahkemesinin gerekçesinde bu hususu değerlendirmedeği gibi sanık hakkında herhangi bir rapor da alınmadığının anlaşılması karşısında, suç tarihi itibarıyla sanıkta TCK'nın 32/1 ve 32/2. maddeleri kapsamına girebilecek herhangi bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, şayet varsa bu nedenle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan veya Adli Tıp Kanununun 7 ve 23. maddelerine göre oluşturulmuş üniversite hastane heyetinden rapor alınarak sonucuna göre 5237

6. Sadomazoşizm (Cinsel Mazoşizm/ Cinsel Sadizm)

“Sadizm” terimi, günümüz dilinde, cinsel bağlantı zorunlu olmamakla beraber genelde başka insanlara acı ve zulüm yaşatma keyfi ya da isteği olarak açıklanmaktadır.¹³⁹ Nitekim TDK güncel Türkçe sözlükte, “*sadistlik*” sözcüğü, “*Sadist olma durumu*” ve “*Başkalarına acı çektirme yoluyla cinsel doyum sağlama biçiminde kendini gösteren bir sapıklık türü, elezerlik*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁰ Aynı benzer davranışlarda başkasının değil de, kişinin kendisini kullanması durumunda ise “*mazoşizm*” kavramı gündeme gelmektedir. TDK güncel sözlükte “*mazoşizm*” kavramının anlamı “*özezerlik*” sözcüğü ile karşılanmakta; “*özezerlik*” ise “*Fiziksel acı veya aşağılatıcı davranışlarla doyumla ulaşma biçiminde beliren cinsel sapıklık*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁴¹

sayılı Kanununun 32/2 ve 57. maddeleri de nazara alınmak suretiyle sanığın hukuksal durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulduğunun anlaşılması nedeniyle, ilk derece mahkemesinin sübuta yönelik delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak 5271 sayılı CMK'nın 230/1-b. maddesine uygun düşmeyen gerekçeyle kurduğu mahkumiyet hükmünün bozulması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde anılan hükme yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi suretiyle aynı Kanununun 289/1-g. maddesine muhalefet edilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 20. Ceza Dairesinin 24.04.2017 gün ve 2017/1139 Esas, 2017/983 Karar sayılı vaki istinaf başvurusunun esastan reddine dair kurulan hükmün 5271 sayılı CMK'nın 302/2-4. madde ve fıkrası gereğince BOZULMASINA,...” Yargıtay, 14. CD., E. 2018/4053, K. 2018/5532, T. 27.09.2018 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³⁹ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 316.

¹⁴⁰ Bkz. 5 Şubat 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

¹⁴¹ Bkz. 5 Şubat 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

Sadist ve mazoşistlerin çoğu cinsel yaşamları dışında geleneksel bir şekilde yaşarlar ve bunların çoğunun gelir ve eğitim düzeylerinin ortalamasının üzerinde olduğunu gösteren kanıtlar vardır.¹⁴² Sadist ve mazoşist¹⁴³ eğilimlerin psikiyatrik anlamda cinsel sapma ya da sapkınlık olarak sınıflandırılabilmesi için, bir insanın cinsel haz kazanmasında başlıca nedenin acıyı veya aşağılamayı yaşatması veya yaşaması ya da cinsel uyarımın başka şekilde hiç erişilemez olması şarttır. Bu kriter yardımıyla daha düşük yoğunlukta olmaları nedeniyle bozukluk olarak sınıflandırılmayan ve çoğunlukla keyif arttırıcı unsurlar olarak cinsel ilişkilere entegre edilen durumlar sadomazoşist eğilimlerden ayrılmaktadır.¹⁴⁴

Sadizm geçmişte “seri cinayetler” ile de ilişkili olarak ele alınan bir zihinsel bozukluk olmuştur.¹⁴⁵ Mareşal *Gilles de Rais*'in

¹⁴² Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 388.

¹⁴³ Sadizm ve mazoşizm terimleri, *Marquis de Sade*'ye (1740-1814) atfen işkence etme bağımlılığını sadizm olarak ve yazar *Leopold von Sacher-Masoch*'a (1836-1895) atfen koşulsuz teslim olarak cinsel doyuma ulaşma durumuna mazoşizm adını veren *Krafft-Ebing*'den gelmektedir. Yazar *Sacher-Masoch*'a göre adlandırılan bir cinsel sapma olan mazoşizmde, şartsız koşulsuz partnere teslim olunmakla (boyun eğme ile) cinsel hazza ulaşılır. Dövmek ve kelepçelemek veyahut dövülmek ve kelepçelenmek gibi aşırı şekiller ve komplikasyonsuz cinsel ilişkilerde var olan, teslim olmanın ve sahip olmanın elementleri arasında olabilecek her türlü geçişler vardır. Bkz. Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 202; Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 168; Geçtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 236-237.

¹⁴⁴ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.5, “Sadomasochism”), 220.

¹⁴⁵ Bazı sadistlerin cinayet işleyebileceği ya da diğer kişiyi sakat bırakabileceği belirtilmektedir. Sadist cinsel suçluların daha çok polis rolüne girdiği, zincirleme cinayetler işlediği, kurbanlarını bağladığı ve cesetleri sakladığı belirtilmektedir. Bkz. Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 388. Seri cinayetlere zemin hazırlayan motivasyonlar birçok araştırmacı için merak konusu olmuştur. Geniş örneklemli bir araştırmaya göre seri katiller tüm diğer nedenlerden çok cinsel motivasyonla öldürmektedir. Cinsel sadizm ise bu katillerde rastlanan çoklu parafililerden biri olmasıyla önemli bir

(1400-1440) sadist dürtülerinin tatmini amacıyla 140-300 çocuk öldürdüğü söylenmektedir.¹⁴⁶ 1920'li yıllarda 9 kadın ve çocuğu öldüren *Peter Kürten*, onu değerlendiren bilirkişisi Prof. Berg' e kurbanlarını boğarken ve bıçaklarken orgazm olduğunu anlatmıştır. 13 kadını öldüren *Peter Sutcliff*, defalarca kendini sadomazoşist filmlerle uyarmıştır.¹⁴⁷ Dört erkek çocuğunun ilkinin cinayetini işlediği sırada 15 yaşında olan *Jürgen Bartsch* için homoseksüel eğilimle bir tür intikam bağımlılığı değerlendirilmesi yapılmıştır. Beş kadını ve bir bebeği öldüren ve medya raporları sebebiyle Alman suç tarihine "pembe dev" olarak giren *Wolfgang Schmid*'in işlediği suçlarda bu kişinin davranışının temelini genel olarak fetişist bir transvestizm oluşturuyordu.¹⁴⁸ Bir seri cinayet olgusunda adli psikiyatrik bilirkişilik yapılırken cinsel sadizm bulgularının oldukça önemli olabileceği belirtilmektedir. Psikopatoloji sorgulanırken cinsel alanın da sorgulanmasının adli psikiyatrik değerlendirmede ek katkılar sağlayabileceği söylenmektedir.¹⁴⁹ Cinsel sadizm tanısı koyulmasındaki zorluğun olguların psikopatoloji, cinsel fanteziler, suç davranışları ve motivasyon açısından daha ayrıntılı değerlendirilmesi ile azaltılabileceği belirtilmektedir.¹⁵⁰ Türkiye'de seri cinayet olarak kayıtlara geçen olayların kabul edilen tanımlara uygunluklarını belirlemek için suç ve suçuların

alandır. Bkz. Özge Kılıç ve İbrahim Balcıoğlu, "Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm," *Adli Tıp Dergisi* 27, no: 1 (2013), 56.

¹⁴⁶ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 202.

¹⁴⁷ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 202.

¹⁴⁸ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 296.

¹⁴⁹ Kılıç ve Balcıoğlu, "Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm," 60-61.

¹⁵⁰ Kılıç ve Balcıoğlu, "Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm," 61.

ayrıntılı incelemelerine ihtiyaç olduğu haklı olarak savunulmaktadır.¹⁵¹

Psikiyatri uzmanları çeşitli teorik yaklaşımlardan yola çıkarak, “sadizm” kavramının kapsamı hakkında zıt görüşler savunmaktadır.¹⁵² Büyük ölçüde fikir birliği sağlanan husus ise, sadist eğilimlerin odağında şiddet eylemlerinin zorunlu şekilde yapılması değil, aşağılama (küçük düşürme) ve acı verme yoluyla elde edilen, ritüelleştirilmiş bir güç ve sahip olma ilişkisi bulunmaktadır.¹⁵³ Sadist eylem, duruma göre uygulayıcısının cinsel doyum elde etmek için tek yoldur. Sadist eğilimler çoğu zaman ergenlerde bile fark edilir, ilgili dosyalarda çoğu zaman fantezide onu yaşadktan sonra aniden hazır gelişmiş bir vaziyette bulunurlar. İlk sadist eylem patlamaları, ilgili kişi için de çok şaşırtıcıdır; çünkü kendine özgü farklı bir anlayışı vardır ve kişi sadist eğilimleri kendi içinde daha çok reddetmektedir.¹⁵⁴

DSM-5, cinsel sadizme kendi başına bir bozukluk olarak parafili grubunda yer vermektedir.¹⁵⁵ ICD-10 ise, sadist ve

¹⁵¹ Kılıç ve Balcıoğlu, “Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm,” 61.

¹⁵² Pfäfflin, “Sexualstraftaten,” 348.

¹⁵³ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 296. Sadomazoşizm terimi, şiddet ve saldırganlık anlamında değil, aksine sahip olma, aşağılama ve acı verme eylemleriyle bağlantılı cinsel uyarılma ve cinsel haz olarak kullanılmaktadır. Bkz. Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 296. Şiddet cinsel uyarılma için yeterli değildir. Önceden tasarlanmış küçük düşürücü davranışlar ve kesme, parçalama bulguları cinsel sadizm açısından anahtar bulgulardır. Bu cinayetlerde olayı dikkatlice planlama, kurbanı aşağılama, bağlama, bandajlama, bedenini kesme, parçalama, baskı uygulama, kişi üzerinde kontrol kurma, işkence davranışları dikkati çeker. Bkz. Kılıç ve Balcıoğlu, “Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm,” 60.

¹⁵⁴ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 296.

¹⁵⁵ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.84 “Sexual Sadism Disorder”), 695; Söz konusu cinsel sapma bozukluğunu Prof. Dr. Ertuğrul Köroğlu, “Cinsel Elezerlik (*Sadizm*) Bozukluğu” olarak Türkçe’ye çevirmiştir. Bkz. Amerikan Psikiyatri Birliği, *DSM-5*, 344.

mazoşist cinsel yönelimleri bir tanı grubunda birleştirmektedir ve böylece çoğu vakada her iki bileşenin de cinsel uyarıcı olarak hissedilmesi durumuna açıklık getirmektedir.¹⁵⁶ DSM-5'e göre cinsel sadizm bozukluğu için tanı ölçütleri şu şekilde belirtilmiştir:¹⁵⁷ 1. En az altı ay bir süre boyunca fantaziler, dürtüler ya da davranışlar olarak kendini gösteren, bir başkasına bedensel ya da ruhsal acı çektirmekten, yineleyici bir biçimde, cinsel olarak yoğun uyarılma, 2. Kişi, ilgili kişinin rızasını almadan bu cinsel dürtülerine göre davranmıştır ya da cinsel dürtüleri ya da fantazileri klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da toplumsal, iş ile ilgili alanlarda ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya/düşmeye neden olur.

Cinsel sadistler; şiddet ve küçük düşürücü davranıştan, kurbanın bu davranışa tepkisinden, uygulanan şiddet sonucu hissedilen güç ve kontrolden cinsel olarak uyarılırlar.¹⁵⁸ Cinayeti dikkatlice planlama, aşağılama, ağrı ve korku uyandırma, baskı uygulama ve kontrol, bağlama, bandajlama, bedeni kesme, parçalama ve işkence dikkat çeken olay yeri davranışlarıdır.¹⁵⁹ Literatürde seri cinayetin psikopati, antisosyal kişilik bozukluğu, cinsel sadizm, otistik spektrum bozuklukları, Asperger sendromu, habis narsisizm psikopatolojileri ile ilişkilendirildiği görülmektedir.¹⁶⁰ Seri cinayetlerin büyük kısmının cinsel saldırı, işkence ve yaralama içerdiği

¹⁵⁶ World Health Organization, *ICD-10*, 220.

¹⁵⁷ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.84 "Sexual Sadism Disorder"), 695.

¹⁵⁸ Kılıç ve Balcıoğlu, "Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm," 54.

¹⁵⁹ Kılıç ve Balcıoğlu, "Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm," 54.

¹⁶⁰ Kılıç ve Balcıoğlu, "Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm," 57-58.

bilinmektedir. Bireyi seri cinayete götüren birincil motivasyon ise cinsel haz olarak bildirilmiştir.¹⁶¹

Cinsel mazoşizm ise farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin hareketin engellenmesi (fiziksel olarak bağlanma), gözlerin bağlanması (duyusal bağlanma), dövülme, kamçılanma, elektirik şokuna maruz kalma, kesilme ve aşağılanma (örneğin, üzerine idrar ya da gayta yapılması, köpek gibi havlamaya zorlanma, sözel tacize maruz kalma vs.) gibi.¹⁶² Cinsel mazoşizmin oldukça tehlikeli bir varyasyonu olarak DSM-IV-TR'de, oksijen alımının azalmasının cinsel uyarıma neden olduğu "hipoksifili" tarif edilmekteydi. Hipoksifili bozukluğunda cinsel uyarılma oksijen yoksunluğu ile sağlanır ve bunun için çevresel damarları genişleterek beyindeki oksijen miktarını geçici olarak azaltan kimyasal maddeler, göğüs kompresyonu, plastik torba veya ip kullanılır.¹⁶³ Oksijen alımının azalmasını sağlamak için boyun halkaları, ağız tıkaçlarının da kullanıldığı bilinmektedir. Uygulama, tüm mazoşist uygulamalarda olduğu gibi, bir başka kişiyle veya tek başına yapılabilir. Ara sıra oksijenin azalmasına neden olan maddelerin yanlış kullanılması sonucu istenmeyen ölümler veya tehlikeli durumlar meydana gelebilmektedir.¹⁶⁴

Mağdurun korkusundan cinsel bir uyarım elde etmek için bir insana (zorla) sahip olma yönündeki dürtüsel cinsel arzu, cinsel sapma içindeki kişinin kendisini de şaşırtabilir. Karşındakinin aşağılanması için yapılan uygulamaların yanı sıra tecavüzler, işkenceler, sakat bırakmalar ve öldürmeler de sadist eğilimlerin odak noktasında olabilmektedir.¹⁶⁵

¹⁶¹ Kılıç ve Balcioğlu, "Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm," 59.

¹⁶² Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 388.

¹⁶³ Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 388.

¹⁶⁴ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 318.

¹⁶⁵ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 318.

Sadist veya mazoşist cinsel tercihleri olan insanların, çocukluk döneminde dahi buna göre fanteziler geliştirdiği varsayılmaktadır. Bozukluk, çoğu zaman kronik olarak seyretmektedir.¹⁶⁶ Özellikle cinsel sadizmde zaman içinde cinsel haz için yapılan yaralayıcı uygulamaların ölçüsünü arttırma isteği ortaya çıkmaktadır. Mazoşist eğilimli kişiler, aynı eylem örneklerini yinelemeye meyilli kişilerdir ve yıllar geçse de bir yoğunlaştırma ihtiyacı hissetmezler. Başkaca vakalarda ise, sürekli cinsel tatmine ulaşmak için uygulamaların arttırılması geneldir veya stres durumlarında gereklidir.¹⁶⁷

Ceza hukuku bakış açısında kusur yeteneği sorunu açısından cinsel mazoşizm tek başına neredeyse önem arz etmemektedir, çünkü bozukluğa sahip olan kişi, doğal olarak bir fiziksel yaralamanın veya öldürme eyleminin failinden çok mağduru olmaktadır.¹⁶⁸ Açıklandığı üzere, sadomazoşist bozukluklarında, tehlike durumunun yanlış değerlendirilmesine bağlı olarak istenmeyen ölüm vakaları meydana gelebilmektedir.¹⁶⁹ Sadist eğilimlerini gerçekleştirme adına rızası olmayan kişilere karşı şiddetle uygulamada bulunan suçlular, adli tıp uzmanlarının tecrübelerine göre sadomazoşist bir alt kültürden değillerdir. Çoğu zaman bu insanlarda, cinsel sadizmin yanı sıra başka parafili¹⁷⁰ durumları veya anti-sosyal

¹⁶⁶ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 318.

¹⁶⁷ DSM IV, 633-634' den aktaran Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 318-319.

¹⁶⁸ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 202.

¹⁶⁹ Bunun dışında, sadomazoşist uygulamalar karşılıklı rıza gösterilerek eş ilişkilerinde veya belirli bir senaryo dahilinde yaşandığı sürece, öldürme suçları ve diğer suç fiilleri oldukça nadirdir. Bkz. Vetter, *Psychiatrie*, 143.

¹⁷⁰ Pfäfflin, "Sexualstraftaten," 348.

bir kişilik bozukluğu¹⁷¹ olmaktadır. Cinsel sapma niteliğinde bir cinsel yönelimin bulunmadığı, başka motiflerin esas olduğu zararlı eylemlerin sadist şiddet eylemlerinden ayrı tutulması gerekir.¹⁷² Özellikle aşağılama veya cezalandırma senaryosu şeklindeki ritüelleşmiş uygulamalar, sadist girişimlerin bir göstergesidir.¹⁷³

Genelde cinsel bir sadistin günlük çevresinde sergilediği tutumla cinsel davranışı arasında ciddi bir tutarsızlık söz konudur. Toplumda pasif, çekingen bir tutum, önemli sosyal ihtilaflar olmadan çoğu zaman oldukça iyi bir entegrasyon sağlanmaktadır. Cinsel tatmin için suç niteliğinde şiddetli fiiller işlemek, failin dış görünüşüyle çoğu zaman uyuşmayan bir durum olmaktadır.¹⁷⁴ Bu nedenle psikiyatri uzmanları, değerlendirilen kişinin ön plandaki uygun görünümü konusunda yanılığa düşmemeye ikaz etmekte ve sadistlerin, cinsel eğilimlerini çoğu zaman içten kabul etmediklerinin uyarısını yapmaktadır.¹⁷⁵

Bu cinsel sapma açısından cinsel motifli öldürmeler önem arz etmektedir. Bir tanıma göre¹⁷⁶, herhangi bir şekilde cinsel uygulamalar içeren, partnerin her türlü öldürülmesi, **cinsel cinayet** (öldürme) olarak kabul edilmektedir. Dar anlamıyla haz cinayeti, öldürerek yaşanan cinsel hazza verilen addır; burada işkence yapmak, sakat bırakmak ve öldürmek, fiziksel birleşme yerine geçer.¹⁷⁷ Kesinlikle bu durumdan ayrı tutulması gereken,

¹⁷¹ DSM IV, 634'den aktaran Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 319.

¹⁷² World Health Organization, *ICD-10*, ICD-10, (F65.5, "Sadomasochism"), 220.

¹⁷³ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 319.

¹⁷⁴ Pfäfflin, "Sexualstraftaten," 348-349.

¹⁷⁵ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 296.

¹⁷⁶ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 169.

¹⁷⁷ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 169.

olayı gizlemek amacıyla işlenen cinayettir. Bu cinayetin yegâne amacı, zorla ırza geçmenin izlerini ortadan kaldırmaktır.¹⁷⁸

Cinsel motiveli öldürmelerde, çok yönlü kesişmelere ve geçişlere izin veren, iki göreceli tip tarif edilmektedir; bunlar sadist-sapkın gelişmeler ve bozucu bir dinamiğin ortaya çıkması olarak dürtüsel eylemlerdir.¹⁷⁹

Sadist-sapkın gelişmelerde kişilikler sosyal ilişkileri bariz derecede renksiz ve cansız gibi görünüyorsa da, dışarıdan bakıldığında çoğu zaman sosyal olarak iyi entegre olmuştur.¹⁸⁰ Sosyal adaptasyon, büyük ölçüde ortama pasif olarak kendini ekleme şeklindedir, böylece çevreleriyle çatışmazlar veya az çatışırlar. Çoğu zaman bakımsızlık semptomları, suçluluk ve sosyal istikrarsızlık belirtileri genelde tamamen eksiktir. İşlenmiş olan suç çevredeki diğer insanların gözünde kişiliğin diğer yaşam tarzına ciddi oranda zıttır. Hiçbir şekilde stereotipik “sadist” kişiliğine uygun değildir. Sapkınlık, ya ergenliğe girerken belirlenmiştir ve daha sonraki süreçte sadece değişkenlik gösterir ve zenginleşir ya da daha sonra kriz deneyimleriyle harekete geçer. Sapkın olarak değerlendirilen konuları asıl uyaranlar “sahip olma, dövme, işkence etme fantezileri”dir. Cinsel tatminin başkaca türleri ya mümkün değildir ya da nispeten cazibesi olmaz. Sapkınlığın işlenmesi, büyük ölçüde ben-distoniktir. Birçoğu, sapkınlığı bir nevi yabancı bir şey, “hasta”, korkutucu bir şey olarak deneyimleme eğilimindedir. Öldürmenin gerçekleştiği gelişmelerde, ilerici bir seyir şekli oldukça yaygındır. Sıkça narsistik-sarhoşluk gibi ben-yabancılaşmanın söz konusu olduğu

¹⁷⁸ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 170.

¹⁷⁹ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 170.

¹⁸⁰ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 170.

fiiller, çoğunlukla ritüel şeklinde seyredeler ve gerçek olmayan fantezi içerikleri gibi gerçeğe karışıyor gibi etki ederler.

Bozucu dinamik taşması olarak dürtüsel eylemlerde ise birçok zıt biyografiler meydana çıkmaktadır. Uyum çabaları çok daha fazla çatışmalı ve çoğunlukla başarısızlıkla sonuçlanır. Ortaya bakımsızlık semptomları, suç eğilimleri, değişkenlik ve devamlılık çıkar. İlişki problematiği, sadistlerden çok farklıdır: Burada kendini izole etmeye doğru geri çekilme durumu daha azdır. Çevre istikrarsızlığı, daha çok kuvvetli, agresif şekilde defedilen bağlanma korkularından kaynaklanmakta; ilişkileri ise mevcut bağımlılık ve otonomi problemleriyle karşı karşıyadır. Öldürme eylemleri, cinselleşmiş bozucu dürtülerin ani taşmalarıdır ve narsistik gerilimleri azaltmaya yarar. Öldürme eylemlerinin türü daha az ritüelleşmiştir, daha az belirlenmiştir ve kaçınılmazdır. Mağdurlar, fiil durumları ve tetikleyiciler daha tesadüfidir ve değiştirilebilir.

Failin kusur yeteneği değerlendirmesi açısından cinsel sadizm bozukluğu ön plana çıkmaktadır. Cinsel mazoşizm ise, esasen kişinin kendisinin acı çekmesini sağlayıcı fiillere rıza ehliyetinin bulunup bulunmaması, hangi fiiller bakımından rızanın geçerli olabileceği hususları açısından önemlidir. Bu konular suç genel teorisinde “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk sebebi açısından tartışılacak konular olmalarına karşın, kusur yeteneği ile ilgili konular değildir. Cinsel sadizm bozukluğu çerçevesinde gerçekleştirilen fiiller, öldürme ve yaralama suçları ve bu suçların nitelikli hallerini (Örn. canavarca hisle öldürme) oluşturabilecektir. İşlenen fiilin cinsel sadizm zihinsel bozukluğu altında işlendiği konusunda bir şüphe olduğunda kişinin kusur yeteneği adli psikiyatri bilirkişisi yardımıyla incelenip değerlendirilmelidir.

7. Voyerizm (Gözetlemecilik/Röntgencilik/Dikizcilik¹⁸¹)

Habersiz, çoğu zaman yabancı bir kişiyi, mahrem eylemleri sırasında, örneğin soyunurken veya cinsel eylem içindeyken cinsel anlamda uyarılmak için yineleyici veya sürekli şekilde gözleme isteğine “Voyerizm” denir.¹⁸² Bu cinsel sapma davranışı türüne *skoptofili* adı da verilmektedir.¹⁸³ Bu sapma türünde gözleme, genelde gizlice yapılır ve çoğu zaman gözlemlemeye mastürbasyon eşlik eder.¹⁸⁴ Normalde gözetlemeciler (dikizciler), mağdur ettikleri kişilerle doğrudan bir cinsel temas teşebbüsünde bulunmazlar.¹⁸⁵

Gözetlemeye yönelik eğilimler ancak, habersiz olan kişilerin mahrem vaziyette gözlemlenmesi, başka bir kişi için haza ulaşmanın başlıca enstrümanı olması durumunda cinsel sapma olarak sınıflandırılır.¹⁸⁶ Bozukluğun ciddi ileri safhalarında tüm cinsel aktivite, gözetleme eylemleriyle sınırlı olmaktadır. Çünkü başka bir uygulamayla kişinin tatmini mümkün

¹⁸¹ Genel Türkçe Sözlükte “dikizcilik” kavramının anlamı “gözetleyicilik” şeklinde, “röntgencilik” kavramının anlamı ise “Kadınları gizlice gözetleme alışkanlığı, dikizcilik” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. 5 Şubat 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

¹⁸² Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 320; Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 166; Ertekin et. al, “Fetişizm ve Voyörizm Birlikteliği,” 70.

¹⁸³ Storr, *Cinsel Sapmalar*, 111

¹⁸⁴ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.3, “Voyeurism”), 219.

¹⁸⁵ Gerçek bir gözetlemeci, kendisi için soyunan bir kadını seyretmekten heyecan duymaz. Gözetlemecilikte risk faktörü önemlidir, çünkü gözetlemeciği asıl heyecandıran kadının gözetlendiğini fark etmesi halinde vereceği tepkileri düşünmektir. Bazı gözetlemeciler özellikle cinsel ilişkide bulunan çiftleri gözetlemekten zevk alırlar. Bkz. Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 383.

¹⁸⁶ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 320.

olmamaktadır.¹⁸⁷ ICD-10'a göre, gözetlemecilik, cinsel ya da soyunma gibi mahrem davranışlarda bulunan kişileri izleme eylemini içeren rekürant (yineleyici) ya da persistent (devamlılık arz eden) bir eğilimdir. Genellikle cinsel uyarılma ve masturbasyona yol açar ve gözlenen kişiler farkında olmadan gerçekleştirilir.¹⁸⁸ DSM-5'e göre voyerizm bozukluğu için tanı ölçütleri şu şekilde belirtilmiştir:¹⁸⁹ 1. En az altı ay bir süre boyunca fantaziler, dürtüler ya da davranışlar olarak kendini gösteren, bunu bilmeyen bir kişiyi çıplak, soyunurken ya da cinsel etkinlikte bulunurken gözetlemekten, yineleyici bir biçimde cinsel olarak yoğun uyarılma, 2. Kişi, ilgili kişinin rızasını almadan bu cinsel dürtülerine göre davranmıştır ya da cinsel dürtüleri ya da fantazileri klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da toplumsal, iş ile ilgili alanlarda ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya/düşmeye neden olur.

Gözetlemeci (dikizci) pasif gözlem pozisyonundan çıkıp agresif bir cinsel saldırıda bulunduğu anda ceza hukukunun odak noktası haline gelmektedir. Bu duruma ender olarak rastlanabilmektedir.¹⁹⁰ Şiddet eylemleri ve tehditler, dikizleme eyleminin fark edilmesi durumunda savunma veya saklama tedbiri enstrümanı olarak kullanılır.¹⁹¹ Adli tıp değerlendirmesi çerçevesinde, eğer daha başka cinsel sapmalarla bir bütünlük varsa voyerizm önem kazanabilir.¹⁹²

Sapmanın merkezi temel unsurları arasında kişinin yakın temasta bulunamama (karşı karşıya gelememe) ve kati anonimlik yatar. Psikodinamik varsayımlara göre kadın cinsel

¹⁸⁷ Vetter, *Psychiatrie*, 145.

¹⁸⁸ World Health Organization, *ICD-10*, (F65.3, "Voyeurism"), 219.

¹⁸⁹ American Psychiatric Association, *DSM-5*, 686.

¹⁹⁰ Pfäfflin, "Sexualstraftaten," 350.

¹⁹¹ Vetter, *Psychiatrie*, 145.

¹⁹² Pfäfflin, "Sexualstraftaten," 350.

organının izlenmesindeki o mecburi haz ya da bu yönde istek, erkek olarak eksiksiz olduğunun bilincine varma ve hadım edilme korkusuna karşı bir savunma amacıyladır. Adli açıdan önem arz eden durumlar ise dikizcinin dikizlemek için iyi bir pozisyon yakalamak için konuta girmesi veya eşyalara zarar vermesi gibi ikincil davranışlardır.¹⁹³

Gözetlemeci eylemler, yasaları çiğneme potansiyeli olan cinsel davranışlar arasında en yaygın olanıdır. Bozukluğun popülasyondaki toplumda görülme yaygınlığı (prevalansı) bilinmemektedir. Ancak, gözetlemeci cinsel eylemlerin klinik olmayan örneklerine dayanılarak, bozukluğun olası en yüksek yaşam boyu prevalansı erkeklerde yaklaşık % 12 ve kadınlarda % 4'tür.¹⁹⁴

Gözetlemecilik ile ilgili bir olguda¹⁹⁵, hasta boş zamanlarında hastane tuvaletlerine giderek pisuvar veya kabinlerde idrarını yapan erkekleri gözetleyerek uyarıldığını ve kimse yokken gözetlediklerini düşleyerek mastürbasyon yaptığını, üç dört defa boşalmadan tuvaletten çıkamadığını, sonrasında derin suçluluk ve utanç duyduğunu belirtmiştir. Hasta kendini tutamayıp başkalarına sarkıntılık yapmaktan korktuğunu, bu davranışını denetleyemediğini ifade etmiştir. Beş yıl önce, gözetlemecilik davranışı ilk başladığında, kişinin tuvaletlerde kalma süresi haftada ortalama bir saatken,

¹⁹³ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 166.

¹⁹⁴ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.82 "Voyeuristic Disorder"), 687-688.

¹⁹⁵ Olguyu ve bu olgu üzerine yapılan değerlendirmeleri belirten çalışma için bkz. Sinan Tetik ve Koray Başar, "Gözetlemecilik Yakınması İle Başvuran Bir Erkek Eşcinselin Tanı ve Tedavi Süreci: Olgu Sunumu," *Kriz Dergisi* 22, no: 1 (2014), 34.

polikliniğe başvurmadan önce haftada ortalama sekiz saate çıkmış olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁶

TCK çerçevesinde bakıldığında gözetlemecilik bozukluğu etkisiyle gerçekleştirilen fiiller değişik suçları oluşturabilecektir. Bunlar; gözetleme dürtüsüyle bir başkasının konutuna ya da eklentilerine girilmesi¹⁹⁷ (konut dokunulmazlığını ihlal suçu-TCK m.116), bir başkasının cinsel eylemlerinin ya da cinsel bölgelerinin gizlice izlenmesi ya da bunun rıza dışı kayıt altına alınması¹⁹⁸ (özel hayatın gizliliğini ihlal-TCK m.134), benzer gizli kamera ile kayıda alma işlemlerinde çocukların kullanılması¹⁹⁹

¹⁹⁶ Tetik ve Başar, “Gözetlemecilik Yakınması İle Başvuran Bir Erkek Eşcinselin Tanı ve Tedavi Süreci,” 34.

¹⁹⁷ “...Rızanın varlığı veya yokluğu, failin davranışlarına; amacına, giriş nedenine göre tespit edilmelidir. Yerel ve olaysal koşullar, gelenekler nazara alınmalıdır. Sütçünün süt, gazetecinin gazete, postacının mektup bırakmak için eklentiye girmesinde örtülü rıza mevcuttur. Ancak aynı yere, ırza geçmek, söz atmak, tasaddide veya sarkıntılıkta bulunmak, röntgencilik yapmak için girilmesinde rızanın varlığı kabul edilemez. Çünkü eklenti sahibinin huzuru, güvenliği bozulmuş, kişisel özgürlüğü ihlâl edilmiştir. Bu itibarla; eklentiye girmede, burayı kullanma ve tasarruf etme hakkına sahip olanların rızalarının tespiti zmnında, saniğin davranışları değerlendirilmeli, giriş amacı araştırılmalı, olaysal olarak değerlendirme yapılmalıdır...” Yargıtay, 15. CD., E. 2015/6609, K. 2015/31046, T. 09.11.2015 (karararama.yargitay.gov.tr). Aynı yönde Yargıtay, 15. CD., E. 2015/6652, K. 2015/31065, T. 10.11.2015; Yargıtay, 15. CD., E. 2015/6566, K. 2015/30925, T. 05.11.2015 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁹⁸ “...Sanık ...’nın, karton kutu içerisine yerleştirdiği gizli kamera düzeneği ile marketinde çalışan mağdurlar ... ve Müge’nin işyeri tuvaletindeki görüntülerini kaydetmesi biçiminde sübut bulan eyleminin, TCK’nın 134/1. madde ve fıkrasında düzenlenen görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğuna...” Yargıtay, 12. CD., E. 2017/12179, K. 2018/5551, T. 16.05.2018 (karararama.yargitay.gov.tr). Aynı yönde Yargıtay, 12. CD., E. 2017/11444, K. 2018/4269, T. 11.04.2018 (karararama.yargitay.gov.tr); Yargıtay, 12. CD., E. 2014/19807, K. 2015/4323, T. 09.03.2015 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁹⁹ “...Eylemlerin doğru olarak nitelendirildiği ve Kanunda öngörülen suç tiplerine uyduğu,

(müstehecenlik suçu-TCK m.226/3) şeklinde olabilecektir. İşlenen fiilin gözetlemecilik zihinsel bozukluğu altında işlendiği konusunda bir şüphe olduğunda kişinin kusur yeteneği adli psikiyatri bilirkişisi yardımıyla incelenip değerlendirilmelidir.

TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesinde, müstehecen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişilerin cezalandırılacağı düzenlenmiş, aynı Kanun maddesinin ikinci cümlesinde de, bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişilerin mahkum olacakları belirtilmiştir. Görüleceği üzere Kanun koyucu, 'üretim' fiillerini ayrı, 'ülkeye sokma, çoğaltma, satışı arz etme, satma, nakletme, depolama, ihraç etme, bulundurma ya da başkalarının kullanımına sunma' eylemlerini ayrı düzenleyip farklı yaptırımlara tabi tutmuştur.

Failin, üretimde kullanma eylemini gerçekleştirmedeki amacının kişisel kullanım, başkalarına verme, satma, çoğaltma vb. olmasının, suçun oluşması için bir önemi bulunmamaktadır. Fail bunları kimseye göstermeyecek olsa bile, suç konusu görüntü, yazı veya sözün üretilmesiyle, anılan Kanun maddesinin ilk cümlesindeki suç tamamlanmış olacaktır. (...., Çocuk İstismarı Bağlamında Müstehecenlik ve Fuhuş Suçlarının Değerlendirilmesi)

Bu bilgiler ışığında somut olay incelendiğinde, '... İnternet Cafe' adlı iş yerinin işleticisi olan sanığın, iş yerine ait tuvalet içerisine yerleştirdiği gizli kamera düzeneğiyle, ihtiyacını gidermek üzere buraya giren küçük yaştaki kız çocukların müstehecen görüntülerini kaydederek, daha sonra bu görüntüleri Cd haline getirmek suretiyle, sayısız kişilere satışını yaptığının anlaşılması karşısında, sanığın, çocuklara ilişkin müstehecen görüntüleri üretmesi ve bu ürettiği ürünleri satması eylemlerinin, ayrı suç oluşturup, anılan Kanun maddesinin her iki cümlesi gereğince sanığın ayrı ayrı cezalandırılması yerine, TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümleri gereğince, yazılı biçimde hüküm kurulmuş ise de, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma yapılamayacağı, Anlaşılmiş ve ileri sürülen başkaca temyiz nedenleri yerinde görülmediği gibi hükümleri etkileyecek oranda hukuka aykırılığa da rastlanmamıştır..." Yargıtay, 18. CD., E. 2015/45221, K. 2018/3497, T. 13.03.2018 (karararama.yargitay.gov.tr). Aynı yönde Yargıtay, 5. CD., E. 2010/2024, K. 2010/6003, T. 06.07.2010 (karararama.yargitay.gov.tr).

8. Tanımlanmış Diğer Cinsel Sapma (Parafilik) Bozukluk

Bu kategori, klinik açıdan belirgin bir sıkıntıya ya da toplumsal, mesleki ya da önemli diğer işlevsellik alanlarında bozulmaya neden olan bir parafilik bozukluğun belirti karakteristiklerinin baskın olduğu ancak parafilik bozukluklar tanı sınıfına dahil herhangi bir bozukluk için tanı ölçütlerinin tam karşılanmadığı görünüm için geçerlidir.²⁰⁰ Tanımlanmış diğer parafilik bozukluk kategorisi, klinisyenin görünümün herhangi bir spesifik parafilik bozukluğa ait kriterleri karşılamamasının özgün nedenini bildirmeyi tercih ettiği durumlarda kullanılır. Bu, özel bir nedenin (örneğin, “zoofili”) eklenerek kaydedilmesiyle yapılır. “Tanımlanmış diğer” tanımlaması kullanılarak belirtilebilecek görünüm örnekleri arasında, buradakilerle sınırlı olmamak üzere, en az 6 aydır var olan ve belirgin bir sıkıntıya veya toplumsal, mesleki veya diğer önemli işlevsellik alanlarında bozulmaya neden olan aşağıdaki yineleyici ve yoğun cinsel uyanlar sayılabilir: telefon

²⁰⁰ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.89 “Other Specified Paraphilic Disorder”), 705.

skatolojisi²⁰¹ (müstehcen telefon görüşmeleri), nekrofilii²⁰² (cesetler), zoofili²⁰³ (hayvanlar), koprofilii²⁰⁴ (dışkı), klizmafili

²⁰¹ Telefon skatolojisinin üç alt tipi tanımlanmıştır. İlk ve en yaygın olan arama türü, failin kendisi ve cinsel organları hakkında övünmekte olduğu ve mastürbasyonunu anlattığı kategoridir. İkinci tür görüşme, dinleyiciye yönelik cinsel şiddet ve diğer şiddet tehditlerini içerir. Üçüncü tip aramada ise, dinleyiciden kişisel ve samimi ayrıntılar elde etmek için bir kadın olarak poz verme veya bir cinsel araştırmanın araştırmacısı olarak davranma gibi bir kullanmayı içerir. Göstermecilik bozukluğu ile telefon skatolojisi arasında örtüşen bazı özellikler vardır. Örneğin; her iki bozuklukta da suçlu saldırıları ifade etmeye, güç ve kontrol sergilemeye ve suç işleyerek tanınmaya çalışır. Telefon skatolojisi ile göstermecilik bozukluğu arasındaki en büyük fark ise, bazı arayanların sergileme vakalarında neredeyse imkânsız olan tam bir anonimlik istemesidir. Bkz. Ünsal Bağın ve Çiçek Hocaoğlu, "Az Bilinen Bir Konu 'Telefon Skatolojisi': Bir Olgu Sunumu," *Journal of Mood Disorders (JMOOD)* 7, no: 2 (2017), 132. Gençtan' a göre, biçim değiştirmiş bir göstermecilik türü de karşı cinsten birine telefon ederek onu erotik bir konuşmayı dinlemeye zorlaması biçiminde görülür. Bu konuda kapsamlı araştırmalar yapmış olan Nadler (1968), bu davranışların kökeninde göstermeci davranışlarla özdeş psikodinamik nedenler bulunduğu izlenimini edinmiştir. Aradaki fark, telefon eden kişinin diğer kişiden uzakta olması ve daha saldırgan davranmasıdır. Bu tür telefonları edenler, göstermecilikte olduğu gibi, güvensiz ve cinsel kimlikleri yeterince gelişmemiş kişilerdir. Karşı cinse yönelik yaşanan anksiyete ve düşmanlık göstermecilikte olduğundan daha yoğundur. Bkz. Gençtan, *Psikodinamik Psikiyatri*, 230. Telefon skatolojisi, agresif cinsel dürtülerin güvenli bir ortamda açığa çıkarılmasını yansıtır, başka bir deyişle güvensizlik ve cinsellik duygusuna karşı bir savunmadır. Parafili erkeklerde daha yaygındır ve parafil olguların yarısından fazlası 18 yaşından önce başlar. Parafili davranışı genellikle 15 ile 25 yaş arasındaki en yüksek oranda görülür. Bkz. Bağın ve Hocaoğlu, "Az Bilinen Bir Konu 'Telefon Skatolojisi'," 133. Telefon skatolojilerinin yaklaşık % 95'ine mastürbasyon eşlik etmektedir ve yaklaşık % 45'ine de telefonda cinsel bağımlılık eşlik etmektedir. Bazı arayıcılar telefon görüşmesi süresince konuşmazlar. Bunun yerine, cinsel keyif seslerini telefona yayarlar ya da nefes alırlar. Bazı arayıcılar sadece kaba, tamamen küfür ve müstehcenlik

(lavman) veya ürofilili²⁰⁵ (idrar). Tanımlanmış diğer cinsel sapma (parafilik) bozukluk, remisyonda ve/veya kontrollü bir ortamda meydana geliyor şeklinde belirtilebilir.²⁰⁶

TCK açısından bakıldığında söz konusu bozukluklar değişik suç tiplerini ihlal edebilecektir. Telefon skatolojisi

içeren konuşmalar yapar. Bazı arayanlar ise açık sözlü olarak doğrudan mağdura birlikte seks yapmalarının mümkün olup olmadığını sorarlar. Bkz. Bağın ve Hocaoğlu, "Az Bilinen Bir Konu 'Telefon Skatolojisi'," 134.

²⁰² Nekrofilili, kadavralardan cinsel haz alma saplantısıdır. Nekrofilili çoğu kişi kullanmak için cesetleri morgtan alır. Bazılarının ise mezar kazdıkları bilinmektedir. Bazı zamanlar insanlar cinsel arzularını tatmin için cinayet işlerler. Yapılan birkaç çalışmaya göre, nekrofilili kişiler cansız kurbanları üzerinde en büyük aşığılamayı yaptıklarına inanmaktadırlar. *Richard Krafft-Ebing*'e göre psikoz tanısı, her koşulda doğru olur. Bkz. Kaplan ve Sadock, *Klinik Psikiyatri*, 263.

²⁰³ Zoofili cinsel yönelimin hayvanlara karşı olduğu bir parafilik türüdür. Aralarında bazı anlam farklılıkları olmasına rağmen zoofilizm, zoerasti ve bestialite terimleri zoofili teriminin yerine kullanılmaktadır. Bkz. Meliha Zengin Eroğlu, Mecit Çalışkan ve Elif Topbaş, "Mani ile İlişkili Zoofili: Olgu Sunumu," *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 16, no: 2 (2015), 146. Mani ile zoofili bozuklukları arasındaki ilişkiyi değerlendiren bir yayına göre, daha önce hem depresif dönemde, hem de manik dönemde zoofilinin eşlik ettiği olgular bildirilmiştir. Bu olgulardan sadece biri depresif dönemler sırasında zoofili gelişen ve fluoksetin tedavisine yanıt veren bir olgudur. Diğer olguda ise, manik dönemde parafilik tablosu ortaya çıkmış, ancak sunulan olgudan farklı olarak transvestizm, pedofili ve zoofili gibi birden çok parafilik türü mani dönemine eşlik etmiştir. Bkz. Zengin Eroğlu, Çalışkan ve Topbaş, "Mani ile İlişkili Zoofili," 148.

²⁰⁴ Koprofilili, cinsel tatmin için partnerin üzerine dışkılamak, partnerin üzerine dışkı yapması veya dışkı yemek (koprofaji) ile ilgili arzularla ilişkilidir. Diğer bir çeşidi ise zorunlu olarak müstehcen sözler söylenmesi (koprolali)dir. Bkz. Kaplan ve Sadock, *Klinik Psikiyatri*, 263.

²⁰⁵ Ürofilili partnerin üzerine işeme veya partnerin üzerine işemesi arzuları ile ilişkili cinsel sapma bozukluğudur. Bkz. Kaplan ve Sadock, *Klinik Psikiyatri*, 263.

²⁰⁶ American Psychiatric Association, *DSM-5*, (302.89 "Other Specified Paraphilic Disorder"), 705.

bozukluğuna sahip bir kişinin müstehcen konuşmalar yapmak için yetişkin bir kişi ya da bir çocuğu telefonla aramasında cinsel taciz suçu (TCK m.105) oluşacaktır. Hiçbir cinsel içerikli konuşma yapmaksızın, ısrarla bir başkasının aranmasında duruma göre kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu (TCK m.123) oluşacaktır. Nekrofil (ölüsevici) bozukluğuna sahip bir kişinin ölü bir insan bedeni üzerinde gerçekleştirmiş olduğu cinsel eylemler ise kişinin hatırasına hakaret suçunu (TCK m.130) oluşturacaktır. Hayvanlara cinsel ilgi duyma bozukluğu (zoofili) olan bir kişinin gerçekleştirmiş olduğu eylemler, ulusal mevzuatımızda henüz “hayvanlara eziyet etme” şeklinde özel bir suç tipi olmaması nedeniyle, duruma göre mala zarar verme suçu (TCK m.151) ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m.14/1-j (Hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak, işkence yapmak) çerçevesinde idari para cezası gerektiren bir kabahat oluşturacaktır (5199 sayılı K. m.28/1-k). Hayvanlar ya da ölmüş bir insan bedeni ile ilişkili cinsel davranışların görüntü kaydı alınarak bir görsel içerik üretilmesi durumunda ise müstehcenlik suçu (TCK m.226/4) oluşacaktır.²⁰⁷ Suç teşkil eden eylemlerde failin bu eylemi zihinsel bozukluk etkisiyle gerçekleştirdiği şüphesi varsa kişinin kusur yeteneği adli psikiyatri bilirkişisi yardımıyla incelenip değerlendirilmelidir.

²⁰⁷ “...Dosya içeriğine göre, mahkemece sanığa ait işyerinde yapılan aramada ele geçirilen CD’ler le ilgili hayvanlarla cinsel ilişkiye ait film ve görüntüleri ile doğal olmayan yoldan cinsel ilişki görüntülerinin bulunduğu tespit edilerek sanık hakkında mahkûmiyet kararı verildiği, aynı aramada ele geçen CD’lerin bir kısmında çocukların kullanıldığı pornografik içerikli görüntülerin bulunduğu tespit edilerek sanık hakkında ayrıca... .. Asliye Ceza Mahkemesinin 2009/188 Esas sayılı dosya ile kamu davası açıldığı, sanığın fikri içtima kuralları uyarınca bu eylemlerinden dolayı TCK.nın 226/3. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği anlaşıldığından, Asliye Ceza Mahkemesinin dosyasının getirtilip incelenerek sonucuna göre karar verilmesi lüzumu,... Kanuna Aykırı...” Yargıtay, 14. CD., E. 2013/8726, K. 2015/407, T. 20.01.2015 (karararama.yargitay.gov.tr).

II. CİNSEL SAPMA TEŞKİL EDEN ZİHİNSEL BOZUKLUKLARDA KUSUR YETENEĞİ DEĞERLENDİRMESİ

A. Değerlendirmenin Tıbbi Yönü: Adli Psikiyatri Bilirkişiliği

1. Genel Olarak Adli Psikiyatri Bilirkişiliği

İşlendiği iddia edilen bir suç ile ilgili iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinden oluşan ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuya yer bırakılmaksızın ortaya çıkarılmasıdır.²⁰⁸ Bu amaç doğrultusunda yargılama makamının tam bir görüşe ulaşması için hukuka uygun olarak elde edilen deliller vasıtasıyla fail ya da faillerin suçu işleyip işlemediği ispat edilmeye çalışılmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda yargılama sürecinde çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren konularda hâkim tarafından bilgisine ve görüşüne başvurulmuş uzman kişilere “bilirkişi” denilmektedir. Nitekim 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m.2/1-(b)’de, bilirkişi “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” olarak tanımlanmıştır²⁰⁹. Aynı şekilde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.63/1 ilk cümlesinde, “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün

²⁰⁸ “...Ceza Hukukunun temel amacı, maddi gerçeğin kuşku ve duraksamaya yer olmaksızın ortaya çıkarılmasıdır... Başka kanıtlarla doğrulanmayan, oluşa ve maddi gerçeğe uygun düşmeyen, fenni kanıtlarla çelişen soyut ikrara dayalı olarak hüküm kurulamaz...” Yargıtay, 10. CD., E. 2004/24577, K. 2005/8554, T. 12.07.2005 (Kazancı İçtihat Programı).

²⁰⁹ Aynı Kanun m.3/2’ye göre, “ Bilirkişi raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirmeye ve değerlendirmelerde bulunamaz.”

alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafininin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir.” düzenlemesi bulunmaktadır.

İşlemiş olduğu bir suç, bünyesinde bulunan bir zihinsel bozukluğun tesiri altında işlemiş olduğu iddiası bulunan failin yargılanmasında, bu kişinin gerçekten de suç işlediği anda bu türden bir bozukluğa sahip olup olmadığı ya da varsa bozukluğun davranışlarına etkisinin belirlenebilmesi için adli psikiyatri bilirkişisi görevlendirilmesi gerekmektedir.²¹⁰ Bu konu hâkimin bilgi ve tecrübesi ile çözebileceği ya da hukuki değerlendirme ile bir sonuca varabileceği bir konu değildir. Mahkeme böyle bir iddia karşısında bu hususu karar gerekçesinde değerlendirmeksizin bilirkişiye başvurmadan imtina edemez.²¹¹ Yargıtay da kararlarında bu hususa vurgu yapmaktadır.²¹² Adli psikiyatri bilirkişisi, failin kusur

²¹⁰ “...Akıl hastalığının ve bunun davranışlarını yönlendirme yeteneğine etkisinin saptanması ise, psikiyatri biliminin verileri çerçevesinde bilirkişi uzman hekim tarafından belirlenecektir...” Yargıtay, 9. CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, T. 30.12.2008 (YKD., C. 35, S. 3, Mart 2009, 581-582); Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 449, dp. 1540.

²¹¹ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 446.

²¹² “Sanığın hazırlık beyanlarında ‘pedofili’ hastası olduğunu beyan ettiği, müdafininde sanıkta akli dengesizlik olduğunu bildirdiği, ilk derece mahkemesinin gerekçesinde bu hususu değerlendirmedeği gibi sanık hakkında herhangi bir rapor da alınmadığının anlaşılması karşısında, suç tarihi itibarıyla sanıkta TCK’nın 32/1 ve 32/2. maddeleri kapsamına girebilecek herhangi bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, şayet varsa bu nedenle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalıp azalmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan veya Adli Tıp Kanununun 7 ve 23. maddelerine göre oluşturulmuş üniversite hastane heyetinden rapor alınarak sonucuna göre 5237 sayılı Kanunun 32/2 ve 57. maddeleri de nazara alınmak suretiyle sanığın hukuksal

yeteneğinin değerlendirilmesinde uzman olarak nihai kararı verecek olan mahkemenin yardımcısı olarak görev yapmaktadır.²¹³

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şüpheli ya da sanık hakkında suçu işlediği zaman akıl hastası olup olmadığı, akıl hastası ise bu durumun davranışlarına nasıl etki ettiği konusunda belirli bir bilirkişinin özellikle görevlendirilmesi ya da özellikle belirli bir kurumdan rapor alınması gerektiğini içeren bir düzenleme bulunmamaktadır.²¹⁴ Bu nedenle belirtilen durumlarda, Adli Tıp Kurumu veya tam teşekküllü resmi bir

durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulduğunun anlaşılması nedeniyle, ilk derece mahkemesinin sübuta yönelik delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak 5271 sayılı CMK'nın 230/1-b. maddesine uygun düşmeyen gerekçeyle kurduğu mahkumiyet hükmünün bozulması gerektiği gözetilmeden,..." Yargıtay, 14. CD., E. 2018/4053, K. 2018/5532, T. 27.09.2018 (Yıldız, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı, 446-447, dp. 1531).

²¹³ "Öte yandan hakim özel ve uzmanlık bilgisini gerektiren konularda bilirkişiye başvurabilir. Bilirkişi, bir sorunun çözümünde uzmanlığından yararlanan kişidir. Görevi, uzman olduğu alanda mahkemeye yardımcı olmaktır. Uzmanlık gerektirmeyen, hakim veya savcının hukuk bilgisi, kültürü ve deneyimi ile çözülebileceği konularda bilirkişiye başvurulması CMUK.nun 66. maddesine aykırıdır. Bilirkişi mesleki ve teknik bilgisini somut olaya uygulayıp bundan çıkacak bilimsel ve maddi sonuçları saptamakla yükümlüdür. Bunun ötesinde kendisinden hukuksal sonuç bildirmesi istenemez. Kendiliğinden böyle bir sonuç bildirmiş ise bu, hakimi bağlamaz. Çünkü, saptanan maddi gerçeğin yasa normundaki ölçütlere göre suç oluşturup oluşturmayacağını tartışıp karar vermek hakimnin görevidir." YCGK, E. 1998/8-68, K. 1998/143, T. 28.04.1998 (Kazancı İçtihat Programı).

²¹⁴ Yıldız, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı, 451.

sağlık kurumundan sağlık kurulu raporu²¹⁵ alınacağı belirtilebilir.²¹⁶

Görevlendirilen adli psikiyatri bilirkişisi tarafından yapılacak failin muayenesinden, failin fiili gerçekleştirdiği sırada akıl hastası olup olmadığı ya da hastalığın etkileri konusunda yeterli kaniya ulaşılamaması durumunda Ceza Muhakemesi Kanunu m.74 uyarınca “uzman hekimin önerisi üzerine” failin gözlem altına alınması kararı verilebilecektir. Bu bakımdan failin gözlem altına alınması ancak gerekli bilirkişi görevlendirmesi yoluyla istenilen sonuca ulaşılamaması durumunda söz konusu olabilecek bir yoldur.²¹⁷ Nitekim Yargıtay da bu görüş

²¹⁵ Hukuk uygulamasında kusur yeteneği değerlendirmesi için tek uzman hekimin verdiği rapora dayanılarak hüküm kurulması yeterli görülmemiştir. Bu konuda mutlaka sağlık kurulu raporu alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. Yargıtay, 18. CD., E. 2015/29330, K. 2017/5609, T. 10.05.2017 (Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 467, dp. 1617).

²¹⁶ “Sanık hakkında Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesince Antalya E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne gönderilen 20.02.2014 tarih ve 3763 sayılı yazıda; sanığın ayaktan yapılan muayenesinde; ‘Antisosyal kişilik özelliği + anksiyete bozukluğu’ tanısı konulmuş olduğunun bildirilmesi ve mağdur ...’ın da sanığın dengesiz davranışlar sergilediğini beyan etmesi karşısında, sanığın suç tarihi itibarıyla ve halen 5237 sayılı TCK’nin 32. maddesi kapsamında akıl hastalığı bulunup bulunmadığının, suç tarihinde işlediği failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmadığının veya önemli derecede azalma olup olmadığının tespiti için tam teşekküllü ruh sağlığı ve hastalıkları hastanesinden veya üniversite hastanelerinin ruh sağlığı ve hastalıkları ana bilim dalı başkanlıklarından ya da Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan rapor aldırılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayininin gerektiğinin gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması,...Bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay, 3. CD., E. 2019/14096, K. 2019/21110, T. 19.11.2019 (karararama.yargitay.gov.tr).

²¹⁷ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 465.

doğrultusunda karar vermektedir.²¹⁸ Ancak Yargıtay bir kararında, sanık hakkında eski tarihte akıl hastalığı teşhisi koymuş ve ilaç tedavisinin uygulanması gerektiğini belirtmiş doktorun dinlenmesini, sanık hakkında bilirkişi raporu bulunmasına rağmen CMK m.74 uyarınca gözlem altına alma kararı vermek için yeterli görmüştür.²¹⁹

2. Kusur Yeteneği Hakkında Karar Verilmesinde Hakim ile Adli Psikiyatri Bilirkişisi Arasında Görev Dağılımı

Akıl hastalığı nedeniyle fail hakkında yapılacak kusur yeteneği değerlendirmesi işleminde temel olarak iki aşama bulunmaktadır. Bunlar; fiili gerçekleştirdiği sırada failin akıl hastası olup olmadığının değerlendirilmesi ve şayet akıl hastası ise, bu durumun TCK m.32'de yer alan ifadeyle "*failin failinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama*" veya "*bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme*" yeteneklerine ne şekilde etki ettiğinin ortaya çıkarılması aşamalarıdır.²²⁰ Söz konusu her iki aşamadaki değerlendirme işlemlerinde hakim ile psikiyatri bilirkişisi arasında sağlıklı bir iletişimin kurulması isabetli bir kararın verilebilmesi bakımından zorunludur.

Failin fiilini gerçekleştirdiği esnada hangi zihinsel bozukluğa sahip olduğu, dava dosyasının içeriğini oluşturan soruşturma ve

²¹⁸ "Kişinin akıl hastası olup olmadığının sağlık kuruluşlarınca saptanması işlemi sırasında gözlem altına alınması da zorunlu değildir. CMK'nın 74. maddesinde düzenlenen ve özgürlüğü kısıtlayan bir işlem olan gözlem altına alma, ancak bilirkişinin uygun görüşü doğrultusunda ve gerektiğinde başvurulabilecek bir kontrol yöntemidir..." Yargıtay, 9. CD., E. 2008/6230, K. 2009/1, T. 30.12.2008 (YKD., C. 35, S. 3, Mart 2009, 582); Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 465-466, dp. 1615.

²¹⁹ Yargıtay, 11. CD., E. 2012/1112, K. 2013/10139, T. 14.06.2013, kararı aktaran Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 466, dp. 1616.

²²⁰ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 452-453.

kovuşturma aşamasında elde edilen deliller üzerinden, adli psikiyatrik tıbbî bakış açısı ile retrospektif (geçmişe dönük) bir değerlendirme ile ortaya koyulacaktır.²²¹

Failin kusur yeteneği hakkında karar verilmesi işleminde, çözümü uzmanlık ve özel bilgiyi gerektiren bir konuda (psikiyatri) uzmanların yardımıyla elde edilen bilgiler çerçevesinde failin kusurlu davranıp davranmadığı, kusurlu ise kusurunun tayin edilmesi söz konusudur. Bu nedenle bu işlemde kusur, kusur yeteneği dolayısıyla failin ceza sorumluluğu ve bunun kapsamı hakkında karar verilmektedir. Failin ceza sorumluluğu ve kapsamı hakkında nihai karar verme yetkisi hakimın tekelindedir.²²² Bilirkişi ancak alanında mahkemenin gerekli bilgiye sahip olmadığı ölçüde delillerin değerlendirilmesi açısından destekleyici bir faaliyette bulunmaktadır.²²³ *“Ceza hâkimi sanığın durumu hakkında kendi görüşünü oluşturma görevini, bilirkişinin bulgularını, bunları*

²²¹ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 338, 359.

²²² Nihai kararın hakim ya da mahkemede olduğu yaş küçüklüğü nedeniyle kusur yeteneği değerlendirmesinin konu olduğu bir Yargıtay kararında vurgulanmıştır: *“TCK’ nın 31/2. maddesi uyarınca, 12-15 yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocukların ceza sorumluluklarının varlığının tespiti bakımından alınan adli raporda, çocuğun, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması hali ile davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması durumunun, seçenek olarak değerlendirilip ayrı ayrı gözetilmesi gerektiği, öte yandan sosyal inceleme raporu ve ceza sorumluluğunun tespiti için alınan adli raporun, ceza yargılamasında bilirkişi raporu niteliğinde olması nedeniyle, çocuğun ceza sorumluluğunun var olup olmadığına nihai olarak karar verme yetkisinin münhasıran mahkemeye ait olduğu gözetilmelidir.”* Yargıtay, 18. CD., E. 2015/27756, K. 2016/4743, T. 14.03.2016 (Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 455, dp. 1557)

²²³ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 452-453.

irdelemeden tekrarlayarak yerine getirmiş sayılamaz."²²⁴ Mahkeme bu şekilde yerinde olmayan bir yöntemle bilirkişi raporunu kararında gerekçe olarak sunamaz. Örneğin bilirkişinin raporunda "sanığın TCK 32. maddesinden faydalanması gerekmektedir" ya da "TCK 32/2 maddesinden yararlanabileceği" gibi bir açıklamayı, irdelemeksizin aynen hükmünde yer vermesi uygun değildir. Çünkü burada söz konusu olan "sorumluluk" kavramı tıbbi değil, hukuki bir kavramdır.²²⁵ Öte taraftan hakim somut olayda failin kusurlu davranıp davranmadığı ya da varsa kusur içeriği²²⁶ hakkında düşüncesini oluşturmak konusunda yükümlüdür.²²⁷

3. Cinsel Sapma Teşkil Eden Zihinsel Bozuklukların Kusur Yeteneğine Etkisinin Adli Psikiyatri Bilirkişisi Tarafından Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

TCK m.32'de yer alan düzenleme dikkate alındığında, kusur yeteneği değerlendirilmesinde temelde iki aşamanın olduğu söylenebilecektir. Birinci aşama failin fiili işlediği anda "akıl hastası" olup olmadığının değerlendirilmesi, ikinci aşama ise failde bulunan söz konusu "akıl hastalığı"nın failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ya da bu fiille ilgili olarak

²²⁴ BGH, StV 2000, 18 ff. Bkz. Franz Streng, *Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen* (Stuttgart: W. Kohlhammer Yayınevi, 2012), kn. 957, 477.

²²⁵ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 458-459.

²²⁶ Akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği durumunun varlığı halinde mahkeme tarafından cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi işlemi gerçekleştirilecektir. Cezanın belirlenmesi düzeyinde mahkeme, işlenen suçun spesifik kusur içeriğini (=Schuldgehalt) araştırıp meydana çıkarmak zorundadır. Ancak bu şekilde gerçekleştirilen cezanın belirlenmesi işleminde "kusurla ölçülü ceza verilmesi ilkesi"nin gerekleri sağlanmış olacaktır. Bkz. Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 378.

²²⁷ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 457.

davranışlarını yönlendirme yeteneğini olumsuz etki edip etmediğinin değerlendirilmesi aşamalarıdır. Adli psikiyatri bilirkişinin görevine her iki aşamanın da dahil olduğu söylenmelidir.

Bilirkişinin ilk görevinin, “fiil anındaki kişiliğin teşhis edilmesi ve tanınması” olduğu belirtilebilir. Bunun dışında bilirkişi, tecrübelerine dayanarak tespit edilen psişik durumun failin eylem yapısına olan etkisi hakkında görüş bildirmek zorundadır. Bir başka deyişle, bilirkişi kusur yeteneği değerlendirmesinin hem birinci katındaki psişik özelliklerle ilgili, hem de algılama ve davranışlarını kontrol yeteneği üzerindeki etkilerle ilgili görüş bildirmek zorundadır. Burada önemli olan kriter, patolojik sapmanın ciddiyet derecesi ve ağırlığıdır.²²⁸ Burada “normal” çoğunluğa kıyasla, hastalık kaynaklı farklılığın boyutu önemlidir.²²⁹ Bilirkişinin görevi, fiil anında failin kafasında neler olup bittiğinin tarif edilmesi değil, “normal” ile kıyas yaparak söz konusu bozukluğun boyutunu ve derecesini ortaya koymaktır. Bu açıdan psikiyatri bilirkişisinin, failde bulunan psikiyatrik halin, failin tıbbi olarak anlaşılan algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneklerine ne şekilde etki edebileceğini de değerlendirmesi gerekmektedir. Yapılan bu değerlendirmeler sonucu ulaşılan sonuçlar, hukuki niteliğe sahip olan “failin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” ya da “davranışlarını bu algıya göre yönlendirme”

²²⁸ Hans-Ludwig Schreiber ve Henning Rosenau, “Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung,” *Psychiatrische Begutachtung: Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen* (Münih: Elsevier Urban & Fischer Yayınevi, 2015), 115.

²²⁹ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 461.

yeteneklerinin etkilenip etkilenmediği konusunda hâkime yol gösterici olacaktır.²³⁰

Cinsel sapmaların adli psikiyatri açısından değerlendirilmesinde, bir fiilin arka planını öne çıkarmak, mevcut kişilik bozukluklarını ve ortam etkilerini göstermek ve korku, savunma ve dürtü unsurlarının oluşturduğu içsel dinamik güç rolünü dikkate almak gerekir.²³¹ Cinsel bozuklukların uygun şekilde tanınması için detaylı bir cinsel anamnez ve mevcut sınıflandırma sistemleri yardımıyla parafili eğilimlerin değerlendirilmesi şarttır.²³² Parafilin hukuken önem arz edecek şekilde kusur yeteneğini olumsuz etkileyebilecek ciddi bir zihinsel bozukluk olarak değerlendirilmesinde cinsel yapı ve kişilik sistemi üzerindeki payının kontrol edilmesi ve ilgilinin parafili dürtüleri kontrol etmekteki önceki becerilerin değerlendirilmesi gerekmektedir.²³³ Bu değerlendirme sürecinde temel metodik zorluğun cinsel

²³⁰ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 462.

²³¹ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 170.

²³² Schöch, "Die Schuldfähigkeit," 126. Cinsel bozuklukların uygun şekilde tanınması için detaylı bir cinsel anamnez ve mevcut sınıflandırma sistemleri yardımıyla parafili eğilimlerin değerlendirilmesi şarttır. Bkz. Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 156.

²³³ Schöch, "Die Schuldfähigkeit," 126. Aynı yönde görüşe sahip bazı yazarlar da bu hususa vurgu yapmaktadırlar. Bu yazarlara göre, parafilin hukuken önem arz eden şekilde ciddi ruhsal anormallik olarak değerlendirilmesinde failin gelişimi, karakteri ve eylem motifleri göz önünde bulundurularak failin kişiliğinin genel olarak değerlendirilmesi ve parafilin cinsel yapı ve kişilik örgüsü/sistemi üzerindeki payının kontrol edilmesi ve deneğin parafili dürtüleri kontrol etmekteki önceki becerilerin kontrol edilmesi gerekmektedir. Bkz. Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 156. *Nedopil'*e göre, davranışlarını yönlendirme (kontrol) becerisinin değerlendirilmesi, eylem durumunun detaylı bir analizini gerektirir (bununla beraber eylem öncesindeki davranış, eylem sırasındaki davranış ve eylem sonrasındaki davranış, suçlu ve mağdur arasındaki ilişki, eylemi yönlendiren motifler). Bkz. Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 205.

sapmanın objektif olarak ölçülemiyor olması olduğu belirtilmektedir.²³⁴ Cinsel bozukluğun boyutunun güvenilir şekilde tahmin edilmesine izin veren biyolojik belirtiler bulunmamaktadır.²³⁵ Gerekli olan çok aşamalı prosedürde öncelikli olarak ICD veya DSM kriterlerine göre bir tanı varlığı kontrol edilir. Tanı -özellikle deneklerin cinsellik ile ilgili çok az bilgi verdiği veya hiç bilgi vermediği durumlarda- duruma göre oldukça belirsizdir. Çoğu zaman sadece bir tanı şüphesi de ifade edilebilir; bu durumda bilirkişi değerlendirmesi için alternatif değerlendirme önerileri yapılmalıdır. Bir sonraki adımda ise (örneğin psikotik bozukluklar gibi) hastalıklı ruhsal bozukluklarda da gerçekleştirilen bozukluğun ciddiyet derecesi değerlendirilmelidir.²³⁶ Bu işlem mantıklı gibi görünse de, zorlukları da beraberinde getirmektedir. Çünkü psikotik bozukluklar oldukça farklı derecelerde gelişmiş olabilmekte ve parafili bozukluklarla karşılaştırma sadece sınırlı ölçüde mümkün olmaktadır. Parafili yoğunluğu, kişilik yapısına entegrasyon derecesi ve parafili dürtüleri olay öncesi ve sonrası kontrol etme kapasitesi değerlendirilmelidir. Asgari gerekliliklere göre parafili bozukluğun ciddi olarak adlandırılabilmesinde aşağıdaki kriterlerin geçerli olduğu belirtilebilir:²³⁷

²³⁴ Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 316.

²³⁵ Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 316.

²³⁶ Peer Briken, "Paraphile Störungen und Sexualdelinquenz, Geschlechtsinkongruenz/-dysphorie und sexuelle Funktionsstörungen," iç. *Psychiatrische Begutachtung: Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen* (Münih: Elsevier Urban & Fischer Yayınevi, 2021), 349.

²³⁷ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204; Briken, "Paraphile Störungen und Sexualdelinquenz, Geschlechtsinkongruenz/-dysphorie und sexuelle Funktionsstörungen," 349.

- Parafili, deneğin cinselliğini büyük ölçüde belirlemektedir. (Cinsel yapı büyük ölçüde parafilik eğilim tarafından belirlenir)
- Bu durum benliğine aykırı (egodystonic) olarak algılanmaktadır ve böylece göz ardı edilmektedir (parafilinın gizlenmesine neden olur)
- İlerleyici dinamiktir; yani denek kendini parafili dürtüleri altında ezilmiş (altında kalmış) hissetmektedir: Dürtüler, davranış düzeyinde deneyime (hayata geçmeye) zorlar.
- (Belirli kişilik faktörleri ve / veya cinsel işlev bozukları sebebiyle) deneğin başka cinsel tatmin olanakları yoktur veya neredeyse yok gibidir (Sosyoseksüel doyumun farklı biçimleri mevcut değildir)

Benzer şekilde kusur yeteneği bilirkişiliğinde (değerlendirmesindeki) asgari gereklilikleri saptayan Alman Federal Yüksek Mahkemesi çalışma grubu, parafillerde kusur yeteneği değerlendirmesi için aşağıdaki gereklilikleri belirlemiştir:²³⁸

Parafilinın, uzmanı tarafından ciddi diğer ruhsal anormallik olarak sınıflandırılması için,

- parafilinın cinsel yapıdaki oranının;
- olaydaki parafili modelin yaşam içindeki yoğunluğunun;
- parafilinın kişilik yapısına entegrasyonunun;
- deneğin parafili dürtülerini kontrol etmede daha önceki

becerisinin incelenmesi gerektir.

Özellikle cinsel suçlularda bilirkişi tarafından ahlaki değerlendirme yapma riski oldukça yüksektir.²³⁹ Ancak bilirkişinin görevlendirilme amacı ve görevi ahlak felsefesi açısından neyin ayıplanabilir ya da kınanabilir olduğunu tespit

²³⁸ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204.

²³⁹ Schieman, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 315.

etmek değildir. İşlenen fiil ile ilgili yapılacak yargılamada failin kusurlu hareket ettiği sonucu ortaya çıkarsa, ilgili kişi hakkında ceza yaptırımı uygulanarak kişi sosyo-etik değerlere aykırı davrandığı için toplumsal anlamda kınanmış olacaktır. Nitekim kusurluluk günümüz ceza hukukunda belirli bir davranışı nedeniyle fail hakkında yapılan değer yargısı olarak anlaşılmaktadır.

Cinsel sapma sonucu suç işleyen kişilerin değerlendirilmesinde, genelde sadece davranış olgusunu takip etmek yeterli değildir. Aksine, esas olan sapkın cinsel davranışların kişinin yaşamındaki önemini araştırmak ve göstermektir.²⁴⁰ Eylemin gerçekleştirilmiş olması, tek başına failin kusur yeteneğinin (cezai ehliyetinin) olumsuz etkilenmiş olduğuna dair yeterli bir gösterge değildir.²⁴¹ Aynı şekilde failde sadece psikoseksüel bir bozukluğun teşhis edilmiş olması, ilgili kişinin cinsel eylemlerini uygularken kusur yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olduğu anlamına gelmez.²⁴² Psikiyatrik açıdan *davranışlarını yönlendirme yeteneği (kontrol yeteneği)* aşağıdaki koşullar altında azalmış olabilir:²⁴³

²⁴⁰ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 203.

²⁴¹ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 295.

²⁴² Cinsel parafili veya cinsel yönelim bozukluğu tanısı, otomatik olarak hukuken önem arz edecek şekilde “*ciddi ruhsal anormallik*” varsayımına neden olmadığı gibi, kendi başına ceza hukuku kapsamında önem arz eden davranışları yönlendirme (kontrol) yeteneğinin azaldığının da kanıtı değildir. Bkz. Axel Boetticher, Norbert Nedopil, Hartmut A.G Bosinski ve Henning Saß, “Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten,” *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (2005), 61, 62.

²⁴³ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 203-204.

- Eğer anormal cinsel davranış başka bir bozukluğun semptomu olarak ortaya çıkarsa, örneğin organik bir hastalığın, şizofreninin veya maninin;
- cinsellik nevrotik çatışmaların dışı vurumu olarak semptom niteliği kazanırsa; yani nevrotik çatışmalar cinsel eylemlerde dışı vurulur veyahut savunulursa;
- cinsel uygulamalar azalan doyum, artan frekans (sıklık), kurnazlık gelişimi ve bu uygulamalara fikren yoğunlaşma ile kendini belli eden bir davranışsal kalıp (şablon) haline geldiyse.

Ampirik araştırmalara göre, *sapma davranışı için dört yoğunluk düzeyinin* çıkarılabildiği savunulmaktadır.²⁴⁴ Bu düzeyler şekilde ifade edilmektedir:

- özel bir nedenden dolayı ender bir dürtü olarak davranışsal sapma;
- alışılmış bir çatışma çözümü modeli olarak sapma teşkil eden bir tepki (sadece belirli durumlarda ortaya çıkar);
- cinsellik, sapma olmadan yaşanmıyor.
- Stabil sapkın gelişme.

Bir deneğin davranışlarını yönlendirme (*kontrol*) *becerisinin* etkilenmiş olduğu, ancak *dördüncü yoğunluk seviyesinin ilerleyici (git gide artan/progresif) bir gelişime dönüşmesi* ve bunun kişilik yapısında bir değişikliğe yol açması durumunda varsayılmalıdır.²⁴⁵

Cinsel suçlarda kusur yeteneği değerlendirmesi için metodik özellikler geçerli değildir²⁴⁶; ancak adli tıp uzmanları, Almanya'da ruhsal bozukluk nedeniyle kusur yeteneğinin olumsuz etkilenmesini düzenleyen Alman Ceza Kanunu (StGB)

²⁴⁴ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204.

²⁴⁵ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204.

²⁴⁶ Boetticher et. al., "Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten," 59, 61.

20 ve 21. maddeleri bağlamında cinsel sapma kategorisi için esas aldıkları bazı kriterler için çalışma yapmışlardır. Bu çerçevede Giese tarafından hazırlanan ve ilerleyici *bağımlı gelişimin* bariz özellikleriyle ilgili olarak anormal olan ve hastalıklı bir cinsel davranış arasında bir sınır çizilmesine imkân tanıyan, “cinsel sapkınlıkların başlıca (ana) semptomları” önemli bir ölçek kabul edilmektedir.²⁴⁷ Burada psikiyatri uzmanı ve cinsellik araştırmacısı Giese, aradaki farkın sadece cinsel uygulamanın türünde –yani harici yönleriyle– tespit edilmemesi gerektiğini, aksine cinsel partnere karşı iç tutumun da önemli bir rol oynadığını vurgulamıştır.²⁴⁸ Buna göre “aşırı derecede anormal bir davranışın (...) cinsel ilişkinin başarıya ulaşmasında katkıda bulunabileceği ve hiçbir surette ‘sapkın’ olmadığı (olması gerekmediği)” savunulmaktadır.²⁴⁹ Tersine, “normal” cinsel uygulamaların yapılmasının patolojik aşamalar gösterdiği ihtimalinin de olduğu varsayılmaktadır.²⁵⁰ Buna göre anormal cinsel eylemler cinsel anlamda bir “sapkınlık” olduğuna işaret etse de, kendi başına bir tanı konmasına yeterli değildir.²⁵¹ Hastalıklı karakterde olmayan cinsel “yanlış davranışlara” göre cinsel “sapkınlıkta”, farklı yoğunlukta meydana gelse de cinsel sapmanın türünden büyük ölçüde bağımsız bir psikopatolojik sendromun söz konusu olduğu savunulmaktadır. Cinsel “yanlış davranış” ile “sapkınlık” arasındaki ayrımın özellikle bir tıbbi tedavi gerekliliği, bozukluk seyrinin tahmini ve adli tıp

²⁴⁷ Hans Giese, *Psychopathologie der Sexualität* (Stuttgart: Enke Yayınevi, 1962), 204.

²⁴⁸ Giese, *Psychopathologie der Sexualität*, 307, 420, 421.

²⁴⁹ Giese, *Psychopathologie der Sexualität*, 308.

²⁵⁰ Giese, *Psychopathologie der Sexualität*, 306, 422.

²⁵¹ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 322.

bağlamında “kusur yeteneği” değerlendirmesi açısından önem kazandığı savunulmaktadır.²⁵² Anormal fantezilerin ve buna uygun uygulamaların kuvvetli derecede ilerleyici artması, bununla beraber meydana gelen kişiliği sahiplenme ve sapma derecesindeki cinsel olayı olağanlaştırma kusur yeteneği açısından önemli hale gelmektedir. Böylece “haksızlık algısına göre hareket etme yeteneğinde (...) sıkça *ciddi anlamda* azalmış” olduğu savunulan cinsel “sapkınlıkların” seyrinin betimlenmesi söz konusu olmaktadır.²⁵³

Bu çerçevede *Giese*, aşağıdaki özellikleri patolojik cinsel bozuklukların başlıca semptomları olarak tanımlamıştır:

- “*Erotizme (Şehvete) yenik düşme*”²⁵⁴

Erotik tahriklerin (uyarıların) tepkisi hakkında özerk karar yeteneğinin, karar verme kudretinin kaybedilmiş olması olarak belirtilebilir. Cinsel sapma içerisindeki kişi, erotik etkiler hakkında egemen bir tepkide bulunmaz, aksine onların “pençesine düşmüştür”; böylece erotik tahrik Pavlov sinyali gibi bir etkide bulunur. İç huzursuzluk, tatmin olamama ve sürekli artan bir arzulama, her yerde olan ve ilgili kişiyi kontrol eden erotik sinyallere yenik düşmenin sonucu olarak ortaya çıkar. Tahrik olmaya olan sabit odaklanma, kişiden bağımsız olarak yani tahriki gönderen kişi dikkate alınmaksızın algılanan erotik etkiye karşı koyabilmeyi olumsuz yönde etkiler ve nitekim tahrip eder.

