



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI



Cilt 5 Sayı 1 | Nisan 2025

Volume 5 Issue 1 | April 2025

e-ISSN : 2757-9964

KIRIKKALE LAW JOURNAL



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 5 Sayı 1 | Nisan 2025

e-ISSN: 2757-9964



KIRIKKALE LAW JOURNAL

Volume 5 Issue 1 | April 2025

KHM,
2021 yılından (C.1 S.1) itibaren TR-DİZİN’de indekslenmektedir.
KHM,
Index to Legal Periodicals&Books, Index Copernicus ile AcarIndex tarafından
taranmakta,
Jurix Hukuk Dergileri ve İSAM Türk Tarih, Edebiyat, Kültür ve Sanat Tarihi
Makaleleri Veri Tabanlarında yer almaktadır.



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI | KIRIKKALE LAW JOURNAL

Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Dekan
Prof. Dr. Mustafa Avcı

Baş Editör | Editor-In-Chief

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu

Alan Editörleri | Section Editor

Doç. Dr. Nurdan Orbay Ortaç
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Arıkan

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Yusuf Berat Baş
Arş. Gör. Şeyma Kurt

Dil Editörleri | Language Editors

Türkçe: Dr. Öğr. Üyesi Onur Altunsu
İngilizce: Öğr. Gör. Ergin Kesgin
Almanca: Öğr. Gör. Nurhayat Yalçın

Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü
Ankara Karayolu 7. km. 71453
Yahşihan / Kırıkkale
hukukmecmuasi@kku.edu.tr
<https://khm.info.tr>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/khm>

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.
Dergiye yapılan atıflarda KHM kısaltması kullanılmalıdır.

KIRIKKALE LAW JOURNAL is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in April, October.
KHM abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Arif Rıza – Prizren Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.
Prof. Dr. Barış Soyer – Swansea University Hillary Rodham School of Law, İngiltere.
Prof. Dr. Mustafa Özen – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Prof. Dr. Ozan Can – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Doç. Dr. H. Gökçe Zabunoğlu – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Doç. Dr. Yasemin Durak – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Ali Akyıldız – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ali Murat Özdemir – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Aydın Başbuğ – İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Beşir Fatih Doğan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Prof. Dr. Bjorn Arp – American University, Washington Colloge of Law, Amerika.
Prof. Dr. Cenker Göker – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Çağlar Manavgat – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Devrim Aydın – Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Doğan Soyaslan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Elif Uzun – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Elvan Keçelioğlu – Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Erdal Onar – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Fatih Uşan – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Gökhan Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hans Lilie – Martin-Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İlhan Üzülmaz – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İsmail Kırcı – TOBB Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Korkut Özkorkut – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Lale Sirmen – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mehmet Turhan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mertol Can – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muharrem Özen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muhittin Astarlı – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem – Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Nadi Günal – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ryan Calo – Washington Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ABD.
Prof. Dr. Rifat Erten – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Samim Ünan – Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şafak Narbay – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.
Prof. Dr. Talat Canbolat – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu – Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zeynel Kangal – Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Ahmet Kılınç – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ali İbrahim Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ayhan Selçuk Özgen – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye
Doç. Dr. Berat Lale Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Burçak Yıldız – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Doç. Dr. Eşref Küçük – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Hakan Albayrak, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Turan Şahin - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Sedat Sirmen – Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Şölen Külahçı – Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Doç. Dr. Sezercan Bektas – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu – Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

YAYIN POLİTİKASI VE ETİK KURALLARI

- Dergi yayın tarihleri: Bahar sayısı (Nisan) 30 Nisan'da Güz Sayısı (Ekim) 30 Ekim'de elektronik ortamda yayımlanır.
- Makaleler, dergiye dergipark yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Her Ciltte bir yazarın sadece bir makalesi yayımlanabilir.
- Dergiye özel sayılar ve armağan sayıları hariç olmak üzere belli bir sayı için makale kabul edilmemektedir. Yazarlar istediği zaman makalesini gönderebilir. Değerlendirme süreci tamamlanan makaleler geliş tarihi, sayıdaki makalelerin konu ve alan ağırlıkları gibi hususlar dikkate alınarak hangi sayıda yayımlanacağına Editörlerce karar verilir. Makaleler için kesinlikle süre, sayı ve yayın garantisi verilmemektedir.
- Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez. Yazarlar, eserlerini gönderirken yazarlık ve telif hakkı devir formunu doldurarak makale ekinde göndermelidirler.
- Ayrıca, açık erişim sağlama politikaları kapsamında Kırıkkale Hukuk Mecmuası'nda editör ve/veya hakem değerlendirmesinden geçmiş bilimsel yayınlar "Creative Commons Atıf-Ticari 4.0 Uluslararası Lisans (CC BY-NC 4.0)" ile lisanslanmıştır.
- Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
- Dergi, Yayın Etiği Komitesinin (COPE) "Dergi Editörleri için Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama Rehber İlkeleri" ve "Dergi Yayıncıları için Davranış Kuralları" belgelerini takip etmektedir. COPE'nin belgeleri ile ilgili olarak bkz. <https://publicationethics.org>
- Makaleler, kaynakça hariç, dipnotlar dahil, en az 5.000 en çok 15.000 kelime olmalıdır. Tanıtım ve değerlendirme yazıları ise en az 1.500 kelime en çok 3.000 kelime olmalıdır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, ORCID bilgileri ve e-posta adresi bildirilmelidir.
- Dergide Türkçe, Almanca ve İngilizce makalelere yer verilmektedir.
- Makalelerde -sırasıyla- Türkçe, İngilizce özetler bulunmalıdır.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranını (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %1 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) aşan makaleler iade edilir.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede

uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

- Tüm Hakem Raporları, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.
- Dergide hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.

YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar, Chicago stiline (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) göre hazırlanmalıdır. (<http://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>)
- Makalede Garamond ya da Adobe Garamond Pro yazı karakteri esas alınmalıdır.
- Makaleler “doc” ya da “docx” formatında kaydedilmelidir. A4 boyutundaki beyaz kâğıtta hazırlanmalı, üst ve sol tarafta 4 cm, altta ve sağ tarafta 3 cm kenar boşluğu bırakılmalıdır.
- Metin kısmı 11 punto, 1,15 satır aralıklı, iki yana yaslı, ilk satırlar 1 cm girintili, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılmalıdır. Satır sonlarında kelimeleri heceye bölmek için “-“ işareti kullanılmaz. Bunun yerine MS Word’ün “Otomatik Heceleme” özelliği kullanılır.
- Blok alıntılar, 10 puntoda, ilk satır girintisiz, tırnak işareti kullanılmadan, düz biçimde, soldan 1.25, sağdan girintisiz ve 1,15 satır aralıklı olmalıdır.
- Makale Adı: 14 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
- Öz ve Anahtar Kelimeler: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, ilk satır 1 cm girintili, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Makalenin 150-300 kelimelik Türkçe ve İngilizce özetine konuyu tanımlayan en az 3 en fazla 5 Anahtar kelime (arada boşluk bırakmaksızın) eklenmelidir.
- Başlıklar: Tüm başlıklar, her sözcüğü büyük harfle başlatarak, metin gövdesi ile başlıklar arasında satır boşluğu bırakılmaksızın kalın yazı tipiyle yazılmalıdır.
- Makale alt başlıkları (Giriş, Alt başlıklar, Sonuç, Kaynakça) koyu biçimde 11 punto, paragraftan önce 6 nk, sonra 6 nk boşluk bırakılarak, soldan 1 cm girintili yazılmalıdır.
- Dipnotlar: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, 0,5 cm asılı (ilk satır diğerleriyle hizalı), iki yana yaslı, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Kaynakça: 9 punto, 1,0 (tek) satır aralıklı, 1 cm asılı, iki yana yaslı, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılır.

İÇİNDEKİLER

TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKUNDA KOOPERATİFLER VE DENETİMİ	1
CO-OPERATIVES AND AUDITING IN TURKISH AND ENGLISH LAW	
Prof. Dr. Hayri Bozgeyik, Sümeyye Erkalın Coşkunso ve Selin Parlak	
KAMUSAL MEKÂN VE KAMUSALLIĞIN DÖNÜŞÜMÜ	25
TRANSFORMATION OF PUBLIC SPACE AND PUBLICITY	
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzgün Şahin Ünver	
ÖĞRENCİ DİSİPLİN HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI MÜESSESESİ	51
PRESCRIPTION IN STUDENT DISCIPLINARY LAW	
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut Ceylan ve Öğr. Gör. Fatima Kandemir Ergün	
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA SENDİKA ŞUBE GENEL KURULUNUN İPTALİ DAVALARINDA TARAF	77
PARTY IN CASES OF ANNULMENT OF THE GENERAL ASSEMBLY OF A UNION BRANCH IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS	
Doç. Dr. Çiğdem Yorulmaz	
TEREKENİN TESPİTİ İSTEMİ VE MİRASIN HÜKMEN REDDİNİN TESPİTİ DAVASININ YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN T. 22.09.2010 E.2010/2-379 K. 2010/413 SAYILI KARARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	95
ASSESSMENT OF THE CLAIM FOR THE DETERMINATION OF THE INHERITANCE AND THE LAWSUIT FOR THE DETERMINATION OF THE JUDICIAL DISCLAIM OF THE INHERITANCE WITHIN THE SCOPE OF THE DECISION OF THE SUPREME COURT GENERAL ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS NUMBERED 22.09.2010 E.2010/2-379 K. 2010/413	
Dr. Öğr. Üyesi Güray Türker	
ULUSLARARASI VE ULUSAL YÖNÜYLE ORGAN TİCARETİ SUÇU	131
THE CRIME OF ORGAN TRAFFICKING IN NATIONAL AND INTERNATIONAL CONTEXTS	
Dr. Öğr. Üyesi Gülen Soyaslan Akdemir	
INTERLAKEN SÜRECİ VE DAHA GENİŞ TAKDİR MARJİ TALEBİNİN AİHM KARARLARINA YANSIMALARI	177
INTERLAKEN PROCESS AND THE REFLECTIONS OF THE WIDER MARGIN OF APPRECIATION CLAIMS ON THE ECtHR JUDGMENTS	
Dr. Eray Acar	
KAT MÜLKİYETİNDE GİDERLERİN VE AVANSLARIN GÜVENCE ALTINA ALINMASI	221
SECURING EXPENSES AND ADVANCES IN CONDOMINIUM OWNERSHIP	
Doç. Dr. Yasemin Durak	

HAVAYOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLECEK ULUSLARARASI TAŞIMALARDA KURAL TANIMAZ YOLCUYA MÜDAHALE.....	243
MEASURES TO BE TAKEN AGAINST UNRULY PASSENGERS IN INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR	
Dr. Umut Acun	
ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA İHLAL EDİLEN MÜLTECİ VE SİĞİNMACI TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİ	265
FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS OF REFUGEES AND ASYLUM SEEKERS VIOLATED IN INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT	
Dr. Öğr. Üyesi Berkan Hamdemir	
REGÜLASYON KURUMU OLARAK HİSBE.....	303
HISBAH AS A REGULATION INSTITUTION	
Prof. Dr. Ahmet Akman ve Dr. Mustafa Ünal	
CİCERO VE AUGUSTİNUS'TA İNSAN DOĞASI VE DEVLET	329
HUMAN NATURE AND THE STATE IN CİCERO AND AUGUSTINE	
Oğuzhan Mehmet Şahin	
CEZA ADALETİ SİSTEMİNDE AKTÜERYAL RİSK DEĞERLENDİRME ARAÇLARI: COMPAS ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN BİR TARTIŞMA.....	359
ACTUARIAL RISK ASSESSMENT TOOLS IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: A DISCUSSION THROUGH THE EXAMPLE OF COMPAS	
Dr. Efe Can Karabulut	
2547 SAYILI KANUN KAPSAMINDA YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİNİN CEZA SORUŞTURMASI.....	397
CRIMINAL INVESTIGATION OF HIGHER EDUCATION PERSONNEL UNDER THE HIGHER EDUCATION LAW NO. 2547	
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Ertuğrul	
TAPU SİCİL KAYDINDAKİ YANLIŞLIKLARIN DÜZELTİLMESİ	415
CORRECTION OF ERRORS IN LAND REGISTRY RECORDS	
Yrd. Doç. Dr. Haluk Saruhan	
TEMEL BİR İNSANİ İYİ OLARAK “OYUN”: OYNAMAK ADİL HUKUKA REHBER OLABİLİR Mİ?.....	437
“PLAY” AS A BASIC HUMAN GOOD: CAN PLAY BE A GUIDE TO JUST LAW?	
Pirali Çağrı Şensoy	

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKUNDA KOOPERATİFLER VE DENETİMİ

CO-OPERATIVES AND AUDITING IN TURKISH AND ENGLISH LAW

Prof. Dr. Hayri Bozgeyik*

Sümeyye Erkan Coşkunsu**

Selin Parlak***

ÖZ

Türk hukukunda kooperatif, ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını korumak amacıyla kurulan bir ortaklık modeli olarak düzenlenmiştir. Bu amaca ulaşabilmek için kooperatifin yardımlaşma, dayanışma ve kefalet araçlarını kullanacağı öngörülmektedir. Uzun bir tarihi gelişim süreci olsa da Türkiye’de kooperatif hukuku henüz gelişme sürecindedir. Kooperatifçiliğin yeteri kadar gelişmemiş olmasında denetim eksikliği veya yetersiz denetimin önemli rolü vardır. Kooperatif denetimi, kooperatifin yapısının ve faaliyetlerinin kanun, sözleşme ve genel kurul kararları açısından, bir yanlışlık veya eksiklik olup olmadığını belirlemek üzere yetkili kişi ve/veya organlar tarafından incelenmesidir. Bu süreçte mukayeseli hukuktaki örnekler önemli görülmektedir. Bu çalışmada Birleşik Krallık, gerek tarihi gelişim sürecinde kooperatifçilik uygulamalarının ortaya çıktığı yer olarak kabul edilmesi, gerekse başarılı kooperatifçilik uygulamalarına sahip olması nedeniyle mukayesede dikkate alınmıştır. Bu nedenle çalışmada kooperatif ve kooperatiflerin denetimi Türk ve Birleşik Krallık hukuku açısından incelenmiştir. Çalışmada öncelikle genel olarak kooperatif kavramı ve tarihi gelişimi ele alınmış, sonrasında ise Türk ve Birleşik Krallık hukuku açısından kooperatiflerin denetimi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kooperatif, Denetim, Denetçi, Bağımsız Denetim, İngiliz Hukuku.

* (Sorumlu Yazar)

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0002-9974-7459 hbozgeyik@aybu.edu.tr

** Arş. Gör., Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

0000-0003-1490-4740 s.e.coskunsu@gmail.com

*** Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa ve Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Programı.

0009-0000-5531-0709 a12307588@unet.univie.ac.at



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

According to Turkish law, cooperatives are regulated as a partnership for the purpose of protecting certain economic interests of their members, particularly the needs of their profession or livelihood. To achieve this purpose, cooperatives are expected to utilise the tools of cooperation, solidarity, and suretyship. Despite a long history, the development in cooperative law is still ongoing in Türkiye. The lack or insufficiency of audit plays an important role in the underdevelopment of cooperatives. Cooperative auditing is the examination of the structure and activities of a co-operative by authorised persons and/or bodies to determine whether there are any errors or omissions in the law, the statute, and the decisions of the general assembly. In comparative law, examples are important in this process. In this study, the England has been included in the comparison because it is regarded as the country where cooperative practices originated in the historical development process and because it has a history of successful cooperative practices. Consequently, this study examines cooperatives and the supervision of cooperative in terms of Turkish and English law. Therefore, the concept of cooperative and their historical development are discussed firstly, and after, the auditing of cooperatives is examined in terms of Turkish and English law.

Keywords: Cooperative, Audit, Auditor, Turkish Law, English Law.

GİRİŞ

Kooperatif, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bir ticaret şirketi türü olarak sayılmış, ancak aynı kanunda ticaret şirketleri için yapılan ikili ayırım altında yer almamıştır. Kooperatifin hangi nitelikte bir ortaklık olduğu 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda tarif edilmektedir (KoopK 1). Bu tariften, kooperatifin diğer ticaret şirketlerinde bulunmayan bazı özelliklere sahip, üyelerinin ekonomik menfaatlerini yardımlaşma ve dayanışma esasına göre gerçekleştirme amacıyla faaliyet gösteren bir ortaklık modeli olduğu anlaşılmaktadır.

Uzun bir tarihi geçmişi olmakla birlikte ülkemizde kooperatifçilik ve kooperatif hukuku henüz gelişme aşamasındadır. Buna karşın Birleşik Krallık¹, dünyada kooperatifçiliğin iyi örneklerinin görüldüğü ülkelerden birisi olarak kabul edilmektedir². Ülke ekonomilerinde oynadıkları önemli rol nedeniyle, diğer ticaret şirketleri gibi kooperatiflerde de denetim önemlidir. Bu nedenle çalışmada kooperatifler ve bunların denetimi ele alınmıştır. Modern anlamda bazı önemli kooperatifçilik uygulamalarının ortaya çıktığı yer olması ve günümüze kadar başarılı bir şekilde uygulanmaya devam etmesi nedeniyle konunun Birleşik Krallık hukuku ile ele alınması tercih edilmiştir.

Kooperatiflerde denetim, ortaklık faaliyetleri ile ortaklığın idari işleyişinin mevzuatın öngördüğü kurallara uygun olup olmadığının değerlendirilmesi faaliyetidir³. Kanun koyucunun ticaret şirketi olarak kabul ettiği kooperatiflerin (TTK 124) denetimi denildiğinde akla ilk gelen husus, şirketin mali işleyişinin yasal düzenlemelere uygun bir şekilde sürdürülüp sürdürülmediğine dair inceleme olmaktadır. Bu bağlamda kooperatiflerde denetçi olarak görev yapan kişilerin özellikle muhasebe ve ilgili alan bilgisine sahip olması önem arz etmektedir.

Kooperatiflere ilişkin hukuki uyumsuzluklar dikkate alınarak, kooperatiflerde meydana gelen uyumsuzluklarda denetimsizlik veya yetersiz denetimin önemli bir etkisi olduğunu söylemek mümkündür. Zira çok farklı alanlarda faaliyet gösteren ve bundan dolayı da farklı kurallara tabi olan kooperatiflerde denetimle görevli olanların denetime tabi konularda çoğu zaman tam anlamıyla bilgi sahibi olmamaları veya denetime gereken özenin gösterilmemesi kooperatif ile ortakları arasında çekişmelere yol açabilmektedir⁴. Denetimin etkin bir şekilde yapılabilmesi, kooperatifin kuruluş amacı ile üyelerin kooperatife girmelerinde gözettikleri hedeflerin gerçekleştirilmesini de zorlaştırmaktadır. Bu nedenle 2022 yılında Kooperatiflerin Üst Kuruluşlarında Denetim Yapacakların Eğitimine İlişkin Usul ve Esaslar Yönetmeliği⁵ kabul edilmiş, böylece kooperatifler ve kooperatiflerin denetimiyle ilgili sorunların eğitim yoluyla giderilmesi hedeflenmiştir.

¹ Çalışmanın başlığı "İngiliz Hukuku" ifadesiyle yazılmış olmakla birlikte çalışma konusunun uygulama alanı bakımından metin içerisinde "Birleşik Krallık" ifadesi kullanılmıştır.

² Güncel veriler için bkz. "Co-operatives UK. *Co-operative and Mutual Economy 2023*. Manchester: Co-operatives UK, 2024", Son güncelleme 5.5.2024, www.uk.coop/sites/default/files/2023-11/Economy%202023%20final.pdf

³ Yusuf Üstün ve Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2020, s.329.

⁴ Mahmut Coşkun, *Kooperatifler Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2023, s.988.

⁵ Resmi Gazete, 1 Şubat 2022, S. 31737.

Denetim ile ilgili inceleme ve değerlendirmeler bakımından önemli görüldüğünden çalışmamızda öncelikle kooperatiflerin temel yapısı ve işleyişi kısaca incelenmiş; sonra ise Türk ve İngiliz hukuku açısından kooperatiflerin denetimi ele alınmıştır. Çalışmanın sonuç kısmında ise etkili bir denetimin ne şekilde olması gerektiği ile ilgili bazı çözüm önerilerine yer verilmiştir.

I. KOOPERATİF

Kökeni Latince “co” ve “operative” kelimelerinin bir araya gelmesiyle oluşan kooperatif kelimesi, en geniş anlamıyla, amaçlanan bir sonuca ulaşabilmek için kişilerin, imkân ve çabalarını ortak bir faaliyette birleştirmelerini ifade etmektedir⁶. Kavram olarak kooperatif ise, gönüllü olarak ekonomik ihtiyaçların karşılamak üzere bir araya gelen ve kendi kendilerini yönetip denetleyen girişimleri ifade etmektedir⁷.

Kooperatif için farklı ülke hukuklarında farklı tanımlar yer almaktadır. Anayasasında kooperatiflere yer veren İtalyan hukukunda (İtalyan Anayasası m.45)⁸ kooperatifler için *karşılıklı yardım maksadıyla kurulan, değişir sermayeli ve sınırsız ortaklı bir yapı* (İtalyan Medeni Kanunu m. 2511)⁹, Alman hukukunda ise *“müşterek bir işletme aracılığıyla ortaklarının tarımsal ve ekonomik gereksinimlerini karşılamak amacıyla kurulan, sınırsız ortaklı şirket”* şeklinde tanımlamalar yapıldığı görülmektedir (GenG Art 1).

Uluslararası Kooperatifler Birliği (ICA) kooperatifi *“ortak ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlar ile isteklerin ve demokratik olarak kontrol edilen bir işletme yoluyla karşılanması üzerine gönüllü olarak bir araya gelen kişilerin oluşturduğu özerk teşkilat”* şeklinde tanımlamaktadır¹⁰.

Günümüzde kooperatifçiliğe hâkim ilkeler olarak ifade edilen ve “*Rochdale İlkeleri*” olarak tarihe geçen, aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunmayan¹¹ ilkeler, 1895 yılında ICA tarafından uluslararası kooperatif ilkeleri olarak kabul edilmiştir¹². Bu tarihte belirlenen ve zamanla birtakım değişikliklere uğrayan bu ilkeler, kooperatifçiliğin özünde ifade ettiği anlamla uyumlu ve ortaya çıkışında etkili olan amaçları gerçekleştirmeye elverişlidir. Bu ilkeler arasında yer alan *“özerklik ve bağımsızlık ilkesi”* ile *“eğitim, öğretim ve bilgilendirme ilkesi”* çalışmamızın da konusunu oluşturan denetimi de yakından ilgilendiren ilkelere dendir.

⁶ Üstün ve Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, s.1

⁷ Üstün ve Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, s.6.

⁸ “Le società cooperative: disciplina normativa e caratteri”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.diritto.it/le-societa-cooperative-disciplina-normativa-e-caratteri/>

⁹ “Società cooperative”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-vi/capo-i/sezione-i/art2511.html>; Ayrıca bkz. Yazıcı, Ali Said. *1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na Göre Kooperatiflerin Denetimi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021, s.3.

¹⁰ “International Cooperative Alliance (Coop). Cooperative identity, values & principles”, Son güncelleme 05.05.2024, <https://ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>.

¹¹ Yusuf Mollaoğlu. *Kooperatiflerin Hukuki Niteliği*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021, s.8.

¹² Üstün ve Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, s.26. Kooperatifçilik ilkeleri için bkz. International Co-operative Alliance (Coop). *Guidance Notes to the Co-operative Principles*. Brussels: 2015, s.5 vd., Son güncelleme 5.5.2024, <https://ica.coop/sites/default/files/2021-11/ICA%20Guidance%20Notes%20EN.pdf>

Kooperatiflerin ekonomik ve sosyal çeşitli yönleri bulunmakla birlikte, en güçlü etkisi, kendilerine özgü örgütsel değerlerini ve özelliklerini kabul edip bunlardan yararlandıklarında ortaya çıktığı kabul edilmektedir¹³.

A. TÜRK HUKUKUNDA KOOPERATİFLER

Türk hukukunda kooperatiflerle ilgili ilk kanuni düzenleme 1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Ticaret Şirketleri" bölümü altında yer alan m. 485-502 hükümleri ile yapılmış olan kooperatiflere ilişkin düzenlemedir. Söz konusu hükümler 1969 yılında yürürlüğe giren 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 100. (KoopK) maddesi ile ilga edilmiştir. Halihazırda kooperatifler, 1163 sayılı "Kooperatifler Kanunu", 6102 Sayılı "Türk Ticaret Kanunu", 1581 sayılı "Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu" ve 4572 sayılı "Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun"¹⁴ ve ilgili mevzuat ile düzenlenmiştir.

Kooperatifler Kanunu'nda kooperatif *"tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını, iş gücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet sureti ile sağlayıp koruma amacı ile, gerçek ve tüzel kişilerce kurulan değişir ortaklı ve sermayeli ortaklık"* şeklinde tarif edilmektedir (KoopK 1).

Bu tariftten hareketle kooperatifin unsurları;

- i. Tüzel kişilik
- ii. En az yedi ortak
- iii. Değişir ortaklı yapı
- iv. Değişir sermayeli yapı.
- v. Ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini koruma amacı
- vi. Bu amaca ulaşmak üzere karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet araçlarını kullanma şeklinde sayılabilir.

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda kooperatiflerin ticaret şirketi olduğu belirtilmiştir (m. 485-502)¹⁵. Söz konusu Kanundan sonra yürürlüğe giren 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun¹⁶ ise kooperatifleri "teşekkül" olarak nitelmesi üzerine kooperatifin hukuki niteliği konusunda bazı tereddüt ve tartışmalar ortaya çıkmıştır. 2004 yılında 21.4.2004 tarih ve 5146 sayılı Kanunun 1. maddesi ile yapılan değişiklik sonrası KoopK m.1'de yer alan ifadede kooperatiflerin "ortaklık" olduğuna yer verilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da kooperatifler "ticaret şirketi" olarak nitelendirilmiş ve KoopK m.1'de yer alan tariftteki "ortaklık" vurgusu korunmuştur. Buna göre kooperatiflerin amacı ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini karşılamak ve korumaktır.

¹³ Sonja Novkovic ve Anu Puusab, Karen Minera, "Co-operative identity and the dual nature: From paradox to complementarities", Journal of Co-operative Organization and Management 10 (2022) 100162, s.1 vd.

¹⁴ Resmi Gazete, 16.06.2000, S. 24081.

¹⁵ Üstün ve Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, s.6.

¹⁶ Resmi Gazete, 10.5.1969, S.13195.

Kooperatifler, Türk Ticaret Kanunu'nda sayılan (TTK 124) diğer ticaret şirketleri ile Türk Medeni Kanunu¹⁷ kapsamındaki derneklerden farklılık arz etmekte¹⁸ ve T.C. Anayasası'nın 171. maddesi devlete “*kooperatifçiliğin geliştirilmesini sağlayacak tedbirleri alma*” görevi yüklemektedir.

Aşağıdaki hususlar, kooperatiflerin diğer ticaret şirketlerine kıyasla avantajlı görülen yönlerine örnek gösterilmektedir:

- Alınan kararlara düşük sermayeli ortakların da daha etkili katılımı,
- Yerel piyasalar için avantaj sağlaması,
- Sosyoekonomik istikrara katkıda bulunması,
- Bölgesel veya sektörel gelişmeyi teşvik etmesi¹⁹.

Ülkemizde elli binin üzerinde kooperatif ve bunlarda da 7,5 milyonun üzerinde ortak bulunmaktadır²⁰. Bu açıdan ülkenin sosyo-ekonomik yapısı bakımından önemli bir rol oynayan kooperatifler özellikle amaç unsuru bakımından sermaye şirketlerinden ayrılmaktadır. Ticaret şirketleri öncelikli olarak kâr elde etmek ve bunu paylaşmak amacı güderlerken²¹ kooperatifler kâr elde etmekten ziyade “ortaklarının ekonomik ve mesleki ihtiyaçlarını karşılıklı yardımlaşma, dayanışma ve kefalet araçlarını kullanarak gidermeyi” amaçlar²². Ticaret şirketlerinde sosyal amaç ve ortağın mesleki ve ekonomik ihtiyaçlarının karşılanması doğrudan bir hedef değildir²³.

B. İNGİLİZ HUKUKUNDA KOOPERATİFLER

İngiltere, kooperatifçilik hareketinin doğduğu yer olarak kabul edilmektedir²⁴. Kooperatifçiliğin bazı ilkeleri daha öncesinde bilinmekle birlikte, 19. yüzyılda tarımsal ve endüstriyel üretim yöntemlerindeki değişiklikler sonucu oluşan sosyal gerilim ve değişimlerin yaşandığı bir dönemde bu ilkeler artık kooperatif şeklinde örgütlenen ticari yapılara dönüşmeye başlamıştır²⁵.

¹⁷ Resmi Gazete, 8.12.2001, S.24607

¹⁸ Ünal Tekinalp ve Reha Poroy, Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, s.608.

¹⁹ Yazıcı, *1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'na Göre Kooperatiflerin Denetimi* s.31-35; Nurcan Turan, “Kooperatif İşletmelerin Ekonomik ve Toplumsal Kalkınmayı Gerçekleştirmede Başarı Sağlamalarında Etkili Olan Faktörler ve Bu Faktörlerin Türk Kooperatif İşletmeciliği Açısından Ele Alınması”. Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi IV/2 (2002) s.83-101; Armağan Örki, “Ekonomik Kalkınmada Kooperatiflerin Öneminin Örneklerle Değerlendirilmesi”. *Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 3(2) (2016) s.13-22.

²⁰ ILO, *Kooperatif İstatistikleri - Odak Noktası Türkiye*, Son güncelleme 9.2.2024, <https://www.ilo.org>.

²¹ Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca. *Şirketler Hukuku C 1*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s.12 vd.; İsmail Kırca ve Feyzan Şehirali Çelik, Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s. 45 vd.; Şaban Kayıhan. *Şirketler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2023, s.44 vd.

²² Üstün ve Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, s.4 vd.

²³ Üstün ve Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, s.11

²⁴ “Ticaret Bakanlığı, G-20 Ülkelerinde Kooperatifçilik”, Son güncelleme 05.05.2024, https://ticaret.gov.tr/data/5d4c0f8d13b876180c773fd5/G20_kitapcik%202022.12.2015%20son%20son%20son.pdf.

²⁵ Mustafa Aydemir. *Türkiye’de Tüketim Kooperatifleri ve AB Uygulamaları ile Karşılaştırılması*. Ankara: Ticaret Bakanlığı Uzmanlık Tezi, 2015, s.16; Ziya Gökalp Mülâym. *Kooperatifçilik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s.35.

İngiltere’de kooperatifler konusundaki ilk yasal düzenleme, *Friendly Societies Act 1846* olmuş, bundan kısa bir süre sonra ise *Slaney’s Act* olarak da bilinen ve kooperatif hareketinin kuruluşunda bir dönüm noktası kabul edilen *Industrial and Provident Societies Act 1852* kabul edilmiştir²⁶.

Kooperatifçilik yönünde ilk adımların 19. yüzyılın başında Robert Owen ve ondan sonra William King tarafından atıldığı kabul edilmektedir²⁷. Kooperatifçilik hareketinin modern anlamda ilk örneği İngiltere’nin Manchester şehrindeki Rochdale kasabasında William Cooper, Charles Howarth ve bazı tekstil işçilerinin 1844 yılında başlattığı *Rochdale Society of Equitable Pioneers (Rochdale Pioneers)* tüketim kooperatifi kabul edilmektedir²⁸. Ancak, yapılan bazı çalışmalar, kooperatifçiliğin başlangıcı olarak İskoçya’nın East Ayrshire bölgesindeki Fenwick köyünde bağımsız çalışan bazı dokumacıların 14 Mart 1761 tarihinde yaptıkları toplantı üzerine ortaya çıkan *The Fenwick Weavers’ Society* kabul edilmektedir²⁹. Sonraki süreçte bu kooperatiflere benzer şekilde pek çok kooperatif eklenerek 20. yüzyılın sonuna kadar bu sayı 2.000’i aşmıştır³⁰.

İngiltere’de kooperatif işletmelerin geliştirilmesi, teşviki ve iş birliği amacıyla kurulan “*Cooperatives UK*” ile kooperatiflerin çalışmalarının tek bir çatı altında ve kooperatif olarak örgütlenmesi sağlanmıştır³¹. Bunlar günümüzde 74 milyonun üzerinde kooperatif ortağı ile 7.500’i aşkın kooperatif, 9.000’i aşkın bağımsız işletmede 88 milyar Pound’a yakın toplam yıllık geliri temsil etmektedir³².

Günümüzde kooperatifler *Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014* (CCBSA) ile düzenlenmektedir. Ancak bu kanun ve ilgili mevzuatta kooperatif için yapılmış yasal bir tanım yer almamaktadır. CCBSA uyarınca *registered society* (tescilli topluluk) kavramı; kanunun yürürlük tarihi olan 1 Ağustos 2014 veya sonrasında bu kanun uyarınca veya söz konusu tarihten önce olmakla birlikte *Industrial and Provident Societies Act 1965* uyarınca tescil edilmiş olan veya tescil edilmiş sayılan toplulukları ifade etmektedir (CCBSA 1)³³. Kooperatifler de bu kapsamda tescil edilmektedir (CCBSA 2/1). Buna göre, arazi ile ilgili her türlü

²⁶ David Lambourne. *Slaney’s Act and The Christian Socialists, A study of how the Industrial and Provident Societies’ Act, 1852 was passed*. Peterborough: Limited Editions, 2008, s.11 vd.

²⁷ Mülâyim, s.41; Eddie Frow and Ruth Frow, “*The New Moral World Robert Owen & Owenism*”, Manchester & Salford, 1986, s.2 vd.

²⁸ Mülâyim, *Kooperatifçilik*, s.42; John K. Walton, “Co-operative Movement ve Rochdale Pioneers”. The Oxford Companion to British History (Ed. John Cannon), Oxford: Oxford University Press, 1997.

²⁹ Severin Carrell, “Strike Rochdale from the record books. The Co-op began in Scotland”, The Guardian, 7 August 2007. <https://www.theguardian.com/business/2007/aug/07/retail.uknews>. Ayrıca bkz. “Fenwick Weavers’ Society foundation charter, 1761”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.nls.uk/learning-zone/politics-and-society/labour-history/fenwick-weavers/>

³⁰ Aydemir, *Türkiye’de Tüketim Kooperatifleri ve AB Uygulamaları ile Karşılaştırılması*, s.21; Mülâyim, *Kooperatifçilik*, s.36. Sadece tarım kooperatifleri özelinde 2014 yılına ait çeşitli AB ülkesi istatistikleri ve özellikle Birleşik Krallık ile ilgili veriler için bkz. European agri-cooperatives (Cogeca). *Development of Agricultural Cooperatives in the EU 2014*. Brussels: Cogeca, 2015, s. 21 vd., s. 374 vd.

³¹ “Co-Operatives UK, Annual Report 2022”, <https://www.uk.coop>

³² “Co-Operatives UK, Co-operative and Mutual Economy 2023”, <https://www.uk.coop/resources/co-operative-and-mutual-economy-2023>.

³³ Geniş ve mukayeseli bilgi için bkz. Ian Snaith. *Handbook of Co-operative and Community Benefit Society Law*. Britol: Co-operatives UK in association with Jordan Publishing Ltd, 2014, s.8 vd.

işlem dahil olmak üzere, herhangi bir sanayi, işletme veya ticaret (*industry, business or trade*) konusunda faaliyet yapmak üzere CCBSA 2/2'deki şartları karşılayan bir topluluk, CCBSA uyarınca “kooperatif” olarak tescil edilebilmektedir.

Bir topluluğun kooperatif olarak tescili için en az 3 veya her ikisi de *registered society* olan 2 üyesinin bulunması (CCBSA 2/2-b), merkezinin İlgiltere’de olması ve kooperatife ait kuralların (*rules*) CCBSA 14’de belirtilen hususları içermesi gerekmektedir. Kooperatifler, buradaki finansal denetim kurumu olan *Financial Conduct Authority (FCA)* tarafından tescil edilmekte, tescil için gerekli şartların mevcut olup olmadığı da aynı kurum tarafından denetlenmektedir³⁴.

CCBSA’da kooperatifin tescili için kurucuların tescil memurunu *bona fide co-operative* olduğu yönünde ikna etmesi gerektiğine de işaret edilmektedir (CCBSA 2-a-i). Buna göre kooperatifin kendisi veya başka herhangi bir³⁵ kişiye yatırılan veya ödünç verilen bir para üzerinden faiz, temettü veya ikramiye ödenmesi için kâr elde etmek amacıyla iş yapmaması veya yapma niyetinde olmaması gerekmektedir (CCBSA 2-3).

II. KOOPERATİFLERİN DENETİMİ

A. TÜRK HUKUKUNDA KOOPERATİFLERİN DENETİMİ

1. Genel Olarak

Kooperatiflerin denetimi, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu, 1581 sayılı “Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu” ve 4572 sayılı “Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun” ve ilgili mevzuatta düzenlenmiştir.

Kooperatiflerin denetiminde; denetimin amacına, kaynağına, niteliğine ve denetçinin statüsüne göre çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır. Bu kapsamda amacına göre denetim; kooperatife ait belge, işlem veya hesapların önceden belirlenmiş olan kurallara uygun olup olmadığı açısından yapılan bir teknik incelemedir³⁶. Kooperatifin mali tabloları, faaliyet raporları ile performansının denetimi ve özel amaçlı denetim bu kapsamda yer almaktadır.

Mali denetim; kooperatifin ekonomik faaliyetleri ve gelir gider dengelerinde meydana gelen değişimler ile mali raporları ve hesaplarının belli kriterlere uygun olup olmadığının incelenip araştırılması ve tarafsız bir şekilde gözden geçirilerek ilgili kişilere bildirimde bulunulması amacıyla yapılan denetimdir³⁷.

Uygunluk denetimi; kooperatifin yapmış olduğu işlem ve faaliyetlerin mevzuat hükümlerine uygun olup olmadığının denetlenmesidir. Zira her kooperatifin, belirlenmiş olan amaca

³⁴ “Cooperatives Europe, UK Legal Framework Analysis National Report: United Kingdom”, s.4, <https://co-ops4dev.coop/sites/default/files/2020-12/UK%20Legal%20Framework%20Analysis%20National%20Report.pdf>

³⁵ “Cooperatives Europe, UK Legal Framework Analysis National Report: United Kingdom”, s.6.

³⁶ Ömer Naneli. *Türk Hukukunda Kooperatifler Üzerindeki İlgili Bakanlık Denetimi*. Gaziantep: Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.75.

³⁷ Fatma Karaorman. *Kooperatiflerde Denetim ve Tekirdağ İli Saray İlçesi Örneği*. Tekirdağ: Namık Kemal Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2013, s.27; Naneli, *Türk Hukukunda Kooperatifler Üzerindeki İlgili Bakanlık Denetimi*, s.75.

ulaşmasını sağlayacak çeşitli kural ve politikaları vardır. Kooperatifler kendi özel kuralları dışında aynı zamanda yasal ve idari birçok düzenlemeye de tabidir. Bu kurallar kooperatifin belli birimleri tarafından yerine getirilir. İşte kooperatif yönetiminin; ilgili kişi veya birimlerin söz konusu kurallara uygun davranıp davranmadığını belirlemek için denetçi vasıtasıyla yaptığı denetim uygunluk denetimi (*compliance auditing*) olarak adlandırılmaktadır³⁸.

Faaliyet denetimi; kooperatifin politikalarını ve bunların uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçların değerlendirilerek yeni teklifler sunma çalışmalarının³⁹; özel amaçlı denetim ise belli bir konu ve belli bir birime ilişkin olarak kooperatifin hesapları ve mali tabloları ve bunların dayanaklarının⁴⁰ incelenmesidir.

Kaynağına göre denetim ise kanuni denetim ve ihtiyari denetim olarak iki ayrı başlıkta incelenir. Bu doğrultuda kanuni denetim, kanunen yapılması zorunlu olan denetim türüdür. Bu denetimde, örneğin anonim şirketin kuruluşu, dağılması, başka bir şirket ile birleşmesi gibi hükümler uyarınca kamu denetçilerince özel denetim yapılması mümkündür⁴¹.

2. İç Denetim

Kooperatiflerde iç denetim, kooperatif işlem, faaliyet ve hesaplarının kooperatifin kendi içinde oluşturulan bir mekanizma vasıtasıyla denetlenmesini sağlayan denetim türüdür⁴². Kooperatifin genel kurulu, ortakları ve denetim kurulu tarafından yapılan denetim bu niteliktedir. Kooperatiflerde genel kurul denetimi, özünde, kooperatif işleyişinin ortaklar tarafından kurul halinde denetlenmesidir. Bu, kooperatiflerde yapılan tüm işlemlerin en yetkili organ olan genel kurulda görüşülmesi, diğer organların seçilmesi, ibrası ve kanunun öngördüğü hallerde organların hukuki sorumluluğuna gidilmesi sonucunu doğuran bir denetim türüdür⁴³.

İç denetimin ikinci türü ortaklar tarafından yapılan denetimdir. Yukarıda izah edildiği üzere kooperatiflerin amacı öncelikle ortaklarının ekonomik çıkarlarını ve özellikle meslekleri ve hayatlarının idamesi için ihtiyaç duydukları şeyleri, dayanışma ve yardımlaşma araçları kullanmak suretiyle karşılamak olduğundan, kanun koyucu, kooperatiflerde bu amaca uygun hareket edilip edilmediğini belirlemek üzere ortaklara bazı haklar tanımıştır. Aynı zamanda kooperatifçiliğe hâkim olan ilkelerden ortaklığın demokratik yönetimi ve ortaklık işleyişine ortakların katılımının sağlanması ilkelerinin de sonuçlarından olan bu haklar; “bilgi edinme” ve “suret istemek” ile “izin almak kaydıyla defter ve belgeleri incelemek” (KoopK 24); “genel kurul toplantılarına katılmak”, “seçmek ve seçilmek” (KoopK 26); “genel kurulu toplantıya

³⁸ Melih Erdoğan ve Nurten Erdoğan, Nuran Cömert, Ali Kamil Uzun, Sezen Uludağ. *Denetim*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2018, s.5-6.

³⁹ Erdoğan vd., *Denetim*, s.6; Halim Akbulut. *Muhasebe Denetiminin Etkinliğini Sağlamada Denetim Komitesinin Rolü: Bağımsız Denetim Firmalarına Yönelik Bir Araştırma*. Afyonkarahisar: Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 7-8

⁴⁰ Akbulut, *Muhasebe Denetiminin Etkinliğini Sağlamada Denetim Komitesinin Rolü: Bağımsız Denetim Firmalarına Yönelik Bir Araştırma*, s. 8.

⁴¹ Karaorman, *Kooperatiflerde Denetim ve Tekirdağ İli Saray İlçesi Örneği*, s.28; Naneli, *Türk Hukukunda Kooperatifler Üzerindeki İlgili Bakanlık Denetimi*, s.78.

⁴² Kavram için bkz. Erdoğan vd., *Denetim*, s.7

⁴³ Üstün ve Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, s.329.

çağırarak” (KoopK 44); “gündeme madde eklemek” (KoopK 46/3) ve “dava etmek” (KoopK 65-66) şeklinde sıralanabilir⁴⁴.

Üçüncü olarak; kooperatifin genel kurul tarafından en fazla dört yıl süreyle görevlendirilebilen (KoopK 65/2) denetçiler vasıtasıyla denetimi de iç denetim türlerinden biridir⁴⁵. Denetim organı, kooperatifin genel kurul adına (KoopK 65/1) denetimini yapmak üzere yine genel kurul tarafından oluşturulur⁴⁶. Genel kurul tarafından seçilmesinin denetçilerin bağımsızlığını zedelediği yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁷. Genel kurul, oluşturacağı bu denetim organı için atayacağı denetçi sayısı kadar yedek üye de seçebilecektir (KoopK 65/2).

Kooperatiflerin iç ve dış denetimine ilişkin olarak 1163 sayılı “Kooperatifler Kanunu”, 1581 sayılı “Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu” ve 4572 sayılı “Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanunu”nun ilgili maddelerine dayanılarak hazırlanmış olan “Kooperatif ve Üst Kuruluşların Denetimine Dair Yönetmelik”⁴⁸ uyarınca kooperatifin denetleme organı tarafından yapılacak denetimin konusu ve kapsamı “Kooperatifin faaliyet konusu içerisinde, tüm işlemlerinin mevzuatta belirlenen usul ve esaslara uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediği, gelir tablosu hesaplarıyla bilançonun defterlerle uygunluk halinde bulunup bulunmadığı, defterlerin düzenli bir surette tutulup tutulmadığı ve gelir tablosu hesaplarıyla mameleki hakkında uyulması gerekli olan hükümlere göre işlem yapıp yapılmadığı” şeklinde belirlenmiştir (m. 5). Söz konusu yönetmelik; denetleme organı için üye seçimi, üyelerin azledilmesi ve üyeliklerde gerçekleşen boşalmalar (m. 6), üyelerin nitelikleri (m. 7), görev ve yetkileri (m. 8), sorumlulukları (m.9), ücretleri (m. 10) hazırlayacakları yıllık çalışma raporu (m.11-12) gibi hususları düzenlemektedir.

Kooperatifler için anasözleşmeleri veya genel kurulda alınacak bir kararla denetim görev ve yetkileri artırılabilir gibi ara denetlemeler de öngörülebilir (KoopK 65/5).

Denetçilerin kooperatifin çalışma konusu, ortak sayısı ve cirosu vb. hususlar göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekir (KoopK 65/3). Denetimin niteliğini artırmak ve dolayısıyla kooperatifin ve aynı zamanda ortakların amaçlarının gerçekleşmesi için bu önemli bir noktadır. Kanunda yönetim kuruluna seçilecek kurul üyeleri bakımından öngörülmüş olan, seçildikten itibaren en geç dokuz ay içinde tamamlanması gereken eğitim programına ilişkin şart denetçiler bakımından da bir gereklilik olduğu belirtilmiştir (KoopK 65/3). 2021 yılında kanunda yapılan bu değişiklikle birlikte söz konusu şart artık yasal bir zemine oturmuştur. Söz konusu kanun değişikliği bağlamında 2022 yılında “Kooperatifçilik Eğitim Yönetmeliği ile Kooperatiflerin Üst Kuruluşlarında Denetim Yapacakların Eğitimine İlişkin Usul ve Esaslar Yönetmeliği”⁴⁹ çıkarılmıştır. Ancak bahsedilen bu yasal düzenlemelerin kooperatiflere ilişkin sorunları ne ölçüde giderebileceği, eğitime tabi kimselerin ve kooperatif yönetiminin mevzuata

⁴⁴ Doktrinde yapılan tasnifler için bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, 2015, s.666; Kayıhan, *Şirketler Hukuku*, s.359.

⁴⁵ Kayıhan, *Şirketler Hukuku*, s.359.

⁴⁶ Yazıcı, *1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na Göre Kooperatiflerin Denetimi*, s.144.

⁴⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, s.688.

⁴⁸ 7339 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Resmi Gazete, 01.02.2022, S. 31737.

⁴⁹ Resmi Gazete, 14.01.2022, S. 31719,

uygun hareket etme motivasyonu ile ortaklık işleyişinin denetiminin ne şekilde yapılacağı ile ilişkilidir. Bu anlamda yapılan yasal düzenlemelerin sonuçlarının ilerleyen süreçte ortaya daha net bir şekilde çıkacağı öngörülmektedir.

3. Üst Birlik Denetimi

En az yedi kooperatif kendi aralarında birleşerek kooperatif birlikleri kurabilir ve bu birlikler de birleşerek kooperatif merkez birliklerini meydana getirir (KoopK 70, 72). Üst birlik denetimi Bakanlık tarafından “Kooperatif Birlikleri, Kooperatif Merkez Birlikleri ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliği” ne yetki verilmesi durumunda bu birlikler tarafından birliklere üye olan kooperatiflerin denetlenmesidir (KoopK 75). Kooperatif merkez birlikleri, kendilerine bağlı olan birlikler ile kooperatifleri denetleyebilir. Aynı hükümde, merkez birliğin bulunmaması halinde, üst kuruluş olarak birliğin kooperatifi denetleme yetkisinin bulunduğu ve üst birlik denetimi sonucunda oluşturulan raporun bakanlığa iletilmesi gerektiği de düzenlenmektedir.

Üst birlik denetimine ilişkin KoopK 75 hükmünün lafzından anlaşılabileceği üzere, söz konusu denetim türü, ihtiyari olarak kabul edilen üst birlik üyeliğinin varlığı halinde mümkündür. Başka bir ifadeyle; üst birlik denetimi yapılabilmesi için öncelikle kooperatifin bir üst birliğe üye olması gerekmektedir. Kooperatif amacının elde edilebilmesi bakımından önem arz eden denetim konusunun etkili işleyişinin gerekli kıldığı düşünülen üst birlik denetiminin kooperatiflerin ihtiyarına bırakılması hususu, kanaatimizce gözden geçirilmeye muhtaçtır. Üst birlik denetimine ilişkin kural KoopK 75 hükmü olmakla birlikte ilgili bakanlığın, kendisine iletilen durumlarda kooperatifin denetiminin yapılması adına üst birlikleri görevlendirebileceği hususu ise KoopK 91 hükmü ile ayrıca düzenlenmiştir. Bu hüküm bağlamında denilebilir ki kanun koyucu m.75 hükmü ile açıkta kalan, üst birliğe üye olmayan kooperatifler bakımından üst birlik denetiminin ihtiyaç halinde dolaylı olarak giderilmesini öngörmüştür.

4. Dış Denetim

Kooperatiflerin dış denetimi denildiğinde incelenmesi gereken kanun hükmü “teftiş ve denetleme” başlıklı KoopK m.90 hükmüdür. Bu kapsamda kooperatiflerin dış denetimi, kooperatiflerin mevzuata uygun bir yönetim ve işleyişinin olup olmadığının, mali konulardaki durumunun denetlenmesidir. Söz konusu hükme göre “İlgili bakanlık; kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin işlem ve hesaplarını ve varlıklarını müfettişlere, kooperatif kontrolörlerine veya denetim için görevlendirilecek olan personele denettirebilir”.

Buna göre, kooperatiflerde dış denetim, ilgili Bakanlıklar, noter, sicil müdürlüğü ile çeşitli bağımsız denetim kuruluşları tarafından yapılan denetimi ifade eder. “Dış denetim” ile özellikle; kooperatif veya birliğin Bakanlıktan alması gereken kuruluş iznine sahip olup olmadığı, ortaklık işlemlerinin esas sözleşmeye uygun yürütülüp yürütülmediği, organların esas sözleşmeye uygun şekilde oluşturulup oluşturulmadığı, denetçiler tarafından denetim görevinin kanuna uygun olarak yapılıp yapılmadığı araştırılmaktadır. Bu anlamda dış denetimin bir bakıma iç denetimin sağlamasını yapan veya iç denetimin kooperatifin dış denetime hazırlanmasını sağlayan karşılıklı mekanizmalar olarak tasarlandığı söylenebilir.

Kooperatiflerin işleyişinde fark edilip bakanlığa iletilen hususlarda Bakanlık tarafından üst birliklerin ilgili kooperatifin denetlenmesi için görevlendirilmesini öngören KoopK 91 hükmü de esas itibarıyla bir dış denetim aracıdır. Söz konusu hükme göre “İlgili bakanlık; kooperatif üst kuruluşlarını, ilgili müesseseleri ve bağımsız denetim kuruluşlarını denetleme işleri için görevlendirebilir. Bunlara müteallik esaslar 90 ıncı madde gereğince hazırlanacak Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirtilir”.

Kooperatiflerin iç ve dış denetimine ilişkin “Kooperatif ve Üst Kuruluşların Denetimine Dair Yönetmelik”⁵⁰ uyarınca dış denetimin konusunu, “kooperatiflerin finansal tablolarının; kooperatiflerin tabi olduğu 1163 sayılı Kanun, 6102 sayılı Kanun, 213 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatına göre hazırlanıp hazırlanmadığı, gelir ve giderlerinin dayanağını oluşturan belgelerin ilgili mevzuata uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği, gelir ve gider hesapları ile bilanço hesaplarının defter, kayıt ve belgelerle uyumlu olup olmadığı hususları” oluşturmaktadır (m. 13/1). Dış denetim, “yönetim kurulu yıllık faaliyet raporu içerisinde yer alan finansal bilgileri” de kapsamaktadır (m. 13/2).

Yönetmelik uyarınca “dış denetime tabi olduğu halde söz konusu denetimi yaptırmayan kooperatiflerin finansal tabloları, yönetim kurulu yıllık faaliyet raporu ve ibra konularında alınan genel kurul kararları geçersizdir” (m.15/5). Yönetmelikte; dış denetim yapabilecekler (m. 14) ve nitelikleri (m.16), dış denetime tabi kooperatifler (m.15), Dış denetime yetkili birlikler ile merkez birlikleri (m. 18-20), Dış denetçinin çalışma usulü ile görev ile yetkileri (m. 21, 24), dış denetim teknikleri (m. 23), dış denetçi (m. 25) ve kooperatifin (m. 26) yükümlülükleri, seçimi, göreve başlaması veya görevden alınması gibi hususları (m. 27-30), uyacağı etik ilkeleri (m. 31-37), dış denetim raporunun hazırlanması, genel kurula sunulması ve asgari içeriği (m. 38, 39) gibi hususlarda düzenlemeler içermektedir.

Yönetmelik ayrıca “Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KKGK) tarafından yetkilendirilen bağımsız denetçiler hariç olmak üzere, bu yönetmelik kapsamında dış denetim yapacak dış denetçilere, Bakanlık veya Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları veya üniversiteler tarafından eğitim verileceğini” de öngörmektedir (m. 17).

5. Denetime Yönelik Eleştiriler

Yukarıda ifade edildiği üzere, kooperatiflerin denetimi genel olarak iç denetim, üst birlik denetimi ve dış denetim olarak üç başlık altında incelenmektedir. Kooperatiflerin kuruluşundan işleyişine kadar her türlü ihtiyacın karşılanmasında güven esası geçerli olduğundan, ortakların birbirlerine ve yine ortakların yöneticilere ve denetçilere olan güveninin korunmasında en etkili mekanizmalardan biri denetimdir. Bu doğrultuda ülkemizde özellikle kooperatiflerin etkili ve yararlı şekilde denetiminin yapılmadığı ifade edilmekte ve yapılan denetimin ise yetersiz olduğu savunulmaktadır ⁵¹. Bu kapsamda denetim kurulunun görevini eksiksiz olarak

⁵⁰ Bkz. yukarıda dn. 48 s.9.

⁵¹ Pınar, Hamdi, “Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/2 (2014) s.168; Oğuz Mete. *Kooperatiflerde İç ve Dış Denetim*. Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, 2017, s.105.

yerine getirip getirilmediğinin tartışılmasının yanında denetim kurulu üyelerinin çoğunlukla yeterli bilgiye sahip kişilerden oluşmaması da etkili bir denetimin yapılamamasında gerekçe olarak gösterilmektedir. Zira uygulamada denetçiler, genellikle kooperatifin yönetim kurulu-nun önerdiği kişiler veya yönetim kurulunun yakın çevresi arasından seçilmekte ve dolayısıyla denetim kurulu hiyerarşik olarak yönetim kurulu üyelerinin ve kooperatif müdürlerinin altında yer almaktadır⁵².

KoopK 65/2 uyarınca ortaklar haricinde kooperatif ortağı olmayan denetçilerin de denetim görevinde bulunabilmesine imkân tanınmasına karşın ilgili hükme uygulamada başvurulmadığı belirtilmektedir. Bu yüzden kooperatiflerin denetimi, kooperatif dışından seçilen ve hukuk, maliye ve kooperatifçilik mevzuatına hâkim denetçiler tarafından yapılacaktır, denetim faaliyeti profesyonel olmayan denetçiler tarafından yerine getirilmektedir.

6. Denetçilerin Hukuki ve Cezai Sorumlulukları

Kooperatiflerin tüm işlem ve hesaplarını denetleyecek kişilerin yükümlülüklerine ilişkin hükümler, KoopK 66-69 arasında düzenlenmektedir. Ancak kanunda, denetçilerin hukuki sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bundan dolayı KoopK 98 uyarınca anonim şirketlerde denetçilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin düzenlendiği TTK m.554, kooperatif denetçileri için de uygulanacaktır⁵³. TTK m.554 uyarınca “denetçilerin, kanuni görevlerinin yerine getirilmesine kusurlu hareket etmeleri sonucunda, şirkete, ortaklara ve kooperatif alacaklılarına karşı verdikleri zarardan dolayı sorumlu tutulmaları” gerekir⁵⁴.

Söz konusu hüküm uyarınca, kooperatif denetçilerinin hukuki sorumluluklarının doğabilmesi için öncelikle bir zararın mevcut olması ve bu zararın, kooperatif denetçileri tarafından kanuni görevleri yerine getirilirken kusurlu olarak hareket etmeleri sonucunda meydana gelmesi gerekir⁵⁵.

Kooperatifin, ortakların ve alacaklılarının uğradıkları zararı tazmin edebilmeleri için her birine ayrı ayrı dava hakkı tanınmıştır. Düzenlemeye göre, kooperatifin uğramış olduğu zararın tazmini için kooperatifin ve her bir ortağın dava hakkı bulunmaktadır. Kural bu olmakla beraber, kooperatif ile denetçileri arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğundan hukuki sorumluluk davası yoluna da ancak bu sözleşme ihlali gerekçesi ile başvurulabilecektir. Bu hususta kooperatife karşı sorumluluk dolayısıyla TBK m.112’de yer alan genel hükümler uyarınca, kooperatifin denetlenmesi konusunda denetçilere yüklenen borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği

⁵² Mete, *Kooperatiflerde İç ve Dış Denetim*, s.105.

⁵³ Pınar, “Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu”, s.143; Ayşe Aktaş, *Kooperatif Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Cezai Sorumlulukları ve Sorumluluğun Tabi Olduğu Genel Esaslar*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.129.

⁵⁴ Aktaş, *Kooperatif Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Cezai Sorumlulukları ve Sorumluluğun Tabi Olduğu Genel Esaslar*, s. 129.

⁵⁵ Seçkin Cenkş. “Kooperatiflerde Denetim Kurulu Üyelerinin Özellikleri ve Etkili Bir Denetim Faaliyeti İçin Bilinmesi Gereken Görev, Yetki ve Sorumluluklar”. Yaklaşım, 2007/51 <https://portal.yaklasim.com/dergi/2007-10>; <https://ticaret.gov.tr/> (erişim: 06.05.2024); Karaorman, *Kooperatiflerde Denetim*, s.33; Üstün ve Aydın, *Kooperatifler Hukuku*, s.320.

gibi yerine getirilmemesi halinde, kendilerine hiçbir kusurun yükletilemeyeceğini ispat etmedikleri sürece kooperatifin zararını giderme yükümlülüğü doğacaktır⁵⁶.

Kooperatif denetçilerinin, görev ve yetkilerini kötüye kullanarak genel kurula gerçeğe aykırı ve yanıltıcı raporlar sunarak yöneticilerin zimmetlerine geçirdikleri paraları ortaklardan gizlemeleri ve bu şekilde yöneticilerin suçlarını kolaylaştırmaları durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri gereği zimmet suçuna iştirak hükümlerine göre cezalandırılacaklar ve dolayısıyla kooperatif denetçileri hakkında TCK'nın genel hükümleri uygulanabilecektir⁵⁷.

B. İNGİLİZ HUKUKUNDA KOOPERATİFLERİN DENETİMİ

1. Genel Olarak

Kooperatiflerin denetimi ile özellikle kooperatifin demokratik yapısının korunması ve şeffaflığının sağlanması amaçlanmaktadır. Denetim ile üçüncü şahısların, yöneticilerin ve ortakların çıkarları da gözetildiğinden, denetimin esasen her türlü işletme için genel bir araç olduğu, bu doğrultuda özellikle ekonomik gelişmelerin, üyelerin doğrudan katılımına izin vermeyen bir kooperatif sistemi gerektirdiği durumlarda, denetim aynı zamanda ortakların demokratik haklarına saygı gösterilip gösterilmediğinin kontrolünü de sağlaması gerektiğine dikkat çekilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla kooperatiflerin denetimi de tıpkı diğer şirketlerin denetiminde olduğu gibi, denetçilerin kooperatifin faaliyetleri hakkında bilgi edinebilmelerini sağlayacak her türlü bilgi ve belgeye ulaşması ile mümkün olmakta ve kooperatif denetimi ile hem yönetim ve idarenin işlemleri hem de yapılan harcamaların kontrolünün yapılması gerekmektedir⁵⁹.

İngiliz hukukunda özel mevzuatı olsa da şirketlerin denetimine dair düzenlemeler bazı kooperatiflere de uygulanmaktadır. Bu nedenle öncelikle şirketlerin denetimine ilişkin düzenlemelerin gelişimine kısaca bakılacaktır. Şirketlerin bağımsız (dış) denetime ilişkin düzenlemeler tarihi süreç içerisinde burada pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu gelişmeler arasında ilk olarak *Bubble Companies Act 1720 (Royal Exchange and London Assurance Corporation Act 1719)* uyarınca tasarruf sahiplerinin korunmasını sağlamak üzere şirketlerin kuruluş aşamasında denetlenmesi ön görülmüştür⁶⁰. *Joint Stock Companies Act 1844* ile anonim şirketlerde

⁵⁶ Bu konuda bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, s.689; Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul: On İki Levha, 2012, s. 459 vd.; Güzin Üçışık ve Ahmet Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt I*, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2013, s. 515; Fatıma Ezgi Çelik, *6102 Sayılı TTK Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Özel Denetim*, İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 84 vd; Mustafa İsmail Kaya, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16/ Özel Sayı - Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (2015) s.3261-3286; Ramazan Yanık, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Denetçi Sorumluluğu ve Borç-Alacak Hesaplarının Denetimine İlişkin Bir Öneri", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 27/4 (2013), s.363.

⁵⁷ Cenkış, *Kooperatiflerde Denetim Kurulu Üyelerinin Özellikleri ve Etkili Bir Denetim Faaliyeti İçin Bilinmesi Gereken Görev, Yetki ve Sorumluluklar*, s.7; Karaorman, *Kooperatiflerde Denetim*, s.35; Aktaş, *Kooperatif Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Cezai Sorumlulukları ve Sorumluluğun Tabi Olduğu Genel Esaslar*, s.133.

⁵⁸ Henry, Hagen. *Guidelines for Cooperative Legislation*, Geneva: ILO, 2012, s.95 vd.

⁵⁹ Henry, *Guidelines for Cooperative Legislation*, s.50.

⁶⁰ Graeme Acheson ve Michael Aldous, William Quinn, "The anatomy of a bubble company: The London Assurance in 1720", The Economic History Review, Advance online publication. (<https://pure.qub.ac.uk/en/publications/the-anatomy-of-a-bubble-company-the-london-assurance-in-1720>)

yöneticilerin isim ve ikamet adreslerinin tescili ile bilançonun tam ve dürüst şekilde hazırlanması zorunlu kılınmıştır. Tescil sistemi ise *Joint Stock Companies Act 1856* ile revize edilmiştir. Aynı Kanun kapsamında denetçi atanması zorunlu tutulmuş, fakat denetçilerin bağımsızlığı ve uzman olmaları konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunda daha sonra denetçilerin bağımsızlığını sağlamak üzere kanun değişikliğine gidilmiştir (m. 38, 118).

İngiltere’de şirketlerin bağımsız dış denetimleri hakkında 1789 yılından başlayarak pek çok kez kanun değişikliği yapılmış ve bu değişiklikler ile etkili bir dış denetimin yanı sıra şeffaflık ve hesap verilebilirlik amaçlanmıştır. 1900 yılında sınırlı sorumlu şirketlerin denetime tabi tutulması zorunluluğu getirilmiş, bu kapsamda yöneticiler ile şirket çalışanlarının denetim kapsamında gerekli tüm bilgileri denetçilere iletmesi yükümlülüğü yer almıştır⁶¹. *Companies Act 1976* denetçilere gerçeğe aykırı bilgi verilmesi suç sayılmıştır (m.19)⁶². Daha sonra *Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004* ile denetçilerin bilgi almasına dair düzenlemelerde değişiklik yapılarak denetçinin, denetlediği şirket defterlerine, hesaplarına ve belgelere her zaman ulaşabileceği hüküm altına alınmış (CA 2004 389A), ayrıca, kasten veya kusurla denetçiye yazılı ya da sözlü yanıltıcı ve yanlış bilgi veren ya da denetçinin denetime ilişkin talep ettiği bilgileri vermekten imtina eden kişilerin hapis ve/veya para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür⁶³.

2. Denetimin Türleri

Kooperatiflerin denetimi, çeşitli kriterlere göre belirlenen denetçiler tarafından yapılmaktadır. Genel anlamda iç denetim, kooperatifin üyeleri arasından seçilecek kişiler tarafından yapılan denetimdir⁶⁴. Bu halde denetimle görevli kişilerin sayıları, görev süreleri, denetçilerde aranan nitelikler, yetki, görev ve maaşları ile hukuki ve cezai sorumlulukları da genel kurul tarafından belirlenmektedir. Bu doğrultuda kooperatiflerin denetimi, ortakların kooperatif işlerine daha fazla katılımını sağlamanın bir yolu olarak öngörülmektedir.

Dış denetim ise üst düzey bir kooperatif organizasyonu veya kooperatif ile aralarında sözleşme ilişkisi bulunan denetçiler tarafından yapılmaktadır⁶⁵. İngiltere’de bir önceki hesap yılında ciroları 10,2 milyon sterlin, brüt varlıkları 5,1 milyon sterlinin üstünde olan kooperatifler bağımsız (profesyonel) denetime tabi iken, bu miktarın altında olanlar söz konusu denetim kapsamı dışında ancak genel kurul kararıyla kalabilmektedir⁶⁶. Kooperatiflerin bu hizmeti

⁶¹ Montague Barlow, “The New Companies Act, 1900”, *The Economic Journal*, 11/42 (Jun., 1901), s. 180-192 s.189.

⁶² “Companies Act 1976” (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/69/part/I/enacted>)

⁶³ “Guide-on-Cooperative-Audits”, (https://www.eurosai.org/export/sites/eurosai/content/documents/Guide-on-Cooperative-audits_ISSAI-5800.pdf); “Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004”, (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/27/contents>); Ulusoy, Yasin. *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.64.

⁶⁴ Henry, *Guidelines for Cooperative Legislation*, s.95

⁶⁵ Henry, *Guidelines for Cooperative Legislation*, s.95; Köroğlu, Semiha: “Avrupa Birliğinde ve Türkiye’de Tarımsal Örgütlenme”, Ankara: Tarım ve Köyşleri Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Topluluğu Koordinasyon Daire Başkanlığı Uzmanlık Tezi, 2003, s.50.

⁶⁶ “Community Shares Finance Guide, Audit requirements”, (<https://www.uk.coop/resources/community-shares-finance-guide/2-accounting-community-shares/23-audit-requirements>).

sağlayamadığı durumlarda ise kooperatifin geçici denetimi bir kamu kurumu tarafından sağlanmaktadır.

3. Denetçiler

Kooperatiflerin her hesap yılında, o yıla ait hesapları ile bilançosunu denetlemek üzere bir veya daha fazla *qualified auditors* (nitelikli denetçi) ataması gerekmektedir (CCBSA 83/1). Kooperatifin *small society* (küçük topluluk) olması (CCBSA 83/4) halinde, hesaplarını ve bilançosunu denetlemek üzere *qualified auditors*⁶⁷ olmayan iki veya daha fazla kişiyi ataması gerekmektedir (CCBSA 83/2). FCA, belli şartlar altında *small society* niteliğinde olanların da denetçi ataması konusunda CCBSA 83/1'e göre hareket etmesini isteyebilmektedir (CCBSA 83/3).

Kooperatif veya onunla ilişkili başka herhangi bir kooperatif veya diğer *registered society* bünyesinde görevli (*officer*) veya onun çalışanı (*employee*) olan bir kimse veya böyle bir kişinin çalışanı, işvereni (*employer*) veya ortağı (*partner*) olan bir kişi yahut *Companies Act 2006* da öngörülen bağımsızlık şartına ilişkin hüküm (CA 2006 1214) gereği, topluluğun yan kuruluşu olan bir şirketin yasal denetçisi olarak hareket etmesi yasaklanmış bir kişinin denetçi olarak atanması mümkün değildir (CCBSA 92/2). Bu kapsamda, bir kooperatif başka bir kooperatif veya toplulukla (*registered society*); (a) biri diğerinin veya (b) her ikisi de başka bir topluluğun bağlı ortaklığı (*subsidiary*)⁶⁸ ise “bağlı” kabul edilmektedir (CCBSA 92/3).

Denetçilerin kendileri tarafından incelenen hesaplar ve ilgili yıla ait gelir gider hesabı ve bilançosu ile ilgili olarak kooperatife bir rapor sunmaları (CCBSA 87/2) ve raporu hazırlarken; kooperatifin CCBSA 75 uyarınca gerekli defterleri tutup tutmadığı ve işlemleri üzerinde tatmin edici bir kontrol sistemi kurup kurmadığı ile gelir gider hesabı, raporun ilgili olduğu diğer hesaplar ve bilançonun kooperatifin defterleriyle uyumlu olup olmadığını incelemeleri (CCBSA 87/4), uyumlu değilse bunu raporlarında belirtmeleri (CCBSA 87/5) gerekmektedir.

Bu kapsamda denetçilerden her biri kooperatifin defterleri, işlemleri, hesapları ve işlemleriyle ilgili diğer tüm belgelere her zaman erişim hakkına sahip olduğu gibi görevlerini yerine getirmeleri için gerekli olduğunu düşündükleri bilgi ve açıklamaları dernek yetkililerinden talep etme hakları da bulunmakta (CCBSA 87/6), bunları elde edemedikleri takdirde durumu raporlarında belirtmeleri gerekmektedir (CCBSA 87/7).

Denetçilerin kooperatifin herhangi bir genel kuruluna katılmaları, böyle bir toplantı ile ilgili olarak kooperatifin herhangi bir üyesinin alma hakkına sahip olduğu tüm bildirim (*notices*) ve iletişimleri (*communications*) almaları ve katıldıkları toplantılarda, toplantı işlerinin denetçi olarak kendilerini ilgilendiren herhangi bir bölümünde söz almaları mümkündür (CCBSA 87/7).

Denetlenen kooperatif tarafından ödenecek azami ücret oranları yönetmelikle belirlenmektedir (CCBSA 97/1). Özel durumlar hariç olmak üzere (CCBSA 97/2), denetçiler,

⁶⁷ *Qualified auditors* kavramı *Companies Act 2006, Part 42* gereği denetçi olarak atanmaya uygun bir kişiyi ifade etmektedir (CCBSA 91).

⁶⁸ Bu konuda ayrıca bkz. CCBSA 100 ve 101.

gördükleri hizmete ilişkin olarak mevzuatta öngörülen oranın üzerinde ücret talep etme veya alma hakkına sahip değildir (CCBSA 97/3).

CCBSA ayrıca denetçilerin atanması veya görevden alınmasına ilişkin kararlar (m. 94), denetçilerin beyanları (CCBSA 95) ve denetçi beyanlarının internet sitesinde yayınlanması (CCBSA 96) konularına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler de içermektedir. Denetçilerin; kooperatife genel kurul tarihinden önce herhangi bir zamanda, amaçlanan kararlar ilgili olarak yazılı beyanda bulunması veya böyle bir beyanda bulunma niyetinde olduğunu bildirmesi mümkün olduğu gibi kooperatif tarafından üyelerine denetçinin beyanda bulunma niyetinde olduğu veya alınmak istenen kararın üyelere bildirilmesinden önce denetçi tarafından yapılan ve kooperatif tarafından alınan her türlü beyan konusunda bilgi verilmesini talep edebilir (CCBSA 95/2).

4. Denetim Raporu

Denetçiler tarafından hazırlanan raporun içeriğinde; ilgili yıla ait gelir gider hesabı ve bilançonun CCBSA 80/1-3 arasında belirtilen hususlara ilişkin doğru ve adil bir görünüş (*true and fair view*) sunup sunmadığı; söz konusu gelir gider hesabı ve bilançonun Kanunun diğer gereklerine uygun olup olmadığı ve şayet rapor başka hesaplarla ilgiliyse, bu hesapların ilgili oldukları konuda doğru ve adil bir görünüş sunup sunmadığı hususlarının yer alması gerekmektedir (CCBSA 87/3).

SONUÇ

Türk hukukunda ortaklarının ekonomilerini geliştirme, menfaatlerini koruma ve bunları güven altına alma amacıyla kurulması öngörülen kooperatifler, karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma esasına dayanan bir ortaklık modelidir. Bu doğrultuda kooperatifler, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu başta olmak üzere çeşitli kanun ve yönetmeliğe tabidir.

Kooperatiflerde denetim; iç, dış ve üst birlik denetimi şeklinde üçe ayrılmaktadır. Bu denetimlerle kooperatif işlemlerinin etkili şekilde incelenerek eksikliklerin giderilmesi amaçlanmaktadır. Uygulamada kooperatiflerde denetimin etkin bir şekilde yapılamamasının toplumda kooperatifçiliğe karşı olan güveni olumsuz etkilediği izlenmektedir. Denetimin, mesleki bilgi ve yeterliliğe sahip denetçiler tarafından yapılması önem arz etmektedir. Kooperatif denetimine öncelikle uzmanlık bilgisine sahip kişilerin görevlendirilmesi, mevzuatın dünyadaki başarılı kooperatifçilik uygulamaları dikkate alınarak güncellenmesi ve ortakların haklarının korunduğu bir denetim modelinin kurulması önemlidir. Bu bağlamda, 22.08.2022 tarihinde kabul edilip yürürlüğe giren “Kooperatiflerin Üst Kuruluşlarında Denetim Yapacakların Eğitimine İlişkin Usul ve Esaslar” incelendiğinde, Türk Hukuku bakımından eksikliği hissedilen etkin denetim mekanizmasının işletilebilmesi için gerekli bir yasal alt yapının kurulmasının amaçlandığı görülmektedir. Yönetmeliğin yürürlüğünü sağlama yetkisine sahip olan Ticaret Bakanlığı’nın, yönetmeliğin gerektiği şekilde hayata geçirilmesi ve kooperatif faaliyetlerinin etkili denetimi hususunda azami özen göstermesinin, denetime ilişkin mevcut sorunları gidermede önemli rol oynayacağı düşünülmektedir.

Denetçilerin ortaklar arasından ve denetçilerin genel kurul kararıyla seçilmesi (KoopK 65/2), kanaatimizce denetimin bağımsızlığını zedelemektedir. Bu anlamda Türk hukukunda kooperatiflerin denetimine ilişkin sorunun, denetçinin kim tarafından ve hangi vasıfları haiz kimseler arasından seçileceği hususunda yoğunlaştığını ifade etmek gerekir.

Çalışmada kooperatifler ve denetiminin İngiliz hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmasının temel nedeni, İngiltere'nin başarılı kooperatifçilik uygulamalarının doğduğu yer olarak kabul edilmesidir. Sanayi Devrimi'nin etkisiyle toplumda iş gücüne duyulan ihtiyacın azalmasının, kişileri dayanışma içinde olmaya yönelttiği ve bu amaçla İngiltere'de kooperatifçiliğin temelini oluşturan birçok yapının kurulduğu görülmektedir. İngiliz hukukunda kooperatifleri düzenleyen temel kanun 2014 yılında kabul edilmiştir. Geline süreçte İngiliz hukukunda kooperatiflerin denetimi çeşitli kurallara tabi tutulmuş ve denetçilerin her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilmeleri ile hukuki ve cezai sorumlulukları gibi konularda çeşitli düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Çalışmanın ilgili kısımlarında da değinildiği üzere, tarihi süreçte hayata geçirilen hukuki düzenlemelerden kooperatifin denetimine ilişkin olanlarına bakıldığında, Türk hukuku bakımından uygulamada görülen sorunların kaynağını ortadan kaldıracabilecek nitelikte önemli kuralların getirildiği görülmektedir. Denetçinin kim tarafından hangi koşullarda hangi kriterlere uygun olarak belirleneceği hususu yapılacak denetim sonunda umulan faydanın elde edilebilmesi bakımından önemlidir.

Bütün bunların yanı sıra, özellikle eğitim konusunda, kooperatif üye ve denetçilerinin yanı sıra yargılama sürecine eşlik eden kimselerin kooperatifçiliğe dair bilgi ve deneyiminin de son derece önemli olduğunu ve buna ilişkin eksiklerin tespit edilip giderilmesi noktasında çalışmaların gerekliliğini de ifade etmek gerekir. Ancak diğer alanlarda olduğu gibi kooperatifler bakımından başarılı sonuçların alınabilmesi, mevzuata muhatap olan kimselerin bunlara uyma motivasyonlarıyla yakından ilgilidir. İşbu çalışmayla, sosyolojik bir değerlendirmeye de kapı aralayan bu hususun ticaret hukuku bağlamında değerlendirilmesi yapılarak sorunların çözümüne katkı yapılması amaçlanmıştır.

KAYNAKÇA

- “Co-Operatives UK, Annual Report 2022”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.uk.coop>.
- “Co-Operatives UK, Co-operative and Mutual Economy 2023”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.uk.coop/resources/co-operative-and-mutual-economy-2023>.
- “Community Shares Finance Guide, Audit requirements”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.uk.coop/resources/community-shares-finance-guide/2-accounting-community-shares/23-audit-requirements>.
- “Cooperatives Europe, UK Legal Framework Analysis National Report: United Kingdom”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://coops4dev.coop/sites/default/files/2020-12/UK%20Legal%20Framework%20Analysis%20National%20Report.pdf>
- “Fenwick Weavers’ Society foundation charter, 1761”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.nls.uk/learning-zone/politics-and-society/labour-history/fenwick-weavers/>
- “Guide-on-Cooperative-Audits”, Son güncelleme 5.5.2024, https://www.eurosai.org/export/sites/eurosai/content/documents/Guide-on-Cooperative-audits_ISSAI-5800.pdf.
- “ILO, Kooperatif İstatistikleri - Odak Noktası Türkiye”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.ilo.org>.
- “International Co-operative Alliance (Coop). Guidance Notes to the Co-operative Principles. Brussels: 2015”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://ica.coop/sites/default/files/2021-11/ICA%20Guidance%20Notes%20EN.pdf>
- “International Cooperative Alliance (Coop). Cooperative identity, values & principles”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>.
- “Le società cooperative: disciplina normativa e caratteri”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.diritto.it/le-societa-cooperative-disciplina-normativa-e-caratteri/>
- “Società cooperative”, Son güncelleme 5.5.2024, <https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-vi/capoi/sezione-i/art2511.html>.
- Acheson, Graeme ve Michael Aldous, William Quinn, “The anatomy of a bubble company: The London Assurance in 1720”, The Economic History Review, Advance online publication, Son güncelleme 5.5.2024, <https://pure.qub.ac.uk/en/publications/the-anatomy-of-a-bubble-company-the-london-assurance-in-1720>.
- Akbulut, Halim. Muhasebe Denetiminin Etkinliğini Sağlamada Denetim Komitesinin Rolü: Bağımsız Denetim Firmalarına Yönelik Bir Araştırma. Afyonkarahisar: Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Aktaş, Ayşe. Kooperatif Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Cezai Sorumlulukları ve Sorumluluğun Tabi Olduğu Genel Esaslar. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Aydemir, Mustafa. Türkiye’de Tüketim Kooperatifleri ve AB Uygulamaları ile Karşılaştırılması. Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Uzmanlık Tezi, 2015.
- Barlow, Montague, “The New Companies Act, 1900”, The Economic Journal, 11/42 (June 1901), s.180-192.
- Carrell, Severin, “Strike Rochdale from the record books. The Co-op began in Scotland”, The Guardian, 7 August 2007. <https://www.theguardian.com/business/2007/aug/07/retail.uknews>.
- Cenkış, Seçkin, “Kooperatiflerde Denetim Kurulu Üyelerinin Özellikleri ve Etkili Bir Denetim Faaliyeti İçin Bilinmesi Gereken Görev, Yetki ve Sorumluluklar”. Yaklaşım, 2007/51, <https://ticaret.gov.tr/>, <https://portal.yaklasim.com/dergi/2007-10>.

- Co-operatives UK. Co-operative and Mutual Economy 2023. Manchester: Co-operatives UK, 2024, Son güncelleme 5.5.2024, www.uk.coop/sites/default/files/2023-11/Economy%202023%20final.pdf
- Coşkun, Mahmut. Kooperatifler Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Çelik, Fatıma Ezgi. 6102 Sayılı TTK Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Özel Denetim. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Erdoğan, Melih ve Nurten Erdoğan, Nuran Cömert, Ali Kamil Uzun, Sezen Uludağ. Denetim. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2018.
- European agri-cooperatives (Cogeca). Development of Agricultural Cooperatives in the EU 2014. Brussels: Cogeca, 2015.
- Frow, Eddie ve Ruth Frow, The New Moral World Robert Owen & Owenism, Manchester & Salford, 1986.
- Güneş, Özlem. Sermaye Piyasası Kanunu Yönünden Bağımsız Dış Denetim Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Hagen, Henry. Guidelines for Cooperative Legislation, Geneva: ILO, 2012.
- International Cooperative Alliance (Coop): Cooperative identity, values & principles, Son güncelleme 5.5.2024, <https://ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity>.
- Karaorman, Fatma. Kooperatiflerde Denetim ve Tekirdağ İli Saray İlçesi Örneği. Tekirdağ: Namık Kemal Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Kaya, Mustafa İsmail, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16/ Özel Sayı - Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (2015) s.3261-3286.
- Kayıhan, Şaban. Şirketler Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Koroğlu, Semiha. Avrupa Birliğinde ve Türkiye’de Tarımsal Örgütlenme. Ankara: Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Topluluğu Koordinasyon Daire Başkanlığı Uzmanlık Tezi, 2003.
- Lambourne, David. Slaney’s Act and The Christian Socialists, A study of how the Industrial and Provident Societies’ Act, 1852 was passed. Peterborough: Limited Editions, 2008.
- Mete, Oğuz. Kooperatiflerde İç ve Dış Denetim. Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, 2017.
- Mollaoğlu, Yusuf. Kooperatiflerin Hukuki Niteliği. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Mülâyim, Ziya Gökalp. Kooperatifçilik. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Naneli, Ömer. Türk Hukukunda Kooperatifler Üzerindeki İlgili Bakanlık Denetimi, Gaziantep: Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Novkovic, Sonja ve Anu Puusab, Karen Minera. “Co-operative identity and the dual nature: From paradox to complementarities”, Journal of Co-operative Organization and Management, 10/1 (2022) s.1-11 (Article Nr. 100162).
- Örki, Armağan. “Ekonomik Kalkınmada Kooperatiflerin Öneminin Örneklerle Değerlendirilmesi”, Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, 3(2) (2016) s.13-22.
- Pınar, Hamdi. “Kooperatif Yöneticilerinin Görevden Alınması ve Kooperatiflerde Denetim Sorunu”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 18/2 (2014): (s.139-174).
- Snaith, Ian. “Co-operative Principles and Co-operative Law in the United Kingdom”, Son güncelleme 05.05.2024, www.iansnaith.com/wp-content/blogs.dir/8/files/2013/02/This-1996-article.pdf.
- Snaith, Ian. Handbook of Co-operative and Community Benefit Society Law. Bristol: Co-operatives UK-Jordan Publishing Ltd, 2014.

- Tekinalp, Ünal ve Reha Poroy, Ersin Çamoğlu. Ortaklıklar Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Tekinalp, Ünal. Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, 2015.
- “The International Standards of Supreme Audit Institutions. Guide-on-Cooperative-Audits”, Son güncelleme 5.5.2024, https://www.eurosai.org/export/sites/eurosai/.content/documents/Guide-on-Cooperative-audits_ISSAI-5800.pdf.
- “Ticaret Bakanlığı, G-20 Ülkelerinde Kooperatifçilik”, Son güncelleme 5.5.2024, ticaret.gov.tr/data/5d4c0f8d13b876180c773fd5/G20_kitapcik%2002.12.2015%20son%20son%20son.pdf.
- Turan, Nurcan. “Kooperatif İşletmelerin Ekonomik ve Toplumsal Kalkınmayı Gerçekleştirmede Başarı Sağlamalarında Etkili Olan Faktörler ve Bu Faktörlerin Türk Kooperatif İşletmeciliği Açısından Ele Alınması”. Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, IV/2 (2002) s.83-101.
- Ulusoy, Yasin. Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Üçışık, Güzin ve Ahmet Çelik. Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt I. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2013.
- Üstün, Yusuf ve Muhittin Aydın. Kooperatifler Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Walton, John K., “Co-operative Movement ve Rochdale Pioneers”. The Oxford Companion to British History, Ed. John Cannon, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Yanık, Ramazan, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Denetçi Sorumluluğu ve Borç-Alacak Hesaplarının Denetimine İlişkin Bir Öneri”, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 27/4 (2013), s.358-367.
- Yazıcı, Ali Said. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na Göre Kooperatiflerin Denetimi. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.

EXTENDED SUMMARY

CO-OPERATIVES AND AUDITING IN TURKISH AND ENGLISH LAW

Hayri Bozgeyik, Prof.

Ankara Yıldırım Beyazıt University, hbozgeyik@aybu.edu.tr
<https://orcid.org/0000-0002-9974-7459>

Sümeyye Erkalın Coşkunso, RA

Yozgat Bozok University s.e.coskunso@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1490-4740>

Selin Parlak

Vienna University a12307588@unet.univie.ac.at
<https://orcid.org/0009-0000-5531-0709>

Under Turkish law, co-operatives, which are established for the purpose of developing the economy and protecting and securing the interests of their members, are a partnership model based on the principles of mutual aid and solidarity. Accordingly, the regulations on co-operatives are set out in the Co-operatives Law No. 1163. In addition, the Turkish Commercial Code also contains provisions applicable to co-operatives.

Audit in co-operatives is divided into three categories: internal audit, external audit and supreme union audit. These audits aim to effectively examine co-operative operations and eliminate deficiencies. However, in practice, it is observed that co-operatives are not audited effectively, and as a result, public confidence in co-operatives is undermined. To increase this trust, effective auditing must be carried out by experts with professional knowledge and competence.

In the UK, the country of its modern birth, the foundation of co-operatives dates back to the 19th century. As a matter of fact, the decline in the need for labour force in the society due to the Industrial Revolution led people to be in solidarity, and for this purpose, many structures that formed the basis of co-operatives were established in UK. Subsequently, many laws on co-operatives have emerged in UK law, and the provisions of the law have changed and developed in proportion to the requirements of the age. In this context, the audit of co-operatives has also been subject to various rules in UK law, and detailed regulations have been implemented on issues such as the access of auditors to all kinds of information and documents, and their legal and criminal responsibilities.

In Turkish law, concerns regarding the audit of co-operatives can be addressed by appointing persons with expert knowledge to audit co-operatives, amending the legislation in line with the developments and regulations in other jurisdictions, and introducing a new audit model that ensures the protection of shareholders' rights. In

this context, an examination of Article 7 of the “Regulation on Procedures and Principles Regarding the Training of Auditors in the Supreme Organisations of Co-operatives”, which was adopted and entered into force on 22.08.2022, will show that it is intended to provide the necessary legal infrastructure for the operation of the effective audit mechanism, which is felt to be lacking in terms of Turkish law. The Ministry of Trade, which has the authority to ensure the enforcement of the Regulation, will play an important role in eliminating the existing concerns and problems regarding auditing, if the Ministry of Trade pays utmost attention to the proper implementation of the Regulation and the effective auditing of cooperative activities.

In terms of training, it should be noted that the knowledge and experience of co-operative members and auditors, as well as the knowledge and experience of the persons accompanying the judicial process, is extremely important and that efforts should be made to identify and overcome the deficiencies in this regard. However, as in other areas, the success of cooperatives is closely related to the motivation of those who are subject to the legislation to comply with it. This study aims to contribute to the solution of the problems by evaluating this issue, which also opens the door to a sociological evaluation, in the context of commercial law.

The legal regulations on co-operatives in UK law have evolved depending on their needs and problems that have emerged over time. It is known that most of the regulations on co-operatives have been introduced to solve the problems of commercial companies, rather than the principles of co-operatives or practices related to co-operatives.

It is seen that the development of independent (external) audit in UK law has undergone many changes, and amendments have been made to the law on auditing of companies starting from 1789. With these amendments, transparency and accountability are aimed as well as an effective auditing. The amendments stipulate that persons who deliberately or negligently prevent auditors from accessing the information and documents they need will face criminal and legal sanctions.

Like the audit of other companies, the audit of co-operatives is made possible by the auditors’ access to information and documents that will enable them to obtain information about the activities of the co-operative, thus controlling both the operations of the management and administration and the expenditures made.

In order to ensure the effectiveness of the audit, studies have suggested that internal auditing should be carried out by a group selected from among the members and that the number, term of office, qualifications, powers, duties, salaries and legal and criminal responsibilities of the auditors should be determined by the general assembly, while external auditing should be carried out by a high-level co-operative organisation or by auditors who have a contractual relationship with the co-operative.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

KAMUSAL MEKÂN VE KAMUSALLIĞIN DÖNÜŞÜMÜ

TRANSFORMATION OF PUBLIC SPACE AND PUBLICITY

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzgün Şahin Ünver *

ÖZ

Kamusal alan ve mekân, akademik çalışmalara defalarca konu olmasına rağmen güncelliğini korumakta ve farklı bağlamlarda karşımıza çıkmaya devam etmektedir. İnsanın mekân içine doğması ve yaşamın mekân içinde gerçekleşmesi, mekânın fizik anlamı dışında konu edinilmesini zorunlu kılmaktadır. İnsan için mekânın anlamı varlığa/oluşa daırdır bu nedenle mekânın kendisi de politik değişimlerden mutlaka etkilenen -sokakların isimlerinin değiştirilmesi dahi bir politik tercihtir-, toplumların duygularının dışa vurulduğu -protesto eylemleri ya da sevinç gösterileri- alanlar olarak simgesel anlam da taşımaktadır. Mekân, hem ev olarak özel alan olmakta hem dışarısı olarak kamusal anlam taşıyıcısı da olabilmektedir. Mekân dışarısı olduğunda insanlar için etkileşim alanı olmaktadır: Yaşamın sokakta da aktığı hatta akmasının o ülke yurttaşları arasındaki bağların kurulmasında etkili olacağı zamanlarda kamusal mekânlar makbul davranışların sergilendiği performans alanları olarak da işlev kazanırlar. Bu durumlarda dışarısı olan mekân için kentte yeni düzenlemeler yapılır. Örneğin Osmanlı İmparatorluğu son döneminde yapılan imar planları ile meydana bağlanan sokaklar ve millet bahçeleri, Genç Cumhuriyet yıllarında Ankara'da inşa edilen geniş meydanlar, parklar ve gerek kamusal gerekse özel binalar birliktelik ve karşılıklılık inşa etmek amacındadır. Bu çalışmada kamusal mekân kavramına bu açılardan yaklaşılmaya hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamusal alan, kamusal mekân, mekânın dönüşümü, garibanların kamusal alanı, tartışma ve parantezleme.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı.
ID 0000-0003-0028-2661 fsuzgunsahin@yahoo.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Public sphere and space, despite being the subject of academic studies many times, maintain their relevance and continue to appear in different contexts. The fact that humans are born into space and that life takes place within space necessitates addressing space outside of its physical meaning. For humans, the meaning of space is about existence/being, therefore space itself is affected by political changes - even changing the names of streets is a political choice - and carries symbolic meaning as areas where the emotions of societies are expressed - protest actions or joy demonstrations. Space can be both a private sphere as a home and a public meaning carrier as an outside. When space is the outside, it becomes an area of interaction for people: In times when life flows on the street and its flow is effective in establishing ties between the citizens of that country, public spaces also function as performance areas where favored behaviors are exhibited. In such cases, new arrangements are made in the city for the space that is outside. For example, the streets and public gardens connected to the square with the development plans made in the last period of the Ottoman Empire, the large squares, parks and both public and private buildings built in Ankara during the Young Republic years aim to build unity and reciprocity. This study aims to approach the concept of public space from these perspectives.

Keywords: Public space, public sphere, transformation of space, subaltern counterpublics, contestation and bracketing.

GİRİŞ

Kooperatif, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda bir ticaret şirketi türü olarak sayılmış, ancak aynı kanunda ticaret şirketleri için yapılan ikili ayırım altında yer almamıştır. Kooperatifin hangi nitelikte bir ortaklık olduğu 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nda tarif edilmektedir (KoopK 1). Bu tariftten, kooperatifin diğer ticaret şirketlerinde bulunmayan bazı özelliklere sahip, üyelerinin ekonomik menfaatlerini yardımlaşma ve dayanışma esasına göre gerçekleştirmek amacıyla faaliyet gösteren bir ortaklık modeli olduğu anlaşılmaktadır.

“Bir insan nasıl yaşmalıdır?” “Bir insan nasıl eylemelidir?” “Bir insan nasıl olmalıdır?” Örneğin, Platon ve Aristoteles ilk soruya, Kant ikinci soruya¹ ve dinler her üç soruya da cevap geliştirmeye çalışmışlardır. Yaşam dediğimiz süreç içerisinde milyonlarca canlıyı katarak ve cevabı aranan soruların sorulma biçimi değişse de sorular bâki kalarak devam etmektedir. Charles Wright Mills, biyografi, tarih ve bunların bir toplum içindeki kesişimlerine dair sorunlara geri dönmeyen hiçbir sosyal çalışmanın entelektüel yolculuğunu tamamlayamayacağını iddia eder² ve bu iddiadan hareket eden Edward W. Soja’ya göre yaşam öykülerinin bir coğrafyası, sosyal çevresi, vakanın gerçekleşeceği bir alanı ve en önemlisi de düşünce ve eylemleri etkileyen kısırcı mevkileri vardır.³ Kısaca yaşamın gerçekleşeceği bir sahneye de ihtiyaç vardır. Sahnedeki yaşamın neliği de yeni bir soru olarak varlık kazanmakta ve bizi bildiğimiz sosyal bilimlerin alanına yönlendirmektedir. “Yaşamak” eylemiyle ilgilidir ve “nasıl eylemeliyiz” sorusunun yanıtı neredeyse tüm yaşamı kapsamaktadır. İyi eyleminin tâbi olduğu ilkeler var mıdır? İyi nedir? İyi bir yaşam, iyi bir insan nasıl olmalıdır?⁴

Batı Avrupa’da tarihte özgün ve benzersiz bir şekilde ortaya çıkmış olan akıl yürütmenin kamusal kullanımı olgusu tek başına da temelinde yer alır. Bu kullanım önce salonlarda ve kahvelerde siyaset dışı bir tarzda doğmuştur. 18. yy. salonları, sarayın kamusal temsil niteliğinin daraldığı, krallıkların içlerine kapanarak sarayı özel mesken haline getirdiği bir süreç içinde doğdu. Bu sürecin şehirlerdeki ürünü de kahvehaneler olmuştur. Önceleri edebi nitelikteki sohbetlerin mekânı olarak doğmuş olsalar da Aydınlanma yüzyılında verilen önemli eserlerin hemen hepsinin tezleri, bir konuşma veya konferans çerçevesinde salon ya da akademilerde dile getirilmiştir. Sanat ve edebiyat sohbetleri çok geçmeden siyasi ve iktisadi nitelikli görüş alışverişlerine dönüşmüştür. Bunların temel özelliği yan yana ve eşit koşullarda insan olarak yer almanın mümkün olmasıydı.⁵

Kamusal alanı ve özelinde kamusal akıl yürütmeyi önemli kılan, zaten bu yan yana ve eşit koşullarda insan olma durumudur; zira düşünce -daha açık ifadeyle olgu ve nesneler ortasında bulunan insanın onlar karşısında davranışlarını düzenleyerek düşünceler oluşturmaları- esasında insanın varlığıyla yaşattır. Düşünceler, karşılıkları olan gerçeklerden daha yakın ve insan kavrayışına daha açık oldukları için gerçeklerin yerine düşünceler konulur ve onlar konu edinilir. Tüm bunlarda amaç, gerçekliğin kavranmasıdır ama nüansa dikkat etmek gerekir:

¹ Todd May, *Deleuze Bir Birey Nasıl Yaşayabilir?* Çev. Sercan Çalıcı, İstanbul: Kolektif Yayınları, 2017, s. 225.

² Charles Wright Mills, *The Sociological Imagination*, New York: Oxford University Press, 2000, s. 6, 11.

³ Edward W. Soja, *Postmodern Geographies*, London: Verso Books, 1990, s. 14.

⁴ May, *Deleuze Bir Birey Nasıl Yaşayabilir?*, s. 13, 17-18.

⁵ Taner Timur, *Habermas’i Okumak*, İstanbul: Yordam Kitap, 2017, s. 47, 48.

Olgu ve nesneleri gözlemlemek, betimlemek ve karşılaştırmak üzerinden hareket edip düşünceleri bilince getirerek çözümlemek ve düşüncelerden çıkanları doğrulamak için olgulara başvurmak birbirinden farklıdır. İnsanın genel olarak kavrayışı ikinci üzerinden ilerlerken bilimsel kavrayış ilkinden hareket eder.⁶ Yaşayan gerçek bireyin kendisinden yola çıkıldığında, birey düşlemsel⁷ bir yalıtılmışlık ve değişmezlik içerisinde değil de belirli koşullar içerisinde ele alındığında gerek özel gerekse kamusal alanda söz konusu olan akıl yürütmeler ve düşünceler, olguların kendilerine dair değil de olgulara dair düşünmelere ilişkin olarak ele alınabilir. Zira insanların varlığını belirleyen bilinçleri değil, bilinçlerini belirleyen toplumsal varoluşlarıdır yahut maddi yaşamın üretim tarzı, toplumsal, politik ve entelektüel yaşamın genel sürecini koşullandırır.⁸ Bir defa, kapitalist örgütlenme ve sermayenin maddi yaşamı dönüştürme gücü hem üretim ilişkileri ve bu sürece dahil olan insanları kapsamakta hem de beraberinde mekânsal bir hareketlilik ve değişimi de kaçınılmaz olarak getirmektedir. Mekânsal yapılanmaların ölçek ve nitelikleri fark etmeksizin hepsi bu dönüşümden etkilenirler. Kapitalizmin kendi dinamikleri ve dahası modernleşme, insan yaşam ortamlarını yeniden ve yeniden tarif ederler ve sonuçta eski, bildik yaşam ortamlarının yerini yeni yaşam alanları alır. Örneğin, son iki yüzyıl içindeki değişimlerle, dünya genelinde, insan nüfusunun yarısının kentlerde yaşadığı bir döneme geçilmiştir. Bu demografik değişim ve istatistik bile ilk bakışta insan yaşam ortamları ve mekânsal yapılanmalarının nasıl büyük bir değişim geçirdiğinin kanıtıdır.⁹ Sadece kapitalizm ve modernleşmenin değil küreselleşmenin de mekân algısı üzerinde dönüştürücü etkisi olduğu kabul edilmektedir. Buna örnek olarak, Arjun Appadurai'nin ekonomik, siyasi ve kültürel farklılıkların anlaşılabilmesi için küresel kültürel akımların beş boyutunu etnik boyut, ekonomik boyut, medya boyutu, finans boyutu ve fikir boyutu olarak tanımlamasını gösterebiliriz. Bunların objektif bir anlamdan ziyade farklı aktörlerin tarihsel, dilsel, politik yerleşikliğinden etkilenen tahayyül edilmiş dünyalar olduğunu iddia eder.¹⁰ Bunlar bir anlamda bizim bildiğimiz şekilde beşerî coğrafya içindeki mekânlar değil de zihnimizdeki mekânlardır ve aralarında yoğun bir akış vardır. Bu bağlamda mutlak diğer bir deyişle verili veya doğal bir mekân kabulü yerine mekânların toplumsal olarak üretildiğinden hareket etmek gerekir. Farklı özne ve toplumsal grupların gündelik pratikleriyle mekânları toplumsal olarak nasıl ürettiği ve bu üretilmiş mekânların nasıl toplumsal ilişkilerle iç içe geçtiği dikkate değerdir. Örneğin, İslami alternatif tatil mekânlarından, büyük kentlerde açılmaya başlanan cemevlerine, vakit geçirmek

⁶ Emile Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları*, Çev. Özer Ozankaya, İstanbul: Cem Yayınevi, 2013, s. 49, 50.

⁷ Düşlem (fantezi), psikanalitik kuramda öznenin esaslı bir rolde olduğu ve duygusal olarak etkilendiği, özne tarafından imgelenen bir senaryo ya da hikâye benzeri anlatı olarak tanımlanabilir. Özden Terbaş, "Zihnin Üç İşlevi: Düşleme, Simgeleştirme ve Düşünme", *Psikanalitik Açılımlar Dürtüden Düşleme, Simgeden Düşünceye*, der., Özden Terbaş, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 3.

⁸ Karl Marx ve Friedrich Engels, *Alman İdeolojisi*, Çev. Sevim Belli, Ankara: Sol Yayınları, 2010, s. 45-46.; Karl Marx ve Friedrich Engels, *Werke Band 13*, Berlin: Karl Dietz Verlag, 1971, s. 9.

⁹ Hakkı Yurtıcı, *Çağdaş Kapitalizmin Mekânsal Örgütlenmesi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 11.

¹⁰ Arjun Appadurai, "Disjuncture and Difference in The Global Cultural Economy", *Theory, Culture and Society*, 7/2-3 (1990), s. 296

için tek alternatif haline gelen alışveriş merkezlerine veya bir heterotopya¹¹ olarak Galata Köprüsüne, öznelere pratiklerinin etkisi düşünülmeden bakılmamalıdır.¹²

Eyleyen bir insandan hareket edildiğinde ise gerek özel alan gerek kamusal alan ve mekânlar politik olmaktan azade değildirler. Nasıl ki kamusal alan kavramının kendisi ve kamusal alandaki akıl yürütmeler tarihsel, sosyal ve ekonomik değişimlerden etkilenmekteyse mekânlar da doğal olarak değişim geçirmektedirler. Örneğin, mahremle ilişkilendirilen özel alan, baskı ve boyun eğmenin alanı¹³ olarak görülürken kamusal alanın çok sesli olduğu iddiası yaygın bir kabule dayanmıştır. Ama değişen koşullar göstermiştir ki, kamusal alanda yasaklar arttıkça eylemler, tercihler, yaşam biçimleri özel alana saklanmakta ve özel alan adeta yasakların yapılabildiği bir özgürlük alanına dönüşmektedir. Hayat, giderek özel alana kaymakta, gerçek fikirler ve yaşam tarzları kamusal alanda gösterilmezken kamusal mekânlarda insanlar tek tipleşmektedir.

Bu çalışmada da akıl yürütmenin kamusal kullanımıyla ortaya çıkan kamusal alan ve kamusal kavramları üzerine yapılmış gerek literatürümüzde gerekse yabancı literatürde çok sayıda nitelikli çalışma olmasından dolayı öncelikle kamusal alan ve kamusal mekân kavramları genel hatlarıyla ele alınmış ve akademik tekrara düşme kaygısından dolayı literatür taramasında farklı disiplinlerde yapılan çalışmalar esas alınarak ilerlenmiştir ve konunun malum olan yönleri yinelenmemiş, mekân kavramına odaklanılmıştır. İlk bölümde mekân kavramının başat özellikleri anlatılmış, ikinci bölümde paranteze alma çerçevesinde mekân kavramı ele alınmış ve son bölüm ise sonuçla beraber bir değerlendirme bölümü olarak tasarlanmıştır.

I. ANA HATLARIYLA MEKÂN

Toprak üzerinde mülkiyet hakkı iddia etmenin hukuk açısından sonuçları malumdur.¹⁴ Öte yandan insanın felsefi anlamda bir varlık olarak yeryüzü üzerinde bulunmasının ise sanat-tan bilim alanlarına kadar çok geniş bir literatürde önemli sonuçları vardır; zira insan, tarih sahnesinde belirli bir ilerleme kaydettiği ilk dönemden itibaren üretmekte, ürettiklerine anlam atfetmekte ve gerek nesnelerin gerekse yerlerin simgesel anlamlar taşımaya yoğunlaşmaktadır.¹⁵ Bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse, ibadet için inşa ettiği bir mekânı simgesel resimlerle ya da nesnelerle donatmakta; belirli ritüellerle hareket etmekte ve kutsal ilan ederken kolektifliğe önem vermektedir. Çünkü bir arada olmak, kolektiflik, ortaklık insan oluş için

¹¹ Heterotopya terimi tıptan gelir ve bir organın veya vücudun bir kısmının normal konumundan yer değiştirmesini ifade eder. Foucault bu terime ilişkin anlayışını en kapsamlı şekilde “Başka Mekânlara Dair”de tanımlar. Heterotopyanın altı ilkesinden ilki evrensel olmasıdır, her kültürde, aynı şekilde olmasa da yer alır. İkincisi, toplumun bunların çok farklı şekillerde işlev görmesini sağlayabilmesi ve zaman içinde kullanımlarını yeniden şekillendirebilmesidir. Üçüncüsü, birçok gerçek, uyumsuz mekânı tek bir mekânda yan yana getirmesidir. Dördüncüsü, zamanla, zamanın birikimiyle ilişkili olmasıdır. Beşincisi, heterotopyalar, kendilerini diğer alanlardan izole ederken aynı zamanda nüfuz edilebilirliklerini koruyan bir açma ve kapama sistemine ihtiyaç duyarlar. Sonuncu ilke ise heterotopyaların, diğer tüm mekânlarla ilişkili bir işlevi olmasıdır. Robert J. Topinka, “Foucault, Borges, Heterotopia: Producing Knowledge in Other Spaces”, *Foucault Studies*, 9 (2010), s. 56,57.

¹² İ. Emre Işık ve Yıldırım Şentürk, *Öznelere, Durumlar ve Mekânlar*, İstanbul: Bağlam Yayınları, 2009, s. 8.

¹³ Hannah Arendt, *The Human Condition*, USA: The University of Chicago Press, 1998, s. 37.

¹⁴ İlkel hukukta taşınmaz malların mülkiyetine ilişkin olarak bkz. Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 259-266.

¹⁵ Bu konuda genel olarak bkz. Victor Turner, *Ritüeller Yapı ve Anti Yapı*, Çev. Nur Küçük, İstanbul: İthaki Yayınları, 2018.

zorunlu bir unsurdur. Benin inşası için öteki insanla karşılaşmak, nesneyi belirli bir uzamda kavramak hayati önem taşımaktadır. İnsan uzamsal bir mekânın içine doğmakta, bilişsel gelişimini tamamlarken mekândan ve mekândaki ilişkilerden doğrudan etkilenmektedir.

Mekânın kavranışında fiziksel-matematiksel ve fenomenolojik¹⁶ olmak üzere iki ana akım vardır. İnsan, fiziksel-matematiksel bir mekâna, anlamlar yükleyerek kendi anlamını tamamlamaktadır. Örneğin, belirli bir toprak parçası üzerinde sorunların çözümünde uzmanlaşmış kişilerin eğitilebilmesi için buna özgülenmiş bir bina inşa etmek gibi. Psikolog Jean Piaget, insan zekasının belirginleştiği dört temel evrenin -nesne ile uzaklığın ve nedensellik ile zaman kategorilerinin kuruluşu- ilk iki yılda gerçekleştiğini belirtmektedir. Buna göre, birinci yılın sonunda bebekler nesneleri algılama alanlarının dışına çıktığında da aramaya başlarlar ve ancak bu edim ölçü alınarak maddi dünyanın dışsallaştırılmasının başladığı kabul edilebilir. Özetle, önemli nesnelerin ilk başta yokluğu sonra katı ve sürekli olarak bulunan nesnelerin kuruluşu ilkel bütünsel benmerkezcilikten dış bir evrenin son kuruluşuna geçişin ilk örneğidir. Pratik uzamın evrimi tümüyle nesnelerin kuruluşuna bağlıdır. Görsel uzam başlangıçta derinlikleri tanıyamaz. İkinci yılın sonunda ise tüm diğerlerini içine alan nesnelerin kendi aralarındaki bağlantılarını belirleyen ve bedenin kendisi de içinde olmak üzere tüm bunları bütüncül olarak kapsayan genel bir uzamı tamamlar.¹⁷ Mekânın fiziksel-matematiksel kavranışı bilgiye dayanırken fenomenolojik kavranışı yaşantıya dayanmaktadır. Vurgu, yaşanan mekâna ya da mekân yaşantısı üzerinedir. İnsan, şimdi ve burada üzerinden hareketle, merkeze kendisini koyarak, ötekileri ve şeyleri yakın uzak ikiliği temelinde iç içe katmanlar halinde kavramaktadır. Merkezdeki insana, çevresinden mesajlar iletildikçe, insan kendi varlığını, diğerleri ile arasındaki benzerliği ve farklılığı algılar. Merkezin neresi ya da kim olduğu sorusuna odaklanır ki bunun anlamı, bir çatışma halinin varlığıdır. İnsan mekânı bulunduğu konuma bağlı olarak kendi perspektifinden diğer bir deyişle subjektif olarak algılar ve buna bağlı olarak mekân/yer kimliğini oluşturur.¹⁸ Mekân kimliği (Place Identity), öncelikle, kişinin öz kimliğinin, geniş anlamda ise bireyin içinde yaşadığı fiziksel dünyaya ilişkin bilişlerden oluşan bir alt yapısıdır. Söz konusu bilişler, her insanın günlük varlığını tanımlayan fiziksel ortamların çeşitliliği ve karmaşıklığı ile ilgili anıları, fikirleri, duyguları, tutumları, değerleri, tercihleri, anlamları ve davranış ve deneyim anlayışlarını temsil eder. Fiziksel çevreyle ilgili bilişlerin temelinde kişinin biyolojik, psikolojik, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarının karşılanmasına araçsal olarak hizmet eden mekânlar ve bunların özelliklerinden oluşan “çevresel geçmişi” yer alır.¹⁹

Esasında tüm bu kavrayışlar bir tarafa bırakılsa dahi her canlı salt var olarak belirli bir mekânı kaplamakta ve yaşam devinimlerini zorunlu olarak belirli bir mekânda gerçekleştirmektedir. Canlı varlıklar, elbette özel olarak insanlar, kişisel mekânları kendilerinin etrafında yaşam devinimlerine bağlı olarak büyüyüp küçülmekte ve dahası gerek kişisel mekânları gerekse toplu halde kullandıkları mekânları kendilerine ait kılarak yaşamın tüm önemli

¹⁶ Nuri Bilgin, “Fiziksel Mekândan İnsani ya da İnsanlı Mekâna”, *Mimarlık Dergisi*, 3 (1990), s. 62.

¹⁷ Jean Piaget, *Çocukta Zihinsel Gelişim*, çev., Hüsen Portakal, İstanbul: Cem yayınevi, 1999, s. 26-27.

¹⁸ Bilgin, “Fiziksel Mekândan İnsani ya da İnsanlı Mekâna”, s. 63.

¹⁹ Harold M. Proshansky, Abbe K. Fabian ve Robert Kaminoff, “Place-Identity: Physical World Socialization Of The Self” *Journal of Environmental Psychology*, 3 (1983), s. 59.

safhalarını mekânda sahnelemektedirler. Kendisinin yapma, bir kişinin ya da bir grubun bir şeyi kendisine ya da kendilerine özel kılarak bir aidiyet oluşturma eylem ve sürecine verilen addır. Başka bir deyişle kendisinin yapma yabancı, kontrol edilemez ve sahip olunmayan bir şeyi tanıdık, bildik ve anlamlı kılma çabalarının tamamı olarak ele alınabilir.²⁰ Kişisel ya da ortak tüm mekânlarda oluşturulabilen aidiyetle murat edilen klasik anlamda bir mülkiyet ilişkisi değildir, daha ziyade soyut ve ideolojik bir durumdur. Kişisel olanı özel ve mahrem olarak kabul ederiz. Evimiz, avlumuz, odamız özel ve mahrem mekânlardır. Ortak olan ise kamusalılığı akla getirir. Bu nedenle kamusal kavramı üzerine düşünürken teklikten genelliğe, bireyselden ortaklığa, birden bütüne bir süreç üzerine ve bir araya gelmenin ne vakit kamusal olarak kabul edileceği üzerine de düşünmek gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle toplanma, bir arada ve ortak olma hali hangi anlamı taşıdığına kamu ve kamusal var olacaktır? Ortaklık ve bir aradalık kamusal taşıyıcı yeterli midir? Ortaklık sağlayıcı unsurları amaç, yer ve ortak kültürel, tarihsel ve ekonomik birikimler ve değerler ile dilsel ve kültürel yapıya bağlı olarak işaretleme, göstergeler olarak sıralayabiliriz. Söz konusu unsurlar ortaklık temelinde kamusal mekânın paylaşımıyla ilgili boyutuna vurgu yapmaktadırlar.²¹ Kamusal ya da özel sıfatları gelmeden mekândan bahsedildiğinde daha çok somut, dışsal olarak gözlenebilen, uzamsal ve anlamdan bağımsız bir alana gönderme yapılmaktadır. Mekânın ölçümü uzlaşma sonucu oluşturulan keyfiyete dayalı koordinatlarla yapılmakta ve çeşitli mesafelerle mekânın üzerinde birbiriyle ikame edilebilen öğeler ve insanlar yer almaktadır.²²

George Simmel, Kant'ın mekânı birlikte olma olasılığı olarak tanımladığını dile getirir. Bir arada olma konusunda toplumlaşma, bireylerin farklı etkileşim türleri arasında entelektüel anlamda oldukça farklı olasılıklar ortaya çıkarmıştır. Simmel, toplumlaşma biçimlerini saptamak amacıyla, bir toplumlaşmanın mekânsal koşullarının diğer belirleyicileri ve gelişmeleri için sosyolojik olarak sahip olduğu önemin üzerinde durmaktadır. Bu nedenle de toplumsal yaşamın yapılandırılmasının dayandığı mekânsal biçimin beş temel özelliği olduğunu iddia eder. İlki, mekânın münhasırlığıdır. Mekânın toplumsal etkileşimler üzerinde temel bir etkiye sahip olan ikinci niteliği ise, pratik kullanımımız açısından mekânın hem bir neden hem de bir sonuç olarak birimler olarak kabul edilen ve sınırlarla çerçevelenen parçalara bölünmesidir. Sosyal oluşumlar için mekânın üçüncü önemi, içeriklerini sabitleme kapasitesinde yatar. Sosyolojik etkileşimlerin canlılığına dönüşen dördüncü özellik, mekân tarafından, birbirleriyle bir şekilde ilişki içinde bulunan insanlar arasındaki duysal yakınlık veya mesafedir. Diğer özellikler bir ölçüde, mekânın statik yapılanmasını vurguluyordu: sınır ve mesafe, sabit bir konum ve komşuluk, mekânda bölünmüş olan insanlığın mekânsal yapılarda devamlılığı gibiyken son özellik ise hareket ve göçtür: mekândan mekâna akış.²³ Bunlardan yola çıkarak Simmel'in mekâna yaklaşımının tek boyutlu ve teknik olduğu düşünülmemelidir. Mekânı, insana dair olarak ele

²⁰ Mehmet Karasu ve Sevim Cesur, "Kamusal Mekânları Kendileme ve Zamansal Deneyim Arasındaki İlişkiler: Transaksiyonel Bir Keşif Çalışması", *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*, 43/1 (2023), s. 112.

²¹ Şirin Yenice, "Kamusal Olma İçeriğinin Kamusal Mekânın Anlamsal ve Kullanımsal Boyutuna Yansıması Üzerine Bir Analiz Çalışması", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 1998, s. 1.

²² Bilgin, "Fiziksel Mekândan İnsani ya da İnsanlık Mekâna", s. 62.