²⁵² *Giese, Psychopathologie der Sexualität*, 420-422.

²⁵³ *Giese, Psychopathologie der Sexualität*, 450.

²⁵⁴ *Giese, Psychopathologie der Sexualität*, 430-438; *Enz, Verminderte Schuldfähigkeit*, 322. *Erotizme yenilme*, uyarının geldiği kişiye bakılmaksızın belirli bir uyarım hissinde sınırlanma (daralma) ve sabitleme (blokaj) anlamına gelmektedir. Buna bağlı olarak internet pornografisinin de karakterize edildiği, beraberliğe yer vermeksizin *anonimlik arayışı (yönelimi)* gerçekleşir. Bkz. *Rasch ve Konrad, Forensische Psychiatrie*, 297.

- “*artan frekans (sıklık), azalan tatmin*”²⁵⁵

Eşzamanlı olarak tatmin olmanın gerilemesiyle cinsel eylemlerin frekansının artması olarak belirtilebilir. Gittikçe daha zor ulaşılan tatmin duygusu sebebiyle ilgili kişi, cinsel aktivitelerle “tahrik sağlamayı” sürekli arttırır.

- “*Promisküite (rastgele cinsel ilişki) ve anonimlik*”²⁵⁶

İnsanlararası bağ olmaksızın cinsel partnerin sıkça değişimi ve anonim cinsel kontaklar için artan bir eğilim olarak belirtilebilir. Bağlılık olmaması ve iletişimsizlik, isimsiz cinsel partneri “sadece bir obje, hatta tam anlamıyla bir cisim” yapan rastgele cinsel ilişki tutumunun bu türünü şekillendirmiştir.²⁵⁷

- “*Fantezi, uygulama, beğeni geliştirme*”²⁵⁸

Cinsel fanteziler artar, ilgili kişi ise iç huzursuzluğun etkisiyle sapma derecesindeki düşüncelerini sürekli olarak gerçekleştirmeye itilir.²⁵⁹ Artan bir ölçüde dürtüsel cinsel istek, kişiliği ele geçirir ve yaşamın biçimlendirilmesinde gittikçe daha fazla yer kaplar. Aynı zamanda cinsel davranış örneği (modeli) gittikçe hissizleşir ve erotizm kaybolur, nitekim anormal cinsel

²⁵⁵ Giese, *Psychopathologie der Sexualität*, 438-441; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 323.

²⁵⁶ Giese, *Psychopathologie der Sexualität*, 441-446; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 323.

²⁵⁷ *Promisküitenin* diğer bir belirtisi, politoksikomanya (bir tür uyuşturucu bağımlılığı) uygulamaları ile karşılaştırılabilir. Bkz. Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 297.

²⁵⁸ Giese, *Psychopathologie der Sexualität*, 446-454; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 323.

²⁵⁹ Doyum olmaması, *fantezinin ve uygulamanın geliştirilmesine, bu alandaki mümkün olan en büyük artışa ve daha fazla gelişmişliğe neden olmaktadır.* Bkz. Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 297.

uygulamalara olan odaklanma bir beraberliği imkânsız kılar. İlgilinin fantezi ve uygulamayı geliştirmeyi zaruri olarak nitelenmesi, bu gelişimin yıkıcı karakterine uygundur. Sosyal bağlar kaybolur ve partnerin işlevi, arzulanan cinsel uygulamayı gerçekleştirmekle sınırlı olur. Bu cinsel uygulama, artan bir rutinle gerçekleşir, böylece sapma derecesindeki cinsel yönelimi gerçekleştirmekteki beceri artar.

- “bağımlı yaşantı”²⁶⁰

Tıpkı maddeye bağımlılıktaki gibi, kişi cinsel arzusu tarafından ele geçirilir. Giese ile uzun yıllar beraber çalışan *Volkmar Siegusch*, bu bağlamda sapma derecesindeki cinsel tutumdan vazgeçilmesi durumunda, psikosomatik şikâyetler veya depresyonlar şeklinde mahrumiyet (yoksunluk) görüntülerinin ortaya çıkabileceği konusunda uyarmaktadır.²⁶¹

- “dürtüsel huzursuzluğun dönemselliği”²⁶²

Cinsel sapma derecesindeki cinsel eylemler arzusu, huzursuzluk çıkararak düzenli olarak tekrarlanır. İlgili dönem içinde parafili semptomatik durum sürekli olarak artar, böylece “periyodik akış çerçevesinde ilerleyiş”, dönemsel olarak ortaya çıkan cinsel arzunun psikopatolojik karakteri olarak işlev görür. Bu tür artan içsel dürtü dönemi, cinsel aktivitelerin harici durumlarla baskılandığında “deneysel” olarak da ortaya çıkar.

Adli tıp uzmanları, cinsel parafili semptomlarının bulunmasının yanı sıra, özellikle bu semptomların cinsel yaşam açısından öneminin ve psikososyal işlevselliğe olan etkisinin de

²⁶⁰ Giese, *Psychopathologie der Sexualität*, 454-461; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 324.

²⁶¹ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 324.

²⁶² Giese, *Psychopathologie der Sexualität*, 461-465; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 324.

tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.²⁶³ Cinsel yönelim bozukluğunun, genelde cinselliğin tamamen veya neredeyse tümüyle normalden sapan bir eğilimle belirlendiği ve parafilinin ilerleyen gelişiminin bir kişilik deformasyonuna neden olduğu durumda ceza hukuku açısından davranış kontrolünde (davranışlarını yönlendirmede) önemli sınırlamalar (azalma) yaratacak ağırlıkta olduğu kabul edilmektedir.²⁶⁴ Kişilik değişikliğinin başlıca özellikleri, zihinsel olarak sabit şekilde (saplantı şeklinde) anormal cinsel arzuya odaklanma ve sosyal yetkinliklerin (yeterliklerin) kaybıdır; çünkü ilgili, artan bir yoğunlukla zihinsel olarak parafil (parafilik) fantezilerinin pençesine düşer ve normalden sapan cinsel davranışın uygulanması gittikçe daha fazla zaman alır.²⁶⁵ Aynı zamanda cinsel sapmayla yansımali bir hesaplaşma(tartışma) yapma becerisi, patolojik gelişim ilerledikçe ve bireysel kişilik, bağımlı olunan arzuya yenik düştükçe azalır.²⁶⁶ Psikiyatri uzmanları, ciddi derecede yıkıcı seyreden cinsel parafilili olan kişilerde “sanrısalsal (varsayımsal) hapsolme” ve “fantastik bir kendini

²⁶³ Boetticher et. al., “Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten,” 58, 61; Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 324.

²⁶⁴ Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204.

²⁶⁵ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 324.

²⁶⁶ Enz, *Verminderte Schuldfähigkeit*, 324-325.

kandırma yapısının inşası"²⁶⁷ ile karşı karşıya kaldıklarından bahsetmektedir.²⁶⁸

Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklarının etkisiyle gerçekleştirilmiş fiillerde failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış olup olmadığı konusunda lehte ve aleyhte birtakım belirtiler ileri sürülmüştür. Bu belirtiler şu şekilde ifade edilmektedir:

Davranışlarını Yönlendirme (Kontrol) yeteneğinin önemli derecede azalması lehine olan işaretler/belirtiler:²⁶⁹

- Olası eylem öncesinde uzun süreli dürtüsel dinamik çaresizlik eşliğinde çatışmalı tırmanma (ciddileşme, kritik hal alma) ve duygusal zayıflama
- Güçlü kontrol altındaki sosyal durumlarda da eylemi gerçekleştirme
- Ani ve dürtüsel bir eylem akışı/seyiri (detaylı fanteziler otomatik olarak bir red sebebi değildir!)
- Arkaik olarak yıkıcı bir eylem biçimi, ritüelleşmiş etkisiyle, dış uyaranların devre dışı kalması
- Konstelatif faktörler (madde zehirlenmesi, komorbite bozukluklar, özellikle kişilik bozuklukları, zekâ geriliği)

Davranışlarını Yönlendirme (Kontrol) yeteneğinin önemli derecede azalması aleyhine olan işaretler/belirtiler:²⁷⁰

²⁶⁷ Özellikle pedofili eylemleri faileri tarafından çoğu zaman gerçekleştirmiş oldukları davranışlar sapma/sapkinlık olarak nitelendirilmediği söylenmektedir. Bilinçsiz içsel savunma mekanizmaları nedeniyle çocuklarla olan ilişki bağlantısındaki yapısal şiddeti inkâr ederler ve her türlü istismara karşı çıkarlar. Bu insanlarda (varsa patolojik) bozukluk örneklerini görebilme iç görüşü eksiktir; buna rağmen eylemlerindeki hukuka aykırılığın farkındadırlar ve bir kovuşturmayaya maruz kalmamak için kurnazca senaryolar üretirler. Bkz. Enz, *Verminderte Schulfähigkeit*, 325; Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 297.

²⁶⁸ Rasch ve Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 297.

²⁶⁹ Briken, "Paraphile Störungen und Sexualdelinquenz," 349.

²⁷⁰ Briken, "Paraphile Störungen und Sexualdelinquenz," 349.

- Eylem hazırlığında olduğuna dair uyarılar ve planlı (plana uygun) hareket tarzı; burada özellikle (parafilik) fantezideki gelişmeler kastedilmemektedir.
- Bekleme kapasitesi ve / veya uzunca uzatılan (uzayan) bir eylem gerçekleşmesi (eylem cereyanı)
- Etaplar halinde karmaşık bir eylem akışı
- Yakalanmaya karşın önlem alma
- Benzer durumlarda başka şekilde hareket etme olanağı

b. Eşlik Eden Bozukluk (Komorbidite)

Kusur yeteneği değerlendirilmesinde bazı durumlarda failin fiili sırasında algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyen birden fazla zihinsel bozukluk bulunabilmektedir. Bu bozukluk kümülasyonu durumu, “eşlik eden bozukluk” anlamına gelecek şekilde “komorbidite” kavramı ile ifade edilmektedir. Komorbidite durumu yasal olarak düzenlenmemiştir.²⁷¹ Bu durumda nasıl bir yol izleneceği, bu bozukluk türlerinin farklı şekillerde failin algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğine etki etmesi durumunda hangi sonuçlara ulaşılacağı önem arz eder.

Psişik bir bozukluk durumunun daima tekdüze bir durum olmadığını belirtmesi gerekir. Bu nedenle iki ayrı zihinsel bozukluk durumunun etkilerinin basit bir şekilde birbirine eklenmesinin mümkün olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu durum, ya en ağırlıklı arızanın (defektin) ön

²⁷¹ Eşlik eden bozukluk (komorbidite) durumunun varlığı halinde failin kusur yeteneğinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği ve farklı hastalık kombinasyonu örnekleri için bkz. Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 338-347.

plana çıkartılmasına veya birden fazla zihinsel bozukluk türünün eşzamanlı olarak belirtilmesine neden olmaktadır.²⁷²

Kusur ilkesinin hâkim olduğu ceza hukuku anlayışında failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması sonucunu doğuran nedenlerin birden fazla olması önem arz etmemektedir. Zira normatif kusur anlayışında failin “kınanabilmesi” hususu ön plandadır. Bu nedenle failin kınanabilir durumda olmamasına yol açan etmenlerin çokluğu, türü, farklı hukuki sonuçlar doğurması gibi hususlar önem arz etmeyecektir.²⁷³

Komorbidite durumunda birden fazla zihinsel bozukluğun her zaman failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileme derecesini artırmadığına dikkat çekilmelidir. Burada her bozukluğun birbirine olan artırıcı ya da azaltıcı etkisinin somut eylemin gerçekleşme süreci içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin madde bağımlısı olan bir kişinin, bu bağımlılık nedeniyle maruz kaldığı maddeye yoksunluk hissi sebebiyle almış olduğu yoğun uyarıcı maddeler, ilgili kişideki parafilik eğilimlerin ve beden fonksiyonları azaltıcı etki gösterebilecektir. Her bir vakada olası etkileşimler kontrol edilmeli ve suçun işlenmesinde failin bireysel psikik karakterine genel bir bakış yapılmalıdır.²⁷⁴

Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozuklukların çoğunda ilgili kişide antisosyal kişilik bozukluğu, zeka geriliği, alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılığı vb. gibi diğer psikik

²⁷² Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 340.

²⁷³ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 340.

²⁷⁴ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 343.

bozukluklar da bulunmaktadır.²⁷⁵ Bu gibi durumlarda, failin kusur yeteneği konusunda asıl suçtan ziyade, daha çok temel olan nevrozlara ve kişilik bozukluklarına yoğunlaşmak gerekir.²⁷⁶ Kişide bir psikoz veya zekâ geriliği varsa veya alkolün etkisi söz konusuysa, temel bozukluğun değerlendirilmesinde rol oynayan tüm bilirkişi esaslarının dikkate alınması gerekir. Cinsel suçun işlendiği anda akut ruhsal hastalık veya cezai ehliyetini kaldıran bir irade dışı bir sarhoşluk söz konusuysa faile ceza verilmemesi düşünülebilir. Cinsel sapmalardaki asıl problem kişilik bozukluğunun ciddiyet derecesinin değerlendirilmesidir. Sapkınlıkların ileri seyirlerinde madde bağımlılığındakine benzer görüşlerin geçerliliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Cinsel bağımlılık, kontrol ve karşı koyma mekanizması eksikliğiyle karakterize edilir, yani yüklü fiil durumlarında kontrol olanakları, ciddi oranda sınırlanmış, hatta ekstrem durumlarda hiç olmayabilir.²⁷⁷

Cinsel sapmalar, örneğin alkollü durumda teşhircilik gibi dürtüsel eylem veya “cinsel bağımlılık” veya “erotizme yenik düşme” olarak tarif edilebilen ilerleyici bir gidişatla gün yüzüne çıkabilir. Sapkınlık sendromunun artan taşkınlıkların temelinde yoğun kaygılar, çatışmalar ve gerginlikler ile kişilik yapısında bozukluklar mevcuttur. Sapkınlık, bu gittikçe artan iç gerginliğin bir savunma (karşı koyma) denemesi olarak kabul edilmelidir.²⁷⁸

²⁷⁵ Genellikle birden fazla parafili birarada ortaya çıkar ve böyle bir örüntü kişilik bozukluğu ya da şizofreni gibi bir başka akıl hastalığının varlığına işaret eder. Bkz. Davison ve Neale, *Anormal Psikolojisi*, 380.

²⁷⁶ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 171.

²⁷⁷ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 171.

²⁷⁸ Haller, *Das psychiatrische Gutachten*, 165.

Adli psikiyatri literatüründe bipolar bozukluk ile parafilinin birlikte bulunabileceğine ilişkin yayınlar da bulunmaktadır.²⁷⁹ Pedofili cinsel bozukluğa sahip olan bireylerin % 60'ında kişilik bozukluğu olduğu, bu grubun % 25'inde obsesif-kompulsif, % 22.5'inde antisosyal, % 20'sinde özsever ve % 20'sinde de çekingen kişilik bozukluğu olduğu bildirilmiştir.²⁸⁰ Birçok çalışmada pedofilik bireylerin özsever ve sadistik özelliklerinin belirgin, öfke duygularının fazla, disforik, edilgen-saldırgan, engellenmeye karşı toleranslarının düşük, doyumunu erteleme kapasitelerinin azalmış, empati becerilerinin yetersiz olduğu bulunmuştur.²⁸¹

Pedofili ile birlikte en sık görülen psikiyatrik bozuklukların duygudurum bozuklukları (% 60 - % 80) ve anksiyete bozuklukları (% 50 - % 60) olduğu, ayrıca pedofilik bireylerde aralıklı patlayıcı bozukluk, kleptomani, piromani, patolojik

²⁷⁹ Bu çalışmaya göre, bipolar bozuklukla ilgili genel kanı, manik dönemlerinde cinsel dürtü ve davranışlarda artış olduğu yönündedir ve cinsel istek artışı en sık rastlanan ve manik dönem için tanısız olan belirtilerendir. Yayınlar, beklenenin aksine bipolar bozukluk hastalarında hiperseksüalite dışında cinsellikle ilgili dürtü ve eylemlere nadiren vurgu yapılmaktadır ve bipolar bozuklukta hiperseksüalite dışında cinsellikle ilişkili yayınlar parafili ve transseksüalite birlikteliğine yönelik az sayıda olgu bildirimlerinden oluşmaktadır. Bkz. Sevilay Özcan, Lut Tamam ve Ayşe Soydan, "Bipolar Bozukluk ve Transseksüalite: İki Olgu Sunumu," *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 13, no: 4 (2012), 310. Bipolar bozukluk cinsellikle ilgili belirtilere en çok vurgu yapılan psikiyatrik bozukluklardan olmakla birlikte, beklenenin aksine yayınlarda cinsel istek artışı ve riskli cinsel davranışlar dışındaki cinsel eylemlere yeterince değinilmemiştir. Oysa manik dönem, bastırılmış cinsel dürtülerin ortaya çıkması için uygun bir ortam oluşturmaktadır. Bkz. Özcan, Tamam ve Soydan, "Bipolar Bozukluk ve Transseksüalite," 312.

²⁸⁰ Evrensel ve Özşahin, "Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü," 45.

²⁸¹ Evrensel ve Özşahin, "Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü," 45.

kumar oynama gibi dürtü kontrol bozukluklarının da sıklıkla (% 30-55) görülebildiği belirtilmiştir.²⁸² Pedofilik bireylerde kişilik bozuklukları da yaygın (% 70 - % 80) olarak görülür. Pedofili olgularında alkol ve madde kullanımının oldukça yaygın olduğu birçok çalışmada gösterilmiştir.²⁸³

B. Değerlendirmenin Hukuki (Normatif) Yönü

1. Genel Olarak Kusur ve Kusur Yeteneği Kavramları

Failin işlediği bir haksızlık nedeniyle kusurlu sayılabilmesi, onda birtakım özelliklerin bulunmasına bağlıdır. Ceza hukukunda bu özelliklere işaret eden kavram ise kusur yeteneği kavramıdır. Hukukun güvenilirliği için kusur yeteneği hakkındaki kurallar gösterge niteliğindedir. Zira kusur yeteneğini düzenleyen maddeler vasıtasıyla kusurlu davranamayan kişilerin hukuk devletindeki en ağır yaptırım türü olan ceza yaptırımından uzak tutulması sağlanmaktadır. Örneğin akıl hastası olan ve fiillerini bu hastalığının etkisi altında gerçekleştiren bir kişinin, davranışlarını ceza yaptırımından uzak tutacak şekilde düzenlemesi olanaklı değildir.

Ceza hukukunda kusur yeteneği kavramı, kusur kavramından anlaşılması gereken şeye bağlıdır. Çünkü “yetenek” kusurun karakteri bakımından belirlenmektedir. Bu nedenle prensip olarak kusur hakkında hükme varma ile kusur yeteneği hakkında hükme varma arasında ilkesel olarak bir ayırım yapmak ve bu kavramlar için farklı yöntemlerin

²⁸² Ayten Erdoğan, “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi,” *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi* 2, no: 2 (2010), 147.

²⁸³ Erdoğan, “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi,” 147.

benimsenmesi hatalı görünmektedir. Kusur ve kusur yeteneği kavramları ayrılmaz biçimde birbirlerine bağlıdır.²⁸⁴ Günümüz ceza hukuku öğretisinde kusur konusunda normatif kusur anlayışı geçerlidir. Bu anlayışa göre kusur, failin gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle kınanabilmesidir.

Bir kişinin akıl hastalığı etkisiyle işlediği fiilin hangi neden dolayısıyla kusursuz sayıldığı ve kusur yeteneğine sahip olmadığı konusunun anlaşılabilmesi için, öncelikli kişilerin hangi nedenle fiilleri nedeniyle kusurlu sayıldığı ve kusur yeteneğine sahip olduğu konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira ceza hukukunda kusur, kusur yeteneği gibi kavramların içeriğinin belirlenmesi akıl hastalığı durumunun failin hangi yeteneklerini olumsuz etkilemiş olduğu değerlendirmesinin de kapsamını belirleyecektir. Kusur kavramının içeriğinin anlaşılması konusunda değişik görüşler bulunmakla birlikte, günümüz ceza hukukunda geçerli olan baskın görüş, kusurun failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık nedeniyle kınanabilmesi olarak anlaşıldığı normatif kusur teorisidir. Nitekim Yargıtay da bu görüşü esas alarak kararlarını vermektedir.²⁸⁵

Kusur kınamasının konusu ise, failin hukuka aykırı eyleminde sergilediği, hukuk düzeninin kendisinden beklediği davranış beklentileri karşısındaki hatalı tutumudur.²⁸⁶ Kusur kınamasının içsel meşruluğu, insanın özgürce kendi davranış

²⁸⁴ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 43.

²⁸⁵ "...Yeni ceza adalet sistemimizde akıl hastalığı; kusur yeteneğini etkilemesi nedeniyle, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden birisi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ortada tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç bulunmakta ise de; akıl hastası olduğu saptanan sanık, işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olduğundan, bu suçun işlenmesinden dolayı hukuki anlamda 'kınanamaz', yani sorumlu tutulup cezalandırılmaz..." YCGK, E. 2015/607, K. 2015/300, T. 06.10.2015 (Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 49)

²⁸⁶ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 50.

biçimini tayin edebilme yeteneği ile donatılmış olması ve aklî, ahlakî olgunluğa erişir erişmez, “hukuk vicdanı”nın sınılandığı durumda hukuki olarak yasak olandan kaçınmak konusunda yeteneğinin bulunmasıdır.²⁸⁷ Kusur ile faile karşı, gerçekleştirmemesine imkân olduğu halde, yine de hukuka aykırı eylemi gerçekleştirdiği yönünde kişisel kınama iddiasında bulunmaktadır.²⁸⁸

Kusur ve kusur yeteneği kavramları irade özgürlüğünün ampirik olarak kanıtlanabilir olup olmadığından bağımsızdır. Çünkü önem arz eden, insanın özgür olup olmadığı değildir. Önemli olan, insana ait değer varsayımıdır, insanın hukukta özgür ve sorumluluk bilinciyle muamele görebilmesidir. Bu nedenle bilirkişi tarafından değerlendirilecek ve ortaya çıkarılacak olan husus, ampirik olarak özgürlüğün bulunup bulunmadığı değil, prensip olarak bireyin hukuki hükümler çerçevesinde tepki verebilecek ve motive olabilecek durumda olup olmadığıdır.²⁸⁹

Davranışlarını yönlendirme ya da kontrol yeteneği içerisindeki başka türlü davranabilme” kavramı, indeterminizmdeki kanıtlanması mümkün olmayan özgürlük kavramı olarak anlaşılmalıdır. Burada tek kastedilen, bir başka ortalama bireyin, failin içinde bulunduğu dışsal ve içsel durumda genelde farklı davranabilmesi, yani norma uygun davranışta bulunabilmesidir. Bir başka deyişle tecrübemize göre failin önünde eylem tasarrufu için bir hareket alanının mevcut bulunduğudur.²⁹⁰ Bu durum ise ceza hukukunda pragmatik sosyal kusur teorisine işaret etmektedir.

²⁸⁷ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 52.

²⁸⁸ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 53.

²⁸⁹ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 58.

²⁹⁰ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 61.

Pragmatik sosyal kusur teorisi, geçmiş bir zaman diliminde bizzat failin bulunduğu farklı bir şekilde davranabilip davranamayacağı ile ilgilenmemektedir. Zira bu sorun determinizm-indeterminizm problemi çerçevesinde irade özgürlüğü sorununu içermektedir. Bu konuda ne psikiyatri bilirkişisi ne de hakim bir yargıya varamaz. Pragmatik sosyal kusur teorisi, failin içinde bulunduğu durumda ortalama yeteneklere sahip, kınanma için ölçüt alınacak genel bir kişiden hukuka aykırı olmayan davranışın beklenebilir beklenemeyeceğini sorgulamaktadır.²⁹¹ Ceza hukukundaki kınama için ortalama yeteneklerin fail tarafından kullanılmadığı iddiası, sadece normal koşullar altında vatandaşın beklenebilecek davranışın gerisinde kalmayı kapsamaktadır.²⁹² Pragmatik sosyal kusur teorisi aslında, failin somut durumda bulunduğu farklı şekilde hareket etme özgürlüğünün ispatının yapılamaması nedeniyle kabul edilmiş bir teoridir. Nitekim geçmiş bir zaman diliminde bir kişinin bulunduğu farklı şekilde davranabilip davranamayacağı hususu, özünde kişinin irade özgürlüğünün bulunup bulunmaması sorusuna bağlı olduğundan, bilimsel tespite kapalıdır. Ne hâkim, ne de bilirkişi bu soruya ampirik olarak cevap veremez. Pragmatik sosyal kusur teorisi, failin bireysel yetisine değil de, “tecrübeye göre ortalama bir insanın yetisine”, yani “çoğu insanın” yetisine dayanarak bu sonuçtan kaçma çabasındadır. O zaman “bireye karşı kusur isnadı” şöyle formüle edilmektedir: Failin bulunduğu durumda, tecrübelerimize göre, eşdeğer vakalarda onun yerinde bir başkası olsaydı, eylemi gerçekleştirirken failde muhtemelen eksik olan irade gücü çabasında bulunduğu, somut koşullar altında failin bulunduğu eylemden başka türlü

²⁹¹ Schreiber ve Rosenau, “Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung,” 92.

²⁹² Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 62.

davranabilirdi.²⁹³ Sosyal-kıyaslamacı kusur teorisi, başka türlü davranabilmenin reel-ampirik olanağını, eylemi gerçekleştiren fail yerine “ölçüye uygun bir insanı” koyarak ve onun yeteneklerini, “kıyaslamacı bir muhakeme” yardımıyla eylemi gerçekleştiren failin yetenekleriyle kıyaslamakta ve adli olarak ölçülebilir bir şekle dönüştürmektedir.²⁹⁴

Ceza hukukunda normal olan ile normal olmayan arasındaki sınırların nereden geçtiği konusu, nihayetinde hukuksal-normatif bir sorunun konusunu teşkil etmektedir. Bu yüzden failin norma uygun davranışı için, hangi gereksinimlerin meşru olarak ondan talep edilebileceği ve talep edilmesi gerektiği sorusu her zaman bu hukuksal-normatif sorunun arka planında yer almaktadır.²⁹⁵ Kusur yeteneğinin varlığı ya da yokluğu yani "normal" ve "anormal" arasındaki sınırların nerede bulunduğu, nihayetinde hukukî (yasal)-normatif bir sorundur. Çünkü bu sınırlar hukuk düzeninde bireylerden norma uygun davranış konusunda hangi taleplerin ileri sürülebileceğini belirlemektedir. Kanunda ortalama yeteneklere sahip “normal diğer kişi” için genel olarak belirlenmiş olan bu yetenekler, hakkında kusur yargısının yapılacağı fail açısından, “normal diğer kişi” ile kıyaslama yöntemi aracılığıyla somut olay özelinde sorgulanmaktadır. Bir bakıma kusurluluk konusunda referans alınan ölçüt ortalama yeteneklere sahip “normal diğer kişi” olmaktadır. Bu sorgulama işlemi hâkim ve bilirkişi

²⁹³ Claus Roxin, *Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre* (Münih: C. H. Beck Yayınevi, 2006), 861.

²⁹⁴ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 65.

²⁹⁵ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 56.

işbirliğinde, ilgili psikişik bozukluk ve somut olay özelinde netleştirilmeli, bir bakıma somutlaştırılmalıdır.²⁹⁶

Kusur yeteneğine ilişkin sorunun formüle edilmemesi gerektiği şekil şudur: Fail başka bir şekilde davranabilir miydi veya davranamaz mıydı? Bu sorunun daha çok şöyle olması gerekmektedir: Fail, bu şekilde davranmaktan ve farklı türde davranmamaktan sorumlu mudur? (işlenmiş fiil failin sorumluluk alanında mı?)²⁹⁷ Ancak bu şekilde gerçekleştirilecek sorgulama ile geçmiş dönemde işlenmiş bir fiilin irade özgürlüğüne sahip bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği probleminden uzaklaşılacaktır. Bu konuda ne bilirkişi ne de hâkim kesin bir ifadeye bulunamaz. Kusur yeteneği değerlendirmesinde önemli olan, geçmiş bir zaman diliminde failin başka türlü davranabilip davranamayacağını ortaya çıkarılması değildir. Nitekim bu soru, bilimsel tespite kapalı bir sorudur. Önemli olan, sorumluluk bilinciyle hareket etmekle yükümlü olan ortalama yeteneklere sahip bir kişinin, failin içsel ve dışsal durumunda olması halinde başka türlü hareket edebilip edemeyeceğidir. Bir başka deyişle ceza normuna uygun davranma beklentisinin, ortalama yeteneklere sahip kişi açısından (failin yerinde bulunsaydı) halen geçerli olup olmadığıdır. Zihinsel bozukluk bu beklentiyi ortadan kaldırırsa, failin kusur yeteneğinin olmadığına karar verilecektir. Şayet zihinsel bozukluk ceza normuna uyma beklentisini ortadan kaldırmamakla birlikte, ceza normuna uymada önemli derecede zorlanmaya sebep olmuşsa azalmış kusur yeteneğine hükmedilecektir.²⁹⁸

²⁹⁶ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 287.

²⁹⁷ Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch* (Berlin: Walter de Gruyter Yayınevi, 1991), 535.

²⁹⁸ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 288-289.

Sonuç olarak esasen kusur yeteneği (ceza yeteneği) konusunda gerçekleştirilen bir tespit işlemi değil, bir değerlendirme işlemidir. Bu nedenle kusur yeteneğinin varlığı ya da yokluğu tespit edilmemekte, sadece değerlendirme işlemi içinde bir sonuca varılmaktadır.²⁹⁹

2. Cinsel Sapma Teşkil Eden Zihinsel Bozuklukların Kusur Yeteneğine Etkisinin Mahkeme Tarafından Değerlendirilmesi

Kusur yeteneğini kaldıran ya da azaltan sebep olarak TCK m.32'ye bakıldığında failin içinde bulunduğu zihinsel anormal durumu belirtmek bakımından “akıl hastalığı” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Kanunda belirtilen “akıl hastalığı” kavramı, psikiyatri biliminde de kapsamında hangi bozuklukların olduğu konusunda ihtilafların olduğu bir kavramdır. Ancak TCK m.32'de kullanılan “akıl hastalığı” kavramı hukuki anlamda işlevsel bir kavram olarak kullanılmıştır. Kişinin bir davranışı gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirmemesi açısından etkili olan bedensel³⁰⁰ ya da ruhsal faktörleri, yani zihinsel cereyan içindeki süreçleri olumsuz yönde etkileyen her durum TCK m.32'de yer alan akıl hastalığı kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Kusur ceza hukuku anlayışı açısından önemli olan failin fiilinin haksızlığını algılamasına engel olan ya da davranışlarını haksızlık algısı çerçevesinde yönlendirmesine engel olan psikopatolojik durumlardır. Bu durumların hastalık sayılıp sayılamayacağı, somatik temelli bir bulguyu gerektirip gerektirmediği, geçici ya da sürekli olması gibi hususlar ceza hukuku açısından önem arz

²⁹⁹ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 297.

³⁰⁰ Kişinin davranışını etkileyen beyin tümörü örneğinde olduğu gibi.

etmemektedir.³⁰¹ Bu nedenle kanun metninde ICD-10 ve DSM-5 gibi psikiyatride referans teşkil eden kaynaklarda da tercih edilen kavram olan “zihinsel bozukluk (İng. *mental disorder*)” kavramının kullanılması gerektiği savunulmaktadır.³⁰² Çalışmanın konusu oluşturan cinsel sapma teşkil eden bozukluklar belirtilen nedenlerle TCK m.32’de yer alan “akıl hastalığı” kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.

TCK m.32’de yer alan düzenlemeye bakıldığında, failin kusur yeteneği konusunda iki aşamalı (karma) yöntemle yer verildiği görülmektedir. Bu yöntemde failde fiili gerçekleştirirken bulunan psikopatolojik hal, ancak ikinci bir değerlendirme aşaması olan ve hukuken kusurluluğun yansıması olan failin fiilinin haksızlığını algılama ya da bu haksızlık algısına göre davranışlarını yönlendirme yeteneğine olumsuz etkide bulunması durumunda önem kazanmaktadır.³⁰³

TCK m.32’ye göre, cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklar failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini ortadan kaldırırsa ya da bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini en azından önemli derecede azaltırsa, faile ceza verilmeyecektir. Dikkat edilecek olursa “failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama” yeteneği ile “bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme” yeteneği seçimlik (alternatif) olarak belirtilmiştir. Bu bakımdan söz konusu yeteneklerden sadece birisinin kanun metninde belirtilen derecede olumsuz etkilenmesi durumunda fail kusursuz sayılacak ve ceza sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Kanunda ifade edilen failin kusurlu olarak addedilebilmesi için failde bulunması gerekli yetenekler, kusur ceza hukuku anlayışının kanunda hukuki (normatif) olarak kurgulanma biçimini ifade etmektedir. Her ne kadar failin işlediği fiilin

³⁰¹ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 277.

³⁰² Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 278-279.

³⁰³ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 231ff.

haksızlığını algılama yeteneği ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin tıbbi yönünün de bulunduğu muhakkak ise de, kanunda yer verilen yetenekler hukuki (normatif) kavramlardır.

Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklarda, şayet failde bu bozukluklara eşlik eden bir başka ruhsal bozukluk (*komorbidite*) söz konusu değilse, değerlendirilmesi gereken failin fiil anındaki davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olumsuz etkilenip etkilenmediği, etkilenmişse bunun derecesidir. Nitekim cinsel sapma bozukluklarına sahip olan kişiler, gerçekleştirmiş oldukları fiillerin hukuk düzeni ile çeliştiği konusunda ya da bu davranışların hukuk düzenince yasaklanmış olduğu konusunda algıya sahiptirler (*haksızlık algısı/haksızlık bilinci*). Bu kişiler sahip oldukları cinsel sapma zihinsel bozuklukları nedeniyle hukuk ihlali yaratacak davranıştan kaçınmamakta, davranışlarını hukuk düzenince beklenen şekilde düzenleyememektedirler. Bir başka deyişle davranışlarını kontrol etme ya da dizginleme yetenekleri zihinsel bozukluk nedeniyle olumsuz etkilenmektedir.

Failin, fiilinin haksızlığını algılama kudretinin mevcut olduğu durumlarda, belirtilen psikopatolojik haller sebebiyle haksızlık algısına uygun davranamaması durumlarında da kusur yeteneğinin olmadığı kabul edilir. Burada önemli olan, failin fiili işleme dürtülerini (eylemi harekete geçiren güdülerini) ve bu dürtülere karşı gelen frenleyici düşünceleri karşılaştırarak değerlendirmesi, bunları tartıp ölçüp biçerek norma uygun bir davranışa göre bir irade kararına varmasıdır.³⁰⁴ Davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması hali, “norma uygun motivasyona” sahip olmaya ilişkin akla uygun değerlendirmeler

³⁰⁴ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 322.

(mülâhazalalar, düşünüp tartışmalar) yaparak tüm direnç gücünün kullanılmasına rağmen kendi iradesini belirleme yeteneksizliği durumu anlamına gelmektedir.³⁰⁵ Davranışı belirleme özelliği, insanın kendine etki eden dürtüleri kontrol etme yeteneğine ve anlam içeriklerine, değerlere ve normlara göre kararını düzenleme yeteneğine dayanmaktadır.³⁰⁶

5237 sayılı TCK m.32/1'de yer alan düzenlemeye bakıldığında failin kusursuz sayılabilmesi için, failin işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mutlaka tamamen ortadan kalkması gerekmektedir. Bu yeteneğinin somut olayda "önemli derecede" azalmış olması durumunda da failin kusursuz sayılacağı, yani faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, maddede yer alan failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin aksine, fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği, kanun koyucunun esas aldığı ceza politikası çerçevesinde nicel (azalıp-çoğalabilen/kantitatif özellikte) bir derecelendirmeye tabi tutulmuştur.³⁰⁷

Davranışlarını yönlendirme yeteneği, bir kişiden hangi koşullarda hukuka uygun olan davranışın beklenebileceği ile ilgili bir konudur. Bir başka deyişle davranışlarını yönlendirme yeteneğinin merkezinde normatif kusur kavramının temelini oluşturan "kınanabilirlik", "başka türlü davranabilme", "ortalama yeteneklere sahip olma", "ceza normları ile motivasyon ilişkisinde olma" ve "ceza sorumluluğunun üstlenilebilmesi" gibi normatif değerlendirmeye ihtiyaç duyan hukuki sorunlar bulunmaktadır. Bu yetenek değerlendirilirken toplumu oluşturan bireylerin hepsinde olması beklenen hukuka uygun fiilin gerçekleştirilmesine yönelik "ortalama yetenekler" in somut olayda akıl hastalığı nedeniyle ne ölçüde

³⁰⁵ Schöch, "Die Schuldfähigkeit," 133-134.

³⁰⁶ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 325-326.

³⁰⁷ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 334.

kullanılmadığı, yani failin normalden akıl hastalığı nedeniyle ne ölçüde sapma gösterdiği tıbbî veriler ışığında hukukî açıdan irdelenmektedir. Nihayetinde kusur, kusur yeteneği, ceza sorumluluğu gibi hususlar ceza politikasının ne şekilde uygulanacağına dair birer gösterge niteliğindedir. Bu nedenle failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması, bu yeteneğin önemli ölçüde azalmış olması ya da bu yeteneğin önemli derecede olmayan şekilde etkilenmesi gibi nicel derecelendirmelerde tıbbî bakış açısı ile oluşturulmuş eşik değerler söz konusu değildir. Bu derecelendirme tamamen normatif (hukukî) bakış açısı ile kurgulanmış eşik değerleri yansıtmaktadır.³⁰⁸

Mahkeme genel bir değerlendirme çerçevesinde, kurallara uygun bir davranışta bulunulmasının fail için, onun psikik durumu nedeniyle ruhsal açıdan sağlıklı ortalama bir kişiyle kıyaslandığında daha zor olup olmadığını saptamak zorundadır.³⁰⁹

“Sosyal kusur” anlayışına göre, algılama ve davranışlarını kontrol kabiliyetinde, karşılaştırmalı bir kusur yargısı söz konusudur. Yani kusurluluk için önem arz eden, ortalama bir insandan beklenen hukuka sadık zihniyet ve irade gücü ölçüsüne göre, failin söz konusu bu ortalama normal insanın yeteneklerinden sapması (farklılık göstermesi), bir anlamda bu yeteneklerin gerisinde kalmasıdır. Bu nedenle, kusur yeteneğine ilişkin değerlendirmenin, salt niteliksel bir genel hüküm verme ile yetinmesi uygun değildir; aksine TCK m.32/1 ve 2

³⁰⁸ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 336.

³⁰⁹ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 350-351.

düzenlemelerinde kabul edildiği gibi söz konusu sapmanın derecesi hakkında da görüş bildirmesi zorunludur.³¹⁰

Failin davranışlarını kontrol yeteneğinin önem arz eden ölçüde olumsuz etkilenmiş olduğunun kabulü için, failin fiili harekete geçiren olgular (*fenomenler*) karşısında kendini frenleme yeteneğinin, ortalama bir vatandaşa göre ciddi oranda azalmış olması gerektiği prensip olarak ortaya konulmalıdır. Yani fail, diğer insanlara göre normun göstermiş olduğu davranış beklentisi yönünde davranmakta oldukça zorlanmış olmalıdır.³¹¹

Bu noktada hukuki düzenin, herkesten beklediği gereksinimler önem arz etmektedir. Söz konusu suçun ağırlığı ve ciddiyeti ne kadar büyükse, failden beklenecek fiilden kaçınma gereksinimleri de o kadar büyük ve yüksektir.³¹²

Cinsel sapma bozuklukları nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmaması için, çok nadir olmakla birlikte, failin her türlü irade gücüne rağmen dürtüye karşı koyamayacak kadar dürtünün artmış olması şarttır. Ülkemiz açısından bu konuda rapor alınmasına yönelik yargı kararları dışında bir karar mevcut değilken, karşılaştırmalı hukukta konu tartışılmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına göre, dürtü bozukluklarında "*failin cinsel dürtüsellüğünün, -normal yönde taşıyıcının kendisinin bile her türlü irade gücüne rağmen dürtüye yeterince karşı koyamayacak kadar ileri derecede olup olmadığı veya -anormalliğin bir sonucu olarak- anormal dürtü sadece ortalama güçte olsa bile taşıyıcısının tüm iç dünyasında ve bununla beraber kişiliğinde, dürtülerle mücadele için gerekli frenlemeyi yapmayacak şekilde*

³¹⁰ Schreiber ve Rosenau, "Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung," 109.

³¹¹ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 921, 458.

³¹² Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 350, 376.

*değişikliklere yol açıp açmadığı önemlidir*³¹³ veya “...cinsel sapmanın bağımlılık karakteri kazanması ve failin kişiliğini tümüyle değiştirmesi...”³¹⁴ gerekmektedir. Burada önemli olan bağımlı gelişim içinde mevcut olan, bozukluk kaynaklı kişilik değişikliği ve bundan kaynaklı zorlama etkisidir.³¹⁵ Cinsel davranış anormalliğinin tek başına failde bulunması, failin kusur yeteneğini etkileyen hukuken önem arz eden bir bozukluk olduğu görüşünü haklı kılmamaktadır.³¹⁶

Ender olarak cinsel sapma bozukluğu nedeniyle failin kusur yeteneğinin bulunmaması (ceza ehliyetsizliği) nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına kararı verilmesi için Alman mahkeme kararları çalışmanın önceki başlıklarında yer verilen Giese'ye ait olan “bağımlılık derecesinde gelişim (*süchtigen Entwicklung*)” kriterine odaklanmakta, ancak günümüzde bunun için “yerleşmiş davranış şablonu (*ingeschliffenen Verhaltensschablone*)” kavramını kullanmaktadır.³¹⁷ Bunun kriterleri ise daha önce açıklandığı üzere şöyledir: erotizme (şehvete) yenik düşme; doyumun/tatminin gittikçe azalmasıyla cinsel fiil sıklığının gittikçe artması; fantezi ve beğeni geliştirme; uygulamaların bu şekilde daralması; promisküite (partnerin gelişigüzel ve rastgele olması, yetersiz kişisel ilişki) ve anonimlik; tecrübe bağımlılığı; dürtüsel huzursuzluk,

³¹³ BGH, NJW 1982, 2009 (Schöch, “Die Schuldfähigkeit,” 126; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 909, 452); BGH, NStZ 1998, 30-31 (Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204)

³¹⁴ BGH, 1999 NStZ, 611-612 (Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204)

³¹⁵ BGH NStZ-RR 2007, 337 (Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 155, dp. 384)

³¹⁶ Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 155.

³¹⁷ NStZ 2015, 688; NStZ-RR, 2018, 39 (Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 157)

molasızlık, sinirlilik, aşırı duyarlılık.³¹⁸ Kusur yeteneğinin ortadan kalkabilmesi için, failin her türlü irade gücünü kullanmasına rağmen dürtüye karşı koyamayacak kadar dürtünün artmış olması şarttır. Aynı şekilde azalmış kusur yeteneğinin kabulü için gerekli olan olumsuz etkiler için “güçlü, az ya da çok karşı konulamayan zorlamanın” bulunması gerekmektedir.³¹⁹ Amaca yönelmiş olan ve planlı davranış tek başına bozukluğun önemsiz olduğu sonucuna varılmasına gerekçe olamaz.³²⁰

Burada mahkeme, failin gelişimi, karakteri ve eylemin altında yatan motiflere de odaklanmak zorundadır.³²¹ Aynı şekilde cinsel davranış bozukluklarında da –tıpkı çoğu psikopatolojik bozukluklarda olduğu gibi– biyolojik, gelişimsel ve sosyal koşulların yanı sıra aynı zamanda kasıtlı ve durumsal faktörleri de dikkate alan, çok boyutlu bir yaklaşım uygulanmalıdır. Buna göre bilirkişi failin kişiliğini, sapmasını ve eylemindeki motivasyonunu analiz ederken mahkemeye yardımcı olmak zorundadır. Beklenebilir derecede kendine hakim olma (kontrol) ve önemli ölçüde azalmış davranışlarını yönlendirme (kontrol) becerisi arasındaki sınır, özellikle cinsel eylemlerde, ampirik dayanağı olan bilgilerden çok normatif (hukuki) düşüncelere bağlıdır.³²²

Yargı kararları, failin cinsel *dürtüselliliğinin* failin her türlü irade gücünü kullanmasına rağmen bu dürtülere yeterince karşı koyamayacak şekilde ileri olup olmadığının üzerinde

³¹⁸ Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 157.

³¹⁹ BGH, StV, 2005, 20ff.; BGH, NStZ-RR, 2008, 70ff.; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 909, 452.

³²⁰ BGH, BeckRS, 2020, 20926; BGH, NStZ-RR, 2019, 168ff. (Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 157)

³²¹ BGH, 1998, NJW, 2753 (Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204)

³²² Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 204.

durmaktadır.³²³ Bu gerekçe de irade özgürlüğünün -ampirik olarak kanıtlanamayan- net bir inancına dayanıldığını göstermektedir.³²⁴ Burada ne derecede tespitler yapılabildiğinin şüpheli olması nedeniyle bu yaklaşım eleştirilmektedir.³²⁵ Bu görüşe göre, irade özgürlüğünün özellikle dürtü anormallikleri alanında öne çıkarılmasıyla her dürtünün kontrol edilebilir olduğu uydurulur. Burada asgari standartlar özellikle “irade güçlerine” dayanmamakta, aksine örneğin failin oluşu gibi olayın harici yönlerine odaklanmaktadır.³²⁶

Yukarıda sözü edilen Alman Federal Mahkemesi kararlarında kusur yeteneği konusunda toplumsal ilişkili arka planın belirgin olduğu savunulmaktadır.³²⁷ Çünkü; kusurun sınırlanmış olduğunun kabulü, açık ve net bir şekilde failin **norma uygun davranmakta ciddi çabalar sarf edip etmediğine** bağlı olmaktadır. Diğer vatandaşlar, burada frenlenmemiş norm ihlalinin cazibeli bir örneğini görmeyecek, daha ziyade failin işkence niteliğindeki savunma mücadelesinden yaşadığı acı durumu görecektir. Her halükarda antisosyal dürtülere karşı gösterilen mücadele veya en azından önceki yaşamında geçerli olan değer ve normlara gösterilmiş olan uyumluluk ve kabul, dürtü bozukluğuna sahip suçlularının ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığı kararında merkezi bir karar kriteri

³²³ BGH, NStZ, 1994, 75; BGH, NStZ, 1996, 401, BGH, NStZ, 1998, 30; Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 317-318; Verrel, Linke ve Koranyi, *LK*, § 20, kn. 155.

³²⁴ Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 318.

³²⁵ Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 318.

³²⁶ Schiemann, *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen*, 318.

³²⁷ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 910, 452.

niteliğinde olmaktadır.³²⁸ Ceza hukuku doktrininde failin azalmış kusur yeteneği halinin somut olayda bulunmasına rağmen, faile hükmedilecek cezada takdiren indirim yapılmaması gerekçesi olarak “Çabalama Teorisi (*Anstrengungstheorie*)” öne sürülmüştür.³²⁹ Daha çok psikopatlar için geçerli olduğu savunulan teoriye göre kusur yeteneği azalan failin, zayıflıklarını artan güç çabasıyla dengelemesi gerekmekte ve bunu yapmadığı takdirde cezada indirim olmaksızın cezalandırılabilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu kişilerin azalmış olan davranışlarını yönlendirme yetenekleri toplum açısından daha yüksek bir tehlike anlamına geleceğinden, kişi hukuka sadık yaşamak için ne kadar zayıf ise o kadar daha fazla çabalaması gerekmektedir.³³⁰ Bu görüş kişilerden azalmış kusur yeteneği nedeniyle zaten yapamayacakları bir şeyi istediği için eleştirilmiştir.³³¹

Aşağıdaki durumların söz konusu olması halinde failin davranışlarını yönlendirme (kontrol) yeteneğinin adli olarak önemli derecede azalmış olduğu üzerinde tartışılabilir.³³²

1. Suç öncesindeki zamanda ihtilaf türünde gelişimin ciddileşmesi ve duygusal zayıflama ve öncesinde uzun süreyle süren dinamik dürtü çaresizliği;

2. Sosyal olarak oldukça fazla kontrol edilen durumlarda da fiili gerçekleştirme;

³²⁸ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 910, 452.

³²⁹ Teori için detaylı bilgi için bkz. Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 400ff.

³³⁰ Yıldız, *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı*, 400.

³³¹ Roxin, *Allgemeiner Teil Band I*, 907.

³³² Boetticher et. al., “Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten,” 62; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 908, 451-452; Nedopil, *Forensische Psychiatrie*, 205.

3. Fiili, ani, dürtüsel olarak gerçekleştirme; ancak parafil nitelikte olan ve öncesinde (örneğin fantezide) “sahneye konulmuş olan” bir senaryonun mevcudiyeti, kusur yeteneğinin azalması konusunda³³³ kesin bir dışlama kriteri değildir, eğer bu senaryo md. 2 altında tanılanmış parafiliye (parafililere) uygunsuz ve gittikçe ilerlediği kanıtlanabiliyorsa;

4. Arkaik-bozucu gidişat ve ritüel etkili seyir (fiilin gerçekleştirilmesi) ve dış uyaranların devre dışı bırakıldığına dair işaretler;

5. Duruma göre üst üste geldiğinde kusur yeteneğinin ciddi oranda azalmasına³³⁴ neden olabilecek durumsal etkenler (örneğin alkol zehirlenmesi, kişilik bozukluğu, sınırlı zekâ).

Özellikle pedofili için bu listeye **bilirkişi raporlarının nicel olarak değerlendirilmesi** sonucu şu hususun eklenebileceği belirtilmektedir:³³⁵ Sosyal olarak uyum sağlamış suçlularda, beyinde organik bozulma görünümüleri ve durumsal etken (konstellatif faktör) olarak alkol tüketimi, failin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olumsuz yönde etkilenmesinin nedeni olarak kabul edilmiştir; buna karşın daha genç faillerde ise zekâ geriliği. Bu ölçüde dikkate alınması gereken şu ki burada söz konusu olan bilirkişilerin değerlendirme kriterlerinin niceleştirilmesidir, kusur yeteneği defektlerinin “objektif” olarak tarif edilmesi söz konusu değildir.³³⁶

³³³ Failin davranışlarını yönlendirme/kontrol etme yeteneğinin azalması sonucunun bulunmadığı yönünde.

³³⁴ Failin davranışlarını yönlendirme/kontrol etme yeteneğinin ciddi oranda azalmasına neden olabilecek.

³³⁵ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 908, 452.

³³⁶ Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, kn. 908, 452.

Kanımızca TCK m.32’de kusur yeteneğinin bulunmadığı ya da azalmış kusur yeteneğinin bulunduğu durumlar için oluşturulan eşik değerler yerinde değildir. TCK m.32/1’de akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin ortadan kalkmış sayılabilmesi için, failin “fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış” olması hali düzenlenmiştir. Böylece akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği hali (TCK m.32/2), “fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği”nin “önemli” olmayan herhangi bir derecede olumsuz etkilenmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Bu şekilde kusur yeteneğine etki etmemesi gereken, tüm suçlularda bulunabilecek önemli olmayan boyuttaki zihinsel bozukluklar azalmış kusur yeteneğine yol açabilecektir. Cinsel sapma teşkil eden bozukluklarının failin kusur yeteneğine etki edebilmesi için, failin fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede etki etmesi gerekmektedir. Zira kişi cinsel sapma bozukluğuna sahip olmakla birlikte hukuka uygun davranmakta “normal” kişilerden daha fazla zorlanmış olabilecektir. Ancak bu zorlanmanın önemli derecede olmayan boyuttaki şekillerinin cezaya indirim şeklinde yansıtılmaması gerekmektedir.

Sonuç olarak cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozukluklarda adli olayların psikiyatrideki parafili tanımlamalarına etkisi de dikkate alındığında, parafillerin kusur yeteneğine etkisi konusunda istismara açık bir yönün bulunduğu söylenebilecektir. Ancak kusura dayalı ceza hukuku sisteminin geçerli olduğu hukuk devletinde ahlaki değerlendirmeler ile kusur yeteneği hakkında karar verilemeyeceği açıktır. Bu nedenle cinsel sapma zihinsel bozukluğuna (parafili) sahip failin gerçekleştirmiş olduğu fiillerde kusur yeteneği değerlendirmesinde güncel tıbbi veriler ışığında, hukuki değerlendirmenin somut olaya özgü olarak titizlikle yapılması gerekmektedir. Çalışmanın önceki bölümlerinde belirtildiği üzere burada kusur kavramının toplumsal yönünün de ortaya çıkacağı muhakkaktır. Bir kişinin

kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı ya da bulunuyorsa azaltılmış olarak kabul edilip edilmeyeceği, hukuka uygun davranışı sergileme konusunda toplumu oluşturan bireylerden hangi özelliklerin ve yeteneklerin ne derecede beklendiği ile ilgili bir konudur. Bu konuda korunan hukuki değerlerin de ön planda olması gerekmektedir. Örneğin teşhircilik cinsel sapma bozukluğuna sahip olan bir kişiden cinsel organını teşhir etmeme beklentisi ile pedofili cinsel sapma bozukluğuna sahip olan bir kişiden çocukların cinsel istismarına yol açacak davranışları gerçekleştirmeme beklentisi arasında bir farklılık yaratılabilecektir. Suç ve suçla korunan hukuki değer ne kadar önemli ise, kişiden dürtülerini kontrol etme beklentisi de o kadar yüksek olacaktır.

SONUÇ

Bir kişinin cinsel anlamda karşı koyulamayan şiddetli anormal arzularını ifade eden cinsel yönelim bozuklukları (cinsel sapma bozuklukları/parafilik bozukluklar) psikiyatri alanında olduğu gibi ceza hukuku alanında da tartışılmaktadır. Bu tartışmalar özellikle cinsel alanda “normal” ve “anormal” arasındaki sınırın nasıl belirleneceği, hangi davranışların hastalıklı kabul edileceği, şayet hastalıklı kabul edilirse bu bozukluklara sahip olan failerin kusur yeteneğinin nasıl belirleneceği noktalarında yoğunlaşmaktadır.

Uluslararası tanı ölçütleri ve zihinsel bozuklukların sınıflandırmasında kullanılan ICD-10 ve DSM-5 kitaplarında farklı isimlendirmelerle yer alıyor olsalar da, cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozuklukların başlıcaları; teşhircilik, fetişizm, frottörizm (sürtünmecilik), pedofili, sadomazoşizm, voyerim (gözetlemecilik) ve tanımlanmış diğer parafilik bozuklar (Örn. ölüsevicilik) olarak belirtilebilir. Öncelikle hangi cinsel davranış sapmasının kriminolojik ve hukuki açıdan öneme sahip olduğu

konusu, bir bireyin kendinde neyi normal, anormal, uygun ya da itici olarak kabul ettiğine bakılmaksızın geçerli ceza hukuku normları göz önüne alınarak belirlenecektir. Bu nedenle konunun tıbbi yönünün bulunduğu gibi, adli psikiyatri, hukuki dolayısıyla toplumsal yönlerinin de bulunduğu söylenmelidir.

Söz konusu cinsel sapma zihinsel bozuklukların etkisiyle gerçekleştirilen fiiller, ceza hukukunda korunan çeşitli hukuki değerleri ihlal edebilmektedir. Bu bozukluklara sahip failin gerçekleştirmiş olduğu fiillerde bozukluğun türüne göre, başta cinsel özerklik ve çocukların korunması olmak üzere, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, ölmüş kişilerin hatırasına saygı duyulması, yaşam hakkı, bedensel bütünlük, mülkiyet hakkı gibi değişik korunan değerler ihlal edilebilmektedir.

Ceza hukukunda toplum içinde sosyal barışın bozulmasına neden olabilecek söz konusu fiillerin, cinsel bozukluk etkisiyle işlenmesi durumunda, failin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa bunun kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu belirlemede ceza hukukunda ön planda olan konular “kusurluluk” ve “kusur yeteneği”dir. Modern ceza hukuku sistemlerinde bir kişinin gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle hukuki anlamda “kınanması” ve kişi hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilmesi için, tek başına fiilin gerçekleştirilmiş olması yetmemekte aynı zamanda failin “kusurlu” olarak kabul edilebilmesi de gerekmektedir. Bir kişinin kusurlu olarak davranabilmesi için onda birtakım özelliklerin bulunması gerekmektedir. Bu özellikleri ifade eden kavram ise “kusur yeteneği” kavramıdır.

Cinsel sapma teşkil eden zihinsel bozuklukların etkisi ile suç teşkil eden bir fiili işleyen kişinin kusur yeteneğinin tartışılmasında öncelikle herhangi bir hastalığa sahip olmayan bir kişinin hangi gerekçeyle ve ne şekilde “kusurlu” sayıldığıının belirtilmesi gerekmektedir. Zira “normal” bir kişinin hangi gerekçeyle “kusurlu” sayılabildiği hususu, cinsel bozukluk

nedeniyle “kusursuz” sayılma ya da azalmış bir “kusur” çerçevesinde cezalandırma bakımından belirleyici niteliktedir. Kusur kınamasının konusu, failin hukuka aykırı fiilinde sergilediği, hukuk düzeninin kendisinden beklediği davranış beklentilerinin boşa çıkmış olmasını gösterir tutumudur. Kusur kınamasının içsel meşruluğu, insanın özgürce kendi davranış biçimini tayin edebilme yeteneği ile donatılmış olmasıdır. Bu anlamda kişilerin zihinsel, ahlakî olgunluğa sahip olduğunda, hukuk normlarını ihlal edip etmemek konusunda sınındığı durumlarda hukuku ihlal eden davranıştan kaçınmak konusunda yeteneğinin bulunduğu varsayılmıştır. Kusur ile faile karşı, gerçekleştirmemesine imkân olduğu halde, yine de hukuka aykırı fiili gerçekleştirdiği yönünde kişisel isnatta bulunmaktadır. Bu noktada failin yeteneklerinin mi, yoksa toplumu oluşturan bireylerin “ortalama yetenekleri”nin mi referans alınacağı önem arz etmektedir. Kanımızca kusur kavramının toplumsal nitelikte olması ve geçmiş dönemde bir kişinin irade özgürlüğüne sahip olup olmadığının belirlenmesi konusu bilimsel olarak tespiti kapalı olduğundan pragmatik sosyal kusur anlayışının kabul edilmesi gerekmektedir.

Pragmatik sosyal kusur teorisi, geçmiş bir zaman diliminde bizzat failin bulunduğu farklı bir şekilde davranabilip davranamayacağı ile ilgilenmemektedir. Zira bu sorun determinizm-indeterminizm problemi çerçevesinde irade özgürlüğü sorununu içermektedir. Bu konuda ne psikiyatri bilirkişisi ne de hakim bir yargıya varamaz. Pragmatik sosyal kusur teorisine göre, failin içinde bulunduğu durumda ortalama yeteneklere sahip, kınanma için ölçüt alınacak genel bir kişiden hukuka aykırı olmayan davranışın beklenebilir beklenemeyeceğinin sorgulanması gerekmektedir. Ceza hukukundaki kınama için ortalama yeteneklerin fail tarafından kullanılmadığı iddiası, sadece normal koşullar altında

vatandaştan beklenebilecek davranışın gerisinde kalmayı kapsamaktadır. Pragmatik sosyal kusur teorisi, failin somut durumda bulunduğu farklı şekilde hareket etme özgürlüğünün ispatının yapılamaması nedeniyle kabul edilmiş bir teoridir. Nitekim geçmiş bir zaman diliminde bir kişinin bulunduğu farklı şekilde davranabilip davranamayacağı hususu, özünde kişinin irade özgürlüğünün bulunup bulunmaması sorusuna bağlı olduğundan, bilimsel tespite kapalıdır. Pragmatik sosyal kusur teorisi, failin bireysel yetisine değil de, “tecrübeye göre ortalama bir insanın yetisine”, yani “çoğu insanın” yetisine dayanarak bu sonuçtan kaçma çabasındadır. O zaman “bireye karşı kusur isnadı” şöyle formüle edilmektedir: Failin bulunduğu durumda, tecrübelerimize göre, eşdeğer vakalarda onun yerinde bir başkası olsaydı, eylemi gerçekleştirirken failde muhtemelen eksik olan irade gücü çabasında bulunduğu, somut koşullar altında failin bulunduğu eylemden başka türlü davranabilirdi. Sosyal-kıyaslamacı kusur teorisi, başka türlü davranabilmenin reel-ampirik olanağını, eylemi gerçekleştiren fail yerine “ölçüye uygun bir insanı” koyarak ve onun yeteneklerini, “kıyaslamacı bir muhakeme” yardımıyla eylemi gerçekleştiren failin yetenekleriyle kıyaslamakta ve adlî olarak ölçülebilir bir şekilde dönüştürmektedir.

Cinsel sapma bozukluklarının etkisiyle işlenen suçlarda failin kusur yeteneği hakkında karar verilebilmesi için mahkemenin adli psikiyatri bilirkişisi görevlendirmesi gerekmektedir. Nitekim bu konu çözümü teknik ve uzmanlık gerektiren bir konuyu içinde barındırmaktadır. Adli psikiyatri bilirkişisi failin kişiliğini, motivasyonunu inceleyecek ve bozukluğun fiil oluşumuna ne şekilde etki etmiş olduğunu değerlendirecektir. Bu şekilde bozukluğun etkisiyle failin “normal” den ne ölçüde saptığı hakkında görüş bildirmesi gerekmektedir. Adli psikiyatri bilirkişisinin değerlendirmeleri mahkeme tarafından normatif (hukuki) düzleme aktarılarak failin kusur yeteneği konusunda bir karara varılacaktır.

Cinsel sapma sonucu suç işleyen kişilerin değerlendirilmesinde, sadece davranış olgusunu takip etmek yeterli değildir. Bu konuda esas olan sapkın cinsel davranışların kişinin yaşamındaki önemini araştırmak ve göstermektir. Eylemin gerçekleştirilmiş olması, tek başına failin kusur yeteneğinin (cezai ehliyetinin) olumsuz etkilenmiş olduğuna dair yeterli bir gösterge değildir. Aynı şekilde failde sadece cinsel sapma bozukluğunun teşhis edilmiş olması, ilgili kişinin cinsel eylemlerini uygularken kusur yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olduğu anlamına gelmemektedir.

Cinsel davranış bozukluklarında kural olarak failin fiil ile ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin TCK m.32'de belirtilen derecede olumsuz etki edip etmediği araştırılmaktadır. Bu kişilerin gerçekleştirmiş oldukları fiillerin haksızlık teşkil ettiği konusunda alguları tamdır (haksızlık bilinci). Bu bozukluklarda esasen dürtülerin karşı konulamaz olup olmadıkları, dürtülerin kişiyi davranış boyutuna geçmeye itip itmediği değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme TCK m.32'de failin davranışlarını yönlendirme yeteneği ile ifade edilmiştir.

TCK m.32'de kusur yeteneğinin bulunmadığı ya da azalmış kusur yeteneğinin bulunduğu durumlar için oluşturulan eşik değerlerin yerinde olmadığı söylenebilecektir. TCK m.32/1'de akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin ortadan kalkmış sayılabilmesi için, failin *"fille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış"* olması hali düzenlenmiştir. Böylece akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği hali (TCK m.32/2), *"fille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği"* nin *"önemli"* olmayan herhangi bir derecede olumsuz etkilenmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Bu şekilde kusur yeteneğine etki etmemesi gereken, tüm suçlularda bulunabilecek önemli olmayan boyuttaki zihinsel bozukluklar azalmış kusur yeteneğine yol açabilecektir. Kanımızca cinsel

sapma teşkil eden bozukluklarının failin kusur yeteneğine etki edebilmesi için, failin fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede olumsuz etkilemesi gerekmektedir. Zira kişi cinsel sapma bozukluğuna sahip olmakla birlikte hukuka uygun davranmakta “normal” kişilerden ciddi derecede daha fazla zorlanmış olmalıdır. Bu zorlanmanın önemli derecede olmayan boyuttaki halinin cezaya indirim şeklinde yansıtılmaması gerekmektedir. Oysa TCK m.32/2’ye göre bu gibi durumlarda da azalmış kusur yeteneği olduğundan bahisle cezada indirim gündeme gelebilecektir.

Cinsel sapma bozukluklarının kusur yeteneğine etkisi konusunda adli istismara açık bir yönün bulunduğu söylenebilecektir. Ancak kusura dayalı ceza hukuku sisteminin geçerli olduğu hukuk devletinde ahlaki değerlendirmeler ile kusur yeteneği hakkında karar verilemeyeceği açıktır. Bu nedenle cinsel sapma zihinsel bozukluğuna sahip failin gerçekleştirmiş olduğu fiillerde kusur yeteneği değerlendirmesi yapılırken hukuki değerlendirmenin adli psikiyatri bilirkişisinin güncel tıbbi veriler ışığında yaptığı değerlendirmeleri eşliğinde, somut olaya özgü olarak titizlikle yapılması gerekmektedir. Burada kusur kavramının toplumsal yönünün de ön plana çıktığı söylenebilmektedir. Bir kişinin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı ya da bulunuyorsa azaltılmış olarak kabul edilip edilmeyeceği, hukuka uygun davranışı sergileme konusunda toplumu oluşturan bireylerden hangi özelliklerin ve yeteneklerin ne derecede beklendiği ile ilgili bir konudur. Bu konuda korunan hukuki değerlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin çocukların cinsel istismarını sonuçlayan pedofili bozukluğu ile bir nesnenin çalınmasını sonuçlayan fetişist bozukluğu arasında failden normu ihlal etmeme beklentisi aynı olmamaktadır. Bu anlamda suç ve suçla korunan hukuki değer ne kadar önemli ise, kişiden dürtülerini kontrol etme beklentisi de o kadar yüksek olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author did not indicate whether he received financial support for this study.

Conflict of Interest: The author has not stated whether there is a conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author did not specify whether ethics committee approval is required.

KAYNAKÇA

- Akduman, İrem ve Gökhan Oral. "Pedofili Kavramına Kuramsal Yaklaşımlar." *Adli Psikiyatri Dergisi* 2, no: 4 (2005): 15-19.
- American Psychiatric Association (APA). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. Washington: American Psychiatric Publishing, 2013.
- Amerikan Psikiyatri Birliği. *DSM-5 Tanı Ölçütleri: Başvuru Elkitabı*. Çev. Prof. Dr. Ertuğrul Köroğlu. Ankara: Hekimler Yayın Birliği HYB Yayıncılık, 2014.
- Aral, Armağan ve Gökçe Nur Say. "Çocuk Pornografisine Yönelik Sınırlı İlgi Örüntüsü mü? Pedofili mi?" *Türk Psikiyatri Dergisi* 27, Güz (2016): 111.
- Bağın, Ünsal ve Çiçek Hocoaoğlu. "Az Bilinen Bir Konu 'Telefon Skatolojisi': Bir Olgu Sunumu." *Journal of Mood Disorders (JMOOD)* 7, no: 2 (2017): 131-135.
- Boetticher, Axel, Norbert Nedopil, Hartmut A.G Bosinski ve Henning Saß. "Mindestanforderungen für Schuldfähigkeitsgutachten." *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (2005): 57-62.
- Bozkurt, Ali ve Zeynep Gülçat. "Parafililer." *İç. Psikiyatri Temel Kitabı*. Editör Prof. Dr. Ertuğrul Köroğlu ve Prof. Dr. Cengiz Güleç. 433-436. Ankara: HYB Basım Yayın, 2007.
- Briken, Peer. "Paraphile Störungen und Sexualdelinquenz, Geschlechtsinkongruenz/-dysphorie und sexuelle Funktionsstörungen." *İç. Psychiatrische Begutachtung: Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen*. Editör Harald Dreßig ve Elmar Habermeyer. 338-364. Münih: Elsevier Urban & Fischer Yayınevi, 2021.
- Çervatoğlu Geyran, Pakize Füsün Özdemir ve Niyazi Uygur. "Teşhircilik'te Ceza Ehliyeti." *Düşünen Adam Dergisi* 7, no: 3 (1994): 25-29.

- Çetin, Fatih Hilmi, Şahnur Şener, Elvan İşeri ve Hande Ayraller Taner. "Zekâ Geriliğine Bağlı Uygunsuz Cinsel Arayışlar veya Transvestik Fetişizm: Bir Olgu Sunumu." *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 16, (2015): 454-457.
- Çıkrıkçılı, Uğur, Barış Sancak, Emine Füsün Özdemir ve Ahmet Türkcan. "Bir Egzibisyonizm Olgusunun Adli Psikiyatri Açısından Değerlendirilmesi-Olgusu Sunumu." *Türk Psikiyatri Dergisi* 27, Güz (2016): 112.
- Davison, Gerald C. ve John M. Neale. *Anormal Psikolojisi (Abnormal Psychology)*. Çeviri Editörü: İhsan Dağ. Ankara: Türk Psikologlar Derneği Yayınları, 2004.
- Duman, Nesrin. "Parafililer ve DSM'lerdeki Seyri." *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 9, no: 16, Yıl. 8 Aralık (2018): 1285-1306 .
- Enz, Bettina. *Verminderte Schuldfähigkeit im deutschen und US-amerikanischen Strafrecht*. Berlin: Nomos Yayınevi, 2015.
- Erdoğan, Ayten. "Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi." *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar Dergisi* 2, no: 2 (2010): 132-160.
- Ertekin, Hülya, Hatice Yardım Özayhan, İbrahim Eren ve Yusuf Haydar Ertekin. "Fetişizm ve Voyörizm Birlikteliği: Bir Olgu Sunumu." *Türk Aile Hekimliği Dergisi* 17, no: 2 (2013): 70-72.
- Evrensel, Alper ve Aytakin Özşahin. "Bir Olgu Nedeniyle Pedofilinin Adli Psikiyatrik Yönü." *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 15, no: ek sayı 1 (2014): 43-47.
- Geçtan, Engin. *Psikodinamik Psikiyatri ve Normaldışı Davranışlar*. İstanbul: Metis Yayıncılık, 1997.
- Giese, Hans. *Psychopathologie der Sexualität (in Verbindung mit Viktor Emil von Gebattel)*. Stuttgart: Enke Yayınevi, 1962.
- Haller, Reinhard. *Das psychiatrische Gutachten: Grundriss der Psychiatrie für Juristen, Sozialarbeiter, Soziologen, Justizbeamte,*

- Psychotherapeuten, gutachterlich tätige Ärzte und Psychologen.* Wien: Manzschke Yayın ve Üniversite Kitabevi, 2008.
- İncesu, Cem. "Cinsel İşlevler ve Cinsel İşlev Bozuklukları." *Klinik Psikiyatri Dergisi* 7, no: 3 (2004): 3-13.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch.* Berlin: Walter de Gruyter Yayınevi, 1991.
- Kaplan, Harold I. ve Benjamin J. Sadock. *Klinik Psikiyatri.* Çev. Ed. Prof. Dr. Ercan Abay. İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri, 2004.
- Kılıç, Özge ve İbrahim Balcıoğlu. "Seri Cinayet ve Cinsel Sadizm." *Adli Tıp Dergisi* 27, no: 1 (2013): 55-63.
- Nedopil, Norbert. *Forensische Psychiatrie: Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht.* Stuttgart: Georg Thieme Yayınevi, 2007.
- Özcan, Sevilay, Lut Tamam ve Ayşe Soydan. "Bipolar Bozukluk ve Transseksüalite: İki Olgu Sunumu." *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 13, no: 4 (2012): 310-312.
- Pfäfflin, Friedemann. "Sexualstraftaten." İç: Ulrich Venzlaff ve Klaus Foerster. *Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen.* 329-360. Münih: Elsevier Urban & Fischer Yayınevi, 2009.
- Rasch, Wilfried ve Norbert Konrad. *Forensische Psychiatrie.* Stuttgart: W. Kohlhammer Yayınevi, 2004.
- Roxin, Claus. *Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre.* Münih: C. H. Beck Yayınevi, 2006.
- Schiemann, Anja. *Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen: Verstoß der §§ 20, 21 StGB gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG.* Berlin: Lit Yayınevi, 2012.
- Schöch, Heinz. "Die Schuldfähigkeit." İç. *Handbuch der Forensischen Psychiatrie Band 1: Strafrechtliche Grundlagen der Forensischen Psychiatrie.* 92-158. Heidelberg: Steinkopff Yayınevi, 2007.

- Schreiber, Hans-Ludwig ve Henning Rosenau. "Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung." İç. *Psychiatrische Begutachtung: Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen*. Editör Harald Dreßig ve Elmar Habermeyer. 90-152. Münih: Elsevier Urban & Fischer Yayınevi, 2015.
- Storr, Anthony. Cinsel Sapmalar. Çeviren Kemal Bek, İstanbul: Yılmaz Yayınları, 1992.
- Streng, Franz. *Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*. Stuttgart: W. Kohlhammer Yayınevi, 2012.
- Tetik, Sinan ve Koray Başar. "Gözetlemecilik Yakınması İle Başvuran Bir Erkek Eşcinselin Tanı ve Tedavi Süreci: Olgu Sunumu." *Kriz Dergisi* 22, no: 1 (2014): 33-39.
- Verrel, Torsten, Alexander Linke ve Johannes Koranyi. *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar 2. Band*. Editör Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönnau ve Wilhelm Schluckebier. Berlin: De Gruyter Yayınevi, 2021.
- Vetter, Brigitte. *Psychiatrie: Ein systematisches Lehrbuch*. Stuttgart: Schattauer Yayınevi, 2007.
- World Health Organization (WHO). *The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Clinical descriptions and diagnostic guidelines*. Cenevre: Dünya Sağlık Örgütü Yayını, 1992.
- Yıldız, Mehmet Emre. *Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Zengin Eroğlu, Meliha, Mecit Çalışkan ve Elif Topbaş. "Mani ile İlişkili Zoofili: Olgu Sunumu." *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 16, no: 2 (2015): 146-149.

UYDU GÖRÜNTÜLERİNİN ULUSLARARASI ADALET DİVANİ ÖNÜNDE KANIT OLARAK KULLANILMASI

*The Use of Satellite Imagery as Evidence before the
International Court of Justice*

Tuğrul ÇAKIR*

Öz


Uzaktan algılama uyduları tarafından elde edilen verilerin kullanım alanı gün geçtikçe artmaktadır. Son dönemde, bu verilere özellikle ulusal ve uluslararası mahkemelerin yargılama sürecinde kanıt olarak başvurulmaya başlanmıştır. Uzaktan algılama uydusu tarafından elde edilen ham verinin işlenmesinden son ürün olana kadarki süreçte birçok insan/bilgisayar müdahalesi bulunmaktadır. Bu nedenle, uydu verilerinin güvenilirliği önemli bir mesele oluşturmaktadır. Bu çalışma Uluslararası Adalet Divanı önündeki davalarda uydu verilerinin kanıt olarak nasıl bir yer tuttuğu üzerine

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı), tcakir@ybu.edu.tr, ORCID: [0000-0002-9360-9098](https://orcid.org/0000-0002-9360-9098).

Makale Gönderim Tarihi/Received: 09.04.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 05.05.2022.

Atıf/Citation: Çakır, Tuğrul. "Uydu Görüntülerinin Uluslararası Adalet Divanı Önünde Kanıt Olarak Kullanılması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2022): 212-252.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

yoğunlaşacaktır. Bu bağlamda, uydu verilerinin kabul edilebilirlikleri ve kanıt değeri gibi meseleler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, Uzaktan Algılama Hukuku, Uzaktan Algılama Uydu Verisi, Kabul Edilebilirlik, Kanıt Değeri.

Abstract

The data obtained by remote sensing satellites are increasingly used in various fields. Recently, these data have been frequently used as evidence, especially in the proceedings of national and international courts. There are many human/computer interventions from the processing of the raw data obtained by the remote sensing satellite to the final product. Therefore, the main issue here is the reliability of satellite data. Within the scope of this study, we will focus on the practice of the International Court of Justice concerning satellite data as a mode of proof. In this context, issues such as the admissibility of satellite data and evidential weight in the Court proceedings will be discussed.

Keywords: International Court of Justice, Remote Sensing Law, Earth Observation Data, Admissibility, Evidential Weight.