²³ Goerge Simmel, "The Sociology of Space", *Simmel on Culture*, der., David Frisby, Mike Featherstone, London: Sage Publications, 1997, s.138, 141, 146, 151, 160.

almaktadır ve mekânın insan tarafından üretilen boyutuyla ve onun simgesel anlamlarıyla da ilgilenmektedir. Örneğin Simmel'e göre iki yer arasında bir yol inşa eden ilk insanlar, en büyük insan başarılarından birini gerçekleştirdiler. İkisi arasında ne kadar sık gidip gelmiş ve böylece onları öznel olarak birbirine bağlamış olsalar da yerler, nesnel olarak ancak yolu yeryüzüne görünür bir şekilde kazıyarak birbirine bağlandı. Bu başarı, bir köprünün inşasında zirveye ulaşır. Burada, insanın bağlantı isteği yalnızca mekânsal ayrılığın pasif direnciyle değil, aynı zamanda özel bir yapılandırmanın aktif direnciyle de karşı karşıya gibidir. Bu engelin aşılmasıyla köprü, irademizin mekâna doğru genişlemesini sembolize eder. Ayrılık ve birlik arasındaki ilişkide köprü, vurgunun her zaman ikincisine düşmesine izin verirken, aynı zamanda onları görünür ve ölçülebilir kılan çapa noktalarının ayrılığını da aşar. Mekânın hacmi, yönleri, alanı, şekli vs. gibi birçok özellikleri bulunur ve insanın mekânla ilişkisi hem tekil hem sosyalleşme boyutuyla çoğul olmakta hem şimdiye hem de geçmişe ve geleceğe ilişkin olmaktadır.²⁴ Benzer şekilde Rob Shields'e göre sosyal mekânsallaşma, mekânın hem söylemsel hem söylemsel olmayan unsurlarının uygulamalarının ve süreçlerinin biçimlenmesinden ortaya çıkan bir toplumsal inşaya denk düşmektedir.²⁵

II. PARANTEZE ALMA ÇERÇEVESİNDE KAMUSAL ALAN VE KAMUSAL MEKÂN

Kamu ve kamusal, tarih sahnesine birdenbire çıkan kavramlar değildir. Esasında bu hal-leriyle kullanımları Yunan kökenli olmakla beraber Roma üzerinden bize ulaşmıştır. Yunan şehir devletlerinde, özgür vatandaşların ortak kullandığı polis alanı, tek tek şahıslara ait olan *oikos* alanından kesin olarak ayrılmıştır. Kamusal hayat (*bios politikos*), pazar meydanında, agorada hayat bulur ama mekânsal olarak bir bağlantıdan tam olarak söz edilemez çünkü kamu, mahkeme ve meclis görüşmeleri biçimine de bürünebilen müzakerede oluşabileceği gibi savaşta ya da savaş oyunlarındaki gibi ortak eylemde de oluşur. Kamusal hayata katılabilmek için özel hayat alanında özerk olmak gerekmektedir.²⁶

18. yy. sonu Almanya'sında öncelikle şehirli vatandaşlar ve burjuvalardan oluşan ve eğitimli kesimden ibaret olmayan bir genel okur topluluğu az sayıdaki standart eseri daha yoğun okuyarak ve süreli yayınları takip etme alışkanlığı kazanarak özel alanın içinden yoğun bir kamusal iletişim ağı çıkarırlar ve "küçük ama eleştirel tartışmalar yürüten bir kamusal topluluk" oluştururlar.²⁷ Kamusal topluluk'la murat edilen, kapalı topluluklarınkinden farklı olarak herkese açık toplantılardır. Öte yandan herkese açık olma halini de daha net şekilde ifade etmek zaruridir. Örneğin kamu kurumları, kamu erkinin kullanıldığı yerlerdir ve kamunun gidiş gelişlerine doğrudan açık olmaları da gerekli değildir ama devletin hukukuna tabi olanların ortak kamusal سلامتini sağlama görevinin ifa edildiği yerler oldukları için kamusaldırlar. Buradan hareketle kamusallığın halk ve aleniyetle doğrudan bir bağlantısı olduğunu belirtmemiz

²⁴ Goerge Simmel, "Bridge and Door", *Simmel on Culture*, der., David Frisby, Mike Featherstone, London: Sage Publications, 1997, s.171, 172.

²⁵ Rob Shields, *Places on The Margin*, London: Routledge, 1992, s. 7.

²⁶ Jürgen Habermas, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, çev., Tanıl Bora, Mithat Sancar, İstanbul: İletişim Yayınları, 2003, s. 60.

²⁷ Habermas, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 16.

gereklidir. Aleniyetin taşıyıcı öznesi halktır ve aleniyet sayesinde eleştirel gücü pekişir ve kamuoyunu oluşturur.²⁸

Hannah Arendt, *İnsanlık Durumu*’nda kamu teriminin birbiriyle ilişkili ama özdeş olmayan iki fenomene işaret ettiğini söyler. Birincisi, kamu içinde görünen her şey, herkes tarafından duyulur ve görülür ve dahası mümkün olan en geniş kamusalığa ulaşır. Bizim için görünen şey -bizim tarafımızdan görüldüğü ve duyulduğu kadar başkaları tarafından da görülür ve duyulur-, gerçekliği oluşturur. Görülenden ve duyulandan gelen gerçeklikle karşılaştırıldığında, mahrem yaşamın en büyük güçleri -kalpten gelen tutkular, zihinden gelen düşünceler ve duygulardan gelen hazlar- bile varlığın belirsiz, gölgeli bir biçimine öncülük ederler. Kamusal görünüm için bireysellikten, özel olmaktan çıkarak dönmek ve kamunun içinde bir yer edinmek gerekmektedir. Hepimiz için ortak olduğu ve içerisinde sahip olduğumuz kendi özel alanlarımızdan ayrıldığı sürece, kamu terimi, ikinci olarak, dünyanın kendisini belirtir. Elbette insanların sınırlı hareket alanı ve yaşamın genel hali olarak yeryüzü ya da doğa anlamına gelmemektedir. Daha çok insan yapımı bir dünyada birlikte yaşayanlar arasındaki işleri, insanın yaptıklarını, elinin ürettiklerini ifade etmektedir. Söz konusu dünyada bir arada yaşamak, ona ortaklaşa sahip olanlar arasında gerçekleşecektir, tıpkı bir masanın etrafında oturanların o masanın ortaklaşa parçası olması gibi. Tabiri caizse, ortak dünya olarak kamusal diyor, bizi bir araya getirirken birbirimize düşmemizi de önler. Bir kitle toplumunu katlanılması zor hale getiren, öncelikle, onun çok fazla sayıda insan içeriyor olması değildir; asıl olgu, onları birbiriyle ilintilendirecek ve birbirinden ayıracak olan dünyanın bir araya getirme gücünü kaybetmiş olmasıdır. Örneğin, kamunun ilk anlamındaki gerçekliğin oluşması için başka insanlar gerekir, çünkü özel alanda yaşanan deneyimler, onu yaşamamış olanlara anlatılarak gerçeklik kazanacaktır. Böylece duyduğumuzu ve gördüğümüzü bir başkasına aktararak onu da bunun bir parçası yaparız ve bu gerçeklik üzerinden bir deneyim paylaşımı yaşanmış olur.²⁹

Kamusal alan ve kamusal mekân arasındaki ilişkiyi netleştirmek için kamusalığın, aralarında belirli bir gerilimin mevcut olmasından dolayı ayrı tutulmaları gereken, iki boyutuna bakmak gerekmektedir. İlk boyuta göre kamusalılık, etkileşimin eşitlikçi mücadele alanları, eşitsizlikler sistematik olarak parantez içine alındığı vakit ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle kamu, katılımcılar, aralarında bir eşitlik görünümü yaratmak için gerçek farklılıkları ve bağımlılık ilişkilerini sistematik olarak göz ardı ettiklerinde doğacaktır. İkinci boyutta, gerçek kamusalılık daha çok mücadele yoluyla, dışlama ve eşitsizliğe açıkça meydan okuyarak gerçekleşebilir.³⁰ Her iki boyut da Habermas ve Arendt gibi klasik düşünürlerin çalışmalarında merkez konumdadır. Her ikisi de kamusal alanın sözlü mücadele, müzakere ve tartışma için bir alan olma işlevi üzerine vurgu yaparlar. Habermas için kamusal alan, “insanların rasyoneliterini kamusal alana yansıtmalarıyla” geçerliliğin inşa edildiği bir alandır ve kamusal alanda vatandaşlar iddialarını, bakış açılarını ve kanıtlarını dile getirerek siyasi irade oluşturma amacı için bir araya gelirler. Arendt de siyasi eylemi kamusal alanda konuşma imkanının olmasıyla yakından ilintili

²⁸ Habermas, *Kamusalığın Yapısal Dönüşümü*, s. 57, 58.

²⁹ Arendt, *The Human Condition*, s. 50, 52.

³⁰ Alexey Salikov, Alexey Zhavoronkov, “The Public Realm And Revolution: Hannah Arendt Between Theory And Praxis”, *Estudos Ibero-Americanos*, 43/3 (2017), s. 514.

görmektedir. Kamu alanı, insanlar birlikte hareket etme, konuşma mecrası bulma ve ikna imkanına sahip olmayla kamusal meselelerde karar vermek için ne zaman toplanırlarsa o zaman meydana gelir. Arendt, siyasi eylemlerin çoğunun sözcüklerle iş görürken, sadece katıksız şiddetin sessiz olduğunu iddia eder. Tüm bunlardan yola çıkarak, tartışma ve müzakere aracılığıyla siyasi iradenin oluşması fikrinin, kamusal alanın özgür ve açık mücadelenin alanı olduğu düşüncesiyle beslendiğini ve kamusal alanın iddiaların ya da kanıtların yasaklanmamasını gerektirdiğini dile getirebiliriz.³¹ Bununla birlikte Habermas ve Arendt dikkatle okunduğunda, kamusal alana dair fikirlerinin günlük yaşamın kaygılarından farklı olduğu veya mesafe içerdiği duygusu görülecektir. Bu ise ancak her birimizin toplum içindeki konumunu tanımlayan statü ve zenginliğe olan bağımlılıklarımızın ve mevcut eşitsizliklerin geçici bir paranteze alınmasıyla mümkün olabilir. Yalnızca gerçek farklılıkların ve bağımlılık ilişkilerinin paranteze alınması yoluyla katılımcıların eşit olduğu bir kamu görünümü var olmaya başlar.³² Bu nedenle Habermas kamusal alanın, 18. yy. salonlarında ve kahvehanelerde doğduğunu, çünkü en azından ilkesel düzeyde, eşit katılımın gerçekleştiğini vurgulamaktadır. Bu salonlardaki etkileşim, statü kaynaklı sorunlar kadar günlük hayattaki iletişimi zora sokan kişisel problemler ve maddi kaygılar, katılımcıların kendi tercihleriyle göz ardı edildiği için eğlenceli ve tatmin edici olmuştur. Bazı etkileşimler için demokratik bir karakterden dahi bahsedilebilir çünkü katılımcılar belirli sınırlar içinde eşitmiş gibi davranmaktadırlar.³³ Benzer şekilde Arendt, Yunan polislerinin siyasi öneminin gerçekte eşit olmayan erkekleri eşitleyen yapay bir kurum olarak işlev görmesi olduğunu ileri sürer, zira eşitlik, yalnızca erkeklerin bir diğerini özel kişiler olarak değil de vatandaş olarak karşıladıkları özel kamu alanlarında var olmaktadır.³⁴ Tüm bunlardan yola çıkarak Habermas ve Arendt için, kamusal alanın yalnızca özgür ve açık iletişim ve tartışmanın mekânı değil aynı zamanda katılımcılar arasında eşitlik görünümünün yaratılması için paranteze alınmanın da uygulandığı bir arena olduğunu söylemek mümkündür. Bu kavrayışa göre, sözlü mücadele ve tartışmadan ayrı olarak, kamusal alanın gerçek dünyanın iktidar ve bağımlılık ilişkileri içinde kaybolmasını önlemek için ihtiyaç duyulan paranteze almaya da dayanması gerekir. Paranteze almayla demokratik ve eşitlikçi bir suret yaratılırken, meydan okuyucu özelliği bulunan statü, mal varlığı ya da iktidar kaynaklı gerçek eşitsizlikler de önlenmiş olur. Bu açılardan Habermas, 18. yüzyıl burjuva kamusal alanının çarpık ideolojik temelleri konusunda net bir tavır sergiler; toplumun imtiyazlı katmanına mensup olan ve yine de insanı genel olarak temsil ettiklerini iddia etme hakkına sahip olduklarını hisseden insanlardan oluşan bir alan. Arendt de Yunan polislerinin kamu alanının zenginlik, sağlık ve cesarete sahip özgür insanlarla sınırlı olduğunu vurgular. Dolayısıyla, Arendt'in "sayısız bakış açısının eşzamanlı mevcudiyeti"yle oluşturulan çoğulcu kamu anlayışı, radikal bir açıklığı pek kastetmez. Esasında kamusal yaşam, iş ve emek dünyasının ve özellikle de kölelerin, kadınların ve çocukların alanı olan hane halkının özel yaşamının paranteze alınmasına dayandığı için modern toplumlarda "toplumsalın yükselişi"yle de tehdit edilmiştir. Aktivistler ve eleştireller de klasik kamusal alan kavramının elitist

³¹ Carl Cassegard, "Contestation and Bracketing: The Relation between Public Space and the Public Sphere", *Environment and Planning D: Society and Space*, 32 (2014), s. 692.

³² Cassegard, "Contestation and Bracketing: The Relation between Public Space and the Public Sphere", s. 693.

³³ Thierry Paquot, "Sözün Alanı", *Kamusal Alan*, der., Eric Dacheux, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 60.

³⁴ Arendt, *The Human Condition*, s.32.

ve sınırlandırıcı doğasına karşı, kalabalıkların, marjinal ve dezavantajlı dışlanmış grupların - kadınlar, gayler, lezbiyenler, etnik azınlıklar, çalışan sınıf gibi- siyasi katılım haklarını vurgulamak zorunda kaldılar.³⁵ Nancy Fraser’a göre, marjinal ve dezavantajlı dışlanmış gruplar -kadınlar, gayler, lezbiyenler, etnik azınlıklar ve çalışan sınıf- garibanların karşı kamusalını³⁶ oluştururlar. Böyle adlandırmasının sebebi, tâbi kılınmış toplumsal grupların üyelerinin, karşıt söylemleri icat ettiği ve yaydığı paralel söylemsel arenalar olduklarının altını çizme kaygısıdır. Böylece kendi kimlikleri, çıkarları ve ihtiyaçları hakkında muhalif yorumlar formüle edebileceklerdir. Karşı kamuların varoluş sebebi, burjuva kamusunun dışlayıcı normlarına karşı çıkmak ve siyasi davranış biçimlerinin ve kamuda ifade normlarının alternatiflerini ortaya koymaktır. Onların karşısında bulunan burjuva kamusu ise söz konusu bu alternatifleri şiddetle eleştirmiş ve özellikle geniş boyutlu bir katılımı engellemeye çalışmıştır. Burjuva kamusunun ortaya çıkışı hiçbir zaman yalnızca mutlakiyetçiliğe ve geleneksel otoriteye karşı bir mücadele olarak değerlendirilemeyeceği gibi bir yandan da gündeminde halkın kontrol altında tutulması meselesi yer almıştır. Öte yandan garibanların karşı kamusu da her zaman zorunlu olarak erdemli olacaktır diye bir kural söz konusu değildir; ne yazık ki bazıları açık açık eşitlikçi değildir ve üstelik antidemokratiktir. Demokratik ve eşitlikçi niyetlere sahip olanlar bile her zaman kendi gayri resmi dışlama ve marjinalleştirme tarzlarını uygulamaktan öteye gidemezler. Yine de bu karşı kamular, egemen kamuların içindeki dışlamalara tepki olarak ortaya çıktıkça söylemsel alanın genişlemesine yardımcı olurlar.³⁷

Karşı kamu grupları için, ana akım kamusal alanın tipik paranteze alması, imkân vermeden ziyade kısıtlama anlamına gelmektedir. Çünkü gerçekleştirilmek istenen strateji, paranteze almayarak eşitlik varmış numarası yapmadan eşitsizliği görünür kılmaktır. Ana akım kamu ile garibanların karşı kamusu arasında mekânsal bir diyalektik söz konusudur. İlk adımda bazı gruplar, damgalamanın ayrımcılık korkusu olmadan paylaşılabilirliği ve tartışılabilirliği bir mekâna/yere/meydana geri çekilme ve tekrar bir araya gelme için ihtiyaç duyarlar. Bununla birlikte ana akım burjuva kamusal alanından geri çekilmeleri kısmi ve geçicidir, çünkü eninde sonunda ona dönerler ve söylemsel alanın genişlemesine yardımcı olurlar. Çekilmeyi, güçlenme izler ve gruplar görünür olma ve ayrımcılığa karşı protesto haklarında direnirler. Fraser’in tanımladığı bu tipik devinim, bir yanda ana akım kamunun demokrasi görünümüyle diğer yanda devam eden gerçek dışlama arasındaki gerilimle yürütülür. Söz konusu bu diyalektik süreçle ana akım kamu sürekli olarak kendi ideallerinin meydan okumasına uğrar ve daha kapsayıcı olma baskısı yaşar. Bir elimizde tartışma, mücadele ve müzakere vurgusu, diğer elimizde ise paranteze alarak eşitlik görünümü yaratma baskısı. Özetle her iki boyut da kamusal alan kavramını karşıt şekillerde işler hale getirir -biri çekişmeyi vurgular, diğeri parantez içine alır- ama her ikisi de kamusal alandansa dezavantajlı grupların katılımına daha açık bir siyaset biçiminin

³⁵ Cassegard, “Contestation and Bracketing: The Relation between Public Space and the Public Sphere”, s. 693.

³⁶ Bu ifade Türkçe literatürümüzde Doç. Dr. Ülker Yükselbaba tarafından “madun karşı kamuları” olarak kullanılmıştır. Ülker Yükselbaba, “Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlamları”, *İÜHFEM*, LXVI/2 (2008), s. 258.

³⁷ Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, *Social Text*, 25/26 (1990), s. 61, 67.

olasılığını akla getirir ve kamusalılığı gösterirken kamusal alan ve kamusal mekân arasındaki ilintiyi de vurgular.³⁸

Tüm bu klasik açıklamalar kamusal alana dair nostaljik bir klişenin boyunduruğu altındadır: Eylemin, müzakerenin, toplumsal fikir üretiminin ve katılımın olduğu bir kamusal alan! Oysa günümüzde böyle bir kamusal alan mevcut değildir ya da eğer bir kamusal alan varsa da zayıflamış, bozulmuş ve bir zamanlar olduğu şeyin solgun gölgesiyle deforme edilmiştir. İster Atina Polisi bir örnek olarak seçilsin ya da İtalyan Rönesansı'ndaki cumhuriyetçi şehir devletleri deneyimine bakılsın ister kamusal meselelerin tartışılması için Aydınlanma'nın bireylerinin kamusal meseleleri tartışmak için kendi akıllarını kullandıkları özgün kamuya odaklanılsın istenirse de New England'ın kasaba toplantıları idealize edilsin, bir soru hep baki kalmaktadır: Kamusal alanın o zamanlar var olan ve artık olmayan niteliği nedir?³⁹ Kamusal alanın yozlaşması ve sonu, geç kapitalizme düşer. Habermas, bunun sebebini kapitalizmin burjuva çıkarlarına yoğunlaşmasında ve kamusal alanın alameti farikası olan kurumsallaşmış evrensel ulaşılabilirlik vaadinin çiğnenmesinde görür. Refah devletinin yükselişi ile devlet özel alana daha fazla müdahale etmiştir. Bir yandan toplumun refahının yükselişi ideal kamusalılık için bir çekirdek oluştururken bir yandan da özel alan devletin denetimi altına girmiştir. Özel dünya ile kamu dünyası arasındaki ayrım kırılmış, piyasa mekânizmasının kitle iletişimini tüketim kültürüne dönüştürmesi ile de yozlaşma gerçekleşmiştir.⁴⁰

III. DIŞARISI

Ev, konut olarak kullanılan ve mahremi içeren, içerisinde çeşitli iktidar ilişkileri barındıran, ideolojik yönü asla yadsınamayacak bir alandır ve daima özel olanla ilişkilendirilir.⁴¹ Evlerin belirli bir planı vardır: mahrem alanlar (banyo-tuvalet), ziyaretçiye kapalı alanlar (yatak odaları), ziyaretçilere ve ev halkının tamamına açık yaşam alanı (salon/oturma odası); dışarıya açılan pencereler, balkonlar, girişler ve dışarıyla bağlantılı yerler merdivenler, belki bahçe ve artık dışarısı, sokak. En özelden genele doğru uzanan bir süreç. En bilinen kamusal mekân sokak ve ardından parklar, alışveriş merkezleri, kafeler, geceleri açık olan mekânlar, yol boyunca dizilen banklar, festival alanları, ibadethaneler, otobüs ve tren istasyonları, havaalanları, müzeler, özel müzeler, halka açık havuzlar ve spor salonları, özel spor salonları, ulaşımı kolay olan avmler ve ulaşımı zor olan avmler... Bunların mimarisi, düzenlemesi ve günlük pratikleri bize kamusal mekân olduklarını gösterir ama kamusalılıkları kademelidir.⁴² Ev ise özel bir mekândır ve içindekiler için anlamı müzakere, direniş ve teslimiyet gibi toplumsal süreçler yoluyla inşa edilir. “Evin” çeşitli üyelerinin gereksinimleri ve ihtiyaçları zamanla değiştiği için hiçbir zaman

³⁸ Cassegard, “Contestation and Bracketing: The Relation between Public Space and the Public Sphere”, s. 693, 694.

³⁹ Seyla Benhabib, “The Embattled Public Sphere: Hannah Arendt, Juergen Habermas and Beyond”, *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, 90 (1997), s.1.

⁴⁰ Ülker Yükselbaba, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusalılık İlkesinden, İletişimsel Kamusalılığa Geçiş*, İstanbul: XII Levha, 2012, s. 82.

⁴¹ Bu konunun kendisi başlı başına ayrı bir çalışma konusu olduğu için bu çalışmada yer verilmemiştir.

⁴² Judith Bodnar, “Reclaiming Public Space”, *Urban Studies*, 52/12 (2015), s. 2099.

tamamlanamayan bir süreçle karşı karşıyayızdır ve insanlar hayatlarına bir düzen getirmekten ziyade “düzenleme” ile meşgul olurlar.⁴³

Kamusal alandan bahsedebilmek için spesifik etkileşiminin yani müzakere ve kamusal tartışmanın gerçekleştiği çeşitli uzamsal alan ve çevrelere ihtiyaç vardır. Doğası gereği radikal olmayan fakat kamusal alan da dahil olmak üzere tüm siyasette hayati ve indirgenemez bir unsur olan kamusal mekân bu nedenle önemlidir. Çünkü bir yanıyla kamusal alanın uzamsal ve maddi biçimi bir yandan da muhalefetin tezahür edebildiği yerdir. İdealize edilen kamusal alanlar, her şeyden önce bir toplumdaki çelişkilerin özgürce ve açıkça ortaya çıkabileceği, ikinci olarak da insanların bu çelişkilerle baş etmeyi öğreneceği herkese açık ortamlardır. Bu tarz kamusal alan kavrayışlarında üç unsura vurgu yapılır: Birincisi, herkese açık erişim. Bu, kamusal alanın kurucu unsurudur. İkincisi unsur, gerçek hayatta hiçbir zaman gerçekleştirilmemiştir ve gerçekleştirilemeyecek bir ideal olarak kalır. Bu ideal, herkesin özgürce toplandığı, dışlayıcı şiddetten arınmış gerçek anlamda açık kamusal alanlar. Üçüncü unsur, açık erişimin ampirik ve teorik olarak imkânsız olmasına rağmen, bu idealden vazgeçilmemesidir zira kamusal alanın bu ideolojik yanı, altta yatan mücadeleleri maskeler. Dolayısıyla Habermas'ın idealist kamusal alan anlayışına yöneltilebilecek eleştiri burada da geçerlidir: Kamusal alana daima olumlu nitelik atfedilmesi. Kamusal alan, kamusal alanı oluşturan kamusal boyutlarının, mekânın potansiyel olarak kamusal alanın kendisini sorgulamak için bir yer haline geleceği noktaya kadar radikalleştirildiği karşı alanlar veya sahipsiz alanlar gibi formlarda inşa edilebilir. Böylelikle nasıl ki kamusal alan söylemsel uygulamalara ve bunların maddi temellerine bağlı olarak doğup yok olursa, nasıl kullanıldıklarına bağlı olarak, kendilerini kamusal alandan dışlanmış olarak deneyimleyenler için yaşayacakları ve seslerini duyurabilecekleri çeşitli kamusal mekânlar da ortaya çıkabilir. Burada, kamusal alanın olağan politikasının ötesine geçen şey, mekânın kendisi değil, eşitsizlikleri paranteze almayarak görünür kılmak veya alternatif parantezleme biçimlerine dayalı arenalar inşa etmek için mekânı kullanan eylemlerdir. Bu nedenlerle farklı bir yol seçilebilir: "Gerçek mekân" aramak yerine, mekânlarda "kamusal" ve "özel" kavramlarının iç içe geçmesine işaret edilerek bu kavramlara bağlı kalmanın gerekliliği vurgulanabilir.⁴⁴

Homeros'un Odyseia adlı eserinde, Ithaka'da MÖ 800 civarında Telemachos'un içine düştüğü durum oldukça can sıkıcıdır. Babası Odysseus 20 yıldır kayıptır ve son üç yıldır annesi Penelope'yle evlenmek isteyen davetsiz misafirler, Telemachos'u evinde yani kendi özel alanında tehdit etmektedirler. Davetsiz misafirlerin sözcüsü Antinous, Penelope'nin onların içinden seçeceği bir kişiyle evlenene kadar kendi topraklarına veya başka bir yere geri dönmeyeceklerini dile getirmiştir. Bunun üzerine Telemachos, 20 yıl sonra Ithaca agorasında ilk halk meclisini topladığında meclisin, o topluluğun özgür erkeklerinin meclisi olduğu ve meclisin polisteki yerinin yalnızca kamusal çıkara ilişkin konular olduğu gerçeğiyle yüzleşti. Bu nedenle kendisine, konunun kamusal olup olmadığı soruldu. Telemachos'un özel sorunu aynı zamanda Ithaca'daki siyasi liderlik sorunudur. Burada özel alan ile kamusal alan arasında net bir ayırım

⁴³ David C. Thorns, *The Transformation of Cities Urban Theory and Urban Life*, New York: Palgrave Macmillan, 2002, s. 99.

⁴⁴ Berd Belina, "Ending Public Space as We Know It", *Social Justice*, 38/1-2 (2011), s. 18.

yapmak mümkün değildir.⁴⁵ Telemachos'un davranışı, özel ile kamusal arasındaki çizgiyi yeniden çizerek bu ikircikli durumdan yararlanma girişimidir. Böylece özel-kamu ayırımından stratejik bir biçimde yararlanmaktadır. Görece yakın bir zamandan başka bir örnek verilebilir: 19. yy. başlarında Avrupa burjuvazisi de son derece memnuniyetsiz hissetmekteydi. Mutlakiyetçi devlet, kapitalist birikimin en önemli siyasi ve ekonomik önkoşulu olan, özel mülkiyeti garanti altına almak zorunda kalmasına karşın bu sınıfın devlet işlerine etki edebilmesini de kabul etmiyordu. Bu durumda, "kamu" terimi, öncelikle mutlakiyetçi kabine politikasının ve yönetiminin gizli uygulamalarına karşı yönlendirilen liberal bir slogan haline geldi.⁴⁶ Örneğin kamu yararı, kamu çıkarı ya da kamu ahlakı gibi kavramlar, kabul oluşturma ve rıza inşa etmede oldukça etkilidirler. Sonuç olarak kamusal müzakerenin konusu, kimler tarafından yapıldığı öncelikli olsa da mekân göz ardı edilecek bir husus değildir.

Tahrir Meydanı'ndan, Puerta del Sol ve Zuccotti Park Toplanmalarından Bangkok Protestolarına son yıllarda kamusal mekânlar birçok işgale sahne olmuştur. Her ne kadar dijital, fiziki mevcudiyeti olmayan bir iletişim biçimi protestoları düzenliyor, toplumsallaştırıyor olsa da fiziksel olarak bir mekânın işgali protestoların hâlâ merkezinde yer almaktadır. Bu durum yalnızca gücün sembolik alanlarını ele geçirmenin bir aracı değil aynı zamanda kendisini esas kamusal alanın bir parçası olarak deneyimleyenler de dahil olmak üzere herkese açık kentsel müştereklerin de korunması için bir yöntemdir. Nüfusun kendini yeniden ortaya koyduğu süreç olarak ve birlikteliğin yeni ve alternatif odalarını yarattıkları yer olarak kamusal mekânın önemi yadsınamaz.⁴⁷ Farklılıkların karşılaştığı ve insanların başka yaşam tarzlarını gördükleri yerler de kentsel kamusal mekânlardır. Kentsel kamusal mekânlar, düşünmeye, değerlendirmeye ve içinde bulunulan ortamı ve şartları sorgulamaya yönelten alanlardır. Öte yandan son zamanlarda kentler büyümüş, sınırları genişlediği için merkezin etkisi azalmış, hatta birden fazla merkez ortaya çıkmış ve belli kesimler/gruplar belli bölgelere dağılmıştır. Bunun sonucu olarak gruplar arası farklılıklar güçlenmiş ve kendi yaşam tarzlarını kendi bölgelerinde sürdürme olanağı bulmuşlardır.⁴⁸

Yaşam tarzlarının, benzerlerin kentin belirli bölgelerinde bir araya gelmesiyle gettolar oluşmuştur. Kentlerin gettolarında farklı yaşamların sürdürülmesine bir örnek olarak Julie Marcus'un alan araştırması örnek gösterilebilir. Julie Marcus, İzmir'de⁴⁹ yaptığı alan araştırmasında kadınlarla erkeklerin ayrı mekânlarda var oldukları ancak bunun bilinen anlamda bir kamu-özel ayırımına denk düşmediği iddia etmiştir. Haremlik-selamlık şeklinde yapılan bazı törenler (örneğin sünnet-nişan), hem kadının hem de erkeğin farklı biçimlerde katıldıkları kamusal olaylardır. Ev, tüm kadınlara açıktır ve misafirperverlik tüm konukların ağırlandığını

⁴⁵ Eski Yunan'da kamu özel ayırımının Arendt'in tasvir ettiği gibi bir zıtlık olmadığına dair bkz.: Mika Ojakangas "Polis and Oikos: The Art of Politics in the Greek CityState", *The European Legacy*, 25/4 (2020), s. 404-420.

⁴⁶ Berd Belina, "Ending Public Space as We Know It", *Social Justice*, 38/1-2 (2011), s. 13,15.

⁴⁷ Cassegard, "Contestation and Bracketing: The Relation between Public Space and the Public Sphere", s. 689, 690

⁴⁸ Şirin Yenice, "'Kamusal Olma' İçeriğinin Kamusal Mekânın Anlamsal ve Kullanımsal Boyutuna Yansıması Üzerine Bir Analiz Çalışması", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 1998, s. 1-3.

⁴⁹ İzmir'in bilinen anlamda bir Türk şehri olmadığını girişte belirtmektedir.

gerektirir ve bu anlamda özel değildir ama erkeklere de kapalıdır. Kadınların ve erkeklerin kendi kamusal ve özel alanları vardır. Mahalle arasındaki sokaklar ve diğer kadınların evleri -ki hane özel bir sembolik merkezdir- kamusal kadın mekânlarıdır.⁵⁰ Özellikle küçük kentlerde ve büyük kentlerin gettolarında hala sokak araları ve diğer evler erkeklerin dışarıda olduğu saatlerde kadınların sosyalleştiği kamusal mekânlardır. Kadınların kendi kamusal mekânları olduğunu ve kamusal hayattan dışlanmadıklarını söylemek ise yanlış olacaktır çünkü kadın kamusal mekânları “ciddi” işlerin ve konuların konuşulduğu kamusal alanlar olarak görülmezler.

Yunan agorası ve Orta Çağ pazar alanlarına ya da kent merkezlerine benzer bir işlev görebilecek olan alışveriş merkezleri günümüzde farklılıkların rastlaştığı kamusal mekânlar olmaktan ziyade gettolaşmanın başka bir örneği olarak gösterilebilirler. Kentlerin çeşitli aktivitelere ayrılarak yeniden inşa edilmeleri özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra ABD ve Avrupa şehirlerinin yeniden kurulması sırasında hayata geçirilmiştir. Söz konusu bu yeniden inşa sürecinde sanayi yapıları kent dışına kayarken danışmanlık, finans ve bankacılık gibi hizmetler kent merkezlerinde yerlerini almışlardır. Konut ihtiyacının karşılanması için kent dışında toplu konut alanları inşa edilmiştir. Bir dönem kent merkezleri konut, küçük zanaat işleri ve ticareti barındırırken, günümüzde motorlu taşıma araçlarının gelişimi ve çeşitli ekonomik gelişmeler sonucunda artık kentler tek bir merkez etrafında yoğunlaşmak yerine, farklı alt merkezlerin bir araya geldiği birimler haline dönüşmüşlerdir. Konut ihtiyacını karşılamak için çeperlerde oluşturulan toplu konut alanları da kentlerdeki yeni alt merkezleri oluşturmuşlardır. Bu alt merkezlerde yaşayanlar için kent merkezindeki ticari, sosyal ve kültürel aktivitelere ulaşım, bir süre sonra bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Bu noktada, temel iddiası trafik sorunundan ve gündelik hayatın sıkıcılığından bunalan insanlar için bir kaçış noktası sağlamak olan alışveriş merkezleri fikri doğmuştur.⁵¹ Söz konusu mekânlarda kadınların, erkeklerin ve çocukların aynı çatı altında ama kendi zevklerine göre vakit geçirebilecekleri sosyalleşme alanları sunulmaktadır. Bir zamanlar kent merkezlerinin temel amacı olarak görülen eğlence, alışveriş, çocuklarla vakit geçirme, boş boş gezme, aylaklık etme, etrafa bakma, konser, sinema-tiyatro gibi kültürel etkinliklere katılma, yemek yeme ve bir şeyler içmek için arkadaşlarla buluşulabilecek randevu mekânlarını içermek işlevlerinin tamamını alışveriş merkezleri üstlenmişlerdir. Bu yönüyle baktığımızda kamusal mekânlar olduklarını söyleyebileceğimiz alışveriş merkezleri, bulundukları konumlara ve müşteri kitlelerinin ekonomik ve sosyal özelliklerine göre ayrıldıkları için aslında gettolaşmanın somut örneği olarak da karşımıza çıkmaktadırlar. Çünkü ekonomik olarak üst seviyedeki insanların yaşadığı bölgedeki bir alışveriş merkezi ile ekonomik olarak alt sınıfın yaşadığı bölgedeki bir alışveriş merkezi sayılan tüm bu işlevleri aynı şekilde yerine getirmekte midir? Bir diğer soru ise farklı ekonomik ve kültürel sınıflardan insanların karşılaşma ve etkileşim alanı olduğundan bahsedebilip edilemeyeceğidir. Örneğin, her alışveriş merkezinde kitapçı var mıdır? Her alışveriş merkezinde mescit yer alırken hepsinde içki içilebilecek mekânlar var mıdır? Semtlerdeki sinemalar kapanırken alışveriş merkezleri sinema içermekte midir ve ayrıca son gösterim saat kaçtadır? Spor merkezleri kadın ve erkeklere aynı şekilde güvenli

⁵⁰ Julie Marcus, *A World Of Difference Islam and Gender Hierarchy in Turkey*, London: Zed, 1992, s. 108.

⁵¹ Tülin Vural ve Atilla Yücel, “Çağımızın Yeni Kamusal Mekânları Olan Alışveriş Merkezlerine Eleştirel Bir Bakış”, *itüdergisi/a*, 5/2 (2006), s. 101.

hizmet sunabilmekte midir? Sorulara verilecek yanıtlar esasında kamusal mekânların ne derece kamusal olduklarıyla ilişkilidir.

Kentli insanın özel günlerde sosyal, kültürel, siyasal ve ticari amaçlar için kullanacağı, özetle kentsel yaşamın en önemli kamusal mekânlarından biri de -günümüz Türkiye'si'nde avlulara dönüşmüş olan- kent meydanlarıdır. Milli ve dini bayramlarda sevilen bir sanatçı tarafından verilecek bir konsere; Ramazan ayında, Noel'de, Rosh Haşanah'ta, Paskalya'da, Hıdırellez'de, Nevruz'da düzenlenecek kültürel etkinliklere ev sahipliği yapacak geniş meydanlar kamusal katılımın ve kamusal etkileşimin mekânları olabilirlerdi. Osmanlı modernleşme çabalarına bu açıdan da bakmak mümkündür. Evail-i Ramazan 1255 (8-17 Kasım 1839) tarihli Tanzimat Fermanının Uygulanmasına Dair Emir'de⁵² İstanbul'da dar ve çıkmaz sokaklara izin verilmeyeceği, ahşap değil, kargir yapıların yapımına izin verileceği, yolların genişliğine ve geometrilere dair düzenlemelerin yapılacağı yönünde reformlar yer almıştır. Şehirlerin imarlarına ve güzelleştirilmelerine ilişkin alınan kararlar Osmanlı'nın modernleşme çabasının bir göstergesi olarak ele alınabilir. 1800'lerde kentlerde mülki ve askeri yönetimin mekânsal olarak yeniden örgütlenmesi ve imarı ile başlayan süreçte, bir hükûmet bölgesi meydanı etrafında sıralanan hükûmet konağı, postane, hapishane, defterdarlık, saat kulesi gibi yapıların birbiri ardına inşası izlemiştir. Kaybedilen topraklardan gelen Türk ve Müslüman vatandaşların iskânı için yeni yerleşim alanları da imar edilmiştir. Dikkat çekici unsur, Evail-i Ramazan 1255 tarihli Emir'e uygun olarak birbirini kesen sokaklar üzerinden bir yerleşim örüntüsü kurulmasıdır. Bugün yerinde Taksim Gezi Parkı'nın bulunduğu Taksim Bahçesi'nin yapımı 1869 yılında tamamlanmıştır ve hemen ardından Tepebaşı Bahçesi inşa edilmiştir. Her ikisinin de çağdaş kamusallığın erken örneklerinden olarak değerlendirilmelerinin sebebi kadın ve erkek birlikte kullanılıyor olmalarıdır. Öte yandan II. Meşrutiyet'ten itibaren, daha önceleri bulunduğu konumun adı ile anılan kimi bahçe ve mesire yerlerinin; "millet", "hürriyet" gibi ön adlar almaya başlamasının sebebi rastlantısal değildir. Millet Bahçeleri'nde, toplumun Osmanlı değerlerine göre kontrol edilmesi ve sosyalleştirilmesi hedeflenmiştir.⁵³ Özetle hükûmet konağını çevreleyen bir meydan etrafında birbiri ile temas eden sokaklar üzerinde yerleşim esas alınarak iktidarın tekrar görünür ve etkili olmak istediği sonucunu çıkarabiliriz, çünkü hükûmet konakları devlet iktidarını simgeleyen modern kamusal mekânlar olarak kurgulanmışlardır. Birinden diğerine geçilebilen sokakların sonuçta hükûmet konağı meydanına ulaşması ise farklı kesimlerden halkın iktidar güvencesinde temasını sağlamak ve Millet Bahçeleri'nde din, ırk, sınıf gibi farklılıklar en aza indirilerek kamusal etkileşim sağlamak istendiği yorumu kanaatimizce aşırıya kaçmak olmayacaktır.⁵⁴

Benzer şekilde Genç Cumhuriyet'e başkent olduktan sonra bu işlevi nedeniyle hızla gelişmeye başlayan Ankara da hem bir simge hem de modern kentleşmenin bir örneği olma sorumluluğunu üstlenmiştir. Hükûmet binaları için seçilen bölgeler kentin merkezi olmuşlardır. Bu nedenle Cumhuriyet'in ilk yıllarında Ulus, bir merkez olarak politikacıların yanı sıra

⁵² Reşat Kaynar, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1985, s. 180-184.

⁵³ Cem Dedekargınoğlu, "Erken Cumhuriyet Ankara'sında Bir Kamusal Mekân: Millet Bahçesi", *Ankara Araştırmaları Dergisi*, 7/2 (2019), s. 356, 357. 355-374.

⁵⁴ A. Aytuğ ve M. İncoğlu, "Kentsel Mekânda Kalite Kavramı", *Megaron* 4/3 (2009), s. 136 131-146

aydınlar ve sanatçılar için de önemli bir kamusal mekân olmuştur. Zaten Cumhuriyet öncesinde de valilik binasının, Erkek Öğretmen Okulu'nun ve Karaoğlan Çarşısı'nın yer aldığı geleneksel bir merkez görünümündeki Ulus'ta bulunan Taşhan Meydanı kamusal mekân olarak önem taşımaktaydı. Meydan'a adını veren Taşhan Binası 1888 yılında inşa edilmiştir. Demir yolunun 1892 yılında kente ulaşmasıyla ve Taşhan Meydanı'nın istasyona ulaşımı nedeniyle hem imparatorluğun batılılaşma imgesi hem de kamusal mekân olarak anlam kazanmıştır.⁵⁵ 1915 yılında meydana İttihat ve Terakki Cemiyeti kulüp binası inşası başlamış, 23 Nisan 1920'de 1. Meclis'in bu binada toplanması kararlaştırıldığında henüz bitirilmemiş olan bina, milli bir heyecanın eseri olarak milletin katkısıyla tamamlanmış⁵⁶ ve Türk kimliği vurgusuyla meydan mekânsal olarak da güçlü bir tanım kazanmıştır. Savaş yıllarında ise Milli Mücadele merkezi olarak yeni bir kamusal anlama kavuşan meydanda Erkek Öğretmen Okulu Ankara dışından gelen vekillerin yatakhane olarak işlev görmüş, Taşhan hastane olarak kullanılmış ve valilik binası ise bakanlıklara hizmet vermiştir. Lörcher Planı'nda⁵⁷ da öngörüldüğü gibi zamanla Taşhan çevresi istasyonla olan bağlantı nedeniyle daha da önem kazanmış ve Taşhan Meydanı düzenlenerek Hakimiyet-i Milliye Meydanı adıyla törenlerin ve kutlamaların yapıldığı bir Cumhuriyet meydanına dönüştürülmüştür. İlerleyen yıllarda Türkçeleştirmenin başlaması ve ulus kavramının benimsenmesinin de etkisiyle 1930'da Millet Meydanı'nın adı Ulus Meydanı yapılmıştır. 1935'te Taşhan binasının yıkılmasından sonra yerine 1937'de Sümerbank Binası yapılmasıyla gerek adıyla (Ulus Meydanı) gerekse de Cumhuriyetin kurumsal inşa sürecinde büyük önem taşıyan binalarla (Millet Meclisi, Sümerbank) mekânın ruhu yaratılmıştır.⁵⁸ O vakitler Taşhan'ın karşısında ne zaman yapıldığı tam olarak bilinmeyen bir millet bahçesi de bulunuyordu. 1886 yılında millet bahçesi yapımı için yer arandığı, 1895 yılında ağaçlandırma yapıldığı ve 1907 yılında dönemin valisi Dr. Reşit Bey'in emriyle bölgedeki mezarlığın kent sağlığı gerekçesiyle taşındığı ve ziraat mektebinin yetiştirdiği numune akasya fidanlarının bölgeye dikildiği ve orta alana bir küçük havuz yapıldığı belirtiliyor. Meclisin de karşısında yer alan bu bahçe bir süre kullanıldıktan sonra yolların genişletilmesi sırasında ilk değişimini yaşıyor ve yola katılarak küçülüyor. 1930 yılında yeni şekliyle yeniden açıldığında bu kez bahçede dükkanlar da yer almakta ve artık adı Millet Bahçesi değil Belediye Çarşısı ve Bahçesi olarak geçmektedir. Ankara'da kamusal mekân kullanımının değişmesi Atatürk Orman Çiftliği'nin 1930'da ve Gençlik Parkı'nın 1943'te açılmasıyla değişim yaşamış ve bahçe, kamusal mekân olma özelliğiyle ikinci planda kalırken dükkanların yarattığı cazibeyle daha çok iş merkezine dönüşmüş, 1956 yılında Şehir Çarşısı genişletilmiş ve bahçenin önemli bir kısmını içine almıştır. Bu tarihten sonra bahçeden bahsedilmez olmuş, 1969 yılında alan tamamen boşaltılmış ve Atatürk'ün doğumunun 100. yılından adını alan ve 1981'de açılışı yapılan 100. Yıl Çarşısı⁵⁹ bahçenin üzerinde yükselmiştir.⁶⁰ Bahçe, bir kamusal mekân olarak gerek Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde gerekse Cumhuriyet'in ilk yıllarında etkileşim ve

⁵⁵ Nuray Bayraktar, "Tarihe Eş Zamanlı Tanıklık: Ulus ve Kızılay Meydanlarının Değişim Süreci", *Ankara Araştırmaları Dergisi*, 1/1 (2013), s. 21.

⁵⁶ <https://www.ktb.gov.tr/TR-96356/ankara---kurtulus-savasi-muzesi-i-tbmm-binasi.html>

⁵⁷ Ali Cengizkan, "Ankara 1924 Lörcher Planı Raporu", *Belleten* 67/248 (2003), s. 156.

⁵⁸ Bayraktar, "Tarihe Eş Zamanlı Tanıklık: Ulus ve Kızılay Meydanlarının Değişim Süreci", s. 23.

⁵⁹ 2023 yılı haziran ayı itibarıyla yıkımı tamamlanmıştır.

⁶⁰ Dedekargınoğlu, "Erken Cumhuriyet Ankara'sında Bir Kamusal Mekân: Millet Bahçesi", s. 368, 371.

sosyalleşme açısından büyük önem barındırmış, bireylerin kolay ulaşılan merkezî bir kamusal mekânda “başkalarınca görülmelerini ve başkalarını görmelerini” sağlamıştır. Fiziki olarak bir araya gelmenin, bakmanın ve karşıdakinin de farklılıklarına rağmen insan olduğunu bilerek konuşmanın mekânı olarak kamusalılık gücünü barındıran bahçe zamanla iş merkezine dönüşmüş ve kamusallığını kaybederek ticarileşmiştir.

Kızılay Meydanı’nın öyküsü de kent ve kamusalılık hakkında konuşma fırsatı verecek önemli bir öyküdür. Meydan’ın yaşadığı değişim yalnızca fiziksel bir değişim değil aynı zamanda sosyal bir değişimdir. Kentin gelişme yönünün belirlenmesinde 1925 yılında Sıhhiye’de 150 hektarlık bir alanın planlanması ve bazı bakanlıkların bu alana yerleşmesi oldukça etkili olmuştur. Ulus hâlâ kent merkezi özelliğini korurken Kızılay, yeni yaşam tarzının temsil edildiği bir parka ev sahipliği yapmaktadır. Atatürk Bulvarı boyunca yeni meydanların planlandığı Lörcher Planı’nda Cumhuriyet Meydanı olarak bırakılan alan Kızılay’da Havuzbaşı adı verilen bir park olmuştur. Ulus ve Kızılay arasında bir ayırım yapılmış ve ilki daha ziyade kamusal bir meydan olma özelliğindeyken Kızılay özellikle Yenişehir’de yapılan bahçeli evlerde ikamet eden sakinlerin de kullandığı bir sivil meydan özelliği kazanmıştır. 1927 yılında Havuzbaşı’nın açıldığı büyük meydan Kurtuluş Meydanı adını almıştır. 1929 yılında Kızılay Genel Merkezi’ne ait bina inşa edildikten sonra Havuzbaşı, Kızılay Parkı; Meydan, Kızılay Meydanı; Yenişehir de Kızılay olarak anılmaya başlamıştır. Nasıl ki yaşanan dönemde benimsenen siyasi, dini ya da felsefi akımlar isimlerimize yansiyorsa yaşadığımız şehrin sokaklarının, meydanlarının, parklarının adında da aynı etkiyi gösterirler. Örneğin, 1960 yılında Kızılay Meydanı’nın adı Hürriyet Meydanı olarak değiştirilmiştir. 15 Temmuz 2016 Darbe Girişimi sonrasında meydanın adı yine değiştirilmiş ve 15 Temmuz Kızılay Milli İrade Meydanı adını almıştır. İsim değişikliklerinin yanı sıra meydanın fiziksel değişimi de yaşanan dönemin baskın özelliklerine uygun olmuştur. Meydanın bulunduğu Atatürk Bulvarı, Cumhuriyet’in ilk yıllarında ortasında akasya ağaçları bulunan geniş refüjü, iki yanında yükselen atkestanelerinin gölgelik verdiği geniş kaldırımları ve kafeleriyle Ankaralıların gözde kamusal mekânı olmuştur. Günümüzde özendiğimiz Avrupa kentlerinde olduğu gibi yayalar ve bisikletlilere ayrılmış gezinti yoluyla Bulvar’a eklemlenen Güvenpark, Bulvar’ın kamusal mekân özelliğini güçlendiren çok önemli bir açık alan olarak varlık göstermiştir. Parkta simgesel bir önem taşıyan Güven Anıtı bugün halen varlığını korumaktadır. Güvenpark, 1930’lu yıllarda yapımına başlanan bakanlıklar ile konut alanını birbirinden ayırmak ve ikisi arasında bir yeşil alan oluşturarak hem resmi hem sosyal bir kamusal mekân yaratmak amacıyla planlanmıştır.⁶¹

Özetle savaşı kaybetmiş bir imparatorluğun işgal edilmeye başlanmış toprakları üzerinde kurtuluş mücadelesi verilerek kurulan Türkiye Cumhuriyeti, laiklik ve bilimsellik temeline oturan yeni bir kültür ve ulus-devlet temeli üzerinde yükselmeyi hedeflemiştir. Başkent olarak seçilen Ankara da doğal olarak bu hedefler doğrultusunda inşa edilmek istenmiştir. 17 Şubat 1923’te İzmir’de başlayan Türkiye İktisat Kongresinde, bütünüyle dışa açık yarı sömürge durumundaki ekonomik düzeni aşmak, siyasal bağımsızlığın yanında ekonomik bağımsızlığı da

⁶¹ Bayraktar, “Tarihe Eş Zamanlı Tanıklık: Ulus ve Kızılay Meydanlarının Değişim Süreci”, s. 26.

sağlamak⁶² Genç Cumhuriyet'in en büyük hedeflerinden biri olarak ortaya konulmuştur. Bunun mekâna en büyük yansımasını Ulus ve Kızılay'da inşa edilen bakanlıklarda, merkez bankasında, bankalarda, çarşılarda görmek mümkündür. Dahası bir kent olarak Ankara, yeni hedeflerin doğrultusunda inşa edilen kurumsal birçok yeni yapı ve kamusal mekânla biçimlenmekle kalmamış aynı zamanda bu yapılara ve mekânlara uygun kentli davranışının hayata geçirildiği bir kent olmuştur. Zira kamusal mekânlar, toplumsal deneyimin ve sosyal yaşanmışlıkların biçimlendiği tasarımla zamana ve kullanıma bağlı olarak nitelik kazanan yerlerdir.⁶³

Kamusal mekân sadece yapıların olduğu bir yer değildir. Toplumsal olayların gerçekleştiği, insanların çevreyle ilişki kurduğu, insan ve toplum davranışları üzerinde etkili sosyal ve kültürel boyutu olan bir olgudur. Kamusalılık, açıklığı, tüm toplum tarafından ulaşılabilirliği ve kullanılabilirliği ifade eder. Bu nedenle kentlerdeki kamusal mekânlara tüm kent halkının ulaşabilmesi, kent yaşamının bir olanağı olarak iletişimde bulunabilmesi ve sosyalleşme olanağına sahip olması, herkese eşit şekilde sunulan imkanlardan ve hizmetlerden yararlanabilmesi gerekmektedir. Hal böyleyken, kamusal mekânlar, küresel sermaye için önemli bir yatırım aracı haline gelmiş ve farklı toplumsal kesimlerin de kamusal mekânlara olan ilgisinin artmasıyla beraber fiziksel ve sosyal anlamda değişim ve dönüşüm kaçınılmaz olmuştur. Ekonomik baskı nedeniyle kentsel kamusal mekânlar el değiştirmiş, kent dışındaki çeşitli bölgelere dağılmış ve etkileşim alanları olması gereken kamusal mekânlar ticari merkezlere dönüşerek işlevlerini yitirmiştir. Değişen sosyal ve ekonomik koşullar, faaliyetlerin bir mekâna bağlı olması halini ortadan kaldırmış bunun sonucu olarak da kamu-özel iç içeliği ortaya çıkmıştır. Diğer bir deyişle yer olgusu ortadan kalkmış, yerin simüle edilmesi ile birtakım fonksiyonlar kazanılmış ve kentler kimliklerini yitirme ve aynılaşıma sürecine girmişlerdir. Daha açık ifade etmek gerekirse yaşanan mekânlar gelip geçilen yerlere dönüşmüştür. Bunun sonucu olarak insanlar özel alanlara kapanmışlar, kamusal mekânlara ise sessizlik hâkim olmuştur. Dahası bireyler yaşadıkları kente, mekâna, çevreye yabancılaşmış ve kent ve kentli arasında olması gereken anılar ve anlamlar ya yok olmuştur ya da asla gerçekleşmeyecektir.⁶⁴ Örneğin, Genç Cumhuriyet'in küllerinden doğuşunu simgeleyen Ankara'nın, Ulus Meydanı'nda yapılacak Occupy Wall Street benzeri bir eylem, görünürlük açısından bugün ne kadar etkili olabilir? Günümüzde Türkiye'de meydanlar kuşatılmış, güvenlikten yoksun alanlar haline gelmiştir. Tandoğan Meydanı'ndan ya da Kızılay Meydanı'ndan bahsetmek bugün mümkün değildir.

SONUÇ

İktidarlar, kendi öznelarini var etmek isterler. Bunun için de söylem ve icraatlarıyla bir kimlik oluşturlar. Böylece "kim olunduğu, nasıl olunması gerektiği" sorularının yanıtları sabitlenmiş olur. Öznenin inşası için ve kültürel söylemin örneklenmesi için ihtiyaç duyulan alanları ise kamusal mekânlar oluşturur. İster iktidarın makbul öznesi olsun isterse muhalif çoğunluğun/azınlığın makbul öznesi olsun tüm öznelar kamusal mekânda görünmek

⁶² Erdinç Tokgöz, " 'Türkiye İktisat Kongresi' mi? 'İzmir iktisat kongresi' mi? Hangisi doğru?", *HÜ. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 18/1 (2000), s. 340.

⁶³ Duygu Akyol, Abdullah Çiğdem, Tuğba Düzenli, "Toplumsal Değişim Sürecinde 'Kamusal Mekân'ın Dönüşümü", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi* 56 (2017), s. 545.

⁶⁴ Akyol, Çiğdem, Düzenli, "Toplumsal Değişim Sürecinde 'Kamusal Mekân'ın Dönüşümü", s. 552.

zorundadırlar ki örnek olabilsinler. Kamusal mekânlarda gerçekleştirilen sosyalleşme faaliyetleri bu nedenle sıradan etkileşimler değildir. Kamusal mekânda salt insan oluşun gerektirdikleri öğrenilmez ayrıca belirli bir insan oluşun gerektirdikleri de öğrenilir ya da zorla öğretilir. Örneğin, düğünler, sünnet merasimleri, diş mevlitleri, vefat sonrası okutulan Yasinler ve verilen yemekler, bayi toplantıları, aile kutlamaları, mezuniyet buluşmaları, sokaklarda oluşan uzun kuyruklar, meydanlarda toplanan kalabalıklar vb. yüz yüze etkileşim alanlarıdır. Yüz yüze etkileşimin devamında daha fazla insanın bir arada yaşamasını sağlayan karışık kaynaşma normları devreye girer. Yukarıda sayılmış olan basit ve gündelik görülen tüm bu etkinlikler bir yönüyle etkileşimin gerçekleştiği ve öğretildiği faaliyet alanlarıdır, bir yönüyle ise etkileşim pratiklerinin bizzat yeniden üretildiği alanlardır. Söz konusu bu faaliyetlerin gerçekleştiği mekânlar ise az ya da çok kamusal mekânlardır.

Kamusal mekân, sanat çevrelerinde doğup siyasi konuları da içererek büyüyen kamusal alandan farklı bir özellik taşımaktadır. Kamusal mekân, söylemin eylemle gerçekleştiği alanın kendisidir. Diğer bir ifadeyle kadın erkek eşitliğine ilişkin bir söylemi hayata geçirmenin yolu kadın-erkek paylaşılan mekânlar yaratmaktır. Eğitimde fırsat eşitliği mi talep ediliyor? Tüm gelir gruplarının çocukları aynı mekânda eğitim alırsa bundan bahsedebiliriz. Çünkü mekânda kaçınılmaz olarak yüz yüzde etkileşim gerçekleşecektir ve böylece kendi gettolarında yaşadıkları için diğerlerince görünmez olanlar, görülmek istenmeyenler varlık kazanacaklardır. Yine gruplaşmalar kaçınılmaz olarak gerçekleşecektir ama ötekinin kim ve nasıl olduğuna dair net bir görünüm edinilmiş olacaktır.

Eğer mekânların kamusalılık vasfı derece derece olursa yani herkes kendisine en yakını görmeye devam ederse bu uzun vadede görülmeyenlerin “yokluk sanısına” sebep olacaktır. Örneğin küçük bir kentte kadınlı-erkekli düğünlerin yapılmadığı bir deneyimde, bunu kendi gerçeği olarak kabul edip büyüyen biri homojen yapıda olmayan bir şehre gittiğinde kadınlı-erkekli düğünleri ya da eğlenceleri yoktan oluşmuş, bir kültüre bir deneyime dayanmayan etkinlikler olarak görecektir.

Öte yandan mezuniyet balosuna erkek öğrencilerin de katılacağı ve içki içileceği gerekçeleriyle katılmak istemeyen kadın öğrenciler mezuniyet kınası organize etmektedirler. Burada alternatif bir kamunun oluştuğundan bahsedebiliriz. Alternatif kamusal mekânda, diğerinin unsurlarının değiştirilerek yeniden üretilmesi pratiğini görmek de kendi pratiğinin oluşturulduğunu görmek de mümkündür. Alkolsüz şampanya patlatmak, erkeklere açık olan mekânda giyilemeyen kıyafetlerin giyilmesi, istendiği gibi dans edilmesi... Doğal olarak bu genç kadınların kendilerine yeni bir varlık alanı inşa ettiklerinden bahsedebiliriz. Bu yönüyle olumlu olmakla beraber kapsayıcı bir kamusal mekân pratiğinden de kendilerini dışlamaktadırlar. Burada dikkat edilmesi gereken “rıza” kavramıdır. Kendi rızasıyla kendi alternatif kamusal mekânına çekilip kendi pratiklerini var etmek ile alternatif kamusal mekânı dayatmak arasında haklar açısından çok önemli farklılıklar vardır. Kamusal mekânların çoğunluğu yapıları gereği iktidar kontrolünde olan alanlardır. En bilinen kamusal mekân örneği olarak sokak, yaşamın somutlaştığı alandır. Belirli bir iyyinin devlet desteğiyle dayatılması örneğin İran’da olduğu gibi kamusal mekânda zorunlu baş örtüsü uygulaması ya da kamuya açık parklarda içeceklerle alkol yasağı getirilmesi yahut polis ya da bekçiler tarafından genç kadınların kıyafetleri nedeniyle

uyarılması kamusal mekânda kısıtlama anlamına gelmektedir. Kabul edilen iyi dışındaki tercihler, kamusal mekândan dışarı atılmaktadır. Elbette o da kendi alternatifi yaratacaktır. Bunun en tipik örneği ABD’de uygulanan alkol yasağıdır. İçkinin yasak olduğu ama polislerin “başka tarafa baktığı” günlerde Newyork’ta tüm zamanların en eğlenceli partilerinin yapıldığı söylenir. 1920’lerde New York’ta yaşayan romancı John Dos Passos, “Bunlar ‘speakeasy’⁶⁵ günlerdi” diye yazmıştı. Çünkü bir speakeasy şehirde bulunması en kolay yerlerden biriydi. Köşedeki gazete bayilerinde satılan ayrıntılı rehberler, devriyedeki polislerin en yakındakine yönlendirmesi hatta şifreleri sağlaması... Yasak kalkmadan önce, New York’ta otuz iki bin speakeasy olduğu tahmin ediliyordu ki bu sayı yasal restoran, kulüp ve kabarelerin iki katıydı! 1933 yılında Fortune, Amerika’nın son on yılında speakeasy’lerin sosyal bir kurum olmaktan daha fazlası olduğunu yazmıştı. Zira şehrin en büyük endüstrisinin perakende satışlarına pazar olarak liderlik ediyordu. Bu süreçte içkiye yapılan harcamanın ete yapılan kadar ve ekmeğe, ayakka-bıya ya da diğer başka bir şeye yapılandan da fazla olduğu belirtiliyor.⁶⁶

İçki yasağı sosyolojik ve hukuki olarak derinlemesine incelenmeyi hak eden bir konudur, dikkat edilmesi gereken bir nokta da kamusal alanda bir dönüşüme sebep olmasıdır. Amerikan toplumunda yasak öncesinde orta sınıf (zaman zaman şarap dışında) pek içmezdi. İster istemez Viktorya Çağı kabulleriyle şekillenen saygınlık anlayışına göre, erkekler içki içilen salonlarda görülmek istemezlerdi çünkü bu salonlar kumar, fuhuş, suç ve toplumsal çürümeyle ayrılmaz şekilde bağlı görülüyorlardı. Saygı gören eski tip salonlarda öğle yemeği ve erkekçe eğlenceler sunulurdu. Kötülükle ilişkilendirilmesine rağmen salonlar işçi sınıfının, özellikle de ilk kuşak işçi göçmenlerin, sosyal ihtiyaçlarını karşılamada büyük rol oynamışlardır. Yasaktan sonra, piyasada yer almayan içki, bir statü sembolü haline gelince her ne kadar her bütçeye uygun speakeasyler bulunuyor olsa da orta sınıf mekânlarının konforundan dışlanan ve yasak öncesi ona ait olarak görülen şeyi orta sınıfa kaptıran bir işçi sınıfı gerçeği vardır artık⁶⁷. Öte yandan geleneksel erkeklere açık eğlence mekânları yasakla ortadan kalkınca yasa dışı speakeasylerin yarı kamusal ortamında kadınlar görünür hale geldiler ve o yarı kamusallığının bir parçası oldular.⁶⁸

Sonuç olarak, kamusal alandan ve onun uzamsal görünümü olan kamusal mekândan temel beklenti, toplumsal dayanışmasının inşası ve birliktelik ruhudur. Kamusal alan, kamusal mekânlar olmadıkça gerçek işlevini yerine getirmeyecektir. Üniversite şenlikler yapılmazken, festivaller iptal edilirken, düğünlerde çekilen halaylara bile müdahale söz konusuysa demokratik tartışmanın vücut bulacağı bir kamusal mekân temelinde kamusal söylemin gerçekleşeceğini ummak saflıktır.

⁶⁵ Speakeasy, alkollü içeceklerin yasa dışı olarak satıldığı yer, özellikle de Amerika Birleşik Devletleri’nde Yasaklama (1920–33) dönemindeki barlara verilen ad. <https://www.britannica.com/topic/speakeasy>. (erişim: 05.03.2024).

⁶⁶ Donald L. Miller, *Supreme City: How Jazz Age Manhattan Gave Birth to Modern America*, New York: Simon and Schuster Paperbacks, 2015, s. 123.

⁶⁷ J. C. Burnham, “New Perspectives on the Prohibition “Experiment” of the 1920’s”, *Journal of Social History*, 2/1 (1968), s.52-53. 51- 68.

⁶⁸ Jack S. Blocker, “Did Prohibition Really Work? Alcohol Prohibition as a Public Health Innovation”, *American Journal of Public Health*, 96/2 (2006), s. 238, 241.

KAYNAKÇA

- Akyol, Duygu. Abdullah Çiğdem. Tuğba Düzenli. "Toplumsal Değişim Sürecinde 'Kamusal Mekân'ın Dönüşümü". *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*. 56 (2017): 545-554.
- Appadurai, Arjun. "Disjuncture and Difference in The Global Cultural Economy". *Theory, Culture and Society*. 7/2-3 (1990): 295-310.
- Arendt, Hannah. *The Human Condition*, USA: The University of Chicago Press, 1998.
- Aytuğ, A. ve M. İnceoğlu. "Kentsel Mekânda Kalite Kavramı". *Megaron* 4/3 (2009): 131-146
- Bayraktar, Nuray. "Tarihe Eş Zamanlı Tanıklık: Ulus ve Kızılay Meydanlarının Değişim Süreci". *Ankara Araştırmaları Dergisi*. 1/1 (2013): 20-35.
- Belina, Berd. "Ending Public Space as We Know It". *Social Justice*. 38/1-2 (2011): 13-27.
- Benhabib, Seyla. "The Embattled Public Sphere: Hannah Arendt, Juergen Habermas and Beyond". *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. 90 (1997): 1-24.
- Bilgin, Nuri. "Fiziksel Mekândan İnsani ya da İnsanlık Mekâna". *Mimarlık Dergisi*, 3 (1990): (62-65).
- Blocker, Jack S. "Did Prohibition Really Work? Alcohol Prohibition as a Public Health Innovation". *American Journal of Public Health*. 96/2 (2006): 233-243.
- Bodnar, Judith. "Reclaiming Public Space". *Urban Studies*. 52/12 (2015): 2090-2104.
- Burnham, J. C. "New Perspectives on the Prohibition "Experiment" of the 1920's". *Journal of Social History*. 2/1 (1968): 51- 68.
- Cassegard, Carl. "Contestation and Bracketing: The Relation between Public Space and the Public Sphere". *Environment and Planning D: Society and Space*. 32 (2014): 689-703.
- Cengizkan, Ali. "Ankara 1924 Lörcher Planı Raporu". *Belleten*. 67/248 (2003): 153-214.
- Dedekargınoğlu, Cem. "Erken Cumhuriyet Ankara'sında Bir Kamusal Mekân: Millet Bahçesi". *Ankara Araştırmaları Dergisi*, 7/2 (2019): 355-374.
- Durkheim, Emile. *Toplumbilimin Yöntem Kuralları*. Çev. Özer Ozankaya. İstanbul: Cem Yayınevi, 2013.
- Fraser, Nancy. "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy". *Social Text*. 25/26 (1990): 56-80.
- Goerge Simmel. "Bridge and Door", *Simmel on Culture*. Der., David Frisby, Mike Featherstone. London: Sage Publications, 1997: 170-174.
- Habermas, Jürgen. *Kamusalın Yapısal Dönüşümü*. Çev., Tanıl Bora, Mithat Sancar. İstanbul: İletişim Yayınları, 2003.
- <https://www.britannica.com/topic/speakeasy>. (erişim: 05.03.2024).
- <https://www.ktb.gov.tr/TR-96356/ankara---kurtulus-savasi-muzesi-i-tbmm-binasi.html>
- Işık, İ. Emre ve Şentürk, Yıldırım. *Özneler, Durumlar ve MekanMekânlar*. İstanbul: Bağlam Yayınları, 2009, s. 8.
- Karasu, Mehmet ve Sevim Cesur. "Kamusal MekanMekânları Kendileme ve Zamansal Deneyim Arasındaki İlişkiler: Transaksiyonel Bir Keşif Çalışması". *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*. 43/1 (2023): 110-130.
- Kaynar, Reşat. *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1985.
- Marcus, Julie. *A World Of Difference Islam and Gender Hierarchy in Turkey*. London: Zed, 1992.
- Marx, Karl ve Engels, Friedrich. *Alman İdeolojisi*. Çev. Sevim Belli. Ankara: Sol Yayınları, 2010.
- Marx, Karl ve Engels, Friedrich. *Werke Band 13*. Berlin: Karl Dietz Verlag, 1971.

- May, Todd. *Deleuze Bir Birey Nasıl Yaşayabilir?* Çev. Sercan Çalıcı. İstanbul: Kolektif Yayınları, 2017.
- Miller, Donald L. *Supreme City: How Jazz Age Manhattan Gave Birth to Modern America*. New York: Simon and Schuster Paperbacks. 2015.
- Mills, Charles Wright. *The Sociological Imagination*. New York: Oxford University Press, 2000.
- Ojakangas, Mika. "Polis and Oikos: The Art of Politics in the Greek CityState". *The European Legacy*. 25/4 (2020): 404-420.
- Paquot, Thierry. "Sözün Alanı". *Kamusal Alan*. Der., Eric Dacheux. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012: 59-64.
- Piaget, Jean. *Çocukta Zihinsel Gelişim*. Çev., Hüsen Portakal. İstanbul: Cem Yayınevi, 1999.
- Proshansky, Harold M. Abbe K. Fabian ve Robert Kaminoff. "Place-Identity: Physical World Socialization Of The Self". *Journal of Environmental Psychology*. 3 (1983): 57-83.
- Salikov Alexey, Salikov, Zhavoronkov Alexey. "The Public Realm And Revolution: Hannah Arendt Between Theory And Praxis". *Estudos Ibero-Americanos*, 43/3 (2017): 513-523.
- Shields, Rob. *Places on The Margin*. London: Routledge, 1992.
- Simmel, Goerge. "The Sociology of Space", *Simmel on Culture*. Der., David Frisby, Mike Featherstone. London: Sage Publications, 1997: 137-170.
- Soja, Edward W. *Postmodern Geographies*. London: Verso Books, 1990.
- Terbaş, Özden. Terbaş, "Zihnin Üç İşlevi: Düşleme, Simgeleştirme ve Düşünme". *Psikanalitik Açılımlar Düründen Düşleme, Simgeden Düşünceye*. Dder., Özden Terbaş,, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2021: 3-27. , s. 3.
- Thorns, David C. *The Transformation of Cities Urban Theory and Urban Life*. New York: Palgrave Macmillan, 2002.
- Timur, Taner. *Habermas'ı Okumak*. İstanbul: Yordam Kitap, 2017.
- Tokgöz, Erdinç. "Türkiye İktisat Kongresi' mi? İzmir iktisat kongresi' mi? Hangisi doğru?". *HÜ. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*. 18/1 (2000): 339-349.
- Topinka, Robert J. "Foucault, Borges, Heterotopia: Producing Knowledge in Other Spaces". *Foucault Studies*. 9 (2010): 54-70.
- Vural, Tülin ve Atilla Yücel. "Çağımızın Yeni Kamusal MekanMekânları Olan Alışveriş Merkezlerine Eleştirel Bir Bakış". *itüdergisi/a*. 5/2 (2006): 97-106.
- Yenice, Şirin. "Kamusal Olma' İçeriğinin Kamusal Mekânın Anlamsal ve Kullanımsal Boyutuna Yansıması Üzerine Bir Analiz Çalışması". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 1998.
- Yırtıcı, Hakkı. *Çağdaş Kapitalizmin MekanMekânsal Örgütlenmesi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Yükselbaba, Ülker. "Kamusal Alan Modelleri ve Bu Modellerin Bağlamları". *İÜHFMLXVI/2* (2008): 227-272.
- Yükselbaba, Ülker. *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusalılık İlkesinden, İletişimsel Kamusalığa Geçiş*. İstanbul: XII Levha, 2012.

EXTENDED SUMMARY

TRANSFORMATION OF PUBLIC SPACE AND PUBLICITY

Fatma Süzgün Şahin Ünver, Asst. Prof.

Ankara Hacı Bayram Veli University, fsuzgunsahin@yahoo.com

○ <https://orcid.org/0000-0003-0028-2661>

Apart from their importance in the fields of law and political science, the need to study the concepts of public sphere and publicness in terms of sociology and psychology will continue. The reason for this necessity lies in the dimension of human self-construction, interaction with other people and existence in the face of power. To put it simply, you can only grow with what you have in your land, and you will be deprived of what you lack in that land. Just as a plant is nourished by the soil in which it takes root, and needs soil in order to exist, and contains the characteristics of the soil in which it takes root, so existence needs space in order to realise its being. For space is the place where existence can be staged. The spirit of the place reflects on the being; the being will transform the place with what it receives. The behaviour and dress of individuals in their homes and their behaviour outside their homes are not exactly the same. During the process of socialisation, we learn the behaviours appropriate to our status and roles, and especially when we appear on stages outside the household, we behave as they require and express ourselves with the costumes they require. In short, not only clothing, but also behaviour, gestures and facial expressions, as well as forms of communication, undergo change and transformation. For example, as the Ottoman Empire neared its end, it began to transform classical Ottoman cities with new conceptions of public space in an effort to emulate its contemporaries. Even a casual observer will easily notice the difference between Topkapı Palace and Dolmabahçe Palace. Similarly, Kuleli Military High School and Selimiye Barracks are other examples where change is most evident. Modernisation efforts were not limited to the construction of Western-style public buildings; parks, or National Gardens as they were then called, were created where Muslim and non-Muslim subjects could equally participate in the public sphere. It is important to note that we are dealing with an example of the use of law as a means of creating a sense of belonging and obtaining consent, or more precisely, the use of the zoning and urbanisation dimension of administrative law. Behaviour, ways of sitting and speaking are also shaped by the characteristics of the time in which people live, and people influence each other in the way they do all these things. Just as it is not only the way a favourite film character dresses, but also the way he/she speaks and his/her attitude to life that becomes fashionable and influences people, citizens in public spaces also have such effects on each other, and what is more, they interact without saying a word. This is because the

rules that power does not proclaim, but recognises as valid, become visible in public spaces and are effective in shaping the citizens that power wants. It is perhaps as important to be able to act equally and freely in a park, on the street, in a café or on a university campus, to be able to sit down, to look around, to act according to one's status and role in the clothes one feels comfortable in, is perhaps the more important criterion of freedom than to write provisions on freedom into the constitution. This study will also approach public spaces in this perspective.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ÖĞRENCİ DİSİPLİN HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI MÜESSESESİ

PRESCRIPTION IN STUDENT DISCIPLINARY LAW

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut Ceylan*

Öğr. Gör. Fatima Kandemir Ergün*

ÖZ

Yükseköğretim kurumlarında bulunan öğrencilerin, disiplin hukuku ile ilgili uyması gereken kuralları düzenleyen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54. maddesinde 2023 yılında köklü değişikliğe gidilmiş ve bunun devamında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır. Çalışmanın konusu doktrinde ihmal edilmiş olan yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilere uygulanan disiplin hukukunda zamanaşımı müessesesidir. Çalışmanın konusunun teması olarak nitelendirilebilecek olan zamanaşımı kavramı ise ceza hukuku ile mukayeseli olarak yasamanın iradesi ve yargı kararları özelinde incelenmiştir. Sonuç olarak disiplin hukukuna ait kavramların ceza hukukundan farkları ortaya konulmuştur. Öte yandan disiplin yaptırımlarından birisini teşkil eden öğrenci disiplin yaptırımlarının diğer disiplin yaptırımlarından, öğrencilik statüsünün niteliği gereği ayrılan özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle öğrenci disiplin yaptırımlarında zamanaşımı müessesesi kritik edilmiştir. Disiplin yaptırımları kurum içi düzen veya meslek içi düzene ilişkindir. Hukuki rejimleri özellikle bu bağlamda şekillenmektedir. Öğrenci disiplin yaptırımları tıpkı kamu görevlileri disiplin yaptırımlarında olduğu gibi kurum içi düzen hakkındadır. Konu incelenirken öğrenci disiplin yaptırımlarının hukuki rejimi de göz önünde bulundurulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Disiplin Yaptırımı, Zamanaşımı, İdari Yaptırım Hukuku, Öğrenci Disiplin Yaptırımı, Öğrencilik Statüsü.

* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuk Anabilim Dalı
ID 0000-0002-8278-611X dr.mahmutceylan@gmail.com

* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu, Adalet Programı.
ID 0000-0001-5841-4466 fatima.kandemirergun@erdogan.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Article 54 of the Higher Education Law No. 2547, which regulates the rules regarding the public disciplinary law of students in higher education institutions, was radically amended in 2023 and the Regulation on Student Discipline in Higher Education Institutions was repealed. The subject of our study is the prescription in public disciplinary law applied to students in higher education institutions, which has been neglected in the doctrine. The concept of prescription, which is the theme of the article, is examined in comparison with criminal law, in terms of legislative will and judicial decisions. As a result, the differences between the concepts of public disciplinary law and criminal law are revealed. On the other hand, considering the characteristics of student nonjudicial punishment, which constitute one of the public nonjudicial punishment, from other public nonjudicial punishment due to the nature of the student status, prescription in student nonjudicial punishment has been examined. Nonjudicial punishments are related to the internal institutional order or professional order. Their legal regime is especially shaped in this context. Student nonjudicial punishment is related to the internal order of the institution, just like the nonjudicial punishment of public officials. While analyzing prescription, the legal regime of student nonjudicial punishment is also taken into consideration.

Keywords: Nonjudicial Punishment, Prescription, Administrative Sanction Law, Student Nonjudicial Punishment, Student Status.

GİRİŞ

Yükseköğretim kurumlarında okuyan öğrencilerin disiplin hukukuna ilişkin usul ve esasları hakkında yakın zamanda değişiklikler yapılmıştır. Bu konuda yürürlükteki yönetmelik ilga edilmiş ve disiplin hukukuna ilişkin meseleler 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nuna işlenmiştir. Yeni düzenlemede zamanaşımına ilişkin de değişiklik yapılmıştır.

Zamanaşımı kavramı, mevzuatta öngörülmuş olan sürenin geçmesinin delillerin elde edilmesi ile değerlendirilmesine olumsuz etkisi ve sosyal yararın bulunmaması sebebiyle devletin cezalandırma yetkisinden feragat etmesidir. Zamanaşımı, mevzuatta tayin edilmiş olan sürenin sona ermesine hukuk dünyasında bir sonuç bağlanmasıdır. Bu müessese kanun koyucunun kendi cezalandırma yetkisini sınırlandırdığı düzenlemelerdir. Öğrenci disiplin soruşturmaların zamanaşımı düzenlemesi getirilmesinin nihai hedefi disiplin soruşturmasının en kısa sürede tamamlanarak failin cezalandırılmasıdır. Zira öğrencilik statüsü belirli ve kısa bir süreyi ifade etmektedir. Bu kısa sürede disipline konu işlemin öğrencilik statüsü sırasında uygulanması gerekir.

Zamanaşımı özel hukuk ve kamu hukukunda her bir branşına özgü farklı süre ve uygulamalara tabi kılınmıştır. Çalışmanın temel amacını oluşturan disiplin hukukunda zamanaşımı müessesesi incelenirken ceza hukuku ile disiplin hukuku arasındaki ilişkiden istifade edilmiştir. Bunun temel sebeplerinden birisi disiplin hukukunun ceza hukukundan etkilanmış olmasıdır.

Çalışmanın temel amacı öğrenci disiplin hukukundaki zamanaşımı uygulamasının incelenmesidir. Çalışmada ilk olarak konuyla bağlantısından dolayı disiplin yaptırımlarının bir türü olan öğrenci disiplin yaptırımlarına değinilecektir. Ardından zamanaşımı kavramının hukuki niteliği analiz edilecektir. Son olarak öğrenci disiplin yaptırımlarında disiplin soruşturma zamanaşımı ve disiplin yaptırım zamanaşımı kavramları ele alınacaktır.

I. KAMU DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ BİR TÜRÜ OLARAK ÖĞRENCİ DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

Disiplin yaptırımları Türk idare hukuku doktrinde genellikle memura uygulanan disiplin yaptırımları özelinde incelenmiştir. O kadar ki disiplin yaptırımı kavramı tanımlanırken memurlara uygulanan yaptırım olduğu vurgulanmıştır¹. Hâlbuki disiplin yaptırımları sadece memurlara uygulananlardan ibaret değildir. İdare hukukunun statüler hukuku göz önüne alındığından daha bütüncül bir yaklaşımın benimsenmesinde isabet olacaktır.

Disiplin yaptırımı kavramı analitik işleve sahiptir ve mevzuatla getirilmiş bir kavram olmayıp daha çok ortak özellikleri haiz yaptırımlar kategorisini ifade eden doktrinsel bir

¹ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.II*, 3. Bası. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1188; Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, C.18 / S.2, (1963), s. 156.

kavramdır². Bu yaptırım işlemleri mahiyeti gereği birer idari işlemdir ve geleceğe etkili sonuç doğururlar³. Disiplin yaptırımlarının amacı kurum veya meslek içi düzeni sağlanmasıdır⁴. Bir diğer deyişle mevzuatta disiplin suçlarının düzenlenme sebebi sınırlı alana ilişkin olan idari düzeni koruma fikridir⁵.

Disiplin yaptırımları statüden kaynaklanan kurum içi veya meslek içi düzenin bozulmasına tepki olarak verilen yaptırımlardır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerinin meslek mensuplarına uyguladığı disiplin yaptırımları mesleki düzenin ihlaline tepki iken diğer disiplin yaptırımları ise kurum içi düzenin ihlaline verilen tepkidir⁶. Disiplin yaptırımlarının sınırlı bir alana ilişkin olması diğer idari yaptırımlardan ayrılması hususunda önemli bir kriterdir⁷. Diğer disiplin yaptırımlarını ise statüleri göz önünde bulundurarak öğrenci disiplin yaptırımları, kamu görevlileri disiplin yaptırımları ile mahkûm ve tutuklulara uygulanan disiplin yaptırımları şeklinde tasnif edebiliriz⁸. Çalışmanın konusunu öğrenci disiplin yaptırımları oluşturmaktadır.

Öğrenci disiplin yaptırımlarının kamu görevlileri disiplin yaptırımlarına kıyasla damgalayıcı etkisinin az olduğu dile getirilmiştir⁹. Fakat bu değerlendirme doğru değildir. Sadece öğrencilik statüsünü sonlandıran disiplin yaptırımı değil daha hafif nitelikteki disiplin yaptırımları da öğrenci statüsüne sahip olanlar bakımından bu statü sona erdikten sonra dahi olumsuz neticeler doğurabilir.

Öğrencilik statüsü hayatın olağan akışı içinde kamu görevlisi veya meslek mensubu olmaya kıyasla kısa sürelidir. Azami sürede öğrencilik devam etse bile diğer statülere kıyasla erken sonlanmaktadır. Öğrencilik statüsünün bu özelliği öğrenci disiplin yaptırımlarında zamanaşımı meselesinin ele alınmasında önem arz etmektedir.

II. ZAMANAŞIMI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Zamanaşımı, bir eylemin veya işlemin üzerinden belirli bir sürenin geçmesine hukuk düzenin sağlamış olduğu sonuçtur. Hukuk düzeninde belirli olan bu sürenin geçmesi bir hakkın kazanılmasına veya kaybına neden olabilir¹⁰. Esasında zamanaşımı, devletin belirli şartlar gerçekleştiğinde cezalandırma yetkisinden vazgeçtiği bir müessesedir¹¹. Zamanaşımı kavramının düşünsel temelleri özel hukuk alanında bulunmakta olup ceza hukukundaki

² Thierry Tanquerel, “Caractéristiques et limites du droit disciplinaire”, *Le Droit Disciplinaire*, Genève/Zürich/Bâle: Schulthess éditions romandes, 2018, s.18.

³ René Chapus, *Droit Administratif Général C.II*, 15. Baskı. Paris: Montchrestien, 2001, s.339.

⁴ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku C.I*, 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s.1016-1017; Ali Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s.149.

⁵ Yücel Oğurlu, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, *EÜHFD*, C.3 / S.1, (1999), s.145; Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, s.117.

⁶ Mahmut Ceylan, *İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s.111, 119.

⁷ Tanquerel, “Caractéristiques et limites du droit disciplinaire”, s.10.

⁸ Ceylan, *İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki*, s.116-121.

⁹ Tanquerel, “Caractéristiques et limites du droit disciplinaire”, s.32.

¹⁰ İbrahim Pınar ve Öner Çalışkan, *Açıklamalı, İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 253.

¹¹ Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, *MÜHF-HAD*, C.19 / S.2, (2013), s.30.

zamanaşımı düzenlemesi özel hukuktan ayrılması sonrasında gerçekleşmiştir ve daha sonra ise idari yaptırımlar hukukunda kendine yer bulmuştur¹². Zamanaşımı kavramı ceza hukukuna kıyasla disiplin hukukunda çalışmalara fazla konu olmamıştır. Bu nedenle kavramın niteliği ortaya konulurken ceza hukukundan istifade edilmiştir.

Ceza hukukunda zamanaşımı, kanunda tayin edilen sürelerin sonlanmasıyla devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldıran, şayet mahkûmiyet kararı verilmiş se cezanın infazına engel olan durumdur¹³. Suç işlenmesinden başlayarak belli bir sürenin geçmesi hâlinde failin cezalandırılmasında veya cezanın infazında toplumsal bir yarar görülmeyebilir. Başka bir ifadeyle devlet cezalandırma hakkından vazgeçerek fail ve infaz ilişkisine bir son verebilir. Suçun işlenmesinden mahkûmiyet kararının kesinleşinceye kadar geçen süre dava zamanaşımı, mahkûmiyetin kesinleşmesinden infaza kadar geçen süre ise ceza zamanaşımı ile bağlantılıdır¹⁴.

Devlet cezalandırma yetkisini kullanırken suçlular hakkında soruşturma ve kovuşturma yapar, verilen cezanın infazını gerçekleştirir. Ceza verme yetkisinin kullanılmaması cezalandırma hakkını düşürmez. Devlet belirli sürenin geçmesini hâlinde cezalandırma yetkisini kullanmakta bir yarar görmeyebilir. Cezalandırma yetkisinden vazgeçme işlenen suç için belirli bir sürenin geçmesi hâlinde fail hakkında yargılama yapmamak veya kesinleşmiş cezaların infazın gerçekleştirmek şeklinde uygulanmaktadır. Devletin cezalandırma yetkisinden hiçbir surette vazgeçemeyeceğini söylemek isabetli olmaz; kanun koyucu bazı durumlarda bu vazgeçmeyi düzenleyebilir ve zamanaşımı bunlardan birisidir¹⁵. Ceza hukukunda dava ve ceza zamanaşımı düzenlenmiştir. Dava zamanaşımı, suça ilişkin kovuşturma yapılmasını engellerken ceza zamanaşımı kesinleşmiş cezanın infazını engeller¹⁶. Ceza hukukunda dava zamanaşımı, belirli suçlar nedeniyle dava açılmamasını ve açılmış davaya devam edilmemesini sağlar¹⁷. Ceza zamanaşımı ise kanun koyucunun mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olduğu tarihten itibaren belirli bir süre geçmesi neticesinde mahkûm olunan cezanın infaz edilmesinden vazgeçmesidir¹⁸.

Kanun koyucunun zamanaşımını düzenlemesinin nedeni geçen zamanda sosyal faydanın azalması, delillerin bozulması veya yok olması nedeniyle hükmün doğruluğunun şüpheye düşmesi fikrine dayandırılmaktadır¹⁹. Suçun işlenmesi sonrasında devletin vereceği ceza, sürenin geçmesiyle birlikte işlevsiz hâle geleceği inancı zamanaşımının düzenlenme esasını oluşturmaktadır²⁰. Temelde zamanaşımı soruşturma ve cezalandırmanın yapılabilmesi için

¹² Fahri Gökçen Taner, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 21.

¹³ “Zamanaşımı yasa da yazılı sürelerin geçmesi ile devletin cezalandırma hakkını düşüren, kamu davası açılmamış ise açılmasına, açılmış ise takibine, mahkûmiyet hükmü verilmiş ise cezanın infazına engel olan bir haldir.” Bkz. Yargıtay CGK, E.2002/3-252, K.2002/388, 12.11.2002, Kazancı İçtihat Bankası, (erişim: 28.03.2024).

¹⁴ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Suçun Yapısal Unsurları-Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımlar*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2013, s. 446-447.

¹⁵ Artuk ve Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı ve Zamanaşımı”, s.30.

¹⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 2023, s. 750-751.

¹⁷ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 786.

¹⁸ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 1090.

¹⁹ Abdulkadir Certel, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık 2008, s. 21-22.

²⁰ Oğuz Yurtkullu, “Türk Ceza Hukukunda Dava ve Ceza Zamanaşımı”, Yüksek Lisans Tezi, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 3.

sosyal bir yararın görülmemesine dayanır²¹. Zamanaşımı kanun koyucunun izlediği yaptırım politikasının bir ürünü olarak mevzuatta yer almaktadır.

Modernitede zamaşımanın temeli hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır²². Hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için normların muhatapları bakımın anlaşılabilir olması ve kişilerin kendilerini hukuki olarak güvende hissetmeleri gerekir²³. Hukuki güvenlik ilkesinin kurucu unsurları hukuk normlarının genel ve öngörülebilir olmalarıdır²⁴. Ceza davalarının açılmasında zamaşıma sürelerinin düzenlenmemesi ilgi kişinin süresiz dava tehdidi altında bırakacağından hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmektedir²⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında ceza hukukunda ve disiplin hukukunda zamaşımanın kişilerin uzun süre ceza tehdidi altında kalmasını engelleyen özelliğine dikkat çekmiştir²⁶. Zamaşıma müessesesinin en önemli gerekçelerinden birisi budur.

Yaptırım açısından zamaşıma kurumu fail lehine bir uygulamadır. Zamaşıma idari yaptırımın, muhatabı koruyan da bir yönünün bulunması gerekir. Soruşturmacı zamanın geçmesine bağlanan hüküm ve sonuçları göz önünde bulundurmalıdır²⁷.

Disiplin hukukundaki zamaşıma sürelerinin ceza hukukundakine oranla kısa konulmasının nedeni, devletin ceza muhakemesinin uzun süreceğini kabul etmesinden kaynaklanmaktadır²⁸. Zamaşıma sürelerinin uzun olması makul sürede yargılama hakkının ihlali olduğu kabul edilmektedir²⁹. Zamaşıma yaptırım gücü elinde olanın daha hızlı ve pratik şekilde adaleti tesis etmesi amacıyla zorlamak için getirilmiştir. Ayrıca yaptırım uygulayıcısına hukuk devletinin gereklerine ve kamu hizmeti sağlamaya hizmet etmesi zorunluluğunu ifade etmektedir³⁰. Zamaşımanın konulma gerekçesi ne olursa olsun zamaşıma süreleri ne uzun ne de kısa olmadan makul şekilde belirlenmiş olmalıdır³¹.

²¹ Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 757; Demirbaş, *Ceza Hukuku*, s. 782.

²² Ayşe Nur Özdemir, "İdari Yaptırımlarda Zamaşıma", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 36.

²³ Tuğrul Katoğlu, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi", *Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği*, Ankara: TBB Yayınları, 2015, s. 143; Mehpere Çaptuğ, "Hukuk Güvenliği İlkesinin Kavramsal Gelişimi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.9 / S.17, (2021), s.139.

²⁴ Selda Çağlar, *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2013, s. 187; Katoğlu, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi", s. 143.

²⁵ Katoğlu, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi", s. 157.

²⁶ "Ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da idarenin cezalandırma yetkisinin kullanılması belirli sürelerle sınırlandırılmıştır. Kanun'da öngörülen sürelerin geçmesiyle ilgililer hakkında disiplin soruşturması açılması ya da disiplin cezası verilmesi imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu bakımdan disiplin hukukunda zamaşıma, belirli bir süre geçtikten sonra disiplin cezası verilmesinde kamu yararı bulunmadığı ve kamu görevlilerinin süresiz olarak ceza tehdidiyle karşı karşıya kalmaması için getirilen hukuki bir güvencedir." Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2017/33, K.2019/20, 10.04.2019, RG Tarih-Sayı: 17.07.2019-30834.

²⁷ Özdemir, "İdari Yaptırımlarda Zamaşıma", s. 179–180.

²⁸ Özdemir, "İdari Yaptırımlarda Zamaşıma", s. 134.

²⁹ Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2023, s. 451.

³⁰ Özdemir, "İdari Yaptırımlarda Zamaşıma", s. 142–143..

³¹ Özbek vd., s. 758.

Suçun işlenmesi üzerinden belirli sürenin geçmesinden sonra verilecek olan cezaların beklenen etkiyi oluşturmayaacağı gerekçesiyle ceza hukukunda zamanaşımı düzenlenmiştir. Geçen zaman soruşturmadan veya cezalandırmadan beklenen tesirini ortadan kaldıracığından disiplin hukukunda da zamanaşımı benzer bir amaçla düzenlenmiştir³².

Zamanaşımının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup bu hususta manevi ceza görüşü, uslanma görüşü, unutmaya görüşü, delillerin kaybolması görüşü, psikolojik değişme görüşü, sosyal yarar görüşü ve karma görüş bulunmaktadır³³. Ayrıca zamanaşımını ceza muhakemesi hukukuna ait müessese olarak kabul eden görüşün yanı sıra, maddi ceza hukukuna ait bir müessese olarak kabul eden görüş olduğu gibi hem ceza muhakemesi hukuku hem de maddi ceza hukukunun müessesesi olarak kabul eden görüş de bulunmaktadır³⁴. Muhakeme hukukunu geniş anlamı ile ele almak gerekir. Bu durumda ceza muhakemesi hukuku, muhakeme hukukunun bir şubesi olmaktadır ve hatta disiplin soruşturması sürecindeki idari aşamadaki muhakemeyi de bu kapsamda değerlendirebiliriz. Bu hâlde zamanaşımının hem maddi hukuk ve hem de muhakeme hukukuna ilişkin düzenlemeler içerdiğini söylemek mümkündür. Zamanaşımı idarenin elinden cezalandırma yetkisini almakla maddi, fakat yaptırım konusu fiili kendiliğinden ortadan kaldırmadığı için muhakeme hukukuna ilişkin bir uygulamadır.

III. ÖĞRENCİ DİSİPLİN HUKUKUNDA ZAMANAŞIMI

Yükseköğretim kurumlarında okuyan öğrencilerin disiplin hukukuna ilişkin usul ve esasları 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenmiştir. 2547 sayılı Kanun'da 09.02.2023 tarih ve 32099 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş olan 02.02.2023 tarih ve 7437 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile öğrenci disiplin hukukuna ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu düzenlemeye binaen Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 11.03.2023 tarih ve 32129 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan yönetmelikle 18.08.2012 tarih ve 28388 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış olan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğini yürürlükten kaldırmıştır. Yeni düzenlemede zamanaşımına ilişkin de değişiklik yapılmıştır.

Her statünün farklı özellikleri olabileceğinden zamanaşımı kavramının öğrenci disiplin yaptırımlarının genel özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir. Disiplin yaptırımları statü ilişkisinin bir sonucudur. Memur, öğrenci yahut meslek mensubu statülerine sahip olanların kurum içi veya meslek içi düzene uygun davranması gerekir ve buna aykırılık durumunda idare tepki olarak disiplin yaptırımını uygulama yetkisini haizdir³⁵. Serbest

³² Yılmaz Günel, "Disiplin Cezaları", *AÜSBFD*, C.13 / S.2, (1958), s. 190, 205.

³³ Bu konular hakkında bilgi için bkz. Demirbaş, *Ceza Hukuku*, s. 784; Sulhi Dönmezer vd., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III*, 14. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2020, s. 428–431; Taner, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, 34–41; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 1076–1077; Turan Yıldırım, "İdari Cezalarda Zamanaşımı", *İHİD*, S.22, (2023), s. 28–29.

³⁴ Bu konu hakkında bkz. Dönmezer, *Ceza Hukuku Cilt III*, s. 431–433; İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II*, 448; Akbulut, *Ceza Hukuku*, s. 1077–1078; Demirbaş, *Ceza Hukuku*, s. 785–786; Taner, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, s. 30–33; Kayıhan İçel vd., *Yaptırım Teorisi Genel Esaslar-Yaptırım Türleri-Cezaların Saptanması-Cezanın Düşmesi-Cezalara Seçenek Olan Kurumlar*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002, s. 338.

³⁵ İl Han Özay, *İdari Yaptırımlar – Kuramsal Bir Deneme*, İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaacılık, 1985, s. 43.

meslek icra etmekte olan meslek mensuplarına kamu kurumu niteliğinde meslek teşekkülleri tarafından uygulanan disiplin yaptırımları mesleki düzene ilişkin olup diğer disiplin yaptırımları ise kurum içi düzene ilişkindir³⁶.

Toplum düzeni ile ilgili olan ceza yaptırımları, idarenin faaliyetlerinin sağlıklı işlemine tek başına yetmeyeceğinden bu amaca hizmet etmesi için ceza yaptırımlarının yanı sıra disiplin yaptırımlarına da ihtiyaç bulunmaktadır³⁷. Disiplin yaptırımlarını diğer yaptırımlardan farklı kılan husus korunan hukuki yarardır³⁸. Ceza yaptırımlarından ve bunun yanı sıra diğer idari yaptırımlarından farklı olarak disiplin yaptırımları daha spesifik bir alan olan kurum içi ve meslek için düzenin korunması hakkındadır³⁹.

Zamanaşımı hak düşürücü nitelikte olduğundan sürenin ne zaman başlayıp biteceğinin açıkça mevzuatta belirtilmesi gerekmektedir⁴⁰. Disiplin hukukunda kanunda belirtilen sürelerin geçmesiyle soruşturma yapma veya yaptırım uygulama yetkisi ortadan kalkmaktadır. Öğrenci disiplin hukukunda öğrencilikte geçen sürenin kısalığı da dikkate alındığında soruşturmaya konu eylem hakkında soruşturma açılması, tamamlanması ve ceza verilmesi gerekir. Aksi hâlde ceza verme hakkı zamanaşımına uğrayacaktır⁴¹. Disiplin yaptırımlarında zamanaşımı müessesesinin var olma nedeni yaptırım uygulama yetkisi elinde bulunan idarenin, zamanında ve etkin soruşturma sonucunda hukuka aykırı fiile son vererek fiil ile disiplin yaptırımı arasındaki bağ kopmadan hızla karar vermesinin sağlanmasıdır; zira zamanaşımı idarenin yaptırım uygulama yetkisini elinden alan bir düzenleme olduğundan idarenin hukuk devleti gereklerine uygun davranmaya zorlamasına hizmet etmektedir⁴².

Anayasa Mahkemesi'ne göre belli bir süre sonunda disiplin yaptırımı uygulanmasında kamu yararı bulunmamaktadır ve zamanaşımı yaptırım tehdidini ortadan kaldıran bir hukuki güvencedir⁴³. Bu yönde açık kanun hükmü yoksa zamanaşımının olmadığını kabul etmek gerekir⁴⁴. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında disiplin hukukunda zamanaşımının ceza ve

³⁶ Ceylan, *İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki*, s.111, 119.

³⁷ Turhan Tufan Yüce, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", *DD*, C.24 / S. 88, (1994), s. 5.

³⁸ Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukuku'nun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C.8 / S.3, (1999), s. 56, 76.

³⁹ Ceylan, *İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki*, s.111.

⁴⁰ Engin Saygın, "Devlet Memurları Kanunu ile 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunundaki Disiplin Hukukuna İlişkin Süreler", *TAAD*, C.15 / S.58, (2024), s.170.

⁴¹ Pınar ve Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 253.

⁴² Özdemir, "İdari Yaptırımlarda Zamanaşımı", s. 142-143.

⁴³ "(D)isiplin hukukunda zamanaşımı, belirli bir süre geçtikten sonra disiplin cezası verilmesinde kamu yararı bulunmadığı ve kamu görevlilerinin süresiz olarak ceza tehdidiyle karşı karşıya kalmaması için getirilen hukuki bir güvencedir." Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2023/5, K.2023/45, 09.03.2023, RG Tarih-Sayı: 20.06.2023-32227.

⁴⁴ Fransa'da kanunda açık düzenleme bulunmadığından bahisle kamu görevlileri disiplin soruşturmasında zamanaşımı olmadığı dile getirilmiş, yargının aksi yönde kararları olsa da Conseil d'État'nın da zamanaşımının olmadığı yönünde tutum sergilediğine dikkat çekilmiştir. Conseil d'État'nın bu içtihadı 2016 yılında kanunda yapılan değişiklik neticesinde ortadan kaldırılmış ve zamanaşımı öngörülmüştür. Bkz. Yves Gaudement, *Droit Administrative*, 23. Baskı, Paris: LGDJ, 2020, s. 508-509.

soruşturma zamaşımı olarak ikiye ayrıldığını belirttikten sonra bu kavramları açıklamıştır⁴⁵. Nitekim 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öğrenciler hakkında iki tür zamaşımı süresi belirlenmiştir. Bunlar disiplin soruşturma ve disiplin yaptırım zamaşımıdır.

Kamu personellerine uygulanacak disiplin yaptırımlarında zamaşımı sürelerinin kısa olduğu ve birçok hukuka aykırılığın müeyyidesiz kalabileceğine dikkat çekilmiştir⁴⁶. Öğrenci disiplin hukukunda zamaşımı sürelerinin uzunluğu kamu personeli hukukundaki zamaşımı sürelerinden farklılık arz edebilir. Öğrenci statüsü göz önüne alındığında süreler makul olarak değerlendirilebilir. Zira yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezasını gerektiren bir fiilin işlenmesi durumunda uzun süreli mesela üç yıllık disiplin soruşturma zamaşımı ve beş yıllık disiplin yaptırım zamaşımı kanunda öngörülmüş olsaydı öğrenci mezun olduktan sonra veya herhangi bir şekilde ilişkisi kesildikten sonra disiplin yaptırımına muhatap olabilecekti. Fakat bu durumda yaptırım amacına ulaşmış olmayacaktı. Dolayısıyla öğrenci statüsünün kısa süreli olması sebebiyle zamaşımı sürelerinin buna koşut olarak kısa süreli olması gereklidir.

A. DİSİPLİN SORUŞTURMA ZAMANAŞIMI

Disiplin soruşturma zamaşımı hem idarenin soruşturma başlatması hem de soruşturmasının devamında belirli sürede karar vermesi için getirilmiş bir düzenlemedir⁴⁷. Disiplin soruşturma zamaşımı niteliği itibariyle ceza hukukundaki dava zamaşımına benzerliği, ceza hukukundaki dava zamaşımının varlığına ilişkin tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Disiplin hukukunda soruşturma zamaşımı müessesinin olması hukuka aykırı muamelede bulunan kimsenin cezalandırılmaması ve hukuka aykırı davranışı nedeniyle yaptırma muhatap olamaması sebebiyle eleştirilebilir. Fakat kişinin sürekli yaptırım tehdidi altında kalmaması için zamaşımı müessesesinin gerekli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1. Disiplin Soruşturma Zamaşımı Kavramı ve Kapsamı

Disiplin soruşturma zamaşımı, 2547 sayılı Kanun'un 54/4-b maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre disiplin suçu niteliğinde olan fiilleri gerçekleştiren öğrencilere, bu fiillerinin işlendiğinin soruşturmayı açma hususunda yetkilendirilmiş amirler tarafından öğrenildiği tarih itibariyle; *“kınama, yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezalarında bir ay içinde; yükseköğretim kurumundan bir veya iki yarıyıl için*

⁴⁵ “(D)isiplin hukukunda soruşturma zamaşımı ve ceza zamaşımı olmak üzere iki tür zamaşımı söz konusudur. Disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hâllerin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren kanunda belirtilen sürenin geçmesi nedeniyle disiplin soruşturması açılmasını engelleyen zamaşımına soruşturma zamaşımı, fiilin işlendiği tarihten itibaren kanuni süresi içinde soruşturma açılmakla birlikte ceza verilebilmesi için kanunda öngörülen sürenin geçirilmesiyle disiplin cezası verilmesini engelleyen zamaşımına ise ceza zamaşımı denilmektedir. Kamu düzenine ilişkin olan bu sürelerin idari makamlar ve yargı mercileri tarafından resen gözütılması zorunludur.” Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2017/33, K.2019/20, 10.04.2019, RG Tarih-Sayı: 17.07.2019-30834.

⁴⁶ Yıldırım, “İdari Cezalarda Zamaşımı”, s. 33.

⁴⁷ Mustafa Özen, *İdari Ceza Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 143.

uzaklaştırma ile yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarında üç ay içinde, disiplin soruşturmasına başlanmadığı takdirde, disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar.”

Disiplin soruşturma zamanaşımı yukarıda değinilen hükme göre disiplin yaptırımını gerektiren eylemin işlendiğinin soruşturmayı açma hususunda yetkilendirilmiş amirler tarafından öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Soruşturmaya konu suçun hangi tarihte işlendiği sabit ise disiplin soruşturma zamanaşımı bu tarihten itibaren başlayacaktır. Aksi hâlde disiplin soruşturma zamanaşımı öğrenme tarihinden itibaren başlayacaktır. Danıştay kararlarında öğrenme tarihi, şikâyet veya ihbar dilekçesinin evrak kaydına alındığı tarih⁴⁸, disiplin soruşturma zamanaşımının başlama tarihi olarak kabul edilmektedir⁴⁹.

Kanun açıkça eylemin öğrenildiği tarihten itibaren sürenin işleyeceğini yazmasına rağmen doktrinde “fiil ve failin öğrenildiği tarih”in referans alınması gerektiği savunulmuştur. Gerekçe olarak sonradan öğrenilen failin yaptırımsız kalmasının önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir⁵⁰. Fakat disiplin yaptırımlarının amacı birini cezalandırmaktan ziyade bozulan kurum içi veya meslek içi düzeni korumak olduğundan fail değil fiilin öğrenilmesi önemlidir⁵¹. Ayrıca aksi yönde yapılan yorum kanun açık lafzına da aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan

⁴⁸ “Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden bir yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırıldığı belirtilen hakaret suçunun 17.5.1987’de işlendiği ve hakarete uğrayan tarafından 18.5.1987 tarihli dilekçe ild ilçe milli eğitim müdürlüğüne başvurulduğu, dolayısıyla disiplin amiri durumunda olan milli eğitim müdürünün, disiplin suçu işlendiğini bu tarihte öğrendiği, bir aylık soruşturma zamanaşımı geçirilerek ... Kaymakamlığının 26.6.1987 gün ve 1-316 sayılı görevlendirme yazısı ile muhakkik tayin edildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu görevlendirme yazısının tarihi daktilo ve el yazısı ile 14.6.1987 olarak düzeltilmiş ise de, 14.6.1987 günü mesai günü olmayan pazar gününe tekabül ettiğinden bu düzeltmeye itibar etme olanağı bulunmamaktadır.” Bkz. Danıştay 10.D., E.1988/2495, K.1991/1002, 20.03.1991, Kazancı İçtihat Bankası, (erişim: 28.03.2024).

“Dosyanın incelenmesinden; davacının maiyetinde görevli bulunan ve 657 Sayılı Kanunun 4/C maddesi kapsamında geçici personel statüsünde çalışan bir anketöre 29.6.2010 tarihinde iş arkadaşlarının yanında küçük düşürücü ve aşağılayıcı sözler söylediği iddiasıyla ilgili olarak olayın aynı gün şikayetçi tarafından davacının disiplin amiri olan grup sorumlusuna intikal ettirildiği ve şikayet dilekçesinin aynı gün Erzurum Bölge Müdürlüğü kaydına girdiği, böylece disiplin cezasına konu fiilin davacının disiplin amirince öğrenildiği, disiplin amirince bu fiil sebebiyle davacı hakkında tesis edilen 20.7.2010 gün ve 1153 Sayılı işlemle davacıya disiplin cezası mahiyetinde olmamak üzere davranışlarında daha dikkatli olması yönünde uyarı yazısı yazıldığı, şikayetçinin bu defa 13.8.2010 tarihinde Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı’na hitaben şikayet dilekçesi yazması üzerine Başkanlıktan gelen 18.8.2010 gün ve 1068 Sayılı yazı üzerine davacı hakkında disiplin soruşturması başlatıldığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta; davacının disiplin cezasına konu fiilinin disiplin amirince 29.6.2010 tarihinde öğrenildiği ve 18.8.2010 gün ve 1068 Sayılı Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı yazısı sonrasında disiplin soruşturması başlatıldığı, böylece 657 Sayılı Kanunun 127. maddesinde öngörülen 1 aylık zamanaşımı süresinin geçirilmiş olduğu görülmektedir.” Bkz. Danıştay 12.D., E.2011/6930, K.2012/1639, 21.03.2012, Kazancı İçtihat Bankası, (erişim: 29.03.2024).

⁴⁹ Danıştay 12.D., E.2011/6930, K.2012/1639, 21.03.2012; Danıştay 12.D., E.2011/10393, K.2012/1909, 03.04.2012; Egemen Karaca, *Üniversitelerde Disiplin Rejimi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 231; Hakaret suçunda öğrenme tarihi idarenin dilekçe ile başvurulduğu tarihtir. Danıştay 1.D., E.1988/2495, K.1991/1002, 20.03.1991; Bahattin Duman, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması: Yönetici, Personel, Öğrenci*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 425; Danıştay 8.D., E.1994/5407, K.1995/3505 09.11.1995; Pınar ve Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 255.

⁵⁰ Zehreddin Arslan ve Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması - 2547 Sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil*, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 121.

⁵¹ Saygın, “Devlet Memurları Kanunu ile 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunundaki Disiplin Hukukuna İlişkin Süreler”, s. 167.

belirtmek gerekir ki zamaşaşımının geçirilmesi kamu hizmetinin kötü işlemleri olarak nitelendirilebilir⁵².

Soruşturulan öğrenci açısından disiplin soruşturma zamaşaşımı; ani suçlarda fiilin bütün unsurlarının tamamlanmasıyla, teşebbüs hâlindeki suçlarda teşebbüsün disiplin suçu olarak kabul edilmesi için istenen neticenin gerçekleşmesinin ardından, mütemadi veya müteselsil disiplin suçlarında ise temadi veya teselsülün sonlandığı an itibarıyla, iştirak hâlindeki suçlarda ise iştirak hâlinin tamamlanmasıyla başlamayacağı belirtilmiştir⁵³.

Disiplin soruşturma zamaşaşımı dolan bir fiil hakkında ortada henüz tesis edilmiş bir yaptırım kararı olmadığından hüküm ve sonuçlarının hukuk dünyasında ortaya çıkması mümkün değildir⁵⁴. Ancak zamaşaşımının dolmasına rağmen disiplin yaptırımı verilmesi hâlinde disiplin soruşturma zamaşaşımı sürelerine uyulmaması nedeniyle disiplin yaptırımı zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle idari yargı merciiince iptal edilebilecektir⁵⁵.

Disiplin soruşturma açılmasına engel olan durum disiplin soruşturma zamaşaşımının dolmasıdır. Öğrencilere uygulanan disiplin yaptırımlarından birisi yükseköğretim kurumundan uzaklaştırmadır. Disiplin soruşturma zamaşaşımının öngörülmemiş veya uzun süreli düzenlenmiş olması durumunda öğrenci soruşturma tehdidi altında kalacaktır. Özellikle sınav dönemlerine denk gelecek olan yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası öğrencinin öğrencilik süresinin uzamasına sebebiyet verecektir. Dolayısıyla öğrenci açısından hukuki kesinliğin oluşmasında hukuki yarar bulunmaktadır.

2. Disiplin Soruşturma Zamaşaşımının Durması ve Kesilmesi

Disiplin hukukunda soruşturma zamaşaşımının durması ve kesilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğrenci disiplin soruşturması niteliği gereği kısa sürede bitirilmesi amaçlanacak şekilde düzenlenmiştir. Kişi iptal davası açmadan önce 2547 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi uyarınca işlemi tesis eden makamın üst makamından işlemin geri alınmasını, değiştirilmesini veya yeni bir işlem tesis edilmesini talep edebilir. İdari istikrar ilkesinin sonucu olarak ilgililer idari işlem nedeniyle dava açmamaları hâlinde işlem kesinleşir ve ilgili hukuka aykırı işlemin sonuçlarına katlanmak zorunda kalmaktadır⁵⁶. Kişi disiplin yaptırımına karşı iptal davası açma süresinin kaçırması hâlinde işlem yapay bir sıhhat kazanmaktadır ve belirli bir zamanın geçirilmiş olmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı söylenemeyecek olsa da sürelerle uyulmaması hâlinde kişi hukuki korumadan yararlanamayacaktır⁵⁷. Çünkü hukukta süreler hukuki güven ve istikrar ilkelerinin gerçekleşmesinin sağlanmasına hizmet etmektedir.

⁵² Enver Kaşlı, "Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Disiplin Cezalarının Denetimi", *Ombudsman Akademik*, Y. 8 / S. 15, (2021), s.151.

⁵³ Duman, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*, s. 425.

⁵⁴ Özdemir, "İdari Yaptırımlarda Zamaşaşımı", s. 148.

⁵⁵ Volkan Çakmak, "Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suç ve Cezaları", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 75.

⁵⁶ Özdemir, "İdari Yaptırımlarda Zamaşaşımı", s. 149–150.

⁵⁷ Turgut Tan, "İdari İşlemin Geri Alınması", *AÜSBFD*, C.25 / S.02, (1970), s. 271, 272.

Zamanaşımının durması, kanunda açıkça yazılı nedenlerin gerçekleşmesi durumunda bu engel ortadan kalkana kadar zamanaşımının işlememesidir. Engelin ortadan kalkmasının ardından ise durmuş olan süre kaldığı yerden devam eder⁵⁸. Burada vurgulanması gereken zamanaşımının durması müessesinin sadece kanunda belirtilen hâllerde işletilebileceğidir.

2547 sayılı Kanun'da zamanaşımının durması veya kesilmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasının kanun koyucunun tercihi olduğunu söylemek gerekir. Bir diğer ifadeyle bu meselelerin kanunda düzenlenmesinin unutulduğu fikri akla gelse de bu isabetli bir çıkarım olmayacaktır. Bu hususta kanun boşluğu olduğunu söylemek isabetli olmaz. Kanun boşluğu yapılması zorunlu olan düzenlemenin yapılmamasını ifade eder⁵⁹. Hukukta boşluk, her zaman düzenlenmesi gerekirken hukuk düzeninin kendi normatif düzenine aykırı olarak ilgili konuyu düzenlememesi anlamına gelmez⁶⁰. Dolayısıyla pozitif hukuktaki düzenlenmeme durumu her durumda boşluk olarak nitelendirilemez⁶¹. Zamanaşımı gibi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile bağlantılı olan⁶² bir müesese ile ilgili olarak boşluk olduğunu söylemek isabetli olmaz. Şayet kanun koyucu bu konuda düzenleme yapmadıysa bunu bilinçli bir tercih olduğunu kabul etmek gerekir.

Kanun koyucu zamanaşımının kesilmesi ve durmasının söz konusu olmayacağını açık bir şekilde düzenleyebilirdi. Fakat bu yönde hiçbir bir düzenlemenin olmaması yine aynı neticeyi doğurmaktadır. Öğrencilik statüsü geçici ve kısadır. Zamanaşımının durmasından ziyade kesilmesi yönünde kuralların getirilmesi bir öğrencinin bu statüde geçecek süreden daha fazla süreye sahip zamanaşımına uğrama müddetinin ortaya çıkmasına sebep olabilir. Örneğin mezun olan bir öğrencinin geçmişteki statüsüne bağlı disiplin soruşturması geçirmesi mümkün olabilir. Yukarıda zamanaşımı kavramı izah edilirken kişilerin yaptırım tehdidi altında kalmasının engellenmesi amacı taşıdığına değinildi⁶³. Dolayısıyla öğrenci disiplin yaptırımlarında zamanaşımının durması ve özellikle kesilmesinin kabul edilmesi bu amaca uygun olmayacaktır. Kanun koyucunun öğrenci disiplin yaptırımlarında zamanaşımının durması veya kesilmesi yönünde irade ortaya koymamış olmasının bilinçli bir tercih olduğunu ve hukuki kesinliğin murat edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁶⁴. Öte yandan yargı kararıyla kanunda olmayan bu hususun vücut bulması temel hak ve özgürlüklerin de kısıtlanması anlamına gelir ve Anayasa'nın 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler yalnızca kanunla sınırlandırılabilir⁶⁵.

⁵⁸ Özbek vd., s. 770.

⁵⁹ Çiğdem Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", *AÜHFD*, C.50 / S.1, (2001), s.91

⁶⁰ Sururi Aktaş, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", *EÜHFD*, C.14 / S.1-2, (2010), s.10.

⁶¹ Aktaş, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", s.10.

⁶² Ayşe Nur Özdemir, "İdari Yaptırımlarda Zamanaşımı", s.36.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, E.2023/5, K.2023/45, 09.03.2023, RG Tarih-Sayı: 20.06.2023-32227.

⁶⁴ Benzer yönde bkz. Yıldırım, "İdari Cezalarda Zamanaşımı", s. 44.

⁶⁵ Benzer yönde bkz. Yıldırım, "İdari Cezalarda Zamanaşımı", s. 44.

B. DİSİPLİN YAPTIRIM ZAMANAŞIMI

1. Disiplin Yaptırım Zamanaşımı Kavramı ve Kapsamı

Yaptırım zamanaşımı, 2547 sayılı Kanun'un 54/4-c maddesine düzenlenmiştir. Disiplin yaptırımını gerektiren fiillerin işlenmiş olduğu tarihten itibaren, en fazla iki yıl içinde disiplin yaptırımı işlemi tesis edilmediği takdirde, disiplin yaptırımı uygulama yetkisi zamanaşımına uğramaktadır. Fakat mahkeme kararı ile kesinleşmiş olması şartıyla suç işlemek maksatlı örgüt kurmak, bu nitelikteki bir örgütü yönetmek yahut bu maksatla kurulmuş olan örgüte üye olmak suçu sebebiyle yükseköğretim kurumlarından çıkarma cezası gerektiren fiillerde; zamanaşımı süresi adli yargıdaki kararın kesinleşmiş olduğu günden itibaren başlar.