GİRİŞ

Uzay faaliyetlerinde son yıllarda artan ticarileşmenin bir sonucu olarak telekomünikasyon ve navigasyon faaliyetleriyle birlikte en fazla ön plana çıkan faaliyet uydu bazlı uzaktan algılamadır.¹ Uydu bazlı uzaktan algılama Dünya üzerindeki

¹ Soğuk Savaş döneminden ticarileşmenin yoğunlaştığı günümüze kadarki süreçte uzaktan algılama alanında yaşanan dönüşüm için genel olarak bkz. Fabio Tronchetti, "Legal Aspects of Satellite Remote Sensing," İç. *Handbook of Space Law*, Ed. Frans von der Dunk ve Fabio Tronchetti (Cheltenham:

gelişen olaylar, nesnelere ve hareketlilikler hakkında hava bazlı uzaktan algılamaya kıyasla daha kapsamlı bir biçimde bilgi toplama ihtiyacından doğmuştur. Daha önceleri uzaktan algılama alanında esas itibarıyla askeri amaçlı kullanımlar ön plandayken bu alandaki teknolojik gelişmeler ve ticarileşme süreci sayesinde uydu görüntülerine ulaşmak daha kolay hale gelmiştir.² Günümüzde, uzaktan algılama uyduları³ tarafından elde edilen ve işlenen görüntülere haritacılıktan şehircilik faaliyetlerine tarımsal uygulamalardan çevrenin korunmasına felaket yönetiminden ulusal güvenliğe kadar birçok alanda başvurulmaktadır. Birbirinden farklı bu farklı alanlarda devletler politika belirlemede ve belirlenen politikaların hayata geçirilmesinde uydu verilerinden fazlasıyla istifade etmektedir.

Edward Elgar Publishing, 2015), 505-513. Uzaktan algılama sektöründe yaşanan liberalleşme süreciyle ilgili genel hatlarıyla bkz. Philippe Achilleas, "La Libéralisation des Activités de Télédétection," İç. *Le Droit de l'Espace et la Privatisation des Activités Spatiales*, (Paris: Pédone, 2003), 77-91. Uzaktan algılamanın sadece uydular vasıtasıyla (*satellite-based remote sensing*) yapılmadığını çeşitli hava araçları sayesinde de uzaktan algılamanın (*aerial remote sensing*) mümkün olduğunu hatırlatmak gerekir. Havadan uzaktan algılama hakkında genel olarak bkz. Francis Lyall ve Paul B. Larsen, *Space Law A Treatise* (Surrey: Ashgate, 2009), 415-418.

² Laurence Ravillon, "Espace Extra-Atmosphérique-Exploitation Commerciale de l'Espace Extra-Atmosphérique," *JurisClasseur Droit International*, (10 Ağustos 2015) para. 42 ve 60.

³ Uzaktan algılama uyduları genel olarak Kutupsal Yörünge'de (*Polar Orbit*) yaklaşık 500-900 kilometre arasında bir irtifada bulunur. Bu yörüngede bulunmanın en önemli avantajı güneşle eşzamanlılıktır (*Sun synchronicity*). Bu sayede, uydunun dünya üzerinde herhangi bir noktadan geçiş zamanı o yerin yerel zamanıyla aynı ana denk gelmekte ve uydu aynı oranda Güneş ışığına maruz kalmaktadır. Bu durum özellikle gölgelerin aynı yönde olması dolayısıyla aynı noktadan alınan farklı görüntülerin karşılaştırılmasını kolaylaştırmaktadır. Uzaktan algılama konusuna teknik bir bakış için bkz. Sheida Johnston, "Technical Introduction to Satellite EO," İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*, Ed. Ray Purdy ve Denise Leung (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 11-42 özellikle 13-16.

Uzaktan algılama verileri bu alanların dışında aynı zamanda uluslararası hukuk uygulaması bağlamında da büyük önem kazanmıştır. İlk olarak, uydu verilerine uluslararası antlaşmaların uygulanmasını kontrol etme amacıyla başvurulmaktadır.⁴ Bu noktada en fazla ön plana çıkan çevrenin korunması ve silahsızlanma/silah kontrolü alanlarındaki antlaşmalardır.⁵ İkinci olarak dikkat çekmek istediğimiz husus uydu verilerinin uluslararası mahkemelerin yargılama süreçlerinde kanıt olarak kullanılmasının yaygınlaşmasıdır.⁶ Bu bağlamda, uluslararası mahkeme olarak en fazla ön plana çıkan

⁴ Philippe Achilleas, "Le Cadre Juridique International de la Collecte et de la Distribution des Données de Télédétection," *Annuaire Français de Relations Internationales* XII, (2011): 15-16.

⁵ Silahsızlanma ilişkin antlaşmalar bağlamında gelişen uygulama hakkında bkz. Du Li, "La Télédétection par Satellite: Depuis des Considérations Juridiques Historiques au Rééquilibrage Moderne," İç. *Cinquante Ans de Droit de l'Espace*, Ed. Philippe Achilleas ve Stephan Hobe (Leiden: Brill Nijhoff, 2020), 359-360. Çevre hukuku bağlamındaki uygulama için bkz. Nicolas Peter, "The Use of Remote Sensing to Support the Application of Multilateral Environmental Agreements," *Space Policy*, no.20 (2004): 189-195.

⁶ Ulusal mahkemelerin yargılama süreçlerinde de uydu görüntülerine sıklıkla kanıt olarak başvurulmaktadır. Hiç şüphesiz ulusal düzeyde en gelişmiş olan Amerikan uygulamasıdır. Bu uygulamayla alakalı genel olarak bkz. Harald Ginzky, "Satellite Images as Evidence in Legal Proceedings relating to the Environnement – A US Perspective," *Air and Space Law* XXV, no.3, (2000): 114-128; Rwantissa Abeyratne, "Use of Satellite Imagery as Evidence at Pre Trial and Trial Hearings," *German Journal of Air and Space Law* 52, no.2, (2003): 232-235; Kenneth J. Markowitz, "Legal Challenges and Market Rewards to the Use and Acceptance of Remote Sensing and Digital Infotmation as Evidence," *Duke International Law and Policy Forum*, no.12 (2002): 243-261. Fransız mahkemeleri uygulaması hakkında bkz. Frederic Bouin, "Le Droit et les Images Satellites: Etat de la Preuve en Droit Français," *Droit et Ville*, 51 (2001): 21-35.

hiç şüphesiz Uluslararası Ceza Mahkemesi,⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁸ ve Uluslararası Adalet Divanı'dır. Uluslararası yargılama usullerinde kanıt değerlendirilmesi bağlamında farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu çalışma sadece Adalet Divanı uygulaması üzerine yoğunlaşacaktır. Bununla birlikte, ulusal düzeyde gelişen uygulamaya Divan'ın yaklaşımının daha kolay anlaşılması maksadıyla başvurulacaktır.

Divan önünde uydu görüntülerine ve uydu görüntülerinden elde edilen haritalara genel itibarıyla sınır uyuşmazlıkları ve deniz alanı sınırlandırmaları bağlamında başvurulmaktadır. Bununla birlikte, aşağıdaki örneklerden de görüleceği üzere, bu alanlarla sınırlı bir uygulama bulunmamaktadır. Bu çalışma kapsamında uydu verisi kavramından anlaşılması gereken yüksek çözünürlüklü fotoğraflar ve uzaktan algılama uydusu verisini temel alan dijital haritalardır. Aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere ham uydu verilerinin ilk işlenmelerinin ardından kullanıcıların beklentilerine göre veri geliştirilmektedir. Uydu

⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ilgili uygulaması hakkında bkz. Jordi Sandalinas, "Satellite Imagery and Its Use as Evidence in the Proceedings of the International Criminal Court," *German Journal of Air and Space Law* 64, no.4 (2015): 666-675; Eya David Macauley, "The Use of EO Technologies in Court by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court", İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*, Ed. Ray Purdy ve Denise Leung (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 217-240. Uluslararası Ceza Mahkemesi yargılama hukukuyla alakalı genel olarak bkz. Rona Aybay ve Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk* (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), 447-448.

⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili uygulaması hakkında bkz. Claudia Candelmo ve Valentina Nardone, "Satellite Evidence in Human Rights Cases: Merits and Shortcomings," *Peace Human Rights Governance* 1, no.1 (2017): 102-108.

görüntülerinden hareketle geliştirilen haritalar kullanıcıların beklentilerden sadece birisidir.

Uydu tarafından elde edilen ham görüntünün işlenmesinden son ürün haline gelene kadarki süreçte bu görüntü üzerinde birçok insan/bilgisayar müdahalesi gerçekleştiğini hatırlatmamız yerinde olacaktır. Bu müdahaleler dolayısıyla hata yapılma riskinin olduğunu ve uydu verileri üzerinde farklı yorumlamaların da ortaya çıkabileceğini söyleyebiliriz.⁹ Bu nedenle yargılama sürecinde başvurulacak uydu verilerinin güvenilirliklerinin temin edilmesi hususu büyük önem arz etmektedir. Bu çalışma kapsamında ele alacağımız mesele uydu verilerinin Divan önünde hangi koşullarda kanıt olarak kabul edildiği ve daha sonraki aşamada kanıt olarak taşıyacakları değer meselesidir. Çalışmamızda yanıt arayacağımız sorular şu şekilde sıralanabilir: Uydu verileri ne ölçüde güvenilir bir kanıttır? Uydu verileri tek başına bir savı desteklemek için yeterli olabilir mi? Verinin güvenilir bir kaynaktan temin edilmesinin kanıt değeri üzerinde bir etkisi var mıdır? Mahkemeye sunulacak uydu verilerinin hangi özellikleri taşımaları gerekmektedir? Uyuşmazlığın taraflarının herhangi bir uydu verisi üzerine farklı yorum getirmelerinin hukuki yansıması nedir? Hakimlerin teknik konularda zayıf olduğu varsayıldığında bilirkişiler kanıt değerlendirilmesi sürecinde nasıl bir rol oynayabilir?

Bu bağlamda, ilk olarak dijital kanıt değeri taşıyan uydu verilerinin genel özellikleri ve bu özelliklerin yargılama sürecine etkileri üzerine yoğunlaşacağız (I). Daha sonraki aşamada Divan önünde takip edilen yargılama usulünde uydu verilerinin kanıt

⁹ Ray Purdy, "Pulling the Threads Together and Moving Forward," İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*, Ed. Ray Purdy ve Denise Leung (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 409-410; Atsuyo Ito, *Legal Aspect of Satellite Remote Sensing* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), 144; Bouin, "Le Droit et les Images Satellites: Etat de la Preuve en Droit Français," 27-28.

olarak nasıl değerlendirildiğini vaka analizleri ışığında ele alacağız (II).

I. Uydu Verilerinin Dijital Bir Kanıt Olarak Genel Özellikleri

A. Uydu Verilerinin 1986 Tarihli Birleşmiş Milletler Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi

1967 tarihli Uzay Antlaşması¹⁰ uzay uygulamalarından birisi olan uzaktan algılama faaliyetlerinin genel hukuki çerçevesini oluşturmaktadır. Bu faaliyetler, Antlaşma'nın birinci maddesinde ortaya konan uzay özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir.¹¹ Uzaktan uygulama faaliyetleri özelinde bağlayıcı niteliğe sahip uluslararası bir kaynak bulunmamaktadır.¹² Bununla birlikte, bağlayıcılığı olmayan 3 Aralık 1986 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı uzaktan algılama hukukunun en önemli kaynağını oluşturmaktadır.¹³ Her ne kadar karar bütünüyle bağlayıcı

¹⁰ Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma, İmza Tarihi: 27 Ocak 1967, Yürürlük Tarihi: 10 Ekim 1967.

¹¹ Li, "La Télédétection par Satellite: Depuis des Considérations Juridiques Historiques au Rééquilibrage Moderne," 344-345.

¹² Uzaktan algılama alanına ilişkin spesifik bir sözleşme yapılması her ne kadar kimi devletler tarafından dillendirilse de şu ana kadar somut bir sonuç vermemiştir. Sergio Marchisio, "Le Régime Juridique de la Télédétection," İç. *Droit de l'Espace: Télécommunication – Observation – Navigation – Défense – Exploration*, Ed. Philippe Achilleas (Bruxelles: Larcier, 2009), 162.

¹³ Dünya'nın Uzaydan Uzaktan Algılamasına İlişkin Genel İlkeler, 3 Aralık 1986 tarihli 41/65 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı. Karar metninin Türkçesi için bkz. Merve Erdem, *Uzayın ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2014), 235-238. Hazırlanış sürecinde ana çatışma noktasını uzaktan algılama serbestisi ve uzaktan algılanan ülkelerin egemenliği arasında denge bulma çabası oluşturmuştur. Kararla

olmasa da içerdiği bazı ilkelerin örf adet hukuku değeri taşıdığı kabul edilmektedir.¹⁴ Bu kararda uzaktan algılama faaliyetlerinin bütün ülkelerin menfaatine ve uluslararası hukuka uygun olarak yapılması gerektiği belirtilmiş ve özellikle de uzaktan algılanan ülkelerin kendi yetki alanlarını ilgilendiren verilere hangi koşullarda ulaşabileceği meselesi ele alınmıştır.¹⁵

Kararın birinci maddesinde çalışmamız açısından büyük öneme sahip bazı teknik kavramların tanımı yapılmıştır:

Birincil veri (*primary data/données primaires*): Bir uzay cismine yerleştirilen sensörler tarafından toplanan ve elektromanyetik sinyaller, fotoğraf filmi, manyetik bant veya diğer herhangi bir şekilde telemetri yoluyla uzaydan yere iletilen brüt (ham) veri anlamına gelmektedir.

İşlenmiş veri (*processed data, données traitées*): Birincil verilerin kullanılabilir olması için gerekli olan birincil verilerin işlenmesi sonucu elde edilen ürünleri ifade etmektedir.

İlgili (hazırlanış süreci, uygulama alanı, görüş ayrılıkları vs.) genel olarak bkz. Claude-Albert Colliard, "Les Principes Régissant la Télédétection Spatiale," *Annuaire Français de Droit International*, 32 (1986): 697-714; Mireille Couston, *Droit Spatial Economique* (Paris: SIDES, 1993), 83- 86; Lesley Jane Smith ve Gina Petrovici, "Legal Aspects of Satellite Based Earth Observation – An Introduction," İç. *Satellite-Based Earth Observation, Trends and Challenges for Economy and Society*, Ed. Christian Brünner, (Cham: Springer, 2018), 176-178; Tronchetti, "Legal Aspects of Satellite Remote Sensing," 517-525; Ito, *Legal Aspect of Satellite Remote Sensing*, 45-66.

¹⁴ Marchisio, "Le Régime Juridique de la Télédétection," 145; Tugrul Cakir, "Les sources du droit de l'espace," İç. *Cinquante ans de droit de l'espace*, Ed. Philippe Achilleas ve Stephan Hobe, (Leiden: Brill Nijhoff, 2020), 119-120.

¹⁵ Devletler ve uluslararası örgütler tarafından geliştirilen veri dağıtım politikalarının hukuki değerlendirilmesiyle alakalı bkz. Li, "La Télédétection par Satellite: Depuis des Considérations Juridiques Historiques au Rééquilibrage Moderne," 360-373; Marchisio, "Le Régime Juridique de la Télédétection," 153-161.

Analiz edilmiş bilgi (*analysed information, informations analysées*): İşlenen verilerin yorumlanmasından, veri girdilerinden ve diğer kaynaklardan elde edilen bilgilerden hareketle elde edilen bilgileri ifade etmektedir.

Kısaca özetlemek gerekirse, uzaktan algılama sürecinde iki ana aşama bulunmaktadır: veri elde etme ve veri işleme (ön işleme ve işleme). İlk aşamada uzaktan algılama uydusu tarafından elde edilen ham görüntüler yer istasyonuna iletilir.¹⁶ Daha sonraki aşamada bu görüntüler ön işleme sürecinden geçirilir. Burada yapılan işlemin amacı özellikle atmosferik, radyometrik ve geometrik düzeltmeleri yapmaktır nitekim ham verinin tek başına görsel açıdan bilgilendirici değeri bulunmamaktadır.¹⁷ Ön işleme sürecinin sonunda, farklı alanlardaki kullanıcıların beklentisine uygun olarak, dijital formata taşınmış olan verinin belirli özellikleri geliştirilerek son veri haline getirilir ve kullanıcılara dağıtımcular tarafından ulaştırılır (son kullanıcılar devletler olabileceği gibi özel girişimler de olabilir).

Sonuç olarak, uydu verisi son ürün haline gelene kadarki süreçte birçok müdahaleye maruz kalmaktadır. İşleme sürecinin farklı kademelerinde veriye yapılan müdahaleler özeldir ve

¹⁶ Ham veriden son verinin oluşturulmasına kadar olan veri sağlama zinciri hakkında genel olarak Ravillon, "Espace Extra-Atmosphérique-Exploitation Commerciale de l'Espace Extra-Atmosphérique," para. 47; Tronchetti, "Legal Aspects of Satellite Remote Sensing," 504 ve 512; Ginzky, "Satellite Images as Evidence in Legal Proceedings relating to the Environnement – A US Perspective," 115; Marchisio, "Le Régime Juridique de la Télédétection," 143-144; Maureen Williams, "Satellite Evidence in International Institutions," İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*, Ed. Ray Purdy ve Denise Leung (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 200-201. Veri işleme ve analizinin teknik süreciyle ilgili genel olarak bkz. Ray Harris, "Science, Policy and Evidence in EO," İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*, Ed. Ray Purdy ve Denise Leung, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 58-60.

¹⁷ Williams, "Satellite Evidence in International Institutions," 200.

gayet tabidir ki insan hatası da içerebilir. Bu durum uydu verilerinin kanıt olarak kabul edilebilirliğini sınırlandırmakta ve kanıt değerlerini azaltmaktadır. Bu nedenle uydu verilerinin güvenilirliğini tesis etmek bir gereklilik halini almıştır. Bu husus, ulusal yargılama süreçlerindeki kanıt değerlendirme süreci bağlamında büyük önem arz etmektedir. Uydu verilerinin ulusal yargılama sürecindeki yerini ele almak daha sonradan görüleceği üzere Divan tarafından yapılan değerlendirmenin anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

B. Uydu Verilerinin Ulusal Yargılama Süreçleri Bağlamında Değerlendirilmesi

Londra Uzay Politikaları ve Hukuku Merkezi tarafından hazırlanan raporda uzaktan algılama verisinin üç özelliği üzerinde durulmaktadır:¹⁸

- Uzaktan algılama verisi teknik bir kanıttır ve dijital veriye dayanır;
- Uydu verisi yukarıda bahsedildiği üzere işleme sürecinden geçmektedir ve kanıt değerine sahip olan ham veri değil işlenmiş veridir;
- Uydu verisinin toplanması, iletilmesi, depolanması, işlenmesi ve yayılması elektronik ortamda gerçekleştirilir.

Uydu verileri elektronik bir kanıt olarak kabul edilmektedir. Elektronik kanıt genel olarak herhangi bir cihaz, bilgisayar veya bilgisayar sistemi tarafından yaratılan, değiştirilebilen, arşivlenen ve yargılama sürecinde kullanılan veri şeklinde

¹⁸ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, ESA-ISPL/EO 76/final, Final Report (2012), 17. Raporun hazırlanmasında genel olarak dikkate alınan hukuk İngiliz hukukudur. London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 12.

tanımlanabilir.¹⁹ Elektronik kanıt analog ve dijital olmak üzere iki formattadır ve dijital format analog formata nazaran çok daha kolaylıkla değiştirilmektedir.²⁰ Dijital veri birçok kaynaktan elde edilebilir, bu verilere açık kaynaklardan olabileceği gibi sınırlı erişim vasıtasıyla ulaşılması da mümkündür.

Bu bağlamda, uydu verilerinin kabul edilebilirliği meselesi büyük önem arz etmektedir. Kabul edilebilirlik bir kanıtın yargılama sürecine dahil edilmesiyle alakalı olup kuralları ülkeden ülkeye değişim göstermektedir. Kabul edilebilirlikle amaçlanan genel olarak olgularla ilgili hatalı sonuçlara varma riskini azaltmaktır.²¹ Dolayısıyla, kabul edilebilirlik meselesi kanıtın uyumsuzluk konusuyla alakalı olmasına ve güvenilirliğine bağlıdır.²² Güvenilirliğin tesis edilmesi verinin nasıl elde edildiği, işlendiği ve yorumlandığının kontrol edilebilir olmasıyla mümkündür.²³ Londra raporunda, uydu verisinin ulusal mahkemeler önünde kabul edilebilirliğine ilişkin esaslı faktörler şu şekilde sıralanmaktadır:²⁴

¹⁹ Stephen Mason, *International Electronic Evidence* (London: British Institute of International and Comparative Law, 2008), 5.

²⁰ Mason, *International Electronic Evidence*, 5-6.

²¹ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 11. Ronald J. Rychlak ve diğerleri, "Legal Certification of Digital Data: The Earth Resources Observation and Science Data Center Project," *Journal of Space Law*, no.33/1 (2003): 198.

²² Sa'id Mosteshar, "EO in the European Union: Legal Considerations," İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*, Ed. Ray Purdy ve Denise Leung, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 149-150.

²³ Ito, *Legal Aspect of Satellite Remote Sensing*, 144.

²⁴ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 15. Kabul edilebilirlik noktasında bunların dışında farklı faktörlerin de dikkate alınmasında bir engel bulunmamaktadır.

- Otantiklik (*authenticity*),²⁵
- Verinin doğruluğu (*accuracy*),
- Veri işleme sırasında yapılan işlemlerin listelendiği evrak (*chain of custody*),
- Veri işlemesini yapan kişilerin nitelikli olması, işleme esnasında kullanılan uygulamalar ve prosedürler.

Otantikliğin sağlanmasıyla hedeflenen verilerin gerçekliğini doğrulamaktır ve bu husus güvenilirliğin esaslı bir parçasıdır; güvenilirliğin amacıysa verilerin çalınmasını, değiştirilmesini ve bozulmasını sınırlamaktır.²⁶ Kısacası, verinin otantik olması veri içeriğinin gerçekliği yönündeki düşüncüyü güçlendirir ama otantik olma hali onu her şartta içeriği güvenilir kılmaz.²⁷ Uygulamada otantikliğin sağlanması aşağıdaki şekillerde gerçekleştirilmektedir:²⁸

- Verinin oluşturulduğu yönteme, aktarılmasına ve depolanmasına ilişkin tanık ifadesine (*witness testimony*) başvurulabilir,
- Daha önceden otantik olduğu tesis edilen bir kanıtla karşılaştırma yapılabilir,

²⁵ Otantiklik faktörüyle alakalı genel olarak bkz. Alan Shipman, "Authentication of Images," İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*, Ed. Ray Purdy ve Denise Leung, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 359-377.

²⁶ André Gouyer, "Étude de la Valeur Juridique des Images de Télédétection. Application à la Délimitation Virtuelle" (Master tezi, Ecole supérieure des géomètres et topographes, 2016), 55.

²⁷ Trial International, *La preuve audiovisuelle devant les instances internationales: Techniques et Admissibilité*, 21-22.

²⁸ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 26. Benzer şekilde bkz. Trial International, *La preuve audiovisuelle devant les instances internationales: Techniques et Admissibilité*, 22.

- Kanıtın ayırt edici özellikleri ortaya çıkarılabilir,
- Ham datadan son ürüne gelene kadarki süreçte başvuru metotları ve prosedürler ortaya konulabilir,
- Verinin elde edilmesi, işlenmesi ve depolanması sürecinde kullanılan yazılım ve donanımlarla ilgili bilirkişiye (*expert witness*) başvurulabilir. Bilirkişiye başvurma teknik olarak işin karmaşıklığı dolayısıyla sıkça rastlanılan bir durumdur.²⁹ Bilirkişiye mahkeme tarafından başvurulabileceği gibi uyuşmazlığın taraflarınca da başvurulabilir.³⁰

Verinin doğruluğu konusunda beklenen mahkemeye sunulan verinin dava konusu olan olguyu gerçek bir biçimde ortaya koymasındır.³¹ Dolayısıyla, mahkemenin verinin hatasız (veya kabul edilebilir bir hata seviyesine sahip) olduğuna dair ikna olması gerekmektedir.³² Bu bağlamda farklı yöntemlere başvurulmaktadır. Örneğin, Amerikan Küresel Konumlandırma Sistemi GPS sayesinde zaman ve konum bilgisi oluşturulmakta ve böylece uydu verisinde bir zamana ve yere özgü tesis edilmektedir.³³ Burada genel olarak amaçlanan güvenilirliği artırmak ve doğruluğu tesis etmektir.

Kabul edilebilirlik konusunda dikkate alınan diğer iki faktör de otantiklik başlığı altında değerlendirilebilir. Yapılan işlemlerin listelendiği evrak ve işleme sırasında başvuru uygulamaları ve prosedürler otantiklik değerlendirmesinde dikkate alınacaktır. Bu hususlar ışığında kanıtın kabul

²⁹ Detaylı olarak bkz. London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 19.

³⁰ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 19; Mostesher, "EO in the European Union: Legal Considerations," 161-162.

³¹ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 18.

³² London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 18.

³³ Mostesher, "EO in the European Union: Legal Considerations," 148; Shipman, "Authentication of Images," 364.

edilirliğine ilişkin mahkeme tarafından karar verildikten sonra kanıtın sahip olacağı değer meselesi (*evidential weight*) karşımıza çıkmaktadır.

Kanıtı verilecek değer, mahkemelerin takip etmeleri gereken yargılama usulleri bağlamında, kanıtın ileri sürülen savları hangi ölçüde desteklediği çerçevesinde belirlenecektir.³⁴ Genel itibarıyla yargılama sürecinde uydu verisinin kanıt olarak taşıyacağı değer sağduyu, güvenilirlik, inandırıcılık çerçevesinde belirlenmektedir.³⁵ Divan uygulamasında kanıtı verilecek değer kabul edilebilirlikten daha önemli bir meseleyi oluşturmaktadır. Dolayısıyla kanıt değeri daha detaylı olarak aşağıda incelenecektir.

Uzaktan algılama uydu verilerinin genel özelliklerini ve bu verilerin sahip oldukları farklılıkların ulusal yargılama sürecine olan etkilerini genel hatlarıyla inceledikten sonra Divan tarafından gerçekleştirilen kanıt değerlendirmesinde bu verilerin nasıl bir yer tuttuğu meselesini ele alabiliriz.

II. Uluslararası Adalet Divanı Yargılama Usulünde Uydu Verilerinin Kanıt Olarak Değerlendirilmesi

A. Uluslararası Adalet Divanı Yargılama Usulünde Genel Olarak (Dijital) Kanıtlar

Kanıtlar, her yargılama usulünde olduğu gibi Adalet Divanı yargılama usulünde de büyük öneme sahiptir. Divan taraflarca

³⁴ Delillerin mahkeme tarafından değerlendirilmesinde kanıtların serbestçe değerlendirilmesi ve kanuni kanıt sistemi olmak üzere ikili ayırım yapılabilir. İlkinde hâkimin bir takdir yetkisi esasken ikincisinde hâkim kanıtın gerçeği temsil ettiğini kabul etmek durumundadır. Serdar Kale ve Salih Keser, "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21 (2015): 704-705.

³⁵ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 16-17; Mosteshar, "EO in the European Union: Legal Considerations," 164.

ileri sürülmüş savlar ve bu savları destekleyen kanıtlar ışığında kararını vermektedir. Adalet Divanı Statüsü'nün 48. maddesi uyarınca, Divan kanıtların ortaya konması için gereken tüm önlemleri alır. Statü'nün 49. maddesine göre duruşmaların başlamasından önce, Divan taraflardan bir belgenin verilmesini isteyebileceği gibi herhangi bir açıklama da talep edebilir. Benzer şekilde, Divan İçtüzüğü'nün³⁶ 62. maddesi de Divanın tarafları herhangi bir zamanda kanıtlarını sunmaya veya açıklama yapmaya davet edebileceğini belirtmektedir.

Kanıtların sunulması ve kabul edilmeleri hususunda Divanın ulusal mahkemelere kıyasla çok daha esnek olduğu söylenebilir.³⁷ Divan önünde serbest kanıt sistemi esastır ve bu durum kanıtların kabulü hususunda da üst düzeyde bir esneklik kazandırır (*free admissibility of evidence*).³⁸ Özetle, belirli şekil koşullarının sağlanması halinde her türlü kanıt sunulabilir. Divanın yargılamasına yön veren metinlerde, dijital kanıtlara ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından genel kuralların dijital kanıtlara da uygulanacağını ifade edebiliriz.³⁹ Dijital kanıtları spesifik olarak ilgilendiren tek düzenleme Divan Uygulama Talimatları IX-Bölüm 4'te yer almaktadır.⁴⁰ Divan'ın

³⁶ Uluslararası Adalet Divanı İçtüzüğü, Kabul Edilme Tarihi: 14 Nisan 1978, Yürürlüğe Girme Tarihi: 1 Temmuz 1978.

³⁷ Mesut Hakkı Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları* (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020), 1256-1257; Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, Çeviri Ed. İbrahim Kaya, (Ankara: TÜBA, 2018), 792.

³⁸ Juan José Quintana, *Litigation at the International Court of Justice, Practice and Procedure* (Leiden: Brill Nijhoff, 2015), 384-385.

³⁹ Peter Tomka ve Vincent-Joel Proulx, "The Evidentiary Practice of the World Court," Working Paper (December 2015), 15; Roscini, "Digital evidence as a means of proof before the International Court of Justice," 8.

⁴⁰ Uluslararası Adalet Divanı Yargılama Talimatları, Kabul Edilme Tarihi 31 Ekim 2001. Talimatlar, İçtüzüğü değiştirme amacı gütmeyen onu tamamlayıcı bir rol oynar. Uygulama Talimatları genel itibarıyla tarafların önergelerinde

Yargılama Talimatları'nda 2011 yılında bu yönde bir değişikliğe gitmesinde Divan'ın son dönemde odyovizüel kanıtlarla çok muhatap olması etkili olmuştur.⁴¹ Buna göre, odyovizüel veya fotoğrafik belgelerin sunulması talebiyle birlikte, bu belgelerin kaynağı, hazırlanma koşulları ve üretim tarihi ile hangi ölçüde açık bir biçimde erişilebildiğine ilişkin bilgiler Divan'a iletilmelidir. İlgili taraf, mümkün olduğu ölçüde, belgenin oluşturulmasına kaynaklık eden yerin coğrafi koordinatlarını da belirtmelidir. Böylece, genel olarak amaçlanan yukarıda da altını çizdiğimiz üzere otantikliğin sağlanmasıdır.

Divan Statüsü'nün 43(2) maddesine uygun olarak, tarafların savlarını destekleyecek olan belgeleri yargılama usulünün yazılı aşamasında Divan'a iletmeleri gerekmektedir. Dijital belgeler genel itibarıyla yazılı evrede taraflarca sunulur ve sıklıkla duruşmada projeksiyon marifetiyle gösterilir ve örnekleri hakimlerin dosyalarına konur.⁴² İçtüzüğün 56(4) maddesine göre Statü'nün 43. maddesine uygun olarak sunulmamış olan belgeler yargılamanın sözlü evresinde dayanak oluşturamaz. Bunun istisnasını ilgili belgenin kolay erişilebilir bir yayının parçasını oluşturması hali oluşturmaktadır. Örneğin, Nikaragua ve Honduras arasındaki Kara ve Deniz Uyuşmazlığına ilişkin davada,⁴³ Nikaragua, İçtüzüğün 56. maddesine uygun olarak, bir

İçtüzüğe riayet etmesini sağlamayı ve lahika sayısının sınırlandırmasını amaçlamaktadır. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 774 dipnot 44.

⁴¹ Marco Roscini, "Digital evidence as a means of proof before the International Court of Justice," *Journal of Conflict and Security Law*, no.21 (2016): 8.

⁴² Roscini, "Digital evidence as a means of proof before the International Court of Justice," 8. Haritalar bağlamında genel uygulama için bkz. Quintana, *Litigation at the International Court of Justice, Practice and Procedure*, 432-434.

⁴³ Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 659.

uydu görüntüsünün de dahil olduğu 12 yeni belgeyi Divan'a sunmak istediğini iletmiştir (para.12). Divan, Nikaragua'nın cevabına (*réplique*) ilaştirdiği uydu görüntüsünün kolay ulaşılabilir bir yayının parçası olduğu gerekçesiyle yeni bir belge olarak değerlendirilmeyeceğine ve sözlü aşamada kullanılabileceğine hükmetmiştir, diğere belgeler ise bu koşulu sağlamadıkları gerekçesiyle Divan tarafından kabul edilmemiştir (para.12).

Divan uygulamasında kanıt verilen değerin özgür biçimde belirlenmesi (*free assessment of evidence*) ulusal düzeyde esas olan kabul edilebilirlik kurallarının yerini almıştır.⁴⁴ Kısacası, kabul edilebilirlikten daha ziyade kanıtın yerindeliği esastır ve bu değerlendirme Divan tarafından yapılır. Kanıt verilecek değer olaydan olaya değişir ve buna Divan özgür iradesiyle karar verir. Bu bağlamda, Nikaragua davasında Divan kanıt değerlendirmesinde sahip olduğu takdir yetkisine özellikle dikkat çekmektedir.⁴⁵ Kanıt değerlendirme sürecinde geliştirdiği genel yaklaşımda, Divan'ın kendisine sunulan kanıtlardan hareketle olgular üzerine kararını verdiğini ve daha sonraki aşamada uluslararası hukukun konuyla alakalı kurallarını gerçeklere uyguladığını ifade edebiliriz.⁴⁶ Shaw, Divan

⁴⁴ Tomka ve Proulx, "The Evidentiary Practice of the World Court," 11; Juan José Quintana, *Litigation at the International Court of Justice, Practice and Procedure*, 385-386.

⁴⁵ *Activités militaires et parumilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt. C.I.J. Recueil 1986, 14, para.60 : "Elle ne perd pas de vue, ce faisant, que son rôle n'est pas passif et qu'elle dispose, dans les limites de son Statut et de son Règlement, d'une certaine latitude pour apprécier librement la valeur des divers moyens de preuve, étant clair par ailleurs que les principes généraux de procédure judiciaire gouvernent nécessairement la détermination de ce qui peut être tenu pour établi."

⁴⁶ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, 14, para.168.

tarafından geliştirilen bu yaklaşımı genel hatlarıyla şu şekilde özetlemektedir:⁴⁷

“Divan olgular hakkında kendi tespitini yapacak ve sonrasında da mevcut olduğunu tespit ettiği ve savunmalar ve karşı iddiaları da içeren tarafların taleplerine cevap vermek için gerekli olan bu olgulara uluslararası hukukun ilgili kurallarını uygulayacaktır. Olgular hakkındaki bu bulgular, delillerin değerlendirilmesini gerektirmektedir ve bu da Divan’ın önündeki hangi materyalin iddia olunan olgular ile ilgili olduğuna ve ispat değeri taşıdığına karar vermesini zorunlu kılmaktadır. Divan bu yönde hareket ederek taraflarca gösterilen delilin ağırlığı, güvenilirliği ve değerine dair kendi değerlendirmesini yapacaktır.”

Divan tarafından yapılan kanıt değerlendirmesi genel olarak bu çerçevede anlaşılmalıdır. Bu aşamada, vaka analizleriyle uydu verilerinin Divan yargılama usulünde nasıl bir biçimde yer tuttuğu hususuna geçmemiz yerinde olacaktır.

B. Vaka Analizleri Işığında Uydu Verilerinin Uluslararası Adalet Divanı Tarafından Değerlendirilmesi

1. Uydu Verileri Destekleyici/İkincil Kanıt Niteliğindedir

Her ne kadar kanıt serbestisi prensibi Divan tarafından benimsenmiş olsa da ve de kanıtlar arasında resmi olarak bir hiyerarşi tesis edilmemiş olsa da kanıt değerlendirmesinde yazılı metinlerin (taraflar arasında imzalanan anlaşmalar vs.) sahip olduğu ağırlığın diğer kanıtlara kıyasla daha fazla olduğu

⁴⁷ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 793. Benzer şekilde bkz. Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, 1257.

muhakkaktır.⁴⁸ Divan uygulamasında uydu verilerinin genel itibarıyla diğer kanıtları doğrulayan veya destekleyen ikincil bir kanıt değerini taşıdığını görmekteyiz. Dolayısıyla, bu veriler kural olarak sınırlı ölçüde kanıt değerine sahiptir ve tek başlarına bir olguyu kanıtlamaları mümkün değildir.⁴⁹ Bu bağlamda, Divan uygulamasında iki davayı incelemenin yerinde olduğunu düşünüyoruz.

Bu kapsamda, ilk inceleyecek olduğumuz dava Burkina Faso ve Mali arasındaki Sınır Uyuşmazlığı davasıdır.⁵⁰ İki taraf bir tahkimname vasıtasıyla uyuşmazlıklarını Divan önüne taşımışlardır.⁵¹ Bu davada, Divan *uti possidetis* (mevcut sınırların korunması) ilkesini uygulamış yani dekolonizasyon sonrası iki ülkenin bağımsızlıklarını kazandıkları andaki sınırlarının korunmasına hükmetmiştir (para.20-21).⁵² Nitekim, bu ilkenin

⁴⁸ Quintana, *Litigation at the International Court of Justice, Practice and Procedure*, 426-427; Tomka ve Proulx, "The Evidentiary Practice of the World Court," 12.

⁴⁹ Benzer şekilde, ulusal uygulamalarda da uydu verilerinin tek başına bir savı desteklemek için yeterli olmadığı aksine diğer delillerle desteklenmesi gerektiği görülmektedir. Mostesher, "EO in the European Union: Legal Considerations," 175.

⁵⁰ Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554.

⁵¹ Devletler arasında sınır uyuşmazlıkları genel olarak uluslararası yargı veya tahkime başvurularak çözümlenmektedir. Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 109; Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 172. Tahkim usulüne benzeyen bu uygulamada (*compromis*) taraflar çekişmenin tanımlanmasını ve sınırlarını belirleyebilirler ve de Divan'ın yargı yetkisinin sınırlarını çizebilirler. Aybay ve Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, 353. Divan'ın davalarda karar yetkisi hakkında genel olarak bkz. Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 473-475.

⁵² *Uti possidetis* ilkesiyle alakalı genel olarak bkz. Gaël Abline, *Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis* (Doktora Tezi, Université d'Angers, 2006); Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, 248-249.

uygulanması, hakimler tarafından tarihi bir perspektif geliştirilmesini mecburi kılmaktadır.⁵³ Uzaktan algılama verilerinin yargılama sürecinde sağladığı en büyük katkı hiç şüphesiz uyumsuzluğa konu olayların, meselelerin zamana yayılması halinde ortaya çıkmaktadır.⁵⁴

Bu minvalde, davaya taraf devletler Divan'a bazıları uydu görüntülerinden hareketle geliştirilmiş haritalar sunmuştur (para.53). Divan'a göre sınır belirleme bağlamında haritalar sadece basit göstergelerdir (*simples indications*) ve ülkesel hak (*titre territorial/territorial title*) kurmanın temelini tek başına oluşturmazlar (para.54). Bunun istisnasını devletlerin aralarında imzaladıkları anlaşmalara haritaları iliştiirmeleri oluşturmaktadır.⁵⁵ Bu durumda devletlerin iradelerinin ürünü olarak anlaşmaların parçası haline gelen haritalar tek başlarına ülkesel hak tesis edebilirler (*preuve intrinsèque*). Bununla birlikte, bu durumda haritanın bağlayıcılığı harita olmasından değil bir anlaşmanın parçası olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme tarafından ortaya konan bu yaklaşım harita yapımında kullanılan topoğrafik bilginin doğruluğunu sağlamak amacıyla geliştirilmiş ihtiyatlı bir yaklaşımdır. Bu yaklaşımın en açık bir biçimde ortaya konduğu dava belki de bu davadır.

Bu ilke bir uluslararası hukuk kuralı olarak kabul görmekte ve devletlerin ardıllığı durumunda da uygulama alanı bulmaktadır. Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 109.

⁵³ Abline, "Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis,"41.

⁵⁴ Bu nedenle, uydu görüntülerinin sistemli bir biçimde arşivlenmesi, zamana yayılan bazı meselelerde mahkeme tarafından bazı hususların daha iyi anlaşılmasına büyük katkı sağlayacaktır. Purdy, "Pulling the Threads Together and Moving Forward,"400.

⁵⁵ Kara sınırları haritalar üzerinde koordinatlar yardımıyla netleştirilir ve gereken durumlarda sınırlara fiziksel olarak da belirginlik kazandırılır. Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 146.

Divan, haritaların kanıt olarak taşıdığı değer bir den çok faktöre bağlı olduğunun altını çizmektedir (para.55). Bunlardan ilki teknik olarak güvenilirliktir. Özellikle havadan ve uzaydan elde edilen görüntüler bağlamında teknolojik gelişimle birlikte haritaların güvenilirliklerinin artması özellikle vurgulanmıştır. Bununla birlikte, haritaların geliştirilmesi sırasında yapılan insani müdahaleler güvenilirlik noktasında şüpheler oluşturmaktadır. Bu şüpheler her ne kadar arazide yapılan kontrollerle ortadan kaldırılrsa da özellikle de araziye girişin çok zorlu olduğu alanlarda insan hataları hala yaygın olmaya devam etmektedir. Divan tarafından diğer dikkate alınan husus haritaların uyuşmazlıktan ve uyuşmazlığın taraflarından bağımsız kişiler tarafından temin edilmiş olmasıdır (para.56). Dolayısıyla, haritalar bağlamında Divanın kanıt değerini belirlemede olaya göre bir yaklaşım geliştirdiğini ileri sürebiliriz.⁵⁶

Sonuç olarak Divan, haritaların genel olarak ikincil ve doğrulayıcı kanıt değeri taşıdığını ve tarafların iradelerinin ürünü olmadıkça tek başına sınır belirlemede dikkate alınamayacaklarını belirtmiştir (para.56). Bu davada, taraflarca sunulan haritalardan sadece birisi olaya uygulanan hukuki metinleri desteklemiştir. Dolayısıyla, tarafların sunduğu diğer haritalar tartışmasız bir biçimde sınırın belirlenmesine hizmet etmemiştir. Bahsi geçen harita ihtilafın taraflarından bağımsız olan *Institut national de l'information géographique et forestière* (Fransız Ulusal Coğrafi ve Orman Bilgisi Kurumu) tarafından sağlanmış haritadır (para.62). Bu harita hem hukuki metinlerle uyum içinde olup hem de araziden gelen bilgiler tarafından da

⁵⁶ Emmanuel Decaux, "L'arrêt de la Chambre de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Différend frontalier Burkina-Faso c. République du Mali, Arrêt du 22 décembre 1986," *Annuaire Français de Droit International*, 32 (1986): 231.

doğrulanmıştır. Dolayısıyla haritalar sınır belirlenmesinde ikincil ama kıymetli bir rol oynamıştır. Bu dava ilk defa Divan önünde bir uydu verisinin kanıt olarak kullanılması dolayısıyla büyük bir kıymet taşımaktadır.⁵⁷

Bu başlık altında inceleyeceğimiz ikinci dava Botswana ve Namibya arasındaki sınır uyuşmazlığını ilgilendirmektedir.⁵⁸ İki ülke 1996 yılında uyuşmazlıklarını tahkimname aracılığıyla Divan önüne götürmüş ve Divan'dan 1 Temmuz 1890 tarihli Büyük Britanya ve Almanya arasındaki antlaşmaya ve uluslararası hukuka uygun olarak Kasikili/Sedudu adası etrafında sınırlarının ve adı geçen adanın hukuki statüsünün belirlenmesini talep etmiştir. Bahsi geçen antlaşmaya göre Chobe nehrinin ana kanalı iki ülke arasındaki sınırı oluşturmaktadır. Nehrin ana kanalının Kasikili/Sedudu adasının kuzeyinden mi yoksa güneyinden geçen kanal olduğu noktasında taraflar arasında uyuşmazlık çıkmıştır.⁵⁹ Botswana ana kanalın kuzeyden geçen olduğunu Namibya da tam tersine güneyden geçen kanalın ana kanal olduğunu iddia etmiştir.

⁵⁷ Divan'ın kararı, uydu verilerine uluslararası bir mahkeme önünde ilk defa başvurulması dolayısıyla, hukuk camiasında büyük yankı uyandırmıştır. Williams, "Satellite Evidence in International Institutions," 196-197.

⁵⁸ Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999, 1045. Davayla ilgili genel olarak bkz. Charalambos Apostolidis, "L'Affaire de l'Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie). L'Arret de la C.I.J. du 13 décembre 1999," *Annuaire Français de Droit International*, 45 (1999): 434-451.

⁵⁹ Sınır belirlenmesinde yapay öğeler dikkate alınacağı gibi doğal öğeler de dikkate alınabilir. Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 234. Shaw'un da altını çizdiği üzere sınır uyuşmazlıklarının çoğunda anlaşma yorumu hayati önemdedir ve bu çerçevede Viyana Antlaşmalar Hukuku'nun yorumlamaya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bu örneğimizde de görüleceği üzere "erken antlaşmalarda kullanılan genel kavramları ve coğrafi lokasyonları modern bilimsel bilginin ışığında yorumlamak" bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 353.

Botsvana karşı muhtırasında adanın uydu görüntülerini savına kanıt olarak Divana sunmuştur.⁶⁰ Divan, kararında Haziran 1975, Mart 1995 ve Haziran 1996 tarihlerinde çekilmiş uydu görüntülerinden hareketle kuzey kanalın güney kanaldan daha derin ve uzun olduğu sonucuna ulaşmıştır (para.32-33).⁶¹ Kanalların uzunluğuna ve derinliğine ilişkin diğer kanıtlar da bu sonucu desteklemiştir. Örneğin, 1925 ve 1985 tarihleri arasında bölge üzerinde çekilmiş olan havadan elde edilmiş görüntüler de aynı sonuca ulaşılmasını sağlamıştır. Bu bilgilerden hareketle, Divan ana kanalın kuzeyde olduğu ve adanın Botsvana'ya ait olduğu sonucuna ulaşmıştır. Böylece, uydu görüntüleri iki ülke arasındaki sınırın belirlenmesine büyük katkı sağlamıştır ve Divan tarafından açıkça bir dayanak noktası olarak gösterilmiştir.

2. Uydu Verisinin Güvenilir Bir Kaynağa Sahip Olması Kural Olarak Verinin İkincil Kanıt Niteliğini Değiştirmez

Uydu görüntüsünü sağlayan kaynağın uyuşmazlıktan ve uyuşmazlığın taraflarından bağımsız olması mevcut verinin kanıt değerini kaynağın güvenilirliği dolayısıyla arttırsa da ikincil karakterini değiştirmemektedir. Bu bağlamda, Divanın uygulamasından iki örnek verebiliriz.

İlk örneği Soykırım Suçunun İşlenmesinin Önlenmesi ve Sorumlularının Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin

⁶⁰ Case concerning Kasikili/Sedudu Island, Counter Memorial of Botswana, Novembre 1997, Volume I, özellikle bakınız para. 387, 444 ve 456.

⁶¹ Apostolidis uydu görüntüsüne başvuru dönemi hem kurak hem de yağmurlu dönemleri kapsadığına özellikle dikkat çekmektedir. Apostolidis, "L'Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Botsvana/Namibie). L'Arret de la C.I.J. du 13 décembre 1999," 442.

Uygulanması davası oluşturmaktadır.⁶² Dava başvurusu, Bosna Hersek tarafından 1993 yılında bahsi geçen sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle Divan'a yapılmıştır. Divan esasa ilişkin kararında resmi ve bağımsız kurumlarca hazırlanan bazı raporlara atıf yapmıştır (para.227). Yapılan bu atıflarda kanıtın kaynağı (özellikle tarafsızlık hususu), kanıtın hangi şekilde elde edildiği vs. gibi konular dikkate alınmıştır. Divan, özellikle olgu yoğunluğu yüksek uyuşmazlıklarda (*fact-intensive disputes*) bağımsız kurumlarca hazırlanan raporların kanıt değerini ele almaktadır; bu raporlar genel itibarıyla Birleşmiş Milletler komisyonları tarafından alandan alınan bilgilerle oluşturulmakta ve uluslararası uzlaşından istifade etmektedir.⁶³ Bu dava kapsamında başvuru kaynak Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından Genel Kurul'a Kasım 1999'da sunulan bir rapordur: "Srebrenica'nın Düşüşü: 6-11 Temmuz 1995" (para. 229).⁶⁴ Bu raporda özellikle binlerce insanın hangi koşullarda hayatlarını kaybettikleri betimlenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda zulme maruz kalanların yaşadıkları vahşet ilk ağızdan dinlenilmiş ve uydu görüntüleriyle daha sonradan bu tanıklıklar sabitleştirilmiştir. Dolayısıyla, uydu görüntüleri destekleyici bir rol oynamıştır. Bu örnekten de görüleceği üzere, BM organları

⁶² Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 43. Davayla ilgili genel olarak bkz. Olivier Corten, "L'arrêt Rendu par la CIJ dans l'affaire du Crime de Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie): Vers un Assouplissement des Conditions Permettant d'engager la Responsabilité d'un Etat pour Génocide ?" *Annuaire Français de Droit International*, 53 (2007): 249-279.

⁶³ Tomka ve Proulx, "The Evidentiary Practice of the World Court," 12-13.

⁶⁴ Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 53/35 de l'Assemblée générale, Chute de Srebrenica, Nations Unies, doc. A/54/549.

tarafından gerçeklere dayalı beyanlara Divan tarafından önemli ölçüde değer verilmiştir (para.230).⁶⁵

Bu bahiste ele alacağımız ikinci dava Benin ve Nijerya sınır uyuşmazlığına ilişkindir.⁶⁶ İki devlet uyuşmazlıklarını Divan önüne götürmüş ve Nijer nehri sektöründe sınırlarının belirlenmesi ve bu nehir üzerindeki adaların kime ait olduğunun açıklığına kavuşturulmasını talep etmiştir. Divan bahsi geçen adaların hangi tarafa ait olduğunu kararında belirtmiştir (para.117). Divan, değerlendirmemiz açısından öneme sahip Sandi Tounga Barou adasının Benin'e ait olduğuna karar vermiştir. Bu adaya ilişkin olarak Divan'ın dayandığı kanıtlardan birisi Benin'in muhterasında sunduğu SPOT (*Satellite Pour l'Observation de la Terre* - Fransız Uzaktan Algılama Uydusu) uydusu tarafından elde edilen görüntülerdir (para.41). Divan bahsi geçen adanın mahkemeye sunulan hiçbir haritada yer almadığını ancak 1973 yılından itibaren SPOT uydusu tarafından elde edilen görüntülerde (ve diğer hava görüntülerinde) görülebildiğine dikkat çekmiştir (para.116). Dolayısıyla, bu davada istisnai olarak uydu verisinin bahsi geçen adanın kime ait olduğunun belirlenmesinde etkin bir kanıt değerine sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bu sonuçta etkili olan uyuşmazlık bağlamında SPOT uydu görüntülerinin taşıdığı tarafsızlık ve güvenilirliklerinin yüksek olmasıdır.

⁶⁵ Acer ve Kaya veri toplama ve soruşturma amacıyla oluşturulan komisyonlar tarafından hazırlanan raporların bağlayıcı olmamalarına karşın siyasi ağırlığa sahip olduklarının altını çizmektedir. Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk*, 472.

⁶⁶ Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90. Davayla ilgili genel olarak bkz. Anne-Thida Norodom, "L'arrêt de la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Différend Frontalier (Bénin/Niger)," *Annuaire Français de Droit International*, 51 (2005): 185-204.

3. Taraflarca Sunulan Uydu Görüntüleri Yeterince Açık ve Net Olmalıdır

Taraflarca sunulan uydu verileri bazı özellikleri taşımalıdır. Bu özelliklerin başında netlik ve açıklık gelmektedir. Bu koşulların sağlanmaması halinde uydu görüntüleri ilgili olduğu savı desteklemeye yeterli görülmemektedir. Bu noktada Divan uygulamasından iki örnek vermemiz yerinde olacaktır.

İlk örnek İran ve Amerika Birleşik Devletleri'nin taraf olduğu Petrol Platformları davasıyla bağlantılıdır.⁶⁷ İran'a ait petrol platformlarının Amerikan savaş gemileri tarafından hedef alınması sonucu, uyuşmazlık İran tarafından, iki ülke arasında 1955 yılında imzalanan bir dostluk anlaşmasını dayanak gösterilerek, Divan önüne götürülmüştür. Bu dava kapsamında esas olan mesele Amerika'nın güce başvurusunun bahsi geçen anlaşma ve genel olarak uluslararası hukuk bağlamında temellendirilip temellendirilemeyeceğidir. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri tarafından sunulan kanıtların arasında Fao bölgesinin ve diğer noktaların casus uyduları tarafından elde edilmiş görüntüleri bulunmaktadır (para. 53-56). Bu görüntülerle Amerika Birleşik Devletleri tarafından Fao bölgesinde silahların var olduğu ve askeri olarak İran'ın bölgeyi kontrol ettiği savı desteklenmiştir. Bununla birlikte, ABD düşük çözünürlüklü uydu görüntülerini mahkemeye paylaşmış ve ulusal güvenlik endişeleri nedeniyle daha yüksek çözünürlüklü orijinal uydu görüntülerini paylaşmayı reddetmiştir.⁶⁸ Buna

⁶⁷ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, 161. Genel olarak bkz. Pierre D'Argent, "Du Commerce à l'emploi de la Force: l'affaire des Plates-formes Pétrolières (Arrêt sur le Fond)," *Annuaire Français de Droit International*, 49 (2003): 266-289.

⁶⁸ *Case concerning oil platforms, Counter-memorial and Counter-claim of the United States of America*, June 1997, 49 dipnot 125.

karşılık, İran, Amerika tarafından sunulan uydu görüntülerinin açık olmadığını ve gerçeği yansıtmadığını belirtmiştir (para.54). Divan sonuç olarak, sunulan uydu görüntülerinin ileri sürülen savları desteklemek için yeterince açık olmadığına kanaat getirmiştir (para.58).

İkinci örnek, Kosta Rika ve Nikaragua arasındaki uyuşmazlıkla ilgilidir.⁶⁹ 2010 yılında Kosta Rika tek taraflı bir başvuruyla bu uyuşmazlığı Divan önüne götürmüştür. Kosta Rika'ya göre Nikaragua ordusu topraklarını işgal etmiş, San Juan nehri ve los Portillos lagünü arasında bir kanal inşa etmiştir. Bu hususun özellikle San Juan nehrinin debisini olumsuz bir biçimde etkilemiş ve Kosta Rika topraklarında çeşitli hasarlar oluşturduğu Kosta Rika tarafından ileri sürülmüştür. 2011 yılının sonunda, Nikaragua da, iki devlet arasındaki sınır bölgesinde (San Juan nehri boyunca) Kosta Rika tarafından yürütülen yol yapım çalışmalarının çok ağır çevresel sonuçlar doğurduğu gerekçesiyle karşı bir dava açmıştır. Nikaragua'ya göre havadan ve uydudan elde edilmiş görüntüler uyuşmazlığa konu olan kanalın 2010 öncesinde var olduğunu doğrular niteliktedir (para.79). Kosta Rika'ysa bahsi geçen görüntülerin yeterince açık olmadığını ileri sürmüştür (para.80). Divan sunulan görüntülerin netliği hususunda Kosta Rika'ya hak vermiş ve bu görüntülerin 2010 yılındaki kazma çalışmalarından önce bir kanalın varlığını tesis etme noktasında yetersiz kaldığının altını çizmiştir (para.81).

⁶⁹ Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt, C.I.J. Recueil 2015, 665.

4. Uluslararası Adalet Divanı'na Sunulan Uydu Verisinin Taraflarca Farklı Yorumlanması Halinde Veri Beklenen Etkiyi Oluşturmamaktadır

Divan'a sunulan uydu verisinin, karşı tarafça otantikliği tartışmaya açılmadıkça kabul edilmekte ve otantik oldukları var sayılmaktadır.⁷⁰ Verinin otantikliği hususunda tartışma olması halinde, kanıtı ileri süren taraf kanıtın güvenilirliğini ortaya koymalıdır ve bunu başardığı ölçüde mahkeme kanıtı değer atfedecektir.⁷¹ Bu bağlamda, Divan uygulamasından bir davaya dikkat çekmemiz yerinde olacaktır.

Bu dava, Kamerun ve Nijerya arasındaki kara ve deniz uyuşmazlığına ilişkindir.⁷² Kamerun tek taraflı olarak, Bakassi yarımadasında hangi devletin egemen olduğunu ve iki ülke arasındaki deniz sınırının, 1975 yılında tesis edilmeyen kısmının, belirlenmesini Divan'dan talep etmiştir. Bu uyuşmazlık kapsamında tartışılan noktalarından birisi de Tysan köyünün hangi devlete ait olduğudur. Nijerya tarafından bu köyün Nijerya'ya ait olduğu ileri sürülmüş ve bu sav bir uydu görüntüsüyle desteklenmiştir.⁷³ İlgili uydu görüntüsü Kamerun tarafından tamamen farklı bir biçimde yorumlanmış ve Kamerun Tysan'ın kendi toprakları üzerinde olduğunu ileri

⁷⁰ Roscini, "Digital evidence as a means of proof before the International Court of Justice," 5; Quintana, *Litigation at the International Court of Justice, Practice and Procedure*, 427.

⁷¹ Roscini, "Digital evidence as a means of proof before the International Court of Justice," 6.

⁷² Genel olarak davayla ilgili bkz. Pierre D'Argent, "Des Frontières et des Peuples: l'affaire de la Frontière Terrestre et Maritime entre le Cameroun et le Nigeria, Arrêt sur le Fond," *Annuaire Français de Droit International*, 48 (2002): 281-321.

⁷³ Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) (Preliminary Objections), Pleadings, CR 1998/1, para. 30.

sürmüştür. Taraflarca uydu verisinin farklı yorumlanması yargılama esnasında karışıklığa yol açmış ve Nijerya'nın aleyhine bir etki oluşturmuştur.⁷⁴

Bu davada da görüldüğü üzere, uydu görüntülerinin yorumlanması konusunda uzman görüşleri yanaltıcı olabilir ve sübjektif olan uzman görüşleri otantiklik konusunda başlı başına yeterli olmayabilir. Bu dava özellikle uydu görüntülerinin yorumlanmasına standartlar getirilmesinin ve güvenilirliği artırmanın ne kadar önemli olduğu hususuna ışık tutmuştur.⁷⁵ Uygulamada her ne kadar dijital kanıtlarla ilgili standartlar var olsa da uydu verilerinin doğası dikkate alınarak yargılama süreçlerinde kullanımlarına ilişkin yeni standartlar geliştirilmesi yerinde olacaktır.⁷⁶ Bulduğumuz aşamada, uluslararası alanda uydu görüntülerinin kanıt olarak kullanılışıyla ilgili yeknesak bir uygulama bulunmaması önemli bir mesele arz etmektedir. Bu yönde ortaya konacak standartlar yargılama sürecinde uydu verilerine başvurulmasını kolaylaştıracak ve güvenilirliği temin edecektir.

5. Uluslararası Adalet Divanı Bağımsız Bilirkişilere Başvurma Yolunu Yetkisi Dahilinde Olduğu Halde Tercih Etmemektedir

Uydu verilerinin güvenilirliğini sağlama ve yorumlanması hususunda bilirkişiye başvurmak büyük bir öneme sahiptir. Kısaca ifade etmemiz gerekirse, başvuru bilirkişi ilgili verinin oluşumu esnasında kullanılan metotların ve süreçlerin sağlam

⁷⁴ Williams, "Satellite Evidence in International Institutions," 199; London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 131-132.

⁷⁵ Ito, *Legal Aspect of Satellite Remote Sensing*, 136.

⁷⁶ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 1; Williams, "Satellite Evidence in International Institutions," 215; Purdy, "Pulling the Threads Together and Moving Forward," 412-413.

bilimsel temeller üzerine kurulu olduğunu ortaya koymalı ve kanıtlanacak olgularla ilgili ortaya çıkan bilgilerin yorumunu yapmalıdır.⁷⁷ Bu minvalde, Statü'nün 50. maddesi Divan'a herhangi bir konuda bilirkişi görüşü alma yetkisi verdiğini hatırlatmak yerinde olacaktır. Buna rağmen, Divan'ın bu yola başvurma konusunda pek istekli olmadığı söylenebilir.⁷⁸ Divan kendi soruşturmasını yapmak yerine taraflar tarafından sunulan dokümanlara dayalı olarak karar vermeyi yeğlemektedir.⁷⁹ Teknik olarak karmaşık davalarla son dönemde muhatap olan Divan'ın bu yaklaşımı ne kadar süreceği merak konusudur.

Bu bağlamda, Arjantin ve Uruguay arasındaki uyuşmazlık kıymetli bir örnek teşkil etmektedir.⁸⁰ 2006 yılında Arjantin, Uruguay'ın Uruguay nehrinin statüsünü düzenleyen 1975 tarihli anlaşmadan kaynaklı yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle tek taraflı bir başvuruyla uyuşmazlığı Divan önüne götürmüştür. Uruguay'ın özellikle bu anlaşmadaki bilgilendirme ve fikir alışverişinde bulunma yükümlülüklerini yerine getirmeden Uruguay nehri üzerinde iki adet fabrika kurduğu Arjantin tarafından iddia edilmiştir. Arjantin, ayrıca, 2009 yılının şubat ayında Uruguay nehrinde alglerin çoğalmasını bahsi geçen fabrikaların birinden (Orion) nehre atılan atıklara bağlamıştır (para.249). Arjantin, bu iddiasını desteklemek için, sudaki klorofil konsantrasyonunu gösteren uydu görüntülerine başvurmuştur. Uruguay bu iddianın gerçekçi olmadığını ve çoğalmanın başka sebeplerle (bölgede yapılan karnavalın ziyaretçileri gibi) açıklanabileceğini belirtmiştir (para.249).

⁷⁷ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 19; Purdy, "Pulling the Threads Together and Moving Forward," 408.

⁷⁸ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, s.793; Çaşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, 1257.

⁷⁹ Quintana, *Litigation at the International Court of Justice, Practice and Procedure*, 384.

⁸⁰ Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010, 14.

Divan sonuç olarak, nehirde alglerin çoğalmasının Orion fabrikası kaynaklı atıklardan oluştuğunun tesis edilemeyeceğine hükmetmiştir (para.250).

Bu dava, teknik ve bilimsel kanıtların sunulması dolayısıyla Divan tarafından çok yoğun bir dava olarak nitelendirilmiştir (para.165). Dava süresince taraflar bilirkişiler tarafından hazırlanmış raporları ve çalışmalarını kanıt olarak sunmuştur ve bilirkişilerden bazıları tarafların danışmanı olarak yargılamaya katılmıştır (para.165). Bundan dolayı taraflar karşı tarafça sunulan kanıtların güvenilirliği konusunda fikir ayrılıklarına düşmüştür ve bu kanıtlara şüpheli bir biçimde yaklaşılmasını talep etmiştir (para.166). Divan, bahsi geçen bilirkişilerin bağımsızlığı, bu kişilerce yorumlanan kanıtların ağırlığı, güvenilirliği hususundaki tartışmalaraysa girmemiştir (para.168). Nitekim, hangi olguların dikkate alınacağı, kanıtlara verilecek değer belirlenmesi ve bu değerlendirmeden sonuç çıkarma görevi Divan'a aittir (para.168). Divan, vermiş olduğu hükmün 236. paragrafında dikkatine sunulan kanıtların değerlendirmesini yapmakta sahip olduğu takdir yetkisini bir kez daha hatırlatmıştır.

Sonuç olarak, yargılama sürecinde bilirkişilerce yapılan tüm katkıların olguların net bir biçimde aydınlatılmasına hizmet ettiğini söylemek oldukça güçtür.⁸¹ Halbuki, Divan'ın kanıt değerlendirmesi hususunda oldukça geniş bir hareket alanı bulunmaktaydı.⁸² Bu noktada, en büyük öneme sahip olan yöntem hiç şüphesiz bağımsız bilirkişilere başvurmaktır.

⁸¹ Loïc Vatna, "L'Affaire des Usines de Pâte à Papier sur le Fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay): Un Nouveau Différend Environnemental devant la Cour Internationale de Justice," *Revue Québécoise de Droit International*, 22 (2009): 45-49.

⁸² Jochen Sohnle, "L'Arrêt des Usines de Pâte à Papier de la CIJ du 20 Avril 2010," *Revue Juridique de l'environnement*, 35 (2010): 625.

Nitekim, bağımsız uzmanlara başvurulması Divan'ın davayı iyi kavraması, objektif bilgiye ulaşması ve teknik/bilimsel parametreleri iyi anlaması için bir gerekliliktir.⁸³ Sonuç olarak, bu dava özellikle Divan'ın teknik kanıtların değerlendirilmesinde geliştirdiği muhafazakâr yaklaşımın gözden geçirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.⁸⁴

Divan'ın genel hatlarıyla, bazı istisnaları olmak kaydıyla, uydu verilerinin değerlendirilmesi hususunda bir güvensizliği/çekimsizliği bulunmaktadır. Bu yaklaşımın en belirgin olduğu dava Katar ve Bahreyn arasındaki uyuşmazlıktır.⁸⁵ İki ülke arasındaki uyuşmazlık, Katar tarafından 1991 yılında tek taraflı olarak Divan'ın önüne götürülmüştür. Katar, Havari adalarındaki egemenlik, Dibal ve Qit'ah Jaradah sığ yerlerindeki egemenlik hakları ve deniz alanı sınırlandırmasına ilişkin Divan'dan karar vermesini talep etmiştir. Katar, özellikle Havari adalarının kendi kara sularında ve egemenliği altında olduğunu destekleyen birçok görüntüyü yazılı ve sözlü evrede Divan'a sunmuştur. Bununla birlikte, Bahreyn tarafından Divan'a sunulan kartografik belgelerse yok denecek kadar azdır.⁸⁶

Divan, sonuç olarak bahsi geçen adalarda Bahreyn'in egemen olduğuna hükmetmiştir (para. 252). Her ne kadar, 1939 yılında Büyük Britanya adaların Bahreyn'e ait olduğuna karar vermişse de bu karar bir hakem kararı niteliğine sahip değildir.

⁸³ Vatna, "L'Affaire des Usines de Pâte à Papler sur le Fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)," 48.

⁸⁴ Sohnle, "L'Arrêt des Usines de Pâte à Papier de la CIJ du 20 Avril 2010," 624-625.

⁸⁵ Délimitations maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein (Qatar c. Bahrein) arrêt, C.I.J. Recueil 2001, 40. Genel olarak bkz. Emmanuel Decaux, "Affaire de la Délimitation Maritime et des Questions Territoriales entre Qatar et Bahrein, Fond (arrêt du 16 mars 2001 Qatar c. Bahrein)," *Annuaire Français de Droit International*, 47 (2001): 177-240.

⁸⁶ Williams, "Satellite Evidence in International Institutions," 204.

Katar, Büyük Britanya'nın kararına karşı çıkararak tepkisini ortaya koymuş ve kararın kendisi açısından kabul edilemez olduğunu ve bu kararın adalar üzerindeki egemenlik haklarını hiçbir surette ortadan kaldırmayacağını ve 1939'dan bu yana da egemenlik iddiasından vazgeçmediğini deklare etmiştir. Özetle, Katar tarafından paylaşılan kartografik görüntüler hukuki sonuç doğurmamıştır. Daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, haritaların tek başına kanıt olduğu davalarda Divan'ın çok temkinli olduğunu söyleyebiliriz. Bu davada Divan'ın esasa ilişkin karar alması yaklaşık 10 yıl sürmüştü ve bu uzamadaki en büyük etken uydu görüntülerinin sahip oldukları kanıt değeri dolayısıyla ortaya çıkan sorunlardı.⁸⁷

SONUÇ

Uydu verilerine Divan önünde ilk defa başvuru Burkina Faso ve Mali arasındaki uyuşmazlıktan günümüze uydu verileri davaların çözümüne katkı sağlamış olsalar da Divan'ın temkinli bir yaklaşım geliştirdiğinin altını çizebiliriz. Her ne kadar uydu verilerinin güvenilirliği geçmişe nazaran daha yüksek seviyede olsa da bu hususta aşılması gereken önemli meseleler bulunmaktadır. Yukarıda dikkat çektiğimiz uzaktan algılama uydu verilerine has teknik standartların ortaya konma önerisine ilaveten uydu verilerinin sertifikasyonunu sağlayan uluslararası bir kontrol mekanizmasının hayata geçirilmesi de büyük öneme sahiptir.⁸⁸ Bu mekanizma uluslararası düzeyde bulunmadığı gibi ulusal düzeyde de yoktur, konu ABD'de Katrina kasırgasından

⁸⁷ Williams, "Satellite Evidence in International Institutions," 207.

⁸⁸ Jean-François Mayence, *Quelques observations sur l'Etat du cadre juridique des activités d'observation satellitaire et de certaines de leurs applications*, (Lic.DES, Novembre 2008), 16; Williams, "Satellite Evidence in International Institutions," 212. Gouyer, "Étude de la valeur juridique des images de télédétection. Application à la délimitation virtuelle" 14.

hemen sonra gündem olmuş ancak sonuç vermemiştir.⁸⁹ Ayrıca, uydu görüntülerinin yargılama süreçlerinde daha çok kullanılması için hukuk camiasının bu konuda daha çok bilgilendirilmesi ve farkındalığının artırılması uygun bir adım olabilir.⁹⁰ Bütün bu öneriler, uydu verilerine yargılama süreçlerinde başvurulmasını kolaylaştıracak ve otantiklik üzerine yapılacak tartışmaların önüne geçecektir. Teknolojik gelişmelerle birlikte uydu verilerinin güvenilirliğinin tesis edilmesiyle uydu verilerine yargılama süreçlerinde daha sık bir biçimde başvurulması kaçınılmazdır. Böylece, gelecekte uydu verilerinin destekleyici bir kanıt olmaktan çıkıp birincil niteliğe sahip kanıt haline gelmeleri kuvvetle muhtemeldir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Çıkar Çatışması: Çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author received no financial support for this study.

Conflict of Interest: There is no conflict of interest.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

⁸⁹ Dijital verilerin hukuki sertifikasyonu konusunda genel olarak bkz. Rychlak ve diğerleri, "Legal Certification of Digital Data: The Earth Resources Observation and Science Data Center Project," 195-219.

⁹⁰ London Institute of Space Policy and Law, *Evidence From Space*, 1; Purdy, "Pulling the Threads Together and Moving Forward," 406-407.

KAYNAKÇA

- Abeyratne, Rwantissa. "Use of Satellite Imagery as Evidence at Pre Trial and Trial Hearings." *German Journal of Air and Space Law* 52, no.2 (2003): 221-236.
- Abline, Gaël. *Sur un nouveau principe général de droit international: l'uti possidetis*. Doktora Tezi. Universté d'Angers, 2006.
- Acer, Yücel ve İbrahim Kaya. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Achilleas, Philippe. "La Libéralisation des Activités de Télédétection." İç. *Le Droit de l'Espace et la Privatisation des Activités Spatiales*. 77-91. Paris: Pédone, 2003.
- Achilleas, Philippe. "Le cadre juridique international de la collecte et de la distribution des données de télédétection." *Annuaire Français de Relations Internationales XII*, 2011.
- Activités militaires et parumilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt. C.I.J. Recueil 1986, 14.
- Apostolidis, Charalambos. "L'Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie). L'Arrêt de la C.I.J. du 13 décembre 1999." *Annuaire Français de Droit International* 45 (1999): 434-451.
- Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 43.
- Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma, İmza Tarihi: 27 Ocak 1967, Yürürlük Tarihi: 10 Ekim 1967.
- Aybay, Rona ve Elif Oral. *Kamusal Uluslararası Hukuk*. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Bouin, Frederic. "Le droit et les images satellites: Etat de la preuve en droit français." *Droit et Ville*, 51 (2001): 21-35.

- Cakir, Tugrul. "Les sources du droit de l'espace." *İç. Cinquante ans de droit de l'espace*. Editör Philippe Achilleas ve Stephan Hobe, 83-126. Leiden: Brill Nijhoff, 2020.
- Candelmo, Claudia ve Valentina Nardone. "Satellite Evidence in Human Rights Cases: Merits and Shortcomings." *Peace Human Rights Governance* 1, no.1 (2017): 87-113.
- Case concerning Kasikili/Sedudu Island, Counter Memorial of Botswana, Volume I, Novembre 1997.
- Case concerning oil platforms, Counter-memorial and Counter-claim of the United States of America, June 1997.
- Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea Intervening) (Preliminary Objections), Pleadings, CR 1998/1.
- Caşın, Mesut Hakkı. *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020.
- Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt, C.I.J. Recueil 2015, 665.
- Charalambos, Apostolidis. "L'Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie). L'Arrêt de la C.I.J. du 13 décembre 1999." *Annuaire Français de Droit International*, 45 (1999): 434-451.
- Colliard, Claude-Albert. "Les principes régissant la télédétection spatiale." *Annuaire français de droit international*, 32 (1986): 697-714.
- Corten, Olivier. "L'arrêt Rendu par la CIJ dans l'affaire du Crime de Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie): Vers un Assouplissement des Conditions Permettant d'engager la Responsabilité d'un État pour Génocide ?." *Annuaire Français de Droit International*, 53 (2007): 249-279.
- Couston, Mireille. *Droit Spatial Economique*. Paris: SIDES, 1993.

- D'Argent, Pierre. "Des frontières et des Peuples : l'affaire de la Frontière Terrestre et Maritime entre le Cameroun et le Nigeria, Arrêt sur le Fond." *Annuaire Français de Droit International*, 48 (2002): 281-321.
- D'Argent, Pierre. "Du Commerce à l'emploi de la Force: l'affaire des Plates-formes Pétrolières (Arrêt sur le Fond)." *Annuaire Français de Droit International*, 49 (2003): 266-289.
- Decaux, Emmanuel. "Affaire de la Délimitation Maritime et des Questions Territoriales entre Qatar et Bahrein, Fond (arrêt du 16 mars 2001 Qatar c. Bahrein)." *Annuaire Français de Droit International*, 47 (2001): 177-240.
- Decaux, Emmanuel. "L'arrêt de la Chambre de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Différend Frontalier Burkina-Faso c. République du Mali, Arrêt du 22 décembre 1986." *Annuaire Français de Droit International*, 32 (1986): 215-238.
- Délimitations maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahrein (Qatar c. Bahrein) arrêt, C.I.J. Recueil 2001, 40.
- Différend frontalier (Bénin/Niger), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, 90.
- Différend frontalier entre le Burkina Faso et le Mali (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986, 554.
- Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras), arrêt, C.I.J. Recueil 2007, 659.
- Dünya'nın Uzaydan Uzaktan Algılamasına İlişkin Genel İlkeler, 3 Aralık 1986 tarihli 41/65 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı.
- Erdem, Merve. *Uzayın ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2014.
- Ginzky, Harald. "Satellite Images as Evidence in Legal Proceedings relating to the Environment – A US Perspective." *Air and Space Law XXV*, no.3 (2000): 114-128.

- Gouyer, André. *Etude de la valeur juridique des images de télédétection. Application à la délimitation virtuelle*. Yüksek Lisans Tezi. Ecole supérieure des geometres et topographes, 2016.
- Harris, Ray. "Science, Policy and Evidence in EO." İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*. Editör Ray Purdy ve Denise Leung. 43-61. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Ile de Kasikili/Sedudu (Botsvana c. Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999, 1045.
- Ito, Atsuyo. *Legal Aspect of Satellite Remote Sensing*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- Johnston, Sheida. "Technical Introduction to Satellite EO." İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*. Editör Ray Purdy ve Denise Leung. 11-42. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Kale, Serdar ve Salih Keser. "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21 (2015): 701-726.
- Li, Du. "La Télédétection par satellite: Depuis des considérations juridiques historiques au réequilibrage moderne." İç. *Cinquante ans de droit de l'espace*. Editör Philippe Achilleas ve Stephan Hobe. 341-373. Leiden: Brill Nijhoff, 2020.
- London Institute of Space Policy and Law. *Evidence From Space. ESA-ISPL/EO 76/final, Final Report*, 2012.
- Lyll, Francis ve Paul B. Larsen. *Space Law A Treatise*. Surrey: Ashgate, 2009.
- Macauley, Eya David. "The Use of EO Technologies in Court by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court." İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*. Editör Ray Purdy ve Denise Leung. 217-240. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Marchisio, Sergio. "Le régime juridique de la télédétection." İç. *Droit de l'espace: télécommunication – observation – navigation –*

- défense – exploration*. Editör Philippe Achilleas. 143- 163. Bruxelles: Larcier, 2009.
- Markowitz, Kenneth J. "Legal Challenges and Market Rewards to the Use and Acceptance of Remote Sensing and Digital Infotmation as Evidence." *Duke International Law and Policy Forum*, no.12 (2002): 219-264.
- Mason, Stephen. *International Electronic Evidence*. London: British Institute of International and Comparative Law, 2008.
- Mayence, Jean-François. Quelques observations sur l'Etat du cadre juridique des activités d'observation satellitaire et de certaines de leurs applications. Lic.DES, Novembre 2008.
- Mosteshar, Sa'id. "EO in the European Union: Legal Considerations." *İç. Evidence from Earth Observation Satellites*. Editör Ray Purdy ve Denise Leung. 147-175. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Norodom, Anne-Thida. "L'arrêt de la Chambre de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Différend Frontalier (Bénin/Niger)." *Annuaire Français de Droit International* 51 (2005): 185-204.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Peter, Nicolas. "The Use of Remote Sensing to Support the Application of Multilateral Environmental Agreements." *Space Policy*, no.20 (2004): 189-195.
- Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, 161.
- Purdy, Ray. "Pulling the Threads Together and Moving Forward." *İç. Evidence from Earth Observation Satellites*. Editör Ray Purdy ve Denise Leung. 399-423. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Quintana, Juan José. *Litigation at the International Court of Justice, Practice and Procedure*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.

Rapport présenté par le Secrétaire général en application de la résolution 53/35 de l'Assemblée générale, Chute de Srebrenica, Nations Unies, doc. A/54/549.

Ravillon, Laurence. "Espace Extra-Atmosphérique – Exploitation commerciale de l'espace extra-atmosphérique." *Juris Classeur Droit International*, 10 Ağustos 2015.

Roscini, Marco. "Digital evidence as a means of proof before the International Court of Justice." *Journal of Conflict and Security Law*, no.21 (2016).

Rychlak, Ronald J. ve diğerleri. "Legal Certification of Digital Data: The Earth Resources Observation and Science Data Center Project." *Journal of Space Law*, no.33/1 (2003): 195-219.

Sandalinas, Jordi. "Satellite Imagery and Its Use as Evidence in the Proceedings of the International Criminal Court." *German Journal of Air and Space Law* 64, no.4 (2015): 666-675.

Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*. Çeviri ed. İbrahim Kaya/Yücel Acer. Ankara: TÜBA, 2018.

Shipman, Alan. "Authentication of Images." İç. *Evidence from Earth Observation Satellites*. Editör Ray Purdy ve Denise Leung. 359-377. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Smith, Lesley Jane ve Gina Petrovici. "Legal Aspects of Satellite Based Earth Observation – An Introduction." İç. *Satellite-Based Earth Observation. Trends and Challenges for Economy and Society*. Editör Christian Brünner ve diğerleri. 167-183. Cham: Springer, 2018.

Sohnle, Jochen. "L'Arrêt des Usines de Pâte à Papier de la CIJ du 20 Avril 2010." *Revue Juridique de l'environnement* 35 (2010): 605-625.

Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. İstanbul: Beta, 2017.

Tomka, Peter ve Vincent-Joel Proulx. "The Evidentiary Practice of the World Court." *Working Paper*, December 2015.

Trial International, La preuve audiovisuelle devant les instances internationales: Techniques et Admissibilité.

- Tronchetti, Fabio. "Legal Aspects of Satellite Remote Sensing." *İç. Handbook of Space Law*. Editör Frans von der Dunk ve Fabio Tronchetti. 501-53. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.
- Uluslararası Adalet Divanı İctüzüğü, Kabul Edilme Tarihi: 14 Nisan 1978, Yürürlüğe Girme Tarihi: 1 Temmuz 1978.
- Uluslararası Adalet Divanı Yargılama Talimatları, Kabul Edilme Tarihi 31 Ekim 2001.
- Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010, 14.
- Vatna, Loïc. "L'Affaire des Usines de Pâte à Papier sur le Fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay): Un Nouveau Différend Environnemental devant la Cour Internationale de Justice." *Revue Québécoise de Droit International* 22 (2009): 25-55.
- Williams, Maureen. "Satellite Evidence in International Institutions." *İç. Evidence from Earth Observation Satellites*. Editör Ray Purdy ve Denise Leung. 195-216. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

İSLAM HUKUKU YASAMA FAALİYETİ BAĞLAMINDA HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Evaluation of Hukuk-ı Aile Kararnamesi in the
Context of the Legislative Activity of Islamic Law*

Süleyman TEPE**

Öz

İçerisinde ağırlıklı olarak şer'î hukuka dair meselelerin yer aldığı Hukuk-ı Aile Kararnamesi İslam Hukuk tarihinde yasama faaliyeti bağlamında çok önemli bir konuma sahiptir. Tanzimat Dönemiyle başlayan kanunlaştırma faaliyetlerinin en önde gelen

* Bu makale, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, "Osmanlı Hukuku Yasama Faaliyeti Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi" başlıklı yayımlanmamış yüksek lisans tez çalışmamızdan türetilmiştir.

** Arş. Gör. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hukuk Tarihi Anabilim Dalı), suleyman.tepe@asbu.edu.tr, ORCID:0000-0002-6674-8738.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 19.12.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 06.03.2022.

Atıf/Citation: Tepe, Süleyman. "İslam Hukuku Yasama Faaliyeti Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2022): 253-327.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



düzenlemelerinden olan Hukuk-1 Aile Kararnamesi özellikle Hanefi mezhebi dışındaki içtihadî görüşlerin kanunlaştırılması bakımından Osmanlı hukuku yasama faaliyetinde mümtaz bir yerde durmaktadır. Dolayısıyla Hukuk-1 Aile Kararnamesi İslam yasama faaliyeti kuralları çerçevesinde hem hazırlanma usulü hem de içerdiği hükümlerin meşruluğu açısından incelenmesi gereken bir düzenlemedir.

Bu çalışmada Hukuk-1 Aile Kararnamesi gerek İslam ve gerek Osmanlı hukuku yasama faaliyeti açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır. Makalenin giriş kısmında; Hukuk-1 Aile Kararnamesinin Osmanlı hukuk müktesebatındaki yeri kısa bir şekilde izah edilmiş akabinde Hukuk-1 Aile Kararnamesinin hazırlanma sebepleri ile muhtevası hakkında bilgiler verilmiştir. Çalışmanın bir sonraki aşamasında ise genel hatlarıyla İslam Hukuku yasama faaliyeti ele alınmıştır. Bu ön bilgilerden sonra Hukuk-1 Aile Kararnamesinin nasıl bir usulle hazırlandığı izah edilmiştir. Akabinde İslam Hukuku yasama faaliyeti bağlamında Kararname incelenmiştir. Bu incelemede bilhassa daha önce Osmanlı hukuk uygulamasında çok sık rastlanmayan Hanefi görüşleri dışındaki hükümlerin “telfik amelîyesi” temelli meşruluk incelemesi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Hukuk-1 Aile Kararnamesi, Yasama Faaliyeti, Ülülemlr, Telfik.

Abstract

“Hukuk-1 Aile Kararnamesi”, which mainly includes issues related to sharia law, has a very important position in the history of Islamic Law in the context of legislative activity. “Hukuk-1 Aile Kararnamesi”, which is one of the leading regulations of the codification activities that started with the Tanzimat Period, stands in a distinguished place in terms of Ottoman Law Legislation, especially in terms of codifying the jurisprudence opinions other than the Hanafi Sect. Therefore, “Hukuk-1 Aile Kararnamesi” is a regulation that should be examined in terms

of both the method of preparation and the legitimacy of the provisions contained within the framework of the Islamic legislative activity rules.

In this study, Hukuk-ı Aile Kararnamesi has been tried to be evaluated in terms of both Islamic and Ottoman law legislative activities. In the introduction part of the article; The place of Hukuk-ı Aile Kararnamesi in the Ottoman legal acquis was briefly explained, and then information was given about the reasons for the preparation of Hukuk-ı Aile Kararnamesi and its content. In the next stage of the study, the legislative activity of Islamic law is discussed in general terms. After this preliminary information, it has been explained how Hukuk-ı Aile Kararnamesi was prepared. Subsequently, Hukuk-ı Aile Kararnamesi was examined in the context of Islamic law legislative activity. In this study, the legitimacy analysis of the provisions other than the Hanafi views, which was not very common in the Ottoman legal practice, was focused on, based on the "telfiq process".

Keywords: Islamic Law, Family Law Decree, Legislative Activity, Sovereign, Telfiq.

GİRİŞ

Osmanlı Devleti Klasik Devri'nde; mahkemeler önlerine hukuki uyuşmazlık geldiğinde öncelikle o uyuşmazlığın şer'i hukuka mı yoksa örfi hukuka mı ait olduğunu tespit eder ve buna göre uygulayacakları hukuk kuralını tayin ederdi. *Şer'i hukuk*; fıkıh usulünün belirlediği esaslar çerçevesinde Kur'an, sünnet, icma ve kıyas gibi İslam Hukuku kaynaklarına dayanılarak müçtehitlerin fıkıh kitaplarında düzenledikleri hukuki hükümlerdir.¹ *Örfi hukuk* ise; mali, toprak ve ceza hukuku gibi daha çok kamu hukuku alanında olmak üzere sınırlı

¹ Ahmet Akgündüz, "Osmanlı Hukukunda Şer'i Hukuk Örfi Hukuk İkilemi," *İslami Araştırma Dergisi* 12, no. 2 (1999): 117.

yasama yetkisi çerçevesinde şer'i hukukun aksini öngörmediği ve kamu yararının gerekli kıldığı konularda devlet başkanlarının emir ve fermanlarıyla yapılan düzenlemelere verilen isimdir.² Buna "örf-i padişahi" ve "örf-i munif-i sultani" de denir.³

Klasik Dönemde; eğer hâkimin önüne gelen vakıa şer'i hukuka ilişkinse; hâkim o meseleyi muteber fıkıh kitapları⁴ ve fetva mecmualarına müracaat ederek çözümlerdi. Tanzimat Devrine kadar devam eden bu sistemde hâkimler, şer'i hukuk sahasına giren ihtilafları; medreselerde ders kitabı olarak da okutulan başta; Molla Hüsrev'in *Dürerü'l-Hükkam* ve İbrahim Halebi'nin *Mülteka'l-Ebhur* eserleri olmak üzere *Hidaye*, *Kenzü'd-Dekaik*, *Kuduri'nin el-Muhtasarı*, *Vikaye* ve *Muhtar* gibi fıkıh kitaplarına⁵ ve *Fetava-yı Ebussuud Efendi*, *Fetava-yı Ali Efendi*, *Behcetü'l-Fetava*, *Fetava-yı Fevziyye*, *Neticetü'l Fetava*, *Fetava-yı Abdurrahim*, *Fetava-yı Ankaravi*, *el-Fetava'l-Hayriyye*, *el-Fetava'l-Hamidiyye*, ve *Fetava-yı Minkarizade* gibi dönemden döneme

² Halil Cin ve Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2017), 181. M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, (İstanbul: Beta, 2019), 67. Uzun yılların birikimi olan örfi hukukun önceleri özel parçalı bir yapısı varken sonraları genel kanunnameler şeklinde tedvin edilmiştir ki bunun sebebi kanun hakimiyetini sağlayarak ehl-i örf taifesinin keyfi uygulamalarının önüne geçmektir.

³ Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law* (Oxford: 1973), 169. Şeriat daha çok dini ve ahlaki idealleri vurgulayıp ferdin maslahatını düşünürken örfi hukuk ise daha çok devletin menfaatine yöneliktir. Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat," Çeviren Selahattin Eroğlu, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 26, (1984), 643.

⁴ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, (Konya: Atlas Akademi, 2018), 88 ve 96. Osmanlı devletinde fıkıh kitapları hem medreselerde ders kitabı olarak okutuluyor hem de kadıların aradığı hükmü bulmada yardımcı bir bilgi kaynağı olarak mahkemelerde kullanılıyordu. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 96.

⁵ TDV İslam Ansiklopedisi, "Şeriat," (2010); Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 97.

değişen muhtelif fetva mecmualarına müracaat ederek çözüme kavuştururdu.⁶

Dava konusu vakıa örfi hukuka ilişkinse; kadının ilk olarak o konuda düzenlenmiş kanunnamelere müracaat etmesi gerekirdi. Bir yasama faaliyeti ürünü olan *Kanunnameler*; daha çok idari, cezai, mali vb. hukuk dallarında dönemin şeyhülislamlarının fetvalarına dayanılarak devlet başkanlarının (*ülülemr*) emir ve fermanlarıyla oluşturulan kanun hükümlerinin aynen veya özet halde bir araya getirilmesi sonucu oluşan kanun mecmuaları (*mecelle*) demektir.⁷ Kadıların mahkemelerde örfi hukuk sahasına ilişkin meselelerde müracaat ettiği diğer bir kaynak ise *şer'iyye sicil defterleri*di. Önceki davaların hükmünün ve evlenme, boşanma, satış, vakıf kurma gibi kadı mahkemelerinde yapılması teamül haline gelen hukuki işlemlerin varlığını ispat etmede kullanılan ve örfi hukukun kaynağı⁸ olan hüküm, irade ve fermanların kaydedildiği yerler olan şer'iyeye sicil defterleri hem davaların ispatı hem hukuki istikrarın temini hem de şer'i hukuk ve örfi hukukun bilgi

⁶ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı'nın İlmîye Teşkilatı* (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1988), 197; TDV *İslam Ansiklopedisi*, "Fetva," (1995); Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 96-97.

⁷ TDV *İslam Ansiklopedisi*, "Kanunname," (2001); *Türk Hukuk Lügati*, "Kanunname," (Ankara: Başbakanlık Basım Evi, 1991), 188; Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, (İstanbul, 1990), 42-43.

⁸ Osmanlı devletinde örfi hukuk genelde ihtiyaç duyuldukça kısım münferit fermanlar, iradeler şeklinde oluşturulmuş, ilgisine ve mahkemelere gönderilmiş ve bir suretleri aynen veya özetlenerek şer'iyeye sicillerine kaydedilmiştir. M. Akif Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişi," *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, (İstanbul, 2004), 40; Halil İnalçık, "Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları," *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, no. 2 (1958): 123-124; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 93.

kaynağını oluşturması açısından Osmanlı hukuk sisteminde önemli bir yere sahip idi.⁹

Tanzimat sonrası döneme gelindiğinde; askeri, idari, iktisadi ve sosyal alanda meydana gelen köklü değişiklikler, Osmanlı Devletinde hem mahkemeler hem de hukuk kuralları alanında reformlar yapmayı zorunlu hale getirmişti. Bunun için bir taraftan; adli sahada Şer'îye Mahkemeleri'nin yanında Nizamiye Mahkemeleri¹⁰ ihdas edilmiş, diğer taraftan yasama faaliyeti sonucu Osmanlı hukuk müktesebatı modern anlamda kanunlaştırılmıştı.¹¹

Tanzimat sonrası Osmanlı Devleti'ndeki kanunlaştırma faaliyeti yürütülürken genel anlamda iki yöntem takip edilmekteydi. Bunlardan ilki tamamen veya kısmen Batılı kanunların Türkçeye çevrilmesi; ikincisi ise ülkede o zamana kadar uygulanmakta olan hem kanunnamelerde hem de muteber fıkıh kitaplarında mevcut olan hükümlerin kodifiye edilmesi yöntemi idi. *Askeri Ceza Kanunu (1838)*, *Ticaret Kanunu (1850)*, *Men'i İrtikab Kanunnamesi (1855)*, *Ceza Kanunnamesi (1858)*, *Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi (1861)*, *Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi (1863)*, *Tabiiyyet-i Osmaniye Kanunu (1869)*, *Usul-i Muhakemat-ı Cezaîyye Kanunnamesi (1879)* ve *Usul-i*

⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 99-100.

¹⁰ Bu mahkemeler, klasik dönemde de var olan tek hâkimli şer'îye mahkemelerinin yanında kurulan toplu hâkimli ticaret, hukuk ve ceza mahkemeleridir. *TDV İslam Ansiklopedisi*, "Nizâmiye Mahkemeleri," (2007).

¹¹ Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Devri kanunlaştırma hareketleri detaylı bilgi için bakınız. Mehmet Gayretli, *Tanzimat Sonrasından Cumhuriyete Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Hareketleri* (Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008); Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları," *Tarih Okulu İlk Bahar-Yaz*, no. 14 (2013): 163-200; Mustafa Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyeti Literatürü," *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 3, no. 5 (2005): 647-672.

Muhakemat-ı Hukukiyye Kanunu (1879) gibi düzenlemeler ilk yöntemle, *Ceza Kanunları (1840 ve 1851)*, *Arazi Kanunnamesi (1858)*, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (1869-76)*, *Usul-i Muhakeme-i Şer'iyeye Kararnamesi (1917)* ve *Hukuk-ı Aile Kararnamesi (1917)* gibi milli kanunlar ise ikinci yöntemle oluşturulmuş idi.¹²

Mezkûr kanunlardan *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*,¹³ Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki bir komisyon tarafından 1868 yılında başlanıp 1876 yılında tamamlanan 1851 maddeden ve 16 kitaptan oluşan İslam Hukuk tarihinin ilk kanun örneği sayılmaktaydı.¹⁴ Mecelle'nin içeriğine bakıldığında esas itibariyle borçlar, kısmen eşya ve yargılama hukukunun yer aldığı görülmektedir. Mecelle'ye, medeni hukukun en önemli dallarından biri olan aile hukukunu içermemesi nedeniyle tam manasıyla "medeni kanun" denilememekte idi.¹⁵ O dönemde Müslümanların aile hukukuna dair uyuşmazlıkları Nizamiye değil Şer'iyeye Mahkemeleri'nin yetkisi dahilindeydi. Şer'iyeye Mahkemelerinin önüne aile hukukuna dair bir mesele geldiğinde o alanı düzenleyen Mecelle gibi bir kanun olmadığı için tıpkı Klasik Dönemde olduğu gibi muteber fıkıh kitaplarına ve fetva mecmualarına müracaat edilmekteydi. Bu durum 1917 yılında çıkarılan Hukuk-ı Aile Kararnamesiyle değişmiş ve artık Şer'iyeye mahkemeleri aile hukukuyla ilgili meseleleri yürürlükte

¹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 424-30.

¹³ Detaylı bilgi için bakınız. Ahmet Şimşirgil ve E. Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle* (İstanbul: KTB Yayınları, 2008); TDV *İslam Ansiklopedisi*, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye,"(2003).

¹⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 427.

¹⁵ Mecelle'de aile hukukuna dair hükümlerin bulunmamasının sebebi; esas itibariyle Mecelle'nin Nizamiye Mahkemeleri'nde uygulanmak üzere hazırlanmış olmasına bağlanabilir. TDV *İslam Ansiklopedisi*, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye,".

olduğu süre içerisinde Hukuk-ı Aile Kararnamesine müracaat ederek çözümlenmiştir.¹⁶

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti'nin sonlarına doğru çok kısa bir dönem yürürlükte kalmış olmasına rağmen; İslam Hukuk tarihinde aile hukuku alanında İslam ülkelerinde kabul edilmiş ilk kanun olması hasebiyle çok değerli bir düzenlemedir. Daha önce bu alanda kanunlaştırma teşebbüsleri olmuş, fakat tamamlanamamıştır. Mesela; Hukuk-ı Aile Kararnamesinden yaklaşık kırk yıl önce Mısır'da Muhammed Kadri Paşa¹⁷ tarafından hazırlanan "*el-Ahkamü'ş-Şer'iyye fi'l-ahvali'ş-Şahsiyye*"¹⁸ adlı kanun taslağı yürürlüğe girmediği için o dönemde hususi bir çalışma olmaktan ileri gidememiştir. Kararname, ilk olma özelliği dolayısıyla bu tarihten sonra aile hukukunu kanunlaştırmak isteyen İslam ülkelerine de yol gösterici olmuştur.¹⁹

I. HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ'NİN İSLAM HUKUKU YASAMA FAALİYETİNDEKİ YERİ

Osmanlı Devleti'nin Anadolu ve Rumeli eyaletlerinde 16. asırdan itibaren kadı tayin beratlarında kadıların Hanefi

¹⁶ HAK m. 130 ile ilgili mahkeme kararı örneği için bakınız: İstanbul Müftülüğü Ş.S. Arşivi, Üsküdar Kadılığı, Sicil nu. 791, s. 68-69, Karar nu. 9, Aktaran: Gülsefa Uygur Muteber, *İslam Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015), 76-78.

¹⁷ TDV *İslam Ansiklopedisi*, "Muhammed Kadri Paşa,"(2005).

¹⁸ TDV *İslam Ansiklopedisi*, "*el-Ahkamü'ş-Şer'iyye fi'l-Ahvali'ş-Şahsiyye*,"(1988).

¹⁹ Örneğin; 1984 IFLA Malezya Aile Kanunu, HAK'ın eksikliklerinden dersler çıkarmış. HAK'tan birçok açıdan etkilenmiştir. Detaylı bir inceleme için bakınız. Ahmet Kılınç, "İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no. 2 (Ekim 2019): 623-662.

mezhebinin en sahih görüşleri (*esahh-ı akvali*) ile hüküm vermelerinin şart koşulması; ülkede Hanefi mezhebinin resmi mezhep olarak tatbik edildiğini göstermektedir.²⁰ Bu nedenle; 16. yüzyıldan itibaren hem mahkemelere hukuki görüş veren müftüler ve hem de mahkemelerde hüküm veren kadılar, Hanefi mezhebinin *esahh-ı akvaline* bağlı kalmışlardır.²¹ Ancak bazı zaruri durumlara binaen gerek Hanefi mezhebinin en sahih görüşünün ve gerekse Hanefi mezhebinin tüm görüşlerinin terk edilmesi ile ilgili nadir düzenlemelere zaman içerisinde rastlamak mümkündür.

Hanefi mezhebinin en sahih görüşünün terk edilmesine; para vakıfları mevzusunda mezhep içerisindeki zayıf kavil olan İmam Zufer'in görüşüne itibar edilerek Padişah tarafından bu tür vakıflara izin verilmesi²² ve aynı şekilde 1544 yılında Padişaha arz edilen ve onaylanan bir fetva ile Hanefi mezhebinin hakim görüşü olmayan genç kızların evlenmesinin veli iznine bağlanması²³ gibi düzenlemeler örnek olarak verilebilir. Hanefi

²⁰ Hanefi mezhebinin Osmanlı'da resmi mezhep olarak kabul edilmesinin temelinde İslam'ı ilk benimseyen Türk Devleti Karahanlı'ların Hanefi ekolünü tercih etmeleri yatmaktadır. Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 110. Vekalet akdinde vekil; zaman, mekan ve bazı mevzularda kayıtlanabildiğinden Padişah'ın vekili olan kadıların da Hanefi mezhebinin en sahih görüşleriyle hükmetmekle kayıtlamak caizdir. E. Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, (İstanbul: Arısanat, 2017), 161.

²¹ Örneğin; 1594 yılında İbrahim Halebi tarafından Hanefi mezhebinin en muteber görüşlerinin sistematik olarak kaleme alındığı "Mülteka'l-Ebhur" isimli eser, adeta resmi hukuk kodu olarak mahkemelerde tatbik olunmuştur. Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, 163.

²² Halil İnalçık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet*, (İstanbul, 2017), 51; M. Akif Aydın, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli* (Ankara: İsam Yayınları, 2020), 251.

²³ "... Kadıhan meseleleriyle hükmeden hakimın hükmi nafız olur mu? El-Cevap: Sene ihda ve hamsin ve tis'a miete (951 h.) tarihinde kudat veli izinsiz nikahı kabul etmemekle memurlardır." (Maruzat, m.8). Akgündüz, *Kanunnameler*, Cilt 4, 38.

mezhebinin tamamen terk edilmesine ise; Hz. Peygamber'e hakaret edip bunu itiyat haline getiren kimse tövbe etse dahi Hanefi mezhebinin aksine katlolunacağı hakkındaki²⁴ ve 1916 yılında yapılan nafaka bırakmadan eşi gaybubet etmiş kadınların Hanbeli mezhebine binaen fesh-i nikah talep edebileceklerine yönelik düzenlemeler²⁵ örnek olarak verilebilir.

Görüldüğü üzere Osmanlı Devleti hukukta birlik ve istikrarı temin etmek adına 16. asırdan 20. asırda oluşturulan Hukuk-ı Aile Kararnamesine kadar yukarıda örneklerini verdiğimiz çok az sayıdaki düzenlemeler dışında Hanefi mezhebini sıkı şekilde uygulamıştır. Ancak 1917 yılında tanzim edilen Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile tek mezhep usulü terk edilerek birden fazla muteber müçtehidin içtihatlarının alındığı yeni bir usule geçilmiştir. Bu yeni usul, genelde Hanefi mezhebi içtihatlarının terk edilerek diğer klasik fıkıh ekolleri olan Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerinin görüşlerinin tercih edilmesi şeklinde tezahür etmiştir. Bazen de bu değişim diğer mezhep görüşlerine gidilmeden Hanefi mezhebindeki hâkim görüş terk edilerek mezhep içindeki diğer imamların görüşlerinin tercih edilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır.²⁶ Tüm bunların yanı sıra ayrıca ileride değinileceği üzere Kararname'de bir meselede herhangi bir mezhebe bağlı olmayan İbn Şübrüme ve Ebû Bekr el-Esam gibi

²⁴ "... bizim eimmemiz kavliyle amelen tazir ve haps ile iktifa olunmayıp "katl olunur" diyen eimme kavliyle amel olunmak emrolunmuştur." (Maruzat, m.18). Akgündüz, *Kanunnameler*, Cilt 4, 42.

²⁵ İlgili irade-i seniyye için bakınız. *Ceride-i İlmiye*, Cilt 2, no. 20 (1916), 353.

²⁶ Tanzimat devrinde bırakın mezhep değiştirmek mezhep içi hâkim görüşün terk edilmesi dahi sıkı şekilde Hanefi görüşlerine bağlı olan Osmanlı Devleti'nde pek rastlanmayan bir gelişmedir. Örneğin; Mecelle hazırlanırken Kitabü'l-Havale'nin 692. maddesi Hanefi mezhebi içinde diğer imamlara göre daha az tanınan Züfer b. Hüzeyl'in görüşünün alınması neticesinde oluşturulması Ahmet Cevdet Paşa gibi büyük bir hukukçunun heyetten azledilmesinin sebeplerinden birini teşkil etmiştir. Aydın, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliye," 233.

müçtehitlerin de görüşleri kanunlaştırılmıştır (m.7). Dolayısıyla sıkı şekilde uygulanan Hanefi mezhebi içtihatlarının birçok meselede Kararname'ce terk edilmesi Osmanlı'nın aile hukukunda bir parametre değişikliğine gittiğini göstermektedir. Osmanlı devletinde yasama faaliyetinde yapılan mezkur anlayış farklılığının meşru olup olmadığının anlaşılabilmesi için çalışmanın bu aşamasında öncelikle; İslam hukuku yasama faaliyetinin genel hatlarıyla ele alınması gerekmektedir.

A. İslam Hukukunda Yasama Faaliyeti

İslam Hukukunda yasama faaliyeti “teşri”²⁷ kavramıyla ifade edilmektedir. İslam Hukukunda yasama faaliyeti; hakkında düzenleme yapılacak olan olay hükmünün İslam Hukuku kaynaklarından elde edilerek normatif kural haline getirilmesi demektir.²⁸ İslam Hukukundaki yasama fonksiyonu; egemen iradeye sahip ve kamu otoritesinin en yetkili görevlisi olan ülülemler²⁹ denilen devlet başkanı tarafından yerine getirilmektedir.³⁰ Bu fonksiyon son söz ülülemlere ait olmak üzere “şura meclisi” veya “ehli'l-hal ve'l-akd” gibi yardımcı meclisler

²⁷ Sözlükte: “yolu açık tutmak demek olan teşri; davarı kişinin kendi eliyle sulamak için çark, kova ve makara gibi aletlere gerek duyulmayan ve havuz sıkıntısının yaşanmadığı münasip bir su içme yerine götürmesidir”. Mütercim Âsım Efendi, *el-okyânûsu'l-basît fi tercemeti'l-kâmûsi'l-muhît kâmûsu'l-muhît tercümesi*, Cilt 4, Çeviren Mustafa Koç ve Eyüp Tanrıverdi, (2013), 3393.

²⁸ Muammer Vural, “Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese,” *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 36 (Erzurum, 2011), 182.

²⁹ Devletin yüksek otoritesini elinde tutan organ olan ülülemler; halife, sultan veya bunların yanında şura denen yardımcı meclis olabilir: Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 198.

³⁰ İbrahim Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması* (Ankara: Fecr Yayınları, 2020), 322.

yardımla da yerine getirilebilmektedir.³¹ Yasama organı olarak kabul edilen ülülemrin yaptığı düzenlemeler şer'i sınırlara riayet edilmek şartıyla bağlayıcı ve meşrudur.³² Dolayısıyla ülülemrin yasama faaliyeti, şer'i sınır ve ölçülere uygun olmak zorunda olduğundan sınırlı bir yasama faaliyetidir. Ülülemrin faaliyetleri sonucu şer-i şerife uygun olarak ortaya çıkan hükümlerin tamamına "*siyaset-i şer'iyye*"³³ adı verilmiştir.³⁴ Ülülemrin yaptığı bu tür tanzimlere "*kavani-i siyaset*" diyen İbn Kayyım, adalete uygun olan siyaset-i şer'iyyenin şeriatın bir parçası olduğunu söylemektedir.³⁵

İslam Hukukunda ülülemrin yapmış olduğu sınırlı yasama faaliyetinin düzenlenen hükmün niteliği açısından üç türü olduğu söylenebilir.

1. İlk Tür

İlk tür, bağlayıcı ve içtihadı kapalı olan, doğrudan ve açıkça Kur'an ve sünnetle belirlenen şer'i hükümlerin veya hakkında icma olan hususların uygulanmasını temin etmek amacıyla bir kanun şeklinde tanzim edilmesidir.³⁶ Buradaki hedef; nassların somut gerçeklere dönüşmesini ve İslam Hukukunun kural ve kaidelerinin çevre ve zaman şartlarıyla uyumlu olarak doğru bir

³¹ Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 199.

³² Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 199.

³³ Siyaset-i Şer'iyye: "Beşerin iyiliği, düzen ve intizamı için şeriatın kabul edip bağlayıcı kıldığı yüce hükümlerdir." Erdoğan, "Siyaset-i Şer'iyye," 510.

³⁴ Ahmet Akgündüz, *İslam Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku*, Cilt 1, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011), 141.

³⁵ İbnü'l-Kayyım el-Cevziyye, *İ'lamü'l-Muwaakk'in an-Rabbi'l-Alemîn*, Muhakkik: Muhammed Abdüsselam İbrahim, Cilt 4, (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1991), 283-284.

³⁶ Talip Türcan, *İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri* (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 1999), 206.

şekilde uygulanmasını sağlamaktır.³⁷ Akgündüz, bu başlık altındaki kanunların Şeyhülislama onaylatılmaya ihtiyacı olmadığını zira buradaki hükümlerin her Müslümanı bağlayan şer'i hükümlerin tedvini olduğunu söylemektedir.³⁸

Yavuz Sultan Selim ile Kanuni'nin Ceza Kanunnamesi'nde ve Dulkadiroğulları'na ait Kanunnamelerde yer alan hırsızlık, içki içme, yol kesme vb. meselelerdeki Şâri Teala tarafından belirlenen içtihada kapalı had ve kısas cezalarının kanunlaştırılması bu türe örnek olarak gösterilebilir.³⁹

2. İkinci Tür

İkinci tür, ülülemre tanınan sınırlı yasama yetkisine dayanılarak örfi hukuk temelli bazı hukuki düzenlemelerde bulunulmasıdır.⁴⁰ Yetkili yasama organı olan ülülemr İslâm hukukunun boşluk bıraktığı hususlarda, İslâm hukukuna aykırı olmamak üzere hukuk kuralı koyabilir.⁴¹ Ülülemre verilen bu

³⁷ Adnan Koşum, "İslam Hukukunda Siyaset-i Şer'iyye Kavramı," *İslam Araştırmaları Dergisi* 16, no. 3 (Ankara, 2003), 352.

³⁸ Ahmet Akgündüz, "Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'i Sınırları," *Osmanlı Ansiklopedisi*, Cilt 6, Editör Güler Eren, (Ankara: Yeni Türkiye Yayınları,1999), 403; Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 1990), 67.

³⁹ "Her sârikin ki, kat-ı yed ola..." (Alaüddevlle Bey Kanunnamesi, m.6). Akgündüz, *Kanunnameler*, Cilt 7, 156.

"Eğer bir kimesne adam öldürse, yerine kısas edeler." (Kanuni K., m.16). Akgündüz, *Kanunnameler*, Cilt 4, 299.

"Eğer bir kişinin kasd ile urub gözün ya dışın çıkarsa, kısas lazım ise kısas edip cürm alınmaya..." (Yavuz Sultan Selim Han Kanunnamesi, m.18). Akgündüz, *Kanunnameler*, Cilt 3, 91.

⁴⁰ Akgündüz, *İslam Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku*, Cilt 1, 141.

⁴¹ Allah'ın hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ana, baba, devlet gibi başka otoriteler de yükümlülük yükleyebilirler ve bunlara itaat gerekir. Buhârî, "Ahkâm," 4, 43; Müslim, "İmâre," 34, 38.

sınırlı yasama yetkisinin en önemli özelliği; mevcut içtihatlardan birinin tercih edilmesinden ziyade kamunun genel menfaati gözetilerek örf-adet gibi tali kaynaklardan yararlanılmak suretiyle düzenleyici işlemler yapılmasıdır.⁴² Bu vazifeyi uzman hukukçular yapabileceği gibi tecrübeli devlet adamları da yapabilir.⁴³ Hiç kuşkusuz bu tür hukuki düzenlemelerin ilmiye sınıfı aracılığıyla ilmi kontrollerden geçirilerek şer'î hukuka uygunluğu sağlanmalıdır.⁴⁴

İslam Hukuku, hakkında belli bir ceza belirlenmeyen tazir suçlarının cezalarını takdir etmeyi dönemin ülülemrine havale etmiştir. 1858 tarihli Ceza Kanunnamesindeki; *"tayin ve icrası şer'an emr-i ülülemre ait olan ta'zirin tayin-i derecatını dahi..."*⁴⁵ ifadesi bu yetkiyi vurgulamaktadır.⁴⁶ Dulkadiroğullarına ait Alaüddeve ve Bozok Kanunnamelerinin çoğu hükümleri ve Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanuni'ye ait Umumi Osmanlı Kanunnamelerinin birinci kısmını oluşturan ceza hükümleri bu yetki kullanılarak oluşturulmuştur.⁴⁷

Osmanlı Devleti döneminde, tazir cezaları dışında daha birçok meselenin tanziminde ülülemrin bu ikinci türdeki yasama faaliyeti kullanılmıştır. Örneğin cizye gibi şer'î vergilerle bazı örfi vergilerin tanzimi cinsinden olan mali düzenlemeler ve yaya, müselleme, voynuk, derbendçi, kapıkulu ve eyalet askerleri

⁴² Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 74.

⁴³ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 74.

⁴⁴ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 74.

⁴⁵ Seyit Ali Kahraman ve Ahmed Nezih Galitekin ve Cevdet Dadaş, *İlmiye Salnamesi* (İstanbul: İşaret Yayınları, 1998), 313.

⁴⁶ Ahmet Akgündüz "Osmanlı Hukukunda Şer'î Hukuk Örfi Hukuk İkilemi," *İslami Araştırma Dergisi*, 121.

⁴⁷ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 75-76.

ile alakalı bazı askeri düzenlemeler ve yasaknameler⁴⁸ aracılığıyla düzenlenen devlete ait madenler, tuzlalar, para basımı, gümrükler, kapanlar, sabun, hububat, susam vb. zaruri ihtiyaç maddelerinin tanzimi hep bu yetki kullanılarak yapılmıştır.⁴⁹

3. Üçüncü Tür

Üçüncü tür, ülülemrin mevcut içtihadî görüşlerden birini toplumun maslahatını esas alarak tercih edebilmesi veyahut hakkında içtihadî olarak da olsa bir hüküm olmayan meselelerde uzman hukukçuları toplayarak o meselede içtihat yapılmasını temin edebilmesidir.⁵⁰ İslam Hukukundaki bu tür yasama faaliyetinin temelinde başta Hz. Ömer⁵¹ olmak üzere İslam halifelerinin uygulamaları vardır.⁵²

⁴⁸ “Yasaknameler, genel olarak belirli bir işe ait kanun ve nizamlarla müeyyidelerini ve yasak-kuluna verilen salahiyetleri bildirmektedir”. İnalçık, “Osmanlı Hukukuna Giriş,” 124. “Yasaknameler; Osmanlı devletinin ilk devirlerinde padişahın belirli idari askeri ve mali sahalara ait meselelerdeki düzenleyici hükümlerini ve yasakların çiğnenmesi halinde tatbik edilecek cezaları içeren kanun hükümlerine denir.” Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 94.

⁴⁹ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 75-76.

⁵⁰ Devlet başkanı müçtehit sıfatına sahip ise doğrudan da yasama faaliyetine katılabilmektedir: TDV *İslam Ansiklopedisi*, “Anayasa,” (1991). Akgündüz’e göre gedik ve icareteyn müesseseleri bu şekilde çözülmüştür: Akgündüz, *İslam Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku*, Cilt 1, 143; TDV *İslam Ansiklopedisi*, “Gedik,” (1996).

⁵¹ Hz. Ömer’in, dedenin mirastaki payı hususundaki uygulaması böyle bir yasamaya örnek teşkil eder: Muammer Vural, “Dört Halife Döneminde Yasama Faaliyetinin İşleyişi ve Bazı Yasama Örnekleri (Hz. Ömer Dönemi),” *İlahiyat Tetkikleri Dergisi*, no. 44 (2015): 358-59.

⁵² Talip Türcan, “Hilafet Teorisindeki Dönüşümde Türk Siyaset Düşünürlerinin Rolü-Yasamanın Sekülerleşmesi Bağlamında Bir İnceleme,” *Uluslararası Türk Dünyasının İslamiyet’e Katkıları Sempozyumu* (Isparta, 2007), 302.

Yasama faaliyeti bir devlet fonksiyonu olduğu için müçtehitlerin içtihatları tek başına bir yasama faaliyeti olarak kabul edilemez,⁵³ müçtehitlerin yaptığı iş bir fıkıh doktrini oluşturmaktan ibarettir.⁵⁴ Dolayısıyla müçtehitler tarafından içtihat yoluyla hüküm elde edilmesinin bir yasama faaliyeti olarak değerlendirilebilmesi için kamu otoritesi tarafından emredilmesi ve bağlayıcı olması gerekmektedir.⁵⁵

İçtihatlar zanni bilgiye dayandığından aynı konudaki bir içtihat diğer içtihadı ortadan kaldıramayacaktır.⁵⁶ Bir içtihadın diğerinden daha kuvvetli olamaması hukuki hayatta istikrarı zedeleyeceğinden uygulamada birliği sağlamak adına içtihadi görüşlerden birinin tercih edilmesi gerekmektedir.⁵⁷ Ülülemler tarafından mevcut içtihadi görüşlerden birinin tercih edilip

⁵³ Hz. Peygamber'den sonra yapılan içtihat faaliyeti, devlet erki aracılığıyla yapılmadığı sürece yasama faaliyeti olarak adlandırılmayacak ve dolayısıyla maddi müeyyidelere bağlanmadığı için bağlayıcılık kazanamayacaktır. Türcan, *İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, 196-197. İctihat bağlayıcı olmadığı sürece ona yasama kuvveti anlamı verilmesi mümkün değildir. Muhammed Fârûk Nebhân, *İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, Çeviren Servet Armağan, (İstanbul, 1980), 367.

⁵⁴ Bu faaliyet; modern hukuktaki hukuk doktrini oluşturan uzman hukukçulara veya kanunları hazırlayan komisyonlara benzetilebilir: Vural, *Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese*,” 188.

⁵⁵ Türcan, *İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, 193.

⁵⁶ Mecelle madde 16: “İctihat, içtihat ile nakz olunmaz.” Bakınız. Kuyucaklızade Mehmet Atif Bey, *Küllî Kaideler Şerhi* (İstanbul: Himetevi Yayınları, 2020), 72-73.

⁵⁷ Asım Cüneyd Köksal, *Fıkıh ve Siyaset Osmanlılarda Siyaset-i Şer'iyye* (İstanbul: Klasik Yayınları, 2016), 48. Akgündüz'e göre; içtihadi konularda tamamen söz sahibi şeyhülislam ve müftülerdir, padişah içtihatlarından birini tercihe değil ancak kendisine arz edilen içtihadi görüşü tasdik edip etmemeye yetkilidir. Akgündüz, “Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'i Sınırları,” 407.

yasalaştırılması şeklindeki yasama faaliyeti, tek başına bağlayıcılık özelliği olmayan içtihadî hükümlerin bağlayıcı hale getirilmesi bakımından büyük öneme sahiptir.⁵⁸ İctihada açık (*müçtehedün-fih*) olan bir konuda devlet başkanı yasama faaliyeti sonucunda bu görüşlerden birini tercih ettiğinde insanlar artık o içtihat ile amel etmek durumundadırlar.⁵⁹

Devlet başkanının kamu yararı düşüncesiyle tercih etmiş olduğu görüş, *müfta-bih* görüş olmasa bile, yasalaşmış sayılacağından insanlar için bağlayıcı hale gelir.⁶⁰ Zira ülülemler aynı konudaki muhtelif içtihatlarından birini yasalaştırdıktan sonra İslam Hukukuna muğayir olmadığı sürece; "*Hakimin hükmü ihtilafları ortadan kaldırır*"⁶¹ kaidesi gereğince ihtilaflar ortadan kalkacak ve "*Ey İman edenler Allah'a, Peygamber'e ve sizden olan ülülemlere itaat edin*" (Nisa/59) ayeti mucebince tanzim edilen bu düzenlemeye uyulması mecburi bir hal alacaktır.⁶² Bu nedenle devlet başkanı maslahat gereği, caiz olan bazı işlem ve akitleri kanunen yasaklayabilir ve halkın zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlarını karşılamak için kesin hükümler ifade eden genel ilkelere ters düşmeyen kanunlar da çıkarabilir.⁶³

Yasama organı tarafından aynı konudaki farklı içtihatlarından birinin yasalaştırılması ile artık o içtihat başta hukuk kurallarının uygulayıcıları olmak üzere herkesi bağlar hale gelecektir. Bu husus Mecelle'nin gerekçesinde; "*Mesâil-i müctehedün-fihâda*

⁵⁸ Akgündüz, *İslam Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku*, Cilt 1, 142.

⁵⁹ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005), 409.

⁶⁰ TDV *İslam Ansiklopedisi*, "İctihad." (2000); Vural, *Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese*, 192.

⁶¹ Muhammed Emin İbn Abidin, *Reddül-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar*, Cilt 3, (Beyrut: Darül-Fikr, 1992), 412.

⁶² Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahu Sınırlandırması*, 343.

⁶³ Nebhân, *İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, 148-149.

İmâmü'l-müslimîn hazretleri herhangi kavî ile amel olunmak üzere emrederse mucebince amel olunmak vâcib olduğundan..."⁶⁴ ve Mecelle'nin 1801. maddesinde: "Ve kezalik bir müçtehidin bir hususta bir re'yi nâsa erfak ve maslahatı asra evkaf olduğuna binaen ânın re'yi ile amel olunmak üzere emr-i sultani sadır olsa ol hususta hakim ol müçtehidin emrine münafi diğer bir müçtehidin re'yi ile amel edemez, ederse hüküm nâfiz olmaz"⁶⁵ ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Hukuk-ı Aileden Münâkehât ve Müfârakâta Müteallik Lâyihâ-i Kânûniyenin Esbâb-ı Mucibesi hakkında komisyon tarafından tanzim edilen mazbatada: "*Filhakika umur-ı caizede maslahatı tazammun eden emr-i veliyyü'l-emre itaatin vücubu münker değildir*"⁶⁶ şeklinde izah edilmektedir.

Ülûlemin içtihadında açık bir mevzuda içtihatlardan birini tercih etmesi şeklindeki yasama faaliyetine ilk başta Sultan Melikşah'ın alimlere hazırlattığı "*Mesailü'l-Melikşahiye*" adlı hukuk kodu⁶⁷ örnek verilebilir.⁶⁸ Osmanlı devletinde Ebussuud

⁶⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Hazırlayan Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem, (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2017), 18.

⁶⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Cilt 4, 3260.

⁶⁶ Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı Özel Hukuk-I*, Cilt 2, 1670.

⁶⁷ "Kendi asrında ihtilaflara ve hukuki hayatta istikrarsızlıklara konu olan aile ve borçlar hukukuna ait bazı meselelerin resmen hal yoluna gidilmesi için çareler aramış ve neticede kendi zamanında hukuk alanındaki ihtisasları ile tanınan fakihleri bir araya getirerek konuyu halletmelerini istemiş ve bir araya gelen hukukçular ihtilaf edilen konuları tartıştıktan sonra asrın ihtiyacına uygun görüşleri tercih etmişler ve sultana arz etmişlerdir. Ve sultanın tasdikinden geçen bu arz el-Mesailü'l-Melikşahiye şeklinde kanunlaştırılmıştır." Akgündüz, "Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'i Sınırları," 407.

⁶⁸ Mehmet Çalışkan, *el-Hüseyinî el-Yezdî'nin el-Urâza fi'l-Hikâyeti's-Selcûkiyye Adlı Farsça Eserinin Türkçe Tercümesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019), 72-73. El-Mesailü'l-Melikşahiye üzerine yapılan bir inceleme için bakınız. Ömer Menekşe, "Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ'ilü'l-

Efendi'nin fetvalarından müteşekkil “*Maruzat*” ve “*Kanun-ı Cedid*” diye bilinen kanun mecmuaları da bu mahiyette tanzim edilmiştir.⁶⁹ Maruzat'taki meselelerin tamamı ya Hanefi mezhebindeki farklı görüşlerden asra uygun olanın tercihi veya başka mezheplere ait hukuki görüşlerin zaruret sebebiyle iktibas tarzındadır.⁷⁰ Osmanlı hukukunda nakit paraların vakfedilmesini caiz gören İmam Züfer'in görüşünün tercih edilmesi de bu türe örnek olarak verilebilir.⁷¹ Bazı Kanunname hükümlerinde az da olsa içtihadî hükümlerin kanunlaştırıldığı görülmektedir.⁷²

Şüphesiz bu türün en önemli örnekleri; içtihadî açık onlarca mesele hakkındaki hükümlerin yasama faaliyeti aracılığıyla kanunlaştırılıp bir araya toplanmasıyla oluşturulan “*Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*” ve “*Hukuk-ı Aile Kararnamesi*” gibi düzenlemelerdir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere; birden fazla mezhep ve müçtehidin görüşlerini kanunlaştırması açısından diğer düzenlemelere göre yasama faaliyeti açısından ayrılmaktadır.

Melikşâhiyye Fi'l-Kavâ'id-i Şer'iyye,” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 35 (2020): 565-598.

⁶⁹ Akgündüz, “Osmanlı Hukukunda Şer'i Hukuk Örfi Hukuk İkilemi,” 119; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 77.

⁷⁰ Akgündüz, “Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'i Sınırları,” 407.

⁷¹ Akgündüz, *İslam Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku*, Cilt 1, 142.

⁷² Örnek: “Kızı güç ile çekip gittikten sonra varsa nikah etse nikah fasiddir, tefrik edeler. Meğer ki, velisi ettiğini caiz görüp nikah ede. Yine bunculayın rızası ile nikah etse veli tecviz etmese küfüv olmadığı sebepten tefrik caizdir.” (932 Tarihli Bozok Kanunnamesi, m.19). Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 6, 228.

B. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin İslam Hukuku Yasama Faaliyeti Açısından Değerlendirilmesi

1917 yılında yürürlüğe giren Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Kanuni Esasi'nin 36. maddesinde düzenlenen muvakkat kanun usulü takip edilerek hazırlanmıştır.⁷³ 1917 yılında gerek aile kanunu hazırlamak gerek Mecelle'de yapılması düşünülen değişiklikleri gerçekleştirmek için İttihat ve Terakki Fırkası tarafından birtakım komisyonlar kurulmuştur. Kurulan bu komisyonlardan sadece Hukuk-ı Aile Komisyonu görevini tamamlayabilmiştir. Isparta mebusu Seydişehirli Mahmud Esad Efendi'nin⁷⁴ başkanlığında Hafız Şevket Efendi,⁷⁵ Akhisarlı Mustafa Fevzi Efendi,⁷⁶ Said Bey ve Ali Baş Hampa Efendi'den oluşan bu komisyon, 157 maddeden oluşan Kararname'yi hazırlamıştır. Hazırlanan bu metin muhtemelen büyük

⁷³ TDV *İslam Ansiklopedisi*, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi," (1998); Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 164.

⁷⁴ Mahmud Esad Efendi, zamanın en tanınmış hukukçularındandır. Tapu mevzuatının hazırlanmasında da rolü olmuştur. Mezkur şahıs Cumhuriyet Dönemi hukuk inkılabının baş aktörü olan Mahmud Esad Bozkurt'tan farklı bir kişidir.

⁷⁵ 1908'de Mekteb-i Mülkiye'ye Mecelle muallimi, 1910'da Mekteb-i Hukuk'a Ahkam-ı Vesâyâ ve Ferâiz muallimi olarak atanmıştır. Tevcih-i Cihat Nizamnamesi'nin tanzimi, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin tadili, Kanun-ı Medeni'nin tercüme edilmesi, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin tedvini ve Ahkam-ı Şahsiyye komisyonlarında üye olarak görev yapmıştır. Halife Abdülmecid'in imamlığı ve Fatih Camii'nde hatiplik görevlerinde bulunmuş, 1916'da Huzur derslerine muhatap olarak atanmıştır. 1951'de İstanbul'da vefat etmiştir. Muhammed Selman Çalışkan, "Darülfünun İlahiyat Fakültesi Tefsir ve Tefsir Tarihi Müderrislerinden Manisalizade Hafız Mustafa Şevket Efendi'nin Hayatı Ve Eserleri," *Dârülfünûn İlahiyat Sempozyumu* (İstanbul, 2010), 287-306.

⁷⁶ Kendisi Osmanlı ilim adamlarından olmasına rağmen laik kanunların iktibasında kayda değer emeği olan şahıslardandır. Mustafa Kemal'in sevdiği biri olan Mustafa Fevzi Efendi milletvekilliği ve bakanlık yapmıştır. Ekinci, "Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu," 2.

tartışmalara yol açacağı ve dolayısıyla kanunlaşması engelleneceği için Meclis-i Mebusân'a sevk edilmeyip 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihinde Sultan Reşad tarafından tasdik edilerek muvakkat kanun olarak yürürlüğe girmiştir. Kararname, bu özelliğinden dolayı şekli yönden tam bir kanun sayılmamasına rağmen tatbiki ve kendisine uyulması mecburiyetinden dolayı kanun hüküm ve kuvvetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi Meclis-i Mebusan'ın onayına sunulmadığı için "Kanun" değil "Kararname" olarak isimlendirilmiştir. Ama şu da unutulmamalıdır ki bu Kararname padişah tarafından onaylanmış sonra o dönemdeki resmi gazete olan Takvim-i Vekayi'de yayımlanmıştır yani bağlayıcılık kazanmıştır; bu nedenle bu Kararname'nin açıkça kanun fonksiyonu icra ettiği söylenebilir.⁷⁷

25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk-ı Aile Kararnamesi, yaklaşık yirmi ay yürürlükte kaldıktan sonra 19 Haziran 1919 tarihinde 7 maddelik "*Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Lağvı Hakkında Kararname*" ile ilga edilmiştir.⁷⁸ Bu İlga Kararnamesi'nin 2. maddesinde; ilgasından sonra

⁷⁷ İbrahim Tüfekçi, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler Sadreddin Efendi Örneği* (İstanbul: Pasifik Ofset, 2016), 46 ve 51.

⁷⁸ Bir kaynakta, Kararnâme'nin geçerliliğinin İstanbul hükümetinin işgalden sonra aldığı kararları meşru kabul etmeyen Anadolu hükümetine bağlı yerlerde 1926'ya, yani İsviçre medenî kanununun iktibasına kadar sürdüğü (Ekinci, "Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu," 5.); aynı şekilde başka bir kaynakta da TBMM'nin kabul ettiği 1920 tarih ve 7 sayılı Kanun gereğince Anadolu'da Medeni Kanun kabul edilinceye kadar *Kararname*'nin yürürlükte kaldığı iddia edilmektedir. (Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 493.) Ancak bu iddiaların geçersiz olduğuna dair bir çalışma için bakınız. Mahmut Esat Kalıpçı, "Hukuk-ı Aile Kararnamesinin İlgası İşlemi Keenlemyekun sayıldı mı?," *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Cilt 1, Editör Fethi Gedikli, (İstanbul: On İki Levha, 2016), 353-365.

Kararname'den önceki hükümlerin yürürlükte olduğu belirtilmektedir.⁷⁹

Kararname'nin kaldırılmasında devrin bazı Osmanlı ulehasının Kararname'yi çeşitli yönlerden eleştirmesi⁸⁰ etkili olmuştur. Örneğin Darülfünun müderrislerinden Sadreddin Efendi'nin, Sebülürreşad'da yayınlanan⁸¹ Hanefi mezhebi haricindeki müçtehitlerin içtihatlarının esas alındığı maddeleri eleştiren yirmi kadar makalesi⁸² ve o dönem sadrazam vekili olan Şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi'nin Kararname'yi ortadan kaldıran İlga Kararnamesi'ni bizzat imzalaması, bir kısım ulemanın Kararname'ye olan muhalefetini göstermektedir.⁸³

Hukuk Fakültesi müderrislerinden Abdullah Münib'in: "İşbu Kararname'de Müslümanlara ait mesailin bir kısmının bazıların iddiasına rağmen ekseriyetinin hılaf-ı şer-i şerif olduğu füruhtesi işbu ilga için sebab-i müessir olmuştur"⁸⁴ sözü; Kararname'nin ilgasına neden olan etkenlerden bir tanesinin de Kararname'nin şer-i şerife aykırılık taşıdığı yönündeki eleştiriler

⁷⁹ Düstur II. Tertip, Cilt 11, 299-301.

⁸⁰ Detaylı bir inceleme için bakınız. Ensar Durmuş ve Mehmet Ali Yargı, "1917 Tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler," *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 15 (2019): 312-363.

⁸¹ Sadreddin Efendi, "Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile ve Usul-u Muhakemat-ı Şeriyeye Kararnameleri Hakkındaki Makalelerinin Metni," *Sebülürreşâd* (İstanbul, 1918), <https://drive.google.com/file/d/1-vjcS81PA2-FB9EcwGwJg8Op5x18exE6/view?usp=sharing>.

⁸² Detaylı bir inceleme için bakınız. Ahmet Yasin Küçüktiryaki, *Osmanlı Aile Hukuku-Gelenek ve Modern Arasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2017); Abdurrahman Yazıcı, "Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri," *EKEV Akademi Dergisi*, no. 62 (2015): 567-584; Tüfekçi, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler Sadreddin Efendi Örneği* eserlerine bakınız.

⁸³ Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 200.

⁸⁴ Münib Abdurrahman, *Hukuk-ı Medeniye*, V-VI, 9, (Darülfünun Matbaası), 1340-1341, İstanbul; aktaran: Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 200.

olduğunu göstermektedir. Ancak bu Kararname'nin şer-i şerife aykırı olduğu iddiasına katılmak aşağıda tafsilatlı şekilde açıklayacağımız üzere mümkün değildir. Kararname'nin Birinci Dünya Savaşı'nın sıkıntılı günlerinde aceleye getirilerek hazırlanmış olması, Ahmed Cevdet Paşa gibi dirayetli bir hukukçunun komisyonda bulunmaması ve aile hukukunun nafaka, nesep ve hıdane gibi bazı mühim mevzularını ihtiva etmemesi, Kararname'nin şekil ve esas yönünden eksik kalmasına neden olmuştur. Bu nedenle biz, bu Kararname'nin ilgasının asıl sebebinin Kararname'nin şer-i şerife aykırılığı dolayısıyla değil; az önce saydığımız birtakım eksiklikleri dolayısıyla olduğu kanaatindeyiz.

İslam Hukukunda yasama faaliyeti icra edilirken bir takım şer'i sınırlara riayet edilmesi gerekmektedir. Yukarıda izah edildiği üzere kamu otoritesini elinde bulunduran ülülemr üç tür yasama faaliyeti yapabilir. Kararnameye bakıldığında ülülemre tanınan üç tür yasama yetkisinden üçünün de kullanıldığı görülmektedir. Kararname'nin İslam Yasama Faaliyetindeki yerinin tam olarak ortaya konulabilmesi için bu yasama faaliyetlerinin her birinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

1. İlk Tür

Yukarıda açıklandığı üzere; ülülemrin ilk yasama yetkisi türü; bağlayıcı ve içtihadı kapalı olan doğrudan ve açıkça Kur'an ve sünnetle belirlenen şer'i hükümlerin veya hakkında icma olan hususların uygulanmasını temin etmek amacıyla bir kanun biçiminde tanzim edilmesi şeklindedir. Bu tür yasama faaliyeti ile İslam Hukukunda tartışmaya kapalı hususlar tanzim edildiği için buradaki düzenlemelerin meşru olduğunda şüphe yoktur. Hukuk-ı Aile Kararnamesine bakıldığında bu tür hükümlere rastlamak mümkündür. Bunlara örnek vermek gerekirse;

Madde 13: *“Başkasının menkûhe ve mu’teddesiyle izdivac memnudur.”* Bu maddede evli veya iddet bekleyen kadınla evlenmenin yasak oluşu düzenlenmiştir. Evli kadınla evlenmenin yasak oluşu Nisa Suresi 24. Ayette: *“...evli kadınlar da size haram kılındı...”* ve iddet bekleyen kadınla evlenmenin yasak oluşu ise Bakara suresi 235. Ayette: *“Bekleme müddeti bitinceye kadar da nikâh yapmaya kalkışmayın...”* şeklinde açıkça beyan buyrulmuştur.

Madde 14: *“Menkûhe veya mu’tedde olarak dört zevcesi bulunan kimsenin diğer bir kadın ile izdivacı memnûdur.”* Bu madde ile; dört eşi olan veya iddet süresi devam eden eşiyile birlikte dört eşi hukuki uhdesinde bulunduran kocanın başka bir kadınla evliliği yasaklamıştır. Nisa Suresi 3. Ayette *“beğendiğiniz kadınlardan ikişer, üçer, dörder nikâhlayın...”* şeklindeki ifade ile evlilik dört kadınla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla İslam Hukukuna göre aynı anda beş veya daha fazla kadınla evli olmak yasaktır.⁸⁵

Madde 15: *“Bir kimse üç talak ile tatlîk eylediği kadını beynûnet-i kat’iyye bâki oldukça tezevviic edemez.”* Bu madde ile üç talak ile meydana gelen ayrılık sonrasında eşlerin kesin ayrılığa son verici bir neden oluşmadan bir araya gelemeyecekleri düzenlemiştir. Bu husus Bakara suresi 230. Ayette: *“İkinciden sonra koca eşini bir daha boşarsa, bundan sonra kadın, boşayandan başka bir koca ile evlenmedikçe ona helâl olmaz. İkinci koca da onu boşarsa, birinci kocası ile bu kadının, Allah’ın kurallarına riayet edecekleri kanaatine varırlarsa, tekrar evlilik hayatına dönmelerinde bir sakınca yoktur...”* şeklinde açıkça izah edilmiştir.

Madde 58: *“Gayrimüslimin bir müslimeyi tezevviücü bâtıldır.”* Bu maddeye göre Müslüman bir kızın gayrimüslim bir erkekle evlenmesi batıldır. Bu tür nikahların dinen yasak oluşu; Kur’an-

⁸⁵ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Cilt 2, (İstanbul, Bilmen Yayinevi), 112.

1 Kerim'im sarahatiyle,⁸⁶ hadis-i şerifle⁸⁷ ve icma-yı ümmet ile sabittir.⁸⁸

2. İkinci Tür

Yetkili yasama organı olan ülulemr, İslâm hukukunun boşluk bıraktığı hususlarda İslâm hukukuna aykırı olmamak üzere hukuk kuralı koyabilir. İslam Hukukçuları içtihatlarıyla evlenme ve boşanma ile ilgili mevzuları detaylı olarak ele aldığından bu alanda içerik anlamında bir boşluğun varlığından bahsetmek mümkün değildir. Ancak aile hukukunun düzenli bir şekilde işlenmesini temin etmek ve uygulamada ortaya çıkan sıkıntılara çözüm bulmak amacıyla Osmanlı Devleti bu alanda birtakım örfi düzenlemeler yapmıştır.⁸⁹ Örneğin nikahların gelişigüzel yapılmasının önüne geçmek ve aile kuruluşunda İslam Hukuk kurallarının uygulanmasını temin etmek amacıyla

⁸⁶ Bakara Suresi, 221. Ayet: “İman etmedikleri sürece, Allah'a ortak koşan erkeklerle, kadınlarınızı evlendirmeyin...” Müslüman kadınların Ehl-i kitap erkeklerle evlenmesi konusunda ise; İslam âlimleri, Mekke'den Medine'ye hicret edip gelen kadınlar hakkında nazil olan Mümtehine suresinin 10. ayetinden hareketle, Müslüman bir kadının, gayrimüslim erkekle evlenemeyeceğini ifade etmişlerdir. Bakınız: Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî el-Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Cilt 5, Muhakkik: Muhammed Sadık Kamhavi, (Beyrut: Daru İhyâü't-Turasi'l-Arabi, 1405), 328-331.

⁸⁷ “Biz ehl-i kitabın kadınlarıyla evlenebiliriz fakat onlar bizim kadınlarımızla evlenemez”. Ebi Ca'fer Muhammed Taberi İbn Cerir, *Camiü'l-Beyan fi Te'vili'l-Kur'an*, Cilt 4, Muhakkik: Ahmed Muhammed Şakir, (Müessesetü'r-Risale, 2000), 367.

⁸⁸ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 26; Diyanet Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı, 1 Aralık 2021, <https://kurul.diyaret.gov.tr/CevapAra/800/muslumankadingayrimuslimbi/erkekleevlenebilirmi?enc=OisAbR4bAkZg1HIImMxXRn5PJ8DgFEAoa2xtNuyterRk%3d>.

⁸⁹ Aydın, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, 96; Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 60.

bazı zamanlarda nikahların mahkemelerde kadılar tarafından⁹⁰ ya da kadıların verdiği izinname ile mahalle imamları tarafından kıyılması kuralı getirilmiştir.⁹¹ Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne bakıldığında bu tür ile ilgili aşağıdaki hükümler örnek verilebilir.

Madde: 90: *“Bir kızı tezvîc veya teslim için ebeveyn veya akrabasının zevceden akçe ve eşya-yı saire almaları memnudur.”* Burada eski Türk geleneğinin bir örneği olan ve İslam Hukukunda yeri olmayan “başlık” ve “kalın” parası olarak değerlendirilecek⁹² kocadan düğün karşılığında alınan para ve mallar yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin şer-i şerife aykırı olduğu söylenemez. Bilakis şer’i bir müessese olan mehrin önüne geçme potansiyeli olan uygulamaları önleyeceğinden bu maddenin şer’i hukuka hizmet ettiği söylenebilir.

Madde 37: *“Esna-yı akidde hâtıp ve mahtûbeden birinin ikâmetgâhı bulunan kazâ hâkimi veya bunun izinnâme-i mahsus ile me’zun kıldığı nâib hazır bulunup akidnâme-yi tanzim ve tescil eder.”* Kararname'nin bu maddesine göre; akid esnasında nişanlılardan birinin ikametgahında bulunan kaza hâkimi veya naibin hazır bulunup akdi düzenlemesi ve tescil etmesi gerekmektedir. Kararname gerekçesinde; iki şahit huzurunda bizzat karı ve koca arasında kıyılan nikahın İslam Hukukuna göre geçerli olduğu

⁹⁰ 1543 Tarihli bir fermanda “... bundan sonra nisadan bakire ve seyyibelerin yakın akrabaları ve kadı marifeti olmadan emr-i şerife muhalif kimse nikahlamaya...” denilmiştir. Abdurrahman Kurt, Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876), (Ankara: Sentez Yayıncılık, 2013), 43.

⁹¹ Kadıların sürekli gelir kaynaklarından birisi nikah kıyarken veya izinname verirken aldıkları harçlardır. Örneğin Fatih'e ait bir Kanunnamenin 49. maddesinde *“Kudat ... nikahtan bîkr ise otuz iki akçe, seyyibe ise on beş akçe alalar”* denmiştir. İmamların bölgenin en önemli adli ve idari yetkilisi olan kadıyı önemsemeyen ve kadıların önemli gelir elde etmesine yarayan izinnamesiz nikah kıyılması düşünülemez. Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 71.

⁹² Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 183.

ancak bu tür intizamsız nikahlar neticesinde birçok yolsuzluklar meydana geldiği belirtilmiştir. Yine gerekçede; getirilen tescil usulü ile nikah akdinin tevsiki, tarafların zina töhmetinden kurtarılması, ehil bir kişi tarafından nikah akitnâmesinin tanzim ve tescil edilmesiyle akdin varlığı, mehrin miktarı ve buna benzer birçok meselede zuhur edebilecek ihtilafların engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.⁹³ Bu kanun maddesi ile birtakım zararların engellenmesi ve bazı faydaların elde edilmesi hedeflenmektedir. Ayrıca 37. maddeye uygun yapılmayan evlilikler icap-kabul ve iki şahidin varlığı halinde kanuna aykırı olsa da şer'an geçerli kabul edilmektedir. Dolayısıyla birtakım maslahatlara binaen oluşturulan ve şer'i hakları ortadan kaldırmayan bu kanun maddesinin meşru olduğu söylenebilir.

Madde 110: *"Zevcesini tatlîk eden zevc keyfiyeti hâkime beyan etmeye mecburdur."* Bu madde ile boşanan taraflara belirli bir süre içinde boşanma kararlarını mahkemeye bildirme yükümlülüğü getirilmiştir.⁹⁴

Madde: 131: *"Mevadd-ı sâlîfe mûcebince tefrike dair sâdır olan hüküm talâk-ı bâini tazammun eder ve keyfiyet ale'l-usul tescîl edilir."* Bu maddede ise önceki maddeler mucebince tefrike dair sâdır olan hükmün talak-ı baini içereceği ve bu durumun tescil edileceği düzenlenmiştir. Hem 110. hem de 131. maddede getirilen boşamanın tescili işlemi ile gerek boşama işleminin ispatı gerek boşama neticesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin tayini açısından birtakım faydaların gözetildiği söylenebilir. Boşamanın tescilinde de nikahın tescili usulünde (m.37) olduğu gibi şer'i hukuku ortadan kaldırıncı veya

⁹³ Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 84-85.

⁹⁴ Avrupa'dan getirilen bu tescil usulünün İslam Hukukunda gereksiz olduğuna işaret eden Sadreddin Efendi; eşini boşayan kocanın bu durumu hâkime bildirmesi yükümlülüğünde; dava-yı sahiha vuku bulmadıkça şer'an hiçbir mecburiyetin olmaması gerektiğini söylemektedir. Sadreddin Efendi, "Makaleler," 157-158.

sınırlandırıcı bir durumdan bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla burada icra edilen yasama faaliyetinin şer-i şerife aykırı olduğu söylenemez.

Evliliği veya boşanmayı Kararname’de belirtildiği şekilde usulüne uygun yapmayan ve tescil ettirmeyenlerin nikahları ve talakları şer’an geçerli olmasına rağmen Ceza Kanunnamesinde bu tür durumlar için birtakım cezalar düzenlenmiştir. Buna göre nikah akdinin tertibinde usule uymayan koca ve varsa taraf vekillerine 1 aydan 6 aya, şahitlere 1 haftadan 1 aya, karısını boşayıp on beş gün⁹⁵ içerisinde durumu hâkime bildirmeyen kocanın 1 haftadan 1 aya kadar hapsedileceği hükmü getirilmiştir.⁹⁶ Osmanlı Devleti’nde hem Kararname hem de Ceza Kanunu’nda tertip edilen bu sistem evlenme ve boşanma usulünün dönemin ihtiyaçlarına binaen devlet başkanına tanınan sınırlı yasama faaliyeti ile şer-i şerife aykırılık oluşturulmadan düzenlendiğini göstermektedir.⁹⁷

3. Üçüncü Tür

Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelendiğinde, hükümlerinin ekserisinin içtihadî hükümlerin tercihi şeklinde oluşturulduğu görülecektir. Yukarıda İslam Hukuku yasama faaliyeti başlığı

⁹⁵ Sadreddin Efendi, Ceza Kanununda düzenlenen on beş gün içerisinde bildirim yükümlülüğünün az olduğunu en azından iddetin bitmesine kadar beklenmesi gerektiğini söylemektedir. Sonradan yapılan bir düzenleme ile ric’i talak ile yapılan boşamalarda “on beş gün” olan bildirim süresi “iddet müddeti” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikten memnun olan Sadreddin Efendi; bir bain talak ile boşanan eşlerin de ric’i talakta olduğu gibi nikahlarını yenilemeleri ile evliliğe tekrar dönebileceğini dolayısıyla tıpkı ric’i talakta olduğu gibi boşamadan sonra bildirim yükümlülüğü süresinin on beş gün değil iddet müddeti olması gerektiğini söylemektedir. Sadreddin Efendi, “Makaleler,” 158.

⁹⁶ Kanunu Cezanın 200. maddesinin 19 Rebiu’l-ahir 1332 Tarihli Zeyl-i Sanisinin Muaddil Kararname, Madde 1. Aktaran: Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 14 ve 104.

⁹⁷ Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 194.

altında izah edildiği üzere; hakkında birden çok muhtelif içtihat bulunan meselelerde yasama faaliyeti adı altında ülüemr denilen kamu otoritesi, mevcut içtihatlardan birini tercih ederek tüm halkın o hükme uymasını sağlayabilir. Ancak bu tür bir yasama faaliyeti icra edilirken bir takım şer'i sınırlara riayet edilmesi gerekmektedir. Zira bu husus tanzim edilen hükmün meşruluğu açısından çok önemlidir. Hukuk-ı Aile Kararnamesinin pek çok hükmünde Hanefi içtihatlarının terk edildiği görülmektedir. Alimlerin eleştirileri daha çok bu şekilde düzenlenen hükümler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu eleştirilerin odaklandığı nokta kararnamenin telfik yapılarak oluşturulduğu iddiasıdır.

Telfik; "تلفق" kelimesinin Arapça "tef'il" kalıbına sokulmuş halidir. Sözlükte, bir kumaş parçasını diğerine eklemleyip dikmek anlamına gelmektedir.⁹⁸ Fıkıh ıstılahında ise birden fazla mezhebin birbirine zıt olan görüşlerini belirli bir vaktada birleştirmek demektir.⁹⁹ Telfik temelde ikiye ayrılabilir: İlki icmaya aykırı olandır. Bu tür telfik neticesinde hiçbir müçtehitten sadır olmayan ve hiçbir mezhepte olmayan yeni bir görüş ortaya çıkmaktadır. Örneğin; Hanefi mezhebinde buluğa ermiş bir kadının nikahında velisinin izni şart değilken diğer mezheplerde şarttır. Maliki mezhebinde nikah akdinde şahitlerin bulunması gerekmez, diğer üç mezhepte gereklidir. Şafii mezhebinde nikah sırasında mehrin belirlenmesi şart değilken Maliki mezhebinde ise şarttır. Evlenmek isteyen taraflar bu üç mezhebin görüşünü cem ederek veliden izinsiz, şahitsiz ve mehirsiz nikah akdedecek olsalar mezheplerin birbirine muhtelif görüşlerini birleştirip hiçbir müçtehidin kabul etmediği bir görüş ortaya çıkarmış olurlar. Bu şekilde yapılan bir

⁹⁸ İbni Manzûr, *Lisanu'l-Arabi*, Cilt 10, (Beyrut: Dar-ı Sadır, h.1414), 330.

⁹⁹ *Türk Hukuk Lügati*, "Telfik," 332.

nikah akdi icmaya¹⁰⁰ aykırıdır.¹⁰¹ Yapılan bu telif ameliyesi, Kasım b. Kutlubuga, İbn Hacer Heytemi, Remli, Ömer b. Nüceym ve İbn Abidin'in de aralarında bulunduğu çok sayıda muhakkik fakih tarafından mutlak olarak haram kabul edilmekte ve bu konuda icmanın olduğu söylenmektedir.¹⁰²

¹⁰⁰ Burada velisiz, şahitsiz ve mehirsiz akdedilen nikah; ne Hanefi ne Şafii ne Maliki ne de herhangi bir müctehide göre sahih değildir. Demek ki bu tür bir nikahın sahih olmadığı noktasında icma vardır. İcmaen sahih olmayan bir akde sahihtir demek icmaya aykırı bir tutumdur ve caiz değildir. Muhammed Seyyid Bey, *Fıkıh Usulü-Giriş*, Yayına Hazırlayan Hasan Karayığit (İstanbul: Düşün Yayıncılık, 2010), 298; Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2002), 325. Başka bir açıdan buradaki icmadan kastedilen mana şöyle açıklanabilir: Molla Hüsrev ve el-Mahalli'ye göre: Bir konuda iki sahabe ihtilaf etse o konuda üçüncü bir söz söylemek caiz değildir. Çünkü o meselenin çözümü o iki sahabe görüşü çerçevesi içerisinde olacağı kesindir, burada icma vardır. Buna kıyasla aynı asırda yaşamış müctehitlerin bir konuda farklı da olsa serdettikleri görüşler o meselenin çözümü için icma oluşturur. Sonraki dönemlerde aynı konuda bu müctehitlerden farklı bir görüş ihdas etmek icmaya aykırı olduğu için caiz değildir. Abdulgani en-Nablusi, "Taklid ve Telif Hususunda Bir İnceleme," Çev: Ahmet Yaşar, *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Dergisi*, no. 11 (İzmir, 1998): 215. Ancak Senhuri bu tür bir icmayı kabul etmemektedir. Senhuri; bir konu hakkında o asırda yaşamış tüm müctehitlerin görüş serdetmesinin özellikle sonraki dönemlerde imkansız olduğunu dolayısıyla o konu hakkında sadece serdedilen görüşler içinde kalınması gerektiğini ve o görüşlerin dışında bir görüş beyan etmenin icmayı bozacağını söyleyenlerin hatalı bir tutum sergilediklerini söylemektedir. Ahmed Ferec Senhuri, *Mezheblerin Hükümleri Arasında Telif*, Çeviri: Hayreddin Karaman, <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/dortrisale/0181.htm>.

¹⁰¹ Atar, *Fıkıh Usulü*, 325; Hayreddin Karaman, *Fıkıh Usulü-İslam Hukukunun Kaynakları, Metodu ve Felsefesi*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013), 61.

¹⁰² Hayreddin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015), 226; Muhammed İbrahim Hafnâvî, *Tabsirü'n-Nüceba bi Hakikati'l-İctihad ve't-Taklîd ve't-Telif ve'l-İftâ* (Kahire: Darü'l-Hadis, 1995), 270 vd. aktaran: İhsan Şenocak, Telif, <https://ihsansenocak.com/telif-haram-midir/>.

Telfikin ikinci türü ise icmaya aykırı olmayan telifiktir. Bu tür telifikte bir meselede iki mezhebin farklı görüşleri tercih edilse de ortaya çıkan görüş başka bir mezhep veya müçtehidin görüşüyle örtüşmektedir. Örneğin; Maliki mezhebinde abdestin sıhhati için yıkanan azaların ovulması şartken Şafiilere göre şart değildir. Şafii mezhebine göre erkeğin kadına dokunması abdesti bozarken Malikilere göre bozmaz. Bir kişi bu iki mezhebin muhtelif görüşlerini cem ederek azaları ovmadan abdest alsın ve şehvet olmadan kadına dokunup namaz kılsa bu iki mezhebe göre namazı sahih değildir. Ancak abdest alırken azaların ovulmasını şart koşmayan ve kadına dokunmayı abdesti bozan şeylerden görmeyen Hanefi mezhebine göre; bu kişinin namazı sahihtir. Burada bir konuda mezheplerin muhtelif içtihatları sonucu ortaya çıkan görüş; diğer muteber bir mezhep tarafından kabul edilmiştir. Burada yapılan ameliye caizdir. Bu tür ameliyeler dini oyuncak haline getirmekten (*telaub'tan*) uzak, maslahata binaen güçlüğü giderme ve amelleri tashih gibi dinde meşru olan amaçlarla yapıldığından; Şafiilerden İbn Dakîkî'l-îyd, İzzüddin b. Abdusselam, Malikilerden Karafi, Hanefilerden İbn Hümam (Rahimehumullah) gibi büyük muhakkik alimlere göre caizdir.¹⁰³

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin izlediği usul; mezheplerin farklı görüşlerini bir yerde cem edip İslam Hukukunda hiç olmayan bir sonuca ulaşmak değil sadece o devrin zaruri sosyal ihtiyaçlarına uygun olan görüş hangi mezhebe aitse o mezhep ekolünü tercih etmekten ibarettir. Burada izlenen usul yukarıda izahı yapılan telifik usulüne değil olsa olsa "*mezhepte intikal*" usulüne benzetilebilir.¹⁰⁴

¹⁰³ Karaman, *Fıkıh Usûlü-İslam Hukukunun Kaynakları, Metodu ve Felsefesi*, 62.

¹⁰⁴ Ali Muhyiddin Karadağı, *İçtihad ve Fetva*, Çeviren Mustafa Bülent Dadaş, (İstanbul: Nida, 2019), 345.

Mezhebte intikal; bir konuda bir kimsenin intisab ettiği mezhebin verdiği hükmünden ayrılıp başka bir mezhebin görüşünü tercih etmesidir.¹⁰⁵ Dolayısıyla Kararnamenin telifik yöntemi kullanılarak oluşturulduğu iddiası yerinde değildir. Nitekim Seyyid Bey de hükümetçe tanzimine lüzum görülen kanun tasarısında başka mezheplerin hükümlerinin tercih edilmiş olduğunun görülmesi üzerine bunu telifik zannederek caiz olmadığını iddia edenlerin fahiş hata yaptığını söylemektedir.¹⁰⁶ Bu görüşü destekleyen Senhuri ise; içtimai hayatın değiştiğini, maslahat ve ihtiyaçların çapraşık bir hal aldığını ve yeni ortaya çıkan durumlardan birçok problemlerin doğduğunu; tüm bunların üstesinden gelmenin tek yolunun muteber mezheplerin hükümleri arasından seçim yapmak olduğunu; mezhepler arasından seçim yapma yönteminin ise ne bir içtihat faaliyeti ne de haram kabul edilen bir telifik ameliyesi olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁷ Akgündüz de amme maslahatı gerektiriyorsa mutata mezhep dışındaki mezheplerin

¹⁰⁵ Rahmi Telkenaroğlu, *Fıkıh Usulünde Muhattat ve Musavvibe* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2009), 226.

¹⁰⁶ Seyyid Bey, *Fıkıh Usulü-Giriş*, 300.