Tayin edilen süre her ne kadar iki yıl olsa da öğrencilik statüsünün normal yollardan sonlanmasına iki yıldan az süre kalan öğrenciler bakımından daha kısa sürede disiplin yaptırımı işleminin tesis edilmesi gerekmektedir. Örneğin son sınıfta yer alan bir öğrenci yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezasını gerektiren bir fiil işlese ve idare bu fiili öğrenci mezun olduktan sonra öğreense ve fiilin işlendiği tarih ile öğrenme tarihi arasında iki yıl geçmemiş olsa bile artık disiplin yaptırımı işlemi tesis edemeyeceğini söylemek gerekir⁶⁶. Zira burada hukuki yarar da bulunmamaktadır. Hâlihazırda öğrenci olmayan bir kişiye yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası vermek isabetli olmayacaktır. Dolayısıyla disiplin yaptırım zamanaşımı olarak düzenlenmiş olan bu iki yıllık sürenin öğrencilik süresi göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi durumda konu unsuru (*objet*) bakımından yetkisiz işlem tesis edilmiş olur. Şayet idare tesis ettiği işlem her bakımdan mevzuatın gereklerine uygun değilse bütünüyle çelişkiye düşüyorsa konu unsuru bakımından sakatlık gerçekleşmiş olur⁶⁷. Bu örnekte işlemin konusu imkânsızdır⁶⁸. Öğrenci disiplin yaptırımının konusu öğrencidir ve şayet ortada öğrencilik statüsü yoksa işlem konu unsuru bakımından sakat hâle gelir. Bunun sonucunda işlem iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olur.

⁶⁶ Disiplin yaptırım için getirilen iki yıllık zamanaşımı süresi yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası gerektiren örgütlü suçlar açısından incelenmesi doğrudan çalışmanın konusunu teşkil etmese de değinilmesinde fayda vardır. 2547 sayılı Kanun'un 54/d,1. maddesine göre mahkeme kararıyla kesinleşmiş olmak kaydıyla suç işlemek için örgüt kuran, böyle bir örgütü yöneten veya bu amaçla kurulan bir örgüte üye olan kimse için yükseköğretim kurumundan çıkarma yaptırımı uygulanabilir. Birincil anlamda öğrenci disiplin yaptırımına çaptırılabilmesi için öğrenim süresi içinde suçun gerçekleşmesi gerekir. Öğrencilik sıfatını kazanmadan önce işlenen suçlardan dolayı disiplin yaptırımının uygulanması mümkün değildir (Bkz. Danıştay 8.D E.1989/149, K.1990/963, 20.09.1990 "...davacıya uygulanan disiplin yönetmeliğinin amaç, kapsam ve dayanağı Yükseköğretim aşamasındaki disipline aykırı davranışları cezalandırmak olduğuna göre davacıya Yükseköğretim aşamasından önceki dönemde işlenen bir suç nedeni ile disiplin cezası verilmesinde hak ve adalet ilkelerine uyarlık görülmüştür."). Öğrenci disiplin yaptırımlarında zorunlu şart ilgilinin öğrenci statüsünde olmasıdır. Dolayısıyla henüz öğrenci statüsüne sahip olmayan birisine disiplin yaptırımı uygulanamaz.

Bir yükseköğretim kurumunda okutman olarak çalışan doktora öğrencisi hakkında 15 Temmuz darbesi teşebbüsü sonrasında çıkarılan Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi uyarınca görevden ihracı üzerinden yükseköğretim kurumundan çıkarma yaptırımı verilmesine ilişkin olayda Danıştay yaptırım işleminin iptaline karar vermiştir (Bkz. Namık Kemal Topçu ve Neslihan Can, "Örgüt Suçlarından Mahkum Olan Öğrencilerin Yükseköğretim Kurumundan Çıkarılmasının Cezaların İnfazının Amacı ve Eğitim Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", *YÜHFD*, C. 19 / S.1, (2022), s.292). Disiplin yaptırımının verilebilmesi için kesinleşmiş mahkeme kararının olması gereken hâllerde disiplin soruşturmasında ceza mahkemesi kararı bekletici mesele olarak kabul edilmelidir (Bkz. Duman, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*, s.433; Topçu ve Can, s.293).

⁶⁷ Benoît Plessix, *Droit Administratif Général*, Paris: Lexis-Nexis, 2020, s.1512.

⁶⁸ Benzer örnek için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku C.I*, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019, s.1047.

Disiplin yaptırım zamanaşımı süresi hak düşürücü olan bir süredir. Danıştaya göre zamanaşımı, kamu düzenine ilişkin olduğundan uyulması zorunlu sürelerdir. Disiplin yaptırımı verilmesini gerektiren bir fiilin işlendiği tarihten itibaren kanunlarda belirtilen sürenin geçmesi hâlinde zamanaşımı nedeniyle disiplin yaptırımı uygulanmamalıdır. Zira disiplin yaptırım zamanaşımıyla idarenin cezalandırma yetkisi ortadan kalkmaktadır⁶⁹.

En geç tayin edilen süre içinde disiplin yaptırımı işlemi tesis edilmediği takdirde, disiplin yaptırımı uygulama yetkisi zamanaşımına uğrar. Fakat yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası gerektiren disiplin suçlarında; zamanaşımı süresi adli yargıdaki kararın kesinleşmiş olduğu günden itibaren başlar. Disiplin yaptırımı verilmesini gerekli kılan bir fiilin işlendiği tarih itibarıyla kanunda belirlenen sürenin geçmesi hâlinde zamanaşımı nedeniyle disiplin yaptırımı verilmemelidir.

Uygulamada suç işlemek maksatlı örgüt kurmak, bu nitelikteki örgütü yönetmek yahut bu maksatla kurulmuş olan örgüte üye olmak suçu nedeniyle kesinleşmiş cezası olan öğrenciler hakkında yükseköğretim kurumuna bildirim yapılmaktadır. Üniversitelerde örgütlü suçlara ilişkin soruşturmalar güvenlik veya yargı mercilerince gönderilen müzekkereler üzerinden açıklanmakta ya da eğer olayda adli soruşturma başlamamışsa bir suç duyurusuyla konu adli mercilere iletilmeli ve sonucuna göre işlem gerçekleştirilmelidir⁷⁰.

Disiplin yaptırım zamanaşımı süresi içinde disiplin yaptırımı işlemi tesis edilmediği sürece disiplin yaptırımı uygulama yetkisi zamanaşımına uğradığından zaman bakımından yetki yönünden hukuka aykırılık teşkil etmektedir⁷¹. Yargı yerlerinin mevcut olaya ilişkin disiplin yaptırım zamanaşımını resen incelemesi gerekir⁷². İdarenin de aynı şekilde zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediğini resen değerlendirmesi gerekir. Zira aksi durumda zamanaşımı sebebiyle alenen hukuka aykırı hâle gelen işlem tesisi söz konusu olur. Bu işlemin yargı mercilerince iptal edilecek olması ve yargılama masraflarından davalı idarenin sorumlu olacağı göz önüne alındığında kamu zararının doğabileceğini öngörülmelidir.

2. Disiplin Yaptırım Zamanaşımının Durması ve Kesilmesi

Disiplin yaptırım zamanaşımı, disiplin yaptırımının eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren belirli süre geçtikten sonra disiplin yaptırımı vermesine engel olmaktadır. Örneğin yükseköğretim kurumunda hırsızlık suçu işlemek bir yarı yıl okuldan uzaklaştırmayı gerektirir. Öğrencinin birinci sınıfta hırsızlık suçu işlediği gerekçesiyle hakkında üç yıl sonra disiplin yaptırımının verilmesi mümkün değildir.

⁶⁹ Duman, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*, s. 425.

⁷⁰ Duman, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*, s. 425.

⁷¹ “Yukarıda anılan Yönetmelik hükmü gereği, disiplin cezası gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi, zamanaşımına uğrayacak olup, daha önce verilen Mahkeme kararının zamanaşımını keseceği yolunda bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu durumda, disiplin cezasına konu fiilin gerçekleşmesinden iki yıl sonra verilen disiplin cezasında, ceza verme yetkisi zamanaşımına uğradığından işlemin iptali gerekirken, aksi yönde verilen davanın reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Bkz. Danıştay 8.D., E.2005/3224, K.2006/4355, 15.11.2006; Çakmak, “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suç ve Cezaları”, s. 75.

⁷² Çakmak, “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suç ve Cezaları”, s. 75.

Disiplin yaptırım zamanaşımının fiilin işlenmiş olduğu andan itibaren başlayacağına ilişkin düzenleme öğretide kurum içi düzeni ihlal eden ancak sonradan öğrenilmiş olan eylemlerin cezasız kalmasına sebep olacağından eleştirilmiştir⁷³. Bu hâlde zamanaşımı süresinin fiilin öğrenildiği andan itibaren başlaması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴. Ancak bu eleştirinin cezalandırma zamanaşımının genel hukuk mantığıyla tamamen bağdaşması mümkün değildir. Hukukta zamanaşımı süreleri hukuki güvenliğin ve belirliliğin sağlanması açısından getirilmiştir. Hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin temel amacı hukuki istikrarın kazanımı ve bireylerin devlete olan güvenlerini muhafaza etmektir⁷⁵. Zamanaşımı, hukuk dünyasında eylemin belli süre korunması ilkesinin yansımasıdır.

2547 sayılı Kanun'un 54/4-ç maddesinden anlaşıldığına göre yargı kararları zamanaşımını durdurucu veya kesici bir etkiye sahip değildir⁷⁶. Çünkü karar idareye ulaştığı zaman idarenin kalan disiplin yaptırım zamanaşımı süresi içinde işlem yapması gerekir. Eğer zamanaşımı dolmuşsa idareye yeniden disiplin yaptırımını vermek için bir üç aylık süre ek süre vermektedir. Bunun yanında zamanaşımının dolmasına üç aydan az bir süre kalmışsa yeni bir üç aylık süre getirilmektedir. Gerçekte bu hükmün zamanaşımının kesilmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü zamanaşımının kesilmesiyle kanunda belirtilen zamanaşımı süresi yeniden başlamaktadır.

Öğrenci disiplin hukukunda soruşturma zamanaşımı fiilin öğrenildiği tarihten itibaren başlamasına karşın ceza verme yetkisi fiilin gerçekleştirilme tarihinden itibaren başlamaktadır. 2547 sayılı Kanun'un 53/A-1-n hükmüne göre öğretim elemanları hakkında bir fiilden dolayı hem ceza yargılaması hem de disiplin soruşturması yapıldığında gerektiği hâllerde ceza kovuşturması bekletici mesele yapılabilir. Böyle bir durum zamanaşımı süresini durdurmaktadır. Ancak öğrenci disiplin soruşturmasında bekletici mesele düzenlemesi bulunmamaktadır. Kanun koyucunun öğrencilik statüsünün kısa süreli olması nedeniyle öğrenci disiplin yaptırımlarında bekletici mesele müessesesine yer vermediğini söylemek uygun olacaktır. Yukarıda öğrenci disiplin yaptırımlarında disiplin soruşturma zamanaşımının durması ve kesilmesi yönünde Kanun'da bir hüküm bulunmamasını kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğu yönündeki çıkarıma⁷⁷ koşturarak bekletici meselenin düzenlenmemiş olması da bilinçli bir tercihtir. Aynı şekilde öğrencilik statüsünün kısa olması ve hukuki kesinliğin murat edilmesinin kanun koyucunun temel motivasyonu olduğu söylenebilir. Dolayısıyla zamanaşımının durması ve kesilmesi meselelerinde kanun boşluğu olduğunu söylemek isabetli olmayacaktır.

Disiplin yaptırımlarının statü ile bağlantılı olduğuna yukarıda değinildi. Belli bir statüye sahip kişi hakkında disiplin soruşturması başlatıldıktan sonra süreç devam ederken kişinin bu statüsü sona ererse ne olur sorusu önem arz etmektedir. Çalışmanın konusu bağlamında değerlendirilecek olursa bir öğrenci hakkında başlatılan disiplin soruşturması devam ederken

⁷³ Karaca, *Üniversitelerde Disiplin Rejimi*, s. 231; Oğuz Sancakdar, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2001, s. 293.

⁷⁴ Karaca, *Üniversitelerde Disiplin Rejimi*, s. 231.

⁷⁵ Bahattin Aras, "Disiplin Soruşturmaları Bakımından Hukuki Güvenlik ve Belirlilik İlkeleri", *EÜHFD*, C.16 / S.1, (2021), s.240.

⁷⁶ Pınar ve Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 263.

⁷⁷ Benzer yönde bkz. Yıldırım, "İdari Cezalarda Zamanaşımı", s. 44.

öğrencinin bu statüsü sonlanabilir. Örneğin öğrenci mezun olabilir. Öğrencilik statüsü sona eren öğrenci hakkında disiplin yaptırımı verilmesi karmaşık durumları beraberinde getirmektedir. Mezun öğrenci hakkında kınama cezasının uygulanmasının nasıl etki oluşturacağı bilinmemektedir⁷⁸. Kınama cezası manevi nitelikte bir disiplin yaptırımıdır. Temel mantığı öğrencilerin bundan sonraki davranışlarında ve görevlerinde daha dikkatli olması açısından uyarı mahiyetindedir. Yaptırım daha ziyade ahlaki ve önleyici niteliktedir⁷⁹. İdari yaptırımın en önemli özelliği icrai olmasıdır. Bu örnekte her ne kadar kişi öğrenci olmasa bile öğrenci statüsüne sahipken yaptığı hukuka aykırı davranışın cezası icrai sonuç doğurabilir. Örneğin bir hukuk fakültesi öğrencisi bu yaptırıma muhatap olduysa hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilmeyebilir.

3. Disiplin Yaptırımının Yargı Kararlarıyla İptal Edilmesinin Disiplin Yaptırım Zamanaşımına Etkisi

Disiplin yaptırımına ilişkin idari yargıda dava açılması zamanaşımını keseceğine veya durduracağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak disiplin yaptırımının yargı kararıyla iptal edilmesi durumunda 2547 sayılı Kanun 54/4-ç maddesine göre “kararın idareye ulaştığı tarihten itibaren kalan disiplin yaptırım zamanaşımı süresi içerisinde, zamanaşımı süresinin dolması veya dolmasına üç aydan daha az süre kalması hâlinde en geç üç ay içerisinde kararın gereklerine göre yeniden disiplin cezası tesis edilebilir.” Düzenlemesi yer almaktadır. Hükme göre kanun koyucunun iradesi dava açılmasıyla zamanaşımının kesilmesi yönünde değildir. Aksine disiplin yaptırım zamanaşımının işleyeceğini kabul ederek ceza verilmesi için üç aylık ek süre tanımaktadır.

İdari yargıda şekil unsurunda var olan sakatlık sebebiyle bir idari işlemin iptali gerçekleşmişse, aynı konuda idarenin şekil eksikliklerini gidererek her zaman işlem tesis etmesi mümkündür⁸⁰. Örneğin deliller toplanmadan tanık ifadeleri alınmadan failin savunmasının alınması hâlinde savunma hakkının ihlali nedeniyle disiplin yaptırımı işlemi iptal edilecektir. İlk derece mahkemesi kararı üzerine idare, tanıklarının tamamını dinleyerek yeniden savunma alarak disiplin soruşturmasını tamamlayabilir. Bu durumda idare kararın kesinleşmesini beklemek zorunda değildir.

Anayasa Mahkemesine göre disiplin yaptırımının idari yargıda iptal edilmesi hâlinde idarenin yeni bir disiplin yaptırımı işlemi tesis etmesiyle ilgili süreç ayrı bir aşama olması sebebiyle disiplin yaptırım zamanaşımından bağımsız şekilde değerlendirilmelidir. Aksine olan düşünce zamanaşımının iki yıl olduğu ve Kanun’da ceza hukukuna özgü olan zamanaşımı kesen ve durduran sebeplere de yer verilmediği dikkate alındığında kurum içi düzenin korunmasını ve kamu hizmetinin düzgün işlemesine zarar verebileceği gibi yargı kararlarının uygulanmasını zorlaştıracığı hatta önleyici neticelere da yol açabilecektir⁸¹.

⁷⁸ Hulüsi Alphan Dinçkol, "Yükseköğretimde Öğrenci Statüsü Karşısında İlişği Kesilmiş Kişinin Statüsü ve Disiplin Rejimindeki Durumu", *İNÜHFD*, C.14 / S.1, (2023), s. 137.

⁷⁹ Günel, "Disiplin Cezaları", s. 198.

⁸⁰ Pınar ve Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 254.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2017/33, K.2019/20, 10.04.2019, RG Tarih-Sayı: 17.07.2019-30834.

Mahkeminin iptal gerekçesi doğrultusunda idarenin makul sürede işlem tesis etmesi meselesinde Danıştayın yaklaşımının nasıl olduğu önem arz etmektedir. Bu bağlamda memur disiplin yaptırımlarından Danıştay kararı örnekleri bulunmaktadır. Danıştay bir kararında⁸² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki zamanaşımı süreleri haricinde disiplin yaptırımı vermenin mümkün olmadığını belirttikten sonra idarenin disiplin yaptırımı vermesi neticesinde zamanaşımının kesileceği ve idari yargı tarafından aynı konuda tekrar işlem yapılmasını gerektirecek şekilde iptali üzerine zamanaşımının tekrar başlatılmasının olanak dışı olduğuna hükmetmiştir. Danıştay 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulamasından kaynaklı bir başka kararında⁸³ ise zamanaşımına ilişkin düzenlemenin disiplin yaptırımının ilk kez tesisinde göz önünde bulundurulacağını belirttikten sonra disiplin yaptırımının idari yargıca iptalinin gerekçesinin idareye kişi hakkında başka disiplin yaptırımı verme olanağı tanırorsa kararın idareye tebellüğünden itibaren iki yıl içerisinde disiplin işlemlerinin neticelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay bu kararını verirken 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiş olan yargı kararlarının uygulanması meselesine istinat etmiştir. Ayrıca Danıştay yeniden disiplin yaptırımı verilmesinin makul süre içinde olacağını belirtmiş ve bu makul süreyi kararında iki yıl olarak göstermiştir. Danıştayın bu tutumu doktrinde haklı olarak eleştiri ile karşılaşmıştır. Eleştirinin odak noktası kanunda, Danıştayın kararına uygun açık düzenleme bulunmaması ve karardaki bazı ifadelerin sanki açık bir kanun hükmü uygulanıyorsa yazılması üzerinedir⁸⁴. Ayrıca yazar iptal kararlarının geçmişe etkili olma özelliğine dikkat çekerek Danıştayın bahse konu kararlarında "yeniden işlem tesisi" ifadesinin ve bu anlama gelen izahlarının idare hukukunun genel esaslarına uymadığını ve iptal davasını fonksiyonsuz bıraktığını haklı olarak ifade etmiştir⁸⁵. Bu eleştiriler isabetlidir. Ayrıca Danıştayın bu tutumu hukuki öngörülebilirlikle uyumlu değildir. İdarenin soruşturma esnasında yaptığı usul hatalarının mağduru davacı olabilmektedir. Hatta bir ihtimal davalı idare süreci uzatmak adına soruşturma esnasında usul hatası yapabilir ve bu sayede davacının uzun yıllar dava süreci içinde kalmasını sağlayabilir. Maalesef mobbing Türkiye'de kamuda var olan bir husustur. Bir idareci bu içtihadı mobbing aracı olarak değerlendirebilir. Bir yargılamanın varlığı davanın taraflarına yüküdür. Olumlu veya

⁸² "657 sayılı Yasayla saptanmış olan zaman aşımı süreleri dışında disiplin cezası vermesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak ilgili idarenin süresi içinde disiplin cezası vermesiyle zamanaşımı süresinin kesileceği açık olup böyle bir durumda disiplin cezasının idari yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine zaman aşımı süresini yeniden işletilmesi de olanaksız bulunmaktadır." Bkz. Danıştay 8.D, E.1996/3070, K.1996/2443, 07.10.1996 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim: 05.06.2024).

⁸³ "657 sayılı Yasa'nın 127. maddesindeki zamanaşımı düzenlemesinin, idare tarafından ilk defa disiplin işlemi tesis edilmesi aşamasında göz önüne alınacak bir müessese olduğu ve ilgili hakkında bu süreler içinde bir disiplin cezası verilmekle birlikte hükmünü doğuracağı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, disiplin cezalarına karşı açılan idari yargıda açılan davalarda verilen iptal kararlarının gerekçesinin, idareye ilgili hakkında başka bir disiplin işlemi tesis etme olanağı tanınması halinde, 2577 sayılı Yasa'nın 28/1. maddesi uyarınca Yargı kararının gereğini yerine getirmekle yükümlü olan idarenin, zaman geçirmeksizin harekete geçerek makul süreler içinde işlem tesis etmeleri gerektiği, buna karşılık yargı kararının gereğini yerine getirirken 657 sayılı Yasa'nın 127/2. maddesi hükmünün ilgilinin sürekli ceza tehdidi altında bırakılmasını önleme fonksiyonu gereği, kararın idarelerine tebliğ edildiği tarihten itibaren her halükarda 2 yıl zarfında disiplin işlemlerini sonuçlandırmaları gerektiği açıklanır." Danıştay 12.D, E.2012/2857, K.2013/11887, 20.12.2013 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim: 05.06.2024).

⁸⁴ Yıldırım, "İdari Cezalarda Zamanaşımı", s. 41.

⁸⁵ Yıldırım, "İdari Cezalarda Zamanaşımı", s. 41-43.

olumsuz neticelenen yargılama bu yükün ortadan kalmasını sağlar fakat uzun yıllar devam eden ve kendini tekrarlayan yargılama amacından sapabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere Danıştay içtihatlarında, iptal kararı gerekleri doğrusunda işlem yapan idarenin, yeni bir disiplin yaptırımını makul bir sürede tesis etmesi gerekir. Yeni işlem tesis edilmesi idarenin vakit geçirmeksizin harekete geçmesini ve makul sürede yargı kararının uygulaması anlamına gelir⁸⁶. Öğrenci disiplin hukukunda makul sürenin sınırları çizilerek üç aylık bir süre öngörülmüştür⁸⁷. Kanun koyucunun bu konuda sınır tayin etmesi muğlaklığı ortadan kaldırması bakımından isabetlidir. Yukarıda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndan kaynaklı disiplin yaptırımlarından Danıştayın, disiplin yaptırımının idari yargı mercilerince iptal gerekçesine istinaden makul sürede tekrar verilebilmesine olanak tanıyan içtihatlarının tersine öğrenci disiplin yaptırımlarında farklı bir durum söz konusudur. Bu farklılık söz konusu hususa ilişkin olarak nitelendirilebilecek bir düzenlemenin 2547 sayılı Kanun'un madde 54/4-ç hükmünde düzenlenmiş olmasıdır. Ayrıca akademik personel için uygulanacak olan 2547 sayılı Kanun'un 53/C maddesinin dördüncü fıkrasında da bu yönde hüküm bulunmaktadır.

Yeni bir disiplin yaptırımı verilirken ceza hukuku ilkesi olan aleyhe bozma yasağının uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. 2547 sayılı Kanun'un 54/4-ç maddesinde kararın gereklerine göre tekrar disiplin yaptırımı verilebileceği hükmü gereğince yeniden işlem tesis edilmesi hâlinde bağlı yetkinin kullanımı söz konusudur. Mahkeme kararında belirtildiği şekliyle yeni bir işlem tesis edilmelidir. İdari yargıda şekil unsuru nedeniyle idari işlem iptal edilmişse şekil eksiklikleri giderilerek yeniden işlem tesis edilebilir. Düzeltilebilir bir şekil eksikliği nedeniyle bozma kararı verilmişse, yeni değerlendirmede kişiye önceki cezadan alt ceza verilmesi mümkündür ancak daha ağır bir ceza verilememesi gerektiğini ifade etmek gerekir⁸⁸. Zira mahkemenin idari işlemin esas unsurları şeklinde nitelendirebileceğimiz konu ve sebep unsuru yönünden sessiz kalması bu unsurlar yönünden hukuka aykırılığın olmadığı yorumunun yapılmasını gerektirebilir.

SONUÇ

Disiplin yaptırımları dörde ayrılmaktadır. Kamu görevlileri disiplin yaptırımları, öğrenci disiplin yaptırımları, mahkum ve tutuklulara uygulanan disiplin yaptırımları, mesleki disiplin yaptırımları. Zamanaşımı kavramı her bir disiplin yaptırımı türü için ayrı ayrı analiz edilmelidir. Bu sebeple öncelikli olarak belirtmek gerekir ki bu makalenin diğer statülere uygulanan disiplin yaptırımlarında zamanaşımı kavramının incelenmesine öncülük edeceği umulmaktadır.

Türk idare hukuku doktrininde disiplin yaptırımları kamu görevlilerine uygulanan yaptırımlar özelinde incelenmektedir. Hâlbuki disiplin yaptırımları öğrencilere de uygulanmaktadır. Öğrencilik statüsü ile kamu görevlisi statüsü birbirinden çok farklıdır. Her şeyden önemlisi öğrencilik geçici ve nispeten kısa süreli bir statüdür. Dolayısıyla disiplin

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2017/33, K.2019/20, 10.04.2019, RG Tarih-Sayı: 17.07.2019-30834, 57-60.

⁸⁷ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.54/4-ç.

⁸⁸ Pınar ve Çalışkan, *Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 254.

hukukunda bir çalışma yapılırken muhakkak ilgili statünün genel özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim çalışmada bu husus göz önünde bulundurulmuş ve yalnızca öğrenci disiplin yaptırımları özelinde zamanaşımı müessesesi incelenmiştir.

Yükseköğretim kurumlarında öğrencilerin disiplin kuralları 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. 2547 sayılı Kanun'da 09.02.2023 tarih ve 32099 sayılı Resmî Gazete'de yürürlüğe giren 02.02.2023 tarih ve 7437 sayılı Kanun'la değişiklikler yapılmıştır. Bu düzenlemeye istinaden YÖK tarafından 18.02.2012 tarih ve 28388 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği kaldırılmıştır. Öğrenci disiplin hukukunda zamanaşımı 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinin 4. fıkrasında maddesinde düzenlenmiştir.

Hukukta zamanaşımı belirli bir sürenin geçmesine hukuk dünyasının sonuç bağlamasıdır. Zamanaşımı süreleri hukuk sisteminde hak düşürücü sürelerin olduğu andan itibaren başlamaktadır. Belirli bir zamanın geçmesine bir hukuki sonuç bağlamanın farklı nedenleri bulunmaktadır. Öncelikle zamanaşımı sürelerini koyma yetkisi yasamaya ait bir yetkidir. Yasamanın zamanaşımı koyma nedeni, sürenin geçmesiyle soruşturma açılmasındaki sosyal faydanın azalması, delillerin bozulması veya yok olması nedeniyle yapılacak değerlendirmenin doğruluğu ve etkinliği konusunda şüphenin ortaya çıkmasının ihtimal dahilinde olmasıdır. Aynı zamanda zamanaşımı kanun koyucunun izlediği bir yaptırım politikasıdır. Temel amacı hukuk güvenliğinin sağlanmasına hizmet etmektir.

Öğrenci disiplin hukukunda soruşturmaya ilişkin zamanaşımı, 2547 sayılı Kanun'un 54/4-b maddesinde hüküm altına alınmıştır. Hükme göre eylemlerin işlenmiş olduğunun soruşturmayı açma hususunda yetkilendirilmiş amirler tarafından öğrenildiği tarihten itibaren; kınama yaptırımında ve yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma yaptırımlarında bir ay içerisinde; yükseköğretim kurumundan bir veya iki yarıyıl için uzaklaştırma yaptırımları ile yükseköğretim kurumundan çıkarma yaptırımında ise üç ay içinde, disiplin soruşturmasına başlanmazsa, disiplin yaptırımı soruşturma zamanaşımına uğramaktadır. Disiplin hukukunda zamanaşımı resen incelenmesi gereken bir konudur; zamanaşımının tespit edilmesi hâlinde soruşturmaya son verilmesi gerekir. Disiplin hukukundaki zamanaşımı süreleri hak düşürücüdür. Ayrıca zamanaşımı kamu düzenine ilişkin olduğundan idare açısından uyulması zorunludur.

Disiplin soruşturma zamanaşımı süresine uyulmaması hâlinde disiplin yaptırımı zaman bakımından yetkisizlik sebebiyle iptal edilebilecektir. Buradaki tartışma konulardan biri eylemin öğrenilme tarihinin belirlenmesine ilişkindir. Danıştaya göre şikâyet ve ihbar dilekçesinin evrak kaydına alındığı tarihten itibaren disiplin soruşturması zamanaşımı başlamaktadır. Belirtilen sürede soruşturma başlamadığı sürece disiplin amirinin disiplin yaptırımı verme yetkisi zamanaşımına uğramaktadır. Soruşturma açılmasına engel durum disiplin soruşturma zamanaşımının dolmasıdır.

Disiplin soruşturma zamanaşımı bireylerin işledikleri eylemle ilgili olarak sürekli cezalandırma tehdidi altına kalmasına engel olmaktadır. Birey lehine getirilen bir güvencedir. Korunan menfaat hukuk devleti ilkelerinden biri olan hukuki belirlilik ve hukuk güvenliğinin

sağlanmasıdır. Hukuki güvenlik ilkesinin önemli unsurları hukuk normlarının genel ve öngörülebilir olmalarına dayanır. Hukuk güvenliğinin tesisi için normların muhatapları yönünden anlaşılabilir olması ve kişilerin kendilerini hukuki olarak güvende hissetmeleri gerekir. Zamanaşımı düzenlemeleri bu ilkelere hizmet etmelidir.

Disiplin yaptırım zamanaşımı 2547 sayılı Kanun'un 54/4-c maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre disiplin yaptırımına sebep olan eylemlerin işlenmiş olduğu tarihten itibaren, en geç iki yıl içerisinde disiplin yaptırımı işlemi tesis edilmediği takdirde, disiplin yaptırımı uygulama yetkisi zamanaşımına uğrayacaktır. Disiplin yaptırım zamanaşımında disiplin yaptırımına konu eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren iki yılın geçmesi yaptırım uygulamayı engellemektedir. Disiplin yaptırım zamanaşımı sistemine bakıldığında zamanaşımı süreleri olayın gerçekleşme tarihinden itibaren hesaplanmaktadır. Zamanaşımı süreleri hukuk güvenliğini sağlamak için getirilmiştir. Bu durum hukukta zamanaşımının konulma amacıyla örtüşmektedir.

Disiplin yaptırımını gerektiren eylemler ceza hukuku açısından da suç teşkil edebilir. Örneğin çıkarma gerektiren disiplin yaptırımlarına bakıldığında bunların tamamı ceza hukukunda suç kabul edilen eylemlerdir ve ülkemizde ceza yargılaması iki yıldan fazla sürmektedir. Bu durumda cezalandırma zamanaşımı süresi adli yargı hükmünün kesinleştiği günden itibaren başlar.

Disiplin yaptırımlarının mahkeme kararı neticesinde iptal edilmesi durumunda 2547 sayılı Kanun'un 54/4-ç maddesine göre kararın idareye tebellüğ edildiği tarihten itibaren kalan disiplin yaptırım zamanaşımı süresi içinde, zamanaşımının dolması yahut dolmasına üç aydan daha az zaman kalması durumunda en geç üç ay içinde mahkeme kararının gereklerine uygun olarak yeniden disiplin yaptırımı işlemi tesis edilebilir. Mahkeme şekil noksanlığı nedeniyle idari işlemin iptaline karar vermişse, idare aynı fiile ilişkin şekil eksikliklerini giderek yeni bir işlem tesis edebilir. İdarenin, mahkeme kararının gereklerine uygun şekilde yeni bir işlem tesis etmesi gerekir. Ancak düzeltilebilir bir şekil eksikliği nedeniyle disiplin yaptırımına konu işlem iptal edilmişse, fail hakkında önceki cezadan daha ağır bir ceza verilmesi mümkün değildir, daha az ceza verilebilir. Bu durumda zamanaşımının kesildiği yönünde bir yorum yapmak kesinlikle yanlıştır. Yukarıda değinildiği üzere öğrenci disiplin yaptırımlarında zamanaşımını durduran veya kesen anlamında bir hüküm bulunmamaktadır. Aksi durumda yorum yoluyla zamanaşımının durduğu veya kesildiği sonucu ortaya çıkar. Bu durum ise insan hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması anlamına gelecektir. Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca disiplin hukukuna ilişkin bir konuda ceza yargılamasının devam ediyor olması zamanaşımını durdurucu veya kesici niteliğe sahip değildir. Çünkü mahkeme kararı idareye ulaştığı anda disiplin yaptırım zamanaşımı süresi dolmamışsa kalan sürede sonlandırılmalıdır. Şayet süre dolmuşsa idareye disiplin soruşturmasını tamamlamak için üç aylık süre verilmektedir. Bunun yanında disiplin soruşturmasının dolmasına üç aydan az bir süre olması hâli de üç aylık süreye tabidir. Bu hükmü zamanaşımının kesilmesi olarak yorumlamak mümkün değildir. Zira, zamanaşımı kesilmesi kanunda belirtilen zamanaşımı süresinin yeniden başlamasıdır.

2547 sayılı Kanun'da yükseköğretim elemanları hakkında ceza kovuşturmasının bekletici mesele yapılacağı düzenlenmiştir. Ancak öğrenciler hakkında yapılacak soruşturmalarda bekletici mesele açıkça belirtilmediğinden, geniş yorum yapılarak ceza yargılamasının bekletici mesele yapılması mümkün değildir. Kanun koyucu öğrenci disiplin hukukunda hızlı ve etkin bir soruşturma yapılmasını istediğinden hak düşürücü sürelerle meselenin sınırlarını belirlemiştir. Hak kaybının önlenmesi açısından da adli yargı kararları veya iptal kararlarının etkisine ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir. Öğrencilik statüsünün kısa süreli olması dolayısıyla da zamanaşımı kapsamında düzenlenen süreler hukuk güvenliği açısından değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun burada düzenleme yapmamasının bilinçli bir tercih olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Burada bir kanun boşluğu olduğunu ve bunun içtihatla doldurulacağını söylemek temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması anlamına gelebileceği gibi öğrencilik statüsünün özellikleri ile de uyumlu olmaz. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler sadece kanunla sınırlandırılabilir. Öğrencilik statüsünün geçici ve kısa süreli olması sebebiyle hukuki kesinliğin sağlanmasının murat edildiğini söylemek gerekir. Dolayısıyla kıyas yoluyla bekletici meselenin öğrenci disiplin hukukunda varlığını kabul etmek isabetli olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aktaş, Sururi. "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı". *EÜHFD*. C.14 / S.1-2, (2010): (s. 1-28).
- Aras, Bahattin. "Disiplin Soruşturmaları Bakımından Hukuki Güvenlik ve Belirlilik İlkeleri". *EÜHFD*. C.16 / S.1, (2021): (235-276).
- Arslan, Zehreddin ve Altındağ, Halil. *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması - 2547 Sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Artuk, Mehmet Emin ve Alşahin, Mehmet Emin. "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", *MÜHF-HAD*. C.19 / S.2, (2013): (s. 17-44).
- Certel, Abdulkadir. *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2008.
- Ceylan, Mahmut. *İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Chapus, René. *Droit Administrative General C.II*. 15. Baskı. Paris: Montchrestien, 2001.
- Çağlar, Selda. *Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayıncılık, 2013.
- Çakmak, Volkan. "Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suç ve Cezaları". Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Çaptuğ, Mehpere. "Hukuk Güvenliği İlkesinin Kavramsal Gelişimi". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. Y.9 / S.17, (2021): (133-160).
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Dinçkol, Hulüsi Alphan. "Yükseköğretimde Öğrenci Statüsü Karşısında İlişği Kesilmiş Kişinin Statüsü ve Disiplin Rejimindeki Durumu". *İNÜHFD*. C.14 / S.1, (2023): (s. 127-140).
- Dönmezer, Sulhi vd., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III*. 14. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2020.

- Duman, Bahattin. *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması: Yönetici, Personel, Öğrenci*. 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Gaudement, Yves. *Droit Administrative*. 23. Baskı, Paris: LGDJ, 2020.
- Gölcüklü, Feyyaz. "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki". *AÜSBFD*, C.18 / S.2, (1963): (s. 115-182).
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.I*. 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut. *İdare Hukuku C.I*. 7. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Günel, Yılmaz. "Disiplin Cezaları". *AÜSBFD*, C.13 / S.2, (1958): (s. 190-211).
- Hafızoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2023.
- İçel, Kayıhan vd., *Yaptırım Teorisi Genel Esaslar-Yaptırım Türleri-Cezaların Saptanması-Cezanın Düşmesi-Cezalara Seçenek Olan Kurumlar*. 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Suçun Yapısal Unsurları-Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımlar*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2013.
- Karaca, Egemen. *Üniversitelerde Disiplin Rejimi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Karahanoğulları, Onur. "Memur Disiplin Hukuku'nun Niteliği ve İlkeleri". *Çağdaş Yerel Yönetimler*. C.8 / S.3, (1999): (s. 55-77).
- Kaşlı, Enver. "Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Disiplin Cezalarının Denetimi". *Ombudsman Akademik*. Y. 8 / S. 15, (2021): (s. 135-154).
- Katoğlu, Tuğrul. "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi". *Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği*. Ankara: TBB yayınları, 2015: (s. 141-186).
- Kırca, Çiğdem. "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)". *AÜHFD*. C.50 / S.1, (2001): (s. 91-119).
- Koca, Mahmut ve Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 2023.
- Oğurlu, Yücel. "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı". *EÜHFD*. C.3 / S.1, (1999): (s. 143-194).
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.II*. 3. Bası. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay, İl Han. *İdari Yaptırımlar – Kuramsal Bir Deneme*. İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaacılık, 1985.
- Özdemir, Ayşe Nur. "İdari Yaptırımlarda Zamanaşımı". Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Özen, Mustafa. *İdari Ceza Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Pınar, İbrahim ve Çalışkan, Öner. *Açıklamalı, İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Plessix, Benoît. *Droit Administratif Général*. Paris: Lexis-Nexis, 2020.
- Sancakdar, Oğuz. *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Saygın, Engin. "Devlet Memurları Kanunu ile 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunundaki Disiplin Hukukuna İlişkin Süreler". *TAAD*. C.15 / S.58, (2024): (s. 147-176).

- Tan, Turgut. "İdari İşlemin Geri Alınması". *AÜSBFD*. C.25 / S.02, (1970): (s. 271-273).
- Taner, Fahri Gökçen. *Ceza Hukukunda Zamanlaşımı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2008.
- Tanquerel, Thierry. "Caractéristiques et limites du droit disciplinaire". *Le Droit Disciplinaire*. Genève/Zurich/Bâle: Schulthess éditions romandes, (2018): (s. 9-38).
- Topçu, Namık Kemal ve Can, Neslihan. "Örgüt Suçlarından Mahkum Olan Öğrencilerin Yükseköğretim Kurumundan Çıkarılmasının Cezaların İnfazının Amacı ve Eğitim Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi". *YÜHFD*. C. 19 / S.1, (2022): (s.283-342).
- Ulusoy, Ali. *İdari Yaptırımlar*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Yıldırım, Turan. "İdari Cezalarda Zamanlaşımı". *İHİD*, S.22, (2023): (s. 25-46)
- Yurtkullu, Oğuz. "Türk Ceza Hukukunda Dava ve Ceza Zamanlaşımı". Yüksek Lisans Tezi, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Yüce, Turhan Tufan. "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili". *DD*. C.24 / S. 88, (1994): (s. 5-13).

EXTENDED SUMMARY

TRANSFORMATION OF PUBLIC SPACE AND PUBLICITY

Mahmut Ceylan, Asst. Prof.

Recep Tayyip Erdogan University, dr.mahmutceylan@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8278-611X>

Fatima Kandemir Ergün, TA

Recep Tayyip Erdogan University, fatima.kandemirergun@erdogan.edu.tr
<https://orcid.org/0000-0001-5841-4466>

Prescription is a waiver of the state's power to punish due to the negative impact of the passage of the prescribed period on the obtaining and evaluation of evidence and the lack of social benefit. Prescription is the attachment of a consequence in the legal world to the passage of a certain period of time. This concept refers to regulations in which the legislator itself limits its power to punish. The ultimate goal of introducing a prescription in student disciplinary investigations is to complete the disciplinary investigation as soon as possible and punish the perpetrator. This is because student status refers to a specific and short period of time. In this short period of time, the disciplinary action must be taken during the student status.

Prescription is subject to different periods and practices specific to each discipline in private and public law. While examining prescription in public disciplinary law, which constitutes the main purpose of this article, the relationship between criminal law and public disciplinary law has been utilized. One of the main reasons for this is that public disciplinary law is influenced by criminal law.

The main purpose of this article is to analyze prescription in student disciplinary law. In the article, firstly, student nonjudicial punishments, which are a type of public nonjudicial punishments, are mentioned. Then, the legal nature of the concept of prescription is analyzed. Finally, the concepts of disciplinary investigation prescription and nonjudicial punishments prescription in student nonjudicial punishments are discussed.

In the Turkish administrative law doctrine, the number of works dealing with prescription in student nonjudicial punishment is quite limited. When these works are examined, it will be seen that nonjudicial punishments are generally examined. The concept of prescription is discussed superficially. In addition, in Turkish administrative law doctrine, public nonjudicial punishments are generally analyzed in the context of nonjudicial punishments imposed on public officials. As a matter of fact, in administrative law textbooks, nonjudicial punishments are dealt with only as

nonjudicial punishments applied to public officials. In other words, nonjudicial punishments imposed on students have not been sufficiently studied in the doctrine. This article aims to eliminate the ambiguities on the concepts of investigation prescription and criminal prescription in student nonjudicial punishments.

This article critically examines the provisions of the legislation and practice regarding the concept of prescription in student nonjudicial punishments. In this context, doctrine and judicial decisions have been utilized. While conducting studies on the concept of prescription in student nonjudicial punishments, the characteristics of the student status should be taken into consideration. Unfortunately, in some of its decisions, the Council of State ignored the characteristics of the status. Similarly, this is also the case in some opinions put forward in the doctrine.

Law No. 2547 does not contain a provision that stops or interrupts prescription for student nonjudicial punishments. Otherwise, it would be concluded through interpretation that prescription is suspended or interrupted. This would mean the restriction of human rights and freedoms. The Constitution stipulates that human rights and freedoms can only be restricted by law.

Law No. 2547 stipulates that criminal proceedings against higher education personnel shall be a matter of waiting. However, since the matter pending in the investigations to be carried out against students is not explicitly stated, it is not possible to make the criminal proceedings a matter pending by making a broad interpretation. Since the legislator wants a fast and effective investigation to be carried out in student disciplinary law, it has determined the limits of the issue with the time limit. In order to prevent loss of rights, it has also introduced special regulations regarding the effect of judicial decisions or annulment decisions. Due to the short duration of the student status, the periods regulated within the scope of prescription should be considered in terms of legal security. It would not be wrong to say that the legislator's lack of regulation here is a conscious choice.

As mentioned above, in the Turkish administrative law doctrine, nonjudicial punishments are analyzed in terms of sanctions imposed on public officials. However, public nonjudicial punishments are also applied to students. The status of student and the status of public official are very different. Above all, being a student is a temporary and relatively short-term status. Therefore, while conducting a study in public disciplinary law, the general characteristics of the relevant status should be taken into consideration.

Public disciplinary sanctions are divided into four categories. Disciplinary sanctions for public officials, disciplinary sanctions for students, disciplinary sanctions for prisoners and detainees and disciplinary sanctions for members of profession. The concept of prescription should be analyzed separately for each type of nonjudicial punishment. For this reason, it is hoped that this article will lead the way in analyzing the concept of prescription in nonjudicial punishments applied to other statuses.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA SENDİKA ŞUBE GENEL KURULUNUN İPTALİ DAVALARINDA TARAF

PARTY IN CASES OF ANNULMENT OF THE GENERAL ASSEMBLY OF A UNION BRANCH IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Doç. Dr. Çiğdem Yorulmaz*

ÖZ

Bu çalışmanın amacı, sendika şube genel kurulunun, aldığı kararların ve yapılan seçimlerin iptali için açılan davada taraf sendika merkezi ile iptale konu genel kurulu yapan şube arasında menfaat çatışmasının varlığı halinde şubenin hukuki dinlenme hakkının usulü hükümleri çerçevesinde nasıl tesis edileceğine ilişkin çözüm sunmaktır. Şube genel kurul için açılacak iptal davalarının tarafı özel hukuk tüzel kişisi olan sendikadır. Şubenin tüzel kişiliği bulunmadığından davanın tarafı olması mümkün değildir. Sendikalar, kendisine muhalif olan şubeyi etkisiz hale getirecek davranışlar içerisine girebilir. Bu durum sendika içi demokrasiye aykırıdır. Sendika ile şubesi arasında menfaat çatışmasının bulunduğu durumlarda sınırlı olarak şubenin tüzel kişiliği olmamasına rağmen davada kendisini savunma hakkının verilmesi gerektiği yargı kararlarıyla benimsenmiş ve öğretide bu durum savunulmuştur. Sendika genel merkezinin gerekli savunma vasıtalarını kullanmaması halinde şubenin kendi genel kurulunun veya işleminin hukuka uygun olduğunu ifade etme imkanının tanınması gerekir. Bu hakkın kullanılmasının usul hükümleri içerisinde nasıl mümkün olacağı bu çalışmada ele alınmış ve yargı kararları ile birlikte değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sendika, Şube, Tüzel Kişi, Dava Arkadaşlığı, Feri Müdahale.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı.
© 0000-0001-5160-4128 cyorulmaz@kku.edu.tr

Bu makale, "Sendik Genel Kurulunun Yargısal Denetimi" isimli çalışmanın s. 28-283 arasında ele alınan konunun genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The purpose of this study is to provide a solution on how to establish the branch's right to legal rest within the framework of the procedural provisions of the branch's right to legal rest in the event of a conflict of interest between the union headquarters and the branch that held the general assembly subject to annulment in the lawsuit filed for the annulment of the union branch general assembly, decisions taken and elections held. The party to the annulment lawsuits to be filed for the branch general assembly is the union, which is a private law legal entity. Since the branch does not have legal personality, it cannot be a party to the lawsuit. Unions may engage in behaviors that will neutralize the branch that opposes them. This is contrary to internal union democracy. Limited to the cases where there is a conflict of interest between the union and its branch, it has been adopted by judicial decisions and defended in the doctrine that the branch should be given the right to defend itself in the lawsuit despite its lack of legal personality. In the event that the union headquarters does not use the necessary means of defense, the branch should be given the opportunity to express that its general assembly or transaction is in accordance with the law. How this right can be exercised within the procedural provisions is discussed in this study and evaluated together with the judicial decisions.

Keywords: Trade Union, Branch, Legal Entity, Litigation Friendship, Collateral Intervention.

GİRİŞ

Sendikalar, üyelerin ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan özel hukuk tüzel kişisidir. Sendikalar, hak ve fiil ehliyetine sahiptir. Fiil ehliyetini organları aracılığıyla kullanır. Sendika genel kurulu, sendikaların en üst yetkilerle donatılmış organıdır. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu¹ (STİSK)'nın 10. madde hükmü gereği genel kurul, sendika tüzüğündeki esaslara uygun şekilde üye veya delegelerden oluşur. Genel kurul, zorunlu organları seçtiği gibi, yönetim için gerekli temel kararları almakta, denetimleri yerine getirmekte ve gerekli yaptırımları uygulamaktadır. Bu nedenle sendika genel kurulunun aldığı kararların kanuna, tüzüğe ve demokratik ilkelere uygun olması gerekir. “*Ba-kanlık veya kuruluş ya da şubesinin üye ve delegeleri; kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak genel kurul ve seçim yapılması veya seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük ya da kanuna aykırı uygulama iddiasıyla, bu işlemlerin veya genel kurulun iptali için genel kurul tarihinden itibaren bir ay içerisinde dava açabilir.*” (STİSK.m.15/2).

Sendikalar, iç ve dış teşkilatlanma hakkına sahiptir. Bu durum kolektif sendika özgürlüğünün bir sonucudur. Sendikaların üye sayılarının artması ile birlikte merkezden yönetim zorlaştığından merkez dışında da örgütlenme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Kanun ve tüzüğe uygun şekilde şube ve bölge şube olarak örgütlenmek mümkündür. Şubelerin kurulması ile birlikte sendikanın, merkezinden daha uzakta bulunan üye ve işyerleri ile iletişimin kuvvetlenmesi mümkün olur. Üyeler, yönetime daha rahat katılım sağlar, sendikanın faaliyetleri ile ilgilenmeleri kolaylaşır, şikayetlerini ve taleplerini daha kolay dile getirirler. Bu durum demokrasinin de bir gereğidir. Demokrasi, farklı düşünenlerin olduğu bir ortamda çoğunluğun iktidarına saygı duymayı, ama azınlığın haklarının da korunması anlamına gelir. Sendika merkezinden farklı hareket eden muhalif şubelerin varlığını, bazen sendika genel merkezi, hoş karşılayabilir ve muhalif şubelerin tasfiyesine yönelik birtakım davranışlar içerisine girebilir. Sendika ile şubesi arasındaki menfaat çatışması sendika içi demokrasiye zarar verir.

Sendika şube genel kurulunun, aldığı kararların ve yapılan seçimlerin iptaline ilişkin açılan davalarda taraf sıfatı, sendika tüzel kişiliğine aittir. Sendika ile şube arasında menfaat çatışmasının bulunduğu durumlarda sendika merkezinin şube genel kurul için açılan iptal davasında yeterli savunmayı yapmaması, hatta davayı kabul etmesi ihtimal dahilindedir. Bu nedenle şubenin kendini savunabilmesi ve ispat araçlarını kullanabilmesi için davada yer alması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu husus, yargının kararlarına konu olduğu gibi öğreti tarafından da ele alınmıştır.

Çalışmamızda tüzel kişiliği bulunmayan sendika şubesinin şube genel kurul iptali davasında hukuki dinlenme hakkını hangi usul hükümleri çerçevesinde kullanabileceği, verilen yargı kararları doğrultusunda değerlendirilmiştir.

I. SENDİKA VE SENDİKA ŞUBESİNE İLİŞKİN GENEL ESASLAR

Sendikalar, işçilerin ve işverenlerin çalışma hayatı içerisinde karşılaştıkları zorluklarla mücadele edebilmek, ekonomik ve sosyal haklarını korumak ve geliştirmek için bir araya

¹ RG.07.11.2012, 28460.

gelerek Anayasa’da belirtilen Cumhuriyet’in nitelikleri ile demokratik esaslara uygun şekilde kurulup işleyen ve serbestçe faaliyette bulunan bağımsız, özel hukuk tüzel kişisidir². 6356 sayılı STİSK.m.2/1-ğ hükmünde sendika “*İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdıkları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar*” olarak tanımlanmıştır. Aynı amaç için bir araya gelen üyelerinin sosyal ve ekonomik hak ve menfaatlerini gözeterek iyileştirilmesine katkı sunan sendikalar, kullandıkları yetkiler, yaptıkları hukuki işlemleri yönünden özel hukuk tüzel kişisidir³. “*Tüzel kişiler, cins, yaş, ırk, sınıflık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.*” (TMK. m.48).

Tüzel kişiliğe sahip sendikalar, hak ve fiil ehliyetine sahiptir. Sahip oldukları hak ehliyetleri sayesinde kendi nam ve hesaplarına hak ve borç sahibi olurken, fiil ehliyetleri sayesinde hukuki işlemlerini kendi organları aracılığıyla yaparlar⁴. “*Kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.*” (TMK.m.49). Tüzel kişinin kurulmasıyla hak ehliyeti başlamasına rağmen fiil ehliyeti, zorunlu organlarının seçilmesi veya atanması ile başlar⁵. Zorunlu organlara sahip olmayan bir sendikanın temsil ehliyeti yoktur. “*Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.*” (TMK.m.50/1). Organlarda görev alan kişilerin organ sıfatıyla yaptıkları işlemler, bizzat tüzel kişinin işlemleri kabul edilir. “*Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.*” (TMK.m.50/2).

Sendikalar, üyelerin sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla iç ve dış teşkilatlanma hakkına sahiptir. Bu durum kolektif sendika özgürlüğünün bir sonucudur. Sendikaların üye sayılarının artması ve daha çok kişiyi sendika üyesi yapma isteği, örgütlemenin merkez dışında da yapılmasını zorunlu hale getirir. Sendikalar, işkolu esasına göre örgütlendiğinden üye sayısının artması ile merkezden yönetim zorlaşır⁶. Bu sayede sendikalar, şubeleri aracılığıyla “yerinde yönetim”i gerçekleştirmiş olur⁷.

² Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s.219; Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2023, s.855; Ali Ekin, *Sendikal Kuruluşların İşleyişi ve Denetim*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s.20; Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020, s.4.

³ Mehmet Kocaoglu, *Kollektif Sendika Özgürlüğü ve Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi*, Ankara: TÜHİS, 1997, s.7; A. Can Tuncay, *İşçi Sendikası Üyelüğünün Kazanılması ve Sona Ermesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s.27; Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.112.

⁴ Haluk N. Nomer, *Kişiler Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008, s.8; İhsan Erkul, “Sendikaların Zorunlu Organları Dışındaki Organlarının Bazı İşçi ve İşveren Kuruluşlarında Düzenleniş Biçimi Üzerine”, *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 8/1-2, (1990), s.341, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/826134>, ET.08.11.2023; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, C.1, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023, s.155; Orhan Çetin, *Dernek Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019, s.44; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Kollektif Özgürlükler*, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989, s.71; Kadir Arıcı, *Toplu İş Hukuku- II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi, 2022, s.66; Aydın Başbuğ, *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*, Ankara: Şeker İş Yayınevi, 2012, s.105; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Toplu İş Hukuku*, 6.B, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2024, s.35; Sümer, *İş Hukuku*, s.190; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, s.137.

⁵ Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023, s.238; Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, s.155.

⁶ Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s.82.

⁷ Kadir Arıcı, “Demokratiklik ve Hukuka Uygunluk Açısından Sendika Şube Genel Kurulları”, *Kamu İş Dergisi*, 9/1, (2007), s.2.

Sendikalar, Kanun ve tüzükte belirtilen esaslara uygun şekilde şube ve bölge şube olarak örgütlenebilir⁸. 6356 sayılı Kanun'da, şube ve bölge şube kavramlarına yer verilmemiştir. Dernekler Kanunu ise şubeyi “*dernek faaliyetinin yürütülebilmesi için bir derneğe bağlı olarak açılan, tüzel kişiliği olmayan ve bünyesinde organları bulunan alt birim*” olarak tanımlamıştır (Der.K.m.2/h). Şubeler, sendikanın merkezinin uzağındaki yer veya bölgelerde kurulabilir. Şubelerin kurulması, sendikanın, merkezinden uzakta bulunan üye ve işyerleri ile daha sağlıklı iletişim kurmalarını, üyelerin yönetime katılmalarını, istek ve şikayetlerini daha kolay iletmelerini, sendikal faaliyetlerden haberdar olmalarını sağlar. Böylece sendika içi demokrasi gerçekleşmiş olur.

II. SENDİKA VE SENDİKA ŞUBE GENEL KURULUNUN İPTALİ DAVASINDA TARAF

A. GENEL OLARAK

Sendika veya şube genel kurulunun hukuka uygun icra edilmemesi halinde bu toplantıda alınan kararların kanun ve tüzük hükümlerine uygun olduğundan bahsedilemez. Kanun ve tüzük hükümleri yanında demokratik işleyişe aykırı durumlarda da genel kurul kararlarının iptali yoluna gidilebilir (AY.m.51/son ve STİSK.m.31/1). “*Bakanlık veya kuruluş ya da şubesinin üye ve delegeleri; kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak genel kurul ve seçim yapılması veya seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük ya da kanuna aykırı uygulama iddiasıyla, bu işlemlerin veya genel kurulun iptali için genel kurul tarihinden itibaren bir ay içerisinde dava açabilir. Dava basit yargılama usulüne göre iki ay içerisinde sonuçlandırılır. Karar hakkında istinaf yoluna başvurulması halinde bölge adliye mahkemesi bir ay içinde kararını verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde Yargıtay'ca on beş gün içinde kesin olarak karar verilir.*” (STİSK.m.15/2).

Sendika veya şube genel kurulunun, aldığı kararların veya yapılan seçimlerin iptal davasını Bakanlık, kuruluş veya sendika şubesinin üye ve delegeleri açabilir. Bakanlık, devlet kamu tüzel kişiliğinin organı olup davada taraf ve dava ehliyetine sahiptir⁹. Kuruluşun ya da şubenin üye ve delegeleri, gerçek kişidir. Taraf ve dava ehliyetinin varlığı halinde iptal davası açabilir.

Dava ehliyetine sahip bir kişi, bizzat kendisi veya yetkilendirdiği vekil ile bir davayı yürütebilir ve davayla ilgili gerekli usul işlemlerini yapabilir¹⁰. “Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir.” (HMK.m.51).

Fiil ehliyetine sahip gerçek kişiler, dava ehliyetine sahiptir. “Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.” (TMK.m.10). Tüzel kişiler, “Kanuna ve

⁸ Kadriye Bakırcı, “Sendika Seçimleri”, *Türkiye Sendikacılık Ansiklopedisi*, C.3, İstanbul 1998, s.32; Arıcı, “Demokratiklik ve Hukuka Uygunluk Açısından Sendika Şube Genel Kurulları”, s.2; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku*, s.102.

⁹ Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023, s.117; Ramazan Arslan, vd., *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023, s.276.

¹⁰ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023, s.153; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C.I, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022, s.573; Emel Şeyda Elgün Toğrul, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021, s.29; L. Şanal Görğün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023, s.219; Kuru ve Aydın, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.114.

kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.” (TMK.m.49). Tüzel kişiler, dava ehliyetini organları aracılığıyla kullanır (HMK.m.52). Dava ehliyetinin yokluğu, taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece resen dikkate alınır. Dava ehliyeti, dava şartlarındandır (m.114/1-d).

Taraf ehliyeti, bir davada davacı veya davalı olabilme yeteneğidir¹¹. “Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir.” (HMK.m.50). Dolayısıyla hak ehliyeti bulunan her gerçek ve tüzel kişi, taraf ehliyetine sahiptir¹². Taraf ehliyeti, dava şartlarındandır (HMK.m.114/1-d). Bu nedenle taraflar, davanın her aşamasında taraf ehliyetinin bulunmadığını ileri sürebileceği gibi mahkeme de davanın her aşamasında resen araştırır (HMK.m.115/1).