Devlet başkanının insanlar arası ilişkilere ve çağın maslahatına en uygun olan içtihadı tercih etmeye dinen ve fıkhî yetkili olduğunu söyleyen Seyyid Bey daha da ileri giderek; hükümet diğer ilim ve sanatlarda olduğu gibi devlet ve millet menfaatleri için faydalı ve zaruri bir gereksinim varsa Batı hukukundan da istifade edebileceğini zira “*Hikmet, Müslümanların zayıf edip de aramakta oldukları öz malıdır, nerede bulurlarsa onu almaya diğer milletlerden daha layık ve müstehaktır*” hadisi gereği bu usulün şer’an bir sakıncası olmadığını ifade etmektedir. Seyyid Bey, *Fıkıh Usulü-Giriş*, 154.

¹⁰⁷ Senhuri bu tür bir usulün; belki çok az yerde çoğu alim tarafından caiz kabul edilen; hüküm vazedilirken kastedilmemiş bazı telifik çeşitlerine yol açabileceğini bunun da toplumun ve fertlerin büyük menfaatleri olan yerde haramdan uzak, kast edilmeksizin oluşan telifikin caiz görülebileceğini söylemektedir. Senhuri, 1 Aralık 2021, <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/dortrisale/0181.htm>.

içtihatlarının da kanunlaştırılabileceğini belirtmektedir.¹⁰⁸ Çok daha geniş düşünen Zekiyüddin Şaban; Allah'ın kimseyi bizatihi bir müçtehide veya belirli bir mezhebe uymakla mükellef tutmadığını “Eğer bilmiyorsanız bilgi sahibi olanlara sorun.” (Nahl/43) ayeti gereğince insanlara şu veya bu fakihle sınırlı tutmaksızın ilim ehline başvurmayı emrettiğini söylemektedir.¹⁰⁹ Bu nedenle Zekiyüddin Şaban; yasama organının belirli bir mezhep ile bağlı kalmamasının caiz olduğunu hatta yasama organının “Allah sizin için kolaylık ister zorluk istemez” (Bakara/185) ayeti gereğince müçtehitlerin görüşleri arasından insanların hayrına olan şeyi gerçekleştirecek, ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde onları sıkıntı ve zorluğa sokmayacak ve zamanın ve çevrenin şartlarına en uygun hükmü seçmesi gerektiğini söylemektedir.¹¹⁰

Yukarıda da belirtildiği üzere Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne yönelik yapılan şer'i hukuka aykırı olduğu eleştirileri daha çok Hanefi içtihatlarının bırakılıp başka mezhep ve müçtehitlerin görüşlerinin tercih edildiği meseleler üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu noktada Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Hanefi mezhebi dışındaki hükümleri tek tek ele alınıp İslam Yasama faaliyeti bağlamında meşruluk incelemesi yapılması gerekmektedir.

a. Akıl Hastalarının Evlendirilmesi

İslam Hukukuna göre bir evlenme akdinin kurulabilmesi yani in'ikad etmesi için tarafların evlenme ehliyetine sahip olması ve icap-kabul iradelerinin usulüne uygun olarak açıklanması gerekmektedir. Akıl hastalarının evlenme ehliyeti

¹⁰⁸ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, Cilt 1, 61.

¹⁰⁹ Zekiyüddin Şâban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, (Ankara: TDV Yayınları, 2017), 581.

¹¹⁰ Şâban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, 582.

yoktur. Dolayısıyla akıl hastalarının kendi başlarına evlenmeleri mümkün değildir. Hanefi mezhebinin de içinde bulunduğu İslam hukukçularının çoğuna göre; akıl hastalarının velileri tarafından evlendirilmeleri sahihtir.¹¹¹ İmam Züfer ise hastalığın buluşdan sonra oluşması halinde akıl hastalarının kimse tarafından evlendirilemeyeceğini söylemektedir.¹¹² İmam Şafii; akıl hastası kız ise, evlilik şifaya vesile olacaksa baba veya dede bunlar yoksa hâkim tarafından evlendirilebileceğini, akıl hastası erkek ise; ancak ihtiyaca göre hâkimin evliliğe izin verebileceğini söylemektedir.¹¹³

Kararname gerekçesinde; Şafii mezhebinden yararlanılarak akıl hastalarının ancak zaruret halinde ve hâkimler tarafından evlendirilebilme esası getirildiği (m.9) ve bunun böyle tercih edilmesinde zamanın efkâr-ı hukukiye ve ictimaiyesinin etkili olduğu belirtilmektedir.¹¹⁴ Kararname bu tercih ile akıl hastalarının velileri tarafından herhangi bir şart koşulmaksızın evlenmelerine imkân veren Hanefi görüşünü¹¹⁵ terk etmiş, onun yerine Şafii görüşünü tercih etmiştir. Dolayısıyla burada bir konuda birden fazla mezhep veya müçtehidin farklı görüşlerinin bir araya getirilip İslam Hukukuna aykırı bir sonuca götüren telifik ameliyesinin değil, zamanın sosyal şartlarına ve hukuk anlayışına göre Şafii mezhebi görüşünün tercih edildiği görülmektedir. Dolayısıyla akıl hastalarının evlendirilmesi ile ilgili düzenlemenin şer'î hukuka aykırı olduğu söylenemez.

¹¹¹ TDV İslam Ansiklopedisi, "Cünûn." (1993); Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Cilt 1, (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 312.

¹¹² TDV İslam Ansiklopedisi, "Nikah," (2007).

¹¹³ Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî el-Kâhirî, *Muğni'l-Muhtac ila Marifeti Meani Elfazi'l-Minhac*, Cilt 4 (Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1994), 285; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Cilt 1, 312.

¹¹⁴ Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 79.

¹¹⁵ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 53.

b. Zinanın Hürmet-i Musahere Oluşturmaması

İslam Hukukunda belli dereceye kadar sıhri hısımlık, kan ve süt hısımlığında olduğu gibi evlenme engeli oluşturmaktadır. Sıhri hısımlık sebebiyle evlenilmesi ebediyen haram olan kadınlar dört başlık altında toplanmıştır. Bunlar; ilk olarak üvey anne ve üvey nine, sonra oğul ve erkek torunların eşleri, sonra kayınvalide ile eşin baba ve anne tarafından nineleri son olarak da eşin başka kocadan olan kızları ile kız torunlarıdır.¹¹⁶ Sıhriyet hısımlığı ile oluşan ebedi olmayan evlenme engeli ise kişinin belirli yakınlıktaki kadınları aynı anda nikahı altında bulunduramamasıdır.¹¹⁷

Sahih nikahla sıhriyet bağının kurulacağı noktasında tüm mezhepler görüş birliği içerisinde iken zina ile sıhriyet bağı kurabilmesi konusunda mezhepler arasında görüş farklılıkları vardır. Hanefi mezhebine göre sahih veya fasit nikahla ortaya çıkan sıhriyet haramlığı aynı şekilde zina sebebiyle de ortaya çıkmaktadır.¹¹⁸ Şafii mezhebi ise “*Haram şeyler helal şeyleri haram kılmaz*”¹¹⁹ hadis-i şerifine binaen haram olan zinanın ilahi nimetlerden olan sıhriyet hısımlığına engel oluşturmayacağı görüşünü benimsemiştir.¹²⁰

¹¹⁶ TDV İslam Ansiklopedisi, “Sıhriyet.” (2009).

¹¹⁷ Nisa Suresi 23. ayetiyle bir erkeğin iki kız kardeşi aynı anda nikahı altında bulundurması yasaklanmıştır. Ayrıca bir kadın halası ve teyzesiyle aynı nikah altında bulunamayacağı hadislerle sabittir. Buhari, “Nikah,” 28; Müslim, “Nikah,” 33-40.

¹¹⁸ Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Mebhut*, Cilt 10, Editör M. Cevat Akşit, (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008), 276. Hanefiler sadece cinsel ilişkiyi değil şehvetle öpme, dokunma ve tenasül uzvuna bakmanın da birer hürmeti musahere oluşturacağını söylemişlerdir. Aktar: “Sıhriyet,” 112.

¹¹⁹ İbni Mace, “Nikah,” 63.

¹²⁰ Şirbini, *Muğni'l-Muhtac İla Ma'rifeti Meani Elfazi'l-Minhac*, Cilt 4, 292; Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir Merginâni, *Delilleriyle Hanefi*

Hukuk-1 Aile Kararnamesi 13 ve 19. maddeleri arasında evlenilmesi yasak olanları düzenlemiştir. Kararname, 19. maddede sıhriyeti bir evlenme engeli olarak almış ancak zina sebebiyle oluşan sıhriyetten bahsetmemiştir. Kararname, esbab-ı mucibe layihasında zinanın ispatının güç olduğunu ve bu güçlük dolayısıyla sıhriyetin tespitinin zorlaşacağını ve bunun da aileler arasında gereksiz dava ve husumetlere sebep olacağını belirtmiştir.¹²¹

Kararname'nin 19. maddesinde evlenme engelleri sayılırken mezkûr gerekçelerden dolayı zina sebebiyle oluşan sıhriyetten bahsedilmemesi, Hanefi görüşünün¹²² terk edilip Şafii kavlinin tercih edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla bu hususta da telifik yapılmamış sadece mezhep tercihinde bulunulmuştur. İçtihatlardan birini seçerek mezhep tercihinde bulunmak ise şer'i hukuka aykırı bir durum olarak değerlendirilemez.

c. Evlenme Akdinin Kinayeli Lafızlarla Kurulamaması

İslam Hukukunda evliliğin mün'akid olabilmesi için rükünlerinin mevcut olması gerekmektedir. Hanefi mezhebine göre evlilik akdinin rükünleri icab ve kabulden ibarettir.¹²³ Hanefi görüşüne göre nikah akdinde icab ve kabul lafızları; "tenkih", "tezvic" ve bunlara benzer sarih ifadelerle olabileceği gibi "satış", "temlik", "hibe", "sadaka" gibi derhal bir şeyin

Fıkhı el-Hidaye, Cilt 2, Çeviren Ahmed Meylani, (İstanbul: Karaman Neşriyat), 11.

¹²¹ Çeker, *Osmanlı Hukuk-1 Aile Kararnamesi*, 81.

¹²² Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 94.

¹²³ Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali* (İstanbul: Erkam Yayınları, 2016), 156.

aynına malikiyeti ifade eden¹²⁴ kinayeli lafızlarla da olabilir.¹²⁵ Hanefilere göre; temlik ifade etmeyen “kira”, “rehin”, “ibra”, “vedia” gibi lafızlarla nikah akdedilemez.¹²⁶ Malikiler de Hanefiler gibi temlik gerektiren her lafızla nikah akdinin kurulabileceğini söylemektedir.¹²⁷ Şafii¹²⁸ ve Hanbeliler¹²⁹ ise nikahın yalnızca sarıh lafızlarla kurulabileceği görüşünü benimsemişlerdir.¹³⁰

Kararname'nin 36. maddesinde nikâhın “tenkih” ve “tezvic” gibi sarıh ifadelerle akdedilebileceğinden bahsedilmektedir. Buradan Kararname'nin nikah akdinin kurulmasını sadece sarıh lafızlara özgü kıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum, Hanefilerin kabul ettiği kinayeli sözcüklerle nikâh akdedilmesi görüşünün Kararname'ce terk edilerek nikah akdinin kurulmasını sadece sarıh lafızlara bağlayan Şafii ve Hanbeli kavillerinin tercih edildiğini göstermektedir. Kararname gerekçesinde; kinayeli lafızlarla nikah akdinin kurulması neticesinde taraflar arasında birtakım ihtilaflar oluşabileceği, nikahın “tenkih” ve “tezvic” lafızlarının yerine diğer dillerdeki -herkesin anlayabileceği-

¹²⁴ İbrahim Halebi, *İzahlı Mülteka el Ebhur*, Cilt 1, Çeviren Mustafa Uysal, (İstanbul: Dizerkonca Matbaası, 1968), 328; Serahsi, *Mebcut*, Cilt 5, 91-96.

¹²⁵ Serahsi, *Mebcut*, Cilt 5, 91; Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 16.

¹²⁶ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 157; Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 16.

¹²⁷ Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, (Kahire: Daru'l-Hadis, 2004), 32; Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 19.

¹²⁸ Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî en-Nevevî, *Minhacüt-Talibin ve Umdetül-Müftin fi'l-Fıkh* (Darü'l-fikr, 2005), 205.

¹²⁹ Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî, *el-Muğni*, Cilt 7, (Mektebetü'l-Kahire, 1968), 78.

¹³⁰ Merğînâni, *Delilleriyle Hanefî Fıkhı el-Hidaye*, Cilt 2, 5; Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 19.

karşılıkları ile kurulabileceği ve bu yöntemle nikahın her türlü şüpheden uzak kalmasının sağlanabileceği belirtilmiştir.¹³¹

Kararname burada da; bir konuda mezheplerin muhtelif görüşlerinin bir araya getirilmesi yöntemi olan telifik usulünü kullanmamış, sadece günün şartları gereği insanlara daha yararlı gördüğü iki müctehidin ortak görüşünü yasalastırmıştır. Dolayısıyla Hanefi mezhebinin terkedilmesi Kararname'nin mezkûr hükmünün meşruluğunu zedelemeyecektir.

d. Evlenme Akdinde Takyidi Şartlar Koşulabilmesi

Kararname'nin 38. maddesinde “*Üzerine evlenmemek veya evlendiği takdirde kendisi veya ikinci karısı boş olmak şartıyla evlenmek geçerli ve şart muteberdir*” demek suretiyle Hanefi mezhebinde olmayan nikâh akdinin bir takyidi şarta bağlanma meselesi Maliki mezhebinden¹³² alınarak düzenlemiştir. Hanefi mezhebine göre böyle bir takyidi şart geçersiz iken evlilik geçerlidir.¹³³ Maliki mezhebine göre; karı evlenmeden önce kendisini hanesinden veya beldesinden çıkarmamayı veya üzerine evlenmemeyi, çıkardığı ve evlendiği takdirde boşama salahiyetini kendi eline almayı veya üzerine alınacak diğer kadının boş olmasını şart koşabilir.¹³⁴ Kararnamenin 38. maddesinde düzenlenen bu husus Maliki mezhebinin tercihi olan evlendiği takdirde kadının ikinci evliliği feshettirme yetkisine dayanmaktadır.

38. maddenin gerekçesi; teaddüd-i zevcat'ın (çok kadınla evliliğin) vacibattan değil umur-i caizeden olduğunu dolayısıyla umur-i caizede tasarruf yetkisi olan veliyyü'l-emrin çok evliliği

¹³¹ Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 83.

¹³² İbn Kudame, *el-Muğni*, Cilt 7, 92-93.

¹³³ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 38.

¹³⁴ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 39-40.

yasaklayabileceğini veya diğer nikahlanmalarda ilk karıdan izin alma şartını getirebilme salahiyetinin olduğunu ancak şer-i şerifin çok evliliğe birtakım maslahatlardan dolayı cevaz vermesi ve kadın sayısının erkeklerden fazla olması nedeniyle çok evliliği yasaklamaktan ve karının iznine bağlamaktan vazgeçildiğini söylemektedir.¹³⁵ Teaddüd-i zevcâtn yasaklanmasını caiz gören bu anlayış Sadreddin Efendi tarafından eleştirilmiştir. Sadreddin Efendi, “*Ezmanın teğayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz*”¹³⁶ kaidesinin Komisyonca yanlış anlaşıldığını ve Allah'ın helal kıldığı çok eşlilik hakkının Peygamber tarafından bile haram kılınmamışken Kararname tarafından hiçbir şekilde kısıtlanamayacağını söylemiştir.¹³⁷

Kararname'nin gerekçesinde çok evliliğin yasaklanabileceğinden ama yasaklanma cihetine lüzum görülmediğinden bahsedilmektedir. Nitekim Kararnamenin 14. maddesinde “*Menkûhe ve mu'tedde olarak dört zevcesi bulunan kimsenin diğer bir kadın ile izdivacı memnudur*” ifadesi de çok evliliğin Kararname'de yasaklanmadığını göstermektedir. Gerekçede; çok evliliğin veliyyü'l-emr tarafından yasaklanabileceğinin belirtilmesi, dönemin sosyal ve siyasi şartları sebebiyle olduğu söylenebilir.

Son tahlilde Kararname çok evliliği men etmemiş sadece kendisine göre çok evliliğin ortadan kalkmasına yol açacak bir

¹³⁵ Gerekçe devamında, çok evliliğin men edilmesine lüzum olmadığını zira 38. maddede kariya tanınan; üzerine evlenmemek veya evlendiği takdirde kendisi veya ikinci karısı boş olmak şartını getirme imkânı zaten darraya (kumaya) tahammülü olmayan kadınlar tarafından sıkı bir şekilde kullanılacağını ayrıca çok evliliğin şartı olan kocanın karılarına âdil davranması bu zamanda mümkün olamayacağını söylemektedir. Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 89.

¹³⁶ Mecelle madde 39 için bakınız. Atıf Bey, *Külli Kaideler Şerhi*, 121-123.

¹³⁷ Sadreddin Efendi, çok evliliğin vacibattan değil caiz işlerden olması hasebiyle devletin bu hususlara müdahale imkanı olduğunu söyleyen görüşü reddetmektedir. Sadreddin Efendi, “*Makaleler*,” 127-129.

uygulama getirdiğini iddia etmiştir. Gerekçeden bağımsız olarak düşünüldüğünde Kararnamenin 38. maddesinde evlenme akdinde takyidi şartların getirilebileceği hükmünün düzenlenmesi birçok hususta da izlenen yöntem olan Hanefi içtihadının terk edilip diğer muteber içtihatların tercih edilmesinden ibarettir. Dolayısıyla 38. maddede ne bir telifik ameliyesinin ne de İslam usul ve esaslarına aykırı sonuç doğurucu bir durum olduğu söylenemez.

e. İkrahtan Altında Yapılan Nikah ve Talakın Geçersizliği

İslam Hukukunda evlenme akdinin tam bir şekilde gerçekleşebilmesi için in'ikat, sıhhat, lüzum ve nefaz şartlarının yerinde olması gerekmektedir. Evlenme beyanının ikrah altında geçerli olup olmadığı hususu evliliğin sıhhat şartlarıyla ilgilidir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi, hem evlenme hem de boşanma sırasında mükrehin (zorlanan, tehdit altında olan kişinin) yaptığı sözlü tasarrufları geçerli saymamıştır. Bu konu mezhepler arasında ihtilaflıdır.

Hanefi mezhebine göre ikrah altında yapılan nikah, kefaet (denklik) gibi bir sebep bulunmadıkça feshedilemez.¹³⁸ Hanefiler "rıza" ile "ihtiyar"ın birbirinden farklı olduğunu mükrehin o sözlerin anlamına rıza göstermese de sözleri söylemeyi irade ettiğini belirtmektedir.¹³⁹ Dolayısıyla; Hanefi mezhebine göre, ikrah altında her ne kadar söylenen lafzın manası kastedilmese de sözün ihtiyaren (tercihen) söylendiği ve kullanılan lafzın iradenin yerine geçtiği belirtilmekte; bu noktada mükrehin yaptığı sözlü tasarruflar hâzilin (şaka kaydıyla tasarrufta bulunan kişinin) yaptığı sözlü işlemlere benzetilerek geçerli

¹³⁸ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 23.

¹³⁹ TDV İslam Ansiklopedisi, "Talâk," (2000).

sayılmaktadır.¹⁴⁰ Zira hâzil de söylediği şeyi kastetmese de kendi ihtiyarıyla o lafzı beyan etmektedir. Hâzilin yaptığı sözlü tasarruflar “*üç şeyin ciddisi de ciddi şakası da ciddidir; nikah, talak ve ric'at*”¹⁴¹ hadisine dayandırılarak üç yerde geçerli sayılmaktadır.¹⁴²

Şafii mezhebine bakıldığında ikrah altında yapılan evlenme ve boşanma gibi sözlü tasarrufları geçerli saymadığı görülecektir. Şafiiler, sözlü tasarrufun gerçekleşmesi için kastın varlığını şart koşmakta,¹⁴³ bir tehlike altında yapılan nikah ve talak gibi sözlü tasarruflarda ise kast olamayacağını ve bu durumda beyan edilen nikah veya talak ile ilgili sözlerin tehlikeyi savuşturmak için yapıldığını söylemektedir.¹⁴⁴ Şafiiler, bu konuda ilk olarak; “*Şüphesiz Allah, ümmetimden hata, unutmaya ve yapmaya zorlandıkları şeyin hükmünü kaldırmıştır*”¹⁴⁵ ve “*İkrah altında (iğlakta) talak yoktur*”¹⁴⁶ hadis-i şeriflerine dayanmaktadır.¹⁴⁷ Şafiilerin mükrehin sözlü tasarruflarının geçersizliğine dair diğer delili ise: “*kalbi imanla dolu olduğu halde zorlanan kimse hariç, inandıktan sonra Allah'ı inkâr eden ... için büyük bir azap vardır*” (Nahl 106) şeklindeki ayet-i kerimedir. Bu

¹⁴⁰ Abdül-Kerim Zeydan, *el-Veciz fi Usul'il-Fıkh* (Dımeşk: Risale, 2015), 128.

¹⁴¹ Ebu Davud, 2194; Tirmizi, 122; İbni Mace, 2039.

¹⁴² Hanefiler bu delile ek olarak şu ayet-i kerimeyi de delil olarak getirmektedirler: “*Böylece (kocasını onu (iki hakkını da kullandıktan sonra üçüncü defa) boşarsa, artık bundan sonra (o kadını) ondan başka bir koca ile evlenmedikçe ona helâl olmaz.*” (Bakara 230). Ayette kocanın boşamasının ikrah ayrımı yapılmaksızın mutlak geldiği dolayısıyla ister ikrah altında olunsun ister olunmasın boşamanın geçerli olacağı söylenmektedir: Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, 366.

¹⁴³ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 24.

¹⁴⁴ Zeydan, *el-Veciz fi Usul'il-Fıkh*, 129.

¹⁴⁵ Buhârî, *Talâk*, II, İlm, 44; İbn Mâce, *Talâk*, 16-20.

¹⁴⁶ İbni Mace, 2046; Ahmed fi müsned, 26360.

¹⁴⁷ Şirbini, *Mugni'l-Muhtac İla Ma'rifeti Meani Elfazi'l-Minhac*, Cilt 4, 470.

ayet-i kerimeye göre; ikrah altında serdedilen küfür sözler geçerli sayılmamıştır.¹⁴⁸ İslam Hukukunda küfre düşen kimse eşinden ayrılır, mallarına el koyulur ve şartları gerçekleşmişse katledilir. Görüldüğü üzere İslam Hukukunda küfre girmenin ağır sonuçları vardır. İmam Şafii, boşamanın ise mehir ve nafaka gibi küfre girmeye nispetle daha hafif sonuçlar doğuracağını dolayısıyla mükrehin küfür sözleri geçerli sayılmamışken daha hafif sonuçları olan 'talak'a dair sözlerinin de geçerli sayılmayacağını söylemektedir.¹⁴⁹

Malikiler de ikrah altında yapılan sözlü tasarrufların tıpkı Şafiiler gibi geçersiz olduğunu söylemektedir. Buna göre Malikiler de ikrah altında kast unsuru oluşmayacağını ve nasıl ki ikrah altında küfür söz bir anlam ifade etmiyorsa aynı şekilde mükrehin talaka yönelik sözlerinin de bir anlam ifade etmeyeceğini söylemektedir.¹⁵⁰

Hukuk-ı Aile Kararnamesinde; Hanefi görüşünden ayrılıp Şafii görüşü tercih edilerek mükrehin nikâhının fâsit olduğu kabul edilmiştir (m.57). Bu görüşün; birçok namuslu kadının kaçırılıp cebir ve şiddet altında kötü kimselerle nikahlandırılması ve bunun neticesinde büyük zararların ortaya çıkmasını engellemek için tercih edildiği Kararname'nin esbab-ı mucibe layihasında belirtilmiştir.¹⁵¹ Kararnamede, evlenmede (m.57) olduğu gibi boşanmada da ikrah altında yapılan boşamaların geçerli olmayacağı görüşü tercih edilmiştir (m.105). Bu maddenin gerekçesinde; günün şartlarına daha uygun olduğu için Malik'i görüşünün tercih edildiği belirtilmiştir.¹⁵²

¹⁴⁸ Şirbini, *Mugni'l-Muhtac İla Ma'rifeti Meani Elfazi'l-Minhac*, Cilt 4, 470.

¹⁴⁹ Zeydan, *el-Veciz fi Usul'il-Fıkıh*, 128.

¹⁵⁰ Muhammed Abdülazim ez-Zurkani, *Şerhü'z-Zurkani ale'l-Muvatta'*, Cilt 3, (Kahire: Mektebetü'l-Sekafeti'l-Diniyye, 2003), 330; Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, 101.

¹⁵¹ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 23-24; Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 89.

¹⁵² Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 95.

Görüldüğü üzere mükrehin nikahı ve talakı hususunda da Hukuk-ı Aile Kararnamesi mezheplerin farklı görüşlerini bir yerde toplamak yerine günün ihtiyaçlarına en iyi şekilde cevap vereceğini düşündüğü mezhebin görüşünü yasalaştırmıştır. Kararname burada da bir telifik ameliyesi yapmamış uygun gördüğü mezhebin görüşünü tercih etmiştir. Dolayısıyla Kararname'nin bu maddelerinin de meşru bir biçimde tanzim edildiği görülmektedir.

f. Mehrin Alt Sınırının Belirlenmemesi¹⁵³

Kararname, mehir için alt ve üst sınır belirlememiştir (m.80-90). Mehir için üst bir sınırın olmadığı hususunda İslam hukukçularının icması vardır.¹⁵⁴ Mehrin asgari ölçüsünün olup olmadığı noktasında ise farklı görüşler mevcuttur. Hanefilere göre mehrin asgari sınırı Peygamber Efendimiz zamanında yaklaşık iki koyun değerine tekabül eden on dirhem gümüştür.¹⁵⁵ Malikilere göre mehrin alt sınırı; saf altından bir dinarın dörtte biri veya saf gümüştten üç dirhem veya bunların kıymetlerine muadil bir maldır.¹⁵⁶ İmam Şafii'ye göre ise; mehrin

¹⁵³ 1872 yılında gençlerin evlenmesini kolaylaştırmak için mehre alt ve üst sınır getiren bir ferman dikkat çekicidir. Bu fermana göre halk servet durumuna göre dört sınıfa taksim edilmiş. İlk sınıfta olanların izdivaçlarında mehri müeccel en fazla 10 adet mecdiye yüzlük altın değerini, ikinci sınıfta olanların mehri müecceli 5 adet mecdiye yüzlük altın değerini, üçüncü sınıfta bulunanlar 3 adet mecdiye yüzlük altın kıymetini geçemeyecek dördüncü sınıfta olanlar ise en az 30 en fazla 100 kuruş mehri müeccel tayin edebileceklerdir. Düstur, 1. Tertip, cilt 1, "İzdivac ve Tenakih Maddesi Hakkında Tenbihatı Havi İlanname," 736.

¹⁵⁴ TDV İslam Ansiklopedisi, "Mehir," (2003).

¹⁵⁵ Serahsi, *Mebcut*, Cilt 5, 124.

¹⁵⁶ Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, 45; Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 116.

alt sınırı olmayıp satım akdinde bedel olmaya elverişli olan her şey nikah akdinde de mehir olmaya elverişlidir.¹⁵⁷

Hanefilerdeki mehrin asgari ölçüsü; on dirhem gümüş gibi çok az bir değere tekabül ettiğinden Kararname'de mehrin alt sınırı olarak belirlenmemiştir¹⁵⁸ (m.80-90). Burada, mehrin alt sınırını belirlemeyen ancak on dirhemden az olmamasını da müstehab kabul eden İmam Ahmed b. Hanbel'in görüşüne¹⁵⁹ ve mehrin en azı diye bir şey yoktur alım satımlarda satın alınan mala karşılık olarak verilebilen her şey mehir olabilir, diyen İmamı Şafii'nin kavline¹⁶⁰ itibar edildiği söylenebilir.

Hukuk-1 Aile Kararnamesi yukarıda anlatılan mehrin alt sınırıyla ilgili meselede Hanefi mezhebi görüşünü terk ederek başka müctehitlerin ortak görüşünü tercih etmiştir. Dolayısıyla Kararname'nin bu hükmünde de haram telakki edilen mezheplerin bir konudaki muhtelif görüşlerinin cem edilip ortaya hiçbir mezhep veya müctehidin kabul etmediği bir sonuç ortaya çıkmasına sebep olan tefrik ameliyesinin işletildiği söylenemez.

g. Tefrik Sebeplerinin Genişletilmesi

Hukuk-1 Aile Kararnamesi, karının hâkimden tefrik isteme (*hıyar-ı tefrik*) haklarını oldukça sınırlı tutmuş olan Hanefi mezhebi görüşünü terk etmiştir. Lügatte birbirinden ayırmak manasına gelen tefrik,¹⁶¹ kazai olarak eşleri boşamak demektir. İslam Hukuku, boşama yetkisini kocaya vermiştir. Boşama

¹⁵⁷ Serahsi, *Mebcut*, Cilt 5, 124.

¹⁵⁸ Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 183.

¹⁵⁹ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 116.

¹⁶⁰ Merginâni, *el-Hidaye*, Cilt 2, 29.

¹⁶¹ Elmalılı Hamdi Yazır, *İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu*, Cilt 5, (İstanbul: Eser Neşriyat, 1997), 286.

yetkisine sahip olmayan kadınların belirli şartlar dahilinde mahkemeye gidip hâkim kararıyla boşanma imkânı vardır. Kadının hangi durumlarda mahkemeye başvurarak boşanma talep edebileceği hususunda mezheplerin ihtilafı görüşleri vardır. Hanefi mezhebine göre kendisinde birleşmeye engel bir hastalık olmayan kadın, nikahtan sonra kocasının cüb¹⁶² ve innet¹⁶³ gibi cimaya mâni bir ayıbın olduğunu öğrendiğinde daha önce birleşme vaki olmamak şartıyla hâkime başvurarak tefrik talep edebilir.¹⁶⁴ Hanefi mezhebinin hâkim görüşüne göre kadın mezkûr iki ayıp dışında başka bir sebepten dolayı tefrik talep edemez.¹⁶⁵

Hukuk-ı Aile Kararnamesi inneti bir tefrik sebebi olarak almıştır (m.119-121). Buna göre birleşmeye mâni bir ayıbı olmayan kadın daha önce cima olmamak şartıyla kocasındaki innet hastalığından dolayı hâkimden tefrik talebinde bulunur, hâkim innetin zail olacağını düşünüyorsa duruşma gününden itibaren tefriki bir yıl erteler, bu müddet zarfında hastalık zail olmaz, koca boşamaya yanaşmaz ve karı tefrik talebini hâlâ sürdürürse hâkim tarafları tefrik eder (m.121). Hukuk-ı Aile Kararnamesi, innet hastalığıyla yetinmemiş; bu sebebe ek olarak İmam Muhammed'in görüşü olan; birleşmeye engelleyen cüzzam, baras, illet-i zühreviye ve cünun gibi rahatsızlıkları da (m.119-123) kazai boşama sebebi olarak kabul etmiştir.¹⁶⁶ Kararname'ye göre; kendisinde birleşmeye engel bir hastalık olmayan karı (m.119); cüzzam, baras ve illet-i zühreviye gibi zararı dokunmadan birlikteliğin imkansız olduğu hastalıkların

¹⁶² Cüb: Erkeklik uzvuyla beraber erkeklik yumurtalığının beraber kesilmiş bulunması halidir. Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 345.

¹⁶³ İnnet: Erkeğin iktidarsız olma halidir. İnnin yani iktidarsız erkek; erkeklik organı olduğu halde cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyen kişidir. Yazır, *Kamus*, Cilt 2, 513.

¹⁶⁴ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 349.

¹⁶⁵ Merginâni, *el-Hidaye*, Cilt 2, 135.

¹⁶⁶ TDV İslam Ansiklopedisi, "Tefrik," (2011).

kocada olduğunu öğrendikten sonra hâkimden tefrik talebinde bulunabilecektir (m.122). Ancak karının bu ayıbı nikahtan önce bilmiyor ve nikahtan sonra bu hastalıklara rıza göstermemiş olması gerekmektedir (m.120). Eğer bu hastalığın yok olacağı düşünülüyorsa hâkim tefriki bir yıl erteler. Bu müddet içerisinde hastalık zail olmaz, boşama yetkisi olan koca bu hakkını kullanmaya yanaşmaz ve karı tefrik talebinde hâlâ ısrarcı olursa hâkim tefrike hükmeder. 123. maddeye göre ise; nikah akdinden sonra koca akıl hastası (cünun) olsa ve karı bu duruma rıza göstermeyip hâkimden tefrik talebinde bulunsa hâkim tefriki bir yıl erteler. Bu süre zarfında akıl hastalığı zail olmaz ve karı tefrik talebinde hâlâ ısrarcı olursa hâkim tefrike hükmeder.¹⁶⁷

Kararname bir sonraki tefrik sebebi olarak kocanın mefkud¹⁶⁸ olması hususunu düzenlemiştir. 126. maddeye göre; koca, nafaka bırakmadan mefkud olursa tefrik kararı verilebilmesi için karının tefrik talebinde bulunması ve nafaka tahsilinin imkânsız olması yeterlidir. Burada, karıya tefrik hakkı vermeyen Hanefi içtihadı bırakılıp tefrik hakkı tanıyan Maliki ve Hanbeli¹⁶⁹ mezheplerinin görüşü tercih edilmiştir.¹⁷⁰ 127. maddeye göre; karı, nafaka bıraktığı halde kaybolan kocadan ayrılmak için mahkemeye tefrik müracaatında bulunur. Mahkeme kocanın nerede olduğu ve yaşayıp yaşamadığına dair

¹⁶⁷ Kararnamede madde 119-123 arasında düzenlenen kadına erkeğin hangi hastalıklarında hıyar-ı tefrik hakkı verileceği hususunda, tıpkı "Maruzat"ta olduğu gibi Hanefi mezhebinin hâkim görüşü terk edilmiş ve daha az tercih edilen İmam Muhammed'in görüşü tercih edilmiştir.

¹⁶⁸ Mefkud; lügatte kaybolan şey demektir. Yazır, *Kamus*, Cilt 3, 397. İstilahta ise mekânı, yaşadığı ve öldüğü bilinmeyen gaiptir. *Türk Hukuk Lügati*, "Mefkud," 223.

¹⁶⁹ Hanbeli mezhebine göre; mefkudun malvarlığından karının nafakasının temini mümkün değilse karı nikahın feshini talep edebilir. İbn Kudame, *el-Muğni*, Cilt 8, 130-131.

¹⁷⁰ Acar, "Tefrik," 277-279.

haber alınma ümidinin kesilmesi tarihinden itibaren tefriki dört yıl erteler. Dört yıl sonunda karı hala tefrik talebinde ısrarcı ise mahkeme tefrik kararı verir. Bu hüküm Maliki mezhebi esaslarına göre¹⁷¹ belirlenmiştir. Eğer Hanefi görüşü alınmış olsaydı kadının bir başkasıyla evlenebilmesi için mefkudun hükmen ölü kabul edilinceye kadar yani yaşatlarından hiç kimse hayatta kalmayınca kadar beklenmesi gerekecekti.¹⁷² Hanefi mezhebinin fetvaya layık görülen diğer görüşüne göre ise hükmi ölüm kararı için mefkudun 90 yaşını doldurması gerekecekti.¹⁷³ Savaş gibi büyük ölüm riskinin olduğu yerlerde kaybolan kocanın durumuna gelince; Kararnamenin bu meseleyi de Maliki mezhebi görüşünü¹⁷⁴ baz alarak düzenlediği görülmektedir. Şöyle ki eğer koca muharebede gaybubet etmişse hâkim tarafların ve esirlerin evlerine dönüşünden itibaren bir sene geçtikten sonra tefrike hükmedebilecektir (m.127). Burada eğer Hanefi mezhebinin içtihadı esas alınsaydı; mefkudun hükmen ölü kabul edilebilmesi için bu durumda kaybolan kişinin ölümüne galibü'z-zan olması gerekecekti.¹⁷⁵

Kararnamenin 127. maddesinde tertip edilen mefkudun karısının tefriki meselesinde Hanefi görüşleri terk edilmiş Maliki

¹⁷¹ Maliki mezhebinde hükmi ölüm kararının alınması için geçmesi gereken dört yıllık süre karının bu istemini mahkemeye götürme tarihinden itibaren başlar. Dört yıllık süre dolduğunda mahkeme hükmi ölüm kararı verir ve karının 4 ay 10 günlük ölüm iddeti başlar ve iddetin sona ermesiyle beraber evlilik birliği sona erer. Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, 75.

¹⁷² Serahsi, *Mebcut*, Cilt 11, 57.

¹⁷³ Bilmen, *Kamus*, Cilt 7, 221.

¹⁷⁴ Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, 75.

¹⁷⁵ Bilmen, *Kamus*, Cilt 7, 221.

görüşleri tercih edilmiştir.¹⁷⁶ Kararname gerekçesinde¹⁷⁷ Maliki mezhebinin tercih edilmesindeki etken; bu mezhebin görüşlerinin zamanın efkar ve icabâtına muvafık yani konjonktüre daha uygun olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Diğer meselelerde olduğu gibi burada da mezheplerin birbirine tezat görüşlerinin birleştirilmesi yöntemi olan telfik değil Osmanlı Devleti'nin hâkim mezhebi olan Hanefi mezhebinin bırakılıp zamanın ihtiyaçlarına binaen Maliki mezhebi görüşlerinin tercih edilmesi yani mezhepte intikal usulünün benimsendiği söylenebilir. Bu ise Kararnamenin mezkûr maddelerinin şer-i şerife uygun olarak tanzim edildiğini göstermektedir.

h. Hakemlere Kesin Boşama Salahiyeti Verilmesi

Hukuk-ı Aile Kararnamesi, eşlerin şikak¹⁷⁸ ve nüşuz¹⁷⁹ sebebiyle aralarında sui imtizaçın (geçimsizlik-anlaşmazlık)

¹⁷⁶ Osmanlı Devleti'nde bu konuda 16. asra kadar Şafii görüşü tatbik edilmişse de o dönemden sonra Hanefi mezhebinin ilkeleri uygulanmıştır. Belkis Konan, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Kadının Hukuki Durumu İle İlgili Düzenlemeler," *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Cilt 1, Editör Fethi Gedikli, (İstanbul: On iki Levha, 2016), 346. 1917 yılında ise bu konuda Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Maliki görüşüne geçilmiştir.

¹⁷⁷ "Müşarun ileyhin (İmam Malik'in) zevcât hakkındaki re'yi zamanın efkâr ve icabâtına muvafık olduğundan 127. madde o esas üzerine tanzim edilmiştir". Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 98.

¹⁷⁸ Lügatte araları açılmak, birinin bir şıkta diğerrinin diğerr şıkta bulunması manasındadır. Yazır, *Kamus*, Cilt 5, 95.

Şikak, eşlerin karşılıklı geçimsizliği ve anlaşmazlığı anlamı gelmektedir. *TDV İslam Ansiklopedisi*, "Muhâlea." (2005).

¹⁷⁹ Nüşuz, karının kocasına karşı gelip sözünü dinlememesi anlamına geldiği gibi kocanın karısından hoşlanmayıp surat asması, geçimsizlik ederek yanına yaklaşmaması ve hakkını men etmesi manasında da kullanılır. Yazır, *Kamus*, Cilt 3, 106-107. Nüşuz lügatte, karının kocasından nefret edip ondan uzaklaşmasıdır. Terim anlamı ise karının müstakil meskeninin olmaması veya fena muameleye maruz kalması gibi haklı bir sebebi

meydana gelmesi halini bir tefrik sebebi olarak düzenlemiştir. Eşlerin nüşuz veya şikakı halinde taraflar boşanmak için mahkemeye başvurduğunda, geçimsizlik (*sui muaşeret*) ispatlanamaz veya kusurun kimde olduğu belirlenemezse mahkeme, tarafları her iki taraftan birer kişinin tayiniyle oluşturulan aile meclisine (hakemlere) gönderir. Aile meclisinin yetkileri mezhepler arasında ihtilaflı bir konudur. Hanefi mezhebine göre nüşuz ve şikak sebebiyle ne mahkemenin ne de aile meclisinin tefrik (boşama) yetkisi vardır. Hanefilere göre aile meclisine boşamaya dair vekalet verilmediği sürece sadece karı-kocanın arasında ıslah (arabuluculuk)¹⁸⁰ çalışması yapmaya yetkilidir. Maliki mezhebine göre ise tevkil edilmesine bakılmaksızın aile meclisinin tarafları boşama salahiyeti vardır.¹⁸¹ Malikilere göre; aile meclisi, eğer kadın kusurluysa eşlerin arasını karıya uygun bir bedel tayin ederek muhalaa¹⁸² usulüyle ayırır; erkek kusurlu ise karıdan bir bedel almaksızın tefrike hükmeder. Hukuk-ı Aile Kararnamesi bu meselede de Hanefi içtihadını terk etmiştir. Kararnamenin 130. maddesinde; Hanefi mezhebinde olmayan Maliki mezhebi ve Hanbeli mezhebinin bir kavline göre¹⁸³ kabul edilen belirli şartlarda Aile

olmadığı halde evden çıkması, kocasına itaat etmemesidir. *Türk Hukuk Lügati*, "Nüşuz," 267.

¹⁸⁰ "Aile Arabuluculuğu" kavramı için bakınız. Mustafa Avcı, "Osmanlıda Aile Arabuluculuğu," iç. II. *Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu Ailenin Korunması Hakkı Bildiriler Kitabı*, 471-494, https://www.tihek.gov.tr/prof-dr-mustafa-avci/#_ftn49.

¹⁸¹ Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, 117.

¹⁸² Hal veya hulu' köklerinden alınmış olan muhalaa lafzı nikah bağıny yok etmek anlamında kullanılır. Muhalaa boşama hakkının bir kayda bağlanması, başka bir değişle erkeğin nikahla elde ettiği mülkiyet hakkını hanımının kabulüne bağlaması ile nikah ile bağlantısının kopmasıdır. Yazır, *Kamus*, Cilt 3, 428.

¹⁸³ Ahmed b. Hanbel' den iki rivayet varid olmuştur. İlk rivayete göre hakemler tarafları ancak tarafların rızası olursa boşayabilir. İkinci rivayete göre;

Meclisi'ne tarafları boşama yetkisi verilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde; Maliki mezhebinin kabulüyle memleketteki aileler içinde var olan uygunsuzlukların giderilmesinin¹⁸⁴ hedeflendiği belirtilmiştir.

Maliki mezhebinin mezkur görüşü üzerine bina edilecek olan *Usul-i Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnamesinin* 12. maddesi için yazdığı gerekçede Ömer Nasuhi Bilmen, aralarında niza ve şikak olan eşlerin evliliklerinin çekilmez bir hal aldığını, geçimsizlik halinde; kocanın boşama yetkisi olduğunu, buna mukabil karının boşama yetkisinin olmadığını, bu nedenle karının bu müşkül durumdan çıkmak için bir takım gayri meşru yollara başvurmak zorunda kaldığını, dolayısıyla kadınları bu çekilmez durumdan kurtarmak için Maliki görüşü tercih edilerek aile meclisine boşama salahiyeti tanındığını söylemiş ve bu tercihin zamanın toplum düzenine, hikmet ve maslahata daha uygun olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁵ Bu hususta Sadreddin Efendi; hakem kararıyla Kararnamenin 130. maddesine göre boşanmış sayılan kadının iddet bekleyip başka bir kocayla evlenmesi halinde; Maliki mezhebi dışındaki diğer üç mezhebe göre kadının evvelki kocasının nikahı altında kalacağı varsayıldığından ikinci evliliğinin sahih kabul edilmeyeceğini söylemektedir.¹⁸⁶ Dolayısıyla Sadreddin Efendi; neredeyse hiç Maliki mezhebine

taraflar rıza göstermese de hakemler evlilik ya da boşama hangisi hayırlısı ise o yönde karar verirler ve hakemlerin hükmü burada kadı hükmü gibidir. İbn Kudame, *el-Muğni*, Cilt 7, 320; Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 363.

¹⁸⁴ Esbab-ı Mucibe layihasında bu durum şöyle izah edilmektedir. "Bu babda mezheb-i Maliki'nin kabulü memleketimizde aileler içinde mevcut pek uygunsuzlukların ref'i ve izalesine hâdim olacağı ve ale'l-husus zevcelerine zulüm ve i'tisaf ettikleri halde talâk kendi ellerinde olmak hasebiyle haklarında nafaka takdirinden başka bir muamele icrası mümkün olmayan zevlerin muamele-i îtisafkârânelerine nihayet vereceği mütâlaasıyla kavli mezkûr kabul ve 130. madde ol esasa göre tanzim edilmiştir" Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 100.

¹⁸⁵ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 368.

¹⁸⁶ Sadreddin Efendi, "Makaleler," 178.

müntesib kişinin bulunmadığı memleketimizde aile meclisine boşama salahiyeti verilmesiyle oluşan durumun hukuk sistematiğine aykırılık oluşturduğuna işaret etmiş ve bu nedenle mezkûr durumun birçok probleme yol açacağını iddia etmiştir.

Öncelikle Kararname'nin 130. maddesinde Maliki mezhebi tercih edilerek düzenlenen husus yukarıda birçok yerde açıklandığı üzere bir konuda iki farklı görüşü birleştirmedığı için caiz olmayan bir telifik ameliyesi oluşturmamaktadır. Aile meclisi kararı ile boşanıp Maliki mezhebine müntesip olmayan biriyle evlenen kadının evliliğinin sahih olmayacağı görüşüne gelince; Kararname tarafından kendisine kesin kaza yetkisi verilen aile meclisinin aldığı boşama kararının o ülkede yaşayan herkes için bağlayıcı olacağı kanaatindeyiz. Zira içtihadta açık (*müçtehedün-fih*) olan bir konuda devlet otoritesi tarafından yasama faaliyeti sonucunda bu görüşlerden birinin tercih edilmesi halinde insanlar artık o içtihat ile amel etmek durumundadırlar.¹⁸⁷ Kamu otoritesi aynı mevzudaki farklı içtihatlardan birini tercih ettikten sonra şer-i şerife aykırı olmadığı sürece; "*Hâkimin hükmü ihtilafları ortadan kaldırır*"¹⁸⁸ kaidesi mucebince ihtilaflar ortadan kalkacak ve "*Ey İman edenler Allah'a, Peygamber'e ve sizden olan ulü'l-emre itaat edin*" (Nisa/59) ayeti ve "*Allah'ın hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ana, baba, devlet gibi başka otoriteler de yükümlülükler yükleyebilirler ve bunlara itaat gerekir*"¹⁸⁹ hadisi gereğince tercih edilen bu görüşe uyulması zorunlu hale gelecektir.¹⁹⁰ Bu husus İslam Hukukunda yasama faaliyeti başlığı altında da bahsedildiği üzere Kararnameyi

¹⁸⁷ TDV *İslam Ansiklopedisi*, "İctihad,"; Vural, "Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese," 192; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Müçtehedun fih," 409.

¹⁸⁸ Muhammed Emin İbn Abidin, *Reddül-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar*, Cilt 3, (Beyrut: Darü'l-Fikr, 1992), 412.

¹⁸⁹ Buhari, "Ahkâm," 4, 43; Müslim, "İmâre," 34, 38.

¹⁹⁰ Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*, 343.

düzenleyen komisyonun düzenlediği mazbatada,¹⁹¹ Mecelle'nin esbab-ı mucibe layihasında¹⁹² ve 1801. maddesinde¹⁹³ de açıkça belirtilmiştir. Bu noktada artık bireylerin mezheplerinin görüşleri değil devletin tercih edip yasalaştırdığı fıkhi görüş muteber olacaktır. Dolayısıyla Kararnamenin 130. maddesine binaen aile meclisinin vermiş olduğu boşama kararı Mezhep farklılığı gözetilmeksizin tüm insanlar nezdinde geçerli olacaktır.

1. İddet Bekleyen Kadının Hayızdan Kesilmesi Meselesi

Kararname, iddet esnasında hastalık sebebiyle âdet görmeyen veya bir iki defa görüp üçüncüsünü göremeyen kadının beklemesi gereken süre konusunda Hanefi görüşünü terk ederek Malikilerin içtihadını¹⁹⁴ tercih etmiştir. Kararnamenin 139. maddesinde belirtildiği üzere; sahih akid ile evlenip cimadan sonra talak, fesih veya mahkeme kararıyla boşanan ve hamile olmayıp da menopoz yaşına (*sinn-i iyas*) ulaşmamış kadınların iddet süresi üç hayız dönemidir. Ancak bu 3 hayız dönemi içerisinde kadının hayız kesilmişse bakılır; kadın menopoz yaşına ulaşmışsa, ulaşma tarihinden itibaren 3 ay, menopoz yaşına ulaşmamışsa; iddetin lüzumu tarihinden

¹⁹¹ "Filhakika umur-ı caizde maslahatı tazammun eden emr-i veliyyü'l-emre itaatın vücubu münker değildir" Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı Özel Hukuk-I*, Cilt 2, İstanbul, 1670.

¹⁹² "Mesâil-i müctehedün-fihâda imâmü'l-müslimîn herhangi kavlı ile amel olunmak üzere emrederse mucebince amel olunmak vâcib olduğundan..." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 18.

¹⁹³ "Ve kezalik bir müctehidin bir hususta bir re'yi nâsa erfak ve maslahatı asra evkaf olduğuna binaen ânın re'yi ile amel olunmak üzere emr-i sultani sadır olsa ol hususta hakim ol müctehidin emrine münafi diğer bir müctehidin re'yi ile amel edemez, ederse hüküm nâfiz olmaz." Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Cilt 4, 3260.

¹⁹⁴ Kurtubî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, 110-112.

itibaren 9 ay iddet beklemesi gerekir (m.140). Hanefi ekolünde bu durumdaki kadınlar hayız görünceye kadar veya hayız göremeyeceği yaş olan 55 yaşına kadar bekleyip; akabinde 3 ay daha beklemek durumunda kalacaklardır.¹⁹⁵ Bu maddenin gerekçesinde; Hanefi görüşü tercih edilseydi, bu kadar uzun bir süre hem başka bir kocaya varmak isteyen kadına hem de bu kadar uzun bir süre boşadığı kadının nafakasını temin etmek zorunda kalacak olan erkeğe zarar verici bir durumun oluşacağı ifade edilmiş ve bu nedenle 140. maddede Maliki kavlinin tercih edildiği belirtilmiştir.¹⁹⁶ Görüldüğü üzere burada da mezheplerin bir konudaki farklı görüşleri meczedilmemiş sadece mezkur konu hakkında bir takım maslahatlara binaen Maliki görüşü tercih edilmiştir. Dolayısıyla bu konuda da telifik usulünün işletilmediği ve şer-i şerife aykırı bir durumun oluşmadığı rahatça söylenebilir.

i. Sarhoşun Talakının Mutlak Olarak Geçersiz Sayılması

Kararnamede; sarhoşun (*sekran*) talakı meselesi mübah ve memnu yolla sarhoş olma hususları ayırt edilmeksizin “*Sarhoşun talakı muteber değildir*” (m.104) şeklinde mutlak bir ifadeyle düzenlenmiştir. Hâlbuki memnu yolla sarhoş olan kimsenin talâkı, cumhur-ı ulema ve sahabelerin geneline göre muteber kabul edilmiştir.¹⁹⁷ Memnu yolla sarhoş olanın talâkının geçersiz olacağı görüşü -Kararname'nin esbab-ı mûcibesinde de

¹⁹⁵ TDV *İslam Ansiklopedisi*, “İddet.” (2000); Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 373.

¹⁹⁶ “İmam Malik'e göre öyle bir zevce için iddetin lüzumu zamanından itibaren dokuz ay beklidikten sonra üç ay iddet beklemek kâfidir. Eâzım-i müteahhirîn-i Hanefiyye bu meselede İmam Malik kavliyle fetvayı tecvîz etmişlerdir. İş bu layihada dahi kavlı mezkûr kabul edilerek 140. madde o esas üzre kaleme alınmıştır”. Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 101.

¹⁹⁷ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 195-196.

belirtildiği üzere¹⁹⁸ bir takım ulemaya,¹⁹⁹ İmam Şafii'nin bir kavline²⁰⁰ ve Hz. Osman'dan bir rivayete dayandırılmak suretiyle tercih edilmiştir. Kararnamede sarhoşluk hali geçici akıl hastalığı haline benzetilerek nasıl ki mecnun kimsenin talakı geçerli değilse aynı şekilde; sarhoşluğun haram veya mübah yolla olunmasına bakılmaksızın sekranın talakının da geçersiz olması gerektiği belirtilmiş ve ayrıca fıskın yaygın olduğu bir zamanda haram yolla sarhoş olanın talakının geçerli sayılması ailelerin mahvına yol açacağı vurgulanmıştır.²⁰¹ Bu hükümde; cumhur-ı ulema ve dolayısıyla Hanefi görüşünün terk edilmesinde Kararname gerekçesinden anlaşıldığı üzere yine zamanın sosyolojik ve toplumsal şartlarının etkili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla burada da toplumun maslahatının gözetilerek müçtehitlerin bir konudaki görüşleri arasından birinin seçilmesi yolu izlenmiştir. Devlet otoritesinin, Kararnamenin 104. maddesini birtakım menfaatler dolayısıyla mevcut içtihatlardan birini tercih ederek oluşturması ise; meşru bir yasama faaliyeti olarak değerlendirilmelidir.

¹⁹⁸ Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 93-94. Malikiler sarhoşun tamamen temyiz kudretini yitirmesi halinde talakının geçerli olmayacağı görüşünü benimsemiştir. Hanbelilerden, sarhoşun talakının hem geçerli hem de geçerli olmayacağı yönünde iki farklı görüşün geldiği belirtilmektedir. *TDV İslam Ansiklopedisi*, "Sarhoşluk," (2009).

¹⁹⁹ Bu ulema takımından gerekçede ismi geçen Muhammed b. Sellam, Kerhi ve Tahavi gibi alim kimseler kastedilmektedir. Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 93.

²⁰⁰ Şafii mezhebinde genel kanı sarhoşun talakının geçerli olmasıdır ancak Müzeni ve Ebû Sevr'in aksi yöndeki görüşü benimsediği belirtilmektedir. İ. Kâfi Dönmez, "Sarhoşluk," 141-145.

²⁰¹ 104. maddenin gerekçesi bu hususu şu cümlelerle anlatmaktadır: "...zamanımız gibi fıskın şuyü' bulduğu bir zamanda ailelerin sebat ve devamını sarhoşluğun haram yolla veya tarik-i mubah ile (mubah yolla) olması beynindeki (arasındaki) farka bina etmek onları pek çürük bir temele isnat ettirmek demek olacağı derkar bulunmuştur (aşıkardır)". Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 93.

j. Mehr-i Müsemması, Mehr-i Mislinden Az Olduğu Halde Velisinden İzinsiz Evlenen Kızın Nikah Akdinin Lazım Olması

Hanefi mezhebine göre; hür, âkile ve bâliğa olmuş bir kız, kâmil bir ehliyete haiz olduğundan velisinin izin ve icazeti olmasa da küfüv ve mehr-i misil şartlarını sağlamak koşuluyla kendi kendine yapmış olduğu nikah sahih ve lazım olur.²⁰² Maliki ve Şafiilere göre ise veli izni nikahın rûknü olduğundan bu tür nikah batıldır.²⁰³ Hanefilere göre; veli izni olmadan kızın dengi olmayan bir kimseyle veya mehr-i mislin altında olan mehirlenmiş nikah sahih ise de lazım değildir.²⁰⁴ Ebu Hanife'ye göre mehr-i mislin altında yapılan bu tür nikahlar veli tarafından hâkime müracaat edilerek feshettirilebilir.²⁰⁵ İmameyne (Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e) göre ise mehr-i misil olmasa dahi velinin nikahı feshettirme hakkı yoktur.²⁰⁶

Hukuk-ı Aile Kararnamesinin 47. maddesine göre; reşid ve baliğ kız, velisinin rızası olmadan küfüv şartını sağlayan bir erkekle mehr-i misil şartı sağlanmasa da evlenebilir ve bu evlilik lazım olduğundan veli bu evliliği feshettiremez. Kararnamenin gerekçesine göre; mehrin miktarındaki noksanlıktan dolayı

²⁰² Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 55; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, cilt 1, 316. Veli izni olmadan yapılan bu tür nikahları İmam Muhammed, veli izin verene kadar askıda geçersiz yani mevkuf olarak görmüştür. Merginâni, *el-Hidaye*, Cilt 2, 16. Veli izni olmadan yapılan bu tür nikahı Ebu Yusuf başlarda geçersiz olarak görse de en son görüşüne göre sahih kabul etmektedir. Serahsi, *Mebcut*, Cilt 5, 15.

²⁰³ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 57-58.

²⁰⁴ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 55.

²⁰⁵ Burada Ebu Hanife; kadının emsal mehirden daha düşüğüne evlenmekle velilere zarar verdiğini ve tıpkı dengi olmayan birisi ile evlenmesi halinde olduğu gibi burada da velinin itiraz hakkının olduğunu söylemektedir. Serahsi, *Mebcut*, Cilt 5, 21.

²⁰⁶ Serahsi, *Mebcut*, Cilt 5, 20.

mevcut bir akdin feshini istemek nikahı bir mali muamele seviyesine indirmektir. Gerekçede; mehr-i mislin noksanlığı hasebiyle velinin itiraz hakkı olmadığı kabul edildiği ve 47. maddenin bu esas üzerine düzenlendiği belirtilmektedir.²⁰⁷ Hukuk-ı Aile Kararnamesi burada birtakım sebepleri öne sürerek İmam Ebu Hanife'nin içtihadını almayıp İmameynin içtihadını tercih etmiştir. Burada da yukarıdaki düzenlemelerde olduğu gibi bir telif ameliyesi değil mevcut içtihatlardan birinin tercihi söz konusudur. Dolayısıyla devlet otoritesi tarafından yapılan bu tercihin de İslam yasama faaliyeti kurallarına bariz bir şekilde uygun olduğu görülmektedir.

k. Evlenme İçin Asgari Yaş Sınırı Getirilmesi

İslam Fıkıh ekollerinin önde gelen dört mezhebine göre; küçükler hangi yaşta olursa olsun velileri tarafından evlendirilebilir. Ancak Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde bu yerleşik uygulamadan vazgeçilmiş, İbn Şübrüme ve Ebû Bekr el-Esam'ın görüşü kabul edilerek ergenlik çağına gelmeyen küçüklerin evlendirilmesi yasaklanmıştır.²⁰⁸ Osman el-Betti de bu iki âlim gibi düşünmektedir.²⁰⁹ Bu alimlere göre; nikahtan maksat, nefsanî ihtiyaçları tatmin etmek ve neslin devamını sağlamaktır. Çocukluk hali ise bunlara elverişli değildir.²¹⁰ Ayrıca Nisa suresi 6. Ayette "*evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri (gözetip) deneyin...*" şeklinde buyrulduğunu ve şayet çocuk ergenliğe ulaşmadan önce onu evlendirmek caiz olsaydı bu ayetin bir anlamı olmayacağını söylemişlerdir.²¹¹

²⁰⁷ Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 86.

²⁰⁸ Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 294.

²⁰⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Cilt 1, 311. Osman el-Betti hakkında malumat için bakınız. *TDV İslam Ansiklopedisi*, "Osman el-Betti," (2007).

²¹⁰ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 54.

²¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Cilt 1, 311; Serahsi, *Mebcut*, Cilt 4, 396.

Yaman, küçüklerin evlendirilmesi hakkında –aşağıda değinileceği üzere- var olan sahabe icmanın cevaz alanla ilgili olduğunu ve cevaz alanın ise devlet otoritesi eliyle kısıtlanabileceğini belirtmektedir.²¹² Bu görüşe paralel olarak Nebhan, devlet başkanının maslahat gereği caiz olan bazı işlem ve akitleri dahi kanunen yasaklayabileceğini söylemektedir.²¹³

Çocukların velileri tarafından evlendirebileceğini söyleyenlerin delilleri ise şöyledir: Talak suresinin 4. ayetinde henüz âdet görmeyenlerin iddetlerinden bahsedilmektedir. İddet ancak evlilikle söz konusu olacağından bu durum küçük kızların da nikahlanabileceğine delalet etmektedir.²¹⁴ Peygamberimiz, Aişe annemizle henüz altı yaşında iken evlilik akdi yapmıştır.²¹⁵ Ayrıca birçok sahabe küçük yaşta olan kızlarını velayet haklarını kullanarak nikahlamıştır. Örneğin Hz. Ali, küçük kızı Ümmü Gülsüm'ü Hz. Ömer ile; Abdullah İbn Ömer, küçük kızını Urve b. Zübeyr ile; Urve b. Zübeyr ise erkek kardeşinin kızıyla kız kardeşinin oğlunu her ikisi küçük haldeyken nikahlamıştır.²¹⁶ Çocuklarının yararını düşünmek vazifesi olan veli, evlendirmede mühim maslahat gördüğünde çocuklarını evlendirmeyi tercih edebilir. Evlilik tarafların ancak denkliğinde mümkün olabilir. Denklik ise kolay bulunan bir durum olmadığından veli çocuğuna denk birini bulduğunda eldeki fırsatı kaçırmamak adına çocuğunu evlendirebilir.²¹⁷ Kaldı ki; babası veya dedesi dışında bir veli tarafından evlendirilen

²¹² Ahmet Yaman, "Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi," *Eskiyeni*, no. 38 (2019), 28.

²¹³ Muhammed Faruk En-Nebhan, *İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, çev. Servet Armağan (İstanbul: Sönmez Yayıncılık, 1980), 148-149.

²¹⁴ Serahsi, *Mebcut*, Cilt 4, 396.

²¹⁵ Serahsi, *Mebcut*, Cilt 4, 396.

²¹⁶ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 54; Serahsi, *Mebcut*, Cilt 4, 396.

²¹⁷ Serahsi, *Mebcut*, Cilt 4, 397; Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 55.

çocuk buluşa erince bu evlilikten razı olmazsa fesih davası açabilir.²¹⁸ Çocuğun bu hakkına “*hıyar-ı buluş*” ya da “*hıyar-ı idrak*” ismi verilmektedir. Ancak çocuğu evlendiren veli, suihal ile tanınmayan baba veya dedesi ise çocuğun hıyar-ı buluş hakkı olmayacaktır.²¹⁹ Kaldı ki; baba ve dede dışındaki veliler, mehri misli olmadan veya çocuğu dengi dışında biriyle evlendirirse nikah asla sahih olmayacaktır.²²⁰

Küçüklerin nikahlandırılmasını caiz görmeyen alimlere bakıldığında İslam hukuk tarihinde muteber şahsiyetler olduğu görülmektedir. Örneğin; Basra Mutezilesine bağlı olmasına rağmen yer yer mutezile fikirlerinden ayrılıp ehli sünnet görüşlerini tercih eden Ebû Bekr el-Esam, özellikle kelim ve fıkıh alanında kendine has düşünceleriyle meşhur olan bir alimdir.²²¹ Bazı kaynaklar bu âlimin zamanının fıkıh en iyi bilen fakih olarak göstermektedir.²²² Ebu Hanife ile aynı dönemde yaşayan Kufe'nin büyük fakihlerinden olan İbn Şübrüme de Ebû Bekr el-Esam ve Osman el-Betti gibi buluşdan önce hem sağır hem de sağırenin evlenmesini yasaklayan az sayıdaki fakihlerdendir.²²³ İbn Şübrüme, İslam ilim merkezlerinin önde gelen fakihlerini niteleyen “*Fukahâü'l-Emsâr*” arasında zikredilen müctehid

²¹⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Cilt 1, 335.

²¹⁹ *Türk Hukuk Lüğati*, “Hıyar-ı Buluş,” 126.

²²⁰ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 50.

²²¹ TDV *İslam Ansiklopedisi*, “Esam Ebu Bekir,” (1995).

²²² İbnü'l-Murtazâ, *el-Münyeye ve'l-Emel*, Neşreden: T. W. Arnold, (Haydarâbâd, 1316), 33. Aktaran: Yusuf Şevki Yavuz, “Esam Ebu Bekir,” 353-355.

²²³ Muhammed Reşid b. Ali Rıza, *Mecelletü'l-Menar*, Cilt 25, 125, <https://app.turath.io/book/6947>; Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Cilt 2, Muhakkik: Muhammed Sadık Kamhavi, (Beyrut: Dâr İhyâü't-türâsi'l-Arabî, 1405), 346; Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacri el-Mısri et-Tahâvi, *Muhtasaru İhtilâfi'l-Ulema*, Cilt 5, Muhakkik: Abdullah Nezir Ahmed, (Beyrut: Darü'l-Beşairi'l-İslamiye, 1417), 257; Kurtubî, *Bidayetü'l-Müctehid Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, (Kahire:Darü'l-Hadis, 2004), 34.

imamlardan biridir.²²⁴ İctihat derecesinde birikime sahip olan İbn Şübrüme'nin fıkıh bilgisini, Hammad b. Zeyd, Süfyan es-Sevri gibi alimler övmüşlerdir.²²⁵ İbn Şübrüme, ihtilafü'l-fukaha türü kitaplarda görüşlerine yer verilen önemli müçtehit alimlerden olmasına rağmen fıkhi tercihleri etrafında bir mezhep oluşmamıştır.²²⁶ İctihatlarında sosyal gerçekliğe önem veren İbn Şübrüme, küçükler üzerindeki velayetin onların menfaatini muhafaza etmek gayesiyle var olduğunu bu nedenle buluğa ermemiş çocuklar üzerinde böyle bir fayda olmadığı için evlendirilemeyeceğini söylemiştir.²²⁷

Kararnamenin yedinci maddesinde; "12 yaşını itmam etmemiş olan sağır ile 9 yaşını itmam etmemiş olan sağıre hiçbir kimse tarafından tezv'ic edilemez." denilmek suretiyle evlenme yaşı - Mecelle'nin 986. maddesinde²²⁸ ergenliğin alt sınırı kabul edilen- erkeklerde on iki; kızlarda dokuz olarak belirlenmiş ve bu yaşları tamamlamamış çocukların hiç kimse tarafından evlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Kararnamenin esbab-ı mûcibe layihasında aile hayatında görülen bazı problemlerin sebeplerinin bu küçük yaşta yapılan evlilikler olduğuna işaret edilmekte ve bu nedenden dolayı bu tür evliliklerin engellendiği

²²⁴ Şükrü Özen, *Tarihte Müslümanlar*, Editör Mehmet Özdemir, (Ankara: Otto Yayınları, 2020), 361-363.

²²⁵ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2013), 193. Süfyan es-Sevri, fakihlerimiz İbn Şübrüme ve İbn Ebi Leyla'dır demiş; Hammad b. Zeyd ise ondan daha fakih bir Kufeli görmedim demiştir. Mahmut Samar, "İbn Şübrüme ile Ebû Hanîfe Arasındaki İhtilafın Analizi," *Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 4 (2020): 119.

²²⁶ Şükrü Özen, "İbn Şübrüme," 379-381.

²²⁷ Şükrü Özen, "İbn Şübrüme," 379-381.

²²⁸ Mecelle'nin 986. maddesi: "Sinn-i buluğun mebde-i erkekte tam on iki ve kızda tam dokuz ve muntehası ikisinde dahi on beş yaştır". Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1826.

söylenmektedir.²²⁹ Sadreddin Efendi, bu hükmü tercih eden Ebû Bekr el-Esam'ın komisyonun zannettiği gibi bir müçtehit olmadığını ayrıca mezkur hükmün İbn Şübrüme'den rivayetinin Bidayetü'l-Müctehid kitabına göre zayıf olduğunu ve ayrıca böyle bir hükmün Kur'an nassına, mütevatir sünnete ve sahabe icmana aykırı olduğunu söylemektedir.²³⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, çocukların velileri tarafından evlendirilebilmelerinin cevazı hakkında en büyük müçtehitlerin ittifak ettiğini ve buna muhalefet edenlerin ise sahabe icmasına karşı geldiklerini söylemektedir.²³¹

Bu noktada İbn Şübrüme'nin mezkur içtihadının gerek senet yönünden zayıflığı ve gerekse ulemanın ittifakına ve icmaya aykırılık dolayısıyla şaz²³² bir içtihat olabileceğini akla getirmektedir. Senet yönünden incelendiğinde mezkur görüşün İbni Rüşd'ün Bidayetü'l-Müctehid adlı kitabına dayandırılarak İbn Şübrüme'ye ait olmadığı iddiası yerinde değildir. Zira hem Bidayetü'l Müctehid isimli eserde²³³ hem de pek çok kaynağın

²²⁹ Mezkur esbab-ı mûcibe layihası şöyledir: "Hiçbir mekteb yüzü görmeyen ve lisânını okuyup yazmaktan kat'-ı nazar, emr-i dine dâir bir kelimeye bile muttali olmayan bu türlü çocukların teşkil edegeldikleri ailelerden çoğu cenin-i mürde-zâd (ölü doğmuş cenin) gibi zifaflarının daha ilk aylarında infisâha mahkûm olmuştur. Memleketimizde ailelerin temelsizliğini mucip olan esbaptan biri de budur." Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 76.

²³⁰ Sadreddin Efendi, "Makaleler," 103-104.

²³¹ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2, 55.

²³² Şaz: Kural dışı, kurala uymayan demektir. Erdoğan, "Şaz," 521. Şaz içtihad, genel manada tek başına kalan içtihat demek olmakla birlikte üzerinde farklı mülahazaların olduğu bir konudur. Bir inceleme için bakınız. Esra Güleğül ve Mehmet Erdem, "İslam Hukuk Literatüründe Şaz İçtihatların Fıkhi Değeri," *İlahiyat Bilimlerinde Güncel Akademik Gelişmeler*, Editör Veli Atmaca, (2018).

²³³ Bakınız. Kurtubî, *Bidayetü'l-Müctehid Nihayetü'l-Muktesid*, Cilt 3, (Kahire: Darü'l-Hadis, 2004), 34.

teyit ettiği şekilde mezkur görüş İbni Şübrüme'ye aittir.²³⁴ Ulemanın ittifakına aykırılık dolayısıyla şaz içtihat olduğu görüşüne gelince; İbn Şübrüme, bu görüşünde tek kalmamakta mezkur görüş Ebu Bekr el-Esam ve Osman el-Betti gibi alimlerce de tercih edilmektedir. Kaldı ki; alimlerin çoğu aynı görüşte ittifak etse de çoğunluğun ittifak ettiği görüşün hatalı olması mümkün olduğundan²³⁵ İbni Şübrüme'nin görüşünün kesin surette meşru olmadığı iddia edilemez. Bahsi geçen içtihadın Sahabe icmasına aykırı olduğu için şaz olduğu görüşüne gelince; gerçekten de pek çok alime göre küçüklerin velileri tarafından evlendirilebileceği ve buna karşı çıkanların ise icmaya muhalefet ettiği belirtilmektedir.²³⁶ Her ne kadar farklı görüşlerin varlığı icmanın oluşmasına engel olacağı akla gelse de bu noktada tevatür yoluyla tespit edilen sahabe icmaı kat'i bir delil olarak değerlendirilmekte ve bu tür icmaya aykırı görüşlerin küfür olduğu belirtilmektedir.²³⁷ Ancak yaptığımız araştırmalarda bu konuda sahabeden sadır olan içtihadın tevatür ile sabit olduğu noktasında bir bilgiye ulaşamamıştır.²³⁸ Bu nedenle küçüklerin evlendirilmesinin caiz olmadığı görüşünün sahabe icmana aykırı olması nedeniyle kesin bir şekilde küfür olduğu

²³⁴ Bakınız: *Mevsuatü'l-İcmai Fi'l-Fıkhî'l-İslami*, Cilt 3, (Darü'l-Fazileti li'n-Neşri ve't-Tevzi'i, 2012), 147.

²³⁵ Güleğül ve Erdem, "İslam Hukuk Literatüründe Şaz İctihatların Fıkhî Değeri," 32.

²³⁶ İbn Manzur, Cevri, İbn Abdu'l-Berr, İbn Rüşd, Nevevi, İbn Hacer gibi alimler küçüğün velisi tarafından evlendirilebileceği noktasında icma olduğunu söylemektedir. Bakınız., *Mevsuatü'l-İcmai Fi'l-Fıkhî'l-İslami*, 144-146.

²³⁷ Güleğül ve Erdem, "İslam Hukuk Literatüründe Şaz İctihatların Fıkhî Değeri," 37.

²³⁸ Küçüklerin evlendirilmesinin caiz olmadığı görüşünün şaz olup olmadığı veya İslam hukukuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı meselesi bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır dolayısıyla bu konuda daha kapsamlı çalışmaların yapılması icap etmektedir.

değerlendirmesini yapmak kanaatimize göre yerinde olmayacaktır.

Kararname'nin 7. maddesinde İbn Şübrüme, Ebu Bekr el-Esam ve Osman el-Betti'nin içtihadının tercih edildiği görülmektedir. Dolayısıyla Kararname'nin diğer hükümlerinde olduğu gibi burada da; farklı içtihatların bir noktada toplanması ameliyesi olan telifikten bahsedilemez. Hukuk-ı Aile Kararnamesi incelendiğinde içtihadı açık meselelerin tanziminde sadece bu maddede birtakım yaşanan sosyal problemlere binaen İslam Hukukunun klasik dört mezhebi imamlarının içtihatları dışına çıkıldığı görülmektedir. Burada İslam Hukukunun yerleşik bir uygulamasının yasaklanmasıyla Şer'i hukukun zorlandığı açık bir şekilde görülmektedir. Ancak mezkur görüşün İbn Şübrüme gibi muteber bir müçtehit tarafından sadır olması ve ayrıca Nebhan ve Yaman'ın belirttiği üzere cevaz alanın devlet otoritesi tarafından sınırlandırılabilmesi anlayışı Kararname'nin 7. maddesine bir meşruluk zemini kazandırdığı söylenebilir.

SONUÇ

İslam Hukuku yasama faaliyeti, icra edilirken şer'i sınırlara riayet edilmek zorunda olduğundan sınırlı bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Sınırlı yasama faaliyeti, egemen irade ve kamu gücünün en yetkili görevlisi olan ülüemr denilen devlet başkanı tarafından yerine getirilmektedir. Bu faaliyet, son söz devlet başkanına ait olmak üzere şura meclisi gibi yardımcı organlar aracılığıyla da yerine getirilebilmektedir. Devlet başkanı yasama faaliyetini icra ederken hükümlerin niteliğine göre bir takım şer'i sınırlara riayet etmek zorundadır.

Makalede anlatıldığı üzere mezkur hükümler üç türe taksim edilebilir. İlk tür, Şari Teala tarafından Kur'an ve Sünnet aracılığıyla doğrudan ve açıkça belirlenen, herkesi bağlayan ve içtihadı kapalı olan hükümlerdir. Hakkında icma olan hükümler de tüm Müslümanları bağladığı ve içtihadı kapalı olduğu için

bu tür altında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla ilk türe ait bir hükmün yasama faaliyeti aracılığıyla şer-i şerife uygun şekilde tanzim edilebilmesi için; o hükümlerin değiştirilmeden doğrudan mevcut haliyle tertip edilmesi gereklidir.

İkinci hüküm türü, İslam Hukukunun boşluk bıraktığı yani ne Şari Teala tarafından doğrudan bir hükmün vaz edildiği ne de müçtehitler tarafından içtihadın vaki olduğu hükümler. Bu alan daha çok kamu menfaati gözetilerek örfi hukuk uygulamalarıyla doldurulmaktadır. Hiç kuşkusuz bu tür hükümler tanzim edilirken şer'i hukukun boş bıraktığı alanlarda ve şer-i şerifi etkisiz hale getirmeyecek şekilde yapılması gerekmektedir. Bu nedenle bu tür hükümlerin yasama faaliyeti aracılığıyla tanzimi yapılırken mutlaka ilmiye sınıfı aracılığıyla şer-i şerife uygunluk incelemesinden geçirilmesi gerekmektedir.

Yasama faaliyeti neticesinde vazedilen üçüncü hüküm türü ise; müçtehitler tarafından yapılan içtihatlardan birinin tercih edilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bir konuda birden fazla içtihadın varid olması hangi içtihadın tercih edilmesi gerektiği sorusunu akla getirmektedir. İctihatlar zanni bilgiye dayanmaktadır. Dolayısıyla bir içtihadın diğer bir içtihadı ortadan kaldırması söz konusu değildir. Bu nedenle her bir içtihadın eşit oranda tercih edilme değeri vardır. Bu nedenle ülülemrin tercih edip yasalaştırdığı içtihat, bir mezhep içerisindeki müfta-bih görüş olmasa da sırf bir içtihat olduğu için değerlidir. Dolayısıyla devlet başkanının mezkur tercihi meşru bir faaliyet olarak değerlendirilecektir. Ancak mutad mezhep dışından tercih edilen içtihadın keyfi nedenlerle değil toplum ihtiyaç ve zaruretlerine binaen tercih edilmesi icap etmektedir. Böyle yapılmadığında; telifik ameliyesi gibi bir konuda varid olan farklı içtihatların bir yerde toplanıp hiçbir müçtehit tarafından sadır olmayan yepyeni bir görüş ortaya çıkabilir. Ya da insanlar kendisine en kolay gelen içtihat ile amel ederek dinin içini boşaltabilir. Bu nedenle zaruri sosyal ihtiyaçlar olmadan mutad bir mezhep dışına çıkılması hem hukuk sistematliğini

bozma tehlikesi oluşturacak hem de Allah'ın emirlerini hafife alma ve dini oyuncak haline getirmek gibi tehlikeli sonuçlar doğuracaktır.

Üç hüküm türü de ülülemr denilen kamu otoritesi tarafından yasama faaliyeti aracılığıyla şer'i sınırlar muhafaza edilerek tanzim edildiğinde tüm halkı ve kamu görevlilerini bağlayıcı bir hal alacaktır. İlk hüküm türü, her ne kadar yoruma kapalı ve herkesi manevi anlamda bağlayıcı halde olsa da ülülemrin yasama faaliyeti ile maddi anlamda da bağlayıcı hale gelecek ve böylece bu tür hükümlerin uygulanma kabiliyeti artacaktır. İkinci tür örfi hukuk uygulamaları, ülülemr tarafından şer'i hukuka zarar verilmeden tanzim edildiğinde "*Ey İman edenler Allah'a, Peygamber'e ve sizden olan ülülemre itaat edin*" (Nisa/59) ayeti gereğince yine tüm halkı bağlayıcı bir hal alacaktır. Üçüncü hüküm türü olan içtihatlardan birisinin ülülemr tarafından yasalaştırılması ile yine Nisa Suresi 59. ayeti ve "*Hâkimin hükmü ihtilafları ortadan kaldırır*" kaidesi hükmünce tüm ülkede uygulanma mecburiyeti kazanacaktır. Dolayısıyla Hukuk Aile Kararnamesi'nin şer-i şerife uygun olarak oluşturulan kanun maddeleri, herhangi bir mezhep veya grup ayrımı yapılmaksızın ülkede yaşayan herkesi bağlayıcı olacaktır.

Kararname, yukarıda bahsi geçen üç farklı hüküm türünden daha çok içtihadi görüşleri yasalaştırmıştır. Kararnamede tercih edilen içtihadi hükümler incelendiğinde Osmanlı hukukunda uygulamada nadiren görülen Hanefi mezhebi dışındaki görüşlerin pek çok maddede tercih edildiği görülmektedir. Bu durum Kararname'nin özellikle telifik ameliyesi yapılarak kanunlaştırıldığı eleştirisine neden olmuştur. Ancak Kararname'nin mezkûr maddeleri incelendiğinde hiçbirinde; bir konuda varid olan farklı içtihatların bir araya getirilerek haram telakki edilen telifik ameliyesinin olmadığı görülmüştür. Kararname'nin gerekçesinde bu tür hükümlerin tercih edilmesinde genel anlamda dönemin sosyal ve zaruri ihtiyaçlarının etkili olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu

tercihlerin maslahata binaen yapıldığı ve dini oyuncak hale getirmekten uzak olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca bu tür hükümlerin vazedilmesiyle aile hukuku sistematığının de önemli ölçüde bozulmadığı görülmüştür. Tüm bu nedenlerden dolayı Kararname'nin bazı maddelerinde Hanefi mezhebinin terk edilip başka içtihatların tercih edilmesinin şer-i şerife aykırı olduğunu söylemek doğru değildir.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ndeki tek mezhebe bağlı kalınmadan yapılan yasama faaliyeti uygulaması; pekâlâ günümüz İslam devletlerinde de tercih edilebilir. Zira günümüz dünyası 1917 yılına nazaran içtimai hayatın ve insan ihtiyaçlarının çok daha fazla değiştiği bir dönemi yaşamaktadır. Dolayısıyla hukuk sistematığı korunmak kaydıyla maslahata dayalı zaruri toplum ihtiyaçları göz önüne alınarak en uygun içtihatların yasama faaliyeti aracılığıyla tercih edilerek yeni kanunlar oluşturulabilir. Böylelikle İslam Hukuku her yer ve zamanda tatbik edilme kabiliyetini korumuş ve evrensellik iddiasını ispatlamış olacaktır.

Son olarak Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin oluşturulma usulüne bakıldığında; Kararname, uzman İslam hukukçularından müteşekkil bir komisyon tarafından tanzim edilmiş ve en sonunda ülülemr olan Padişah tarafından onaylanarak yürürlük kazanmış bir İslam Yasama Faaliyeti ürünüdür. Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Meclis onayından geçmeyip "Kanun" yerine "Kararname" ismini alsa da Padişah tarafından onaylanıp resmi gazetede yayınlandığı için bağlayıcılık kazanmıştır. Dolayısıyla burada Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin kanun hüküm ve kuvvetinde olduğu değerlendirilmesi yapılabilir.

KAYNAKÇA

- Abdurrahman, Münib. *Hukuk-ı Medeniye*. Cilt 5,6. İstanbul: Darülfünun Matbaası, 1340-1341.
- Akgündüz, Ahmet. "Osmanlı Hukukunda Şer'i Hukuk Örfi Hukuk İkilemi." *İslami Araştırma Dergisi* 12, no. 2 (1999).
- Akgündüz, Ahmet. "Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'i Sınırları." *Osmanlı Ansiklopedisi*, Editör Güler Eren. Cilt 6. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999.
- Akgündüz, Ahmet. *İslam Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku*. Cilt 1. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011.
- Akgündüz, Ahmet. *İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyyatı Özel Hukuk-I*. Cilt 2. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2012.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*. Cilt 1, 3, 4, 6, 7. İstanbul: 1990.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. Hazırlayan Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2017.
- Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usulü*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2002.
- Avcı, Mustafa. "Osmanlıda Aile Arabuluculuğu." *II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu Ailenin Korunması Hakkı Bildiriler Kitabı*. 471-494. <https://www.tihk.gov.tr/prof-dr-mustafa-avci/#ftn49>.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Atlas Akademi, 2018.
- Aydın, M. Akif. "Kanunnameler ve Osmanlı Hukukunun İşleyişi." *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, (2004).
- Aydın, M. Akif. *Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Klasik Yayınları, 2018.
- Aydın, M. Akif. *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*. Ankara: İsam Yayınları, 2020.
- Aydın, M. Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta, 2019.

- Berkes, Niyazi. *Türkiye'de Çağdaşlaşma*. Ankara: Bilgi Yayınevi, 1973.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Cilt 2, 7. İstanbul: Bilmen Yayınevi.
- Ceride-i İlmiye, Cilt 2. no. 20 (1916).
<https://katalog.idp.org.tr/sayilar/268/2-cilt-20-sayi>.
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî. *Ahkâmü'l-Kur'ân*. Cilt 2, 5. Muhakkik: Muhammed Sadık Kamhavi. Beyrut: Dâru İhyâü't-Türâsî'l-Arabî, 1405.
- Cin, Halil ve Ahmet Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2017.
- Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*. Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1988.
- Çalışkan, Mehmet. *el-Hüseyinî el-Yezdî'nin el-Urâza fi'l-Hikâyeti's-Selcûkiyye Adlı Farsça Eserinin Türkçe Tercümesi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.
- Çalışkan, Muhammed Selman. "Darülfünun İlahiyat Fakültesi Tefsir ve Tefsir Tarihi Müderrislerinden Manisalizade Hafız Mustafa Şevket Efendi'nin Hayatı ve Eserleri." *Dârülfünûn İlahiyat Sempozyumu*, (2010).
- Çeker, Orhan. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehir Vakfı Yayınları, 2017.
- Diyanet Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı. 1 Aralık 2021, <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/800/musulman-kadin-gayrimuslim-bir-erkek-evlenebilir-mi-?enc=QisAbR4bAkZg1HImMxXRn5PJ8DgFEAoa2xtNuyterRk%3d>.
- Döndüren, Hamdi. *Delilleriyle Aile İlmihali*. İstanbul: Erkam Yayınları, 2016.
- Düstur, 1. Tertip Cilt 1. "İzdivac ve Tenakih Maddesi Hakkında Tenbihatı Havi İlanname."

- Düstur, 2. Tertip Cilt 11. "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin Lağvı Hakkında Kararname."
- Ekinci, E. Buğra. "Akim Kalan Bir Teşebbüs: Osmanlı Aile Kanunu." *Tarih ve Medeniyet Dergisi*, no. 43 (Ekim 1997).
- Ekinci, E. Buğra. *Osmanlı Hukuku*. İstanbul: Arısanat, 2017.
- El-Cevziyye, İbnü'l-Kayyim. *İ'lamü-l-Muvoakk'în an-Rabbi'l-Alemîn*. Cilt 4. Muhakkik: Muhammed Abdu's-Selam İbrahim. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyeti, 1991.
- El-Kurtubî, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed. *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*. Cilt 3. Kahire: Darü'l-Hadis, 2004.
- El-Makdisî, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî. *el-Muğni*. Cilt 7,8. Mektebetü'l-Kahire, 1968.
- En-Nebhan, Muhammed Faruk. *İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*. Çeviren Servet Armağan. İstanbul: Sönmez Yayıncılık, 1980.
- En-Nablusi, Abdülgani. "Taklid ve Tefik Hususunda Bir İnceleme." Çeviren Ahmet Yaşar. *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Dergisi*, no. 11 (1998).
- En-Nevevî, Ebû Zekeriyâ Yahyâ b. Şeref b. Mürî. *Minahacüt-Talibin ve Umdetül-Müftin fi'l-Fıkh*. Darü'l-fıkr, 2005.
- Ensar Durmuş ve Mehmet Ali Yargı. "1917 Tarihli Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler." *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 15 (2019).
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005.
- Es-Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *Mebsut*. Editör M. Cevat Akşit. Cilt 4,5,10,11. İstanbul: Gümüşev Yayıncılık, 2008.

- Eş-Şirbînî el-Kahirî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb. *Mugni'l-Muhtac İla Ma'rifeti Meani Elfazi'l-Minhac*. Cilt 4. Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994.
- Et-Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Misrî. *Muhtasarü İhtilafi'l-Ulema*. Cilt 5. Muhakkik: Abdullah Nezir Ahmed. Beyrut: Darü'l-Beşairi'l-İslamiye, 1417.
- Ez-Zurkani, Muhammed Abdülazim. *Şerhü'l-Zurkani Ale'l-Muvatta*. Cilt 3. Kahire: Mektebetü'l-Sekafeti'l-Diniyyeti, 2003.
- Gayretli, Mehmet. *Tanzimat Sonrasında Cumhuriyete Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Hareketleri*. Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.
- Güलगül, Esra ve Mehmet Erdem. "İslam Hukuk Literatüründe Şaz İçtihatların Fıkhî Değeri." *İlahiyat Bilimlerinde Güncel Akademik Gelişmeler*, Editör Veli Atmaca. (2018).
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları." *Tarih Okulu İlk Bahar-Yaz*, no. 14 (2013).
- Hafnâvî, Muhammed İbrahim. *Tabsirü'n-Nüceba bi Hakikati'l-İctihad ve't-Taklîd ve't-Telfik ve'l-İftâ*. Kahire: Darü'l-Hadis, 1995.
- Halebi, İbrahim. *İzahlı Mülteka-el Ebhur*. Çeviren Mustafa Uysal. Cilt 1. İstanbul: Dizerkonca Matbaası, 1968.
- Heyd, Uriel. "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat." Çeviren Selahattin Eroğlu. *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 26, no. 1 (1984).
- Heyd, Uriel. *Studies in Old Ottoman Criminal Law*. Oxford, 1973.
- 2 Aralık 20221, <https://drive.google.com/file/d/1-vjcS81PA2-FB9EcwGwIq8Qp5x18exE6/view?usp=sharing>.
- İbn Abidin, Muhammed Emin. *Reddü'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar*. Cilt 3. Beyrut: Darü'l-Fikr, 1992.

- İbn Cerir, Ebi Ca'fer Muhammed Taberi. *Camiü'l-Beyan fi Te'vili'l-Kur'an*. Cilt 4. Muhakkik: Ahmed Muhammed Şakir. Müessesetü'r-Risale, 2000.
- İbni Manzûr. *Lisanu'l-Arabi*. Cilt 10. Beyrut: Dar-ı Sadır, h.1414.
- İbnü'l-Murtazâ. *el-Münye ve'l-Emel*. Neşreden: T. W. Arnold. Haydarâbâd. 1316.
- İnalçık, Halil. "Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları." *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, no. 2 (1958).
- İnalçık, Halil. *Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet*. İstanbul, 2017.
- İstanbul Müftülüğü Şeriyye Sicilleri Arşivi. Üsküdar Kadılığı. Sicil: 791. Sayfa: 68-69. Karar numarası: 9.
- Kahraman, Seyit Ali ve Ahmed Nezih Galitekin ve Cevdet Dadaş. *İlmiye Salnamesi*. İstanbul: İşaret Yayınları, 1998.
- Kalıpçı, Mahmut Esat. "Hukuk-ı Aile Kararnamesinin İlgası İşlemi Keenlemyekun Sayıldı mı?." İç. *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri 1*. Editör Fethi Gedikli. İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Karadağı, Ali Muhyiddin. *İçtihad ve Fetva*. Çeviren Mustafa Bülent Dadaş. İstanbul: Nida, 2019.
- Karaman, Hayreddin. *Fıkıh Usûlü-İslam Hukukunun Kaynakları, Metodu ve Felsefesi*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.
- Karaman, Hayreddin. *İslam Hukukunda İçtihad*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. Cilt 1. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Kılınç, Ahmet. "İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14*, no. 2 (Ekim 2019).
- Konan, Belkıs. "Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Kadının Hukuki Durumu İle İlgili Düzenlemeler." İç. *II. Türk Hukuk Tarihi*

- Kongresi Bildirileri 1*. Editör Fethi Gedikli. İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2016.
- Koşum, Adnan. "İslam Hukukunda Siyaset-i Şer'iyeye Kavramı." *İslam Araştırmaları Dergisi* 16, no. 3 (2003).
- Köksal, Asım Cüneyd. *Fıkıh ve Siyaset Osmanlılarda Siyaset-i Şer'iyeye*. İstanbul: Klasik Yayınları, 2016.
- Köse, Saffet. *İslam Hukukuna Giriş*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2013.
- Kurt, Abdurrahman. *Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876)*. Ankara: Sentez Yayıncılık, 2013.
- Kuyucaklızade Mehmet Atıf Bey. *Küllî Kaideler Şerhi*. Hazırlayanlar: Veysel K. Bilgiç, Oğuzhan Orhan, Süleyman Tepe, Ali Karakoyun. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2020.
- Küçüktiryaki, Ahmet Yasin. *Osmanlı Aile Hukuku-Gelenek ve Modern Arasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2017.
- Menekşe, Ömer. "Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak El-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye Fi'l-Kavâ'idü's-Şer'iyeye." *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, no. 35 (2020).
- Merginâni, Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir. *Delilleriyle Hanefî Fıkıh el-Hidaye*. Cilt 2. Çeviren Ahmed Meylani. İstanbul: Karaman Neşriyat, 2014.
- Mevsuatü'l-İcmai Fi'l-Fıkhi'l-İslami*. Cilt 3. Darü'l-Fazileti li'n-Neşri ve't-Tevzi'i, 2012.
- Muhammed Seyyid Bey. *Fıkıh Usulü-Giriş*. Hazırlayan Hasan Karayığit. İstanbul: Düşün Yayıncılık, 2010.
- Muteber, Gülsefa Uygur. *İslam Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015.

- Mütercim Âsım Efendi. *el-Okyânûsu'l-Basît fî Tercemeti'l-Kâmûsi'l-Muhît Kâmûsu'l-Muhît Tercümesi*. Cilt 4. Çeviren Mustafa Koç ve Eyyüp Tanrıverdi. 2013.
- Nebhân, Muhammed Fârûk. *İslâm Anayasa ve İdare Hukukununun Genel Esasları*. Çeviren Servet Armağan. İstanbul: Sönmez Neşriyat, 1980.
- Özen, Şükrü. *Tarihte Müslümanlar*. Editör Mehmet Özdemir. Ankara: Otto Yayınları, 2020.
- Rıza, Muhammed Reşid b. Ali. *Mecelletü'l-Menar*. Cilt 25. <https://app.turath.io/book/6947>.
- Sadreddin Efendi, "Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Ve Usul-u Muhakemat-ı Şeriyye Kararnameleri Hakkındaki Makalelerinin Metni." *Sebülürreşâd*. (1918).
- Samar, Mahmut. "İbn Şübrüme ile Ebû Hanîfe Arasındaki İhtilafın Analizi." *Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 4 (2020).
- Senhuri, Ahmed Ferec. *Mezheblerin Hüükümleri Arasında Telfik*. Çeviren Hayreddin Karaman. <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/dortrisale/0181.htm>.
- Senhuri. 1 Aralık 2021, <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/dortrisale/0181.htm>.
- Şâban, Zekiyüddin. *İslam Hukuk İlminin Esasları*. Çeviren İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2017.
- Şenocak, İhsan. Telfik. 1 Aralık 2021, <https://ihsansenocak.com/telfik-haram-midir/>.
- Şentop, Mustafa. "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyeti Literatürü." *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 3, no. 5 (2005): 647-672.
- Şimşirgil, Ahmet ve E. Buğra Ekinci. *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: KTB Yayınları, 2008.

- Telkenaroğlu, Rahmi. *Fıkıh Usulünde Muhattie ve Musavvibe*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya: Selçuk Üniversitesi, 2009.
- Tüfekçi, İbrahim. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Yöneltilen Eleştiriler Sadreddin Efendi Örneği*. İstanbul: Pasifik Ofset, 2016.
- Türcan, Talip. "Hilafet Teorisindeki Dönüşümde Türk Siyaset Düşünürlerinin Rolü-Yasamanın Sekülerleşmesi Bağlamında Bir İnceleme." *Uluslararası Türk Dünyasının İslamiyet'e Katkıları Sempozyumu*, (2007).
- Türcan, Talip. *İslam Hukukunda Devletin Egemenlik unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, 1999.
- Türk Hukuk Lügati*. Ankara: Başbakanlık Basım Evi, 1991.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "Anayasa." Cilt 3. İstanbul: M. Akif Aydın, 1991.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "Cünûn." Cilt 8. İstanbul: İ. Kâfi Dönmez, 1993.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "el-Ahkümü's-Şeriyye fi'l-Ahvali's-Şahsiyye." Cilt 1. İstanbul: M. Akif Aydın, 1988.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "Esam Ebu Bekir." Cilt 11. İstanbul: Yusuf Şevki Yavuz, 1995.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "Fetva." Cilt 12. İstanbul: Fahrettin Atar, 1995.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "Gedik." Cilt 13. İstanbul: Ahmet Akgündüz, 1996.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "Hukuk-ı Aile Kararnamesi." Cilt 18. İstanbul: M. Akif Aydın, 1998.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "İbn Şübrüme." Cilt 20. İstanbul: Şükrü Özen, 1999.
- TDV İslam Ansiklopedisi*. "İctihad." Cilt 21. İstanbul Yunus Apaydın, 2000.

- TDV İslam Ansiklopedisi. "İddet." Cilt 21. İstanbul: H. İbrahim Acar, 2000.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Kanunname." Cilt 24. İstanbul: Halil İnalçık, 2001.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye." Cilt 28. Ankara: M. Akif Aydın, 2003.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Mehir." Cilt 28. Ankara: M. Akif Aydın, 2003.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Muhâlea." Cilt 30. İstanbul: Fahrettin Attar, 2005.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Muhammed Kadri Paşa." Cilt 30. İstanbul: M. Akif Aydın, 2005.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Nikah." Cilt 33. İstanbul: Fahrettin Atar, 2007.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Nizâmiye Mahkemeleri." Cilt 33. İstanbul: M. Macit Kenanoğlu, 2007.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Osman el-Betti." Cilt 33. İstanbul: Murtaza Bedir, 2007.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Sarhoşluk." Cilt 36. İstanbul: İ. Kâfi Dönmez, 2009.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Sihriyet." Cilt 37. İstanbul: Hamza Aktan, 2009.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Şeriat." Cilt 38. İstanbul: Talip Türcan, 2010.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Talak." Cilt 22. İstanbul: Ali Bardakoğlu, 2000.*
- TDV İslam Ansiklopedisi. "Tefrik." Cilt 40. İstanbul: H. İbrahim Acar, 2011.*
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. Osmanlı'nın İlmiye Teşkilatı. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1988.*

- Vural, Muammer. "Dört Halife Döneminde Yasama Faaliyetinin İşleyişi ve Bazı Yasama Örnekleri (Hz. Ömer Dönemi)." *İlahiyat Tetkikleri Dergisi*, no. 44 (2015).
- Vural, Muammer. "Yasama Kavramı ve Yetkisi Açısından Pozitif Hukuk ile İslam Hukuku Arasında Bir Mukayese." *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no. 36 (2011).
- Yaman, Ahmet. "Doktrin ve Olgu Bağlamında Küçüklerin Evlendirilmesi." *Eskiyeni*, no. 38 (2019): 9-29.
- Yazıcı, Abdurrahman. "Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri." *EKEV Akademi Dergisi*, no. 62 (2015).
- Yazır, Elmalılı Hamdi. *İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu*. Cilt 2,3,5. İstanbul: Eser Neşriyat, 1997.
- Yılmaz, İbrahim. *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*. Ankara: Fecr Yayınları, 2020.
- Zeydan, Abdülkerim. *el-Veciz fi Usul'il-Fıkh*. Dımeşk: Risale, 2015.

YOKSULLUK NAFAKASINDA SÜRE SORUNUNUN ANAYASAL VE MEDENİ HUKUK BOYUTUYLA TARTIŞILMASI VE BİR ÖNERİ OLARAK BOŞANMA TAZMİNATI*

*Discussing of Duration Problem in the Poverty
Alimony from the Perspective of Constitutional and
Civil Law and Divorce Compensation as a
Proposal*

Seda BAŞ**

Nisa ÖZCAN***

* Makalemizin üçüncü yazarı olan Arş. Gör. Sezgin BAŞ, aynı sayıda tek yazarlı bir başka makalesi olduğu gerekçesiyle derginin etik ilkeleri ve yayın politikası gereği bu çalışmadan çekilmek zorunda kalmıştır. Çalışmamıza değerli görüşleriyle önemli katkı sunan meslektaşımıza teşekkürü bir borç biliriz.

** Araştırma Görevlisi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Medeni Hukuk Anabilim Dalı), yildizs@cu.edu.tr, [ORCID: 0000-0001-5382-2663](https://orcid.org/0000-0001-5382-2663).

*** Doktora Öğrencisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Kamu Hukuku), gnisaozcan@gmail.com, [ORCID: 0000-0003-2890-5111](https://orcid.org/0000-0003-2890-5111).

Makale Gönderim Tarihi/Received: 18.01.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 15.02.2022.

Atıf/Citation: Baş, Seda ve Nisa Özcan. "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2022): 328-383.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under

Öz

Türk Medeni Kanunu m. 175'te düzenlenen yoksulluk nafakası, boşanmanın mali sonuçları arasındadır ve bir bakım nafakası türüdür. TMK m. 175, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eşin, diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka talep edebileceği düzenlemesini içermektedir. Madde metnindeki "süresiz" tabiri öğretilerde tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay, TMK m. 175'i emredici hüküm olarak yorumlamakta ve "süresizlik" hususunda hâkimin takdir yetkisi olmadığından hareketle kararlar vermektedir. Süresiz yoksulluk nafakası, TMK m. 175 hükmüne dayanmamaktadır. Hüküm hem lafzen hem amaca göre incelendiğinde, bu sonucun açıkça ortada olduğu anlaşılmaktadır.

Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesi içerisinde "sürekli kadın lehine" nafaka sorununu da barındırmaktadır. Süresiz nafaka, uygulamada gerek nafaka borçlusu gerek nafaka alacaklısı açısından birçok mağduriyete sebep olmaktadır. Bu kapsamda anayasal hakların ve medeni hukuk anlamında kişilik haklarının ihlali gündeme gelmektedir. Boşanarak birbirleriyle olan her türlü ilişkinin bir an önce sona erdirilmesini talep eden eski eşleri, yoksulluk nafakası aracılığıyla bir ömür boyu karşı karşıya getirmek hakkaniyete aykırıdır. Sözü geçen bu mağduriyetleri önleyebilmek üzere bir defaya mahsus ödenen ve tazminat niteliği taşıyan bir "boşanma tazminatı"nın gündeme getirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Süresiz Nafaka, Yoksulluk Nafakası, Boşanma Tazminatı, Sosyal Devlet İlkesi, Ailenin Korunması.

Abstract

Poverty alimony, regulated in art. 175 of the TCC, is among the financial outcomes of divorce and is a type of care alimony. Article 175 of the TCC includes the regulation that the spouse who will fall into poverty due to divorce can demand alimony from the other spouse *sine die* in proportion to his financial power. The term "indefinitely" in the text of the article has caused controversy in the doctrine. Supreme Court has interpreted art. 175 of the TCC as a mandatory provision and make decisions in the direction of the judge's lack of discretion regarding "indefiniteness". Indefinite alimony is not based on the provision of art. 175 of the TCC. When the provision is examined both in terms of wording and purpose, it is understood that this result is clearly evident.

The problem of adjudicating poverty alimony for an indefinite period is added to the problem of adjudicating "permanently in favor of the woman". Indefinite alimony, in practice, causes many grievances for both the alimony debtor and the alimony creditor. In this context, the violation of the basic constitutional rights and freedoms and personal rights in the sense of civil law comes to the fore. It is unfair to confront ex-spouses, who demand that all relations with each other be terminated as soon as possible through divorce, for a lifetime due to poverty alimony. In order to prevent these aforementioned grievances, it is suggested that a "divorce compensation", which is paid for once and has the nature of compensation, should be brought to the agenda.

Key Words: Indefinite Alimony, Poverty Alimony, Divorce Compensation, Social State Principle, Protection of Family.

GİRİŞ

Anayasa m. 41'e göre, aile toplumun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. TMK m. 185 ve 186'da ise evlenmeyle

eşler arasında kurulan evlilik birliğine, eşlerin hem maddi hem de manevi olarak katkıda bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak bu katkı, Kanun koyucu tarafından yalnızca evlilik birliği devam ederken değil, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da devam edecek şekilde “yoksulluk nafakası” olarak öngörülmüştür.

Çeşitli hukuk sistemleri incelediğinde, yoksulluk nafakasının evlilik sonrası dayanışma fikrine dayandığı görülmektedir.¹ Yoksulluk nafakasının amacı, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra geçimini sağlayamayan eşin, bu imkânı elde edene kadar diğer eş tarafından mali açıdan desteklenerek ortaya çıkabilecek ekonomik sorunları azaltmak veya ortadan kaldırmaktır.² TMK m. 175’te yoksulluk nafakasının süresiz

¹ Peter Breitschmid et al., *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. Auflage, (2012), 410; Şükran Şıpka, “Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım,” *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 16; Ali Demirbaş, “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2018): 226; Gediz Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 1 (2013): 360; Emrah Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2, (2018): 238; Şebnem Akipek Öcal, “Yoksulluk Nafakası,” *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri*, Editörler: Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 208; Ahmet Kalender, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 201-202; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Nafaka Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 43; Sera Reyhani Yüksel, “Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu,” *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2021): 489.

² Ömer Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 1, (2005): 139; Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda

olarak talep edilebileceği düzenlenmiştir. Madde metninde nafaka talep eden kişi lehine öngörülen bu “süresiz”lik öğretide tartışmalara neden olmuştur. Diğer yandan, “süresiz” ibaresinin Yargıtay tarafından emredici hükümmüş gibi yorumlanması, uygulamada nafaka borçlusu yönünden birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Nafakaya süresiz olarak hükmedilmesi, boşanmaya rağmen evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin sona erememesine yol açmaktadır. Ayrıca, nafaka borçlusu açısından düşünüldüğünde, süresiz nafaka, birçok anayasal güvencenin ve medeni hukuka ilişkin hakların ihlal edilmesi sonucunu beraberinde getirmektedir.

Açıklanan sebeplerle, boşanan eşler arasındaki ilişkinin her yönden en kısa sürede sona erdirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, eski eşlerin birbirine karşı olan evlilik sonrası bakım ihtiyacının sınırlanmasını ifade etmek üzere ve evlilik sonrası dayanışma ilkesinin karşıtı olarak karşımıza *clean break* (kesin ayrılık) ilkesi çıkmaktadır.³ *Clean break* ilkesine göre, evliliğin sona ermesi üzerine eski eşler arasında kişisel sorumluluk esası benimsenmelidir. Sonuçta, boşanmak isteyen eşlerin iradesi, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerle birlikte aralarındaki kişisel ilişkinin de sona ermesi yönündedir.

Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 358; Abdulkerim Yıldırım, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu,” *Legal Hukuk Dergisi* 14, no. 157, (2016): 62; Ebru Ceylan, “Geçmişten Bugüne Yargıtay Kararlarında Yoksulluk Nafakası Talebinde Etkili Olan Unsurları Değerlendirme,” *İstanbul Barosu Dergisi* 92, no. 5 (2018): 15; Mesut Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 20; Esra Fırtına, *Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 93-94; Kalender, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*, 110; Remzi Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 147, (2020): 227.

³ Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 368; Kürşat Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu,” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76, no. 1 (2018): 329.

Yoksulluk nafakasında süre meselesinin ele alındığı bu çalışmada, öncelikle kavramsal olarak yoksulluk nafakası üzerinde durulacaktır. Daha sonra yoksulluk nafakasındaki süreye ilişkin kanuni düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı, Yargıtay'ın meseleye yaklaşımı hakkında açıklamalar yapılarak öğretide ileri sürülen görüşlere yer verilecektir. Yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesi birçok temel hak ve hürriyete müdahale teşkil ettiğinden, mesele anayasal boyutuyla da incelenecektir. Son olarak, Türk hukukunda artık amacına hizmet etmekten çok mağduriyetlere sebep olan yoksulluk nafakası yerine, bir alternatif olarak önerilen boşanma tazminatı ihdas edilmesi görüşü üzerinde durulacaktır.

I. GENEL OLARAK YOKSULLUK NAFAKASI

Yoksulluk nafakası, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte, eşlerden birinin, kanunda belirtilen şartların mevcut olması halinde, diğer eşe ödeyeceği bir bakım nafakası türüdür.⁴ Türk Medeni Kanunu m. 175'te düzenlenen yoksulluk nafakası, boşanmanın mali sonuçlarından biridir.⁵ TMK m. 175'te

⁴ Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 136; Ceylan, "Yoksulluk Nafakası," 15; Dila Okyar Karaosmanoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (2016): 422; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi," 241; Oğuz Ersöz, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 220; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 20; Hayrunnisa Özdemir, "Yoksulluk Nafakasındaki Süresizlik Sorunu," *Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 25; Demir, *Yoksulluk Nafakasının Süresizliği*, s. 228.

⁵ Mustafa Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 151-152; Ceylan, *Yoksulluk Nafakası*, 15; Özdemir, "Yoksulluk Nafakasındaki Süresizlik Sorunu," 25; Yağcı, "Yoksulluk

“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükme göre, kusuru daha ağır olmayan ve boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan taraf, diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsü olmak kusur şartını gerektirmez.

TMK m. 175’in lafzından hareketle yoksulluk nafakası talep edebilmek için bir arada bulunması gereken şartlar şu şekilde sıralanabilir:⁶ Öncelikle evlilik birliği butlan veya boşanma ile

Nafakasında “Süresizlik” Sorunu,” 324; Fırtına, *Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası*, 92; Akipek Öcal, “Yoksulluk Nafakası,” 209; Safa Koçoğlu, “Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 2 (2021): 405; Kalender, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*, 96; Zeynep Yargıç, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 163.

⁶ Yoksulluk nafakasının şartları hakkında, genel olarak, bkz. Turgut Akıntürk, “Boşanmanın Hukuki Sonuçları,” *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, Cilt II, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), 192-193; Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 156-157; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 135-136; Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları,” 140-143; Ceylan, *Yoksulluk Nafakası*, 16-21; Azra Arkan Serim, “Yoksulluk Nafakası,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 65, 1 (2007): 288ff.; Demirbaş, “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası,” 225; Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 368-373; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” 243ff.; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 33ff.; Yıldırım, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu,” 63-69; Okyar Karaosmanoğlu, “Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması,” 423ff.; Özdemir, “Yoksulluk Nafakasındaki Süresizlik Sorunu,” 26-28; Yağcı, “Yoksulluk Nafakasındaki ‘Süresizlik’

sona ermiş olmalıdır. İkinci olarak, nafakanın talep edilmesi gerekir. Nafaka talep eden eş, kusursuz, eşit kusurlu ya da diğer eşten daha az kusurlu olmalıdır. Bir diğer şart, nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasıdır. Son olarak nafaka yükümlüsünün nafaka ödeyebilecek mali güce sahip olması da şarttır.

Evlilik birliğinin butlan veya boşanma ile sona ermiş olması, kanun koyucunun yoksulluk nafakasını boşanma kararının kesinleşmesi şartına bağladığının bir göstergesidir.⁷ Eşlerden birinin talebi üzerine yoksulluk nafakası karara bağlanır. Bir

Sorunu," 324; Ersöz, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma*, 221-225; Mecit Demir, *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 43-61; Akipek Öcal, "Yoksulluk Nafakası," 208-209; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 200ff.; Fırtına, *Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası*, 94ff.; Koçoğlu, "Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme," 405-408; Kalender, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*, 96ff.; Ruhi ve Ruhi, *Nafaka Hukuku*, s. 44ff.; Nihan Koyuncu Aktaş, "Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hakimın Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi," *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no. 3 (2021): 774-775; Reyhani Yüksel, "Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu," 492 -498; Yargıç, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları*, 164-167; Nazlı Hilal Çelik, *Evlencinin Hükümsüzlüğü* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 329ff.

⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için, Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 135; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi," 243; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 34-37; Özdemir, "Yoksulluk Nafakasındaki Süresizlik Sorunu," 27; Haluk Burcuoğlu, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler," *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2018): 6; Kalender, *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*, 91-95. Ayrıca, Yar. 2. HD, E. 1990/13114, K. 1991/2776, 18.01.1991: "Boşanma davası reddedildiği, başka bir ifade ile aile birliği devam edegelmekte olduğu halde ancak boşanma halinde uygulama imkânı bulunan yoksulluk nafakasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."

başka deyişle, hâkim re’sen yoksulluk nafakasına hükmedemez.⁸
Nafaka talep eden eşin kusuru, diğer eşten fazla olmamalıdır.⁹

⁸ Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 156; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 136; Ceylan, *Yoksulluk Nafakası*, 16; Arkan Serim, “Yoksulluk Nafakası,” 288; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” 244; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 38; Özdemir, “Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu,” 27; Koçoğlu, “Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme,” 407; Çelik, *Evlencinin Hükümsüzlüğü*, 328. Ayrıca, Yar. 2. HD, E. 2016/17174, K. 2018/5484, 24.04.2018: “...Hâkim, tarafların talep sonuçları ile bağlıdır. Ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m.26). Davalı kadının usulüne uygun olarak yasal süresi içerisinde yoksulluk nafakası (TMK m.175) talebi bulunmamaktadır. Davalı kadın aleyhine kesin hüküm oluşturacak şekilde talep olmadığı halde yoksulluk nafakasının reddine karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.”; Aynı yönde, Yar. 2. HD, E. 1998/10875, K. 1998/12825, 27.11.1998: “...Davacı kadının yoksulluk nafakası talebi yoktur. Talep olmayan hallerde kabul sonucu doğurmaz. Bu yön gözetilmeden davacı lehine yoksulluk nafakası taktiri doğru görülmemiştir.”.

⁹ Yar. 2. HD, E. 2021/7236, K. 2021/6696, 30.09.2021: “... Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesi gereğince boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Somut olayda Dairemizin 08.03.2021 tarih 2021/822 esas 2021/1998 karar sayılı ilamıyla evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet veren vakialarda davalı-karşı davacı kadının ağır kusurlu olduğu belirtilmiş ancak TMK 175. madde koşullarının davalı-karşı davacı kadın yararına oluşmadığı hususu açıkça vurgulanmamış olup anılan yanlışlık maddi hata niteliğindedir. Açıklanan nedenlerle mahkemece davalı-karşı davacı kadın yararına TMK 175. madde koşullarının oluşmadığı gözetilerek davalı-karşı davacı kadının yoksulluk nafakası talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, bu hususta hüküm kurulmamış olması doğru görülmemiş kararın bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.”; Yar. 2. HD, E. 2016/19425, K. 2018/7508, 07.06.2018: “... Mahkemece boşanmaya sebep olan olaylarda taraflar eşit kusurlu olarak kabul edilmiş, kusur durumu gerekçe gösterilerek davacı kadının yoksulluk nafakası talebinin reddine karar verilmiştir. Boşanan eş yararına yoksulluk nafakasına (TMK m. 175) hükmedebilmek için nafaka talep eden eşin ağır kusurlu olmaması ve boşanmakla yoksulluğa düşecek olması gerekir. Bu durumda eşit kusurlu eş, yoksulluk nafakası talep edebileceğinden kusur durumu gerekçe gösterilerek

Hâkimin yoksulluk nafakasına hükmedebilmesi için, nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olması gerekir.¹⁰ Bir başka deyişle, boşanma ile yoksulluk arasında nedensellik bulunmalıdır.¹¹

Kanun'da yoksulluğun tanımı yapılmamıştır. Yoksulluk, genel olarak, “*insanca yaşayıp geçinme olasılığı sağlayamayacak*

yoksulluk nafakasının reddi doğru olmamıştır. (TMK m. 175) O halde, mahkemece toplanılan delillerle, davacı kadının boşanmakla yoksulluğa düşüp düşmeyeceği değerlendirilerek; sonucu uyarınca yoksulluk nafakası istemi hakkında bir karar verilmesi gerekirken, kusur durumu gerekçe gösterilerek isteğin reddine karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”; Yar. 2. HD, E. 2015/26767, K. 2017/4410, 17.04.2017: “... Boşanmaya sebep olan olaylarda ağır kusurlu eş yararına yoksulluk nafakası verilemez (TMK m. 175). O halde; davalı kadının yoksulluk nafakası talebinin reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”.

¹⁰ Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 156; Hatemi, *Aile Hukuku*, 137; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 135; Mine Uzun, *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 33; Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 380; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 44ff. Nafaka alacaklısı lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi durumunda bunları yoksulluğa etkisinin araştırılması gerektiği yönünde, Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006), 112. Yoksulluğa düşecek olan eşin kadın veya erkek olmasının önem taşımadığı yönünde, Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 135; Demir, *Yoksulluk Nafakası*, 61. Yoksulluk nafakasına çoğunlukla kadınların ihtiyaç duyduğu yönündeki tespitle birlikte, yoksulluk nafakasının temelinde “yoksulluğun kadınlaşması” olgusunun bulunduğu yönünde, Fatma Duygu Bozkurt, “Yoksulluk Nafakasını İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Ekseninde Yeniden Düşünmek,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, 2 (2021): 571.

¹¹ Arkan Serim, “Yoksulluk Nafakası,” 290; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” 248; Koçoğlu, “Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme,” 405.

düzye de olmayı” ifade eder.¹² Yargıtay da “yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzye de geliri olmayanları yoksul” olarak kabul etmek gerektiğini belirtmektedir.¹³ Yoksulluğun ekonomik ve sosyal koşullarla doğrudan ilgili olduđunu¹⁴ vurgulayan Yargıtay, yerleşik içtihatlarında, asgari ücret düzyeinde olan bir gelirin kişiyi yoksulluktan kurtarmaktan uzak olduğunu belirterek asgari ücretle çalışmanın yoksulluk nafakası bağlanması açısından önem arz etmediğini belirtmektedir.¹⁵ Yargıtay, yetim aylığının

¹² Yar. HGK, E. 1998/2-656, K. 1998/688, 07.10.1998. Yoksulluk kavramı hakkında, bkz. Demir, *Yoksulluk Nafakası*, s. 36-38. Nafaka bakımından “yoksulluk” sözcüğünün silinmeye, hatta tamamen ortadan kalkmaya başladığı yönünde bir eleştiri için, bkz. Burcuoğlu, “Yoksulluk Nafakası,” s. 7. “Yoksulluk nafakası”nın farklı açıdan bir kavramsal eleştirisi için, bkz. Mustafa Şahin, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125),” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 3 (2017): 78.

¹³ Yar. HGK, E. 1998/2-656, K. 1998/688, 07.10.1998. Aynı yönde, Yar. 3. HD, E. 2013/10992, K. 2013/13847, 03.10.2013.

¹⁴ Bu konuyu kadın yoksulluğu özelinde ele alan bir yaklaşım için, bkz. Bozkurt, “Yoksulluk Nafakasını İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Ekseninde Yeniden Düşünmek,” 571-575.

¹⁵ Yar. HGK, E. 2001/2-1158, K. 2001/1185, 26.12.2001: “Somut olayda; davalı eşin 70.000.000 TL. civarında olduğu anlaşılan asgari ücretle özel bir işletmede çalışmakta olduğu belirlenmiş olup, yukarıda açıklandığı üzere bu miktarın davalı eşi yoksulluktan kurtarmayacağı ve ona insanca yaşayıp geçinme olanağı sağlamayacağı kuşkusuzdur. O halde Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında ve yukarıda açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.” Aynı yönde, Yar. HGK, E. 2002/2-397, K. 2002/339, 01.05.2002; Yar. 3. HD, E. 2013/12156, K. 2013/14691, 23.10.2013: “... Somut olayda tarafların 12.03.2012 tarihinde boşandıkları, davacının perdecide asgari ücretle çalıştığı, evli olduğu, eşinin çalışmadığı, davalının boşandıktan sonra öğrenci yurdunda çalıştığı, asgari ücret düzyeinde gelir elde ettiği ve 3 yaşındaki çocuğu ile birlikte yaşadığı dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Nafaka alacaklısı kadının, aldığı

da kişiyi yoksulluktan kurtarmaya yetmeyeceğini ifade ederek nafakaya hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.¹⁶ Diğer yandan, nafaka talebinde bulunan eşin çalışması, tarafların mali güçlerinin birbirine yakın olması yoksulluğa düşecek olma şartının oluşmadığını gösterir. Nitekim, Yargıtay bir kararında, emekli maaşı, kira geliri ve gayrimenkulleri olan kadın lehine yoksulluk nafakasının şartları oluşmadığı gerekçesiyle nafakaya hükmedilemeyeceğini vurgulamaktadır.¹⁷ Yargıtay, başka bir kararında, tarafların mali durumları ve güçleri aynı seviyede olduğu için, davacı kadın lehine yoksulluk nafakasına hükmetmemiştir.¹⁸ Yoksulluk nafakasına

asgari ücretin yukarıda belirtilen zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılması beklenemez. Başka bir anlatımla, davalının eline geçen toplam gelir miktarı, onu yoksulluktan kurtaracak mahiyette değildir. Bu nedenle davalının geliri yoksulluğu ortadan kaldırmayıp, bu durumun sadece nafaka miktarının tayininde nazara alınacağı hususu gözetilmeksizin davanın tümünden kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

¹⁶ Yar. 2. HD, E. 2021/1974, K. 2021/3240, 19.04.2021: “... Mahkemece davalı kadının yetim aylığı aldığı ve bu nedenle kadına yoksulluk nafakası verilemeyeceği belirtilmiş ise de yetim aylığı kadını yoksulluktan kurtarmaz. Bu nedenle davalı kadının boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği şartları gerçekleşmiştir. O halde, davalı kadın yararına geçimi için uygun miktarda yoksulluk nafakası takdiri gerekirken isteğin reddi doğru görülmemiştir.”

¹⁷ Yar. 2. HD, E. 2019/436, K. 2019/8409, 09.09.2019: “Boşanan eş yararına yoksulluk nafakasına hükmedebilmek için, nafaka talep eden eşin boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olması gerekir (TMK m.175). Toplanan delillerden, davalı-davacı kadının emekli maaşı ve kira gelirlerinin olduğu, adına kayıtlı iki daire, Kilyos da yazlık ve 1/5 hisseli işyerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre, davalı-davacı kadının boşanma ile yoksulluğa düşeceğinden söz edilemez. Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesi koşulları kadın lehine oluşmamıştır. Davalı-davacı kadının yoksulluk nafakası talebinin reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

¹⁸ Yar. 2. HD, E. 2014/610, K. 2014/11244, 15.05.2014: “...Toplanan delillerden; tarafların her ikisinin de öğretmen olup, düzenli ve sürekli gelirlerinin bulunduğu, mali durumlarının ve güçlerinin yaklaşık aynı seviyede olduğu, bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesi koşullarının davacı kadın lehine oluşmadığı

hükmedilebilmesi için son olarak, nafaka yükümlüsünün ekonomik şartları dikkate alındığında, nafaka ödemeye yeterli bir mali güce sahip olması gerekir.¹⁹

II. YOKSULLUK NAFAKASINDA “SÜRESİZLİK”

Bu başlık altında öncelikle yoksulluk nafakasının süresine ilişkin kanuni düzenlemeler hakkında bilgi verilecektir. Daha sonra yoksulluk nafakasında süresizlik tartışması, öğretide ileri

anlaşılmaktadır. Bu itibarla davacı kadının yoksulluk nafakası talebinin reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.” Benzer yönde, Yar. 2. HD, E. 2016/16665, K. 2018/5562, 25.04.2018: “... Toplanan delillerden kadının çalıştığı, düzenli ve sürekli geliri bulunduğu anlaşılmaktadır. Kadın yararına TMK m. 175 koşulları oluşmamıştır. Davacı kadının yoksulluk nafakası talebinin reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir.”.

- ¹⁹ Yar. 2. HD, E. 2016/16274, K. 2018/5017, 16.04.2018: “...Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz (TMK m. 175). Mahkemece; davacı erkek adına tasfiye halinde olan iki adet şirket bulunduğu, şirketlerin defter kayıtlarının düzenli olarak tutulmaması sebebiyle kurumlar vergisi kayıtlarının şirketin gerçek durumunu yansıtmayacağı, şirketin bilirkişiye davacı lehine olabilecek belgeleri ibraz etmiş olması ihtimalinin yüksek olduğu, bilirkişinin tespit ettiği bu şirketlere ait aktif-pasif durumunun inandırıcı bulunmadığı, kadının daha önce açtığı bağımsız tedbir nafakası davasında (TMK m. 197) kendisine tedbir nafakası hükmedildiği dönemde de asgari ücretle çalıştığı, tanığının da erkeğin serbest meslek erbabı olarak İzmit’te çalıştığı yönünde beyanı olduğu gerekçesiyle davalı kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmolunmuş ise de; toplanan delillerden davalı kadının asgari ücret düzeyinde düzenli gelirinin bulunduğu, davacı erkeğin ise 2010 yılı ve öncesinde medikal ürünler pazarlama işi yaparken sonraki yıllarda sahibi olduğu şirketlerin tasfiye sürecine girdiği, alınan bilirkişi raporuna göre bu şirketlerin faal olmadığı, şirket pasiflerinin aktiflerinden daha fazla olduğu, kolluk araştırmasına göre de davacının halen düzenli bir gelirinin tespit edilemediği, kirada oturduğu, adına kayıtlı menkul ya da gayrimenkul bulunmadığı anlaşılmaktadır. Tarafların gerçekleşen bu durumlarına göre Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesi koşulları kadın yararına oluşmamıştır. Kadının yoksulluk nafakası isteminin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”.

sürülen görüşler ve uygulamanın bakış açısıyla ayrıca değerlendirilecektir. Bu kapsamda, ilk olarak TMK m. 175'in iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi ve bu hususta verilen karar üzerinde durulacaktır. Bunu takiben, Yargıtay'ın yaklaşımı ve son olarak öğretide ileri sürülen görüşlere yer verilecektir. Bu başlık altında son olarak yoksulluk nafakasında süresizliğin anayasal açıdan ele alınması söz konusu olacaktır.

A. Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Kanuni Düzenlemeler

743 sayılı MK m. 144'te *“kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir”* hükmü yer almaktaydı. Bu düzenlemeden mülga MK ile yoksulluk nafakasının bir yıllık süre sınırına tabi tutulmuş olduğu anlaşılmaktadır. Hükümdeki bu sınırlama, düzenlemenin amacıyla bağdaşmadığı ve hakkaniyete aykırı olduğu gibi gerekçelerle eleştirilmekteydi. Bu eleştiriler sonucu, 1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla bu hükümde değişiklik yapılarak, *“boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir”* düzenlemesi getirilmiştir. Ayrıca *“erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması”* gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu değişiklikle, yoksulluk nafakasındaki bir yıllık süre sınırı kaldırılmıştır.²⁰ Söz konusu hüküm TMK m. 175'e de büyük

²⁰ Bu sınırın kaldırılması hakkındaki gerekçeler için, bkz. Akıntürk, *“Boşanmanın Hukuki Sonuçları,”* 193; Şıpka, *“Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım,”* 16; Yıldırım, *“Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu,”* 77; Kulaklı, *“Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk*

ölçüde korunarak alınmıştır. TMK m. 175'teki tek farklılık, kadın erkek eşitliğine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle kadının nafaka yükümlüsü olabilmesi için "refah hâli"nde bulunması şartının kaldırılmış olmasıdır.²¹

Çağdaş hukuk sistemlerinde yoksulluk nafakasının süresi konusunda nasıl bir yaklaşımın benimsendiği de incelenmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, çağdaş hukuk sistemleri yoksulluk nafakasının süresi konusunda hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. İsviçre ve Alman hukukunda evlilik sonrası kişisel sorumluluk kuralı, nafaka ise istisnadır.²² Eski İsviçre Medeni

İncelemesi," 252; Yağcı, "Yoksulluk Nafakasında "Süresizlik" Sorunu," 327; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 89ff.; Reyhani Yüksel, "Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu," 503.

²¹ Bu husus öğretilerde kadından hiç nafaka istenmemesi gerektiği, kadının ancak ahlaki bir vazife olarak ve rızasıyla nafaka ödeyebileceği ileri sürülerek eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için, bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, 137. Hatemi'nin görüşünü kabul etmenin mümkün olmadığı yönünde, Demir, *Yoksulluk Nafakası*, 63. Söz konusu değişikliğin isabetli olduğu yönünde, Ceylan, "Yoksulluk Nafakası," 16; Arkan Serim, "Yoksulluk Nafakası," 292.

²² Thomas Sutter ve Freiburghaus Dieter, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht* (Zürich: Schulthess Verlag, 1999), 248; Jolante Kren Kostkiewicz et al., *ZGB Kommentar* (Orell Füssli Verlag AG, 2016), 291, Rn. 2; Philipp Wendl et al., *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis* (C.H. Beck, 2019), Rn. 354; Klaus Schnitzler et al., *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht* (C.H. Beck, 2020), Rn. 25; Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler," 362-363; Şahin, "Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 - ZGB m. 125)," 90; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi," 256; Yağcı, "Yoksulluk Nafakasında "Süresizlik" Sorunu," 329; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 109; Heinz Hausheer, "Yeni İsviçre Boşanma Hukuku'nun Önemli Yenilikleri," *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı* (İstanbul: Entegre Matbaacılık, 2007), 43.

Kanunu'nda da nafakanın süresine ilişkin bir sınır olmamakla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, süreli nafakaya hükmetme eğilimindeydi.²³ ZGB Art. 125 ile bu husus açıklığa kavuşturularak²⁴ ancak ZGB Art. 125/II'de belirtilen kıstaslar dikkate alınmak suretiyle süreli nafakaya hükmedileceği hüküm altına alınmıştır. ZGB Art. 125/II'de yoksulluk nafakasının miktarı ve süresi belirlenirken dikkate alınacak ölçütler 8 bent halinde açıkça ifade edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, nafaka miktarının ve süresinin belirlenmesinde “*evlilik süresince eşlerin yükümlülük paylaşımı, evlilik süresi, evlilik süresinde yaşam standardı, eşlerin yaşı ve sağlığı, eşlerin gelir ve malvarlığı, müşterek çocukların bakımının kapsamı ve süresi, eşlerin mesleki eğitim ve istihdam beklentileri ile çalışma hayatına yeniden uyum sağlamalarının olası maliyeti ve Federal yaşlılık beklentisi, sigorta hakları, emeklilik primi gelirleri dahil olmak üzere mesleki veya diğer özel ya da devlet kaynaklı gelirleri*” dikkate alınması gereken ölçütlerdir.²⁵

BGB § 1569'da kural olarak boşanan eşlerin nafaka talebinde bulunamayacakları esası benimsenmiştir.²⁶ Nafaka talebi ancak

²³ Sutter ve Dieter, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, 249; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” 255.

²⁴ Bu husus, İsviçre boşanma hukuku reformunun gerçek bir başarısı olarak ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için, bkz. Ingeborg Schwenzer ve Tomie Keller, “Recent Developments in Swiss Family Law,” *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 10.

²⁵ Ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Kostkiewicz et al., *ZGB Kommentar*, 293-295; Breitschmid et al., *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 413ff.

²⁶ Schnitzler et al., *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*, Rn. 25; Haluk Burcoğlu, “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 48, no. 1-4 (1983): 130; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*,

belirli koşulların varlığı halinde ileri sürülebilir ve nafaka miktarının belirlenmesinde evlilik içerisindeki yaşam standartları ölçüt olarak kabul edilir.²⁷ Alman hukukunda BGB § 1570/I hükmüne göre, müşterek çocuk bulunması durumunda bile çocuk bakım desteği talebi çocuğun doğumundan itibaren 3 yıl ile sınırlıdır.²⁸

Boşanan eşler arasındaki ilişkinin her yönden mümkün olan en kısa sürede sona erdirilmesi hayati bir öneme sahiptir. Eski eşlerin birbirine karşı olan evlilik sonrası bakım ihtiyacının sınırlanması gerekmektedir.²⁹ Öğretide bu durum “*clean break* ilkesi” olarak ifade edilmektedir.³⁰ *Clean break* ilkesi, evliliğin sona ermesi üzerine tarafların kural olarak bakımlarını kendilerinin üstlenmesini öngörür.³¹ Bu ilke kapsamında eski eşlerin birbirini desteklemesi istisnaen öngörülmektedir. Dolayısıyla *clean break* ilkesi evlilik sonrası dayanışmayı tamamen reddetmemektedir. Bu ilke hâkimin yoksulluk

109; Koyuncu Aktaş, “Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hakimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi,” 778.

²⁷ Schnitzler et all., *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*, Rn. 26.

²⁸ Schnitzler et all., *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*, Rn. 25.

²⁹ Heinz Hausheer et all., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Bern: Stämpfli Verlag, 2010) Rn. 10.78.

³⁰ Ingeborg Schwenzer, “Das clean break-Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht,” *FamPra.ch* 4/2000, 610ff.; Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 363; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” 261; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 94.

³¹ Schwenzer ve Keller, “Recent Developments in Swiss Family Law,” 10; Hausheer, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, s. 47; Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 363; Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu,” 328.

nafakasına hükmederken özellikle bir süre belirlenmesini de gerektirmektedir.³²

İslam hukukunda ise nafaka sadece iddet müddeti için söz konusudur ve kural olarak üç aylık bir süreyle sınırlıdır.³³

B. Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Tartışması

TMK m. 175’te yer alan “süresiz”lik ibaresi uzun yıllardır öğretide tartışmalara neden olmaktadır. Ancak bu tartışmalara geçmeden önce, TMK m. 175’in iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne taşınması, mahkemenin bu talebi reddetmesi, karşı oy yazısı ve Yargıtay’ın yoksulluk nafakasının süresine ilişkin yaklaşımı üzerinde durulacaktır.

1. Anayasa Mahkemesi’nin Yoksulluk Nafakasında Süreye İlişkin Kararı

TMK m. 175 Kestel Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş; mahkeme iptal istemini özellikle “süresizlik” temelinde değerlendirmiştir.³⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 17 Mayıs 2012 tarih ve E. 2011/136 K. 2012/72 sayılı kararında, “süresiz olarak”

³² Schwenzer ve Keller, “Recent Developments in Swiss Family Law,” 10; Hausheer, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, s. 47; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” 261; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 98.

³³ Emine Gümüş Böke, “İslam Hukuku Açısından Kadının İddet Nafakası,” *Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2020): 103; M. Zeki Uyanık, “İslam Aile Hukukunda Evlilik ve Boşanma Nafakası Bağlamında Süresiz Nafaka Yasası,” *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47, (2019): 60.

³⁴ Anayasa Mahkemesi’nin hükmün tamamını ele almayıp “süresizlik” üzerinde yoğunlaşması eleştirilmektedir. Bu hususta, bkz. Özdemir, “Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu,” 32ff.

ibaresinin nafaka alacaklısının her zaman ölünceye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmediğini, yoksulluk nafakasının sosyal dayanışma ve ahlaki düşüncelerin bir sonucu olduğunu, süresizlik kaydının sosyal bir hukuk devletinin gereği olduğunu vurgulayarak Anayasa'ya herhangi bir aykırılık oluşturmadığı sonucuna varmıştır.³⁵ Bu kararda karşı oy yazısı mevcuttur³⁶. Karşı oy yazısında, yoksulluk nafakasının süresiz

³⁵ Kararın tam metni için, 6 Ocak 2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120626-25.htm>.

³⁶ “Türk Medenî Kanunu’nda yardım nafakası için herhangi bir süre şartı öngörülmemişken, bakım nafakasının bir türü olan yoksulluk nafakasının kanunda belirlenen şartlar dâhilinde süresiz talep edilebileceğinin öngörülmesi Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “sosyal hukuk devleti” ilkesine aykırıdır. Hukuk, hakkaniyet ve nesafete dayanır fakat hakkaniyet ve nesafet bir romantizm veya hissi bir insanlık duygusu değildir. Aristo’ya göre hakkaniyet doğru ve haklı görünen şeydir. Hakkaniyet ve nesafet ahlaki, sosyal ve siyasî gerçek karşısında bir değer hükümünü gerektirir ve bu itibarla da toplumsal ilerleme ve istikrar vasıtasıdır. Hakkaniyet Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nun çeşitli maddelerinde rastlanan bir kavramdır. ... Evlilik hukuku ve daha da geniş olan aile hukuku, diğer hukuk kurallarından büyük çapta bağımsız bir alanı düzenlemeye yönelik kurallar içermektedir. Yoksulluk nafakasını düzenleyen 4721 sayılı Kanun’un 175. maddesi evliliğin süresi, nafaka alacak eşin yaşı, çalışma gücünün niteliği gibi özel şartlar aramamıştır. İnsanların boşanarak aralarındaki hukuki ilişkiyi bitirmiş olmalarına rağmen evlilik birliğinde var olan sorumluluklarının ömür boyu devam etmesi, hem insaflı değil hem de hakkaniyete aykırıdır. Boşanmadan kaynaklanan bir nafaka alacağının varlığının belli koşullar altında, nafaka borçlusunun veya nafaka alacaklısının yaşamı boyunca, sanki mülkiyet hakkıymış gibi sürekli olması, hak düşürücü süre ve zaman aşımı kavramlarının kabul edildiği bir hukuk sisteminde adalet duygusunu zedelemektedir. Yoksulluk nafakasının süresiz olması, ileride nafakanın artırılması, nafakanın azaltılması veya nafakanın kaldırılması davalarının açılmasına neden olacaktır. Bu durumda nafaka yükümlüsü eski eşin nafaka alan tarafın kanunda yazılı şartları taşıyıp taşımadığını kontrol amacıyla, onun özel hayatına müdahale anlamına gelebilecek davranışlara ve onun üzerinde psikolojik baskı kurmasına neden olabilecektir. Yoksulluk nafakasının süresiz olması bu nafakayı alan tarafın, karşı tarafı ömür boyu cezalandırmak amacıyla gelir getirici bir işte çalışmama ve evlilik ekti yapmadan birlikte yaşama gibi davranışlara itebilecektir. Bu haller yoksulluk nafakasının süresiz de olsa bir ceza olmadığına savunan görüşleri haksız çıkarmaktadır. Tarihin hiçbir döneminde,

talep edilebileceğinin öngörülmesinin sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle bu durumun hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı vurgulanmaktadır.

2. Yargıtay Uygulamasında Yoksulluk Nafakasının “Süresiz”liği

Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre, TMK m. 175 hükmü emredicidir ve bu hükümle hâkime herhangi bir takdir hakkı tanınmamıştır. Bu sebeple yoksulluk nafakasının süresizliği hâkimi bağlayıcıdır ve yoksulluk nafakası mahkemeler tarafından bir süre ile sınırlandırılmaz. 3444 sayılı Kanun’la MK’nın 144. maddesinde değişiklik yapılarak süresiz nafaka talep edilebileceğinin getirildiği dönemde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar, yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesi gerektiği yönünde yerleşik uygulama haline dönüşmüştür. Karar metni şöyledir:³⁷

“(...3444 sayılı Kanunla değişik Medeni Kanun’un 144. maddesi uyarınca, istek halinde ve özellikle talep hakkının

hiçbir hukuk sistemi boşanan eşlerden biri yoksulluğa düşecek diye diğeri için ömür boyu sürebilecek yoksulluk nafakası yükümlülüğü öngörmemiştir. Dolayısı ile yoksulluk nafakasının süresiz uygulanmasının nedeni ahlaki ve sosyal gerekçelerle açıklanamaz.... Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “sosyal hukuk devleti” vatandaşlarına asgari geçim düzeyi sağlamayı kendisine görev bilen ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder. Vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen sosyal hukuk devleti, insan onurunun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti ve refahı sağlamaya çalışır. Anayasa Mahkemesi’nin pek çok kararında vurguladığı gibi, sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Kültürümüzden kaynaklanan yardımsever eğilimlerinin, aile dayanışmasının, hayır kurumları ve vakıflar gibi geleneksel kurumların yoksullukla mücadele bağlamındaki faaliyetleri sık sık övgüyle anılmaktadır. Ancak, aynı zamanda toplumsal bir olgu olan ve Devletin aktif olarak mücadele etmesi gereken yoksulluğun sorumluluğunun, boşanan taraflardan birisinin üzerine ömür boyu yüklenmesi, kanımca, sosyal devlet ilkesine, hakkaniyete ve mantığa da uygun bir çözüm değildir.”

³⁷ Yar. HGK, E. 1990/2-111, K. 1990/261, 02.05.1990.

doğumuna ilişkin şartlar varsa, süresiz olarak yoksulluk nafakası takdir olunur. Davalı yoksulluk nafakası istemeye hak kazanmış ve süresiz nafaka istemiştir. Öyle ise süresiz nafaka takdiri gerekirken, altı ay süre ile yoksulluk nafakası verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ... Madde metninde önceki metne göre yapılan değişiklik kabahatsiz olma yerine kusuru daha ağır olmamak koşulu ile eski metindeki "bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir" sözcükleri yerine de "süresiz olarak nafaka isteyebilir" tümcesine yer verilmiş olmasıdır. ... Hal böyle olunca, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel Dairenin yoksulluk nafakasına ilişkin bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulmalıdır."

Yargıtay 30 yılı aşkın bir süredir verdiği kararlarda, yoksulluk nafakasının süresiz olma niteliğini vurgulamakta ve bir süre tayin edilmek suretiyle verilen yerel mahkeme kararlarını bozmaktadır. Örneğin, yoksulluk nafakasını 4 yıla sınırlandıran Kadıköy 2. Aile Mahkemesi'nin 15.02.2012 tarihli ve 1080/164 sayılı kararı³⁸, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından "*kanunda nafakanın süresiz olmasının açıkça öngörüldüğü, kanunun hâkime nafakanın süresiyle ilgili herhangi bir takdir hakkı vermediği*" gerekçesiyle bozulmuştur. Yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 12.12.2017 tarihli ve E. 2016/8859, K. 2017/14407 sayılı kararında; nafaka alacaklısı açıkça talep etmedikçe yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılmayacağı, kanunun bu konuda hâkime takdir yetkisi tanımadığı ifade edilerek yerel

³⁸ Yerel mahkemenin gerekçesi "... yoksulluk nafakasının süresiz olarak tayin edilmesinin hakkaniyete uygun düşmeyeceği, tarafların yaşları da dikkate alınarak iradın dört yıla sınırlandırılmasının hak ve nesafete uygun olacağı" şeklindedir. Bkz. Özdemir, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu," 37.

mahkemenin iki yıl süreyle sınırlandırdığı yoksulluk nafakası hükmü bozulmuştur.³⁹

Yargıtay'ın yoksulluk nafakası konusundaki bir başka eleştiri konusu yaklaşımı, "süresiz" yoksulluk nafakasına genellikle kadın lehine hükmetmesidir. Yüksek Mahkeme yoksulluk nafakasına adeta bir "cinsiyet" yüklemektedir ve buna göre yoksulluk nafakasının cinsiyeti kadındır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.03.2021 tarihli ve 2017/2415 E, 2021/347 sayılı kararında da "kadın eşin yüksek miktarda geliri ve malvarlığı olsa dahi uygun bir miktarda bağımsız tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekir" demektedir. Bu karar her ne kadar tedbir nafakasına

³⁹ "Davacı-karşı davalı kadın yararına aylık irat şeklinde yoksulluk nafakası takdir edilmiş, bu şekilde hükmedilen yoksulluk nafakası "iki yıla" sınırlandırılmıştır. Mahkeme sınırlandırmanın gerekçesi olarak da, " tarafların evlilik süresi, çocuklarının olmayışı bir daha birbirlerini görece pozisyonlarının bulunmaması, kısa süren bu ikinci evlilik sebebiyle süresiz yoksulluk nafakasına karar vermenin Türk Medeni Kanununun 4. maddesine aykırı olacağı, 175. maddesinde "süresiz yoksulluk nafakası istenebileceğinin" belirtildiği ancak "istenir" hükmü bulunmadığı, arada çocukları olan uzun süreli evliliklerde bu hükmün uygulanması ve nafakanın süresiz olması mümkün görünmekte ise de boşandıktan sonra birbirlerini görmeyecek iki kişi arasında süresiz nafakaya karar verilmesinin adil olmayacağını" göstermiştir. Yasa, yoksulluk nafakasını belirli bir süreyle sınırlandırmamış, bu nafakanın "süresiz" olarak istenebileceğini öngörmüştür. Amaç, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek eşin, diğer eş tarafından koşulları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır. Bu bakımdan nafaka alacaklısı açıkça talep etmedikçe, yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması yasada bulunmayan bir unsur yasaya dahil etmek anlamına gelir. Kanunun, hâkime takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hakkaniyete göre karar verir (... m.4). Kanun, yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hâkime herhangi bir takdir hakkı tanımamış, süresini durumun gerekleri ya da haklı sebepleri göz önünde tutarak belirlemeyi de emretmemiştir. Kanun, bu nafakanın "süresiz" olmasını açıkça öngördüğüne göre, takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli bir süreyle sınırlamak kanuna açık aykırılık oluşturur. Öyleyse, aylık irat şeklinde takdir edilen yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."

yönelik olsa da Yargıtay'ın nafakanın cinsiyetinin kadın olduğu yönündeki tespitini destekler niteliktedir. Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği gibi, “yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir”⁴⁰. Bir kişiyi evlilik birliği sona ermesine rağmen ömür boyu eski eşine bakmakla yükümlü kılan gerekçe ne olabilir? Ya da şöyle sorulabilir: Evlilik birliği sona ermiş olmasına rağmen bir kişi nasıl sürekli olarak eski eşinin bakımına muhtaç olabilir?

Talepte bulunanın belli bir meslek sahibi olduğu, iş bulma imkânı olmasına rağmen çalışmayı reddetmesi TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olacağından yoksulluk nafakasına hükmedilmemesi gerekir. Ancak, Yargıtay asgari ücretle çalışan kadın lehine dahi “yoksulluğa düşecek olması” nedeniyle yoksulluk nafakasına hükmetmektedir. Yargıtayca benimsenen bu düşünceye katılmamız mümkün değildir.

Yargıtay'ın, hiçbir kriteri dikkate almaksızın⁴¹, yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilmesi durumunda hâkimin takdir yetkisi bulunmadığı ve TMK m. 175'i emredici hüküm olarak yorumlaması uygulamasından bir an önce vazgeçmesi gerekmektedir. Bu konuda, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir karar, umut vericidir. Tarafların yaşı, fiili evlilik süresi gibi kriterlerin dikkate alınarak süreli nafakaya hükmedilen karar şu şekildedir:

“Kadının boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği sabittir. TMK'nın 169. Madde çerçevesinde tedbir nafakası verilmesi

⁴⁰ AYM, E. 2011/136, K. 2012/72, 17.05.2012.

⁴¹ ZGB Art. 125/II'de öngörülen kriterlerin Yargıtayca sadece nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alındığı, süreye ilişkin hâkime takdir hakkı verilmediği yönünde, Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler,” 375; Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu,” 329. Bu hususta, Yar. 2. HD, E. 2012/14283, K. 2012/19487, 11.07.2012. Karar metni için, bkz. Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 1206.

doğru olduğu gibi, yoksulluk nafakasına da karar verilmesi doğrudur ancak tarafların yaşları, 14/05/2013 tarihinde evlenip boşanma davasının 03/08/2015 tarihinde açıldığı fiili evlilik süresinin az olduğu gözetildiğinde yoksulluk nafakasının süresiz olarak hüküm altına alınması doğru bulunmamıştır. Davacı-davalı erkeğin yoksulluk nafakasına ilişkin istinaf talebinin ise kısmen kabulü ile ilk derece mahkemesinin yoksulluk nafakasına ilişkin kararının kaldırılmasına, TMK'nın 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi de gözetilerek TMK'nın 176/1. maddesi gereğince davalı-davacı kadın yararına aylık ... TL'den ... yıllık toplam ... TL toplu yoksulluk nafakasının davacı-davalı erkekten tahsili ile davalı-davacı kadına verilmesine, fazlaya dair isteğin reddine karar vermek gerekmiştir.”⁴²

3. Öğretide İleri Sürülen Görüşler

TMK m. 175'te yer alan boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan tarafın “...süresiz olarak nafaka” isteyebileceği ibaresi tartışmalara neden olmuştur.⁴³ Tartışmaların odak noktası, TMK m. 175'in emredici bir hüküm olup olmadığı, kanun koyucunun bu düzenlemeyle hâkime bir takdir yetkisi verip vermediği yönündedir.

Öğretide bir görüşe göre, kanunun lafzı emredicidir ve nafakanın süresiz talep edilmesi durumunda hâkimin takdir

⁴² İstanbul BAM 11. HD, E. 2018/2622, K. 2018/1201, 15.10.2018.

⁴³ Yoksulluk nafakasının süresine ilişkin tartışma ancak irat şeklinde ödenmesine hükmedilen haller için mevcut olabilir. Toptan ödemeye karar verilmesi halinde bu tartışma söz konusu olmayacaktır. Bu hususta, bkz. Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları,” 145; Yıldırım, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu,” 79; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” 250-251; Özdemir, “Yoksulluk Nafakasındaki Süresizlik Sorunu,” 29-30; Yağcı, “Yoksulluk Nafakasındaki “Süresizlik” Sorunu,” 325; Reyhani Yüksel, “Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu,” 505.

yetkisi bulunmamaktadır.⁴⁴ Buna göre yoksulluk nafakası hakkında sona erme veya kaldırılma sebepleri söz konusu olmadıkça nafaka süresizdir.⁴⁵ Bu görüşü savunan yazarlar, kanunda değişiklik yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴⁶ Diğer yandan ileri sürülen gerekçeler ve çözüm yöntemleri bakımından birbirinden ayrılmaktadırlar. *Dural / Ögüz / Gümüş*, “evlilik sonrası dayanışma” ilkesinin karşısında yer alan “eşler arasındaki bağın mümkün olan en kısa sürede sona erdirilmesi (*clean break*)” ilkesini dikkate alarak, yoksulluk nafakasının süresinin yapılacak bir değişiklikte kanunda öngörülecek belirli somut ölçütler üzerinden “bir üst süre sınırı” getirmek veya getirmemek suretiyle açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁷ Bu görüş çerçevesinde, nafakanın süresiz talep edilmesi halinde, hâkimin ancak yoksulluğun belli bir süre sonra

⁴⁴ Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 158; Ceylan, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 116; Uzun, *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, 100; Şahin, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125),” 88; Yıldırım, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu,” 78; Gençcan, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 1204; Demir, “Yoksulluk Nafakasının Süresizliği,” 240; Demir, *Yoksulluk Nafakası*, 64. Yazar yoksulluk nafakasının süresiz olarak karara bağlanmasının neden olacağı sorunlara da dikkat çekmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için, bkz. Demir, *Yoksulluk Nafakası*, 65-66. Gençcan, olması gereken hukuk bakımından, yoksulluk nafakasının mutlaka sınırlı süre ile verilmesi gerektiği kanaatindedir. Bu hususta, bkz. Gençcan, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, 1206-1207.

⁴⁵ Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 158; Hatemi, *Aile Hukuku*, 137; Demir, “Yoksulluk Nafakasının Süresizliği,” 240.

⁴⁶ Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 159; Şahin, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125),” 88; Yıldırım, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu,” 83.

⁴⁷ Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, 159.

ortadan kalkacağı açıkça görülebiliyorsa süreli nafakaya hükmedebileceği de ifade edilmektedir.⁴⁸

Öğretide ileri sürülen diğer görüş, süresiz nafaka talep edilse dahi hâkimin süreli nafakaya hükmedebileceğini ve bu konuda takdir yetkisi bulunduğunu savunmaktadır.⁴⁹ TMK m. 175'te boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eşin süresiz olarak nafaka "isteyebileceği" düzenlenmektedir. Bu hükümden eşin nafaka talebini belirli bir süreyle sınırlandırmasının da mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, söz konusu düzenlemeden, nafakanın süresiz olarak talep edilmesi durumunda, hâkimin süresiz nafakaya hükmetmek zorunda olduğu yönünde bir çıkarım yapılamamaktadır. Dolayısıyla hâkimin yoksulluk nafakasının süresi konusunda karar verirken takdir yetkisi bulunmaktadır.⁵⁰

⁴⁸ Yıldırım, 78. Yazar yoksulluk nafakasının süresiyle ilgili hâkime açık bir takdir yetkisi tanınmadığını belirtmekle birlikte, yoksulluğa düşecek olma ve yoksulluğun ortadan kalkması konusunda ona takdir yetkisi verildiğini ileri sürmektedir.

⁴⁹ Cemal Oğuz, "Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (2000): 33; Mehmet Hamzaçebi, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 3-4 (2002): 35; Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler," 366-367; Ceylan, "Yoksulluk Nafakası," 26; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi," 262; Yağcı, "Yoksulluk Nafakasından Süresizlik Sorunu," 340; Şıpka, "Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım," 17; Fırtına, *Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası*, 100; Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi*, 136; Ezgi Gelmez, "Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Güncel Gelişmeler", *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 159 (2019): 2153; Koyuncu Aktaş, "Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hakimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi," 46.

⁵⁰ Şıpka, "Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım," 17; Yağcı, "Yoksulluk Nafakasından Süresizlik Sorunu," 340-341.

Kanaatimizce, TMK m. 175'in lafzından, söz konusu düzenlemenin, emredici olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim "... *isteyebilir*" ifadesi nafaka isteminde bulunan tarafın süresiz olarak bu talebi ileri sürebileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu sebeple, **tartışmaların maddenin lafzından kaynaklanmadığını ve hâkimin yoksulluk nafakasının süresi konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu** söylemek isabetli olur.⁵¹ Öğretide *Özdemir*'in de haklı olarak belirttiği gibi, yoksulluk nafakasının "süresiz"liği Türk Medeni Kanunu'na dayanmamaktadır.⁵² Buradaki sorun, yukarıdaki karar örneklerinden de anlaşılacağı üzere, Yargıtay'ın "süresiz"liği "*emredici hükümmüş gibi yorumlamasından*" kaynaklanmaktadır.⁵³

⁵¹ Şıpka, "Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım," 17; Erdem, *Aile Hukuku*, 206; Akipek Öcal, "Yoksulluk Nafakası," 207; Fırtına, *Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası*, 100; Yağcı, "Yoksulluk Nafakasında "Süresizlik" Sorunu," 346; Koyuncu Aktaş, "Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hakimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi," 790; Reyhani Yüksel, "Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu," 505. Nitekim *Kocabaş* da bir yanda "nafaka ihtiyacı", diğer yanda "nafaka yükümlüsünün mali gücü" şeklinde iki temel yapı taşı üzerine inşa edilen TMK m. 175'in hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıyan genel nitelikli bir hüküm olduğu görüşündedir. Bkz. *Kocabaş*, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler," 358. Öğretide bir görüş tartışmaların madde metninin lafzına yönelik olduğunu ifade etmektedir. Bu hususta, bkz. *Koçoğlu*, "Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme," 409. Yazar madde metninden hâkimin süresiz nafakaya hükmetmek zorunda olduğuna dair bir sonuca ulaşamayacağı görüşündedir. Bkz. *Koçoğlu*, "Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme," 412.

⁵² *Özdemir*, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu," 39-40.

⁵³ *Özdemir*, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu," 40. *Koçoğlu* Yargıtay'ın bu tutumu nedeniyle esasen gerekli olmayan kanun değişikliğinin uygulamada ortaya çıkan mağduriyetler nedeniyle gündeme geldiğini ifade etmektedir. Bu hususta, bkz. *Koçoğlu*, "Boşanmanın Eşler

Açıklanan bu sebeplerle, hâkimin süreli nafakaya hükmedebilmesi için, TMK m. 175’te bir değişiklik yapılmasına gerek yoktur.

Son zamanlarda yoksulluk nafakasının “süreli” olması için yoğun bir kampanya yürütülmekte, konu ilgililer dışındaki farklı kesimlerce tartışılarak gündem yaratılmaktadır.⁵⁴ Öğretide bir görüş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 24.06.2019 tarihli 2018/6836 Esas, 2019/7645 Karar⁵⁵, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 09.05.2019 tarihli 2017/1893 Esas, 2019/546 Karar⁵⁶ ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.07.2019 tarihli 2017/2417 Esas, 2019/871 Karar⁵⁷ sayılı hükümlerine dikkat çekerek

Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme,” 413.

⁵⁴ Şıpka, “Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım,” 15; Koçoğlu, “Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme,” 391.

⁵⁵ “...Davacı kadın, dava dilekçesinde bankada çalıştığını, cevaba cevap dilekçesinde ise çalışmakta olduğu işi bıraktığını beyan etmiştir. Dosya içindeki davacı kadının çalıştığı bankadan gönderilen ihbarnamede davacı kadının 19.11.2014 tarihinde işten ayrıldığı bildirilmiş, dinlenen tanıklar da davacı kadının iş akdinin feshedileceğini düşünerek kendisinin istifa ettiğini beyan etmişlerdir. İşinden kendi isteği ile ayrılan kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedilemez. O halde, davacı kadın yararına yoksulluk nafakası takdiri doğru olmamıştır.”.