Taraf ehliyetinin bulunmadığının tespiti halinde dava şartı yokluğundan mahkeme, davayı usulden reddeder. Dava sırasında dava ehliyetinin bulunmadığının tespiti halinde bu eksiklik, tamamlanabilir nitelikte ise mahkeme, davayı usulden hemen reddetmez, eksikliğin giderilmesi için makul süre tanır¹³. Bu süre içerisinde eksiklik giderilmemişse mahkeme, dava şartı yokluğundan usulden red kararı verir (m.115/2). Örneğin, dava devam ederken davacının ölmesi halinde, mirasçılarının devam edebileceği bir davada mahkeme, vereceği kesin süre içerisinde taraf ehliyeti eksikliğinin giderilmesini ister¹⁴. Bu eksiklik giderilmeden dava devam edemez.

Sendikalar, kendilerine karşı açılan iptal davalarında davayı takip etme yetkisine sahiptir¹⁵. STİSK.m.15/2 hükmü gereği açılacak iptal davası, doğrudan tüzel kişiliğe sahip sendikaya yöneltilmelidir. Sendikaların tüzel kişiliğe sahip olması nedeniyle davada taraf olma ehliyeti ve doğrudan doğruya veya seçmiş olduğu temsilci vasıtasıyla dava takip yetkisi mevcuttur. Kuruluşların tüzüklerinde düzenleme olması şartıyla genel başkan veya başka bir yöneticiye davayı takip yetkisi verilebilir.

Sendikalar, tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır (STİSK.m.2/1-ğ). Türk Medeni Kanun hükümleri gereğince tüzel kişiler, taraf ve dava ehliyetine sahiptir (HMK.m.50, m.51). Tüzel kişiler, dava ehliyetlerini organları aracılığıyla kullanır (HMK.m.53).

¹¹ Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s.561; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.151; Kuru ve Aydın, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.106; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.262; Toğrul, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*, s.28.

¹² Hülya Taş Korkmaz, *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi*, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2021, s.31; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.190, 191.

¹³ Taş Korkmaz, *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi*, s.35; Toğrul, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*, s.46; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.191.

¹⁴ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023, s.215; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* s.152; Kuru ve Aydın, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.107.

¹⁵ Haluk Hadi Sümer, “İşçi Sendikasının Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinin Hukuka Aykırılığının Tespiti İçin Dava Açma Yetkisi”, *Sivil İş Hukuku Dergisi*, 12, (2008), s.150; A. Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023, s.141; Bektaş Kar, “Sendikaların Dava Ehliyeti, Taraf Sıfatı ve Davayı Takip Yetkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74, (2016), s.974; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s.133.

İptal davasının sendika şube genel kurulu ve kararlarına yönelik açılması halinde sendika şubesinin tüzel kişiliği olmadığı için sendika merkezinin taraf gösterilmesi gerekir. Çünkü tüzel kişiliği olmayan sendika şubesinin taraf ve dava ehliyeti yoktur.

Yargıtay da “*sendikalar hukukunda tüzel kişiliğin sadece sendika genel merkezlerine ait olması ve sendika şubelerinin tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle, genel merkez ile şube arasında menfaat çatışması durumunun bulunması hali dışında sendika şubelerine dava yöneltilmeyeceğini*” kararlarında istikrarlı şekilde vurgulamıştır¹⁶.

B. SENDİKA VE SENDİKA ŞUBESİ ARASINDA MENFAAT ÇATIŞMASININ VARLIĞI HALİNDE ŞUBE VE ŞUBE YÖNETİCİLERİNİN MECBURİ DAVA ARKADAŞI OLDUĞUNA İLİŞKİN YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Sendika içi demokrasinin bir gereği olarak sendikalar içerisinde muhalif örgütlenmeler olabilir. Sendikanın muhalif şubelerin varlığını kabul ederek saygı ve hoşgörü çerçevesinde hareket etmesi önemlidir. Kendilerine muhalif olan şubelerin kaldırılmasına yönelik işlemler ve tek sesli yönetim anlayışı sendika içi demokrasiye aykırıdır¹⁷. Sendika yönetiminin kendisine muhalif olan ve rakip olabileceğini düşündüğü üye veya temsilcilerini sendikadan uzaklaştırma yoluna gitmesi demokratik ilkelere aykırıdır¹⁸.

Sendikanın her türlü olanaklarının yöneticiler tarafından kullanılıyor olması, güçlü muhalefetin varlığını bastırabilecek parasal güce sahip olunması, mevcut statünün korunması için demokratik esaslardan uzaklaşılması, yöneticilik makamında kalma süresini olabildiğince uzatma sonucunu doğurur. Bu nedenle muhalefet örgütlenmesi, demokrasinin olmazsa olmazıdır.

Sendika ve şubesi arasında görüş farklılıklarının varlığı, sendika yönetiminin bir süre sonra şube yönetiminin kendisine rakip olabileceği yönündeki düşünceleri, aralarında menfaat çatışmasına neden olur. Muhalefet örgütlenmesinden rahatsız olan sendika yönetiminin şubenin yaptığı genel kurulu, aldığı kararları veya yapılan seçimleri iptal ettirmek için kendisine yakın üye veya delegelere dava açtığı veya açılan davalarda yeteri kadar savunma vasıtalarını kullanmadığı, hatta davaları kabul ettikleri dahi görülmektedir. Üyelerin hak ve menfaatlerini koruma ve geliştirme amacından uzak, sendika içi demokrasiye aykırı bu davranışlara karşı şubenin hak ve menfaatlerinin korunması kaçınılmazdır.

Sendikaya karşı açılan iptal davasında uyuşmazlığın konusu şubenin yaptığı genel kurul ve işlemleridir. Sendika genel kurulunun iptali davaları şubenin tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle yalnızca sendikaya karşı açılabilir. Şubenin kendini ifade etme hakkının tanınması menfaat çatışmasının bulunduğu durumlarda daha önemli hale gelir. Nitekim Yargıtay bir kararında,

Dava sendika olağan genel kurulunun tüm sonuçlarıyla birlikte iptaline ilişkindir. Taraflar arasında görülen genel kurul kararının iptali davasının asli müdahale talebinde bulunanların genel kurul kararı ile edindikleri haklarını ellerinden almak amacıyla davanın taraflarınca muvazaalı biçimde hareket ederek

¹⁶ YHGK., 29.11.2017, 2016/9-2316 E., 2017/1461 K.

¹⁷ Emre Kongar, *Demokrasi İşçinin Emegidir*, İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası Yayınları, 1986, s.45.

¹⁸ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022, s.288.

davayı kabul ettikleri ileri sürüldüğüne göre bu ciddi iddianın mahkemece tetkiki gerekir, şeklinde görüş bildirmiş ve asli müdahillerin istemleri ve sundukları delillerle davacı ve davalı delillerinin birlikte değerlendirilmesini istemiştir. Davalı sendika şube yönetimine usule uygun şekilde dava dilekçesi tebliğ edilip taraf teşkili sağlanıp, sendika şubesine davaya ilişkin hukuki dinlenme hakkı sağlanarak, göstereceği delillerin toplanıp dosya kapsamı ile birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir.¹⁹.

Sendika ve şubesi arasında menfaat çatışmasının varlığı halinde şubenin davadaki hukuksal durumunu belirlemeye yönelik Yargıtay'ın kararları mevcuttur.

1. Sendika ile Birlikte Şube veya Şube Yöneticilerinin İptal Davasında Dava Arkadaşlığı

Bir davada birden fazla kişinin birlikte aynı tarafta yer alması mümkün olabilir. Davanın bir tarafında veya her iki tarafında birden fazla kişinin bulunması halinde dava arkadaşlığından bahsedilir²⁰. Birden çok kişinin dava arkadaşı olarak aynı davada davacı veya davalı olabilmesine olanak sağlarken, bazen de dava arkadaşlığı kişilerin iradesine bakılmaksızın zorunludur. Mecburi ve ihtiyari²¹ olmak üzere iki farklı dava arkadaşlığı vardır.

Hakkın birden fazla kişi tarafından kullanılması, birden fazla kimseye karşı ileri sürülmesi ve sonunda herkes için tek bir hüküm verilmesi durumunda mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olur²². “*Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hallerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.*” (HMK.m.59).

Mecburi dava arkadaşlığı, maddi ve şekli mecburi dava arkadaşlığı olarak iki farklı şekilde olabilir²³. Şekli mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuk bakımından zorunlu olmamasına rağmen tarafların bir arada bulunmasının gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edeceği durumlarda gereklidir. Bu dava arkadaşlığı, yalnızca davalı taraf için Kanunun açıkça izin verdiği durumlarda mümkündür²⁴. Örneğin iş güvencesi hükümleri gereği açılan işe iade davalarında alt işverenlik ilişkisi mevcutsa hem alt işverenin hem de asıl işverenin davada taraf olarak gösterilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da vurguladığı gibi tarafların *kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kıldığı gerçeğinden yola çıkılarak*

¹⁹ Y9HD., 21.06.2011, 27022/18864.

²⁰ Meltem Ercan Özler, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2023, s.108; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s.229; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.373; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.563; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s.617; Toğrul, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*, s.48.

²¹ “Birden çok kişi, aşağıdaki hallerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir:

a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.

b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülüğe altına girmeleri.

c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması.” (HMK.m.57).

²² Buse Dişel, *Dava Takip Yetkisi*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020, s.132; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.569; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.378.

²³ Pekantez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.168; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.569.

²⁴ Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s.623, 624; Kuru/Aydın, s.372; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.380; Özler, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, s.112.

sadece iade davalarına özgü bir uygulama geliştirilmiştir²⁵. Davalılar arasında şekli mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır²⁶.

Alt işverene karşı açılan davada, işe iade kararı alt işveren için verilmekte ise de koşulların oluşması halinde işe iade davasının parasal sonuçlarından asıl işveren, alt işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumluluğu olduğundan hukuki dinlenme hakkının tanınması gerekir. Bu nedenle “Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır” (7036 sayılı İMK.m.3/15). Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemelerinin kararları arasındaki görüş farklılıklarının giderilmesine yönelik önüne gelen uyuşmazlıkta “Arabuluculuk dava şartı olup, Kanunun açık hükmü gereği asıl işveren ile alt işverenin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları zorunlu olduğuna göre, bu eksikliğin sonradan sadece taraflardan biri aleyhine arabulucuya başvurularak tamamlanması imkanı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, davacı işçi asıl işveren ile alt işveren aleyhine birlikte arabulucuya başvurmadığı sürece, şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlarından birinin yargılama sırasında davaya dahil edilmesi suretiyle yargılamanın sürdürülmesi söz konusu olamaz” şeklinde karar vermiştir²⁷. Şekli mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarının birlikte hareket etmesi gerekmez²⁸. Davada yapılması gereken usul işlemlerinin dava arkadaşlarından birisi için yapılmış olması diğeri için hüküm ifade etmez. Şekli mecburi dava arkadaşlığında mahkeme her bir dava arkadaşı için aynı dava içerisinde farklı kararlar verebilir. Birisi için davayı kabul ederken diğeri için red yönünde hüküm kurabilir²⁹. Bu nedenle ihtiyari dava arkadaşlığına benzer bir usul uygulanır.

Maddi mecburi dava arkadaşlığında tek bir dava ve tek bir hüküm varken, şekli mecburi dava arkadaşlığında her bir dava arkadaşı için ayrı ayrı hüküm vardır³⁰. Maddi mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda hakkın birlikte kullanılması veya birlikte taraf gösterilerek dava açılması zorunludur³¹. Örneğin kamulaştırmasız el atma nedeniyle mirasçıların açacağı taşınmaz bedelinin tahsili davasında mirasçıların birlikte dava açması gerekir, aralarında mecburi dava arkadaşlığı vardır³². Mirasçıların birlikte dava açmaması halinde mahkemenin vereceği süre içerisinde taraf eksikliği giderilmezse dava reddedilir.

²⁵ Y22HD. (Kapatılan), 26.10.2017, 42916/23428; Y22HD. (Kapatılan), 14.03.2018, 1906/6718; Y22HD. (Kapatılan), 18.01.2018, 45379/845.

²⁶ “İşe iade talebiyle açılan davalarda asıl işveren ile alt işveren arasında şekli anlamda zorunlu bir dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmeli, işçinin açtığı işe iade davasında busumetin hem asıl işverene hem alt işverene yöneltilmesi gerekliliği dikkate alınmalıdır. Böylece, işe iade davasında yalnızca asıl işveren veya alt işverene busumet yöneltilmesi durumunda, davanın davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene teşmili için davacı tarafa süre verilerek, verilen süre içinde davanın diğer dava arkadaşına teşmil edilmesi halinde davaya devam edilmesi, aksi halde davanın usulden reddi” gerekir, Y22HD. (Kapatılan), 23.11.2017, 43598/26455.

²⁷ Y9HD., 13.10.2021, 9540/14240.

²⁸ Özler, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, s.112; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.380.

²⁹ Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.573; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.379.

³⁰ Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.572, 573; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.170; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s.235.

³¹ Toğrul, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*, s.48; Özler, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, s.109.

³² Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.570.

Mecburi dava arkadaşlarının davada birlikte taraf olarak yer almaları zorunludur. “Mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır.” (HMK.m.60). Bir davada bir kişinin diğer dava arkadaşları olmadan dava açması veya davada taraf gösterilmesi halinde dava reddedilir. Aynı hukuki yarar için hareket edildiğinden iddia ve savunmalarını birlikte yaparlar. Kural olarak aynı tarafta yer almaları nedeniyle ilk itirazlar, zamanaşımı def'i, kanun yoluna başvuru, davayı kabul veya feragat birlikte gerçekleşir. “...Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder.” (HMK.m.60). Dava arkadaşının duruşmaya katılmaması, yapması gereken bir takım usul işlemlerini yapmaması halinde duruşmaya gelen, usul işlemlerini yerine getiren dava arkadaşlarının yaptığı işlemler, bu kişiler için de hüküm ifade edecektir. Mahkeme tek bir hüküm vereceğinden bir kişi için davayı kabul, diğeri için red kararı vermesi mümkün değildir.

2. Konuya İlişkin Yargıtay’ın Görüşü

Sendika ile şubesi arasında menfaat çatışmasının bulunması halinde şube genel kurulunun, aldığı kararların veya yapılan seçimlerin iptaline yönelik bir davada *kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kıldığı gerçeğinden yola çıkılarak* sendika şubesinin hukuki dinlenme hakkını kullanması gerekir. Ancak bu hakkın hangi usul hükümleri çerçevesinde kullanılacağı hususunda öğretinin görüşleri olduğu gibi bu husus yargı kararlarına da konu olmuştur.

Nitekim Yargıtay bir kararında,

Sendikalar, hukukumuzda özel hukuk tüzel kişisi sayılmaktadır. Sendika şubelerinin ise tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Üye ve delegelerin dava açma ehliyetine karşılık, sendika şubelerinin tüzel kişiliği olmadığından dava açma ehliyetleri yoktur. Sendika ve şubesi aralarındaki ilişkilerde sendika hürriyetinin temel ilkelerine uymakla yükümlüdürler. Sendika şubelerinin genel kurul faaliyetleri de dahil faaliyet ve işleyişleri aynen sendikalarda olduğu gibi demokratik ve hür sendikacılığın ilkelerine ve hukuk devletinin esaslarına uygun olmalıdır. Kanuni ve hukuka uygunluk birlikte aranmalıdır. (..Demokratik ve hukuka uygunluk açısından sendika şube genel kurulları Kamu-is; C:9, S:1/2007, s.26). Sendikalar hukukunda, tüzel kişiliğin sadece sendika genel merkezlerine ait olması ve sendika şubelerinin tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle, sendika şubelerine dava yöneltemeyeceği söylenilebilirse de, şube genel kurulunun iptali davaları söz konusu olduğunda konuya ihtiyatla yaklaşmakta zaruret bulunmaktadır. Nitekim sendika şubelerinin, merkez ile menfaat çatışması bulunması durumunda anılan davada taraf olarak yer almaması, şubelerin haklarını yeterince savunamama sonucuna yol açabilmektedir. Somut olayda davalı sendika genel merkezi ile yargılamaya konu şube arasında menfaat çatışması olup olmadığı mahkemece incelenerek İstanbul Anadolu Yakası 3 nolu şubenin davaya dahil edilip edilmeyeceği değerlendirilmeksizin hüküm kurulmasının

hatalı olduğuna karar vermiştir³³

Sendika ile şube arasında menfaat çatışmasının bulunduğu durumlarda, sendika genel merkezi ile sendika şubesi arasında zorunlu dava arkadaşlığının varlığını kabul eden ve sendika şubesine davanın yöneltilmemesi halinde mahkemenin yargılamanın her aşamasında bu durumu gözetip taraf teşkilini sağlaması gerektiği yönünde kararlar veren Yargıtay, bu

³³ Y9HD., 12.05.2015, 13988/17426; aynı yönde Y9HD., 10.09.2015, 21178/25280.

uygulamasını 2023 yılına kadar devam ettirmiştir³⁴. Öğretide de sendika şubesinin kendisini savunabilmesi için davanın sendika genel merkezi ile birlikte sendika şubesine de yöneltilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁵.

Yargıtay, 2023 yılında içtihat değişikliğine giderek;

Sendika şube genel kurulunun iptali davalarında, sendika genel merkezi ile iptali talep edilen genel kurulda şube yönetim kurulu üyesi seçilen gerçek kişilerin tamamının zorunlu dava arkadaşı olduğu, davanın sendika genel merkezi ile şube yönetim kurulu üyelerine yöneltilmesi gerektiği, sendikanın temsilcisi sıfatının bu kişilere ait olduğu kabul edilmelidir. Nitekim sendika şubelerinin tüzel kişiliğinin bulunmadığı ve bu anlamda ilgili sendika şubesinin davaya dâhil edilmesi uygulamasının usul hukuku bağlamında da sorunlar yarattığı dikkate alındığında, şube yöneticilerine davanın yöneltilmesinin hukuki dinlenilme hakkının gereğinin yerine getirilmesini sağlayacağı açıktır.

şeklinde karar vermiştir³⁶.

Yargıtay, 2023 yılına kadar davanın sendika şubesine yöneltilmesi gerektiğini belirtirken sendikanın temsilcisi sıfatının yönetim kurulu üyelerine ait olması nedeniyle şube yönetim kurulu üyelerine davanın yöneltilmesi gerektiğini, bu durumun hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olduğunu ifade etmiştir. Bu yönüyle karar isabetli ise de “*sendika genel merkezi ile iptali talep edilen genel kurulda şube yönetim kurulu üyesi seçilen gerçek kişilerin tamamının zorunlu dava arkadaşı olduğu*” yönündeki tespit, usul hukuku yönünden sorunları ortadan kaldırmaya yeterli değildir.

Davacı ve davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması, dava arkadaşlığının bir sonucudur³⁷. Dava arkadaşlığından bahsedilebilmesi için her bir dava arkadaşı için dava şartlarının ayrı ayrı dikkate alınması gerekir³⁸. Sendika şubesinin tüzel kişiliğinin bulunmaması nedeniyle şubenin dava ve takip ehliyeti yoktur. Bu nedenle sendika şubesinin sendika yanında dava arkadaşı olarak yer alması mümkün değildir. “Genel merkez ile şube arasında menfaat çatışması durumunun bulunması hali”nde sendikanın, şubesini zarara uğratabilecek davranışlar içerisinde olabileceği ve davada yeterli savunmayı yapmayabileceği düşüncesinden hareket eden Yargıtay’ın, taraf ve dava ehliyeti olmayan şubenin davalı taraf yanında davayı takip edebileceği yönündeki içtihadından dönmesi isabetlidir.

Yargıtay’ın sendika genel merkezi ile iptali talep edilen genel kurulda şube yönetim kurulu üyesi seçilen gerçek kişilerin tamamının zorunlu dava arkadaşı olduğu yönündeki kararı ise iki yönüyle eleştiriye açıktır.

³⁴ “Dava, sendika genel merkezine karşı açılmış ve mahkemece de, genel kurulunun iptali talep edilen sendika şubesine davanın yöneltilmesi sağlanmamıştır. Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, şube genel kurulunun iptali davalarının sendika genel merkezi ile sendika ilgili şubesine yöneltilmesi gerekmektedir.” Y22HD. (Kapatılan), 20.06.2016, 17376/18273; Y9HD., 21.10.2021, 9588/14728, Y22HD. (Kapatılan), 28.09.2015, 24045/25498; Y9HD., 18.06.2021, 1528/1357; Y22HD. (Kapatılan), 30.05.2019, 3556/12207. Y22HD. (Kapatılan), 28.09.2015, 24834/25499.

³⁵ Aydın Başbuğ, *Sendika Genel Kurulu*, Ankara: Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası Yayını, 2022, s.61; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 10.B, Ankara: Turhan Kitabevi, 2022, s.132; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, s.133.

³⁶ Y9HD., 13.04.2023, 7211/5674.

³⁷ Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.168; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.563; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s.617.

³⁸ Toğrul, *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*, s.49; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s.234; Dişel, *Dava Takip Yetkisi*, s.131; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s.621.

Birincisi, sendika şube genel kurulunun iptali halinde seçimle göreve gelenlerin hakları ortadan kalkacağından menfaat çatışmasının tüm zorunlu organ üyeleri ile var olduğunun kabulü gerekir. Diğer yandan seçimin iptali talepli açılan davada iptale konu husus, belirli şahısların seçilme yeterliliğine ilişkinse bu durumda yalnızca hukuki durumu etkilenen kişilerin ferî müdahil olarak katılımı gerekli ve yeterli olacaktır.

İkincisi ise sendika merkezi ile şubenin zorunlu organ üyeleri arasında mecburi dava arkadaşlığının varlığı usul hukuku yönünden sorunları ortadan kaldırmaya yeterli değildir.

C. SENDİKA VE ŞUBESİ ARASINDA MENFAAT ÇATIŞMASININ VARLIĞI HALİNDE “FERİ MÜDAHİLE İLİŞKİN HÜKÜMLER” ÇERÇEVESİNDE ŞUBE VE ŞUBE YÖNETİCİLERİNİN DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir davanın sonucunda hakkı veyahut borcu etkilenecek olan kişi, taraflardan herhangi birinin yanında davayı kazanması amacıyla devam eden davaya katılabilir³⁹. Dava sonucunda verilen hüküm, kendisini de etkileyeceğinden davaya katılan kişi, yanında katıldığı tarafa, davayı kazanması için yardım eder. HMK.m.68 hükmü gereği “*müdahale talebinin kabulü halinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açılmalara aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir. Mahkeme, katıldığı noktadan itibaren, taraflara bildirilen işlemleri müdahile de tebliğ eder.*”. Üçüncü kişi konumunda olan ferî müdahil, davaya katılarak davanın tarafı haline gelmez⁴⁰. Yalnızca davaya katılarak menfaatlerinin korunması için davaya katılma imkanı elde eder.

Sendikanın, kendisine yardım etmek üzere sendika şubesinin zorunlu organ üyelerinin davaya müdahalesi “fer’i müdahale” müessesesi ile mümkündür. Sendika genel kurulunun iptali davasında sendika genel merkezi yanında davaya katılacak menfaat çatışması olan kişilerin ölümü halinde kişiye bağlı bir hak olduğundan mirasçılarının davaya devam etmesi mümkün değildir.

Mahkemenin vereceği hüküm, yalnızca davanın tarafları için sonuç doğurur (HMK.m.69/1). Ferî müdahil, taraf konumunda değildir, katıldığı tarafın yardımcısıdır⁴¹. Bu nedenle kanun yoluna başvurma hakkı, yalnızca taraflara aittir. Kural olarak fer’i müdahil, hükmü tek başına kanun yoluna götüremez. Ancak fer’i müdahilin yanında katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmamış olması, fer’i müdahilin hukuki durumunu etkileyecek niteliğe sahipse katıldığı taraftan bağımsız olarak da bu hakkı kullanabilir.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu,

³⁹ Özler, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, s.116; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s.259; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.543; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.175; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.359.

⁴⁰ Murat Atalı, *Medeni Usul Hukukunda Davanın İbharı*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2007, s.115; Özler, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, s.116, 117; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s.360; Kuru ve Aydın, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.389.

⁴¹ Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s.544; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s.259; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.175; Özler, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, s.116.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemini yapma hakkı tanınan müdahilin, yanında katıldığı taraf hakkında verilen karara karşı tek başına kanun yollarına başvurabilmesinin, adil yargılanma hakkının temini bakımından gerekli olduğu neticesine ulaşılmıştır. Öte yandan söz konusu düzenlemeler, yanında davaya katıldığı tarafın davadan ya da temyizden feragati veya vazgeçmesi yahut davayı kabul etmesi gibi aksi yöndeki iradesinin varlığı halinde müdahilin kanun yollarına başvurmasına engel teşkil etmektedir. Yani müdahilin, tarafın aksi yönde iradesinin varlığı halinde, bu iradeye aykırı ve bu iradeyle çelişen bir işlem yaparak kanun yollarına başvurma olanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla üçüncü kişinin davaya katılması konusunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin yollaması nedeniyle uygulanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeler uyarınca müdahilin, yanında katıldığı tarafın işlem veya açıklamalarına aykırı olmadığı sürece, karara karşı tek başına kanun yollarına başvurabileceği sonucuna varılmıştır. Ayrıca müdahilin tek başına yapmış olduğu kanun yolu başvurusuna ilişkin dilekçenin ilgili yargı merciince yanında katıldığı tarafa da tebliğ edilmesi ve söz konusu tarafın bilgisine sunularak kanun yolu aşamasından haberdar edilmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle müdahilin, yanında katıldığı tarafın kanun yollarına başvurmaması halinde, onun işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı olmamak şartıyla tek başına kanun yollarına başvurabileceği ve ilgili yargı merciince başvuru dilekçesinin yanında katıldığı tarafa tebliğ edilmesi gerektiği yönünde içtihadın birleştirilmesine

karar vermiştir⁴².

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun kararı da dikkate alınarak sendika ile şubesindeki kişiler arasında menfaat çatışmasının olduğu durumlarda, davanın kabulüne veya reddine bağlı olarak menfaatlerinin korunması imkanı, ancak bu kişilerin fer'i müdahil olarak katılması ile mümkün olabilir.

SONUÇ

Sendika şube genel kurul iptali davalarında şubenin tüzel kişiliği olmadığından, dava ve taraf ehliyeti yoktur. Bu nedenle davanın sendikaya karşı açılması gerekir. Sendika genel merkezi ile genel kurulu iptal davasına konu edilen şube arasında menfaat çatışmasının bulunması halinde sendikanın gerekli savunmayı yapmaması durumu ile karşı karşıya kalınabilir. Hatta davayı kabul etmesi bile ihtimal dahilindedir.

Şube genel kurul kararlarının iptali davalarında şube ile sendika merkezi arasında menfaat çatışmasının olması halinde şube genel kurulunun, alınan kararların veya yapılan seçimlerinin iptali talepli davada dava sonucundan etkilenen kişiler müdahil olmalı ve *kendi hukuklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kıldığı gerçeği* göz önüne alınarak hukuki dinleme hakkı verilmelidir.

Sendika ile şube arasında menfaat çatışmasının bulunması halinde 2023 yılındaki içtihat değişikliği öncesinde Yargıtay, sendikanın yanında şubenin de taraf olarak gösterilmesi gerektiğini, aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu hüküm altına almaktaydı. İçtihat değişikliği sonrasında ise Yargıtay, şubenin taraf olarak gösterilmesinin usul hukuku yönünden bazı sorunlara neden olduğunu belirterek “*genel kurulda şube yönetim kurulu üyesi seçilen gerçek kişilerin tamamına*” davanın yöneltilmesi gerektiğine karar vermiştir. Şubenin dava ve taraf ehliyeti olmaması nedeniyle şube yöneticilerinin mecburi dava arkadaşı olarak sendika genel merkezinin yanında davada yer alması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Şube yerine

⁴² DİBK. 03.02.2023, 2021/4 E., 2023/1 K. RG., 25.05.2023, 32201.

dava ve taraf ehliyeti bulunan sendika şube yöneticilerinin davada yer alması yönündeki karar isabetli ise de yüksek mahkemenin menfaat çatışması içinde olanları yalnızca şube yönetim kurulu üyeleri ile sınırlı tutması hatalıdır. Şube genel kurulun iptali yönündeki davada menfaat çatışması, yönetim kurulu üyeleri ile birlikte diğer zorunlu organ üyeleri için de mevcuttur. Diğer yandan davanın yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu üyelerine “*zorunlu dava arkadaşlığı*” şeklinde değil, “*feri müdahale*” şeklinde yöneltilmesi daha isabetli olacaktır.

Sendika genel merkezi ile şube arasında menfaat çatışmasının bulunması halinde şubenin kendini ifade edebilmesi için yargı kararlarıyla bu zamana kadar çeşitli çözümler üretilmeye çalışılmışsa da yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. 7036 sayılı Kanununun 4. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere “*hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.*”. Bu maddeye benzer bir düzenlemenin şubede menfaat çatışması olan kişiler için de getirilmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan. *Toplu İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Arıcı, Kadir. *Toplu İş Hukuku- II Toplu İş İlişkileri Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.
- Arıcı, Kadir. "Demokratiklik ve Hukuka Uygunluk Açısından Sendika Şube Genel Kurulları". *Kamu İş Dergisi*, 9/1, (2007), s.1-28
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023.
- Atalı, Murat. *Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2007.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023.
- Bakırcı, Kadriye. "Sendika Seçimleri". *Türkiye Sendikacılık Ansiklopedisi*, C.3, İstanbul 1998.
- Başbuğ, Aydın. *Toplu İş İlişkileri ve Hukuk*. Ankara: Şeker İş Yayıncılık, 2012.
- Başbuğ, Aydın. *Sendika Genel Kurulu*. Ankara: Türkiye Gıda ve Şeker Sanayi İşçileri Sendikası Yayını, 2022.
- Çelik Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.
- Çetin, Orhan. *Dernek Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Dişel, Buse. *Dava Takip Yetkisi*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku*. C.1, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.
- Ekin, Ali. *Sendikal Kuruluşların İşleyişi ve Denetim*. Ankara: Adalet Yayıncılık, 2019.
- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit. *Toplu İş Hukuku*. 6.B, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2024.
- Erkul, İhsan. "Sendikaların Zorunlu Organları Dışındaki Organlarının Bazı İşçi ve İşveren Kuruluşlarında Düzenleniş Biçimi Üzerine". *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 8/1-2, (1990), s.341-350 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/826134>, ET.10.08.2024.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023.
- Kar, Bektaş. "Sendikaların Dava Ehliyeti, Taraf Sıfatı ve Davayı Takip Yetkisi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74, (2016), s.973-988.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Kolektif Özgürlükler*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.
- Kocaoglu, Mehmet. *Kollektif Sendika Özgürlüğü ve Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi*. Ankara: TÜHİS, 1997.
- Kongar, Emre. *Demokrasi İşçinin Emeğidir*. İstanbul: Türkiye Denizciler Sendikası Yayınları, 1986.
- Korkmaz, Hülya Taş. *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2023.
- Nomer, Haluk N. *Kişiler Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008.
- Özler, Meltem Ercan. *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023.
- Sur, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. 10.B, Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.

- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sümer, Haluk Hadi. “İşçi Sendikasının Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinin Hukuka Aykırılığının Tespiti İçin Dava Açma Yetkisi”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 12, (2008), s.148-151.
- Şahlanan, Fevzi. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020.
- Tuncay, A. Can. *İşçi Sendikası Üyeliliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. C.I, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Toğrul, Elgün Emel Şeyda. *Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Tuncay, A. Can, Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.

PARTY IN CASES OF ANNULMENT OF THE GENERAL ASSEMBLY OF A UNION BRANCH IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Çigdem Yorulmaz, Assoc. Prof.
Kırıkkale University, cyorulmaz@kku.edu.tr
<https://orcid.org/0000-0001-5160-4128>

Trade unions are private law legal entities established for the protection and development of the economic and social rights and interests of their members. Trade unions have the right to internal and external organization. This is a consequence of the collective freedom of association. When unions are organized in branches, they can establish healthier communication with their members and seek solutions to their problems. The participation of members who are too far away from the union headquarters in the union's activities may decrease. Therefore, branch organization of trade unions helps the development of democracy within the union.

Respect for the power of the majority, protection of the rights of the minority, and a participatory organizational structure are the sine qua non of democracy. Democracy requires respecting the power of the majority in an environment where there are those who think differently, but also protecting the rights of the minority. Differences between the union and the branch, although a necessity of democracy, may disturb the union headquarters. In cases where there is a conflict of interest, the union headquarters may take actions to liquidate dissident branches instead of supporting and acting in favor of the branch.

Trade unions have the capacity of right and action. The capacity to act is exercised through their organs. The general assembly of the trade union is the highest authorized body of the trade unions. Pursuant to Article 10 of the Law No. 6356 on Trade Unions and Collective Bargaining Agreements, the general assembly is composed of members or delegates in accordance with the principles in the trade union statute. The general assembly elects the compulsory organs, takes the basic decisions necessary for management, carries out audits and imposes the necessary sanctions. The decisions taken by the general assembly must therefore comply with the law, the statute and democratic principles.

General assembly decisions of trade unions and branches with legal personality are subject to judicial review. “Members and delegates of the ministry or organization or its branch may file a lawsuit within one month from the date of the general assembly for the annulment of these transactions or the general assembly, claiming that the

general assembly and elections were held in violation of the provisions of the law and the statute, or that there was an irregularity or unlawful practice to the extent that it affected the results of the elections.” (Article 15 of the CML).

Trade union branches do not have legal personality. If the decisions taken or elections held by the branch general assembly are contrary to the law, statute and democratic principles, the Ministry, members or delegates may file a lawsuit for annulment. The party to the lawsuit is the union headquarters since the branch has no legal personality. In cases where there is a conflict of interest between the union and the branch, it is possible that the union headquarters may not make an adequate defense in the annulment lawsuit filed for the branch general assembly and may even accept the lawsuit. In cases where there is a conflict of interest between the union and its branch, the right to legal rest must be recognized, as the court's decision regarding the branch general assembly will affect the union branch and the status of the elected mandatory organ members of the branch.

In the lawsuit filed against the union for the annulment of the general assembly of the branch, how the branch will exercise its right to legal rest has been the subject of judicial decisions and this issue has been discussed in the doctrine. In cases where there is a conflict of interest between the union and the branch, the Court of Cassation, which accepted the existence of compulsory litigation friendship between the union headquarters and the union branch and ruled that if the lawsuit is not directed to the union branch, the court should consider this situation at every stage of the proceedings and ensure that it is a party, continued this practice until 2023. It is also accepted in the doctrine that in order for the union branch to defend itself, the lawsuit must be directed to the union branch together with the union headquarters.

In its decision rendered in 2023, the Court of Cassation stated that the lawsuit should be directed to the members of the branch board of directors since the representative title of the union belongs to the members of the board of directors, and that this is a requirement of the right to be heard legally. In our study, in cases where there is a conflict of interest between the union and the branch, whether the branch or the branch manager can side with the union as a compulsory litigation friend is examined in line with judicial decisions and solutions are proposed.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TEREKENİN TESPİTİ İSTEMİ VE MİRASIN HÜKMEN REDDİNİN TESPİTİ DAVASININ YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN T. 22.09.2010 E.2010/2-379 K. 2010/413 SAYILI KARARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

ASSESSMENT OF THE CLAIM FOR THE DETERMINATION OF THE INHERITANCE AND THE LAWSUIT FOR THE DETERMINATION OF THE JUDICIAL DISCLAIM OF THE INHERITANCE WITHIN THE SCOPE OF THE DECISION OF THE SUPREME COURT GENERAL ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS NUMBERED 22.09.2010 E.2010/2-379 K. 2010/413

Dr. Öğr. Üyesi Güray Türker*

ÖZ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.09.2010 tarihli ve E. 2010/2-379, K. 2010/413 sayılı kararına konu uyuşmazlıkta davacı, mirasbırakanın terekesinin borca batık olduğunun tereke tespit davasında ortaya çıktığını ve bu sebeple mirası reddettiklerini ileri sürerek mirasın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Yerel Mahkemece süresi içerisinde mirasın reddi istenmediğinden, açılmış olan dava ile davacıların mirası örtülü olarak kabul etmiş sayılacakları ve terekenin borca batık olduğu hususunun ispatlanmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise mirasçılarının Türk Medenini Kanununun 610. maddesinin ikinci fıkrasında açıklanan davranışlarla mirası kabul etmiş sayılmadığı müddetçe hükmü reddin sonuç doğurması için herhangi bir irade açıklaması gerekmediğini, terekenin tespiti için davacılar tarafından açılan davanın, davacıların mirası örtülü olarak kabul ettikleri sonucunu doğurmayacağını belirterek Yerel Mahkeme kararını bozmuştur. Söz konusu karar bir ilke kararı olması sebebiyle gerek öğreti gerekse uygulama açısından önemli bir karar olmakla beraber, terekenin tespiti istemi ve mirasın hükmen reddinin tespiti davasının, birbirleriyle olan bağlantısını ve sınırlarını ve yine mirasın gerçek reddi süresi ile bu iki kurumun ilişkisini ayrıntılı olarak açıklamaması nedeniyle uygulamada belirsizliğe yol açmaktadır. Bunun yanında, her iki hukukî kurum ile ilgili hâkimin re'sen araştırma ödevinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Son olarak, terekenin tespiti istemi ve mirasın hükmen reddinin tespiti davasının Türk Medeni Kanunu'nun m.619 vd. hükümleriyle düzenlenen resmi defter tutma kurumu ile de beraber ele alınması bu üç hukukî kurumun kesişme noktalarının belirlenmesi yönünden önem taşımaktadır. Bu çalışmayla, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından yola çıkılarak söz konusu hukukî kurumların ayırt edici özelliklerinin ve kesişim noktalarının aydınlatılması, uygulamada ortaya çıkmış veya çıkabilecek çeşitli uyuşmazlık hâllerinin yol açabileceği belirsizliklerin giderilmesi hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Terekenin Tespiti İstemi, Mirasın Hükmen Reddinin Tespiti Davası, Resmi Defter Tutma, Mirasın Gerçek Reddi, Koruma Önlemleri, Re'sen Araştırma.

* İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

0000-0002-7845-3961  guray.turker@okan.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

In the dispute subject to the decision of the Supreme Court General Assembly of Civil Chambers dated 22.09.2010 and numbered E. 2010/2-379, K. 2010/413, the plaintiffs claimed that it was revealed in the determination of the inheritance lawsuit that the estate of the heir was in debt and therefore they rejected the inheritance and claimed a judicial disclaim of the inheritance. The District Court decided to dismiss the case on the grounds that since the rejection of the inheritance was not requested within the time limit, the plaintiffs would be deemed to have implicitly accepted the inheritance with the lawsuit filed and that the estate was not proved to be insolvent. The Supreme Court General Assembly of Civil Chambers reversed the decision of the District Court, stating that unless the heirs are deemed to have accepted the inheritance with the behaviours described in the second paragraph of Article 610 of the Turkish Civil Code, no declaration of will is required for the forfeiture to be effective, and that the lawsuit filed by the plaintiffs for the determination of the inheritance does not result in the conclusion that the plaintiffs implicitly accepted the inheritance. Although the aforementioned decision is an important decision in terms of both doctrine and practice as it is a decision of principle, it causes uncertainty in practice due to the fact that it does not explain in detail the connection and limits of the request for the determination of the inheritance and the lawsuit for the determination of the judicial disclaim of the inheritance, and the relationship between these two institutions and the real rejection of the inheritance. In addition, the judge's duty of ex officio investigation regarding both legal institutions should also be clarified. Finally, it is important to consider the request for the determination of the inheritance and the lawsuit for the determination of the judicial disclaim of the inheritance together with the official bookkeeping institution regulated by Article 619 et seq. of the Turkish Civil Code in order to determine the intersection points of these three legal institutions. This study aims to clarify the distinctive features and intersection points of these legal institutions based on the decision of the General Supreme Court General Assembly of Civil Chambers and to eliminate the uncertainties that may be caused by various disputes that have arisen or may arise in practice.

Keywords: Claim For the Determination Of The Inheritance, The Lawsuit For The Determination Of The Judicial Disclaim Of The Inheritance, Official Bookkeeping, Real Disclaim of Inheritance, Protection Measures, Ex Officio Search.

GİRİŞ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.09.2010 tarihli ve E. 2010/2-379, K. 2010/413 sayılı kararına¹ konu uyuşmazlıkta davacı, mirasbırakanın terekesinin borca batık olduğunun tereke tespit davasında ortaya çıktığını ve bu sebeple mirası reddettiklerini ileri sürerek mirasın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Yerel Mahkemece süresi içerisinde mirasın reddi istenmediğinden, açılmış olan dava ile davacıların mirası örtülü olarak kabul etmiş sayılacakları ve terekenin borca batık olduğu hususunun ispatlanmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise mirasçılarının TMK'nın 610. maddesinin ikinci fıkrasında açıklanan davranışlarla mirası kabul etmiş sayılmadığı müddetçe mirasın hükmen reddinin (hükmî ret) sonuç doğurması için herhangi bir irade açıklaması gerekmediğini, terekenin tespiti için davacılar tarafından açılan davanın, davacıların mirası örtülü olarak kabul ettikleri sonucunu doğurmayacağını belirterek Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.

Bilindiği üzere terekenin tespiti istemi ve mirasın reddi, miras hukuku uygulamasında sıklıkla başvuru ve karşılaşılan müesseselerdendir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararında her ne kadar temel uyuşmazlığın terekenin tespiti isteminde bulunulmasının, mirasçıların mirası örtülü olarak kabul ettikleri sonucunu doğurup doğurmamasından oluştuğu söylenbilirse de bu kararda terekenin tespiti istemi ve mirasın hükmen reddinin tespiti davası arasındaki bağlantıya ve farklılıklara da odaklanmak gerekmektedir. Özellikle bu iki hukukî kurumun birbirlerinden ayırt edici özelliklerinin, mirasın gerçek reddi süresiyle ilişkisinin ve hâkimin bu uyuşmazlıklarda re'sen araştırma ödevi bulunup bulunmadığının irdelenmesi önem taşımaktadır. Söz konusu kararda, mirasçılarının mirasın hükmen reddinin tespiti davasından önce terekenin tespiti isteminde bulunduğu ve tereke tespitinde yapılan tespitlerin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına da etki ettiği görülmektedir. Terekenin tespitinde, tespit edildiği iddia edilen borca batıklığın mirasın hükmen reddinin tespiti davasına etkisi, hükmî ret koşullarının oluşmamasına rağmen oluştuğu sanılarak mirasın gerçek reddi beyanında süresinde bulunmaması, hâkimin her terekenin tespiti isteminde re'sen araştırma ödevi altında bulunup bulunmadığı meseleleri bu karar kapsamında soru işaretlerine neden olabilecektir.

Söz konusu kararın bir ilke kararı olması gerek öğreti gerekse uygulama yönünden önemli olmakla beraber, terekenin tespiti istemi, mirasın hükmen reddinin tespiti davası ve resmi defter tutma kurumlarının hatlarının bu kararda ayrıntılı olarak çizilmemesi bu ilke kararını kendine kılavuz alan uygulamacılar yönünden de belirsizliğe yol açabilecektir. Terekenin borca batık olup olmadığı konusunda emin olmayan, mirasın gerçek reddi süresini veya resmi defter tutulmasına ilişkin süreyi kaçıran mirasçılar hangi hukuki kurumdan yararlanılması gerektiği noktasında kararsızlık ve güvensizlik yaşayabilmektedir. Keza bu konuyla ilgili olarak zaman zaman mahkemelerden çelişkili kararların çıktığı da görülmektedir.

Mahkemelerdeki miras hukuku uyuşmazlıklarının önemli bir kısmını oluşturan bu meselelerin ele alınıp aydınlatılması uygulamaya ışık tutabilmesi açısından önem taşımaktadır. Bu çalışmada öncelikle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun T. 22.09.2010, E. 2010/2-379, K. 2010/413 sayılı kararına yer verilip, sonrasında mirasın hükmen reddinin tespiti davası ve

¹ Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.10.2024.

terekenin tespiti istemi TMK m.619 vd. hükümlerinde düzenlenen resmi defter tutma kurumuyla beraber ele alınacaktır. Bu yapılırken, özellikle mirasçılarının karşılaşılabileceği hukukî sorunlara değinilecek ve Yargıtayın farklı kararları çerçevesinde söz konusu hukukî kurumlar uygulamadaki belirsizlikleri gidermek amacıyla izah edilmeye çalışılacaktır.

I. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun T. 22.09.2010, E. 2010/2-379, K. 2010/413 sayılı kararı² şu şekildedir:

“Davacılar vekili, muris Umur Erözlü'nün terekesinin borca batık olduğunun tereke tespit davasında ortaya çıktığını, bu nedenle mirası reddettiklerini ileri sürerek mirasın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece süresi içerisinde mirasın reddi istenmediğinden, açılmış olan dava ile davacıların mirası örtülü olarak kabul etmiş sayılacakları ve terekenin borca batık olduğu hususunun ispatlanmadığı gerekçesi ile davanın reddine ilişkin verilen karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş, yerel mahkeme aynı gerekçe ile kararında direnmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'(TMK)nun 605.maddesinin 2.fıkrası;

“Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır” hükmünü içermekte olup; madde metninden de anlaşılacağı üzere hükmi reddin sonuç doğurması için herhangi bir irade açıklaması gerekmemektedir; yeter ki mirasçı TMK'nun 610. maddesinin ikinci fıkrasında açıklanan davranışlarla mirası kabul etmiş sayılmasın. Ret süresi sona ermeden mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine mal eden mirasçı, mirası reddedemez.” denilmektedir. Terekenin tespiti için davacılar tarafından açılan dava, bu kapsamda olmayıp davacıların mirası örtülü olarak kabul ettikleri sonucunu doğurmaz. Tüm dosya kapsamından terekenin borca batık olduğu anlaşıldığına göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun söz konusu kararı kısa bir ilke kararı olup, mirasın hükmen reddinin tespiti davası ve terekenin tespiti istemi hukukî kurumları ile ilgili yeterli açıklama barındırmayan ve hatta bu iki hukukî kurumun birbirleriyle karıştırıldığı izlenimini doğuran bir karar olarak gözükmektedir. Bu ilke kararı özellikle hukuk uygulayıcıları nezdinde de hukukî kurumların birbirleriyle karıştırılmasına ve özellikle terekenin borca batık olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olunmayan miras hukuku sorunlarında izlenecek yolun sağlıklı bir şekilde belirlenememesine neden olmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararı ve hukuk uygulayıcılarının tereddütleri belirli hukukî sorunların ortaya çıkmasına sebep teşkil etmiştir. Bu sebeple bu çalışmada, terekenin tespiti istemi ve mirasın hükmen reddinin tespiti davasının birbirlerinden ayırt edici özelliklerinin neler olduğu; terekenin tespiti isteminde tespit edilen borca batıklığın mirasın hükmen reddinin tespiti davasına etkisi; terekenin tespiti istemi ve mirasın hükmen reddinin tespiti davasında hâkimin re'sen araştırma ödevinin bulunup bulunmadığı; mirasın gerçek reddinin süresi ile terekenin tespiti istemi, mirasın hükmen reddinin tespiti davası ve resmi defter tutma kurumunun ilişkisi ve mirasın hükmen reddinin tespiti davasında alınan kararın davaya taraf olmayan tereke alacaklılarına etkisi hukukî

² Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 03.10.2024.

sorunları ele alınmıştır. Bu hukukî sorunların çözüme kavuşturulması öncelikle terekenin borca batık olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olmayan mirasçılarının izleyeceği yol yönünden aydınlatıcı olacaktır. Öte yandan, hukuk uygulayıcıları yönünden terekenin tespiti istemi, mirasın hükmen reddinin tespiti davası ve resmi defter tutma hukukî kurumlarının birbirlerinden ayırt edilmesi ve bu kurumların mirasın gerçek reddi süresi ile olan ilişkilerinin netleştirilmesi açısından da bu çalışma yol gösterici olacaktır.

II. MİRASIN HÜKMEN REDDİNİN TESPİTİ DAVASI

A. GENEL OLARAK MİRASIN REDDİ

Türk Medeni Kanununun³ m.605 vd. hükümlerinde düzenlenen mirasın reddi, mirasçıya mirasçılık sıfatını kabul etmeme ve mirasın kanun gereği bütün hâlinde geçişini engelleme olanağını sağlayan bir hukukî kurumdur⁴. Mirasın reddi ya mirasçının iradesinden ya da kanunun getirdiği karineden kaynağını alır. Mirasın reddine ilişkin bu iki türden birincisi gerçek ret olarak isimlendirilirken; ikinci tür mirasın hükmen reddi (hükmi ret) olarak adlandırılır.

Gerçek ret, mirasçının tek taraflı irade beyanı ile mirası kabul etmemesidir (TMK m.605/I). Mirasın reddine yönelik irade açıklaması bozucu yenilik doğuran bir hukukî işlem⁵ olup, bu irade açıklamasının mirasçılar tarafından mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine sözlü ya da yazılı olarak yapılması gerekir (TMK m.609/I). TMK m.606/I gereğince, hak düşürücü süre niteliğindeki gerçek ret süresi üç aydır (TMK m.606/I). Bu sürenin durması veya kesilmesi kural olarak söz konusu değildir. TMK m.606/II uyarınca bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı olduklarını daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe mirasbırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için mirasbırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Söz konusu hak düşürücü süre içerisinde mirasın reddedilmemesi mirasçılarının mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş olduğu

³ R.G., T. 08.12.2001, S.24607.

⁴ Arnold Escher, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), Zürih, Schulthess, 3. Auflage, 1960, Art.566, N.1; Peter Tuor, Bernhard Schnyder und Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürih-Basel-Genf, Schulthess, 14. Auflage, 2015, § 77, N.1; Stephan Wolf und Stephanie Hrubesch-Millaue, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern, Stämpfli Verlag, 2017, N.138 ff.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, 2024, s.600; Mustafa Dural ve Turgut Öz, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, 2023, N.1696; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2024, N.1617; Zahit İmre ve Hasan Erman, Miras Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 17. Baskı, 2024, s.353; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2023, N.1421; Bilge Öztan, Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, 2023, s.386; Süleyman Yılmaz, Medeni Hukuk Cilt-IV Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2024, s.310 vd.; Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2023, N.769; Mehmet Akçal, “Hükmi Reddin Tespiti Davası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25/Sayı 2 (2019), Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s.521; Gamze Turan Başara, “Türk Hukuku Bakımından Mirasın Kazanılmasında Kabul Edilen Prensipler ve Mirası Ret Hakkı”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara, 2012, s.146.

⁵ Escher, ZK ZGB, Art 570, N.6; Ivo Schwander, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, 2015, Art.566, N.1; Tuor, Schnyder und Jungo, § 77, N.4; Wolf und Hrubesch-Millaue, N.1392; Kocayusufpaşaoğlu, s.601; Dural ve Öz, N.1698; Aydın Aybay ve Memet Erdem Aybay, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, 2023, s.115; O. Gökhan Antalya, Miras Hukuku Cilt III, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2021, N.1790; Eren ve Yücer Aktürk, N.1425; Mehmet Ayan ve Nürsen Ayan, Miras Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, 2023, s.325; Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 10. Baskı, 2020, § 12, N.44; Öztan, s.387; Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, 2023, s.280; Turan Başara, s.147.

anlamına gelir (TMK m.610/I). Diğer bir ifadeyle, gerçek redde susmaya bağlanan sonuç mirasın kabulüdür⁶. Bununla beraber, TMK m.615 sulh hâkiminin kararıyla üç aylık ret süresi dolmamışsa ret süresinin uzatılması ya da ret süresi dolmuşsa yeni bir süre tanınması imkânı da tanınmaktadır. Ancak bunun için söz konusu hükümde öngörüldüğü üzere önemli bir sebep bulunmalıdır. Kanunun öngördüğü üç aylık süre içinde mirasçının mirasın reddine ilişkin olarak karar vermesinin fevkalâde zor olması veyahut karar verme imkânının bulunmaması önemli sebep sayılır⁷. Sebebin önemli olup olmadığı esasen her somut olayın özelliğine göre hâkim tarafından takdir edilir.

Mirasın hükmen reddinde ise, gerçek reddin tam tersine, kanun hükmüne dayalı olarak mirasın kabul edilmemiş sayılacağı karinesi vardır⁸. TMK m.605/II'ye göre, "ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş

⁶ Dural ve Öz, N.1707.

⁷ Escher, ZK ZGB, Art 576., N.4; Schwander BSK ZGB, Art. 576, N.4; Peter Breitschmid, Martin Eggel, Eitel Paul, Roland Fankhauser, Thomas Geise und Alexandra Jungo, Erbrecht, 5. Kapitel: Erbgang, Schulthess, 2023, N.63; Schwander, BSK ZGB, Art. 566, N.6; Hrubesch-Millaue, N.1415 ff.; Dural ve Öz, N.1711; Nuşin Ayiter ve Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 1989; Eren ve Yücer Aktürk, N.1442. Önemli sebep kavramının haklı sebep olarak okunması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Dural ve Öz, N.1711; Yılmaz, s.316. Ret hakkının kullanılmasına engel olan bir hastalığın varlığı, mirasçının gaipliği veya yurtdışında bulunması önemli sebep olarak değerlendirilebilir. Tartışmalı olan husus, mirasın açık olarak kabulü ya da mirasın reddi süresinin susarak geçirilmesi suretiyle mirasın kabulünden sonra ortaya çıkan tereke borcunun ret süresinin uzatılması veya yeni bir süre verilmesi için önemli sebep teşkil edip etmeyeceği hususudur. *Eren'e* göre, terekenin aktifini ve pasifini etkileyen tereke borcunun öğrenilmesi, ret süresinin uzatılması ya da yeni ret süresi verilmesi yönünde haklı sebep oluşturur. Bkz. Eren ve Yücer Aktürk, N.1442. Aynı görüşte, Schwander, BSK ZGB, Art. 576, N.4. Aksi görüşte, Escher, ZK ZGB, Art 576, N.1 *Kocayusufoğlu*, TMK m.615 hükmünün yalnızca ret süresinin susarak geçirilmesi hallerinde uygulama alanı bulacağını, mirasçının normal ret süresi içinde açık bir kabul beyanında bulunması ya da tereke işlerine karışarak ret hakkını kaybetmesi hâlinde TMK m.615'in artık uygulanamayacağını belirtmektedir. Bkz. Kocayusufoğlu, s.612. Aynı görüşte, Dural ve Öz, N.1712.

Belirtelim ki, mirasın gerçek reddi süresinin susarak geçirilmesinden sonra mirasın hükmen reddi koşullarının oluştuğunun tespit edilmediği durumda TMK m.615'in uygulanmasına gerek kalmaz. Çünkü bu durumda, kanundan doğan karine gereği miras reddedilmiş sayılır. Bununla beraber, mirasın hükmen reddi koşullarının oluşmadığı fakat, mirasın kabulünün mirasçılar yönünden ödeme sorunları doğuracağı varsayımında TMK m.615'in uygulama alanı bulup bulmayacağı önem arz eder. Kanaatimizce, açık bir kabul beyanında bulunulması ya da tereke işlerine karışarak ret hakkının kaybedilmesi hâlinde TMK m.615 hükmü uygulanmamalıdır. Zira terekenin aktif ve pasif unsurları hakkında tam olarak bilgi sahibi olmayan mirasçılar yönünden kanun koyucu bu kişilerin menfaatlerini koruyucu düzenlemeler getirmektedir. TMK m.589 vd. düzenlenen koruma önlemleri kapsamı altında düzenlenen terekenin tespiti istemiyle beraber terekenin yazımı ve terekenin yazımı hâlinde ret süresinin ertelenmesini sağlayan TMK m.607 hükmü bu çerçevedeki hükümlerdendir. TMK m.619 vd. hükümleriyle düzenlenen resmi defter tutma kurumu da bu kapsamdadır. Hâl böyle iken, söz konusu hükümlerden yararlanmayan mirasçıların artık TMK m.615 hükmüne dayanamayacağını kabulü menfaat dengesi bakımından daha uygun gözükmektedir.

Öte yandan, açık kabule ilişkin beyandan sonra terekenin borca batıklığının tespiti hâlinde mirasçıların yanılma nedenine dayalı olarak irade sakatlığı hükümlerine başvurup başvuramayacağı da tartışma konusudur. Açık kabul beyanının temel hatası nedeniyle iptal edilmesine olanak tanınması gerektiği görüşü için bkz. Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2022, § 6, N.62.

Örtülü kabul hâlinde terekeden elde edilen kazanımın, daha sonra ortaya çıkan tereke borcuna kıyasla düşük kalması hâlinde, bunun terekenin sahiplenilmesi şeklinde değerlendirilmesinin dürüstlük kuralına (TMK m.2) aykırılık teşkil ettiği yönündeki karar için bkz. YHGK, T. 15.11.2022, E. 2020/241, K. 2022/1515. Lexpera, Erişim Tarihi: 15.10.2024.

⁸ Her gerçek kişinin aktif ve pasif bir malvarlığı bulunmakta ve buna bağlı olarak her gerçek kişinin mirasbırakan sıfatıyla hiç olmazsa farazi olarak bir terekesi bulunmaktadır. TMK m.599/I gereğince benimsenen genel prensip gereği mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereği kazanmaktadır. Mirasın hükmen reddi kurumu, benimsenen genel prensibi yumuşatma amaçlı getirilen bir düzenlemedir. Bu sayede, borca batık bir mirasbırakanın terekesi gerçek ret süresinde suskun kalırsa dahi karine gereği kendiliğinden mirasçılara intikal etmemekte, mirasçıların bu karineyi çürütmesi mirası açık veya örtülü olarak kabul etmelerine bağlanmaktadır.

sayılır.” Hükümden görüleceği üzere, belirli şartların varlığı hâlinde mirasçılarının susmasına bağlanan sonuç kabul olmamakta, kanunî karine olarak mirasın reddedildiği kabul edilmektedir⁹.

B. MİRASIN HÜKMEN REDDİNİN TESPİTİ DAVASI

1. Mirasın Hükmen Reddinin Tespiti Davasının Hukukî Niteliği

TMK m.605/II hükmüyle düzenlenen mirasın hükmen reddi (hükmi ret) bir karine teşkil ettiğinden, mirasın reddinin gerçekleşmesi için mirasçıların ret beyanında bulunmalarına gerek yoktur. Bununla beraber, mirasçıların kendi malvarlıklarını korumak maksadıyla tereke alacaklılarına karşı hüküm ifade etmesi yönünden hükmi reddin tespiti mahkeme ilamıyla sağlama ihtiyaçları ortaya çıkmaktadır. İşte mirasın hükmen reddinin tespiti davası bu fonksiyonu yerine getirir. Hükmi reddin ileri sürülmesi iki şekilde ortaya çıkar. Bunlardan birincisini mirasçılara karşı açılmış olan davada¹⁰ savunma olarak ileri sürülmesi oluştururken; ikincisini mirasçıların doğrudan kendilerinin açtığı mirasın hükmen reddinin tespiti davası teşkil eder.