⁵⁶ “... Tarafların gelir durumları karşılaştırıldığında davacı kadının emekli olduğu, düzenli ve yeterli gelirinin olduğu, hâlihazırda oturduğu bir evinin bulunduğu, bu hâliyle tarafların gelir durumlarının birbirine denk olduğu ve davacı kadının boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceğiinden söz edilemeyeceği belirgin olup, davacı kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”.

⁵⁷ “...tarafların 16.10.2000 tarihinde evlendikleri, asıl davanın 20.10.2012, karşı davanın 14.01.2013 tarihinde açıldığı, tanık beyanları, mahkemenin bozma öncesi ve bozma sonrası verdiği kararların gerekçesinde de yer aldığı üzere kadının evine yabancı bir erkeğin geldiğinin beyan edildiği, dosyada mevcut tüm delillerin değerlendirilmesi neticesinde davacı- davalı kadının başka bir erkekle sadakatsiz davranış içerisine girdiği, eşini istemediğini söylediği, eşinin yeğenine “söyleyin boşanma davası açsın” dediği, davalı- davacı kocanın da, eşine ve ortak çocuğa

kadınlar lehine istisnasız ve sürekli olarak yoksulluk nafakasına hükmedilmediğini, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı niteliği olmakla birlikte içtihatların gelişen ihtiyaçlara göre değiştirebileceğini ifade etmektedir.⁵⁸ Bu görüş, nafakaya ilişkin olası kısıtlayıcı düzenlemeler getirilmesinin ve nafakaya hükmedilmesinin önünün kapatılmasının çok ciddi bir vicdani ve ahlaki sorumluluk olduğunu vurgulamaktadır.⁵⁹ Belirtmek gerekir ki, **anılan içtihatlar esasen yoksulluk nafakasının süresine ilişkin kararlar olmayıp nafakaya hükmedilebilmesi için gereken şartların mevcut olmadığından hareketle kadın lehine nafakaya hükmedilmeyen kararlardır.** Bu sebeple, bu görüşün dayandığı hususlara katılmamız mümkün değildir.

Yoksulluk nafakasının bir süre ile sınırlandırılması gerektiğini ileri süren görüş, süresiz olarak hükmedilen yoksulluk nafakasının kişinin ekonomik haklarını aşırı ölçüde kısıtladığını ve hakkaniyete aykırı olduğunu dile getirmektedir.⁶⁰ Bu görüşe göre, yoksulluk nafakasının makul bir

şiddet uyguladığı, birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre evlilik birliğinin sarsılmasında davacı-karşı davalı kadın, davalı-karşı davacı erkeğe göre daha fazla kusurludur. Mahkemece tarafların eşit kusurlu kabul edilmesi ve davacı-davalı kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi doğru görülmemiştir.”.

⁵⁸ Koçoğlu, “Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme,” 414-415.

⁵⁹ Koçoğlu, “Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme,” 415.

⁶⁰ Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları,” 145-146; Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı,” *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 43; Şahin, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125),” 104; Demir, “Yoksulluk Nafakası,” 66; Ceylan, “Yoksulluk Nafakası,” 26; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi,” 261; Ruhi ve Ruhi, *Nafaka Hukuku*, 49; Yalçın Tosun, “Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların

süreyle sınırlanması durumunda kişilik haklarının ve evlilik sonrası dayanışmanın ölçülü olarak sınırlanması söz konusu olabilir.⁶¹ Diğer yandan, TMK. m. 176/III'te belirtilen koşullar mevcut olmadıkça, ömür boyu nafaka ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır.⁶² Bu durum nafaka borçlusu için çok ağır bir yük niteliğinde olup taraflar arasındaki menfaat dengesinin de aşırı bir şekilde bozulmasına yol açar.⁶³ Bu görüş kapsamında yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde yabancı hukuk sistemlerindeki gibi belirli bazı kriterlerin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁴ Bir başka görüş, süresiz olarak yoksulluk nafakası talep edebilme imkânının ortadan

İncelenmesi," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 129-130 (2015): 67; Yargıç, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları*, 168.

⁶¹ Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu," 82. Öğretide benzer şekilde yoksulluk nafakasındaki kişilik hakkına aykırılığı tartışılabilir bir kurum olarak nitelendirildiği görülmüştür. Bu hususta, bkz. Zekeriyâ Kurşat, "Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi," *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 227.

⁶² Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu," 79.

⁶³ Ceylan, Yoksulluk Nafakası, 27; Şahin, "Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasındaki) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125)," 92-102; Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu," 83; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi," 261.

⁶⁴ Kocabaş, "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler," 375-387; Ceylan, Yoksulluk Nafakası, 27; Yağcı, "Yoksulluk Nafakasındaki "Süresizlik" Sorunu," 349-353; Öcal, *Yoksulluk Nafakasındaki Süresi*, 156-157. Evli kalınan süre dikkate alınarak yoksulluk nafakasındaki belirlenmesi gerektiği hakkında bir öneri için, bkz. Ruhi ve Ruhi, *Nafaka Hukuku*, 49. Yoksulluk nafakasındaki süreyle sınırlandırılması için getirilmesi düşünülen kriterlerin suni çözümler olacağı yönünde, Reyhani Yüksel, "Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu," 506.

kaldırılmaması gerektiğini ileri sürerek “süreye bağlı” yoksulluk nafakasını isabetli bulmamaktadır.⁶⁵ Buna göre, yoksulluk nafakasının süresiz olmaktan çıkarılması ve bir süreyle sınırlandırılması birçok olayda hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.⁶⁶

C. Yoksulluk Nafakasında “Süresizliğin” Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi

Süresiz nafaka tartışmalarının son zamanlarda hukuk gündeminde önemli bir yer tuttuğunu ifade etmiştik. Bu konuda yapılacak herhangi bir tartışmanın Anayasa’ya aykırı olamayacağı düşünüldüğünde konuya Anayasa Hukuku penceresinden bakmak ayrıca önem arz etmektedir. Bu bakımdan konu ile ilgili hakların anayasal zemindeki norm alanları belirlenmelidir.

Ancak, buna geçmeden Anayasa Mahkemesi’nin süresiz nafaka ile ilgili yaklaşımı üzerinde kısaca değerlendirme yapmak gerekmektedir. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) süresiz nafaka ile ilgili kararına ulaşamadığımızı; sadece, Iosub Caras v. Romania kararında⁶⁷ AİHM’in, iddiaların açık bir şekilde asılsız olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilebilir bulmadığını ifade etmeliyiz.⁶⁸

⁶⁵ Şıpka, “Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım,” 19-20; Demirbaş, “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası,” 232.

⁶⁶ Şıpka, “Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım,” 19; Demirbaş, “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası,” 232.

⁶⁷ AİHM, Iosub Caras v. Romania, B. No: 7198/04, 27/07/2006, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22divorce%20alimony%22,%22kpthesaurus%22:%5B%22425%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%5B%22001-76507%22%5D%7D>.

⁶⁸ Iosub Caras v. Romania, § 25.

Süresiz nafaka sorunu Anayasa Mahkemesi'nin önüne hem norm denetimi hem bireysel başvuru aracılığıyla gelmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi ile önüne gelen 25 Haziran 2009 tarih ve E.2005/56, K.2009/94 sayılı kararında, itiraz yoluna giden mahkemenin anayasallık itirazında (Anayasa'nın 2. maddesi açısından) bulunduğu kanun maddesinin (TMK m. 175), davaya uygulanacak kural (TMK m. 176) olmaması nedeniyle oybirliğiyle ilk incelemeyi reddine hükmedilmiştir.⁶⁹ Ancak, TMK 176. maddesi yönünden işin esasına girilerek ret kararı verilmiştir. Sonuç olarak, süresiz nafakayı düzenlediği iddia edilen TMK m.175 hakkında esasın incelenmeden ret kararı verildiği için Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilen 10 yıllık denetim yasağına uğramamıştır. Nitekim, hemen aşağıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararında görüldüğü üzere sadece 3 yıl sonra ilgili kural hakkında yeniden itiraz yoluna başvurulmuştur ve başvuru esasın incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi kapsamında verdiği 17 Mayıs 2012 tarih ve E.2011/136, K.2012/72 sayılı kararında TMK'nın 175. maddesindeki "süresiz olarak" ibaresinin emredici olmadığını, bu ifadenin nafaka alacaklısının ölünceye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir.⁷⁰ Bununla birlikte, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması için süresiz hükmedilen yoksulluk nafakasının sosyal hukuk devletinin bir gereği olduğunu ortaya koymuştur. Kanaatimizce, her ne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından nafakanın süresiz olmadığı, sosyal devlet açısından böyle bir yükümlülük getirilebileceği, TMK'nın 176. maddesindeki durumlar gerçekleştiği takdirde nafakanın kaldırılabileceği ifade edilmişse

⁶⁹ AYM, E.2005/56, K.2009/94, 25/06/2009, R.G. 26.11.2009, S. 27418(Mük).

⁷⁰ AYM, E.2011/136, K.2012/72, 17/05/2012. R.G. 26.06.2012, S. 28335.

de nafaka yükümlüsü bakımından söz konusu maddedeki şartların varlığının veya bunların gerçekleşmesi yönündeki beklentiye sokacak bir düzenlemenin, ölüncüye kadar yükümlülükten farklı bir anlama gelmediği kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi kapsamında verdiği 23 Aralık 2015 tarih ve E.2015/57, K.2015/58 sayılı kararında ise nafakanın süresizliği sorununu inceleme imkânını kullanmamıştır. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi, süresiz nafakaya ilişkin 17 Mayıs 2012 tarih ve E.2011/136, K.2012/72 sayılı ilk somut norm denetimi incelemesinde, yoksulluk nafakasını düzenleyen TMK'nın 175. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerini ihlal ettiği ileri sürülmesine rağmen konunun 10. ve 41. maddeler ile ilgisi kurulamadığından Anayasa'nın 2. maddesi yönünden bir anayasallık denetimi gerçekleştirerek kanunun anayasa aykırılık iddiasını esastan reddetmiştir. Sonrasında, 23 Aralık 2015 tarih ve E.2015/57, K.2015/58 sayılı somut norm denetimi incelemesinde yine TMK'nın 175. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiası gündeme gelmiştir. Ancak, Mahkeme, esastan verilen ret kararlarına karşı 10 yıl geçmeden aynı kanun hükmü hakkında başvuru yapılamayacağını belirten Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca ilk incelemeden ret kararı vermiştir. Oysaki bu anayasallık itirazı, önceki başvuruda dayanılan Anayasa maddelerinden farklı olarak Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Söz konusu kararda, karşı oy yazısında belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi, hak arama hürriyeti ve hukuk devletinin korunması ve geliştirilmesine hizmet edecek şekilde geniş bir yorum benimsemek yerine 152. maddeyi dar bir şekilde yorumlayarak 10 yıllık inceleme yasağını uygulamıştır. Yine karşı oyda ifade edildiği üzere, Anayasa'nın bir veya birkaç maddesi açısından yapılan bir denetim, Anayasa'nın diğer bütün maddeleri yönünden de anayasallık denetimi yapıldığı anlamına gelmediği için farklı bir Anayasa maddesine aykırılık itirazının incelenmesi

gerekirdi. Ancak, Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bu itirazı reddederek normun anayasallık denetiminden kaçınmış ve adaletsiz ve hakkaniyetsiz bir kuralı düzeltme imkânı kullanmaktan imtina etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen *İbrahim Acar* bireysel başvurusunda⁷¹, derece mahkemeleri tarafından aşırı nafaka miktarına hükmedilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığının, aile hayatına saygı hakkının ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Mahkeme, başvuru sahibinin iddialarının tamamını Anayasa'nın 17. maddesindeki kişinin maddi ve manevi varlığının korunması kapsamında incelemeyi tercih etmiştir.⁷² Mahkeme, derece mahkemelerinin gerekli usulî araştırmaları yapmadan nafaka artırımına karar vermesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin kamu makamlarınca yerine getirilmediğini belirterek 17. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷³ Bu bireysel başvuru kararı, tarafların çatışan menfaatleri arasında adil bir denge sağlanması arayışı çerçevesinde nafaka yükümlüsüne aşırı külfet yüklediğinin belirtilmesi yönüyle anlamlıdır. Ancak, nafakanın süresizliğinin anayasallığı, başvuru tarafından sorun edilmediği için incelemenin kapsamı dışında kalmıştır.

Anayasa Mahkemesinin önüne gelen *Esat İnevi* başvurusu ise, nafakanın süresizliğinin Anayasa'nın 17. maddesindeki maddi ve manevi varlığın korunması hakkının ihlal edildiği ileri sürülmekle birlikte başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle esasın incelenememiştir.⁷⁴ Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, nafakanın süresizliği sorununu bireysel başvuru çerçevesinde inceleyememiştir.

⁷¹ İbrahim Acar, B. No: 2016/3140, 7/11/2019.

⁷² İbrahim Acar, § 24

⁷³ İbrahim Acar, § 32-35.

⁷⁴ Esat İnevi, B. No: 2015/11677, 8/7/2020, § 28-30.

Anayasa Mahkemesi'nin nafaka ile ilgili yaklaşımı üzerinde durduktan sonra, konunun Anayasa'da birçok norm alanı ile ilgili olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Süresiz nafaka konusu ile öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen sosyal devlet ilkesi arasında sıkı bir bağ söz konusudur. Bilindiği üzere sosyal devlet, öncelikle, vatandaşlarına insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam seviyesi sunmayı hedefleyen devleti ifade eder⁷⁵. Mahkemeye göre de sosyal devlet; sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlet olarak tanımlanmaktadır.⁷⁶ Daha ötesi, Mahkeme için "*sosyal hukuk devleti, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir*".⁷⁷ Diğer taraftan, Anayasa'nın 5. maddesinde "*...kişilerin refah ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya... çalışmaktır.*" düzenlemesiyle devletin amaç ve görevleri belirlenerek sosyal yükümlülüğü ortaya koyulmaktadır. Dolayısıyla, anayasalar, sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayacak düzenlemelerin kaldırılması veya bu ilkeyi gözetecek biçimde hareket etmesi, konu itibarıyla bireylere ihtiyaçları olan ekonomik değerlerin sağlanması, yoksulluğun giderilmesi ya da yoksulluğa karşı koruma konusunda devlete bir pozitif yükümlülük yüklemektedir.

⁷⁵ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 146; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Kitabevi, 2019), 190; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 378.

⁷⁶ AYM, E.2017/156, K.2019/37, 15/05/2019, § 72.

⁷⁷ AYM, E.2011/136, K.2012/72, 17/05/2012. R.G. 26.06.2012, S. 28335.

Bu perspektiften bakıldığında, boşanma neticesinde yoksulluğa düşecek olan eşe yardım etme sorumluluğu doğabilmektedir. Şöyle ki; devlet, toplumsal adaletsizlikleri ortadan kaldırmak, bir başka deyişle sosyal adaleti gerçekleştirmek açısından kişilere ekonomik anlamda yükümlülükler yükleyebilir. Dolayısıyla, devlet kişileri nafaka yükümlüsü kılabilir.⁷⁸

Sosyal devlet ilkesi gereğince boşanan eşlerden birine böyle bir yükümlülük verilebilir olsa da Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen 2012 tarihli somut norm denetiminde belirttiği gibi *“nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekir”*. Ancak, uygulamada belirtilen bu ölçütlere uyulmadığı, asgari ücretle geçinmek zorunda kalan veya zaten evlilikleri süresince yoksul bir şekilde yaşayan bireylerden dahi sosyal devlet ilkesi altında nafaka talep edilmektedir. Bu nafaka miktarının ödenmemesi durumunda da İcra İflas Kanunu'nun 344. maddesi uyarınca üç aya kadar tazyik hapsi verilmektedir. Sosyal devlet ilkesi altında boşanmış eşten nafaka istense dahi, nafaka miktarının nafaka borçlusunu mağdur etmeyecek biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Devlet, bir mağduriyeti önlemeye veya azaltmaya çalışırken yeni mağduriyetlere kapı aralamamalıdır.

Diğer taraftan, süresiz nafakaya ilişkin düzenlemenin ailenin korunması açısından bir ihlal doğurabilecek nitelikte olduğu söylenebilir. Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan *“Ailenin Korunması”na ilişkin “Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır”* düzenlemesi, gerekçesiyle birlikte ele alındığında, ailenin korunması fikrinin her şeyden önce evliliklerin kurulmasını kolaylaştırmayı ve yaygınlaştırmayı gerektirmesi nedeniyle nafakanın süresiz olması, nafaka

⁷⁸ Nihat Bulut, *“Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı,” Prof. Dr. Turhan Yüce'ye Armağan*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001), 329-330.

yükümlüsü kişiyi ömür boyu sürecek bir mali yükümlülük altına sokarak yeniden evlenme hakkına ve aile kurma hakkına müdahale oluşturmaktadır. Nitekim, bu konu, aynı zamanda, kurulacak yeni ailenin huzurunu ve refahını etkileyecek mahiyettedir.⁷⁹ Görüldüğü gibi, bu olası durumlar, aslında, nafaka yükümlüsünün gelecekte kuracağı ya da kurduğu aile huzuruna ve refahına zarar verebilir ve daha ötesi, ekonomik ve diğer sebeplerle evlilik birliğinin sona erdirilmeyerek aile içi şiddet olaylarının yaşanmasına ve huzursuz bir evliliğe katlanmaya neden olabilir. Böylece, anne ve çocukların korunması açısından da devletin pozitif yükümlülüğü konusunda bir sorumluluk gündeme gelebilir. Bu konu, Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasında "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.*" biçiminde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, devletin ailenin huzur ve refahı ile ilgili gerekli tedbirleri alması ve bununla ilgili kurumsal zemini hazırlaması gerekmektedir. Sonuç olarak, süresiz nafakanın, yeniden aile kurma hakkını engelleyici nitelikte olması ve diğer olası zararlı durumlar, Anayasa'nın 41. maddesinin amacı ile çelişkili sonuçlar ortaya koymaktadır.

Konunun cinsiyet bakımından eşitlik ilkesi üzerinden de tartışmaya açılması gerekmektedir. Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrası gereğince kadın-erkek eşit haklara sahip olduğu ve devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağını ifade etmektedir. Türkiye pratiğine bakıldığında, erkek eşin nafaka yükümlüsü olduğu görülmekte, kadının ise söz konusu düzenleme çerçevesinde süresiz nafaka yararlanıcısı konumunda olduğu

⁷⁹ Şahin, "Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125)," 104.

anlaşılmaktadır. Söz konusu durum, kadına yönelik pozitif ayrımcılık olarak görülebilirse de nafakanın süresiz olması veya kaldırılmasının belirli bazı şartlara bağlanması, pozitif ayrımcılık sınırının aşılması anlamına gelmektedir. Bu perspektiften, süresiz yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemenin, aynı zamanda, kadını daha da yoksullaştırıcı veya çalışma hayatından uzaklaştırıcı bir mahiyet taşıdığı söylenebilir. Dolayısıyla, devletin kadını korumaya çalışırken uygulamayı da gözeterek konu ile ilgili alacağı tedbirler arasında denge kurması beklenmektedir.⁸⁰

Meseleyi bu noktadan ele aldığımızda nafakanın sürekliliği veya şartları gerçekleştiğinde kaldırılacak olması hususunu aynı zamanda hem nafaka alacaklısı hem nafaka yükümlüsü açısından, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına müdahale noktasında birleştirebilmek mümkündür. Bilindiği üzere, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilmesini ifade eder.⁸¹ Nafakanın sürekliliği ise boşanmakla ortak hayatları sona eren kişileri birbirlerine sürekli olarak bağımlı kıldığından yukarıda ifade ettiğimiz üzere her iki eşin evlenme, aile kurabilme veya çalışma hayatına atılma gibi konularda kendini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar üzerinde baskı oluşturabilecek niteliktedir. Bu baskı, kişinin kendisinden kaynaklanabildiği gibi nafaka yükümlüsü veya alacaklısı eş tarafından da oluşturulabilir. Bu yönüyle maddi ve manevi varlığı geliştirmeye yönelik bir müdahale AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınmakta; özel hayatın, kişinin kendi bireysel hayatına

⁸⁰ Şahin, "Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125)," 104.

⁸¹ Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30.

başkalarının karışmadan serbestçe düzenlemesi ve yaşaması anlamına geldiği belirtilmektedir.

Türk Anayasa hukuku açısından konuya dönüldüğünde, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlendiği üzere, herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğu; madde gerekçesinde ise özel hayatın korunmasının her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözler önüne serilememesi anlamına geldiği ifade edilmektedir⁸². Örneğin, uygulamada nafaka alacaklısının nafaka artırım talebinde bulunması için nafaka yükümlüsünün ekonomik durumundaki gelişmeleri bilmesi gerekir. Ayrıca nafaka yükümlüsünün nafaka alacaklısının medeni hali üzerinde sürekli bir araştırmacıya dönüşmesi, bu hakka müdahale niteliği taşır.

TMK m.175 hükmünü, kanunilik kriteri açısından da incelemek gerekir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin 2012 tarihli somut norm denetimi incelemesinde itirazı yapan ilk derece mahkemesi hakimliğinin belirttiği gibi, TMK'nın 175. maddesi bir temel hak ve hürriyeti ilgilendiren kanuni düzenlemeyi ortaya koyması bakımından, nafakanın çeşitli yönlerinin ayrıntılı bir düzenlemeyle ele alınmaması nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre; yasama organı, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir konuda yapılacak kanuni düzenlemelerde şekli bir kanun yeterli değildir, kanun belirli niteliklere sahip olmalıdır.⁸³ Bu doğrultuda, bu tarz kanunların belirlilik, kesinlik ve öngörülebilirlik derecesi artmalıdır.⁸⁴ Konumuz açısından ise bu belirlilik ve öngörülebilirliğin karşılanmadığını belirtmek gerekir.

⁸² T. C. Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeli*, Yayına Hazırlayanlar: Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2019), 115.

⁸³ Tuğba Arslan [GK], § 89.

⁸⁴ Tuğba Arslan [GK], § 89.

Süresiz nafaka düzenlemesi, görüldüğü üzere, birçok anayasal temel hak ve hürriyet ile ilişkilidir ve söz konusu temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunmaktadır. O halde, bu kanuni müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığına bakmak gerekir. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahalelerin anayasallığının incelenmesinde kullanılan bir anayasal ilkedir. AYM ve AİHM, temel hak incelemesinde bu ilkeyi, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk altında uygulamaktadır. Ölçülülük ilkesi, özellikle çatışan hak veya ilkeler arasında bir tartım yapma ve her iki temel hak ve hürriyeti veya ilkeyi dikkate alma imkânı sağlar. Ancak bu tartım temel hak ve hürriyetler arasında bir önem karşılaştırması değildir.⁸⁵ Temel hak ve hürriyete verilen zarar ile devletin kanuni düzenleme yapmasındaki amacı arasında bir karşılaştırma, yani tartım yapılmasıdır.⁸⁶

Ölçülülük incelemesi öncelikle temel hak ve hürriyete yönelik müdahalenin meşru bir amacının bulunup bulunmadığını denetler. Söz konusu nafaka düzenlemesinde amaç, boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olan kadının maddi varlığının korunması ve desteklenmesidir. Amaç, kadının maddi ve manevi varlığını koruma arayışı nedeniyle meşru bir amaçtır. Ölçülülük ilkesi, sonrasında, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık unsurları açısından bir inceleme yapmayı gerektirir.

Elverişlilik ilkesi düzenlemenin amacı ile bu amacı gerçekleştirmek için seçilen araç arasında uygunluğu ifade eder.⁸⁷ Daha açık bir anlatımla, öngörülen amacı

⁸⁵ Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü* (İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2015), 240.

⁸⁶ Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2017): 14.

⁸⁷ İsmail Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 220.

gerçekleştirmede seçilen araç, amacı gerçekleştirmeye katkı sunmalıdır. Söz konusu olan süresiz nafaka müdahalesinin, kadının maddi varlığının korunmasına katkı sunduğu açıktır. Bu nedenle, söz konusu tartışma konumuz açısından elverişlilik unsuru karşılanmıştır.

Zorunluluk/gereklilik unsuru⁸⁸ ise, tercih edilen sınırlandırma aracının, öngörülen amaç için zorunlu olmasını ifade eder. Bu unsurda, müdahale eden seçenekler arasında en az sınırlandırıcı olan seçilmelidir. Bu ifade, açıkça, süresiz nafakanın zorunluluk unsurunu sağlamadığını göstermektedir. Çünkü, süresiz nafaka düzenlemesi, en az sınırlandırıcı olan araç değildir. Bunun yerine, devletin nafaka için ayrı bir fon kurup destek sağlaması mümkün olduğu gibi, süreli (sınırlı) bir nafaka düzenlemesi bir başka daha az sınırlandırıcı müdahale olabilir. Ölçülülük incelemesinde son ölçüt, orantılılık unsurudur.

Orantılılık unsuru, amaç ile araç arasında bir denge arayışını ifade eder. Orantılılık, her iki tarafın da dikkate alınarak bir tartım yapılması gerekliliğini ortaya koyar. Daha açık bir anlatımla, bu tartımda, devletin aldığı tedbir ile elde ettiği menfaat (fayda) ile başkalarının temel hak ve hürriyetlerine getirdiği yük (zarar) karşılaştırılır.⁸⁹ Bu karşılaştırma (tartım), fayda ile zarar arasındaki dengenin orantılı olması arayışıdır.⁹⁰ Devletin düzenlemesi ile elde edilen faydanın, başkalarının temel hak ve hürriyetlerine aşırı bir yük yüklemesi, düzenlemeyi orantısız hale getirir. Tartışma konumuza dönersek, süresiz nafaka müdahalesi ile devlet (yargı/mahkeme) yoksulluğa düşecek olan kadına nafaka bağlanmasını düzenlemek/karar vermek suretiyle kadının maddi varlığının korunması ve

⁸⁸ Murat Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu* (Ankara: Lykeion Yayınları, 2019), 350.

⁸⁹ Köküsarı, *Anayasal Hakların Çatışması*, 226.

⁹⁰ Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, 355.

desteklenmesi faydasını elde eder. Nafaka yükümlüsü erkek ise kazancından ayrıldığı kadına -müşterek çocukları bulunması halinde bu çocuklara da nafaka verdiğini hatırlatmak gerekir-ömür boyunca nafaka vermek suretiyle kendisinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, evlenme hakkı ve aile kurma hakkı zarar görmektedir. Nafaka yardımı süresiz bağlandığı için nafaka yükümlülüğü, yukarıdaki sayfalarda izah ettiğimiz üzere, katlanılması beklenilemeyecek aşırı bir yük ortaya koymaktadır. Dolayısıyla nafaka yükümlüsünün böyle bir yük altına sokulması orantılılık ilkesini ihlal eder. Tespit edildiği üzere, süresiz nafaka anlayışı, ölçülülük ilkesinin zorunluluk ve orantılılık unsurlarını taşımamaktadır. Sonuç olarak, yukarıda izah edilen nedenlerle, süresiz nafakanın, çok açık bir şekilde Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği düşüncesindeyiz.

III. BOŞANMA TAZMİNATI

Uygulamada giderek artan yüksek nafaka miktarlarına hükmetme eğilimi⁹¹, yoksulluk sözcüğünün adeta “rafa kaldırıldığını” düşündürmektedir.⁹² Bu sebeptendir ki yoksulluk nafakasının süresiz olması bir yana, mevcudiyeti dahi mağduriyetlere yol açabilmektedir.⁹³ Bu düşünceden hareketle yoksulluk nafakasının kaldırılması gereken bir düzenleme olduğu da ifade edilmektedir.⁹⁴ *Hatemi* sadece süresiz nafakanın kanundan kaldırılarak diğer kuralların korunmasının doğru olmadığını beyan etmektedir.⁹⁵ Yazara göre, “... edinilmiş mallara

⁹¹ Örnek kararlar için, bkz. Burcuoğlu, “Yoksulluk Nafakası,” 7-10.

⁹² Burcuoğlu, “Yoksulluk Nafakası,” 10.

⁹³ Burcuoğlu, “Yoksulluk Nafakası,” 10.

⁹⁴ Şahin Akıncı, “Kaldırılması Gereken Bir Düzenleme: Yoksulluk Nafakası,” *Türk Hukuk* 147, (2016): 34 – 37.

⁹⁵ Hatemi, *Aile Hukuku*, 140.

katılma payı, ... maddi ve manevi tazminat talebi ve nafaka talebi kaldırılmalı, kadın eşin de erkek eşten tek bir boşanma tazminatı isteyebilmesi kuralı getirilmelidir.”⁹⁶

Yoksulluk nafakasında “süresizlik” tarafların bir ömür boyu karşı karşıya gelmesine neden olmaktadır.⁹⁷ Yoksulluk nafakasının süresiz olması; nafakanın artırılması, azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması için kanunda yazılı şartların oluşup oluşmadığını kontrol amacıyla eski eşlerin birbirlerinin özel hayatına müdahale anlamına gelebilecek davranışlarda bulunmasına da neden olabilir. Süresiz nafakanın menfaatten çok zarar getirdiğini dile getiren bir görüş, makul ölçüler çerçevesinde bir defaya mahsus bir tazminat ödenmesini önermektedir.⁹⁸ Benzer bir görüş nafaka ve tazminatın bir arada istenmemesi gerektiğini belirterek maddi tazminatın tercih edilmesinin uygulamadaki sorunları gidermek açısından faydalı olacağını ifade etmektedir.⁹⁹ İsviçre öğretisinde, yıllarca sürecek nafaka ödemesine kıyasla bir defaya mahsus bir malvarlığı yardımının tercih edilmesi gerektiği dile getirilmektedir.¹⁰⁰

⁹⁶ Yazar evlilik süresini dikkate almak suretiyle boşanma tazminatında katkı oranıyla ilgili öneriler de getirmektedir. Bu hususta, bkz. Hatemi, *Aile Hukuku*, 140.

⁹⁷ Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları,” 146; Yıldırım, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu,” 83; Yargıç, *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları*, 168.

⁹⁸ Saffet Köse, “Nafaka ve Günümüzdeki Sorunlara Çözüm Önerileri,” *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı*, Editörler: Akın Ünal ve Arif Kalkan, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 96.

⁹⁹ Bilgehan Çetiner, “Boşanmada Nafaka ve Tazminat İlişkisi,” *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı*, Editörler: Akın Ünal ve Arif Kalkan, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 102. Yazar nafakanın eşlerden birinin ekonomik çıkarlarının korunmasına değil, zenginleşmesine yol açtığını vurgulamaktadır.

¹⁰⁰ Ancak bu görüş, söz konusu öneriyi *clean break* ilkesi çerçevesinde gerekçelendirmektedir. Bu hususta, bkz. Schwenzer, “Das clean break-Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht,” 610.

Burada son olarak “boşanma tazminatı” kavramının tercih edilmesinin nedenine de değinmek gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere, meselenin odak noktası, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra bir defada ödenmesi esas olan bir meblağdır. Ancak söz konusu bir defaya mahsus ödemeye “malvarlığı yardımı” ya da “boşanma nafakası” denilmesinde de bir sakınca yoktur. Çalışmada “boşanma tazminatı”nın tercih edilmesi, öğretide daha önce başka yazarlarca da bu ifadenin dile getirilmiş olması sebebiyledir.

Uygulamadaki mağduriyetleri en aza indirebileceği düşüncesiyle tarafımızca da desteklenen boşanma tazminatı ihdası, üzerinde çalışılması gereken önemli bir husustur. Bu çalışmada, boşanma tazminatının şartları, tazminat miktarının tespiti ve ödenme şekli, tazminat yükümlüsü ve alacaklısı hususlarında açıklamalara aşağıda yer verilmeye çalışılacaktır.

A. Boşanma Tazminatının Şartları

Boşanma tazminatına hükmedilebilmesi için öncelikle evlilik birliğinin sona ermesi gerekir. Tazminata hükmedilmesi bakımından evliliğin butlan veya boşanma kararıyla son bulması önem arz etmez. İkinci olarak, burada talep şartı aranmamalıdır. Hem boşanma sebepleri hem boşanmanın mali sonuçları bakımından terk edilmesi gereken bir ilke olarak değerlendirilen kusurun varlığı da tazminat şartları arasında yer almamalıdır. Kusur, ancak tazminat miktarının ve yükümlüsünün belirlenmesi hususunda rol oynayabilir.

B. Tazminat Miktarının Tespiti ve Ödenme Şekli

Boşanma tazminatı miktarı tespit edilirken birtakım objektif kriterlerin dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken ilk ölçüt, evlilik süresidir. Öğretide boşanma tazminatı ihdasını savunan *Hatemi*, evlilik süresine göre erkeğin bütün malvarlığından kadın eşe ödenecek tazminat

miktarına bir öneri getirmektedir. Yazara göre, “1-3 yıl kadar süren evliliklerde 1/20, 3-8 yıl süren evliliklerde 3/20, 20 yıldan fazla süren evliliklerde 4/20 oranında erkeğin bütün malvarlığından kadına boşanma tazminatı alacağı tanınmalı”dır¹⁰¹. Ayrıca “Erkek hiç kusursuz ve kadın da refah halinde ise, kadına boşanma tazminatı ödenmemeli, kadının kusurlu sayıldığı hallerde tazminat 1/10 azaltılmalıdır.”¹⁰².

Tazminat miktarının tespitinde dikkate alınması gereken bir diğer ölçüt, evlilik süresince tarafların içinde bulunduğu yaşam standardıdır. Evlilik birliği devam ederken refah halinde olan bir eşin durumuyla maddi zorluklar içinde sürdürülen bir evlilikteki eşin durumu aynı şekilde değerlendirilmemelidir.

Eşlerin yaşı ve sağlığı da tazminat miktarının tespitinde önemli bir kıstas olarak ele alınmalıdır. Nitekim bu iki ölçüt eşin çalışma hayatına atılarak kendi geçimini sağlayıp sağlayamayacağını doğrudan ilgilendirmektedir.

Emeklilik, sigorta, kira geliri gibi yan gelirler ve sahip olunan malvarlığı değerleri de tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Boşanma tazminatının, maddi ve manevi tazminat talepleriyle bir arada düşünülmesi de hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecektir. Bu sebeple boşanma tazminatına hükmedilen durumlarda ayrıca maddi ve manevi tazminata hükmedilmemelidir¹⁰³. Ancak maddi ve manevi tazminat talep edilmesini gerektiren durumların varlığı, boşanma tazminatının miktarının belirlenmesinde etkili olmalıdır. Örneğin tazminat yükümlüsünün canına kastedilmesi durumunda boşanma tazminatı söz konusu olmamalıdır.

¹⁰¹ Hatemi, *Aile Hukuku*, 140.

¹⁰² Hatemi, *Aile Hukuku*, 140.

¹⁰³ Hatemi, *Aile Hukuku*, 140; Çetiner, “Boşanmada Nafaka ve Tazminat İlişkisi”, 102.

Boşanma tazminatı, kural olarak, peşin ödenmelidir. Bir defaya mahsus ödenen boşanma tazminatıyla, boşanma sonucu her anlamda kişisel ilişkinin sona erdirilmesi amacını taşıyan eski eşler, tekrar yüz yüze gelmek zorunda kalmayacaklardır. Ancak peşin ödemenin mümkün olmaması durumunda, tazminat miktarının taksitlere bölünmek suretiyle ödenmesi imkânı tanınmalıdır¹⁰⁴. Bu kapsamda her somut olayda tazminat yükümlüsünün ödeme gücü özel olarak değerlendirilerek karar verilmelidir.

C. Boşanma Tazminatında Yükümlü ve Alacaklının Belirlenmesi

Öğretide boşanma tazminatının erkek eşin malvarlığından alınarak kadın eşe ödenmesi gereken bir tazminat olması gerektiği dile getirilmektedir¹⁰⁵. Yargıtay'ın TMK m. 175 hükmünü emredici bir hüküm olarak yorumlaması ve bu sebeple kadın lehine süresiz nafakaya hükmetme eğilimi dikkate alındığında; fiilen erkek eşi nafaka yükümlüsü kıldığı ve kadın eşi nafaka alacaklısı konumuna getirdiği aşıkardır. Kanun'da yer verilmeyen bu hususun yıllardır uygulanması karşısında, boşanma tazminatında, kural olarak, erkek eşin yükümlü kılınması farklı sonuçlara yol açmayacaktır. Tazminat yükümlüsü olarak erkek eşin belirlenmesi, kadının boşanmanın sonuçlarına karşı korunmasını da sağlar. Bu durumda tazminat alacaklısı, kural olarak, kadın eştir.

SONUÇ

TMK m. 175, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan tarafa, kusuru daha ağır olmamak kaydıyla, diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebileceği düzenlemesini içermektedir. TMK m. 175'teki "süresiz" ifadesi

¹⁰⁴ Hatemi, *Aile Hukuku*, 140.

¹⁰⁵ Hatemi, *Aile Hukuku*, 140.

öğretide tartışmalara neden olmuş, hüküm Anayasa Mahkemesi önüne de iptal istemiyle getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi süresizliğin ömür boyu nafaka ödeme yükümlülüğü anlamına gelmediğini, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan eşin mali açıdan desteklenmesinin sosyal devletin bir gereği olduğunu vurgulayarak talebi reddetmiştir. Bu kararda önemli bir karşı oy yazısı da mevcuttur. Buna göre, yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilmesinin öngörülmesi Anayasa m. 2'de yer alan sosyal devlet ilkesine aykırıdır. İnsanların boşanarak aralarındaki hukuki ilişkiyi bitirmelerine rağmen evlilik birliğinden doğan sorumluluklarının ömür boyu devam etmesi hakkaniyete aykırıdır. Yoksulluk nafakasının süresiz olması; nafakanın artırılması, azaltılması veya tamamen ortadan kaldırılması için kanunda yazılı şartların oluşup oluşmadığını kontrol amacıyla eski eşlerin birbirlerinin özel hayatına müdahale anlamına gelebilecek davranışlarda bulunmasına da neden olabilir. Ayrıca nafakayı alan karşı tarafı cezalandırmak için ömür boyu bir işte çalışmaktan kaçınabilir ve evlilik birliği dışında fiili birlikteliklere yönelebilir. Ancak nafaka borçlusu erkek nafaka borcunu ödeyebilmek için sürekli olarak bir işte çalışmak zorunda kalabilecektir. Hatta nafaka borcunu ödeyemezse özgürlüğünü kısıtlayıcı tedbirlerle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu sebeplerle yoksulluk nafakasının süresiz olması sosyal ve ahlaki değerlerle açıklanamaz. Diğer yandan ekonomik olarak geçimini sağlama imkânı olmayan eski eşe sosyal devlet ilkesinin gereği olarak yoksulluk nafakası bağlanması, devletin kendi üzerine düşen yükümlülükleri nafaka alacaklısına yüklemesi anlamına gelmektedir. Eklemek gerekir ki, TMK m. 176/III ve IV'te sayılan hallerin oluşmaması, nafaka alacaklısının ölünceye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelir.

Uygulamaya baktığımızda nafaka borçlularının yaşadığı mağduriyetler, evlilik ve aile kurumuna artık zarar verir hale gelmiştir. Ülkemizde nafaka borçlusu genellikle erkeklerdir. Boşanmayla sonuçlanan bir evlilikte, erkeğin hiçbir kriter

dikkate alınmaksızın ömür boyu boşandığı eski eşine bakmakla yükümlü tutulması hiçbir adalet anlayışıyla açıklanamaz ve bağdaşmaz. Ömür boyu nafaka uygulaması temel hak ve hürriyetlere aykırıdır; AY m. 2’de yer alan sosyal devlet ilkesine, m. 10’daki kadın-erkek eşitliğine, m. 41 kapsamında ailenin korunması ilkelerine ve AY m. 17’deki kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile birlikte TMK kapsamında kişilik haklarına aykırıdır. Çok kısa bir süre evli kalan genç yaşta bir erkeği ömrünün sonuna dek eski eşine bakmaya mahkûm etmek, ona yüklenen çok ağır bir yük olacaktır. Böyle bir yükümlülük, evlilik kurumunun ve dolayısıyla toplumun yapı taşı olan ailenin zarar görmesine neden olabilecektir; yeni kurulan evlilikte de sorunlar yaratarak ailenin huzur ve mutluluğunu etkileyebilecektir. Nafaka alacaklısı açısından düşünüldüğünde; kişinin geçimini sürdürmek için çalışma isteğinin azalması, nafakasının kesilmemesi için evlilik dışı bir yaşam tarzının benimsenmesi de karşılaşılabilecek olağan sonuçlar arasındadır. Yargıtay’ın asgari ücretle çalışan bir kadın lehine dahi “yoksulluğa düşecek olması nedeniyle” nafaka bağlamasını anlamak mümkün değildir. Ülkemizde çalışanların büyük bir kısmı asgari ücretle ev geçindirmekte, kira ödemekte hatta çocuklarına bakmaktadır.

Boşanmayla sonuçlanan bir evlilikte tarafların müşterek çocuklarının olması durumunda dahi iştirak nafakası kural olarak çocuklar ergin oluncaya kadar devam eder. Boşanma eşler arasındaki her türlü ilişkiyi sona erdirirken, çocuklarla ebeveynleri arasındaki ilişkiler bakımından böyle bir sona erme söz konusu değildir. Hal böyle iken, iştirak nafakasından dahi sınırlı bir süre öngörülmüşken, TMK m. 175 hükmünün yoksulluk nafakasından “süresiz” olmasını gerektirdiği yönünde yorumlanması düşünülemez.

Kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurulduğunda, yoksulluk nafakasından süresizliğin TMK’ya dayanmadığı açıktır. TMK m. 175 hükmünün amacı, boşanma yüzünden

yoksulluğa düşecek eski eşi korumaktır. TMK m. 175 her somut olayın hal ve şartları çerçevesinde değerlendirilerek uygulanmalıdır. Bu kapsamda taşrada yaşayan, çalışarak geçimini sağlama imkânı olmayan bir kadın ile genç, sağlıklı ve meslek sahibi bir kadının eşit şekilde değerlendirilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Her koşulda yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesi hakkaniyete aykırıdır. Kanaatimizce yoksulluk nafakasında “süresizlik” kural değil istisna olmalıdır. Unutmamak gerekir ki, evlilik kurumu, kadınların hayatları boyunca kendilerini garanti altına alabilecekleri bir sigorta işlevine sahip değildir.

Yoksulluk nafakasında süresizliğin Kanun’a dayanmadığını vurgulamakla beraber yoksulluk nafakası yerine tazminat niteliğine sahip ve boşanma yüzünden zor duruma düşecek olan eşe katkı amacıyla bir defaya mahsus olarak ödenmek üzere bir “boşanma tazminatı” önerisinin düşünülmesi gerekmektedir. Boşanma tazminatı ihdası, çağdaş hukuk sistemlerinde ön plana çıkan *clean break* ilkesiyle de bağdaşmaktadır. Tarafımızca da savunulan bu öneri, uygulamada ortaya çıkabilecek mağduriyetleri en aza indirebilecek mahiyettedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin. "Kaldırılması Gereken Bir Düzenleme: Yoksulluk Nafakası." *Türk Hukuk Dergisi* 147, (2016): 34-37.
- Akıntürk, Turgut. "Boşanmanın Hukuki Sonuçları". *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*. Cilt II. 175-204. Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.
- Akipek Öcal, Şebnem. "Yoksulluk Nafakası." *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri*. Editör Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Arbek, Ömer. "Boşanmanın Mali Sonuçları." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 1 (2005): 115-163.
- Arkan Serim, Azra. "Yoksulluk Nafakası." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 65, no. 1 (2007): 287-302.
- Bozkurt, Fatma Duygu. "Yoksulluk Nafakasını İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Ekseninde Yeniden Düşünmek." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2021): 566-584.
- Breitschmid, Peter, Alexandra Rumo-Jungo ve Dieter Freiburghaus. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. 2. Auflage, 2012.
- Bulut, Nihat. "Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı." *Prof. Dr. Turhan Yüce'ye Armağan*. 321-335. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Burcuoğlu, Haluk. "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 48, no. 1-4 (1983): 113-140.
- Burcuoğlu, Haluk. "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler." *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 4 (2018): 1-12. (Yoksulluk Nafakası).
- Ceylan, Ebru. "Geçmişten Bugüne Yargıtay Kararlarında Yoksulluk Nafakası Talebinde Etkili Olan Unsurları

- Değerlendirme." *İstanbul Barosu Dergisi* 92, no. 5 (2018): 15-32. (Yoksulluk Nafakası).
- Ceylan, Ebru. *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2006. (Boşanmanın Hukuki Sonuçları).
- Çelik, Nazlı Hilal. *Evlencenin Hükümsüzlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Çetiner, Bilgehan. "Boşanmada Nafaka ve Tazminat İlişkisi", *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı*. Editör Akın Ünal ve Arif Kalkan. 99-103. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Demir, Mecit. *Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018. (Yoksulluk Nafakası).
- Demir, Remzi. "Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 147, (2020): 221-249.
- Demirbaş, Ali. "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2018): 219-236.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Erdem, Mehmet. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Erdoğan, Murat. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2019.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Ersöz, Oğuz. *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Fırtına, Esra. *Boşanmanın Mali Sonuçları ve Yoksulluk Nafakası*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

- Gelmez, Ezgi. "Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Güncel Gelişmeler." *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 159 (2019): 2143-2155.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2019.
- Gümüş Böke, Emine. "İslam Hukuku Açısından Kadının İddet Nafakası." *Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2020): 93-112.
- Hamzaçebi, Mehmet. "Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 3-4 (2002): 23-48.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hausheer, Heinz, Thomas Geiser ve E. Aebi Regina. *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Bern: Stämpfli Verlag, 2010.
- Hausheer, Heinz. "Yeni İsviçre Boşanma Hukuku'nun Önemli Yenilikleri." *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı*. 29-52. İstanbul: Entegre Matbaacılık, 2007.
- Kalender, Ahmet. *Türk Aile Hukukunda Boşanma Nafakası (Yoksulluk Nafakası)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kocabaş, Gediz. "Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 1 (2013): 357-391.
- Koçoğlu, Safa. "Boşanmanın Eşler Arasında Genel Sonuçları Bağlamında Yoksulluk Nafakasına İlişkin Değerlendirme." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 2 (2021): 389-427.

- Kostkiewicz, Jolante Kren, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankahuser ve Ivo Schwander. *ZGB Kommentar*. Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Koyuncu Aktaş, Nihan. "Anlaşma Temeline Dayalı Boşanma Davalarında Hâkimin Yoksulluk Nafakasına Müdahalesi." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79, no. 3 (2021): 761-796.
- Köküsarı, İsmail. *Anayasal Hakların Çatışması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Köse, Saffet. "Nafaka ve Günümüzdeki Sorunlara Çözüm Önerileri." *Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı*. Editör Akın Ünal ve Arif Kalkan. 91-96. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Kulaklı, Emrah. "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5 (2), (2018): 237-268.
- Kurşat, Zekeriya. "Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi." *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*. 211-227. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Metin, Yüksel. "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2017): 1-74.
- Oğuz, Cemal. "Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1-2 (2000): 23-37.
- Oktay Özdemir, Saibe. "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı." *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 29-46.
- Okyar Karaosmanoğlu, Dila. "Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve

- Ortadan Kalkması." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2, (2016): 421-434.
- Öcal, Mesut. *Yoksulluk Nafakasının Süresi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu." *Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu*. 23-42. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Reyhani Yüksel, Sera. "Yoksulluk Nafakası ve Süre Sorunu." *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no.2 (2021): 485-509.
- Ruhi, Canan ve Ahmet Cemal Ruhi. *Nafaka Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Schnitzler, Klaus, Peter Friederici ve Elisabeth Unger. *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*. C.H. Beck, 2020.
- Schwenzer, Ingeborg ve Tomie Keller. "Recent Developments in Swiss Family Law." *Public and Private International Law Bulletin* 35, no. 1 (2015): 1-28.
- Schwenzer, Ingeborg. "Das clean break-Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht." *FamPra.ch* 4 (2000): 609-628.
- Sutter, Thomas ve Freiburghaus Dieter. *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 1999.
- Şahin, Mustafa. "Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 – ZGB m. 125)." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 3 (2017): 75-107.
- Şıpka, Şükran. "Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım." *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, 15-20.

- Tosun, Yalçın. "Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 129-130 (2015): 53-77.
- Uyanık, M. Zeki. "İslam Aile Hukukunda Evlilik ve Boşanma Nafakası Bağlamında Süresiz Nafaka Yasası." *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47, (2019): 57-88.
- Uzun, Mine. *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Wendl, Philipp, Hans Joachim Dose ve Regina Bömelburg. *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis*. C.H. Beck, 2019.
- Yağcı, Kürşat. "Yoksulluk Nafakasında "Süresizlik" Sorunu." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76, no. 1 (2018): 323-358.
- Yargıç, Zeynep. *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Yıldırım, Abdulkerim. "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasındaki Süre Sorunu." *Legal Hukuk Dergisi* 14, no. 157 (2016): 59-88.
- Yüksel, Saadet. *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*. İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2015.

ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA DİN VE VICDAN HÜRRIYETİ

*Freedom of Religion and Conscience in Individual
Application Decisions of the Constitutional Court*

Sezgin BAŞ*

Öz


Anayasa Mahkemesi bugüne kadar 28 bireysel başvuruyu din ve vicdan hürriyeti kapsamında görerek karara bağlamıştır. Bu başvurulardan 7'si hakkında ihlal kararı, 1'i hakkında ihlal olmadığı kararı ve kalanlar hakkında da kabul edilemezlik kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki din ve vicdan hürriyetine ilişkin ihlal iddialarını inceleme ölçütleri, AİHM'in takip ettiği ölçütler ile aynıdır. Mahkeme, öncelikle, din ve vicdan hürriyeti kapsamında korunan bir hakka yönelik bir müdahalenin olup olmadığını inceler. Böyle bir müdahalenin varlığı halinde, Mahkeme,

* Araştırma Görevlisi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Anayasa Hukuku Anabilim Dalı), szgnbas@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6368-7263.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 04.02.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 13.04.2022.

Atıf/Citation: Baş, Sezgin. "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Din Ve Vicdan Hürriyeti." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1 (2022): 384-439.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

Anayasa'nın 13'üncü maddesi kapsamında sırasıyla kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk bakımından değerlendirme yapar. Mahkeme, müdahalenin kanunilik kriterini sağlamadığı kanaatine ulaşırsa diğer kriterleri değerlendirmeksizin başvuru hakkında ihlal kararı verir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, din veya inancı açığa vurma hürriyetinin norm alanı olarak Anayasa m. 24/f.5 dışında bir yasak öngörülmediğini belirtir. Ancak, Mahkemeye göre dini dışa vurma açısından bu yasak dışında bir sınır öngörülmemesi, dini açığa vurma hürriyetinin bu madde dışında hiçbir şekilde sınırlandırılmaması anlamına gelmez. Anayasa'nın 14'üncü maddesinin getirdiği yorum kuralı doğrultusunda, din ve vicdan hürriyetinin sınırları, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinde veya anayasal ilkelere bulunabilir. Nihayetinde, Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan hürriyeti ile ilgili kararlarında, uluslararası sözleşmelere ve uluslararası mahkeme kararlarına atıfta bulunarak uluslararası hukuk ile büyük ölçüde bir paralellik ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Din ve Vicdan Hürriyeti, Laiklik.

Abstract

Until now, the Constitutional Court has decided 28 individual applications about freedom of religion and conscience up to the present. Seven of these applications received a violation decision, one received a non-violation decision, and the remaining received an inadmissibility decision. The Constitutional Court's grounds for considering alleged violations of freedom of religion and conscience in the context of individual applications are identical to those used by the ECtHR. First and foremost, the Court considers whether there is an infringement of a right protected under the freedom of religion and conscience. In the event of such an interference, the Court

assesses its legality, legitimacy, and compliance with democratic standards within the scope of Article 13 of the Constitution. If The Court finds that the interference does not provide the legality criteria, it gives a violation decision about the application without considering the other criteria.

The Constitutional Court states that the Constitution does not envisage any prohibition other than paragraph 5 of Article 24 of the Constitution as the norm area of freedom to manifest religion or belief. The fact that there is no restraint on religious expression other than this prohibition, according to the Court, does not entail that the freedom to manifest religion cannot be restrained in any way other than this article. The boundaries of freedom of religion and conscience can be found in the fundamental rights and freedoms of persons or constitutional principles, according to the interpretation rule established by Article 14 of the Constitution. Ultimately, the Constitutional Court, in its decisions on freedom of religion and conscience, draws a great deal of parallelism with international law by referring to international conventions and international court decisions.

Keywords: Constitutional Court, Individual Application, Freedom of Religion and Conscience, Secularism.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, 2010 Anayasa Değişiklikleri ile getirilmiştir. Bireysel başvuru yoluyla Mahkeme, zaman itibarıyla 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen temel hak ve hürriyet ihlallerini incelemektedir.¹ Bireysel başvuru ile birlikte, esas itibarıyla norm denetimi

¹ Metin Baykan, *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 155.

yapmakta olan Anayasa Mahkemesi, kamu makamlarının eylem ve işlemlerinin temel hak ve hürriyetlere uygunluğunu denetleyerek hak temelli bir inceleme yapma imkanına kavuşmuştur.² Böylece, temel hak ve hürriyetlerin daha etkin korunmasının ve somut olay incelemeleri vasıtasıyla kapsamının daha ayrıntılı olarak belirlenmesinin yolu açılmıştır.³

Anayasa Mahkemesinin 2022 yılının Ocak ayında yayımladığı bireysel başvuru istatistiklerine göre 302.429 başvuru sonuçlandırılmıştır.⁴ Bu bireysel başvurulardan 28'si din ve vicdan hürriyeti kapsamında incelemeye tabi tutulmuştur.⁵ Raporda din ve vicdan hürriyeti ile ilgili olarak 8 adet ihlal kararı verildiği gösterilmesine⁶ rağmen karar arama

² Halil İbrahim Dursun, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 22; Seyithan Kaya, *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Anayasa yargısı ve Bireysel Başvuru* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 133.

³ Abdulkadir Karaaslan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 26.

⁴ Anayasa Mahkemesi, "Bireysel Başvuru İstatistikleri (23 Eylül 2012 – 31 Aralık 2021)", 31 Ocak 2021. https://www.anayasa.gov.tr/media/7734/bb_2021_tr.pdf.

⁵ Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun olay ve olguları nitelemesi ile bağlı değildir. Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 1137; Mahkeme, olay ve olguların hukuki nitelemesini kendisi yapmaktadır Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16. Bu doğrultuda, Mahkeme, 28 bireysel başvuruda din ve vicdan hürriyetini ilgilendiren iddia tespit etmiştir. Bu bireysel başvuru kararları dışında din ve vicdan hürriyeti ile ilgili başvurular da söz konusudur. Ancak, Mahkeme, bu başvurularda din ve vicdan hürriyeti yerine başka temel hak ve hürriyetler açısından inceleme yapmayı uygun bulmuştur. Bu kararlar arasında ezan ve vejeteryanlığa ilişkin başvurular sayılabilir.

⁶ "Bireysel Başvuru İstatistikleri (23 Eylül 2012 – 31 Aralık 2021)," Anayasa Mahkemesi, s.8.

sisteminde 7 adet ihlal kararı⁷ ve 1 adet ihlal olmadığı kararı⁸ tespit edilmiştir. Din ve vicdan hürriyeti kapsamında incelenen diğer 20 başvuru⁹ hakkında ise kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

Bu araştırma, bireysel başvuru kararları çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin, din ve vicdan hürriyetini nasıl ele aldığını ortaya koymayı ve mümkün olduğunca bu kararların bir değerlendirmesini yapmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, araştırmanın temel dayanağını, doktrinel anlatı ve tartışmalar yerine Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları oluşturacaktır. Zira, din ve vicdan hürriyetinin kapsamının tartışıldığı felsefi, sosyolojik, hukuki ve siyasal çalışmalar bulunduğu gibi, özellikle içtihatısal temelde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin din hürriyeti ile ilgili verdiği kararların

⁷ Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014; Esra Nur Özbey, B. No: 2013/7443, 20/5/2015; Ahmet Sil, B. No: 2017/24331, 9/5/2018; B.S., B. No: 2015/8491, 18/7/2018; Sara Akgül [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018; Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], B. No: 2014/17354, 22/5/2019; Furkan Aktaş, B. No: 2017/27587, 11/12/2019.

⁸ Murat Kalkan, B. No: 2017/21904, 11/12/2018.

⁹ Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı, B. No: 2013/757, 13/6/2013; Haydar Yeşil ve diğerleri, B. No: 2013/9081, 20/1/2016; Mustafa Başer ve Metin Özçelik, B. No: 2015/7908, 20/1/2016; Kilikya Ermeni Katolikosluğu, B. No: 2015/7661, 15/6/2016; Asiye Lekesiz, B. No: 2015/6064, 13/9/2018; Sürekli Vakıflar Tarihi Eserlere ve Çevreye Hizmet Derneği, B. No: 2015/14747, 13/9/2018; Mehmet Güler, B. No: 2015/15950, 11/12/2018; Mehmet Doğanay, B. No: 2015/15505, 12/12/2018; Haralambos Sakati ve diğerleri, B. No: 2015/15815, 4/4/2019; Hubyar Eğitim Vakfı, B. No: 2016/3644, 29/5/2019; Mehmet Bozhan, B. No: 2014/2797, 23/10/2019; Abdulmecit Er, B. No: 2014/3825, 7/11/2019; İsa Turan, B. No: 2014/2962, 12/11/2019; Ali Kandil ve diğerleri, B. No: 2014/13224, 19/11/2019; Mehmet Albayrak, B. No: 2017/31059, 11/12/2019; Abdulkadir Uçar ve diğerleri, B. No: 2014/6924, 2/6/2020; Eren Erdem, B. No: 2019/9120, 9/6/2020; İ.Ç., B. No: 2017/32858, 29/9/2020; E.S.K., B. No: 2017/20801, 19/11/2020; Fadime Ekiz, B. No: 2016/6741, 7/9/2021.

çalışıldığı birçok çalışma da bulunmaktadır.¹⁰ Daha ötesi, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları çerçevesinde birçok temel hak ve hürriyet çalışılmasına rağmen din ve vicdan hürriyetine yönelik bütünlüklü bir çalışma yapılmamıştır.¹¹ İşte bu araştırma, din ve vicdan hürriyeti kapsamındaki kabul edilemezlik kararlarını da sunarak Mahkemenin bu hürriyet ile ilgili verdiği bütün kararları içeren bir çalışma ortaya koymayı hedeflemektedir. Ancak, bu çalışma, Mahkemenin önüne gelen bireysel başvuru dosyaları kapsamında bir inceleme gerçekleştireceğinden haliyle din ve vicdan hürriyetinin bütün boyutlarını kapsamayacaktır.

Araştırmanın birinci bölümünde, din ve vicdan hürriyeti, bireysel başvuru kararları ışığında genel olarak açıklanacaktır. İkinci bölümde, Mahkemenin din ve vicdan hürriyetinin ihlali iddialarında kullandığı kullandığı ölçütler din hürriyeti

¹⁰ Bu çalışmalardan bazıları için bkz. Hande Seher Demir, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011); Muharrem Dilbirliği, “İnsan Hakkı Olarak, Din Ve Vicdan Özgürlüğü’nün Sosyolojik Ve Felsefi Gelişimi: Tarihi Süreçte Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Ortaya Çıkan Modeller,” *Adalet Dergisi* 66, (2021): 667-700; Jim Murdoch, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması*, çev. Serkan Cengiz, (Ankara: Şen Matbaa, 2013); Eda Demirsoy Aşıkoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Dinsel Ritüel ve Uygulamaların Sınırlandırılması,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 2 (2018): 447-495; Şennur Ağırbaşı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 101, (2012): 83-102.

¹¹ Bu çalışmalardan bazıları için bkz. Ayşe Özkan Duvan, “Bireysel başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68, no. 1 (2019): 287-336; Bahar Konuk Sommer, “Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 4, no. 2 (2019): 169-188; Cansu Dağ Bereket, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı,” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2020): 479-506.

bakımından ortaya konulacaktır. Son bölümde ise Mahkemenin din ve vicdan hürriyeti kapsamında verdiği kabul edilemezlik kararlarına yer verilecektir.

I. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI ÇERÇEVESİNDE GENEL OLARAK DİN VE VICDAN HÜRRIYETİ

Din ve vicdan hürriyeti, anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde tanınmış temel bir insan hakkıdır. Yargı kararları ve öğretide, din ve vicdan hürriyetinin temel olarak iki alanından bahsedilir. Biri din ve vicdan hürriyetinin içsel ve mutlak olduğu *forum internum*, diğeri ise bu hakkın dışavurumunu ifade eden dışsal, ancak sınırlı olan *forum externum*dur.¹² Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında bu ayrımı benimsemiştir.¹³ *Forum internum*, bireyin herhangi bir inanca sahip olmasını veya olmamasını, sahip olduğu inancı istediği zaman değiştirebilmesini, inançlarından dolayı kınanmamasını, bunları açıklamaya zorlanmamasını ve baskı altına alınmamasını ifade eder.¹⁴ *Forum externum* ise ibadet etme, öğretim yapma, tören ve ayinlere tek başına veya toplu olarak katılma, uygulama ve yerine getirme suretiyle dinini açığa vurma hakkını belirtir.¹⁵

Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan hürriyetini koruyan üç kavram olarak *tanıma*, *çoğulculuk* ve *laiklikten doğan tarafsızlığı* belirtir.¹⁶ Devletin tanıma yükümlülüğü, devletin bütün inanç

¹² Tuğba Arslan [GK], § 56.

¹³ Tolga Şirin, Erkan Duymaz ve Deniz Yıldız, *Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016), s. 15.

¹⁴ Tuğba Arslan [GK], § 57; Esra Nur Özbey, § 48; B. S., § 55.

¹⁵ Tuğba Arslan [GK], § 57; Esra Nur Özbey, § 48; B. S., § 55.

¹⁶ Tuğba Arslan [GK], § 54; Esra Nur Özbey, § 46.

gruplarını eşit şekilde tanınmasını ve kabul etmesini ifade eder. Devletin çoğulcu tanıma siyaseti ise devletin, toplumda herkese karşı eşit mesafede durması ve herhangi bir dini veya ideolojiyi resmi olarak benimsememesi anlamına gelir.¹⁷ Devlet, çoğulcu perspektifte, herhangi bir inancı yanlış olarak kabul edemez ve farklılıkları tanıyarak birarada yaşayacak bir düzen inşa etmekle yükümlüdür.¹⁸ Laiklikten doğan tarafsızlık anlayışı ise din ve inançların eşit düzeyde korunmasının teminatı olarak işlev görmeyi belirtir.¹⁹

Din ve vicdan hürriyeti, 1982 Anayasası'nın 24'üncü maddesinde²⁰ "din ve vicdan hürriyeti" başlığı altında düzenlenirken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesinde²¹ "düşünce, vicdan ve din hürriyeti" başlığı altında

¹⁷ Tuğba Arslan [GK], § 54; Esra Nur Özbey, § 46.

¹⁸ Tuğba Arslan [GK], § 54; Esra Nur Özbey, § 46.

¹⁹ Tuğba Arslan [GK], § 54; Esra Nur Özbey, § 46.

²⁰ Madde 24: "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz".

²¹ Madde 9: "1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık

ortaya konulmuştur. Din ve vicdan hürriyetinin Sözleşme ile Anayasa'da düzenlenişleri arasında lafzi bir farklılık bulunmaktadır. Bu lafzi farklılığın bulunması, din ve vicdan hürriyetinin kapsamı açısından bir farklılığa yol açmış mıdır? Anayasa Mahkemesinin kararlarına baktığımızda, din ve vicdan hürriyetinin içeriğinin belirlenmesi, uluslararası sözleşmeler ve mahkeme kararları ile paralellik arz etmektedir.²² Dolayısıyla lafzi farklılık, temel hak ve hürriyetin içeriğinin belirlenmesinde bir değişikliğe yol açmamıştır.

Anayasa Mahkemesine göre din ve vicdan hürriyeti, demokrasi için önemli ve vazgeçilmezdir.²³ Mahkeme, din veya inancın, bireyler açısından hayatı anlama, anlamlandırma ve yaşamada başvurdukları temel kaynaklardan biri olduğunu belirtmenin yanında, toplumsal hayatın şekillenmesinde önemli bir role sahip olması nedeniyle demokratik toplumun temellerinden biri olduğunu ortaya koymuştur.²⁴ Anayasa Mahkemesi, daha ilk başta, din ve vicdan hürriyetinin önemini anlatırken, dinin, Allah ile kul arasındaki manevi bir irtibat olmadığını ve toplumsal görünürlüğüne izin veren bir anlayışı benimsediğini ilan eder. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan hürriyetinin, ancak çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışı ile temellendirilen bir demokraside korunabileceğini ifade eder.²⁵ Böylelikle Mahkeme, demokrasi ve din ve vicdan hürriyetini ayrılmaz bir ikili olarak gördüğünü açıkça ortaya koyar. Aynı zamanda, Mahkeme, şimdi göreceğimiz üzere laikliği, din ve vicdan hürriyetinin olmazsa olmazı ve

veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir”.

²² Hasan Sayim Vural, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü,” *Anayasa Yargısı* 31, no. 1 (2015): 351.

²³ Tuğba Arslan [GK], § 53; B. S., § 50.

²⁴ Tuğba Arslan [GK], § 52; Esra Nur Özbey, § 43.

²⁵ Tuğba Arslan [GK], § 53; Esra Nur Özbey, § 45; B. S., § 52.

koruyucusu ilan eder. Dolayısıyla Mahkeme, demokrasi, laiklik ve din hürriyetini ayrılması mümkün olmayan unsurlar olarak kavrayacak ve bu kavrayışın tartışılmaz olduğunu ifade edecektir.

Anayasa Mahkemesi, laiklik kavramını, devletin, dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak tanımlar ve bu ilkenin toplumun değil devletin bir niteliği olduğunu özellikle vurgular.²⁶ Mahkeme bu ifadeleriyle, laikliği toplumun benimsemesi gereken bir çağdaşlaşma, ilerleme ve yaşam tarzı olarak kabul eden önceki kararlarından ayrıldığını vurgulamaktadır. Mahkeme, laikliğin biri katı, diğeri daha esnek ve özgürlükçü olan iki anlayışından bahseder.²⁷ Katı laiklik anlayışı, dini bireyin vicdanı ile Allah arasına sıkıştıran ve dine kamusal görünürlük tanımayan bir konsepti ifade eder.²⁸ Laikliğin daha esnek ve özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel ve toplumsal boyutunu birlikte kavrayan ve toplumsal görünürlüğüne imkan tanıyan bir anlayışı ortaya koyar.²⁹ Anayasa Mahkemesi 2010'lu yılların başlarından itibaren katı ve dışlayıcı laiklik anlayışı yerine dinin kamusal alanda görünürlüğüne imkan veren pasif/esnek laiklik anlayışını benimsemektedir.³⁰ Mahkeme, bireylerin dini tercihlerinin devletin müdahalesinin dışında, ancak, koruması altında

²⁶ Tuğba Arslan [GK], § 133.

²⁷ Katı (dışlayıcı) ve esnek (pasif) laiklik kavramları hakkında bilgi için bkz. Ahmet T. Kuru, *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, çev. Eylem Çağdaş Babaoğlu, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011); Ergun Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti," iç. *Demokratik Anayasa*, Ed. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, (İstanbul: Metis Yayınları, 2012), 169-227; Yıldız, *Din ve Vicdan Özgürlüğü*, s. 49-73.

²⁸ Tuğba Arslan [GK], § 134.

²⁹ Tuğba Arslan [GK], § 134; Sara Akgül [GK], § 85.

³⁰ Mine Yıldırım, "Are Turkey's Restriction on Freedom of Religion or Belief Permissible?," *Religion and Human Rights* 15, no. 1-2 (2020): 176.

olduğunu; bu anlamda laikliğin, din ve vicdan hürriyetinin güvencesi olduğunu belirtir.³¹ Mahkeme, bu yorumlarıyla laikliğin, din ve vicdan hürriyetinin gerçekleştirilmesinin önünde bir engel olmadığını, bilakis, laikliğin koruyucu bir işleve sahip olduğu kanaatindedir.

Mahkemeye göre laiklik, inanç ve dinler karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuk ve siyasi düzeni inşa eden, resmi bir dine sahip olmayan ve din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan bir devleti betimler.³² Mahkeme, laikliğin, din ve vicdan hürriyetinin koruyucusu olması anlamında devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklediğini belirtir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini resmi olarak benimsememesi ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu bir neden olmadıkça müdahale etmemesi gerekliliğidir.³³ Pozitif yükümlülük ise devletin din ve vicdan hürriyetinin gerçekleştirilmesinin önündeki engelleri kaldırması ve bireylerin inandıkları gibi yaşayabilecekleri bir düzen ortamını sağlaması gerekliliğidir.³⁴ Mahkemeye göre Türk anayasal düzeni açısından laikliğin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün kaynağı Anayasa'nın 5'inci ve 24'üncü maddeleridir³⁵. Gerçekten de 5'inci madde, devlete, "...insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama..." ödevini yüklemektedir. Bu madde dahi bireylerin dini, ruhi ve manevi gelişimlerini sağlamaları açısından devletin gerekli ortam ve şartları hazırlamakla yükümlü olduğunu ortaya koymaktadır. Türkiye'de ramazan ve kurban bayramlarının resmi tatil ilan edilmesi ve Cuma namazı vaktinde

³¹ Tuğba Arslan [GK], § 134.

³² Tuğba Arslan [GK], § 136.

³³ Tuğba Arslan [GK], § 137; Sara Akgül [GK], § 87.

³⁴ Tuğba Arslan [GK], § 137; Sara Akgül [GK], § 87.

³⁵ Tuğba Arslan [GK], § 138.

kamu görevlilerinin izinli sayılması devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında gerçekleştirilen hukuki düzenlemelerdir. Müslümanların sakal uzatmalarına özel ve kamusal sektörde izin verilmesi ve şehirlerarası otobüs seyahatlerinde otobüslerin mola saatlerinin namaz vakitlerini kaçırmayacak şekilde düzenlenmesi gerekliliği, aynı şekilde, devletin din ve vicdan hürriyetinin gerçekleştirilmesine yönelik pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir.³⁶ Önemli bir husus, Mahkemenin, devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini din ve vicdan hürriyetine değil laikliğe atfetmesidir.³⁷ Mahkeme, bu bakış açısıyla, daha önce de belirtildiği gibi, laiklik ilkesini din ve vicdan hürriyetinin önünde bir engel olarak değil, onun koruyucusu olarak görmektedir. Mahkeme, laikliğin, özellikle din ve vicdan hürriyetinin yok edilmesi veya aşırı şekilde sınırlandırılması için kullanılmasına karşı çıkmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme, Anayasa'nın bütün hükümlerini kapsamaması nedeniyle laiklik ilkesinin de din ve vicdan hürriyetinin ortadan kaldırılması veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş bir şekilde sınırlandırılmasına izin vermeyecek şekilde yorumlanması gerekliliğini ortaya koyar.³⁸ Bununla birlikte, laiklik ilkesi de diğer temel hak ve ilkeler gibi din ve vicdan hürriyetinin sınırlandırılması rejiminde kullanılabilir.³⁹

³⁶ Hazal Tolu Yılmaz, "İşçinin Sakalını Kesmeyi Reddetmesi Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2021): 722-724.

³⁷ Esra Nur Özbey, § 84.

³⁸ Servet Armağan, *Din ve Vicdan Hürriyeti ve Laiklik* (İstanbul: İnsan Yayınları, 2012), 224-226.

³⁹ Neji Baccouche, "Laiklik ve Din Özgürlüğü," İç. *Laiklik ve Demokrasi*, Ed. İbrahim Kaboğlu, (Ankara: İmge Kitabevi, 2001), 146.

Anayasa Mahkemesi, Türkiye’de demokrasinin korunması için laikliğin vazgeçilmez bir ilke olduğu kanaatindedir.⁴⁰ Mahkeme, *Tuğba Arslan* kararında, 1989 tarihli Türban Kararı’na atıfta bulunarak bu kanaatini devam ettirdiğini göstermektedir. Bu görüşüyle Mahkeme, demokrasi ve laikliği Türkiye anayasal düzeni açısından ayrılmaz bir ikili olarak görmektedir. Daha ötesi, Mahkeme, demokrasinin korunması için laikliğin vazgeçilmez olduğu görüşünün de *tartışılmaz* olduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme, demokrasinin korunması için laikliğin vazgeçilmez olduğunu vurguladıktan sonra din hürriyetinin demokratik toplumun temellerinden biri olduğunu ve çoğulcu laiklik anlayışının dinin toplumsal görünürlüğüne imkan verdiğini belirtmektedir.⁴¹ Mahkeme, böylece din ve vicdan hürriyeti, demokrasi ve laikliği birbirinden ayrılması mümkün olmayan kavramlar olarak değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesinin demokrasi ve laikliği birbirinden ayrılması mümkün olmayan kavramlar olarak düşünmesi ve bu yargıyı tartışılmaz bulması, bu konunun doktrinde tartışmalı olduğu gerçeğini gözardı etmektedir.⁴² Demokrasinin sadece laiklik merkezli bir yorumunun kabul edilmesi ve bunun tartışılmaz bulunması, dünyadaki birçok demokrasi uygulaması ve yorumunun görmezden gelinmesi anlamına gelir. Dünyanın birçok ülkesinde laiklik ilkesi resmi olarak kabul edilmemektedir. Bunun ötesinde, birçok Ortadoğu ülkesinde

⁴⁰ Tuğba Arslan [GK], § 139.

⁴¹ Tuğba Arslan [GK], § 139.

⁴² Adnan Küçük, laiklik ilkesinin demokrasi bakımından olmazsa olmaz bir unsur olduğunun söylenemeyeceğini, yani, demokrasi ile laiklik arasında zorunlu bir varlık-yokluk ilişkisi bulunmadığını savunur. Demokratik olmadığı halde laik olan birçok ülke mevcuttur. Adnan Küçük, “Laikliğe İlişkin Tartışmalar ve İki Laiklik Modeli,” İç. *Türkiye’de Din Özgürlüğü ve Laiklik*, Ed. Hasan Yücel Başdemir, (Ankara: Liberte Yayınları, 2011), 73,74. Karşıt görüş olarak Neji Baccouche ise sosyal çoğulculuğun ve din özgürlüğünün gerçek güvencesi olan laiklik için demokratik bir toplumun kaderi olduğunu belirtir. Baccouche, “Laiklik ve Din Özgürlüğü,” 150.

yasamanın kaynağının İslam hukuku olduğunu veya İslam'a aykırı bütün kanunların geçersiz olduğunu belirten İslami klozlar bulunmaktadır. Nitekim, son yıllarda artan bir şekilde doktrinde İslami anayasacılık kavramı tartışılmakta ve geliştirilmektedir. Batılı liberal anayasal demokrasiyi, bütün milletlerin takip etmesi gereken tek yaklaşım ve yol kabul etmek, toplumun kültürel, sosyolojik ve siyasal bütün dinamiklerinin yok sayılması anlamına gelir ve birçok çarpık sonucun ortaya çıkmasına yol açabilir. Bağlam önemlidir. O halde, tartışma daha birçok şeyin dikkate alınarak irdelenmesini gerektirdiğinden, şimdilik, demokrasinin laikliği gerektirdiği iddiasına itirazımızı belirtmekle yetinelim.

Anayasa Mahkemesi, laikliğin daha esnek ve daha özgürlükçü anlayışını benimseyerek dine toplumsal bir görünürlük sağlama zeminini sağlamasına rağmen, bu toplumsal görünürlük hiçbir zaman Türkiye'deki Müslümanlar açısından dinlerinin ahkamlarını (hukuklarını) uygulayabilecekleri bir düzen anlamına gelmemektedir. Müslümanların dini ahkamlarını uygulama talepleri, dini uygulama kapsamında değerlendirilmesi gerekirken bu husus, ne yargı kararlarında ne de öğretilerde din ve vicdan hürriyetinin kapsamına dahil edilmez. Zira, müslümanların dini inancını ve uymakla yükümlü oldukları kuralları ifade eden ahkam ile ilgili dini emirlerini uygulama taleplerinin karşısına laiklik ilkesi çıkar. Anayasa Mahkemesi'nin 2010'lu yıllarda laiklik ilkesine verdiği yeni anlam, dinin bireysel ve cemaat bazlı bazı tören ve uygulamalarına izin vermesine rağmen, talepleri halinde sadece Müslüman vatandaşlar açısından uygulanabilecek bir İslam hukukuna imkan vermez. Bu anlamda bir din ve vicdan hürriyeti talebi, laiklik ilkesi temelinde reddedilmektedir. O halde, Türkiye'de gerçek anlamda bir din hürriyetinden bahsedilemez. Daha açık bir anlatımla, modern hukuk çerçevesinde öğretilerde ve yargı kararlarında tasvir edilen konsept, müslümanların dinlerini bütün boyutlarıyla yaşayabilecekleri bir hürriyet/hak/hukuk düzeni

bahşetmeyeceği için gerçek bir din ve vicdan hürriyeti ortaya konulamamaktadır. Daha ötesi, müslümanlar itikatları itibarıyla dini ilke, değer ve kurallarına inanırlarken kendi dinlerine aykırılık teşkil eden birçok seküler kanuna uymak zorunda bırakılmaktadırlar. Müslümanların, dînî değer, ilke, hedef, sorumluluk ve kurallarının dikkate alınmadığı bir düzende yaşamaları ise dini inanış ve yaşayışları açısından gerek dünyevi gerek uhrevi açıdan olumsuz birçok sonuç ortaya koymaktadır.

II. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI ÇERÇEVESİNDE ANAYASA MAHKEMESİNİN İNCELEME ÖLÇÜTLERİ

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun bir temel hak ve hürriyeti ihlal edip etmediği incelemesince öncelikle şikayet konusu müdahale ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'da korunan⁴³ bir hakkın bulunup bulunmadığını inceler. Başvurucunun böyle bir hakkının bulunduğunun tespit edilmesi halinde söz konusu hakka yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı değerlendirilir. Sonrasında bu müdahalenin, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde belirtilen koşullara uygun olup olmadığı incelenir⁴⁴. Anayasa Mahkemesinin bu inceleme kriterleri, AİHM ile paralellik arz

⁴³ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunda esas ölçü normun, AİHS ve Anayasa arasındaki kesişim alanına rağmen Anayasa olduğu yönünde bkz. Ece Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi," İç. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması*, Ed. Ece Göztepe ve Mustafa Mert Albaz, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 116.

⁴⁴ Tuğba Arslan [GK], § 61.

etmektedir⁴⁵. Şimdi bu inceleme aşamalarını sırasıyla değerlendirelim.

A. Anayasa'nın 24'üncü Maddesi Kapsamında Korunan Hakka Yönelik Bir Müdahalenin Bulunup Bulunmadığı İncelemesi

Anayasa Mahkemesi bir davranışın Anayasa'nın 24'üncü maddesinde kalıp kalmadığına; din, inanç ve kanaatin kapsamının belirlenmesi zor olduğundan somut olayın koşullarını dikkate alarak karar verir.⁴⁶ Bir dini inancın dışa vurumunun kapsamının belirlenmesinde öncelikle inancın olup olmadığı tartışılmalı; sonrasında söz konusu davranışın ilgili inancın ilke, değer ve kuralları çerçevesinde ortaya konulup konulmadığı değerlendirilmelidir.⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarına atıfla, inancın ön plana çıkmadığı daha çok kişisel düşünce ve isteklere dayanan ifadelerin dışa vurumuna ilişkin başvuruları hakkın kapsamına dahil etmeme eğilimindedir.⁴⁸ Din ve vicdan kavramlarıyla, belirli bir ciddiyet, bütünlük, derinlik ve öneme sahip olan dini, felsefi ve ideolojik inançlar kastedilir.⁴⁹ Bir din veya inançtan bahsedebilmek için belirli sayıda inanan mensubu ve inanç sisteminin bulunması

⁴⁵ AİHM de kendisine yapılan bir başvuruda, temel hak ve hürriyete yönelen bir müdahalenin varlığını, müdahalenin maddelerde belirtilen meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını, müdahalenin kanun tarafından öngörülüp öngörülmediğini ve son olarak müdahalenin demokratik bir toplum düzeninde gerekli olup olmadığını inceler. Pınar Dikmen, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Toplum," *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2015): 526.

⁴⁶ Tuğba Arslan [GK], § 62.

⁴⁷ Tuğba Arslan [GK], § 64.

⁴⁸ Tuğba Arslan [GK], § 65.

⁴⁹ İlyas Doğan, "Din ve Vicdan Özgürlüğü," İç. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ed. İlyas Doğan, (Ankara: Astana Yayınları, 2019), 250.

gerekir.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, vejetaryenliğe ilişkin *Şehmus Özsubaşı* başvurusunda, başvuruyu din ve vicdan hürriyeti yerine Anayasa'nın 17'inci maddesindeki kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında değerlendirmiştir.⁵¹ Çünkü, Mahkeme, vejetaryenliğin dinsel veya ahlaki nedenlere dayanabileceğini kabul etse de somut olayda başvuruçunun, vejetaryenlik durumunu bir inancın motivesi veya etkisi ile ortaya koymadığını belirtir.⁵² Mahkeme, vejetaryenliği doğrudan bir din ve vicdan meselesi kabul etmemiştir. Anayasa'nın 24'üncü maddesi ile kurulabilecek bir bağlantı söz konusu olmadığı için Mahkeme'nin kararı isabetlidir.

Diğer taraftan, açığa vurulan davranışın bir inancın uygulaması olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Mahkemenin bu belirlemeyi yapabilmesi için başvuruçunun söz konusu uygulamanın inancından kaynaklandığını göstermesi gerekir.⁵³ Ayrıca, inanç ile uygulama arasındaki bağlantının tespitinde Mahkeme, "din ve inanç ile açığa vurulan davranış arasında yapısal veya teorik bir bağlantının bulunup bulunmadığı, davranışın ortaya çıktığı zaman ve mekan ile bireyin, inancını davranışının nedeni olarak ileri sürüp sürmediği" hususuna dikkat eder.⁵⁴ Mahkeme, alışılmış dini uygulamalar açısından yargısal bir değerlendirme yapmaya gerek duymamaktadır.⁵⁵ Bir davranışın bir dinin gereği olup

⁵⁰ Doğan, "Din ve Vicdan Özgürlüğü," 249.

⁵¹ Murat Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu* (Ankara: Lykeion Yayınları, 2019), 362.

⁵² Şehmus Özsubaşı [GK], B. No: 2013/2582, 3/3/2016, § § 35-37.

⁵³ Tuğba Arslan [GK], § 66; Esra Nur Özbey, § 57.

⁵⁴ Tuğba Arslan [GK], § 67; Esra Nur Özbey, § 58.

⁵⁵ Saadet Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü* (İstanbul: Alfa Yayıncılık, 2015), 216.

olmadığı, acil bir toplumsal ihtiyacın karşılanması hali dışında söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilir. Bu doğrultuda, başvurunun ifadelerinin, “açıkça mesnetsiz veya mantıksız olmadığı” sürece kabul edilmesi gerekir.⁵⁶ Dolayısıyla, Mahkemeye göre devlet, bir dinin gereğinin ne olduğuna veya dinin uygulamaları konusunda neyin yerinde olduğuna karar veremeyecektir.⁵⁷ Ancak, başvurunun beyanlarının teyit edilmesi amacıyla din veya inancın otoritelerinin görüşleri de dikkate alınabilir.⁵⁸

Din ve vicdan hürriyeti ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruya ilişkin kararlarında *genel bir çerçeve çizmiştir*. Bu doğrultuda Mahkeme, din hürriyetinin içsel alanının, kişinin, istediği din veya inancı benimsemesini veya benimsememesini, din veya inancını değiştirebilmeyi, din veya inancını açıklamaya zorlanmamasını, dinsel ayin ve uygulamalara katılmaya zorlanmamasını, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanmamasını, suçlanmamasını ve baskı altına alınmamasını kapsadığını belirtir.⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, dışsal alanın, din veya inancın emirlerinin yerine getirilmesini (uygulama), bireysel veya toplu olarak ibadet etmeyi, ayin ve törenlere katılmayı ve öğretimi kapsadığını ifade eder.⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan hürriyetiyle ilgili birçok konuya değindiği *Tuğba Arslan* kararında dahi bu genelliğin ötesine geçerek din hürriyetinin kapsamına tam olarak nelerin girdiğine dair bir liste sunmamış veya açıklamalarda bulunmamıştır. Mahkeme, din ve vicdan hürriyetinin hangi öznel hakları kapsadığını, ilgili somut olayın gerektirmesi halinde genel ilkeler kısmında ortaya koymaktadır. Örneğin, Anayasa

⁵⁶ Esra Nur Özbey, § 59; Tuğba Arslan [GK], § 68-70.

⁵⁷ Abdulkadir Yıldız, *Din ve Vicdan Özgürlüğü* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 17.

⁵⁸ Tuğba Arslan [GK], § 69.

⁵⁹ Tuğba Arslan [GK], § 57.

⁶⁰ Tuğba Arslan [GK], § 57.

Mahkemesi, dini grup ve cemaatlerin kendi dini liderlerini seçmesi ve bu seçimlerin devletin müdahalesi dışında olmasının yani dini toplulukların örgütlenme hürriyetinin din hürriyetinin kapsamı içinde olduğuna sadece *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* başvurusunda değinmiştir. Mahkeme, ceza infaz kurumlarında tutuklu ve hükümlülerin de kural olarak temel hak ve hürriyetlerin tamamına sahip olduğunu ve bu doğrultuda, ceza infaz kurumunda bulunanların dini kitaplarını okumalarının, ibadetlerini yerine getirmelerinin ve din adamlarıyla görüşme taleplerinin din ve vicdan hürriyetinin dışsal alanının kapsamına girdiğini *Ahmet Sil, Murat Kalkan, Furkan Aktaş* başvurularında belirtmiştir.⁶¹ Din hürriyeti ile ilgili diğer başvurularda din hürriyetinin bu kapsamından bahsedilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun sabah saatlerinde yüksek sesle ezan okunmasından rahatsızlık duyması ve bundan kaynaklanan manevi zararların giderilmesi için açtığı idare mahkemesindeki tam yargı davasının reddedilmesi nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürdüğü *D. Ö. Başvurusunda* din ve vicdan hürriyeti yerine şikayetlerin temelde gürültü kirliliği ile ilgili olması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında inceleme yapmıştır.⁶² Anayasa Mahkemesi, Ramazan ayında geceleri davul seslerinden rahatsız olunması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini iddia ettiği *D. Ö. (4)* başvurusunda da din ve vicdan hürriyeti yerine şikayetin çevresel konularla ilgili olması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında inceleme yapmıştır.⁶³ Mahkeme, başvuruçunun

⁶¹ Murat Kalkan, § 49; Ahmet Sil, § 26; Furkan Aktaş, § 23.

⁶² D.Ö., B. No: 2014/3977, 30/6/2016, § 23.

⁶³ D.Ö. (4), B. No: 2014/3735, 12/6/2018, § 33.

davulla uyandırılmasının ses yüksekliğiyle ilgili olduğu, dolayısıyla tek başına ibadete zorlama olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir.⁶⁴ Mahkemenin bu tespitinin yerinde olması nedeniyle hak kapsamının kişinin maddi ve manevi gelişiminin korunması ve geliştirilmesi olarak belirlenmesi isabetlidir.⁶⁵

Başvurucunun açığa vurma davranışının din ve vicdan hürriyetinin kapsamına girdiğinin tespitinden sonra hakka bir kamu gücü tarafından yapılan eylem veya ihmal suretiyle müdahale edildiğinin tespiti gereklidir. Mahkeme, genellikle, bu unsurun varlığını tespitite zorlanmamaktadır.

B. Müdahalenin Tespiti Halinde Anayasa'nın 13'üncü Maddesi Kapsamında İnceleme

Müdahalenin tespitinden sonra bu müdahalenin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde belirtilen koşullara uygunluğu incelenir. Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırı olan bir müdahale Anayasa'nın 24'üncü maddesine de aykırı olacaktır.⁶⁶ O halde, hakka yapılan müdahalenin 13'üncü madde değerlendirilmesinde Mahkemenin hangi ölçütleri dikkate aldığına geçebiliriz.

Anayasa Mahkemesi, 13'üncü madde kapsamında yaptığı değerlendirmede öncelikle müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığına bakmaktadır. Bir kamu gücü müdahalesinin kanunilik kriterini sağlayamadığı durumda Mahkeme, diğer unsurlar açısından bir değerlendirme yapmaya gerek duymaksızın ihlal kararı vermektedir. Söz konusu

⁶⁴ D.Ö. (4), § 36.

⁶⁵ Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, 364.

⁶⁶ Ahmet Sil, § 27; Tuğba Arslan [GK], § 77.

müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması halinde ise diğer kriterler olan meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk açısından bir inceleme yapmaktadır. Mahkeme, 13'üncü maddede belirtilen ilkeleri bir bütünlük içinde ele almaktadır.⁶⁷ Bu bölümde, Mahkemenin inceleme kriterlerinin kendisi açıklanmayacaktır. Zira bu kriterlerin ayrıntılı bir şekilde açıklandığı birçok çalışma bulunmaktadır. Daha ziyade, burada, bu ölçütlerin din ve vicdan hürriyetine tatbikatları konu edilecektir.

1. Kanunilik

Müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığı hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesinin içtihatları farklılaşmaktadır. AİHM, *Leyla Şahin* kararında “kanun ile öngörülmüş olma” kriterine geniş bir anlam vererek yargı içtihatlarını da hukuken öngörülebilir, belirli ve kesin bir kanun hükmünün kapsamında değerlendirmiştir.⁶⁸ AİHM, kanunilik kriterini geniş bir yoruma tabi tutarken Anayasa Mahkemesi ise katı ve şekli bir kanun kavramına dayanarak temel hak ve hürriyetlerin korunmasında daha ileri bir güvence ortaya koymuştur.⁶⁹

Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekli olmayan bir konu, kanuni dayanağının bulunması şartıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Burada, kanun

⁶⁷ Abdurrahman Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri,” *Anayasa Yargısı* 32, no. 1 (2016): 235.

⁶⁸ Tuğba Arslan [GK], § 94.

⁶⁹ Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi,” *Anayasa Yargısı* 35, no. 1 (2018): 163; Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri,” 265-266.

daha geniş ve daha genel düzenlemeler içerebilir. Ancak, temel hak ve hürriyetler ile ilgili bir konuda şekli bir kanunun bulunması yeterli değildir; aynı zamanda, kanunun belirli niteliklere sahip olması gerekir.⁷⁰ Bir kanunun temel hak ve hürriyetleri düzenlemesi durumunda kanunun belirlilik, öngörülebilirlik ve kesinlik derecesi artacaktır. Dolayısıyla, Mahkemeye göre, “idareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa’ya aykırı olabilecektir”.⁷¹

Anayasa Mahkemesi, *Tuğba Arslan* başvurusunda, Avukatların başlarını örtmesini yasaklayan bir kanun hükmü bulunmadığı gerekçesiyle kanunilik unsurunun yerine getirilmediğine karar vermiştir.⁷² Derece mahkemesi, avukatların başörtüsü yasağına dayanak olarak Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararlarını ve AİHM’in *Leyla Şahin* kararını vurgulasa da Anayasa Mahkemesi isabetli bir şekilde bu kararların Anayasa’nın 13’üncü maddesindeki kanunilik şartını taşıyan kurallar olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmıştır.⁷³ Diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin *Leyla Şahin* kararına ilişkin değerlendirmeleri ise önemli ve orjinaldir. Anayasa Mahkemesine göre AİHM’in *Leyla Şahin* kararı bir ihlal değil, AİHS’e uygunluk kararıdır. Bu Sözleşme’ye uygunluk kararı, taraf devletin herhangi bir girişimde bulunmadığı sürece ihlal sonucunun ortaya çıkmayacağı anlamına gelir.⁷⁴ Taraf devletin aynı konuda temel hak ve hürriyet üzerindeki sınırlamaları kaldırması veya temel hak ve hürriyeti güçlendirecek yönde düzenlemeler yapması AİHS’in

⁷⁰ Tuğba Arslan [GK], § 89; Sara Akgül [GK], § 104.

⁷¹ Tuğba Arslan [GK], § 89; Sara Akgül [GK], § 107.

⁷² Tuğba Arslan [GK], § 98.

⁷³ Tuğba Arslan [GK], § 98.

⁷⁴ Tuğba Arslan [GK], § 97.

ihlali sonucunu doğurmaz.⁷⁵ Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, AİHM'in *Leyla Şahin* kararının dayanak alınamayacağı kanaatindedir. Böylelikle, Mahkeme, bir nevi kendi geçmişiyile hesaplaşarak başörtüsü ile ilgili olarak verdiği daha önceki kararlarından dönmüştür.⁷⁶

Anayasa Mahkemesi, bir öğrencinin başörtüsü yasağından dolayı üniversiteden ilişkisinin kesilmesi ve bursları iade etmek zorunda kalması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ve eğitim hakkının ihlal edildiği iddiasını incelediği *Sara Akgül* başvurusunda da öğrencilerin üniversite eğitimlerini başları açık bir şekilde devam etmeleri gerektiğine dair bir kanuni sınırlama bulunmaması gerekçesiyle kanunilik kriterinin yerine getirilmediğine karar vermiştir.⁷⁷ Çünkü, Mahkeme, AİHM'in *Leyla Şahin* kararını ve öğrencilerin başörtüsü yasaklarının dayanakları olarak bilinen Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli kararlarını, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik şartını taşıyan kurallar olarak kabul etmemektedir.⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, kanunilik şartının sağlanmaması nedeniyle meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından bir değerlendirme yapmamıştır.⁷⁹

⁷⁵ Tuğba Arslan [GK], § 97. Kararda belirtilen görüşü destekleyen açıklamalar için bkz. Özbudun, "Laiklik ve Din Hürriyeti," 207.

⁷⁶ Ahmet Burak Bilgin, *Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 70; Anayasa Mahkemesi, katı laiklik anlayışından vazgeçerek daha esnek, daha özgürlükçü ve dine toplumsal görünürlük imkanı veren laiklik anlayışını benimsemesi, 4+4+4 kanunu olarak bilinen kanunun iptali davasında gerçekleşmiştir. Karar için bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, K.T. 20.09.2012.

⁷⁷ Sara Akgül [GK], § 113.

⁷⁸ Sara Akgül [GK], § 113.

⁷⁹ Saadet Yüksel, *kanunilik kriteri yerine getirilmemiş olduğuna karar verilse de özgürlük değerlendirmesi yapmanın faydaları gözönünde bulundurduğunda ölçülülük değerlendirmesinin yapılması gerektiğini ileri sürer. Yüksel, Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, 294.

Anayasa Mahkemesi, bir kamu görevlisinin başörtüsü kullanması nedeniyle meslekten ihraç edilmesinin din ve vicdan hürriyetine aykırılığını incelediği B. S. Başvurusunda, müdahalenin kanuniliği konusunda nihai sonuca varmayı gerekli görmemiştir.⁸⁰ Bunun yerine, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk açısından yapılan değerlendirmeleri dikkate alacağını belirtmiştir.⁸¹ Ancak, kanaatimce, ilgili olayda kanunilik kriterini karşılayacak bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Şöyle ki; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Ek 19'uncu maddesinde yer alan düzenleme, "Devlet memurları, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafet kurallarına uymak mecburiyetindedirler" şeklindedir. Ayrıca, Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in 5'inci maddesinin a bendinde, kadın personelin "...görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya..." denilmektedir. Bu Yönetmelik'in 16'ncı maddesinde, "Bu Yönetmeliğe aykırı hareket edenlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin cezalarına ilişkin hükümler uygulanır" düzenlemesi bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin kıyafet konusunu düzenleyen bir kanun hükmü mevcuttur; ancak, bu kanun hükmü idareye geniş bir takdir yetkisi vermekte ve belirli değildir. Temel hak ve hürriyete yönelik sınırlamaların belirli, öngörülebilir ve kesin olarak bizatihi kanun maddesinin kendisinde bulunması gerekir. Temel haklara ilişkin kanuni düzenlemelerde belirlilik derecesi artacağından idareye geniş takdir yetkisi veren düzenlemeler Anayasa'nın 13'üncü maddesini ihlal eder. Temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılmasının anlamı budur. Dolayısıyla, kamu görevlilerinin başörtüsü kullanmalarını yasaklayan bir kanun maddesi bulunmamaktadır. Başvurucunun kamu görevlisi olduğu dönemdeki başörtüsü yasağına ilişkin düzenleme ise bir

⁸⁰ B.S., § 76-88.

⁸¹ B.S., § 88.

yönetmelik maddesinde düzenlenmekteydi. Kanaatimce, somut olayda, Mahkemenin, müdahalenin kanunilik dayanağından yoksun olduğu tespitini yapması gerekirdi.

Başvurucuların, Türkiye Ermenileri Patrikliği seçiminin yapılması taleplerinin reddedilmesi nedeniyle din ve vicdan hürriyetlerinin ihlal edildiği iddiasının incelendiği *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* başvurusunda, Ermeni cemaatlerin Patrik seçimlerini düzenleyen 1863 tarihli Nizamname'nin ve 18 Eylül 1961 tarihli Bakanlar Kurulu Talimatnamesi'nin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığı sorunu gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararına göre Anayasa'nın 13'üncü maddesi anlamında erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmü bulunmamaktadır.⁸² Kanunilik kriterinin sağlanmadığına farklı bir gerekçeyle katılan Anayasa Mahkemesi üyesi M. Emin Kuz ise Osmanlı dönemindeki nizamnamelerin günümüzdeki kanun kavramını karşıladığını ve öngörülebilir ve erişilebilir nitelikte bir norm olduğunu savunmuştur. Kuz'a göre Nizamname'nin uygulanmayarak etkisizleştirilmesi nedeniyle kanunilik ilkesi ihlal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* başvurusunda, kanuni sınırlama ölçütünün bulunmadığı tespitini yapmasına rağmen başvuruyu bu kriter açısından nihai hükme bağlamayı uygun bulmamıştır. Bu nedenle, kamu müdahalesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk açısından değerlendirilmesinin gerekli olduğu kanaatine ulaşılmıştır.⁸³

Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan başvurusunda karşı oylarını belirten üyeler Serdar Özgüldür ve Rıdvan Güleç ise Nizamname ve Talimatname'nin yürürlükte olmadığını belirtmiştir. Ancak, üyeler, idarenin, sorunun çözümü için sunduğu önerisinin Lozan Andlaşması'nın

⁸² Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 80.

⁸³ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 81.

42'nci maddesi uyarınca devlete yüklenen "koruma ve kolaylık gösterme" ödevini yerine getirdiğini ileri sürerek çoğunluk kararına (ihlal) uymayarak karşı oylarını açıklamışlardır. Kanaatimce, gerek başvuru sahiplerinin ve idarenin gerek yargı organlarının Nizamname ve Talimatnameleri benimseyip uygulamaları erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünü gösterir niteliktedir. Nitekim, başvuru sahipleri de söz konusu müdahalenin kanunilik kriterini sağlamadığı şeklinde bir itiraz ileri sürmemiştir. Ancak, Mahkemenin vermiş olduğu kararın kanunilik kriterine dair şekli ve katı yaklaşımı ile uyumlu olduğunu belirtmek gerekir. İçtihat istikrarı açısından Mahkemenin kararı isabetli bulunabilir.

2. Meşru Amaç

Din ve vicdan hürriyetinin sınırları ve hangi gerekçelerle sınırlandırılabilmesi hususu önemli bir meseledir. Bireyin içsel yönünü ifade eden inanç hürriyeti sınırsızdır.⁸⁴ Dinin dışı vurumunu ifade eden ibadet hürriyeti ise sınırlıdır. Mahkeme, AİHM'in *Kokkinakis* kararına atıfla, kişinin dinine veya inancına sınırlama getirilmesi sebebinin, farklı din ve inanca mensup kesimlerin menfaatlerini uzlaştırmak ve herkesin inancına saygı göstermeyi güvence altına almak olarak belirtir.⁸⁵ Ancak, Anayasa'da, din ve vicdan hürriyetinin kanun ile sınırlandırılmasında takip edilebilecek özel sınırlama sebepleri gösterilmemiştir. Hasan Sayim Vural, 1982 Anayasası'nda din ve vicdan hürriyeti ile ilgili üç sınırın olduğunu belirtmektedir:

⁸⁴ Yıldız, *Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 40.

⁸⁵ Esra Nur Özbey, § 52; Tuğba Arslan [GK], § 60.

Anayasa m. 24/4, m. 24/5 ve m. 14 hükümleri.⁸⁶ Bu sınırların kanuni değil anayasal sınırlar olduğunu düşünmektedir.⁸⁷

Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan hürriyetinin anayasal kapsamını tespit ederken Anayasa m. 24/2 ve m. 24/5 hükümlerine atıfta bulunur.⁸⁸ Bu iki Anayasa maddesinin, din ve vicdan hürriyetinin sınırlama rejiminin temelini meydana getirdiğini ve Anayasa'nın anayasal yasak öngördüğünü ortaya koyar.⁸⁹ Mahkeme, Anayasa m. 24/2'nin atfıyla Anayasa'nın 14'üncü maddesinin⁹⁰ ikinci fıkrasının, temel hak ve hürriyetlerin anayasanın bütünlüğü içinde ele alınmasına imkan tanıyan önemli bir yorum kuralı getirdiğini vurgular.⁹¹ Mahkemeye göre yoruma ilişkin bu kural, Anayasal temel hak ve hürriyetlerin birbirleriyle ve Anayasa'daki diğer kural ve ilkelerle birlikte yorumlanması ve sınırlanması kavrayışını

⁸⁶ Vural, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü", 351.

⁸⁷ Hasan Sayim Vural, *Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 329.

⁸⁸ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 83; Esra Nur Özbey, § 69.

⁸⁹ Esra Nur Özbey, § 69.

⁹⁰ III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması

Madde 14 – (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

⁹¹ Esra Nur Özbey, § 70.

ortaya koyar.⁹² Bu kavrayış çerçevesinde bir temel hak ve hürriyet, başka bir temel hak ve hürriyet tarafından sınırlandırılabilir.⁹³ Bu doğrultuda, Anayasa'nın başka maddelerinde belirtilen kurallara dayanılarak Anayasa'da herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmeyen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması mümkün olabilir.⁹⁴

Bu doğrultuda, Mahkemeye göre dini dışa vurma açısından Anayasa m. 24/5 dışında bir sınır öngörülmemesi, bu madde dışında hiçbir şekilde sınırlandırılmaması anlamına gelmez.⁹⁵ Anayasal korumaya sahip din ve vicdan hürriyetinin sınırları, toplumu oluşturan diğer bireylerin hak ve hürriyetlerinde bulunabilir.⁹⁶ Örneğin, Anayasa Mahkemesi, *Esra Nur Özbey* kararında adliye binasına girişte pardösüsünü çıkarmadığı için binaya alınmayan bir avukatın din ve vicdan hürriyetinin ihlali iddiasının ileri sürüldüğü başvuruda, Anayasa'nın 17'inci maddesinde düzenlenen yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkının din ve vicdan hürriyetinin doğal sınırını oluşturduğunu belirtir.⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, AİHM kararına atıfla, herhangi bir dini inancın dışa vurumunun sınırlandırılabilmesinin meşru görülebilmesi için müdahalenin, ya başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin korunması ya da kamu düzeninin sağlanması amacına matuf olması ile mümkün olabileceğini vurgular.⁹⁸ Anayasa Mahkemesi de AİHM'in bu ölçütünü *Tuğba Arslan*, *Esra Nur Özbey* ve *B.S* kararlarında benimsemiş ve uygulamıştır.

⁹² Esra Nur Özbey, § 70.

⁹³ Esra Nur Özbey, § 71.

⁹⁴ Esra Nur Özbey, § 71.

⁹⁵ Esra Nur Özbey, § 72.

⁹⁶ Esra Nur Özbey, § 72.

⁹⁷ Esra Nur Özbey, § 73.

⁹⁸ Tuğba Arslan [GK], § 126; Esra Nur Özbey, § 74.

Din ve vicdan hürriyetinin sınırları ile ilgili olarak diğer temel hak ve hürriyetler dikkate alınabileceği gibi laiklik ilkesi de alınabilir. Peki, laiklik ilkesi, din ve vicdan hürriyeti ile ilgili başvurularda her halükarda dikkate alınması gerekli bir kural mıdır? Anayasa Mahkemesi, bir kamu görevlisinin başörtüsü kullanması nedeniyle meslekten ihraç edilmesinin din ve vicdan hürriyetini ihlal ettiği iddiasının incelendiği *B. S. Başvurusunda*, Anayasa'nın 24'üncü maddesi haricinde Anayasa'nın 5'inci ve laiklik ile ilgili maddelerin de dikkate alınması gerektiğini belirtir.⁹⁹ Mahkeme, bir öğrencinin başörtüsü yasağından dolayı üniversiteden ilişkisinin kesilmesi ve bursları iade etmek zorunda kalması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ve eğitim hakkının ihlal edildiği iddiasının incelendiği *Sara Akgül* başvurusunda da başörtüsünün kullanılması ile laiklik arasındaki ilişkinin incelenmesinin gerekliliği nedeniyle Anayasa'daki laiklik ile ilgili maddelerin de dikkate alınması gerektiğini belirtir.¹⁰⁰ Dolayısıyla Mahkeme, başvurudaki somut olayın koşullarını dikkate alarak, din ve vicdan hürriyetinin ihlali iddialarına ilişkin incelemelerinde laiklik ilkesinin de dikkate alınıp alınmayacağına karar vermektedir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan hürriyetine ilişkin Anayasa'da sınırlama sebeplerine yer verilmediğini, m. 24/2 atfıyla 14'üncü maddenin bir yorum kuralı ortaya koyması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin norm alanının sınırları olarak Anayasa m. 24/5 dışında bir yasak bulunmadığını belirtir.¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, din ve inancı açığa vurma hürriyetinin sınırlandırılması rejimi söz konusu olduğunda ise Anayasa 24'üncü maddesinin 5'inci maddesinde

⁹⁹ B.S., § 43.

¹⁰⁰ Sara Akgül [GK], § 71.

¹⁰¹ Esra Nur Özbey, § 72.

belirtilen nedenlerin yanında genel sınırlandırma maddesi olarak 13'üncü maddesi koşullarına atıfta bulunmaktadır.¹⁰²

3. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Uygunluk

Son olarak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirmesi yapılacaktır. Bu değerlendirme yapılırken devletin belirli bir takdir payının bulunduğu her zaman hatırdta tutulmalıdır.¹⁰³ Anayasa'nın 13'üncü maddesinde demokratik toplum düzeninin gereklere uygunluk ile ölçülülük ilkesi ayrı olarak belirtilmesine rağmen Mahkeme, bu iki kavramın ayrılmaz bir ilişki içinde olduğu ve birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.¹⁰⁴

AİHM'e göre Sözleşme'nin 9, 10 ve 11'inci maddelerindeki "gerekli" (*necessary*) kavramı, "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı" ima etmektedir.¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda temel hak ve hürriyetlere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklere uygun olması için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰⁶ Ayrıca bu değerlendirme, ölçülülük ilkesinden ayrı bir şekilde yapılamaz. Aslında, burada Anayasa Mahkemesinin yaptığı inceleme, ölçülülük incelemesinden başka bir şey değildir. Çünkü, Mahkemeye göre, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç kavramı, temel hak ve hürriyetler üzerindeki sınırlamaların istisnai tedbir niteliğinde ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca sınırlamaların başvurulması gereken en son çare ve alınabilecek en hafif önlem niteliğinde olmasını ifade

¹⁰² B.S., § 68; Esra Nur Özbey, § 51; Tuğba Arslan [GK], § 59.

¹⁰³ Esra Nur Özbey, § 76.

¹⁰⁴ Esra Nur Özbey, § 77.

¹⁰⁵ Esra Nur Özbey, § 79.

¹⁰⁶ B.S., § 91.

eder¹⁰⁷. Bu kriterler, ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve zorunluluk unsurlarına tekabül eder. Orantılılık ilkesi ise amaç ile alınan tedbir arasında aşırı bir dengesizliğin bulunmamasıdır.¹⁰⁸ Bu ise ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuruna karşılık gelir. Sonuç olarak, din ve vicdan hürriyetine yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa veya zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılılık kriterini yerine getirmiyorsa söz konusu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğuna karar verilemez.¹⁰⁹ Mahkemeye göre demokratik bir toplumda daima hakları esas alan bir yaklaşım sergilenmeli, meşru amaçlar hiçbir zaman hakkı ortadan kaldırmamalı ve hak ile amaç arasında adil bir denge kurulmalıdır.¹¹⁰ Hakkın kullanılması ile ilgili ortaya çıkan anlaşmazlıklar, hakkın tamamen kullanılmasını engelleyecek tedbirler yerine, hakkın barışçıl kullanımını sağlayacak tedbirler ile çözümlenmelidir.¹¹¹ Şimdi, Mahkemenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriterini din ve vicdan hürriyetine ilişkin başvurularda nasıl uyguladığını görelim.

Anayasa Mahkemesi, *Tuğba Arslan* kararında, derece mahkemesinin, başörtüsünü laiklik karşıtı güçlü bir dini simge ve siyasi simge olarak tanımlayarak kararına dayanak oluşturmasına karşı AİHM'in *Leyla Şahin* kararındaki gerekçelere dayanmıştır. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesi, başörtüsünün kullanılması durumunda başkalarının temel hak ve hürriyetlerinin nasıl zarar gördüğü veya kamu düzeninin nasıl bozulduğu sorusunu sormaktadır.¹¹²

¹⁰⁷ Ahmet Sil, § 32; B.S., § 92.

¹⁰⁸ B.S., § 94.

¹⁰⁹ B.S., § 95.

¹¹⁰ B.S., § 93.

¹¹¹ Ahmet Sil, § 37.

¹¹² Tuğba Arslan [GK], § 126.

Anayasa Mahkemesi, bu sorunun cevabının olasılıklara dayanarak değil, somut olgusal durumun analiz edilmesine dayanarak verilmesi gerektiğini ifade eder.¹¹³ Ancak, Türkiye’de dinsel davranışın dışavurumunu etkileyecek iki durum da başgöstermediğinden Mahkeme, dinsel davranışı koruma altına almıştır. Diğer taraftan, Mahkeme, başörtüsü hakkındaki siyasi simge iddiası hakkında, “herhangi bir dinsel davranış gibi başörtüsünün de dini bir inancı değil de siyasi bir görüşün ifadesi olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesinin ilgi alanının dışındadır” görüşünü ortaya koymuştur.¹¹⁴ Mahkeme, *Tuğba Arslan* kararında, laikliğin, din ve vicdan hürriyetine karşı bir gerekçe olarak ileri sürülebilmesi için başörtüsünün saldırgan, başkalarının temel haklarına müdahale eden veya kamu düzenini bozucu olduğunun ispatlanması gerektiğini belirtir.¹¹⁵ Ancak, ne Bakanlık ne de derece mahkemesi bu durumu ispatlayabilmiş değildir. Mahkemeye göre bir dinin herhangi bir dışavurumunu, laikliğe karşı bir meydan okuma olarak değerlendirmek, bu dinin mensuplarının kendilerini tanımlama kapasitelerini yok saymak anlamına gelir.¹¹⁶ Mahkeme, temel hak ve hürriyete yönelik sınırlandırmaların meşru kabul edilebilmesi için bu tür kuşku, olasılık ve varsayımlarla değil, olanı esas alan somut delillerle hareket edilmesi gerektiğini belirtir.¹¹⁷ Sonuç olarak Mahkeme, başörtüsünün laik devleti tehdit etmede tek başına bir unsur olamayacağı görüşündedir.¹¹⁸ Mahkemenin *Tuğba Arslan* kararı, din ve vicdan hürriyetinin kapsamı açısından önemli doneler

¹¹³ Tuğba Arslan [GK], § 130.

¹¹⁴ Tuğba Arslan [GK], § 131.

¹¹⁵ Tuğba Arslan [GK], § 142; Sara Akgül [GK], § 90; B. S., § 63.

¹¹⁶ Tuğba Arslan [GK], § 143; B. S., § 64.

¹¹⁷ Tuğba Arslan [GK], § 143; Sara Akgül [GK], § 91; B. S., § 64.

¹¹⁸ Nurhayat Bekir, *Çalışan Kadının Din ve Vicdan Hürriyeti* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 125.

barındırmakla birlikte avukatlık mesleğinin kamu hizmetine girip girmediği yönünden bir tartışma yürütmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, bir kamu görevlisinin başörtüsü kullanması gerekçesiyle meslekten ihraç edilmesinin din ve vicdan hürriyetini ihlal ettiği iddiasına ilişkin *B.S.* başvurusunda, kamu görevlilerinin başörtüsü kullanma haklarının olup olmadığı ile ilgili görüşlerini ortaya koymuştur. Mahkeme, kamu görevlilerinin başörtüsü kullanmalarına izin verilmesinin kategorik olarak kamu hizmetlerinde laiklik ilkesine aykırı olduğu görüşünü paylaşmamaktadır. Aksine, Mahkeme, çoğulcu laiklik anlayışının; din, düşünce ve yaşam tarzı bakımından farklılıkları barındırması ve birbirleriyle çatışma içinde bulunan bireylerin kendilerini ifade edebileceği ortam ve barışçıl biraradalığı sağlaması gerektiğini vurgulayarak bizatihi kamu görevlileri arasında dahi başörtüsü kullanımına izin verilmesi kanaatindedir.¹¹⁹ Mahkemenin nazarında, toplumsal çeşitliliği yansıtan ve bir dini açığa vurma ifadesi olarak kullanılan başörtüsünün toplumsal birliği tehdit eden bir unsur olarak görülmesi, demokrasi ve çoğulcu laiklik anlayışı ile bağdaşmaz.¹²⁰ Mahkeme, *B. S.* başvurusunda, başvuruçunun başörtüsü kullanmasının kamusal düzeni nasıl bozduğunun veya başkalarının temel hak ve hürriyetlerinin nasıl ihlal edildiğinin gösterilmediğini; dolayısıyla söz konusu müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediğini vurgular. Ayrıca, Mahkeme, başvuruçunun başörtüsü kullanması nedeniyle verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasının en ağır disiplin yaptırımı olması nedeniyle orantılı olmadığına karar vermiştir. Sonuç olarak, *B. S.* Başvurusunda, gerek başörtüsü yasağının gerekse de başörtüsü kullanımı dolayısıyla verilen meslekten ihraç kararının zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı ve orantılı olmadığı

¹¹⁹ *B. S.*, § 67.

¹²⁰ *B. S.*, § 67.

gerekçesiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığından ihlal kararı verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, *Esra Nur Özbey* kararında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk incelemesinde, çözülmesi gereken asıl meselenin, başkalarının temel hak ve hürriyetlerinin korunması ve kamu düzeninin sağlanması ile başvurunun adliye binasına girmesi esnasında güvenlik görevlileri tarafından pardösüsünü çıkarmaya zorlanması arasında çatışan menfaatlerin tartılması olduğunu ifade eder. Mahkeme, bu tartımda, belirli bir dinsel uygulamayı başkalarını korumak adına ölçsüz bir şekilde sınırlandırmanın, çoğulculuğu ve hoşgörüyü devlet eliyle baltalamak anlamına geldiğini vurgulayarak pardösünün çıkartılmasını gerekli bulmamıştır¹²¹. Mahkemeye göre somut olayda mevzuatın öngördüğü tedbirler uygulanmadığı gibi avukatın pardösüsünü çıkartmaması halinde güvenliğin nasıl bozulacağı da açıklanmamıştır.¹²²

Ahmet Sil başvurusunda, başvurunun ceza infaz kurumunda kendisine ait bir Kur'an-ı Kerim'i bulundurma menfaati ile ceza infaz kurumunun güvenliğinin sağlanması amacıyla toplumun menfaati karşı karşıya gelmiştir. İdarenin başvurucaya dinin temel kaynağı olan Kuran'ı Kerim'i temin etmeme şeklindeki müdahalesinin kanuni bir dayanağı vardır. 5275 sayılı Kanun'un 70'inci maddesine göre hükümlü düzeni bozmayacak ve çalışmayı engellemeyecek şekilde ibadetlerini yerine getirebilir ve inancı bakımından zorunlu olan kitapları temin edip yanında muhafaza edebilir. Kanun'un 62'nci maddesi ise kurum güvenliğini tehlikeye düşüren hiçbir yayının hükümlüye verilemeyeceğini düzenlemiştir. İdare, başvurunun Kur'an-ı Kerim talebini, terör örgütü üyeliğinden dolayı infaz kurumunda bulunan hükümlünün diğer

¹²¹ Esra Nur Özbey, § 95.

¹²² Esra Nur Özbey, § 97, 98.

hükümlülülerle haberleşmesini engelleyerek kurum güvenliğini koruma amacı çerçevesinde reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi ise bireyin din ve vicdan hürriyeti menfaati ile toplumun genel menfaati arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini belirtir.¹²³ Mahkeme, somut olayda, alınan tedbirin yerine alternatif olarak alınabilecek başka bir tedbirin olup olmadığını da araştırmıştır. Başvurucu, kütüphane envanterinde sadece bir adet Kitap bulunduğunu, idare ise üç adet Kitap bulunduğunu beyan etmiştir. İnfaz Kurumunda 3000 tutuklu ve hükümlü bulunduğu ve Kitab'ın sadece 15 gün boyunca alınabileceği düşünüldüğünde Mahkeme, başvurunun söz konusu Kitab'ı temin isteğinin reddedilmesinin ve Kitab'a ulaşma karşısında aşılmaz güçlüklerle karşılaşmasının din ve vicdan hürriyetinin özünü zedeleyeceğine kanaat getirmiştir¹²⁴. Bu nedenle, söz konusu müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığına karar vererek başvurunun din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, aynı konu ve aynı iddianın ileri sürüldüğü *Furkan Aktaş* kararında da kendisine Kur'an-ı Kerim temin edilmeyen başvurunun din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁵

Murat Kalkan başvurusunda, başvuru, tutukluluk sürecinde bir din görevlisiyle görüşme isteğinin kabul edilmemesi nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurunun bir din adamı ile görüşme isteği, idarece, terör örgütü üyelerinin biraraya gelmelerinin ve haberleşmelerinin engellenmesi ve kurum güvenliği ve düzeninin korunması amacıyla reddedilmiştir¹²⁶. Başvurucu,

¹²³ Ahmet Sil, § 44.

¹²⁴ Ahmet Sil, § 49.

¹²⁵ Furkan Aktaş, § 34.

¹²⁶ Murat Kalkan, § 14.

talebin reddedilmesini infaz hakimliğine şikayet etmiştir. Ancak infaz hakimliği de söz konusu talebin reddedilmesine dair itirazı reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun kabul edilebilir olduğu kanaatine ulaştıktan sonra söz konusu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığını incelemiştir.¹²⁷

Murat Kalkan başvurusu olağanüstü hal tedbirleri ile ilgili bir başvurudur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal ile ilgili başvurularda öncelikle Anayasa'nın 13'üncü maddesi kapsamında bir inceleme yapar.¹²⁸ Mahkeme, 13'üncü maddenin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde Anayasa'nın 15'inci maddesi açısından bir incelemeye girer.¹²⁹ 15'inci madde incelemesinde de bir ihlal tespit edildiği takdirde söz konusu temel hakkın ihlaline karar verilir.¹³⁰ Anayasa Mahkemesi, 13'üncü madde kapsamında yaptığı değerlendirmede, başvurusunun talepte bulunduğu süreçte olağanüstü hal nedeniyle birçok kamu görevlisinin ihraç edildiğini ve kamu görevlileri hakkında birçok soruşturmanın devam ettiğini hatırlatmaktadır.¹³¹ Bu doğrultuda, Diyanet İşleri Başkanlığı'nda görev yapan birçok kamu görevlisi ve İnfaz Kurumlarında çalışan birçok infaz memur, kamu görevliliğinden ihraç edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu şartlar altında, din adamıyla görüşülmesi talebinin reddedilmesi yerine temel hak ve hürriyete daha az müdahale eden bir alternatifin olup olmadığını araştırmıştır.¹³² Mahkeme, alternatif bir tedbir olarak, Ceza İnfaz Kurumunca görevlendirilecek personel

¹²⁷ Murat Kalkan, § 37.

¹²⁸ Ömer Çıtak, B. No: 2016/58614, 12/1/2021, § 38.

¹²⁹ Ömer Çıtak, § 38.

¹³⁰ Ömer Çıtak, § 38.

¹³¹ Murat Kalkan, § 56.

¹³² Murat Kalkan, § 58.

nezaretinde din adamıyla görüşme yaptırılabilceğini tasavvur etmiştir. Ancak, ceza infaz kurumu personellerinin terör örgütü üyeliği kapsamında ihraç süreçleri devam etmesi dikkate alındığında böyle bir uygulamanın kurum güvenliği ve düzeni açısından birçok problem doğurabileceği nedeniyle Anayasa Mahkemesi, bu şart ve koşullar altında din adamıyla görüşme talebinin reddedilmesinin zorunlu bir ihtiyaca karşılık geldiği kanaatine ulaşmıştır.¹³³ Ayrıca, başvuru, bir din adamı ile görüşme isteğinin İslam dininde yerine getirilmesi gerekli zorunlu bir ibadet olarak ileri sürmemiş, sadece dinini daha iyi öğrenebilme amacını belirtmiştir.¹³⁴ Olağanüstü halin sona ermesine yakın bir zamanda bu sınırlama kaldırılmış ve başvuru bir din adamı ile infaz kurumunda görüştürülmüştür.¹³⁵ Mahkeme, kurum güvenliği ve düzeni karşısında başvuru katlanması gereken külfetin orantılı olması nedeniyle başvuru din ve vicdan hürriyetinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹³⁶

Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan başvurusunda, Patrik Mesrop Mutafyan'ın 2007 yılında başgösteren sağlık sorunları nedeniyle görevini yapamayacak duruma gelmesi neticesinde Anayasa Mahkemesince Ruhaniler ve Siviller olarak adlandırılan iki grup, ayrı olarak İstanbul Valiliğine yeni bir Patrik seçilmesi için başvuruda bulunmuşlardır. Ruhaniler, Türkiye Ermenileri Eş Patriği ünvanıyla yeni bir ruhani önder seçilmesi talebinde bulunurken Siviller ise Patrik Mutafyan'ın hastalığının görevini yerine getirmesine engel olması nedeniyle patriklik makamının

¹³³ Murat Kalkan, § 59.

¹³⁴ Murat Kalkan, § 60.

¹³⁵ Murat Kalkan, § 18-19.

¹³⁶ Murat Kalkan, § 61-62.

fiilen boşaldığını ve Nizamname'nin 2'nci maddesinin¹³⁷ yeni bir patrik seçilmesini emrettiğini belirtmiştir.¹³⁸ İstanbul Valiliği, Sivillerin dilekçesine cevap vermez iken Ruhanilerin eş Patrik önerisine karşı ise yeni bir öneri olarak bir Patrik Genel Vekilinin seçilmesinin uygun olacağını beyan etmiştir. Ruhaniler Genel Meclisi, Aram Ateşyan'ı Patrik Genel Vekili seçmiş ve bu seçimi idareye bildirmiştir. Siviller ise idarenin zımnı red işlemine (seçim yapılması talebinin reddi) karşı idare mahkemesinde açtıkları iptal davasında, Bakanlar Kurulu eki ve Talimatnamelerine göre Patrik seçiminin sadece Ruhaniler tarafından değil, aksine, çoğunluğu Sivillerden oluşan Delegeler Meclisince yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹³⁹ İdare Mahkemesi, Sivillerin başvurusunu, 1863 Nizamnamesi'ne ve Talimatnamelere dayanarak Patriklik makamında herhangi bir boşalma söz konusu olmadığı için reddetmiştir.¹⁴⁰ Siviller, temyiz talebinin Danıştay tarafından reddedilmesinden sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarına atıfla, bölünmüş bir dini cemaat içinde belirli bir liderin veya grubun desteklenmesi veya cemaatin ya da bir grubun tek bir liderliğe zorlanması din ve vicdan hürriyetini ihlal edeceğini belirtir.¹⁴¹ Diğer bir deyişle, din ve vicdan hürriyeti, dini cemaat ve toplulukların

¹³⁷ "İkinci madde: Patriğin vefatı ve istifası cihetiyle veyahut esbab-ı saireye mebni patriklik makamının halli vukuunda ruhani ve cismani meclisleri birleşerek kaimmakamlık etmek üzere bir zata karar verip tasdikini Babaliden istida eder. Dersaadet patriği meclis-i umumide intihab olunur fakat ruhani ve cismani meclislerinin intihab olunan zevatın derece-i istihkaklan hakkında bir kıta esami defteri tanzimiyle beyan-ı rey etmeye hakları vardır..."

¹³⁸ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 13, 16.

¹³⁹ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 19.

¹⁴⁰ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 20.

¹⁴¹ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 62.

devletin müdahalesinden uzak bir şekilde örgütlenmesini içerir.¹⁴² Dolayısıyla devlet, zorunlu bir toplumsal ihtiyaç olmadıkça dini cemaat ve toplulukların işlerine karışmaktan uzak durmalıdır.¹⁴³ Ayrıca, devlet, Anayasa'nın 24'üncü maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirebilmek amacıyla dini cemaat ve toplulukların devletle ve birbirleriyle iletişim kanallarını daima açık tutmalıdır.¹⁴⁴ Lozan Andlaşması'nın 42'nci maddesi de gayrimüslim cemaatlerin Türkiye'deki din ve hayır işleri kurumlarına ve vakıflarına her türlü kolaylığın sağlanacağını düzenlemektedir.

Mevzuatta yeni bir Patrik seçiminin yapılacağı haller olarak ölüm, istifa ve sair sebepler öngörülmüştür. Ancak, ne idare ne de yargı, geniş bir yorum imkanı ortaya koymasına rağmen Patrik Mesrop Mutafyan'ın hastalık durumunu "sair sebepler" kapsamında değerlendirmemiştir.¹⁴⁵ Ayrıca, Patrik seçiminde Müteşebbis Heyeti yetkili olmasına rağmen Ruhanilerin iradesi öncelenmiştir.¹⁴⁶ Halbuki, Patrik seçimlerinde Müteşebbis Heyetinin içinde Sivillerin ağırlığı, Ruhanilere göre çok daha fazladır. Anayasa Mahkemesi, idarenin, Ruhaniler ve Sivillerin talebini de kabul etmeyerek taraflara kendi çözüm önerisini dayattığını belirtir.¹⁴⁷ Ancak, Patrik'in hangi hallerde seçileceğine veya dini liderlerin seçim usulüne devlet karar veremez. Zira, Anayasa Mahkemesine göre bir din veya inancın gerekliliğine devlet karar veremez; bu gereklilikler ancak din ve inancın kendi mensuplarınca karar verilebilir.¹⁴⁸ Mahkemeye

¹⁴² Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 95.

¹⁴³ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 95.

¹⁴⁴ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 100.

¹⁴⁵ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 117.

¹⁴⁶ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 121.

¹⁴⁷ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 68.

¹⁴⁸ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 124.

göre idare, Patrik seçimi konusunda kendi iradesini çözüm yolu olarak önermenin yanında Ermeni cemaatinin kanaat önderlerini, din adamlarını ve entelektüellerini biraraya getirip sözkonusu sorunun çözümü için politikalar da geliştirememiştir.¹⁴⁹ Sonuç olarak başvuruçuların din ve vicdan hürriyetlerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

III. DİN VE VİCDAN HÜRRIYETİ İLE İLGİLİ KABUL EDİLEMEZLİK KARARLARI

Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı başvurusunda, Vakfa ait Patrikhane kısmı daha önce Hazine tarafından kamulaştırılmış, Kilise'ye ait bulunan 1091 m²'lik alan ise Vakıf adına tescil edilmiştir. Sonrasında kadastro çalışmaları neticesinde Kilise'ye ait 199,95 m²'lik kısım Hazine adına tespit edilmiş ve bu tespiti iki aylık itiraz süresi içinde itiraz edilmediğinden kesinleşerek 14/3/1988 tarihinde yanlışlıkla Hazine adına tescil edilmiştir. Başvurucu, 12/1/2011 tarihinde tescilin düzeltilmesi amacıyla dava açmış, ancak açılan dava ve temyiz talebi reddedilmiştir. Bu nedenle başvuruçucu, mülkiyet hakkının ve din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Hasan Sayım Vural, söz konusu başvuruda tescilde bir hata olduğunu; çünkü, Kilise binasının kamulaştırılamayacağını, dolayısıyla mülkiyet hakkı açısından bir ihlal olduğunu ileri sürmektedir.¹⁵⁰ Kanaatimce, her ne kadar 199,95 m²'lik kısmın Hazine adına tescilinde hukuki bir hata bulunsa da, bu hata kanun yolunda gözetilmesi ve düzeltilmesi gereken bir husustur. Derece Mahkemelerinin 10 yıllık hak düşürücü süreyi uygulaması ise mevzuata uygundur. Ayrıca, derece mahkemelerinin hak düşürücü süreyi uygulayıp uygulamaması, açıkça bir keyfilik bulunmadıkça mümkün değildir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, oybirliğiyle, başvuru

¹⁴⁹ Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan [GK], § 126.

¹⁵⁰ Vural, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü," 352.

açıkça dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹⁵¹ Din ve vicdan hürriyeti ihlali iddialarına karşı ise Anayasa Mahkemesi, başvurusunun din ve vicdan hürriyetini engelleyen bir kamu gücünden bahsetmediğini, daha ötesi, başvuru tarafından 199,95 m²'lik kısmın fiili olarak dini ayin ve törenler için kullanıldığını ve bu kullanımın engellenmediğini belirtir.¹⁵² Dolayısıyla, başvurusunun din ve vicdan hürriyeti açısından bir ihlalin olmadığı açık bulunduğundan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması yönüyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir.¹⁵³

Haydar Yeşil ve diğerleri başvurusunda, başvuruçulardan Haydar Yeşil ve Murat Göktürk, ceza soruşturması kapsamında kendilerine Alevi olup olmadıklarının sorulduğu iddiasıyla din ve vicdan hürriyetlerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların ihlal iddialarını kanıtlayabilecek bilgi ya da delil sunmadıkları nedeniyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle oybirliğiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹⁵⁴ Bireysel başvuruda bulunan kişiler, bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangilerinin hangi nedenle ihlal edildiklerini ve buna

¹⁵¹ Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı, § 33.

¹⁵² Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı, § 34.

¹⁵³ Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı, § 34; Saadet Yüksel, ibadet özgürlüğüne yönelik ihlal iddialarının kabulü için kamu gücünün doğrudan ibadeti engelleyen bir müdahalesinin aranmasıyla yetinilmemesini, ayrıntılı bir orantılılık değerlendirmesi yapılması gerektiğini belirtir. Zira doğrudan bir ibadeti engellemeyen, fakat ibadet hürriyetinden yararlanmayı orantısız bir şekilde zorlaştıran uygulamaların da din ve vicdan hürriyetinin ihlali anlamına geldiğini vurgular. Yüksel, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, 324.

¹⁵⁴ Haydar Yeşil ve diğerleri, § 62-63.

ilişkin delil ve gerekçelerini sunmalıdırlar.¹⁵⁵ Aksi taktirde başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilir.

Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusunda, başvuru iki hâkim, verdikleri kararlar nedeniyle hakikati göstermeyecek şekilde belirli bir grupla ilişkilendirildiklerini ve bu nedenle dini görüş ve kanaatlerinin sorgulandıklarını ileri sürerek din ve vicdan hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, başvuru iddialarını ispatlayamamaları nedeniyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması yönüyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁶

Kilikya Ermeni Katolikosluğu başvurusunda, başvuru, şuanda Lübnan'ın Başkenti Beyrut yakınlarındaki Antilyas yakınlarında bulunan bir Ortodoks Ermeni Kilisesi'dir. *Kilikya Ermeni Katolikosluğu*, Adana ili Kozan ilçesi sınırları içinde yer alan Manastır ve Kilise binalarının kendilerine ait olduğunu ve bu taşınmazlara emval-i metruke mevzuatı çerçevesinde el konulduğu iddiasıyla din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuru, idari ve yargısal yolları tüketmeden bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvuru iddiasının, idari ve yargısal yolları tüketmenin etkisiz olduğu iddiasına rağmen somut olayın koşulları çerçevesinde başvuru yollarının etkili ve erişilebilir olduğu kanaatine vararak başvuru yollarının tüketilmediğinden başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁷

Asiye Lekesiz başvurusunda, başvuru, giydiği çarşaf elbisesinin boşanma kararına dayanak alınması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Aile Mahkemesi, davalının (kadının) evlenmeden önce çarşafını çıkaracağına söz vermesi temelinde, kadının evlendikten sonra

¹⁵⁵ Veli Özdemir, B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 20.

¹⁵⁶ Mustafa Başer ve Metin Özçelik, § 98-107.

¹⁵⁷ Kilikya Ermeni Katolikosluğu, § 46-66.

geleneklere, örf ve adete uygun olmayan çarşaf elbisesini giymekte ısrar etmesinin sosyal şiddet içeren bir davranış olduğuna, bu durumun kocanın sosyal ve çalışma hayatını zorlaştırdığına ve kocadan buna katlanmasının beklenmeyeceğine karar vererek tarafların boşanmalarına hükmetmiştir.¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi ise Aile Mahkemesinin ifadesinin negatif bir tona sahip olmasına rağmen boşanma kararının doğrudan başvuruçunun giyim tarzı ile ilgili olmadığını belirtir.¹⁵⁹ Ayrıca, evlilik içindeki anlaşmazlıklardan bazılarının dinsel sebeplere dayanmasının ve bunların karara dayanak alınmasının doğrudan din ve vicdan hürriyetinin ihlali anlamına gelmediğini vurgular.¹⁶⁰ Gerçekten de Aile Mahkemesi, kadının çarşaf giymesini doğrudan bir kusur olarak kadına yüklememiştir. Somut olayın koşulları dikkate alındığında, kararda, kadının evlilik öncesi kocaya çarşaf elbisesini çıkarma sözü verdiğine, ancak bunun yerine getirilmediğine ağırlık verilmiştir. Derece mahkemesinin çarşaf hakkındaki negatif tonlu ifadelerini ise kocanın bu duruma katlanmasının beklenemeyeceğini göstermek amaçlı ortaya konulan gerekçeler olarak düşünmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun giydiği çarşaf elbisesinin boşanma kararına dayanak alınması nedeniyle, yani evlilik birliğinin temelini sarsan olguların temelinde başvuruçunun dinsel kıyafet tercihlerinin yattığının derece mahkemelerince tespit edilmesi nedeniyle başvuruçunun din özgürlüğüne müdahale edildiği iddiasının dayanaksız olduğuna ve din özgürlüğüne yönelik bir ihlalin olmadığını açık olduğuna karar vermiştir.¹⁶¹

¹⁵⁸ Asiye Lekesiz, § 9.

¹⁵⁹ Asiye Lekesiz, § 21.

¹⁶⁰ Asiye Lekesiz, § 21.

¹⁶¹ Asiye Lekesiz, § 23.

Sürekli Vakıflar Tarihi Eserlere ve Çevreye Hizmet Derneği başvurusunda, başvuru dernek, Ayasofya Müzesi'nin yılda bir kez ibadete açılması yönündeki talebinin reddedilmesi nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre tüzel kişilikler sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuru yapabilirler¹⁶². Somut olayda, müdahaleden dernek tüzel kişiliğinin etkilenmediği anlaşıldığından başvuru kişi yönünden yetkisiz bulunmuştur.¹⁶³

Mehmet Güler başvurusunda, başvuru, Suriye'de vefat eden oğlunun cenazesini Türkiye'ye getirme talebinin reddedilmesinin din ve vicdan hürriyetini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, idari başvurunun reddedilmesi üzerine idari yargıda iptal davası açılmadığı için başvuru yolları tüketilmediğinden başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹⁶⁴

Mehmet Doğanay başvurusunda, başvuru, polislik sınavını kazanmasına rağmen, dini bir tarikatla ilişkisi olduğu ve yabancı bir kadınla evlendiği için kaydının yapılmaması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre başvuru, başvuru öncesi yolları ve başvuruyu takip etmek için gerekli özeni göstermelidir.¹⁶⁵ Somut olayda, başvuru, 13 yıl boyunca Danıştay kararının kendisine tebliğ edilemediğini mahkeme hükmünden bir örnek almak için gittiğinde öğrenmiştir. Başvuru, mahkeme kararı kendisine tebliğ edildikten sonra karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Danıştay ise talebi incelemiş, ancak reddetmiştir. Danıştay'ın karar düzeltme talebini reddetmesi kararı 6 Kasım 2014 tarihinde

¹⁶² Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği, B. No: 2012/95, 25/12/2012, § 20-23.

¹⁶³ Sürekli Vakıflar Tarihi Eserlere ve Çevreye Hizmet Derneği, § 13.

¹⁶⁴ Mehmet Güler, § 14-16.

¹⁶⁵ İsmail Buğra İşlek, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17.

tebliğ edilse de Anayasa Mahkemesi, başvuru sahibinin başvuru öncesi davasını takip etmek amacıyla gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle zaman bakımından yetkisizlik yönünden kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹⁶⁶

Mehmet Bozhan, Abdulmecit Er ve İsa Turan başvuruları, başvuru sahiplerinin belirli bir gruba Cuma namazı kıldırmasının ve hutbe irad etmesinin terör örgütü üyeliği suçu bakımından mahkumiyet hükmüne esas alınması nedeniyle din ve vicdan hürriyetlerinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin, derece mahkemeleri tarafından terör örgütü üyeliklerinin ispatlandığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre başvuru sahiplerinin eylemlerinin mahkeme kararlarında delil olarak kullanılması, acil bir toplumsal ihtiyaca dayanmaktadır.¹⁶⁷ Dolayısıyla, müdahale, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir müdahale olarak değerlendirilemez.¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, bir ihlal bulunmadığı açık olan başvuruların açıkça dayanaktan yoksun olmaları yönünden kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Haralambos Sakati ve diğerleri başvurusunda, başvuru sahipleri, mazbut vakıflar kategorisine alınan bazı cemaat vakıflarının mazbut hallerinin sona erdirilmesine ve yönetimlerinin tekrar cemaatlerine devredilmesine ilişkin taleplerinin reddedilmesinin mülkiyet haklarını ve din ve vicdan hürriyetlerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Söz konusu cemaat vakıflarının mazbut vakıf statüsüne alınması fiilen 1968 ve 1977 yıllarında sona erdiği ve cemaat vakıfları ile ilgili çıkarılan kanunlar da mazbut vakıflar ile ilgili olmadığı için hukuki açıdan yeni bir başvuru yolu imkanı ortaya çıkmamıştır.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Mehmet Doğanay, § 20-23.

¹⁶⁷ Mehmet Güler, § 64; Abdulmecit Er, § 44; İsa Turan, § 42.

¹⁶⁸ Mehmet Güler, § 65; Abdulmecit Er, § 45; İsa Turan, § 43.

¹⁶⁹ Haralambos Sakati ve diğerleri, § 58.

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'ne göre şikayet konusu olan kamusal müdahale, 23 Eylül 2012 tarihinden önce kesinleşen bir işlem olduğu için başvuru zaman bakımından yetkisizlik yönünden kabul edilemez bulunmuştur.¹⁷⁰

Hubyar Eğitim Vakfı başvurusunda, başvuru vakfa kültür ve cemevi olarak tahsis edilen taşınmazın belediye tarafından tahsis amacına uygun kullanılmadığı gerekçesiyle tahsis işlemi iptal edilmiştir. Başvurucu, tahsis işleminin iptali ve uğradığı zararların karşılanmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ve cemevi olarak kullandıkları binanın Belediye tarafından el konulması nedeniyle de din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Belediye, özel hukuk tüzel kişilerine taşınmaz tahsisi yapılamayacağı hükmünün açıkça ihlal edilmesi gerekçesiyle tahsis işlemini iptal etmiştir. Başvurucu, tahsis işleminin iptali amacıyla idari yargıda dava açmamış, bunun yerine adli yargıda zararın tazminini istemiştir. Ancak, tahsis edilen taşınmaz üzerine yapılan 6 katlı binanın masrafları da başvuru tarafından değil, hayırseverler tarafından karşılanmıştır. Başvurucu, zaten zararlarını ispat edecek bilgi ve belgeleri de sunamamıştır. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkı yönünden, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması yönünden kabul edilemez olduğuna karar vermiştir¹⁷¹. Din ve vicdan hürriyeti açısından ise din ve vicdan hürriyetinin ihlali iddiasına konu olan işlem hakkında idari yargıda iptal davası açılmadığı için başvuru yollarının tüketilmediği yönüyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.¹⁷²

Ali Kandil ve diğerleri başvurusunda, başvuru, terör örgütü üyesi bazı kişilerin cenazelerine katılmalarının ve hayatını kaybeden bazı terör örgütü üyeleri için şehit ifadelerini

¹⁷⁰ Haralambos Sakati ve diğerleri, § 60.

¹⁷¹ Hubyar Eğitim Vakfı, § 27-35.

¹⁷² Hubyar Eğitim Vakfı, § 36-39.

kullanmalarının mahkumiyet hükmüne esas alınması nedeniyle din ve vicdan hürriyetlerinin, ifade hürriyetlerinin ve toplanma ve örgütlenme hürriyetlerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Anayasa Mahkemesine göre derece mahkemelerinin başvuruçuların eylemlerini delil olarak kullanması, bir toplumsal ihtiyacı karşılamaktadır. Bu nedenle ilgili haklara yapılan müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilmiştir.¹⁷³ Başvurularda bir temel hak ve hürriyetin ihlal edilmediği açık olduğundan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması yönünden kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.¹⁷⁴

Mehmet Albayrak başvurusunda, başvuruçucu, gözaltındayken kendisine Kur'an-ı Kerim verilmediği gerekçesiyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak, Mahkemeye göre başvuruçucu, herhangi bir hukuki sürecin yaşandığını somut olarak ortaya koyamamış ve ihlal iddialarına ilişkin delillerini sunamamıştır.¹⁷⁵ Başvuru, iddiaları kanıtlayacak gerekçe ve delillerin ortaya konulamaması nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun olduğu yönünden kabul edilemez bulunmuştur.¹⁷⁶

Abdulkadir Uçar ve diğerleri başvurusunda, başvuruçular, ceza soruşturmasında dini görüşlerini açıklamaya zorlandıkları gerekçesiyle din ve vicdan hürriyetlerinin ihlal edildikleri iddiasını ileri sürmüşlerdir. Ceza mahkumiyeti, 17/2/2014 tarihinde Yargıtay tarafından onandıktan sonra başvuruçular onama kararından 30/4/2014 tarihinde haricen haberdar olduklarını belirterek 20/5/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.¹⁷⁷ Yargıtayın onama kararına, Yargıtay

¹⁷³ Ali Kandil ve diğerleri, § 20-29.

¹⁷⁴ Ali Kandil ve diğerleri, § 31.

¹⁷⁵ Mehmet Albayrak, § 79-81.

¹⁷⁶ Mehmet Albayrak, § 81.

¹⁷⁷ Abdulkadir Uçar ve diğerleri, § 8.

Cumhuriyet Başsavcılığınca 21/11/2019 tarihinde itiraz edilmiştir. İtiraz Yargıtay tarafından bozulduktan sonra dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilmiştir.¹⁷⁸ Bireysel başvuru hakkında karar verildiği tarihte yargılama tamamlanmadığı için başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.¹⁷⁹

Eren Erdem başvurusunda, başvuru, ceza infaz evinde tutuklu iken Alevi dedesi ile görüşme isteğinin idare tarafından reddedilmesinin din ve vicdan hürriyetini ihlal ettiğini iddia etmiştir. İdare, bu talebi reddetmiştir. Ancak, ret talebine karşı Ceza İnfaz Hakimliğine şikayet başvurusunda bulunulmamıştır.¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, idarenin ret kararına karşı etkili ve erişilebilir bir başvuru yolu olarak gördüğü Ceza İnfaz Hakimliğine şikayet edilmemesi nedeniyle başvuru hakkında başvuru yollarının tüketilmemesi yönünden kabul edilemezlik kararı vermiştir.¹⁸¹

Eren Erdem başvurusunda olduğu gibi İ. Ç. başvurusunda, başvuru, infaz kurumunda vaiz görüşmelerinden yararlandırılmaması nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak, somut olayda başvuru, şikayetini infaz hakimlikleri önünde dile getirmemiştir.¹⁸² Anayasa Mahkemesi, doğal olarak, başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹⁸³

¹⁷⁸ Abdulkadir Uçar ve diğerleri, § 9.

¹⁷⁹ Abdulkadir Uçar ve diğerleri, § 17.

¹⁸⁰ Eren Erdem, § 94.

¹⁸¹ Eren Erdem, § 96.

¹⁸² İ. Ç., § 55.

¹⁸³ İ. Ç., § 57.

E. S. K. başvurusunda, başvuru, infaz kurumunda sayım esnasında takke takılmasına, tespah çekilmesine ve Kur'an-ı Kerim okunmasına izin verilmediği gerekçesiyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak, somut olayda başvuru, temel hak ve hürriyetinin ihlal edildiğine dair açıklama yapma yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve söz konusu iddialarını delillendirememiştir.¹⁸⁴ Başvuru, iddialarını temellendiremediğinden, Anayasa Mahkemesi haklı bir şekilde başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması yönüyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.¹⁸⁵

Son olarak, *Fadime Ekiz* başvurusunda, başvuru, 28 Şubat döneminde başörtülü bir şekilde öğretmenlik mesleğini ifa ederken idareden gördükleri baskı, tehdit ve mobingler nedeniyle 1998 yılında öğretmenlik mesleğinden istifa etmesi ve sonrasında 2013 yılında çıkarılan af kanunu çerçevesinde idare tarafından görevine iade edilmemiştir. İdare mahkemesinde açtığı dava sürecinde başvuru öğretmenlik mesleğine geri döndüğünden dava konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir. Başvuru, davasının göreve dönmekten ibaret olmadığını, bütün özlük haklarının da iadesini istemesi nedeniyle temyiz başvurusunda bulunmuştur. Ancak temyiz başvurusu reddedilmiş ve karar düzeltme başvurusu da olumsuz sonuçlanmıştır. Akabinde başvuru, Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruyla, davada özlük hakları ile ilgili olarak değerlendirme yapılmaması ve bu hususta hüküm kurulmaması nedeniyle din ve vicdan hürriyeti ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi ise başvurunun iddiasının din ve vicdan hürriyeti ile ilgili olarak etkili başvuru hakkı kapsamında

¹⁸⁴ E. S. K., § 159-160.

¹⁸⁵ E. S. K., § 160.

değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır.¹⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, başvurunun, idare mahkemesinden özlük haklarının iadesini talep etmemesi nedeniyle din ve vicdan hürriyeti ile bağlantılı etkili başvuru hakkının ihlal edilmediği açık olduğundan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.¹⁸⁷ Anayasa Mahkemesine göre, derece mahkemelerinin özlük hakları ile ilgili olarak olumlu veya olumsuz bir karar vermemesi her ne kadar eleştirilecek bir husus olarak gözükse de etkili başvuruyu etkisiz kıldığı veya aşırı derecede zorlaştırdığı söylenemez.¹⁸⁸

SONUÇ

Bireysel başvuru sürecinin sağladığı öznel hak yargılaması neticesinde din ve vicdan hürriyeti daha iyi bir koruma zeminine kavuşmuştur. Ayrıca, din ve vicdan hürriyetinin kapsamının daha iyi bir şekilde ortaya konulması da mümkün hale gelmiştir. Ancak, bireysel başvuru imkanı, din ve vicdan hürriyetinin bütün boyutlarıyla (dini kural ve hedefler bakımından) tanınması sonucunu da vermemiştir.

Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan hürriyeti ile ilgili kararlarında, uluslararası sözleşmeler ve uluslararası mahkeme kararlarına atıfta bulunarak büyük ölçüde bir paralellik ortaya koymaktadır. Örneğin, Mahkeme, *Tuğba Arslan* başvurusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararındaki ilkeyi alıntılamanın ve benimsemenin yanında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin MSHS'nin din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 18'inci maddesi hakkındaki 22 No'lu Genel Yorum'unu din ve vicdan hürriyetinin kapsamını

¹⁸⁶ Fadime Ekiz, § 23.

¹⁸⁷ Fadime Ekiz, § 35.

¹⁸⁸ Fadime Ekiz, § 34.

belirlerken dikkate almıştır.¹⁸⁹ Mahkeme, *Sara Akgül* başvurusunda ise BM İnsan Hakları Komitesinin başörtüsü yasağı ile ilgili *Şeyma Türkan* kararının birçok paragrafını alıntılamıştır.¹⁹⁰ Anayasa Mahkemesinin din ve vicdan hürriyetine ilişkin ihlal iddialarını inceleme ölçütleri açısından da AİHM'in yolundan gittiği açık bir şekilde ortadadır.

Anayasa Mahkemesi, din veya inancı açığa vurma hürriyetinin norm alanı olarak Anayasa'nın 24'üncü maddesinin 5'inci fıkrasında belirtilen yasak dışında bir sınırlama bulunmadığını belirtir. Ancak, Mahkemeye göre dini dışı vurma açısından Anayasa m. 24/5 dışında bir sınır öngörülmemesi, dini açığa vurma hürriyetinin bu madde dışında hiçbir şekilde sınırlandırılmaması anlamına gelmez. Anayasa'nın 14'üncü maddesinin öngördüğü yorum kuralı doğrultusunda din ve vicdan hürriyetinin sınırları, diğer temel hak ve hürriyetler veya anayasal ilke ve kurallar olabilir. Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarına atıfla, din ve vicdan hürriyeti kapsamındaki dini açığa vurma davranışının sınırlandırılabilmesi müdahalesinin, ya başkalarının temel hak ve hürriyetlerinin korunması ya da kamu düzeninin korunması gerekçesine matuf olması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin kararlarında çoğunlukla süre aşımı, başvuru yollarının tüketilmemesi gibi nedenlerle söz konusu olay ile ilgili değerlendirme yapmamıştır. Sadece başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu veya herhangi bir temel hak ve hürriyetin ihlal edilmediğinin açık olduğu başvurularda konu ile ilgili değerlendirme yapmış ve diğer kabul edilemezlik sebepleri açısından bir inceleme yapmamıştır. Bu nedenle, başvuruların kabul edilemez bulunduğu kararlarda din ve vicdan hürriyetinin içeriğine ilişkin tespitler çok sınırlı kalmıştır.

¹⁸⁹ Tuğba Arslan [GK], § 63.

¹⁹⁰ Sara Akgül [GK], § 66.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not declared whether this work has received any financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Ağırbaşı, Şennur. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 101, (2012): 83-102.
- Anayasa Mahkemesi, "Bireysel Başvuru İstatistikleri (23 Eylül 2012 – 31 Aralık 2021)." 31 Ocak 2022. https://www.anayasa.gov.tr/media/7734/bb_2021_tr.pdf.
- Armağan, Servet. *Din ve Vicdan Hürriyeti ve Laiklik*. İstanbul: İnsan Yayınları, 2012.
- Baccouche, Neji. "Laiklik ve Din Özgürlüğü." *İç. Laiklik ve Demokrasi*. Editör İbrahim Kaboğlu. 141-150. Ankara: İmge Kitabevi, 2001.
- Baykan, Metin. *Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Önincelemesi ve Kabul Edilebilirliği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Bilgin, Ahmet Burak. *Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Dağ Bereket, Cansu. "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2020): 479-506.
- Demir, Hande Seher. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Demirsoy Aşıkoğlu, Eda. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Dinsel Ritüel ve Uygulamaların Sınırlandırılması." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, no. 2 (2018): 447-495.
- Dikmen, Pınar. "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Toplum." *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2015): 323-343.
- Dilbirliği, Muharrem. "İnsan Hakkı Olarak, Din ve Vicdan Özgürlüğü'nün Sosyolojik ve Felsefi Gelişimi: Tarihi Süreçte

- Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Ortaya Çıkan Modeller.” *Adalet Dergisi* 66, (2021): 667-700.
- Doğan, İlyas. “Din ve Vicdan Özgürlüğü.” *İç. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Editör İlyas Doğan. 245-256. Ankara: Astana Yayınları, 2019.
- Dursun, Halil İbrahim. *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Erdoğan, Murat. *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*. Ankara: Lykeion Yayınları, 2019.
- Eren, Abdurrahman. “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri.” *Anayasa Yargısı* 32, no. 1 (2016): 231-301.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Göztepe, Ece. “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi.” *İç. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması*. Editör Ece Göztepe ve Mustafa Mert Alpbaz. 108-166. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Karaaslan, Abdulkadir. *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020.
- Kaya, Seyithan. *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Anayasa yargısı ve Bireysel Başvuru*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Konuk Sommer, Bahar. “Türk Hukukunda Çevre Hakkının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması.” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 4, no. 2 (2019): 169-188.

- Kuru, Ahmet T. *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*. Çev. Eylem Çağdaş Babaoğlu. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Küçük, Adnan. "Laikliğe İlişkin Tartışmalar ve İki Laiklik Modeli." İç. *Türkiye'de Din özgürlüğü ve Laiklik*. Editör Hasan Yücel Başdemir. 39-95. Ankara: Liberte Yayınları, 2011.
- Murdoch, Jim. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması*. Çev. Serkan Cengiz. Ankara: Şen Matbaa, 2013.
- Özbudun, Ergun. "Laiklik ve Din Hürriyeti." İç. *Demokratik Anayasa*, Editör Ece Göztepe ve Aykut Çelebi. 169-227. İstanbul: Metis Yayınları, 2012.
- Özkan Duvan, Ayşe. "Bireysel başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68, no. 1 (2019): 287-336.
- Şirin, Tolga, Erkan Duymaz ve Deniz Yıldız. *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.
- Şirin, Tolga. "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi." *Anayasa Yargısı* 35, no. 1 (2018): 147-167.
- Vural, Hasan Sayim. *Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence*. Seçkin Yayıncılık: Ankara, 2013.
- Vural, Hasan Sayim. "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Din Özgürlüğü." *Anayasa Yargısı* 31, no. 1 (2015): 343-353.
- Yıldırım, Mine. "Are Turkey's Restriction on Freedom of Religion or Belief Permissible?" *Religion and Human Rights* 15, no. 1-2 (2020): 172-191.
- Yıldız, Abdulkadir. *Din ve Vicdan Özgürlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Yılmaz, Hazal Tolu. "İşçinin Sakalını Kesmeyi Reddetmesi Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2021): 720-736.

Yüksel, Saadet. *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*. İstanbul:
Alfa Yayıncılık, 2015.