Mirasın hükmen reddinin mirasçılara karşı açılmış olan davada savunma olarak ileri sürülmesine kısaca değinmekte fayda vardır. Mirasçılara açılmış olan davada ileri sürülecek hükmi ret koşullarının oluştuğunun tespiti iddiasının hukukî niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, mirasın hükmen tespitinin savunma olarak ileri sürülmesi def’i niteliğindedir¹¹. Aksi görüşteki yazarlara göre ise, mirasçıların kendilerini takip eden tereke alacaklılarına karşı hükmi reddi ileri sürmesi itiraz niteliğindedir¹². TMK m.605/II gereği hükmen reddin kendiliğinden oluşarak mirasın yasal mirasçılara intikalini engellemesi¹³ ve mirasçıların borçlu sıfatlarının

⁹ Tuor, Schnyder und Jungo, § 77, N.12; Kocayusufpaşaoğlu, s.621; Dural ve Öz, N.1725; Ayiter ve Kılıçoğlu, s.243; Eren ve Yücer Aktürk, N.1452; Öztan, s.387; Antalya, N.1817; Yılmaz, s.322; Halil Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.72; Turan Şahin, Türk Hukukunda Mirasın Reddi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024, s.40; Akçaal, s.521.

¹⁰ Yasal mirasçılara karşı tereke alacaklılarının başlattığı icra takiplerinde de mirasın hükmen reddi takibe itiraz konusu yapılabilecektir.

¹¹ Ayiter ve Kılıçoğlu, s.244; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1644; Ayan ve Ayan, 329; Ali İhsan Özüğür, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt 1, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005, s.160; Cumhuriyet Rüzgaresen ve Murat Erdem, “Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV/Sayı 1-2 (2011), s.241.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu görüştedir. Nitekim, YHGK T. 16.04.2008, E. 2008/332, K. 2008/336 sayılı kararında “mirası hükmen reddetmiş sayılan kişi, tereke alacaklıları aleyhine husumet yönelterek bu durumun tespitini isteyebileceği gibi, bunu def’i yolu ile de ileri sürebilir” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Diğer kararlar için bkz. Yargıtay 17. HD., T. 18.02.2014, E. 2013/2187, K.2014/2070; Yargıtay 10. HD., T. 24.11.2011, E. 2010/8196, K. 2011/16102; Yargıtay 10. HD., T. 20.03.2018, E. 2015/25105, K. 2018/2308; Yargıtay 14. HD., 07.03.2016, E. 2015/12330, K. 2016/2937; Yargıtay 17. HD., T. 20.02.2020, E. 2018/5526, K. 2020/1765; Yargıtay 17. HD., T. 09.02.2021, E. 2018/1103, K. 2021/940. Lexpera, Erişim Tarihi: 12.10.2024.

¹² Kocayusufpaşaoğlu, s.622; Dural ve Öz, N.1726; İmre ve Erman, s.355; Serozan ve Engin, § 6, N.73; Öztan, s.387; Antalya, N.1820; Çabri, N.801; Şahin, s.143; Akçaal, s.522; Sera Reyhani Yüksel, Gökçe Canarslan ve Semih Yünlü, Miras Hukuku Cilt I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024, s.211; Hasan Petek, “Mirasın Hükmen Reddi”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8/Özel Sayı (2013), s.2224; Turan Başara, s.164; Aydın Ebrar Günel, Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, Platon Hukuk, 3. Baskı, 2023, s.100.

¹³ Mirasın hükmen reddi durumunda mirasın açılması ile birlikte mirasçıların kendiliğinden terekeyi iktisap etmeleri prensibinin değişmemiş olduğu görüşündeki yazarlar için bkz. Escher, ZK ZGB, Art 566, N.1; Kocayusufpaşaoğlu, s.621; Akkanat, s.73; İlhan Helvacı, Mirasın Reddi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002, s.193; Petek, s.2196. Mirasın hükmen reddinin TMK m.599 ile getirilen küllî halefiyet kuralının istisnası olduğu görüşünü taşıyan yazarlar için bkz. İmre ve Erman, s.354; Ayiter ve Kılıçoğlu, s.243; Yılmaz, s.322; Çabri, N.797 vd.; Şahin, s.145; Reyhani Yüksel, Canarslan ve Yünlü, s.210; Tuba Birinci Uzun, “Tereke Borcunun Bir Kısmını Ödedikten Sonra Mirasçının Hükmi

doğmaması ve yine hukukî niteliğinden ötürü mirasın hükmen reddinin süreye bağlanamaması itiraz görüşünü desteklemektedir.

Mirasçılardan, mirasın hükmen reddi koşullarının oluştuğunun ve mirasın hükmen reddedilmiş sayıldığıнын belirlenmesi amacıyla açılan mirasın hükmen reddinin tespiti davası¹⁴ eda davası niteliğinde olmayıp, tespit davası niteliğindedir¹⁵. Çünkü bu davada hâkim, TMK m.605/II hükmünde öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder. Bu davanın, mirasçılardan borçlu bulunmadığı amacına yönelik açılması sebebiyle menfi tespit davası niteliğinde olduğu da öğretide ifade edilmektedir¹⁶. Mirasın hükmen reddinin tespiti davasının eda davası niteliği taşımaması, bu davada tereke borcunun ödenmesi veya ödenmemesi şeklinde hüküm tesis edilmesini engeller.

2. Mirasın Hükmen Reddinin Tespiti Davasının Şartları

Mirasın hükmen reddinin söz konusu olabilmesi için TMK m.605/II gereğince üç şartın gerçekleşmesi gerekir.

a. Mirasbırakanın Borca Batık Bulunması

TMK m.605/II, mirasın hükmen reddinin şartlarından biri olarak mirasbırakanın ölüm tarihinde ödemeden aciz hâli içinde bulunmasını saymaktadır. Ödemeden aciz hâlinde olma kavramının ne anlama geldiğine ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ödemeden aciz olma hâli öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır¹⁷:

Borçlar muaccel olmasına rağmen, ödeme araçlarının eksikliği veya yokluğu sebebiyle, sürekli, devamlı ve giderilmesi zor bir ödeme güçlüğü ile karşı karşıya kalınmakla birlikte, henüz borca batık hale gelmeyecek kadar mali durumda meydana gelen bozulmadır.

Bu bakımdan, ödemeden aciz olma hâli ile borca batıklık aynı anlama gelmez. Malvarlığının aktif değerleri pasif değerlerinden fazla olan bir kişi nakit sıkıntısı içinde olduğu için

Ret Karinesinden Yararlanıp Yararlanamayacağı Meselesi ve Konuya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.02.2013 Tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, Akdeniz Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13/S.2 (2023), s.1003.

Yargıtayın hükmü reddin TMK m.599/1’deki kuralın istisnasını oluşturduğu görüşünü benimsediği kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 13.05.2019, E. 2016/10076, K. 2019/4258; Yargıtay 14. HD., T. 19.06.2017, E. 2017/2213, K. 2017/5193; Yargıtay 2. HD., 16.02.2012 T., E. 2011/7679, K. 2012/2790. Lexpera, Erişim Tarihi: 20.10.2024.

¹⁴ Uygulama ve teoride bu dava, “hükmi reddin tespiti davası”, “borca batıklığın tespiti davası” ya da “hükmen reddin tespiti davası” şeklinde de ifade edilmektedir.

¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s.621; Dural ve Öz, N.1726; Ayiter ve Kılıçoğlu, s.245; Serozan ve Engin, § 6, N. 73; Ayan ve Ayan, s.329; Antalya, N.1819; Yılmaz, s.323; Şahin, s.133; Akçaal, s.523; Günel, s.99.

“Öte yandan mirisin ölümü anında terekenin borca batık olduğunun tespiti isteği bir eda davası niteliğinde olmayıp, mirasçılardan bir irade açıklamasında bulunmalarına gerek kalmaksızın, kanundan dolayı mirasın reddedilmiş sayılması sonucunu doğuran ‘mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereği kazanırlar’ şeklindeki (TMK m. 599/1) yasa kuralının istisnasını oluşturan bir hukuki durumun saptanmasına yönelik dava türüdür.” Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 13.05.2019, E. 2016/10076, K. 2019/4258. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 19.06.2017, E. 2017/2213, K. 2017/5193; Yargıtay 2. HD., 16.02.2012 T., E. 2011/7679, K. 2012/2790; Yargıtay 8. HD., T. 22.09.2014, E. 2014/11971, K. 2014/16600. Lexpera, Erişim Tarihi: 20.10.2024.

¹⁶ Yılmaz, s.323; Şahin, s.134; Akçaal, s.523; Birinci Uzun, s.1007. YHGK, 14.03.2001, E. 2001/2-220, K. 2001/240. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 20.10.2024.

¹⁷ Cumhuriyet, “Mirasbırakanın Borca Batık Olması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV/S.1-2 (2010), s.276 vd. Umar’a göre ise aciz hâli, borçlunun, ödeme araçlarından yoksunluğu nedeniyle, derhal ödenmesi gereken para borçlarını ödemek konusundaki süreli iktidarsızlığıdır. Bkz. Bilge Umar, “Aciz Hâli – Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık (MK m.605 f. II, 618)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1/Sayı 1 (2004), s.320. Farklı tanımlama için bkz. Petek, s.2208.

borca batık olmasa da borç ödemedен aciz hâli içinde sayılır. Ancak bu durum bu kişinin borca batık olarak nitelendirilmesine sebep olmaz. Borca batıklık durumu ise kişinin malvarlığındaki aktif değerler toplamının, pasif değerler toplamını karşılayamamasını ifade eder¹⁸. Esasen ödemedен aciz hâli içinde olma kavramının, geniş anlamıyla borca batıklık kavramını da içine aldığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, geniş anlamıyla düşünüldüğünde, her borca batıklık hâli aynı zamanda ödemedен aciz olma hâli oluştururken, her ödemedен aciz olma hâli borca batıklık hâli oluşturmaz.

İfade etmek gerekir ki, Mülga Türk Kanunu Medenisinin¹⁹ 545. hükmünde borca batıklık anlamına gelen “borca müstağrak” terimi kullanılmaktaydı. TMK m.1 uyarınca, kanun hükümlerinin yorumlanmasında teleolojik (amaçsal) metodun ön planda tutulması, kanundan çıkarılabilecek olan anlam (ratio legis) ve amacın araştırılması gerekir. Bu bakımdan, fazlaca geniş tutulmuş bu kanun hükmünün amaca uygun sınırlandırılarak ve kanunun ruhunun gerektirdiği şekilde borca batıklık olarak okunması isabetli olur²⁰. Başka bir ifadeyle, terekenin pasif unsurlarının değerleri toplamının, aktif unsurlarının değerleri toplamından fazla olması hâlinde terekenin borca batık olduğu kabul edilmelidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, borç ödemedен aciz hâli içinde olan ve fakat borca batık olmayan bir mirasbırakanın mirasçılarının sırf bu sebepten ötürü mirasın hükmen reddi kapsamına almamak gerekir. Altını çizmek gerekirse, buradaki borca batıklığın mirasbırakanın ölümü anında mevcut olması gerekir, ölümünden sonra²¹ oluşan borca batıklık durumunda hükmî ret karinesi uygulanmaz²².

b. Mirasbırakanın Borca Batık Bulunduğunun Mirasın Açıldığı An İtibariyle Açıkça Belli veya Resmen Tespit Edilmiş Olması

TMK m.605/II uyarınca, hükmî ret karinesinin söz konusu olabilmesi için mirasbırakanın borca batıklığının açıkça belli ya da resmen saptanmış olması gerekir. Kanun burada açıkça belli olma ve resmen saptanmış olma ölçütlerinden bir tanesinin varlığını yeterli görmektedir.

¹⁸ Umar, s.317; Çabri, N.803; Rüzgaresen, s.272 vd.; Petek, s.2208; Beren Hatinoğlu, Mirasın Hükmen Reddi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.18.

¹⁹ R.G., T. 04.04.1926, S.339.

²⁰ Ödemedен aciz hâli içinde olma teriminin borca batıklık olarak okunması gerektiği görüşündeki yazarlar için bkz. Wolf und, Hrubesch-Millauer, N.1399; Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, Bern, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, 2002, § 15, N.25; Kocayusufpaşaoğlu, s.619; İmre ve Erman, s.354; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1645; Şakir Berki, Miras Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s.59; Aybay ve Aybay, s.116; Umar, s.323; Çabri, N.803; Yılmaz, s.323; Şahin, 127; Akcaal, s.526; Birinci Uzun, s.1004; Turan Başara, s.165. *Serozan ve Engin*, borca batıklık ile ödeme güçsüzlüğünü hükmî ret karinesinin yürürlüğü için yeterli görmektedir. Bkz. Serozan ve Engin, § 6, N.71. Benzer görüşte, Hatinoğlu, s.20.

“Ölüm tarihi itibariyle, mirasın tüm malvarlığı terekenin aktifini, tüm borçları ise terekenin pasifini oluşturur. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olması; terekenin ödemedен acizini ve dolayısıyla da terekenin borca batık olduğunu gösterir.” Bkz. Yargıtay 7. HD., 29.05.2024, E. 2024/1793, K. 2024/3042. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 7. HD., T. 28.03.2024, E.2024/766, K.2024/1831; Yargıtay 14. HD., T. 16.06.2021, E. 2018/3851, K. 2021/4083. Lexpera, Erişim Tarihi: 26.10.2024.

²¹ Mirasbırakanın haksız fiilinden doğan sorumluluğun terekeye dahil olduğunu belirten karar için bkz. Yargıtay 2. HD., T. 17.06.2002, E. 2002/5987, K. 2002/8093.

²² Escher, ZK ZGB, Art 566, N.16; Schwander, BSK ZGB, Art. 566, N.6; Hrubesch-Millauer, N.1400; İmre ve Erman, s.354; Serozan ve Engin, § 6, N.72; Çabri, N.802; Şahin, s.128.

Mirasbırakanın borca batıklığının açıkça belli olması ile kastedilen, mirasbırakanın borca batıklığının en az mirasbırakanın çevresi tarafından biliniyor olmasıdır²³. Başka bir ifadeyle, mirasbırakanın borçlarını ödemeye yetecek kadar malı veya parası bulunmadığı, mirasbırakanı tanıyanlar, onunla hukukî ve ekonomik ilişki kuran çevresi tarafından bilinmelidir²⁴. Özellikle mirasçılar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Diğer taraftan, mirasbırakanın borca batık hâlde bulunmamasına rağmen çevresi tarafından borca batık bilindiği hallerde²⁵ terekenin borca batık olduğu ve dolayısıyla TMK m.605/II'deki şartın gerçekleştiği ileri sürülemez²⁶.

Resmen sabit olmadan anlaşılması gereken ise, borca batıklığın ispatı için resmî belgenin mevcut olmasıdır. Resmen sabit olmadan tam olarak ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır, çünkü mevzuatımızda buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bazı yazarlara²⁷ göre, mirasbırakan hakkında aciz vesikası alınmış olması gerekli iken; bazı yazarlar²⁸, bunun haricinde mirasbırakanın iflasına karar verilmesinin de resmi tespit şartını sağladığını ifade etmektedir²⁹. Mirasbırakan hakkında icra takibine geçilmiş olması veya mirasbırakana ait bir borç senedinin varlığı resmen tespit şartının gerçekleşmesi için yeterli değildir.

Belirtmek gerekir ki, TMK m.610/II hükmündeki, “ölümü tarihinde” deyişi, mirasbırakanın terekesinin ölüm tarihindeki aktif unsurlarının değerlerinin pasif unsurların değerlerini karşılamaması anlamına gelmektedir. Ölüm tarihinden sonra bu durumun tespit edilmesi mirasın hükmen reddine engel olmaz³⁰. Çünkü TMK m.605/II'nin amacı borca batık terekenin

²³ Escher, ZK ZGB, Art 566, N.7; Kocayusufpaşaoğlu, s.620; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, 1995, s.295; Dural ve Öz, N.1725; İmre ve Erman, s.354; Çabri, N.804; Turan Başara, s.166; Hatinoğlu, s.22.

²⁴ İmre ve Erman, s.354; İnan, Ertaş ve Albaş, sN.1647; Çabri, N.804; Akçaal, s.527; Günel, s.97; Osman Hoşlan, “Mirasın Reddi”, *Adalet Dergisi*, Cilt 65/Sayı 7 (1974), s.583.

Bu bilginin mirasbırakanın vefatı esnasında bilinmesi gerektiği, mirasbırakanın ölümünden sonra ortaya çıkan duruma göre borca batıklığı anlamının karinenin işlemesi için yeterli olmadığı görüşü için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s.620; Ayiter/Kılıçoğlu, s.244; Serozan ve Engin, § 6, N.72; Petek, s.2215; Hatinoğlu, s.23. Aksi görüş için bkz. İnan, Ertaş ve Albaş, N.1649; Helvacı, s.194.

Çabri, mirasbırakanın terekesinin borca batık olmasının mirasbırakanın çevresi tarafından bilinmemesinin mirasın reddedilmiş sayılmasını engellemeyeceği, bunun aksinin kabulünün sırf borca batıklık hâlinin açıkça bilinmemesi sebebiyle mirasın kabul edilmiş sayılacağı ve ret süresini geçiren mirasçıların mirası kesin olarak kabul ettikleri sonucunu doğuracağını ifade ederek bu durumun TMK m.605/II'nin amacıyla bağdaşmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Çabri, N.804.

²⁵ Mirasbırakanın cimriligi ya da alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla kendini borca batık gösterdiği haller bu duruma örnek verilebilir.

²⁶ İmre/Erman, s.355; Helvacı, s.196; Akçaal, s. s.527.

²⁷ Dural ve Öz, N.1725.

²⁸ Schwander, BSK ZGB, Art. 566, N.7; Kocayusufpaşaoğlu, s.620; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1648; Eren ve Yücer Aktürk, N.1454; Kılıçoğlu, s.298. *Antalya*, ek olarak konkordato işlemlerinin devam etmesinin de hükmî ret için yeterli saymaktadır. Bkz. Antalya, N.435; benzer görüş için bkz. Günel, s.98; Petek, s.2216. Yapılan haczin semeresiz kalması hâlinde de şartın sağlandığı yönündeki görüş için bkz. Ayiter ve Kılıçoğlu, s.244. *Ayan* ise, mirasbırakanın büyük bir borcu için malları üzerine haciz konmuş olmasını da saymaktadır. Bkz. Ayan ve Ayan, s.329. Aynı görüşteki yazarlar için bkz. İmre ve Erman, s.354; Çabri, N.805; Şahin, s.129; Akçaal, s.527; Turan Başara, s.166.

²⁹ İflas ve konkordato kararının aciz içinde olmayı kesin olarak tespit etmediği yönündeki görüş için bkz. Çabri, N.805.

³⁰ Çabri'ye göre, TMK m.605/II'nin temel amacı borca batık terekenin mirasçılara kalmasını engellemek olduğundan, terekenin borca batıklığının mirasbırakanın ölümünden sonra tespit edilmiş olması hükmen redde engel olmaz. Bkz. Çabri, N.807. Benzer görüşteki yazarlar için bkz. Oğuzman, s.295; Helvacı, s.194; Evrim Kalaycı, *Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiyesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012, s.88; Rüzgaresen, s.296. Aksi görüş için bkz. Samim Bilgen, “Borca Müstağrak Tereke”, ABD, S.6 (1953), s.499; Akçaal, s.528; Petek, s.2219; Hoşlan, s.582; Hatinoğlu, s.26.

mirasçılara geçişine engel olmaktır. Kanunun amacı kanunun ruhudur ilkesinden hareketle³¹ ölüm tarihinden sonra bu durumu tespit eden resmî belgenin şartı sağlamadığının ileri sürülmesi kanunun ruhu ile bağdaşmaz.

Altını çizmek gerekirse, buradaki tespit mirasbırakanın terekesinin ölüm tarihindeki değerine ilişkindir. Ölüm tarihinden sonra terekeyi borca batıklıktan kurtaran olgular dikkate alınmaz. Bu bakımdan, ölüm tarihinden üç ay sonra terekede bulunan fonların değerinin artması sonucu terekenin borca batıklıktan çıkması mirasın hükmen reddi koşullarının oluşmasına etki etmez³².

c. Mirasçılardan Açık veya Örtülü Olarak Mirası Kabul Etmemiş Olması

Mirasın hükmen reddi karinesine dayanarak mirasçılık sıfatının kazanılmaması için gereken şartlardan diğeri de mirasçılardan mirası önceden açık bir şekilde kabul etmemiş veya mirası kabul anlamına gelen davranışlarda (örtülü kabulde) bulunmamış olmalarıdır³³. Mirasçılardan mirası açıkça kabul etmeleri ya da kabul anlamına gelecek davranışlarda bulunmaları, mirasçılık sıfatının kesin olarak kazanılması sonucunu doğurur. TMK m.610/II, “mirasçı olarak tereke işlemlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan³⁴ ya da tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden³⁵ mirasçının” mirası kabul etmiş sayılacağını düzenlemektedir. TMK

³¹ Ratio legis est anima legis.

³² TMK m.605/II, borca batıklığı resmen tespit eden belgenin zamanına ilişkin bir süre öngörmemiştir. Örneğin burada, mirasbırakanın ölümünden üç sene önce alınmış bir aciz vesikasının hükmen ret koşulunun sağlanması için yeterli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Zira bu varsayım, mirasbırakanın bu üç sene içerisinde borca batıklıktan çıktığı ihtimalinde mirasçılar yönünden hükmen reddin varlığından bahsedilebilecek midir? Kanaatimizce, TMK m.605/II'nin amacından hareketle bu hâllerde de hükmi ret koşulunun sağlandığı kabul edilmelidir. Terekenin borca batık olmadığını öğrenen mirasçılar mirası açık veya örtülü kabul etmek suretiyle bu karineyi çürütebileceklerdir.

³³ Kocayusufpaşaoğlu, s.621; Oğuzman, s.295; Ayiter ve Kılıçoğlu, s.240; Çabri, n.808; Şahin, s.130; Birinci Uzun, s.126 vd.

³⁴ Örtülü kabulün mevcut olup olmadığının tespiti ile ilgili olarak öğretide baskın görüş, bu sorunun güven prensibine göre çözülmesi gerektiğini kabul eder. Bu sebeple, mirasçılardan dışı yansıyan iradesine ve davranışına, bunun muhatapının dürüstlük kuralına göre kendisince bilinen ve bilinmesi gereken bütün hal ve şartları göz önünde tutarak vereceği anlama göre değerlendirme yapılır. Mirasçılardan davranış muhatap yönünden mirasın kesin olarak kabul edildiği şeklinde değerlendiriliyorsa, tereke işlerine gereğinden fazla karışma ve örtülü kabul mevcuttur. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Schwander, BSK ZGB Art. 571, N.4; Kocayusufpaşaoğlu, s.616; Dural ve Öz, N.1721; Serozan ve Engin, § 6, N.68; Eren ve Yücer Aktürk, N.1446; Antalya, N.1850; Müge Ürem, “Mirası Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14/S.175-176 (2019), s.798. Bu bağlamda, mirasçının miras sebebiyle istihkak, tenkis veya paylaşım davası açması, terekeye dahil bir mal üzerinde değişiklik yapması, mirasın paylaşımına katılması, terekeye ait bir taşınmazın adına tescilini talep etmesi, miras payını devretmesi örtülü kabul olarak değerlendirilmelidir.

Diğer bir görüşe göre ise, buradaki değerlendirme objektif nitelik taşımaktadır. Mirasçılardan davranışları, güttükleri amaçtan bağımsız olarak objektif bir şekilde değerlendirilmelidir. Bkz. BGE 54 II 416; BGE 70 II 199. www.servat.unibe.ch, Erişim Tarihi: 01.11.2024.

Başka bir görüşe göre ise, örtülü kabule sebep olan davranışın değerlendirilmesinde, mirasçının amacı dikkate alınmalıdır. Eş deyişle, sübjektif yönden değerlendirme yapılmalıdır. Bkz. Escher, ZK ZGB, Art. 571, N.12; İmre ve Erman, s.358.

³⁵ Gizleme ve kendisine mal etme davranışlarının örtülü kabul olarak değerlendirilebilmesi için mirasçının söz konusu malın terekeye ait olduğunu bilmesi ve kasten bu şekilde hareket etmesi gerekir. Bkz. Dural ve Öz, N.1722; Eren ve Yücer Aktürk, N.1449.

“Dava, mirasın hükmen reddi istemine ilişkindir. Olayda, mirasın intikaline esas teşkil eden, ortaklar kurulu karar suretinin celbi ile mirasın hükmen reddine engel teşkil eden Türk Medeni Kanununun 610/2. maddesinde sözü edilen tereke mallarını kendisine mal edinme durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tüm delillerle birlikte değerlendirilerek incelenmesi gerekir.” Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 22.10.2020, E. 2016/16502, K. 2020/6542. Benzer

m.610/III hükmünde, “zamanaşımı veya hak düşümü sürelerinin dolmasına engel olmak için dava açılması ve cebri icra takibi yapılmasının, ret hakkını ortadan kaldırmayacağını” düzenlenmesi, tereke mevcudunun korunmasını amaçlayan davranışların örtülü kabul sonucunu doğurmayacağını göstermektedir³⁶. Çalışmamıza konu Yargıtay Hukuk Genel Kuralı kararı da isabetli olarak terekenin korunması önlemi niteliğindeki terekenin tespiti isteminin mirasın örtülü kabulü anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Belirtelim ki, mirasın hükmen reddinde, örtülü kabul teşkil eden davranışın gerçek ret süresi geçtikten sonra yapılmış olması hükmî ret karinesi çürütür³⁷.

3. Mirasın Hükmen Reddinin Tespiti Davasının Tarafları

a. Davacı

Mirasın hükmen reddinin tespiti davasında davacı sıfatı mirasçılara aittir. Bu davanın açılabilmesi yönünden mirasçının yasal³⁸ ya da atanmış mirasçı olması fark yaratmaz³⁹. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu davayı açacak mirasçıların açık veya örtülü kabul ile mirası kabul etmemiş olması gerekir.

Bu davanın açılabilmesi yönünden mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmamaktadır. Bundan dolayı, her yasal ya da atanmış mirasçı bu davayı tek başına ikame edebilir.

b. Davalı

Mirasın hükmen reddinin tespiti davası uygulamada⁴⁰ ve öğretide⁴¹ çekişmesiz yargı işlerinden kabul edilmemekte, bu davanın açılabilmesi için tereke alacaklılarının hasım gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu davanın hasımsız açılmayacağı; açılıp karara bağlansa dahi bu kararın alacaklıları bağlamayacağı ileri sürülmektedir⁴². Bununla beraber Yargıtay, davanın hasımsız açılması hâlinde davanın reddedilmeyip, husumetin

nitelikteki kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 30.11.2020, E. 2016/17711, K. 2020/7879; Yargıtay 21. HD., T. 06.02.2018, E. 2016/20396, K. 2018/783; Yargıtay 8. HD., T. 16.01.2015, E. 2014/5769, K. 2015/727. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 26.10.2024.

³⁶ Dural ve Öz, N.1722; Eren ve Yücer Aktürk, N.1451.

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s.621; Helvacı, s.194; Akçaal, s.529. Buradaki süre sınırını resmi tasfiyenin tamamlanması oluşturur. Tasfiye sonucunda miras ortaklığı sona erer ve bundan sonra mirasın açık ya da örtülü kabulü söz konusu olmaz. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s.621; Çabri, N.809.

³⁸ Mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma ya da mirastan yoksunluk nedenlerinden birinin mevcudiyeti hâlinde mirasçılık sıfatı kaybedildiği için bu kişilerin mirasın hükmen reddinin tespiti davası açma hakkı olmadığı gibi, bu davayı açmalarına gerek de yoktur.

³⁹ “Mirasın hükmen reddi davasını yasal ve atanmış mirasçılar açabilir. Mirasçı olmayan kişinin dava açma hakkı yani aktif dava ehliyeti bulunmamaktadır. Somut olaya gelince; dosya içerisinde bulunan mirasçılık belgelerine göre, davacılar birinin mirasın mirasçısı olmadığı anlaşıldığından aktif dava ehliyeti de bulunmadığı gözetilerek davanın anılan davacı yönünden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmüştür.” Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 16.03.2016, E. 2016/2669, K. 2016/3303. Lexpera, Erişim Tarihi: 28.10.2024.

⁴⁰ “Mirasın hükmen reddinde mirasçının red iradesini açıklama zorunluluğu yoktur. Mirasçı alacaklılara karşı bir süreye bağlı kalmaksızın terekenin borca batık olduğunun tespitini açacağı bir dava ile isteyebilir. Hükmen red adından da anlaşıldığı gibi ancak alacaklılara karşı açılacak bir dava ile tespit edilebilir.” YHGK T. 26.05.2022, E. 2019/19-719, K. 2022/752. Benzer kararlar için bkz. YHGK T. 11.04.2018, E. 2017/3-438, K. 2018/770; YHGK, T. 16.04.2008, E. 2008/4-332, K. 2008/336. Lexpera, Erişim Tarihi: 03.11.2024.

⁴¹ Ayan ve Ayan, s.329; Çabri, N.829; Şahin, s.139; Akçaal, s.530; Petek, s.2221; Orçun Horozoğlu, Mirasın Hükmen Reddi ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.35.

⁴² Antalya, N.1819; Akçaal, s.531.

alacaklılara yöneltilerek davanın esasına girilmesi gerektiği görüşünü taşımaktadır⁴³. Yargıtay ayrıca mirasın hükmen reddinin tespiti davasının terekenin bilinen tüm alacaklılarına açılması gerektiği görüşündedir⁴⁴.

Açıkça ifade edilebilir ki, Yargıtayın ilke kararları doğrultusunda uygulamada ve öğretide baskın görüş olarak bu davanın alacaklılara yöneltilmesi aranmaktadır. Öte yandan hükmi reddin, zaman sınırı olmaksızın ve hasım gösterilmeksizin sulh hâkiminden tespitinin talep edilip edilemeyeceği meselesinin de irdelenmesi gerekir. *Antalya*, mirasın hükmen reddinin her zaman sulh hâkimi önünde hasımsız olarak tespit davasına konu edilebileceğini belirtmekle beraber, bu kararın tereke alacaklılarını bağlamayacağı görüşündedir⁴⁵. Mirasın hükmen reddinin tespiti davasının hasımsız olarak açılabilmesine ilişkin bir hukukî engel bulunmamakla birlikte, hasımsız olarak açılan bu davada verilecek karar çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden hareketle tereke alacaklıları yönünden hüküm ifade etmeyecektir. Aksinin kabulü, tereke alacaklılarının hükmi ret koşullarının sağlanmadığını ispat imkânını ortadan kaldıracaktır. Zira mirasçılarının gerçek ret süresine ilişkin süresinde beyanda bulunmadığı veya süresinde resmi defter tutulması (TMK m.619) talebinde bulunmadığı hâllerde hükmi ret şartlarının mevcut olup olmadığı büyük önem taşır. Bu varsayımda, mirasçılarının çekişmesiz yargı işi kapsamında daha rahat edinebileceği bir mirasın hükmen reddinin tespiti kararı, tereke alacaklılarının menfaatini zedeler. Bu sebeple, tereke alacaklılarına hükmi ret koşullarının oluşmadığını ispatlama imkânı sağlayan bir yargı yolu mutlaka tanınmalıdır.

4. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanununda⁴⁶ parasal sınıra ilişkin ayırım kaldırılmış olup, mirasın hükmen reddinin tespitine ilişkin kanunda da özel bir düzenlemeye verilmemiştir. Bu sebeple, HMK m.2 gereğince mirasın hükmen reddinin tespitine ilişkin davalarda davanın değeri ne olursa olsun asliye hukuk mahkemesi görevlidir⁴⁷.

⁴³ Yargıtay 2. HD., T. 15.06.2009, E. 2008/5661, K. 2009/11559: “Türk Medeni Kanunu’nun 606. maddesinde belirtilen süre bu davada söz konusu değildir. Davanın hasımsız açıldığı görülmekle husumetin alacaklılara yöneltilmesi, gösterildiği takdirde delillerin toplanması, Türk Medeni Kanunu’nun 610/2. maddesi koşulları da göz önüne alınarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2006/4726, K. 2006/11238; Yargıtay 8. HD., T. 11.09.2024, E. 2013/23345, K. 2014/15786. Lexpera, Erişim Tarihi: 03.11.2024.

Aynı görüş için bkz. Ömer Uğur Gençcan, Türk Miras Hukukunda Mirasın Reddi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024, s.357.

⁴⁴ Yargıtay 14. HD., T. 16.01.2017, E. 2016/3884, K. 2017/284. Lexpera, Erişim Tarihi: 04.11.2024.

⁴⁵ Bkz. Antalya, N.1819 vd. Benzer görüşte, Hatinoğlu, s.57.

⁴⁶ R.G., T. 04.02.2011, S.27836.

⁴⁷ Çabri, N.830; Şahin, s.139; Akçaal, s.532.

“Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hâkime aittir (HMK.m.33). Dava dilekçesi içeriğine göre dava, ölüm tarihinde miras bırakanın ödemedi aczinin tespiti isteğine ilişkindir (TMK 605/2 m.). Gerek 743 Sayılı Medeni Kanunda, gerekse 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda bu tür uyumsuzluklarda sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 23.12.1942 gün ve 24/29 Sayılı İçtihadî Birleştirme Kararına göre, mirasın hükmen reddi davasında görevli mahkeme borç miktarına göre belirlenir. Davanın açıldığı tarihten önce yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemesinin görevinin tayin ve tespitinde dava konusunun değeri ve miktarı ölçüsünü kaldırmış, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ilişkin davalarda, görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır (HMK m. 2/1). Kanunda bu konuda aksine bir düzenleme bulunmadığına göre, HMK’nun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak terekenin borca batık olduğunun tespitine ilişkin davalarda davanın

Mirasın hükmen reddinin tespiti davası yönünden yetkiye ilişkin de kanunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bağlamda, genel yetki kuralları (HMK m.9/1) çerçevesinde yetkili mahkemenin davalı tereke alacaklısının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğu görüşü hâkimdir⁴⁸. Aksi görüşe göre ise, mirasın hükmen reddinin tespiti davasında yetkili mahkeme mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olmalıdır⁴⁹.

5. Süre

Mirasın hükmen reddi karinesine dayanmak için Türk Medeni Kanununda bir süre öngörülmemektedir⁵⁰. Mirasın hükmen reddinin tespiti davası açılabilmesi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye de bağlanmamıştır⁵¹. Kural olarak bu dava her zaman açılabilir. Bu bakımdan, mirasçıların üç aylık gerçek ret süresi içinde ret beyanında bulunmaması hükmî reddi etkilemez. Çünkü karine gereği miras zaten reddedilmiş sayılır. Çalışmamıza konu teşkil eden Hukuk Genel Kurulu kararında da isabetli olarak mirasın gerçek reddi için tanınan sürede beyanda bulunulmamış olsa dahi mirasın hükmen reddinin şartlarının oluşmasıyla karine gereği mirasın reddedilmiş sayılacağına vurgu yapılmaktadır. Mirasçılarının iyiniyetli veya kötüniyetli olmasının da hükmî redde bir tesiri olmaz⁵².

Mirasın hükmen reddi karinesine dayanmak için bir süre öngörülmemiş olsa terekenin borca batıklığı konusunda bilgi sahibi olup mirası kabul etmek istemeyen veya borca batıklığının tartışma konusu olması nedeniyle mirası kabul etmek istemeyen mirasçılarının süresi

değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesi görevlidir.” Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 16.03.2021, E. 2017/5912, K. 2021/1810. Aynı yöndeki farklı Daire kararları için bkz. Yargıtay 8. HD., T. 16.01.2015, E. 2014/12921, K. 2015/725; Yargıtay 2. HD., T. 21.03.2013, E. 2012/15422, K. 2013/7861.

⁴⁸ Ayan ve Ayan, s.329; Çabri, N.831; Şahin, s.140; Akçaal, s.533; Hatinoğlu, s.60.

“Dava, terekenin borca batık olduğunun tespiti hukuksal nedenine dayalı olarak TMK’nın 605/2. maddesi gereğince açılan mirasın hükmen reddi davasıdır. Ölüm tarihinde miras bırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır (TMK. madde 605/2). Bu nedenle mahkemece yapılacak terekenin aktif ve pasifine ilişkin tüm araştırmaların mirasbırakanın ölüm tarihi esas alınarak yapılması gerekir. Mirasçılar Türk Medeni Kanununun 610. maddesinde yazılı aykırılık da bulunmadıkça yani zımnen mirası kabul etmiş duruma düşmüş olmadıkça her zaman mirasın ödemedi aczinin tespitini isteyebilir. Türk Medeni Kanununun 606. maddesinde belirtilen süre bu davada uygulanmaz. Dava alacaklılara husumet yöneltilecek görülür. Bu davada yetkili mahkeme ise alacaklıların davanın açıldığı zamandaki ikametgahı mahkemesidir.” Yargıtay 14. HD., T. 30.05.2019, E. 2016/11514, K. 2019/4967. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 06.12.2018, E. 2016/3701, K. 2018/8695; Yargıtay 8. HD., T. 16.01.2015, E. 2014/12921, K. 2015/725. Lexpera, Erişim Tarihi: 06.11.2024.

⁴⁹ İmre ve Erman, s.355, dn.5; Horozoğlu, s.38.

⁵⁰ Oğuzman, s.295; Dural ve Öz, N.1726; İmre ve Ermen, s.355; Serozan ve Engin, § 6, N.73; Antalya, N.1819 vd.; Öztan, s.387; Çabri, N.827; Yılmaz, s.322; Akçaal, s.535.

Konuyla ilgili emsal içtihatlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 11.09.2014, E. 2013/23345, K. 11.09.2024; Yargıtay 2. HD., T. 11.01.2010, E. 2009/14982, K. 2010/207; Yargıtay 8. HD., T. 11.09.2024, E. 2013/23345, K. 2014/15786; Yargıtay 14. HD., T. 17.05.2021, E. 2018/3796, K. 2021/3228. Lexpera, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, s.621; Antalya, N.1819 vd.; Serozan ve Engin, § 6, N.73, Ayan ve Ayan, s.329; Yılmaz, s.322; Çabri, N.827; Akçaal, s.535; Şahin, s.134; Reyhani Yüksel, Canarslan ve Yünlü, s.211; Hatinoğlu, s.58; Horozoğlu, s.35.

⁵² Hakkın kötüye kullanılması oluşturan davranışların hukuk düzeni tarafından korunmayacağından hareket ederek, tüm icra takipleri kesinleştikten sonra mirasçı tarafından borca batıklığın ileri sürülmesi hâlinde ileri sürülen hükmî ret talebinin reddi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Akçaal, s.536; Şahin, s.135; Petek, s.2222 vd.; Hatinoğlu, s.57. Kanaatimizce, TMK m.610/II kapsamında örtülü olarak ya da açık şekilde mirası kabul etmeyen mirasçının tereke borçları sebebiyle kendisine başlatılan icra takiplerine itiraz etmemesi ve sonrasında mirasın hükmen reddini ileri sürmesi TMK m.2 kapsamında değerlendirilmemelidir. Mirasın örtülü kabulüne ilişkin bir davranış sergilemeyen mirasçının hükmî ret karinesine dayanarak menfi tespit davası açabileceği kabul edilmelidir. Bunun yanında Yargıtay, mirasçılarının icra dosyasına yaptıkları ödemelerin icra tehdidi altında olması sebebiyle rızaen yapılmış ödeme olduğunu kabul etmemekte ve bu davranışları isabetli olarak terekenin benimsenmesi olarak nitelendirmemektedir. Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 03.06.2021, E. 2019/4315, K. 2021/3737.

içerisinde gerçek ret beyanında bulunması önerilmektedir⁵³. Öte yandan mirasçılar, borca batıklığının tartışma konusu olduğu durumlarda TMK m.619 hükmü çerçevesinde resmi defter tutma kurumundan da faydalanabilirler. Gerçekten de mirasın hükmen reddinin tespiti davasının, mirasbırakanın ölümü öncesi kendisi hakkında başlatılmış icra takipleri yönünden takipleri durdurucu bir etkisi bulunmamaktadır. Uygulamada da mirasbırakanın ölümü sonrası, tereke alacaklısının talebi doğrultusunda icra takibi dosyasına küllî halefiyet prensibi gereği dosya borçlusu olarak kaydedilen mirasçılarının mirasın hükmen reddine dayanarak icra dairesi nezdinde takibi durdurma talepleri reddolunmaktadır. Bunun yanında, mirasbırakanın ölümünden sonra özellikle kambiyo senedine mahsus icra takipleri yönünden mirasın hükmen reddi tespiti davası öne sürülerek takibin durdurulması mümkün gözükmemektedir. Fakat, hâkimin takiplerin durdurulması konusunda takdir yetkisine sahip olup olmadığı başka bir çalışmanın konusunu oluşturacaktır.

6. Mirasın Hükmen Reddinin Tespiti Davasında İspat ve Re'sen Araştırma Meselesi

Mirasın hükmen reddi koşullarının oluşup oluşmadığı hususunda takdir hakkı hâkime aittir⁵⁴. Mirasın hükmen reddinin tespiti davasında ispat yükü davacı mirasçıya ait olup, mirasçı ölüm tarihi itibarıyla terekenin borca batık olduğunu ispat edecektir. Davalı tereke alacaklısı ise, terekenin borca batık olmadığını veya mirasın mirasçı tarafından açık ya da örtülü şekilde kabul edildiğini ileri sürerek, bu yöndeki delillerini ortaya koyacaktır.

Mirasın hükmen reddinin koşullarının oluşup oluşmadığının tespitinde takdir hakkı hâkime ait olmakla beraber, hâkimin bu davada re'sen araştırma yükümlülüğü bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekir. Hâkimin hükmî reddi tespit edebilmesi için ölüm tarihi itibarıyla terekenin aktif ve pasif unsurlarının kıymetlerini tespit etmesi zorunludur. Bu bağlamda, uygulamada çoğu zaman mirasçılar borca batıklığın tespiti için ileri sürecekleri delilleri bilgisizliklerinden ötürü sınırlı tutabilmektedir. Bundan ötürü, hâkimin mirasın hükmen reddinin koşullarının oluşup oluşmadığını tespit ederken yalnızca tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmadığını kabul etmek gerekir. Belirtildiği üzere, mirasın hükmen reddi istemi aynı zamanda bir itiraz teşkil ettiğinden hâkim bu niteliği de göz önünde tutarak ölüm tarihi itibarıyla terekenin borca batık olup olmadığını tespit etmek için re'sen araştırma yapmakla yükümlüdür⁵⁵.

Yargıtay konuya ilişkin emsal teşkil eden bir kararında⁵⁶, “davacı dava dilekçesinde çok açık bir biçimde ölü babasının hiçbir malvarlığının bulunmadığını, buna karşılık hastaneye, mahalle esnafına, BAĞ-KUR’a ve boşanma davasına giren avukatına borcunun bulunduğunu, bu nedenle terekesinin borca batık olduğunu belirtmiştir. O hâlde mahkemece yapılacak iş; mirasbırakanın tüm alacaklılarını davaya dahil etmek, miras bırakanın ölüm tarihi itibarıyla borç miktarını tespit etmek, aynı tarih itibarıyla taşınır ve taşınmaz malvarlığını, varsa hak ve

⁵³ Schwander, BSK ZGB, Art. 567, N. 9.

⁵⁴ Dural ve Öz, N.1726; İmre ve Erman, s.355.

⁵⁵ Akçaal, s.534.

⁵⁶ Yargıtay 8. HD., T. 11.09.2014, E. 2013/23345, K. 2014/15786. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.11.2024.

alacaklarını, tarafların bu hususta gösterecekleri delilleri toplamak suretiyle saptamak, mirasbırakanın borcundan dolayı varsa mirasçılar aleyhinde yürütülen takiplere ilişkin icra dosyalarını getirtmek, mirasçılarının mirası kabul anlamına gelen davranışlarının bulunup bulunmadığını tespit etmek, mirasbırakanın taşınır ve taşınmaz mallarının ölüm günündeki değerlerini, başka bir ifade ile ölüm günü itibarıyla terekenin aktifini belirlemek ve belirlenecek borç miktarına göre ölüm tarihi itibarıyla borçlarını karşılamaya yeter miktarda olup olmadığını objektif olarak tespit etmek, mirasın hükmen reddine engel teşkil eden Türk Medeni Kanunu'nun 610/2.maddesinde sözü edilen tereke mallarını kendisine mal edinme durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğini incelenmek ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar vermektir ibarettir...” şeklinde değerlendirme yaparak, davacının iddiaları hariçinde de araştırma yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay borca batıklığın tespiti yönünden yukarıda yer verilen içtihadını da genişleterek, bankalar, trafik tescil müdürlüğü, vergi daireleri, belediyeler ve tapu müdürlüğü vb. kurum ve kuruluşlar nezdinde hâkim tarafından re'sen araştırma yapılmasını, hatta mirasbırakanın alacak ve borçlarının zabıta marifetiyle de araştırılarak aktif malvarlığının tespit edilmesi gerektiğini yerleşik görüş olarak benimsemiştir⁵⁷. Netice olarak, mirasın hükmen reddinin tespiti davasında hâkim tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delil toplamakla beraber, re'sen araştırma yükümlülüğü de altındadır. Çalışmamıza konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında tereke tespitine ilişkin dosyanın borca batıklığın oluşup oluşmadığı noktasında dayanak noktası olması bu bakımdan isabetli değildir. Terekenin tespiti istemiyle ilgili kısımda daha geniş açıklamalar ile bu konuya değinilecektir.

7. Mirasın Hükmen Reddinin Tespiti Davasının Sonuçları

Mirasın hükmen reddinin tespiti davası sonucunda mahkeme ilk olarak hükmî reddin koşullarının oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulüyle mirasın hükmen reddedilmiş olduğunun tespitine karar verebilir. Bu karar neticesinde, mirasçılarının herhangi bir irade beyanına ihtiyaç duyulmaksızın mirasçılık sıfatlarının bulunmadığı tespit edilmiş olur. Bundan ötürü de tereke borçlarından sorumluluk mirasçılar açısından söz konusu olmaz.

Yargıtay bu tespit kararının bütün mirasçılar yönünden hüküm ifade ettiği görüşündedir⁵⁸. Fakat, mirası açık ya da örtülü olarak kabul etmiş mirasçılar mahkeme hükmünün

⁵⁷ “Mirasın hükmen reddine ilişkin olarak açılan davalarda, murisin ödemeden aczi ölüm tarihine göre belirlenir. Ölüm tarihi itibarıyla, murisin tüm malvarlığı terekenin aktifini, tüm borçları ise terekenin pasifini oluşturur. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olması terekenin ödemeden aczini ve dolayısıyla da terekenin borca batık olduğunu gösterir (TMK m. 605/2). İcra takibi sonunda aciz vesikası düzenlenmesi hâlinde terekenin borca batık olduğu kabul edilir. Aksi halde terekenin borca batık olup olmadığı, murisin malvarlığı bulunup bulunmadığının usulüne uygun olarak bankalar, trafik tescil müdürlüğü, vergi daireleri, belediyeler ve tapu müdürlüğü vb. kurum ve kuruluşlardan sorulması, murisin alacak ve borçları zabıta marifetiyle de araştırılarak aktif malvarlığı ile takibe konu borç miktarı göz önünde tutularak aktif ve pasifinin tereddüde neden olmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Mirasbırakanın ölüm tarihi itibarı ile bankalardan hesap bakiye ve hesap hareketleri sorularak terekenin aktif ve pasifinin değerlendirilmesinde dikkate alınmamış olması doğru görülmemiştir.” Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 22.10.2020, E. 2016/16502, K. 2020/6542. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 7. HD., T. 05.06.2024, E. 2023/3649, K. 2024/3231; Yargıtay 14. HD., T. 20.03.2017, E. 2016/5150, K. 2017/2119; Yargıtay 14. HD., T. 22.10.2020, E. 2016/16065, K. 2020/6541; Yargıtay 14. HD., T. 10.02.2021, E. 2020/2654, K. 2021/807. Lexpera, Erişim Tarihi: 07.11.2024.

⁵⁸ “Bir kısım mirasçılarının mirasın reddi hükümlerinden faydalanması karşısında aynı murisin diğer mirasçılarının bundan ayrı tutulması hakkaniyete de uygun düşmez. Bu nedenlerle Güler O. mirasçısı olarak aleyhlerine hüküm kurulmuş olan davalılar yönünden de terekenin borca batık olma durumu değerlendirilmeli ve bunun sonucuna göre

etkisinin kapsamı dışındadır. Başka bir ifadeyle, mirasın hükmen reddinin tespitine ilişkin karar açık kabule ilişkin mirasçılarının kayıtsız ve şartsız olarak vücut verdiği irade beyanını ortadan kaldırmaz⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, HMK m.303 uyarınca, “bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm⁶⁰ oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir”. HMK m.303 bağlamında mirasın hükmen reddinin tespitine ilişkin kararın diğer mirasçılara bağlamayacağı ileri sürülebilirse de diğer mirasçılarının hükmî ret karinesinden yararlanamayacağının kabulü hükmî reddin ve dolayısıyla ruhuna uygun düşmez. Pratik amaca uygunluk ve yararlılık bakımından Yargıtayın görüşü isabetli görülmektedir.

Mirasın hükmen reddinin tespiti durumunda mirasçılardan hiçbiri kabul beyanında bulunmamışsa tereke, İcra İflas Kanunu⁶¹ m.180 hükmü uyarınca iflas hükümlerine göre sulh mahkemesince tasfiye edilir (TMK m.612/I)⁶². Çünkü burada mirasın en yakın yasal mirasçılar tarafından reddedilmesine benzer bir sonuç doğar.

Mirasın hükmen reddinin tespiti kararının diğer alacaklılara karşı hüküm ifade edip etmeyeceği de tartışılması gerekli bir meseledir. İfade edildiği üzere Yargıtay, kural olarak mirasın hükmen reddinin tespitine ilişkin davanın tüm alacaklılara yöneltilmesi gerektiği görüşündedir. Bu görüşün altında, tereke alacaklılarının mirasçılara karşı tereke borçlarına ilişkin olarak dava açması veya takip başlatması ihtimaline karşı mirasçılarının elinde mirasçılık sıfatının sona erdiğine ilişkin kesin delil niteliğinde mahkeme ilamı bulunması düşüncesi yatar. Esasen, mirasçılar söz konusu davayı tüm alacaklılara yönelterek ileride kendilerine açılacak dava ve icra takiplerinin tek seferde önüne geçecektir. Ancak, uygulamada her durumda mirasın hükmen reddinin tespiti davasını tüm alacaklılara yöneltmek mümkün olmamaktadır. Çünkü mirasçılar çoğu zaman tereke alacaklılarının tamamını tespit edememektedir. Burada şu şekilde bir sorun ortaya çıkmaktadır: Mirasın hükmen reddinin tespiti davasını belirli tereke alacaklılarına karşı kazanmış olan mirasçılar, bu mahkeme ilamını kendilerine karşı ileride açılacak davalarda ve icra takiplerinde kesin delil olarak öne sürüp, söz konusu dava ve takipleri etkisiz kılabilirler midir? Başka bir ifadeyle, mirasın hükmen reddinin tespiti davasına taraf olmayan tereke alacaklısı, daha önce bu konuda verilmiş tespit hükmüyle bağlı mıdır?

karar verilmelidir.” Bkz. Yargıtay 4. HD., T. 24.01.2005, E. 2004/6782, K. 2005/155. Bkz. Lexpera, Erişim Tarihi: 08.11.2024.

Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Oğuzman, s.296; İmre ve Erman, s.356; Antalya, N.1819; Şahin, s.141; Turan Başara, s.166; Özüğür, s.162.

⁵⁹ Oğuzman, s.296; İmre ve Erman, s.356; Helvacı, s.197; Şahin, s.142; Akçaal, s.536.

⁶⁰ Maddi anlamda kesin hüküm, aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak, aynı konuda yeni bir dava açılmayacağını; açılması hâlinde de bu davanın dava şartı yokluğu nedeniyle dinlenmeyeceğini ifade eder. Bkz. Baki Kuru ve Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2021, s.1486 vd.; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 10. Baskı, 2022, s.458 vd.

⁶¹ R.G., T. 19.06.1932, S.2128.

⁶² Escher, ZK ZGB, Art 566, N.17; Kocayusufpaşaoğlu, s.622; Oğuzman, s.296; Serozan ve Engin, § 6 N. 78; Antalya, N.1821; Yılmaz, s.325; Çabri, N.815; Reyhani Yüksel, Canarslan ve Yünlü, s.211; Petek, s.2227; Turan Başara, s.166; R. Coquoz, “Mirasın Reddinin Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri”, Çeviren J. Güral, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8/Sayı 1 (1951), s.688.

Öğretide, mirasın hükmen reddinin tespiti kararının davaya taraf olmayan diğer alacaklılar için de bağlayıcı olup, kesin delil teşkil ettiği bazı yazarlarca ifade edilmektedir⁶³. HMK m.303 perspektifinden bakıldığında, mirasın hükmen reddinin tespitine ilişkin kararın maddi anlamda kesin hüküm kabul edilip, kesin delil niteliğine sahip olabilmesi için her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir. Bu ihtimalde, dava sebepleri ve davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucu aynı olacaksa da her iki davanın taraflarının aynı olması mümkün değildir. HMK m.303 kapsamında, bu durum şu sonucu doğurmaktadır: Mirasın hükmen reddinin tespiti davasına taraf olmayan tereke alacaklısına karşı hükmî ret koşullarının olduğu mirasın hükmen reddinden yararlanan mirasçılar tarafından tekrar tekrar ispatlanacaktır. Bu tartışmanın taraflar yönünden önemini şu şekilde açıklayabilir.

Mirasın hükmen reddinin tespiti davasına ilişkin kararın tüm alacaklılara karşı maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği varsayımında, davaya taraf olmayan ancak borca batıklık olgusunu çürütebilecek ispat vasıtalarına sahip olan tereke alacaklıları bu haklarını kullanamaz. Bu durumda, alacağına kavuşmak isteyen tereke alacaklıları esasen borca batık olmaması nedeniyle hükmî ret koşulları oluşmamış ve mirasın gerçek reddi yoluna da başvurmamaları sebebiyle mirası kabul etmiş sayılan mirasçıların malvarlıklarını da takip edemez.

Mirasın hükmen reddinin tespiti davasına ilişkin kararın tüm alacaklılara karşı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği varsayımında ise, hükmî ret koşullarının olduğu kanaatiyle mirasın gerçek reddi yoluna da başvurmamayan ve ellerinde hükmî reddin tespitine ilişkin karar bulunan mirasçılar davaya taraf olmayan alacaklılara karşı borca batıklık olgusunu tekrar tekrar ispat etmek durumunda kalacaktır. Mirasçılar, borca batıklık olgusunu çürüten bir tereke alacaklısı karşısında ise mirası da süresinde reddetmediklerinden ötürü malvarlıklarıyla sorumlu olacaktır. Öte yandan, daha önceki tespit davalarında aleyhine hüküm kurulan tereke alacaklıların durumu da yeni uyuşmazlıkların çıkmasına sebebiyet verecektir.

Burada öncelikle, tereke alacaklısının iddia ettiği vakıa yönünden ayırım yapmak gerekir. Tereke alacaklısının, terekenin borca batıklığını değil de mirasçıların ya da mirasçılardan birinin terekeyi kabul ettiği sonucu oluşturan davranışlardan birini gerçekleştirdiğini iddia etmesi hâlinde daha önce alınmış tespit hükmü tereke alacaklısına hüküm ifade etmeyecektir⁶⁴. Tereke alacaklısının, borca batıklık olgusunun aslında gerçekleşmediği iddiasında bulunması hâlinde ise her ne kadar HMK m.303 bağlamında teorik olarak sorun teşkil edecek olsa da önceki tespit hükmünün kesin delil teşkil ettiği kabul edilmelidir. Belirttiğimiz üzere, mirasın hükmen reddinin tespiti davasında hâkim re'sen araştırma yapma yükümlülüğü altında olup sadece tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı değildir. Davanın bu niteliği, bu davaya taraf olmayan tereke alacaklılarına da bu kararın ileri sürülebilmesi görüşünü desteklemektedir. Tespit kararının terekenin davaya taraf olmayan alacaklılarına karşı ileri sürülememesi hükmî ret kurumunun işlevselliğini de zedeleyecektir. Zira ellerindeki tespit kararına rağmen mirasçılar için hükmî ret kurumu güven sağlamayacaktır. Diğer tereke alacaklılarının haklarının da korunabilmesi ve

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, s.621; Çabri, N.826; Akçaal, s.536.

⁶⁴ Akçaal, s.537.

hükmi ret kurumuna olan güvenin zedelenmemesi amacıyla, de lege ferenda olarak mirasın hükmen reddinin tespiti davasında tüm alacaklılara resmi defter tutulmasında olduğu gibi (TMK m.621) ilan yoluyla davanın bildirilmesi usulü benimsenebilir.

Mirasın hükmen reddinin tespiti kararının önceki davaya taraf olmayan tereke alacaklılarına hüküm ifade etmediğinin kabulü hâlinde, gerçek ret süresi içinde de ret hakkını kullanmayan mirasçılarının durumu da tartışma konusu olur. Bu durumdaki mirasçılarının izleyeceği yol, ret süresinin uzatılması yönünden önemli sebep teşkil ettiği iddiasıyla TMK m.615 kapsamında mirasın gerçek reddiyle ilgili olarak yeni bir süre tanınması olacaktır.

Mirasın hükmen reddinin tespiti davasında hâkimin kararı davanın reddi yönünde de olabilir. Bu karar neticesinde, mirasın hükmen reddi koşullarının oluşmadığı tespit edilmiş olur. Mirasın hükmen reddinin tespitine ilişkin ret kararı mirasın gerçek reddi süresinde mirası reddetmeyen mirasçılar yönünden önem teşkil eder. Bu hâlde, söz konusu mirasçılar süresinde gerçek redde ilişkin beyanda bulunmadığından ötürü mirası kabul etmiş sayılır. Terekenin aktif ve pasif unsurlarının değerleriyle ilgili bilgi sahibi olmayan mirasçılar yönünden TMK m.619 vd. hükümleriyle düzenlenen resmi defter tutulması kurumunun önemi bu bakımdan ortaya çıkar.

8. TMK m.619 Kapsamında Resmi Defter Tutulması ve Mirasın Hükmen Reddi İlişkisi

TMK m.619/I, mirası reddetmeye hakkı olan her mirasçının, terekenin resmi defterinin tutulmasını isteyebileceğini düzenlemektedir. Resmi defterinin tutulmasının talep edilmesi hâlinde, sulh hukuk hâkimi terekenin defterini tutarak kabul veya ret beyanında bulunulması için mirasçılara çağrı yapacaktır. Bu hâlde ise mirasın hükmen reddinin tespiti davası açmanın faydası ve anlamı olmaz⁶⁵. Çünkü bu durumda mirasçı, tereke borçları ile kendi malvarlığını ayırmak suretiyle tereke borçlarından sorumlu olmayıp, mirası hükmen reddi ile amaçlanan sonuca TMK m.619 hükmüyle ulaşacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, mirasın hükmen reddinin tespiti kararının önceki davaya taraf olmayan tereke alacaklılarına hüküm ifade edip etmediği hususu tartışmaya açıktır. Bu bakımdan, terekenin borca batık olup olmadığı konusunda bilgisiz ve kararsız olan, mirasın gerçek reddine ilişkin beyanda da bulunmak istemeyen mirasçılar için izlenecek yol TMK m.619 kapsamında terekenin resmi defterinin tutulmasından geçmektedir. Ancak, TMK m.619/II hükmünde ifade edildiği üzere, defter tutma, mirasın reddine ilişkin usule uyulmak suretiyle, bir ay içinde sulh hâkiminden istenmelidir. Söz konusu bir aylık sürenin kaçırılması hâlinde ise, mirasçılar koruma önlemleri kapsamında (TMK m.589 vd.) terekenin tespiti ile terekenin yazımı (defter tutma) kurumlarından faydalanmalıdır. Bu sayede mirasçılar TMK m.607 hükmü çerçevesinde gerçek ret süresinin sona ermesini erteleyebileceklerdir.

Son olarak, resmi defter tutmanın icra takipleri açısından mirasçılar lehine düzenlediği hükme de değinmek gerekir. TMK m.625, resmi defter tutulması devam ettiği sürece miras bırakanın borçları için icra takibi yapılamayacağını düzenlemektedir. Mirasın hükmen

⁶⁵ Şahin, s.135; Petek, s.2223; Hatinoğlu, s.59.

reddinin tespiti davasının başlatılmış veya başlatılacak icra takiplerine etkisizliği göz önünde tutulduğunda, resmi defter tutma kurumuna başvurulması mirasçılarının menfaatine olacaktır.

III. MİRASIN GEÇMESİNDE KORUMA ÖNLEMİ OLARAK TEREKENİN TESPİTİ İSTEMİ

A. GENEL OLARAK

Mirasın açılmasıyla Türk Medeni Kanununca benimsenen küllî halefiyet prensibi gereği terekedeki haklar ve borçlar kendiliğinden mirasçılara geçer ve vasiyet alacaklıları da kendiliğinden doğacak olan bu hakları talep edebilir. Bununla beraber, kanun koyucu ayrıca mirasın açılmasından mirasın paylaşılmasına kadar tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçişinin sağlanması için koruma önlemleri alınabilmesine imkân tanımıştır. Koruma önlemleri çoğunlukla terekedeki aktif ve pasif unsurların tespit edilerek, terekedeki aktif unsurların eksiksiz olarak mirasçılara intikalinin gerçekleştirilmesi hedefine yönelmektedir⁶⁶. Burada unsur ifadesiyle kastedilen hak ve borçların kıymeti olmayıp, salt terekedeki haklar ve borçlardır. Bunun yanında, tereke kapsamındaki hak ve borçların mirasçılar tarafından tam olarak bilinmediği hallerde, mirasçılarının ret veya kabul kararına varabilmek için süreye de ihtiyaçları bulunabilmektedir⁶⁷.

Koruma önlemleri TMK m.589-598 hükümleri arasında düzenlenmiş olup, TMK m.589/I, “mirasbırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi, istem üzerine veya re'sen tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine geçmesini sağlamak üzere gerekli olan bütün önlemleri alır” hükmüne yer vermektedir. Bu önlemlerin, özellikle kanunda belirtilen hâllerde terekede bulunan mal ve hakların yazımına, terekenin mühürlenmesine, terekenin resmen yönetilmesine ve vasiyetnamelerin açılmasına ilişkin olduğu da ayrıca kanunda belirtilmektedir (TMK m.589/II)⁶⁸.

TMK m.589'da yer alan koruma önlemleri isabetli olarak sınırlı sayı ilkesine tabi tutulmamıştır⁶⁹. TMK m.589/I'de yer alan “gerekli tüm önlemler” ve TMK m.589/II'de yer alan “özellikle” deyiminden de kanun koyucunun belirttiği koruma önlemlerini örnek niteliğinde saydığı, hak sahiplerinin istem konusunda, hâkimin ise alınacak önlemler konusunda geniş bir hareket alanı bulunduğu anlaşılmaktadır⁷⁰. Bu düzenleme kanunun ruhuna da uygundur.

⁶⁶ Escher, ZK ZGB, Art.551 Vorbem. N.1; Schwander, BSK ZGB, Art. 551, N.1; Tuor, Schnyder und Jungo, § 76, N.1; Schwander, BSK ZGB, Art. 566, N.6; Hrubesch-Millauer, N.1301 ff.; Dural ve Öz, N.1609; Oğuzman, s.274; İmre ve Erman, s.320; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1524; Serozan ve Engin, § 5, N.57; Eren ve Yücer Aktürk, N.1200; Antalya, N.1614; Çabri, N.297; Yılmaz, s.284; Zekeriya Kurşat, Terekenin Korunması Önlemleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s.29; Ömür Kasımay Şimşek, Terekenin Korunması Önlemlerinden Terekenin Resmen Yönetilmesi, İstanbul, Platon Yayıncılık, 2022, s.49.

⁶⁷ Kılıçoğlu, s.267; Yılmaz, s.284.

⁶⁸ Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m.32 vd. hükümlerinde koruma önlemlerinin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Bkz. R.G., T. 10.08.2003, S.25195.

⁶⁹ Tuor, Schnyder und Jungo, § 76, N.3; Schwander, BSK ZGB, Art. 566, N.6; Hrubesch-Millauer, N.1309; Oğuzman, s.274; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1528; İmre ve Erman, s.321; Serozan ve Engin, § 5, N.58; Ayiter/Kılıçoğlu, s.212; Aybay ve Aybay, s.108; Kurşat, s.37.

⁷⁰ Kurşat, s.40; Burak Furkan Karaman, Terekenin Korunması Önlemleri, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022, s.25.

Terekenin tespiti istemi de TMK m.589 kapsamında değerlendirilmesi gerekli bir koruma önlemi olup, uygulamada sıkça başvurulanan bir hukukî kurumdur.

B. TEREKENİN TESPİTİ İSTEMİ

1. Terekenin Tespiti İstemi Kavramı ve Hukukî Niteliği

Mirasın açılmasıyla beraber küllî halefiyet prensibi gereği tereke alacakları ve borçları kendi malvarlıklarına intikal eden mirasçılar terekenin tüm aktif ve pasif değerleri konusunda bilgi sahibi olmayabilirler. Aynı durum, vasiyet alacaklılarının alacak hakkı konuları yönünden de geçerlidir. Terekenin aktif değerlerinin tespiti bunlarla ilgili koruma önlemlerinin alınması ve hak sahiplerine bu değerlerin geçmesi yönünden önem taşırken, terekenin pasif değerlerinin tespiti ise mirasçılarının mirasın gerçek reddi ve hükmen reddi açısından önem taşır. Bu bağlamda terekenin tespiti istemi, hak sahiplerinin terekenin aktif ve pasif unsurlarıyla ilgili bilgisizliğinin giderilerek mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla terekeyi oluşturan unsurların belirlenmesinde, tereke unsurlarının hak sahiplerine geçişi için koruma önlemlerinin alınmasında veya mirasın reddi kurumuna başvurulmasında işlev gösterir.

Uygulamada her ne kadar “terekenin tespiti davası” terimi ile ifade edilse de esasen terekenin tespiti bir dava olmayıp ihtiyati tedbir gibi bir hukukî koruma hedefleyen delil tespiti niteliğinde bir hukukî kurumdur⁷¹. Bu niteliğine bağlı olarak ve HMK m.382/c-5 hükmünde de açıkça yer aldığı üzere koruma önlemi olan terekenin tespiti çekişmesiz yargı işidir⁷². Terekenin tespiti istemi, bu niteliğinden ötürü eda davası ve tespit davası niteliği taşımamaktadır. Ayrı bir dava olmadığı için, terekenin tespiti ıslah edilemez ya da ıslah yolu ile dava hâline dönüştürülemez.

Terekenin tespiti isteminin bu karakteristiği, terekenin mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla aktif ve pasifindeki unsurların değerleriyle beraber tespitini amaç edinen mirasın hükmen reddinin tespiti davasından ayrılır. Nitekim, mirasın hükmen reddinin tespiti davasında mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla terekesindeki aktif ve pasif unsurların kıymeti tespit edilir. Terekenin tespitinde ise ölüm anında terekenin aktif ve pasifinde bulunan unsurlar belirlenmeye çalışılır ve kıymet takdiri yapılması zorunlu değildir⁷³. Mirasın hükmen reddinin tespit davası niteliği de yine bir diğer farklılık olarak ortaya çıkar.

⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, s.566; Ahmet Cahit İyilikli, Hukuk Yargılamasında Terekenin Resmi Defterinin Tutulması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s.55; Terekenin tespitinin, tespit davası niteliğini haiz olduğu görüşü için bkz. Çabri, N.315c. “İstek, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 589 ve devamı maddeleri gereğince terekenin tedbir niteliğinde tespiti, defterinin tutulması ve hak sahiplerine intikal etmesini sağlamak için alınması gereken tedbirlere ilişkindir. Hak sahiplerinin alacak davası açmaları her zaman imkân dahilindedir. Tereke tespiti, delil tespiti niteliğinde olduğundan, bu davaya asli veya ferî müdahalede bulunulması da söz konusu olamaz.” Bkz. Yargıtay 7. HD., T. 17.01.2022, E. 2021/7543, K. 2022/464. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 03.03.2016, E. 2015/2668, K. 2016/2688; Yargıtay 8. HD., T. 20.05.2014, E. 2013/16632, K. 2014/9883; Yargıtay 14. HD., T. 11.06.2019, E. 2016/6394, K. 2019/5096. Lexpera, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

⁷² Terekenin tespiti isteminin çekişmesiz yargı işi olduğu yönündeki kararlar için bkz. Yargıtay 8. HD., T. 14.11.2014, E. 2013/15812, K. 2014/20909. Lexpera, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

⁷³ Schwander, BSK ZGB, Art. 553, N.2; Kocayusufpaşaoğlu, s.566; Antalya, N.1621. Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 14. HD., 03.03.2016, E.2015/2668, K. 2016/2688. Lexpera, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

2. Terekenin Tespitinde Taraflar

a. İstemde Bulunmaya Yetkili Kişiler

TMK m.589/I hükmü, istem üzerine terekenin korunmasına ilişkin önlemlerin hâkim tarafından alınacağını düzenlemekte olup, istem sahiplerinin kim olabileceğine açıkça yer vermemektedir.

İlk olarak belirtmek gerekirse, terekenin tespiti talebinde bulunmaya yetkili kişiler yasal ve atanmış mirasçılardır⁷⁴. TMK m.640/IV hükmünde mirasçılardan her birinin, terekedeki hakların korunmasını isteyebileceği ve sağlanan korumadan mirasçıların hepsinin yararlanacağı düzenlenme altına alınmıştır. Bu nedenle, terekenin tespiti isteminde tek mirasçının talebi yeterli olup, tüm mirasçıların birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmamaktadır⁷⁵.

Lehine vasiyet yapılan vasiyet alacaklıları da koruma önlemleri isteminde bulunabilir⁷⁶. TMK m.633/II hükmü de vasiyet alacaklısına koruma önlemi istemi konusunda yetki vermektedir. Vasiyet alacaklıların istemde bulunacağı önlemlerin ne olduğu kanunda açıkça öngörülmemektedir. Bu konuda takdir yetkisi sulh hâkimine ait olmakla beraber, vasiyet alacaklılarının koruma önlemi talepleri vasiyet alacağı konusu ile sınırlı olmalıdır. Terekenin tespiti yönünden değerlendirdiğimizde, vasiyet alacaklısı ancak vasiyet alacağı konusuna ilişkin olarak tespit isteminde bulunabilmelidir.

Mirasbırakan tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisi atanması hâlinde, görevi kapsamında vasiyeti yerine getirme görevlisinin de terekenin tespiti isteminde bulunabileceği kabul edilmelidir⁷⁷. Mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemler kapsamında koruma önlemi olarak terekenin tespiti istemi de yer almaktadır.

Tereke alacaklılarının da terekenin korunması önlemleri kapsamında terekenin tespiti isteminde bulunabileceği öğretide savunulmaktadır⁷⁸. Son olarak, TMK m.589'un verdiği yetkiyle sulh hukuk hâkimi hiçbir ilgili talep etmese dahi koruma önlemi kapsamında re'sen terekeyi tespit edebilecektir.

Görüldüğü üzere, mirasın hükmen reddinin tespiti davasında davacı sıfatı yalnızca yasal ve atanmış mirasçılara aitken, terekenin tespitinde istemde bulunma yetkisi mirasçılar dışındaki ilgili kişilere de tanınmaktadır.

b. Davalı

Terekenin tespiti, çekişmesiz yargı işi olup, hasımsız olarak görülür. Bu dava delil tespiti niteliğinde olduğundan ötürü, davaya asli veya feri müdahalede bulunulması da söz konusu olmaz.

⁷⁴ İnan, Ertaş ve Albaş, s.491; İmre ve Erman, s.320; Öztan, s.365; Çabri, N.300.

⁷⁵ Yargıtay 8. HD., T. 14.11.2014, E. 2013/15812, K. 2014/20909. Lexpera, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

⁷⁶ İnan, Ertaş ve Albaş, N.1525; İmre ve Erman, s.320; Ayiter/Kılıçoğlu, s.212; Öztan, s.365; Çabri, N.301.

⁷⁷ İnan, Ertaş ve Albaş, N.1525; Ayiter/Kılıçoğlu, s.212; Öztan, s.365. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin de terekenin tespiti isteminde bulunabileceğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 03.05.2016, E. 2015/12713, K. 2016/5277. Lexpera, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

⁷⁸ İmre ve Erman, s.321; Ayiter/Kılıçoğlu, s.212; Çabri, N.304; Şimşek, s.27.

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

TMK m.589 hükmünün açık ifadesi mirasın geçmesinde koruma önlemlerinin alınmasında görevli mahkemeyi sulh hukuk mahkemesi olarak belirlemektedir. Bu bağlamda, terekenin tespiti konusunda da görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir.

Terekenin tespitinde yetkili mahkeme ise, TMK m.589/I'de kural olarak mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi olarak öngörülmektedir⁷⁹. Mirasbırakanın yerleşim yerinden başka bir yerde ölmüş olması hâlinde ise TMK m.589/IV farklı kurala yer vermektedir. Buna göre mirasbırakan, yerleşim yerinden başka bir yerde ölmüş ise, o yerin sulh hâkimi bu ölümü yerleşim yeri sulh hâkimine gecikmeksizin bildirir ve mirasbırakanın ölüm yerinde bulunan mallarının korunması için gerekli önlemleri alarak bununla ilgili dosyayı ve varsa vasiyetnameyi yerleşim yeri sulh hâkimine gönderir. Mirasbırakanın yerleşim yerinin bulunduğu veya mirasbırakanın öldüğü yerde olmayan bir mahalde tereke malları bulunsa ve tedbir gerekse dahi, o yerin sulh hakiminin yetkisi bulunmamaktadır⁸⁰.

4. Süre

Koruma önlemleri ve dolayısıyla terekenin tespiti istemi ile ilgili olarak Türk Medeni Kanunu'nda bir zamanaşımı⁸¹ veya hak düşürücü süre öngörülmemiştir⁸². Mirasın paylaşılmasına kadar terekenin tespiti isteminde bulunulabilir.

Terekenin tespiti isteminde süre konusunda TMK m.590/I, b.3 düzenlemesi yanıltıcı olmamalıdır. Söz konusu hükümde, mirasçılardan veya ilgililerden birinin, ölüm tarihinden başlayarak bir ay içinde istemde bulunması hâlinde defter tutma işleminin gecikmeksizin tamamlanacağı ifade edilmektedir. Terekenin tespiti istemiyle beraber TMK m.590 kapsamında defter tutma isteminde bulunmanın önünde hukukî bir engel bulunmamaktadır. Burada öngörülen bir aylık süre, terekenin tespiti yönünden de bir hak düşürücü süre niteliğinde olmayıp⁸³, sulh hâkimine yönelik bir emir -defter tutma işleminin gecikmeksizin tamamlanması yönünde- niteliğindedir⁸⁴. Dolayısıyla, TMK m.590/I, b.3'te yer alan hüküm bir düzen kuralı niteliğindedir⁸⁵.

⁷⁹ Yargıtay 5. HD., T. 07.11.2022, E. 2022/13297, K. 2022/15362. Lexpera, Erişim Tarihi: 05.11.2024.

⁸⁰ Dural ve Öz, N.1610.

⁸¹ Tereke tespiti isteminin zamanaşımı süresine tabi olmadığı yönündeki kararlar için bkz. Yargıtay 3. HD., T. 03.10.2023, E. 2023/3413, K. 2023/2480. Lexpera, Erişim Tarihi: 06.11.2024.

⁸² Kocayusufpaşaoğlu, s.567 vd.; Dural ve Öz, N.1617; Oğuzman, s.275; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1537; Öztan, s.367; Antalya, N.1625; Çabri, N.315c; Kurşat, s.62. Aksi görüşte Dural ve Öz, N. 1616.

Tereke tespiti isteminin süreye bağlı olmadığı yönündeki kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 02.07.2015, E. 2015/1800, K. 2015/7430; Yargıtay 2. HD., T. 15.04.2013, E. 2012/13200, K. 2013/10516; Yargıtay 8. HD., T. 14.11.2014, E. 2013/15812, K. 2014/20909; Yargıtay 14. HD., T. 01.10.2020, E. 2016/15190, K. 2020/5706. Lexpera, Erişim Tarihi: 09.11.2024.

⁸³ Bu sürenin hak düşürücü süre olmadığı ve bir aylık süre geçirilirse dahi, koruma önlemi olarak tereke tespiti ve defter tutma talebinde bulunulabileceği yönündeki kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 24.01.2019, E. 2016/6232, K. 2019/767; Yargıtay 14. HD., T. 02.07.2015, E. 2015/1800, K. 2015/7430; Yargıtay 2. HD., T. 15.04.2013, E. 2012/13200, K. 2013/10516. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s.567 vd.; Oğuzman, s.275; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1537; Öztan, s.367; Antalya, N.1625. Aksi görüş için bkz. Dural ve Öz, N.1616; İyilikli, s.61.

⁸⁵ Antalya, N.1615.

5. Terekenin Tespiti İsteminde Re'sen Araştırma

Terekenin tespiti isteminde sulh hâkiminin re'sen araştırma ödevi altında olup olmadığı konusunda Türk Medeni Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu meseleyi aydınlatmak için Türk Medeni Kanunu'nun bu konuda benimsediği sistematik üzerinden değerlendirme yapılması yerinde olur.

TMK m.589 vd. hükümleriyle düzenlenen koruma önlemlerinin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığı ifade edilmişti. Bununla beraber kanun koyucu, TMK m.589/II'de koruma önlemi olarak terekede bulunan mal ve hakların yazımını, terekenin mühürlenmesini, terekenin resmen yönetilmesini ve vasiyetnamelerin açılmasını özellikle saymıştır. Bu bakımdan Türk Medeni Kanunu'nun genel koruma önlemleri ve özel koruma önlemleri şeklinde bir sistematik benimsediği ifade edilebilir⁸⁶. Genel koruma önlemleri konusunda kazuistik bit metot benimsenmeyip, ilgililere istem, sulh hâkimine de takdir konusunda oldukça geniş bir hareket alanı bırakılmıştır. Dolayısıyla, terekenin tespiti yönünden de benimsenen bu sistem kapsamında irdeleme yapmak gerekir.

Uygulamada ilgililerin terekenin tespitiyle birlikte bazen defter tutulması isteminde bulunduğu bazen de bu istemde bulunmadığı görülmektedir. TMK m.590 hükmünde düzenlenen “defter tutma” kavramı, TMK m.589/II'de yer alan “terekede bulunan mal ve hakların yazımı” koruma önlemine karşılık gelmektedir⁸⁷. Belirtmelidir ki, TMK m.590 hükmünde sayılan hâller dışında da terekenin tespiti istemiyle beraber defter tutma talebinde bulunulabilir. TMK m.590 ile kanunun amaçladığı, bu hükümdeki hâllerin varlığı durumunda hâkimin takdir yetkisine sahip olmayıp defter tutma zorunluluğu altında bulunmasıdır. Buradaki belirsizlik kendisini şu noktada göstermektedir: İlgililer terekenin tespiti istemiyle beraber mutlaka terekede bulunan mal ve hakların yazımını talep etmeli midir? İlgililer terekenin tespiti istemiyle beraber terekede bulunan mal ve hakların yazımını (defter tutma) talep etmese bile hâkim re'sen terekede bulunan mal ve hakları araştırıp defter tutacak mıdır?

Genel ve özel koruma önlemleri sistematigi esasen bu soruların cevabına ışık tutmaktadır. Kanaatimizce ilgililer, TMK m.589'un sınırlı sayı ilkesine tabi olmamasının sağladığı geniş hareket imkânıyla defter tutma (terekenin yazımı) talebi olmaksızın terekenin tespiti isteminde bulunabilmelidir⁸⁸. Somutlaştırmak gerekirse, mirasbırakanın terekesi hakkında neredeyse tüm

⁸⁶ Tuor, Schnyder und Jungo, § 76, N.3 ff.; Kocayusufpaşaoğlu, s.564; Oğuzman, s.274 vd.; Eren ve Yücer Aktürk, N.1201.

⁸⁷ Koruma önlemi olarak tutulan defterin terekenin yazımı olarak anlaşılması gerektiği yönündeki kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 02.07.2015, E. 2015/1800, K. 2015/7430; Yargıtay 14. HD., T. 11.09.2018, E. 2016/527, K. 2018/5514; Yargıtay 14. HD., T. 26.11.2018, E. 2016/3699, K. 2018/8222. Legalbank, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

⁸⁸ Talebin, TMK m.589 kapsamında yalnızca tereke tespiti istemli olmasına rağmen tereke defterinin de tutulması gerektiği yönündeki karar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 22.06.2015, E. 2015/2243, K. 2015/6979. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin aksi yöndeki kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “Davacının talebi, TMK'nın 590. maddesinde düzenlenen terekenin resmi defterinin tutulmasına ilişkin olmayıp TMK'nın 589. maddesi gereğince terekenin tedbir mahiyetindeki tespitine ilişkindir. Mahkemece TMK'nın 589. maddesi hükmü çerçevesinde terekenin tespiti ve gerektiği takdirde koruma önlemlerinin alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir”. Karar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 22.12.2015, E.

bilgilere sahip olan mirasçılar, mirasbırakanın yalnızca bir bankada mevduatı bulunup bulunmadığı konusunda terekenin tespiti isteminde bulunabilmelidir. Bu istem sonucunda ise hâkimin terekedeki tüm mal ve hakların yazımı ile ilgili olarak her koşulda re'sen araştırma zorunluluğu altında bulunmadığı kabul edilmelidir. Yargıtay bu konuda aksi görüştedir⁸⁹.

2015/11797, K. 2015/11921. Söz konusu kararda isabetli olarak TMK m.589 ve 590 arasındaki ayrıma dikkat çekilmiştir. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

Terekenin tespiti konusunda mirasçıların talebi dışında yetersiz araştırma yapılmasının doğru olmadığı yönündeki karar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 11.06.2019, E. 2016/6394, K. 2019/5096. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

⁸⁹ Tereke tespitinin talep edilmesi hâlinde terekenin malvarlığı ile ilgili bilgi istenmesinin yanı sıra mahkemece kendiliğinden malvarlığının bulunabileceği tüm bankalar, tapu müdürlüğü, trafik tescil müdürlüğü, ticaret sicil müdürlüğü, ilgili kolluk birimi gibi kurumlara yazı yazılarak terekenin mevcudunun tespit edilmesi gerektiği yönündeki karar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 07.05.2019, E. 2016/9451, K. 2019/4044. Benzer karar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 12.11.2020, E. 2016/16041, K. 2020/7256; İzmir BAM, 14. HD., T. 02.06.2017, E. 2017/365, K. 2017/443. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

Yargıtayın terekenin tespiti istemini hükmen reddin tespiti davasına yaklaştırdığı ve re'sen araştırma görevine vurgu yaptığı bir başka kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "Öte yandan, mirasçının, mirası reddetmekteki amacını belirleyebilmek için başvurulacak bir diğer yol da mirasbırakanın ölüm tarihi itibarı ile terekesinin tespiti olmalıdır. Ölüm tarihi itibarıyla, miras bırakanın tüm malvarlığı terekenin aktifini, tüm borçları ise terekenin pasifini oluşturur. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olması terekenin ödemedi aczini ve dolayısıyla da terekenin borca batık olduğunu gösterir (TMK m. 605/2). Mirasbırakanın malvarlığı bulunup bulunmadığının usulüne uygun olarak bankalar, trafik tescil müdürlüğü, vergi daireleri, belediyeler ve tapu müdürlüğü vb. kurum ve kuruluşlardan sorulması, mirasbırakanın alacak ve borçları zabıta marifetiyle de araştırılarak aktif ve pasifinin tereddüde neden olmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 24.04.2017, E.2015/18537, K. 2017/3324. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

"Bu itibarla mahkemece, resmi kurumlardan murisin taşınır ve taşınmaz tüm malvarlığına ilişkin bilgi istenmek, tereke mallarını zilyetliğinde bulunduran veya murise borcu olan mirasçıların murisin mali durumu ile ilgili bilgi vermekle yükümlü oldukları hatırlatılarak bu hususta mirasçılardan bilgi alınmak suretiyle "Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü" 33'üncü maddesi gereğince; ölüm anı itibarıyla terekedeki (taşınır veya taşınmaz) mal ve hakların tespit edilip hükümde gösterilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir." Sulh hâkiminin re'sen araştırma zorunluluğuna işaret eden söz konusu karar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 03.03.2016, E. 2015/2668, K. 2016/2688. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay, 14. HD., T. 12.11.2015, E. 2015/2912, K. 2015/10217. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

Tereke tespiti ile defter tutma talebinin beraber yapılması hâlinde Yargıtay re'sen araştırma zorunluluğu ile ilgili olarak şu şekilde değerlendirmede bulunmuştur: "Somut olaya gelince, murisin vasiyetnamesi ile tenfiz memuru atanan davacı murisin terekesinin korunması önlemlerinden olan tedbir niteliğinde tespit ve defter tutma isteminde bulunmasında hukuki yarı vardır. Ayrıca mirasçılarda murisin terekesinin tespitini isteyebilirler. Bu itibarla murisin terekesinin tespiti için, ülke çapında faaliyet gösteren tüm bankalardan murise ait aktif ve pasif malvarlığı olup olmadığı sorulmalı, murise ait bir taşınmaz olup olmadığının ülke çapında belirlenebilmesi için ...'nden bu hususta araştırma yapılmalıdır. Diğer taraftan murise ait araç bulunup bulunmadığı mirasın açıldığı yer trafik tescil ve şube müdürlüğünden sorularak, murise ait malvarlığı kapsamlı şekilde tespiti için zabıta araştırılması da yapılmalıdır. Ayrıca ...'nden ve ...'ndan murise ait şirket hissesi bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra, tespit edilecek malvarlıkları hüküm yerinde gösterilmek suretiyle hüküm kurulması gerekirken eksik araştırma yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir." Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 03.05.2016, E. 2015/12713, K. 2016/5277. Tereke tespitinin talep edilmesi hâlinde terekenin malvarlığı ile ilgili bilgi istenmesinin yanı sıra mahkemece kendiliğinden malvarlığının bulunabileceği tüm bankalar, tapu müdürlüğü, trafik tescil müdürlüğü, ticaret sicil müdürlüğü, ilgili kolluk birimi gibi kurumlara yazı yazılarak terekenin mevcudunun tespit edilmesi gerektiği yönündeki karar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 07.05.2019, E. 2016/9451, K. 2019/4044. Benzer karar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 12.11.2020, E. 2016/16041, K. 2020/7256; İzmir BAM, 14. HD., T. 02.06.2017, E. 2017/365, K. 2017/443. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

Yargıtayın terekenin tespiti istemini hükmen reddin tespiti davasına yaklaştırdığı ve re'sen araştırma görevine vurgu yaptığı bir başka kararında şu ifadeler yer verilmiştir: "Öte yandan, mirasçının, mirası reddetmekteki amacını belirleyebilmek için başvurulacak bir diğer yol da mirasbırakanın ölüm tarihi itibarı ile terekesinin tespiti olmalıdır. Ölüm tarihi itibarıyla, miras bırakanın tüm malvarlığı terekenin aktifini, tüm borçları ise terekenin pasifini oluşturur. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olması terekenin ödemedi aczini ve dolayısıyla da terekenin borca batık olduğunu gösterir (TMK m. 605/2). Mirasbırakanın malvarlığı bulunup bulunmadığının usulüne uygun olarak bankalar, trafik tescil müdürlüğü, vergi daireleri, belediyeler ve tapu müdürlüğü vb. kurum ve kuruluşlardan sorulması, mirasbırakanın alacak ve borçları zabıta marifetiyle de araştırılarak aktif ve pasifinin tereddüde neden olmayacak şekilde

Her ne kadar sulh hâkimi her somut olayda re'sen araştırma ödevi altında olmasa da gerekli görmesi hâlinde TMK m.589/I'in verdiği yetki ve aynı zamanda ödevle terekede bulunan mal ve hakların yazımı ile defter tutma önlemini alabilir. TMK m.590'da sayılan hâllerin varlığı hâlinde ise, hâkimin takdir yetkisi bulunmayıp, hâkim terekede bulunan mal ve hakları re'sen araştırarak defterini tutma zorunluluğu altındadır⁹⁰. Bununla birlikte, TMK m.590'da yer alan hâllerin varlığı mevcut olmasa dahi, tereke tespiti istemi ile beraber defter tutulması (terekenin yazımı) isteminde de bulunulmuşsa, sulh hâkimi haklı bir gerekçesi olmaksızın bu talebin reddine karar vermemelidir.

Terekenin tespiti istemi ile mirasın hükmen reddinin tespiti davası arasındaki temel farklılıklardan biri de kendisini bu hususta göstermektedir. Mirasın hükmen reddinin tespiti davasında hâkim her koşulda terekedeki aktif ve pasif unsurları kıymetleriyle beraber araştırma zorunluluğu altında iken, terekenin tespiti isteminde hâkimin re'sen araştırma zorunluluğu takdir hakkına bağlı olarak (TMK m.590'daki hâller haricinde) daha esnektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, mirasın hükmen reddinin tespiti davasında terekedeki aktif ve pasif unsurların ölüm tarihindeki kıymetleri de tespit edilirken, terekenin tespitinde yalnızca terekedeki aktif ve pasif unsurların⁹¹ tespiti ile yetinilmektedir. Çalışmamıza konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında bu temel farklılığa dikkat çekilmemesi bir yana, terekenin tespiti istemi dosyasında yapılan tespitlerin mirasın hükmen reddinin tespiti davasına etkisi de soru işaretleri yaratacak şekilde belirsiz bırakılmıştır. Bu sebeple, terekenin tespiti isteminin sonuçlarının da izah edilmesi gereklidir.

6. Terekenin Tespiti İsteminin Sonuçları

a. Maddi Anlamda Etkisi Bakımından

Koruma önlemlerine ilişkin hükümlerin düzen hükmü niteliğinde olması ve yine tereke tespitinin delil tespiti niteliğinde çekişmesiz bir yargı işi olması tereke tespiti isteminin ilgililer arasındaki uyuşmazlıkları çözülmesini doğrudan sağlama fonksiyonu olmadığını gösterir⁹². Bu yönüyle, mirasın hükmen reddinin tespiti davasının maddi sonuçlarına ilişkin tartışmalar terekenin tespiti istemi yönünden vuku bulmaz.

Terekenin tespitiyle birlikte terekede bulunan tüm mal ve hakların yazımının (defter tutma) isteme konu edilmesi hâlinde tutulan defter, resmi defter tutma işlem ve faaliyetine doğrudan temel teşkil etmez⁹³. Tespit istemi sonucunda tutulan defterin sonraki paylaşırma

belirlenmesi gerekmektedir. Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 24.04.2017, E.2015/18537, K. 2017/3324. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

⁹⁰ Dural ve Öz, N.1616; Oğuzman, s.275; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1535; Antalya, N.1624; Kılıçoğlu, s.269; Ayan ve Ayan, s.290; Yılmaz, s.286; Kuşat, s.60.

Hâkimin bu konuda kendisine yapılacak başvuruları kabul etme zorunluluğu bulunduğu yönündeki kararlar için bkz. Yargıtay 14. HD., T. 02.07.2015, E. 2015/1800, K. 2015/7430; Yargıtay 2. HD., T. 15.04.2013, E. 2012/13200, K.2013/10516. Lexpera, Erişim Tarihi: 11.11.2024.

⁹¹ Terekenin tespiti isteminde, sadece terekedeki aktiflerin deftere yazılacağı konusundaki tartışmalar için bkz. Ertan, s.366.

⁹² Kuşat, s.33.

⁹³ Martin Karrer, Nedim Peter und Daniel Leu, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, 2015., Art.553, N.16; Antalya, N.1635.

ve diğer özel hukuk ilişkilerine maddi bir etkisi yoktur⁹⁴. Tutulan kayıtlar, deftere yazılan aktif ve pasif değerlerin gerçekten terekeye ait olduğu konusunda karine oluşturmaz⁹⁵. Bu bakımdan, tereke tespiti maddi hukuk yönünden haklara ve borçlara bir etkisi bulunmamaktadır, verilen hüküm maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımamaktadır. Tespit edilen aktif ve pasif değerlerin varlığı ve kapsamı konusunda diğer mirasçıları ve ilgilileri bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır.

Yargıtay da isabetli şekilde kararlarında tereke tespiti bu niteliğine işaret etmektedir. Yerleşik içtihat olarak kabul edilebilecek bu kararlarda⁹⁶, “koruma önlemi olarak terekenin tespiti işleminin maddi hukuk bakımından haklara ve borçlara bir etkisi bulunmamaktadır. Bu işlem, tespiti yapılan malvarlığı unsurlarının terekeye ait olduğu, tespit edilmeyenlerin de terekeye ait olmadığına delil teşkil etmez. Mirasçıların, tespit olunanlara "onay" vermeleri veya benimsemeleri, onları tespiti yapılmamış olan borçlara ilişkin sorumluluktan kurtarmayacağı gibi, tespit edilmemiş olan tereke alacakları için de talepte bulunamayacakları anlamına gelmez. Mirasçılar, terekenin tespitine rağmen, birbirlerine yahut üçüncü kişilere karşı tespit edilmiş veya edilmemiş (deftere yazılmış veya yazılmamış) olanları ihtilaf konusu yapabilirler. ‘Koruma önlemi’ olarak tutulan defter (terekenin yazımı), sonradan gündeme gelebilecek mirasın bölüştürülmesine yahut başka bir özel hukuk ilişkisine de esas olmaz” şeklinde değerlendirmede bulunmaktadır.

Bu çalışmanın kaleme alınmasına vesile olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da bu konuyla ilgili olarak açıklığa kavuşturulması gerekli noktalar bulunmaktadır. Söz konusu kararda, murisin terekesinin borca batık olduğunun tereke tespit davasında ortaya çıktığı davacılar vekili tarafından iddia edilmiş, kararın devamında borca batıklıkla ilgili başka bir değerlendirmeye yer verilmeksizin “tüm dosya kapsamından terekenin borca batık olduğu” gerekçesiyle direnme kararın usul ve yasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Karar bu bağlamda, terekenin tespiti isteminde tespit edilen borca batıklık durumunun hükmen reddin tespiti davası yönünden de bağlayıcı olduğu yönünden bir izlenim uyandırmaktadır. İfade edildiği üzere, terekenin tespiti neticesinde tespit edilen terekeye ait aktif ve pasif değerlerin maddi anlamda etkisi olmayıp, hükmen reddin tespiti davasındaki borca batıklık tespitine tek başına dayanak teşkil etmez. Mirasın hükmen reddinin tespiti davasında, tereke tespitinde tutulan kayıtlardan

⁹⁴ Karrer, Peter und Leu, BSK ZGB, Art.553, N.16; Schwander, BSK ZGB, Art. 566, N.6; Hrubesch-Millauer, N.1314; Kurşat, 34; Antalya, N.1635.

⁹⁵ Antalya, N.1636.

⁹⁶ Yargıtay 2. HD., T. 15.04.2013, E. 2012/13200, K. 2013/10516. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 14 HD., T. 02.07.2015, E. 2015/1800, K. 2015/7430; Yargıtay 14. HD., T. 12.11.2015, E. 2015/2912, K. 2015/10217; Yargıtay 14. HD., T. 26.11.2018, E. 2016/3699, K. 2018/8222; Yargıtay 14. HD., T. 24.01.2019, E. 2016/6232, K. 2019/767; Yargıtay 14. HD., T. 29.09.2020, E. 2020/1720, K. 2020/5581; İstanbul BAM 6. HD., T. 19.12.2019, E. 2019/545, K. 2019/2004. Lexpera, Erişim Tarihi: 14.11.2024.

Bir başka kararda da Yargıtay, TMK m.589 vd. hükümlerince alınması gerekli önlemlere ilişkin verilen kararların nihai hüküm niteliğinde olmadığından ötürü temyizi de kabil olmadığını belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 14.01.2019, E. 2016/5952, K. 2019/278. Lexpera, Erişim Tarihi: 14.11.2024.

yararlanılarak ve fakat bağımsız olarak re'sen araştırma yapılmak suretiyle olarak terekenin borca batık olup olmadığı tespit edilmelidir⁹⁷.

b. Mirasın Gerçek Reddi Süresine Etkisi Bakımından

Terekenin tespiti istemi ile mirasın gerçek reddi süresi arasındaki ilişki özellikle yasal ve atanmış mirasçılar yönünden önem arz eder. Uygulamada terekenin tespiti kurumuna yalnızca mirası kabul eden veya edecek olan, terekedeki aktif ve pasif unsurlarla ilgili bilgiye sahip olmak isteyen mirasçılar tarafından başvurulmamaktadır. Terekenin borca batıklığı konusunda bilgi sahibi olmayan, mirasın kabulü noktasında kararsızlık yaşayan mirasçıların da terekenin tespiti istemiyle bu durumu tespit ettirmeye çalıştıklarına sıkça rastlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, burada mirasçıların tereke tespiti istemi yerine TMK m.619 hükmünde düzenlenen resmi defter tutma kurumuna başvurabileceği ileri sürülebilir. Ancak, resmi defter tutulması hakkına sahip mirasçıların bu haklarını, mirası reddetme hakkının işlemeye başladığı andan itibaren bir aylık hak düşürücü süre⁹⁸ içerisinde kullanmamaları hâlinde mirasçıların elinde kalacak tek imkân terekenin tespitiyle beraber defter tutma talebinde bulunmak olacaktır.

Bu noktada TMK m.607 hükmü, TMK m.619 hükmü kapsamında süresinde resmi defter tutma talebinde bulunmayan mirasçılar yönünden bir çözüm sunmaktadır. Söz konusu hükme göre, “koruma önlemi olarak terekenin yazımı hâlinde mirası ret süresi, yasal ve atanmış mirasçılar için yazım işleminin sona erdiğinin sulh hâkimi tarafından kendilerine bildirilmesiyle başlar.” Terekenin tespiti istemi ve TMK m.607 ilişkisi bağlamında öncelikle altı çizilmesi gereken, TMK m.607 hükmünün uygulanabilmesi için terekenin tespitiyle beraber terekedeki mal ve hakların yazılmasının (defter tutulması) gerekliliğidir. Tereke tespitinin genel koruma önlemi olarak mı, yoksa özel koruma önlemi olarak mı talep edildiği burada temel rol oynar. TMK m.589 hükmü kapsamında genel koruma önlemi olarak defter tutulması talebi olmaksızın sadece tereke tespiti isteminde bulunulması ve sulh hâkiminin de defter tutulmasını gerekli görmediği hâllerde TMK m.607 uygulama alanı bulmaz. Öte yandan, sadece tereke tespiti isteminde bulunulmasına rağmen sulh hâkiminin TMK m.589’ın kendisine verdiği yetkiyle ve hatta yüklediği ödevle koruma önlemi olarak defter tutulmasına karar verdiği hâllerde TMK m.607’nin uygulanacağı kabul edilmelidir. TMK m.590 hükmü çerçevesinde de koruma önlemi olarak defter tutulmasının zorunlu olduğu hâllerde de TMK m.607 hükmü uygulama alanı bulur. Bu bakımdan şu sonuca varabiliriz: Her terekenin tespiti istemi TMK m.607 hükmü gereğince gerçek ret süresinin sona ermesini ertelemeyiz.

Bu tespitin mirasçılar yönünden taşıdığı önem şu noktada ortaya çıkar. Terekenin pasif unsurları konusunda bilgi sahibi olmayan mirasçılar, TMK m.619 kapsamında resmi defter tutulması talebine ilişkin süreyi kaçırdıktan sonra pasif değerlerin tespiti için koruma önlemi olarak terekenin tespiti isteminde bulunacaktır. Mirasçıların defter tutma (terekenin yazımı)

⁹⁷ “Mahkemece, terekenin tespitine dair dosya kapsamı ile yetinilerek karar verilmiştir. Terekenin tespiti davası, hasımsız görülmüştür. Mahkemece araştırma yapılması ve davalılara delillerini bildirme hakkı tanınması gerekirken hasımsız görülen terekenin tespiti davasında yapılan aktif ve pasif araştırması ile yetinilmiş olması doğru görülmemiştir.” Bkz. Yargıtay 14. HD., T. 20.03.2017, E. 2016/5150, K. 2017/2119. Lexpera, Erişim Tarihi: 14.11.2024.

⁹⁸ Dural ve Öz, N.431; İmre ve Erman, s.382; Eren ve Yücer Aktürk, N.553; Sendi Yakuppur, Resmi Defter Tutma ve Mirasın Tutulan Deftere Göre Kabulü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.74; İyilikli, s.100.

talebi olmaksızın istemde bulunmaları ve sulh hâkiminin de defter tutulmasını gerekli görmemesi hâlinde TMK m.607 devreye girmeyecektir. Mirasçılarının gerçek ret süresinde ret beyanında bulunmamaları hâlinde ise hükmi ret koşulları oluşmamışsa bu durum mirasın kabulü sonucunu doğuracaktır. Tereke borca batık olmamasına rağmen pasif değerleri sebebiyle miras aslında reddetmek isteyen mirasçılar yönünden bu durum sakıncalı sonuçlar doğurur. Bu sebeple, mirasın pasif değerleri konusunda bilgi sahibi olmayan ve TMK m.619 kapsamında resmi defter tutulması talebine ilişkin süreyi kaçıran mirasçılarının koruma önlemi olarak terekenin tespitiyle beraber her koşulda defter tutulması isteminde bulunması yerinde olur. Buna karşılık, mirasın hükmen reddi koşullarının olduğu varsayımında çalışmaya konu kararda olduğu gibi süreye ilişkin tartışmaların önemi kalmaz. Son olarak belirtmek gerekirse, TMK m.607 hükmünden mirasçılarının yararlanabilmesi için mirasın gerçek reddi süresi dolmadan tereke tespitiyle beraber defter tutma talebinde bulunmaları gereklidir.

7. TMK m.619 Kapsamında Resmi Defter Tutulması ve Terekenin Tespiti İstemi İlişkisi

Koruma önlemi olarak terekenin tespiti ve defter tutulması istemi ile TMK m.619'da düzenlenen resmi defter tutma kurumlarının birbirleri ile karıştırılmaması gerekir⁹⁹. Koruma önlemi olarak terekenin tespiti ve defter tutmada terekenin aktif ve pasif unsurlarının kıymetleri takdir edilmeksizin yazılırken¹⁰⁰, TMK m.619 kapsamında resmi defter tutmada terekenin aktif ve pasif unsurlarının değer tespiti de yapılır. Bu yönüyle terekenin tespiti, terekenin durumu hakkında fikir sahibi olmada asli değil, yardımcı bir rol oynar. Öte yandan, TMK m.619 hükmünde düzenlenen resmi defter tutma terekenin durumu hakkında net olarak fikir sahibi olunması ve mirasçılarının seçimlik haklarını kullanması konusunda esas rol oynar¹⁰¹.

Resmi defter tutma neticesinde mirasçılarının yararlanabileceği seçimlik haklar dört tanedir. Bunlar, mirası kayıtsız şartsız kabul, mirası ret, resmi tasfiye ve mirası tutulan deftere göre kabuldür (TMK m.627/I). Görüleceği üzere TMK m.619, özellikle terekenin durumunun mirasçılar tarafından açık olarak bilinmediği hâllerde terekenin durumunun net olarak belirlenmesi ve sorumluluğun sınırlandırılması amacına hizmet eder¹⁰². Koruma önlemi olarak terekenin tespiti ve defter tutulmasında ise mirasçılara tanınan bir seçimlik hak bulunmadığı gibi sorumluluğu sınırlandırıcı bir işlev de bulunmaz. Ayrıca, terekenin tespiti istemiyle defter tutulması istemi TMK m.625 hükmünün uygulanmasını sağlamaz. Bundan dolayı, mirasbırakan aleyhine ölümünden önce başlatılmış veya mirasçılara tereke borçları nedeniyle başlatılacak icra takipleri terekenin tespiti istemiyle durdurulamaz.

⁹⁹ Karrer, Peter und Leu, BSK ZGB, Art.553, N.6; Schwander, BSK ZGB, Art. 566, N.6; Hrubesch-Millauer, N.1328; Kocayusufpaşaoğlu, s.566; Dural ve Öz, N.1618; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1533 Kurşat, s.49.

¹⁰⁰ Escher, ZK ZGB, Art.553, N.1; Karrer, Peter und Leu, BSK ZGB, Art.553, N.2; Kocayusufpaşaoğlu, s.566; Kurşat, s.50.

¹⁰¹ Tuor, Schnyder und Jungo, § 78 N.1; Kurşat, s.49; Yakuppur, s.19 vd.

¹⁰² Kocayusufpaşaoğlu, s.635; Oğuzman, s.300; İnan, Ertaş ve Albaş, N.1702; Ayiter ve Kılıçoğlu, s.246; Aybay ve Aybay, s.119; Serozan ve Engin, § 6 N.86; İmre ve Arman, s.380; Yakuppur, s.19 vd.

Son olarak, koruma önlemi olarak terekenin tespiti ve defter tutma talebinde bulunulması, TMK m.619/II'de yer alan bir aylık hak düşürücü sürenin uzamasına neden olmaz¹⁰³. Bu açıdan değerlendirildiğinde, terekenin aktif ve pasif unsurlarıyla teşkil ettiği değer konusunda bilgi sahibi olmayan mirasçıların koruma önlemi olarak terekenin tespiti ve defter tutma istemi yerine TMK m.619 kapsamında bir aylık hak düşürücü süre içerisinde resmi defter tutulması talebinde bulunması yerinde olur.

SONUÇ

Terekenin tespiti istemi ve mirasın hükmen reddinin tespiti davası özellikle terekenin aktif ve pasif unsurlarının mirasçılar tarafından net olarak bilinmediği durumlarda keşişebilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.09.2010 tarihli ve E. 2010/2-379, K. 2010/413 sayılı kararına konu uyuşmazlık da bu keşişime örnek teşkil eden kararlardandır. Uygulamada, terekenin aktif ve pasif değerleri konusunda bilgi sahibi olmayan mirasçılar esasen birbirlerinden tamamen farklı özellikler barındıran terekenin tespiti istemi, mirasın hükmen reddinin tespiti davası ve TMK m.619 kapsamında resmi defter tutma kurumlarından hangisine başvurulması gerektiği konusunda da kararsızlık yaşamaktadırlar. Söz konusu ilke kararının birbirinden farklı bu üç hukuki kurum ekseninde değerlendirilmesi bu sebeple önem taşımaktadır.

Mirasın hükmen reddi, mirasın reddedilmiş sayılmasına ilişkin karine teşkil ettiğinden, mirasın reddinin gerçekleşmesi için mirasçılarının ret beyanında bulunmalarına gerek yoktur. Mirasın hükmen reddinin tespiti davası da bu karinenin çürütülmesinin engellenmesinde rol oynar. Mirasın hükmen reddinin tespiti davası tespit davası niteliğinde olup, bu davada hâkim ölüm tarihinde mirasbırakanın borca batık bulunması, borca batıklığın mirasın açıldığı an itibarıyla açıkça belli ya da resmen tespit edilmiş olması ve son olarak mirasçılarının açık ya da örtülü olarak mirası kabul etmemiş olmadıkları şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder. Kanun hükmen ret ile ilgili “ödemeden aciz olma” terimini kullanmış olsa da bunun “borca batıklık” olarak okunması isabetli olur. Bu davada hâkim hüküm ret koşullarının oluşup oluşmadığını re’sen araştırmakla yükümlüdür. Bu yapılırken, yalnızca terekenin aktif ve pasif unsurlarının tespiti ile yetinilmez, aktif ve pasif unsurların da ölüm tarihindeki kıymeti tespit edilir.

Mirasın hükmen reddinin tespiti davası tespit davası niteliğinde olduğundan ötürü çekişmeli yargı işidir. Bu davanın amacı esasen hüküm retten yararlanacak mirasçılarının tereke alacaklılarına karşı maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir karar almalarıdır. Yargıtay da kural olarak mirasın hükmen reddinin tespitine ilişkin davanın tüm alacaklılara yöneltilmesi gerektiği görüşündedir. Bu görüşün altında, tereke alacaklılarının mirasçılara karşı tereke borçlarına ilişkin olarak dava açması veya takip başlatması ihtimaline karşı mirasçılarının elinde mirasçılık sıfatının sona erdiğine ilişkin kesin delil niteliğinde mahkeme ilamı bulunması düşüncesi yatar. Buradaki tartışılmalı mesele ise bu davanın, davaya taraf olmayan alacaklılara karşı

¹⁰³ Antalya, N.1634. Eren, TMK m.615’in kıyasen uygulanmasıyla önemli bir sebebin varlığı hâlinde, bir aylık sürenin uzatılması veya yeni bir süre verilmesinin mümkün olduğu görüşü için bkz. Aynı görüşteki yazarlar için bkz. Escher, ZK ZGB, Art. 580, N.8; Eren ve Yücer Aktürk, N.1482; Antalya, N.1883.

hüküm ifade edip etmeyeceğidir. HMK m.303 hükmü kapsamında değerlendirildiğinde, mirasın hükmen reddinin tespiti ilişkin kararın maddi anlamda kesin hüküm kabul edilip, kesin delil niteliğine sahip olabilmesi için her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir. Dolayısıyla, HMK m.303'e göre davaya taraf olmayan tereke alacaklılarına karşı mirasçılarının tekrar tekrar bu davayı yöneltmesi gerekir. Ancak bu durumun, hükmî ret kurumuna olan güveni zedeleyici ve yine bu hukukî kurumu işlevsizleştirecek sonuçlar doğuracağı göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan, teorik olarak sorun oluşturacak olsa da tespit hükmünün diğer tereke alacaklılarına karşı da kesin delil olarak öne sürülmesinin kabulü gerekir. Hâkimin bu davada re'sen araştırma yükümlülüğü altında olması ve hükmî reddin itiraz niteliği bu sonucu destekler. Diğer tereke alacaklılarının haklarının da korunabilmesi ve hükmî ret kurumuna olan güvenin zedelenmemesi amacıyla, de lege ferenda olarak mirasın hükmen reddinin tespiti davasında tüm alacaklılara resmi defter tutulmasında olduğu gibi (TMK m.621) ilan yoluyla davanın bildirilmesi usulü benimsenmelidir.

TMK m.619 kapsamında resmi defter tutulması talebinde bulunulması hâlinde ise artık mirasın hükmen reddinin tespiti davası açılmasının faydası ve anlamı kalmaz. Çünkü, resmi defter tutulmasının talep edilmesi hâlinde, sulh hukuk hâkimi terekenin defterini tutarak kabul veya ret beyanında bulunulması için mirasçılara çağrı yapar. Dolayısıyla, mirasın hükmen reddi ile amaçlanan neticeye TMK m.619 ile ulaşılır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, mirasın hükmen reddinin tespiti davası sonucunun davanın tarafı olmayan tereke alacaklılarına karşı hüküm ifade edip etmeyeceği tartışmaya açıktır. Bu sebeple, terekenin borca batık olup olmadığı konusunda bilgisiz olan, mirasın gerçek reddine ilişkin beyanda da bulunmak istemeyen mirasçılar için izlenmesi gerekli yol TMK m.619 kapsamında terekenin resmi defterinin tutulmasından geçmektedir.

Terekenin tespiti istemi ise koruma önlemi niteliğinde olup, terekenin aktif ve pasif unsurlarıyla ilgili bilgisizliğinin giderilerek mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla terekeyi oluşturan unsurların belirlenmesinde, tereke unsurlarının hak sahiplerine geçişi için koruma önlemlerinin alınmasında veyahut mirasın reddi kurumuna başvurulmasında işlev gösterir. Terekenin tespiti istemi niteliği itibarıyla bir dava olmayıp, ihtiyati tedbir gibi bir hukukî koruma hedefleyen delil tespiti niteliğinde bir hukukî kurumdur. Bu niteliğine bağlı olarak çekişmesiz yargı işidir. Terekenin tespiti isteminde, mirasın hükmen reddinin tespiti davasının aksine terekedeki aktif ve pasif unsurların tespiti ile yetinilmesi yeterlidir. Çekişmesiz yargı işi olduğundan ötürü hasımsız olarak görülür ve tereke tespitinin maddi hukuk yönünden haklara ve borçlara bir etkisi bulunmaz. Terekenin tespiti isteminde tespit edilen borca batıklık durumu hükmen reddin tespiti davası yönünden bağlayıcı olmaz.

Terekenin tespiti istemiyle beraber koruma önlemi olarak defter tutulmasının zorunlu olup olmadığı, hâkim re'sen araştırma ödevi altında olup olmadığı soruları da Türk Medeni Kanununda benimsenen sistematik çerçevesinde çözülür. Türk Medeni Kanunu genel koruma önlemleri ve özel koruma önlemleri şeklinde bir sistematik benimsemektedir. TMK m.589'un sınırlı sayı ilkesine tabi olmaması doğrultusunda sağladığı geniş hareket imkânıyla defter tutma (terekenin yazımı) talebi olmaksızın terekenin tespiti isteminde bulunulabileceğinin kabulü

gerekir. Bu durumda ise hâkimin re'sen araştırma zorunluluğu altında bulunduğu söylenemez. Ancak, TMK m.589'un verdiğı yetki ve yüklediğı ödev ile hâkim gerekli görmesi hâlinde re'sen araştırma yapabilir. Bununla beraber, TMK m.590'daki özel koruma önlemleri kapsamında terekenin tespitiyle defter tutmada hâkim re'sen araştırma yükümlülüğü altındadır. Defter tutulmaksızın terekenin tespiti isteminde bulunulduğu hâllerde TMK m.607'de düzenlenen gerçek ret süresinin sona ermesinin ertelenmesinden yararlanılamayacağını da göz önünde tutulması gerekir.

Terekenin tespiti istemi ile TMK m.619 kapsamındaki resmi defter tutma kurumları da birbirlerinden farklıdır. Koruma önlemi olarak terekenin tespiti ile defter tutmada terekenin aktif ve pasif unsurları tespit edilirken, TMK m.619 kapsamındaki resmi defter tutmada terekenin aktif ve pasif unsurlarının değerleri de saptanır. Koruma önlemi olarak terekenin tespiti ve defter tutulmasında, TMK m.619'un aksine mirasçılara tanınan bir seçimlik hak bulunmadığı gibi sorumluluğu sınırlandırıcı bir işlev de bulunmaz. Son olarak, terekeyle ilgili bilgi sahibi olmayan mirasçıların TMK m.619'daki bir aylık süreyi kaçırmaları hâlinde, defter tutulması istemli olarak terekenin tespiti isteminde bulunmaları TMK m.607 hükmünden yararlanarak gerçek ret süresini uzatmalarını sağlar.

Netice olarak, terekenin aktif ve pasif unsurları hakkında bilgi sahibi olmayan, mirasın reddi konusunda kararsızlık yaşayan mirasçıların TMK m.619 kapsamında hak düşürücü süreyi göz önünde tutarak resmi defter tutulması talebinde bulunmaları menfaatlerine olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet, “Hükmi Reddin Tespiti Davası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25/Sayı 2 (2019), Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s.520-540.
- Akkanat, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Antalya, O. Gökhan, Miras Hukuku Cilt III, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2021.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan, Miras Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, 2023.
- Aybay, Aydın ve Memet Erdem Aybay, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, 2023.
- Ayter, Nuşin ve Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 1989.
- Berki, Şakir, Miras Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- Bilgen, Samim, “Borca Müstağrak Tereke”, ABD, S.6 (1953), s.497-499.
- Birinci Uzun, Tuba, “Tereke Borcunun Bir Kısmını Ödedikten Sonra Mirasçının Hükmi Ret Karinesinden Yararlanıp Yararlanamayacağı Meselesi ve Konuya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.02.2013 Tarihli ve E. 2013/2-1607 K. 2013/1675 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, Akdeniz Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13/S.2 (2023), s.989-1027.
- Breitschmid, Peter, Martin Eggel, Eitel Paul, Roland Fankhauser, Thomas Geise und Alexandra Jungo, Erbrecht, 5. Kapitel: Erbgang, Schulthess, 2023.
- Coquoz, R., Mirasın Reddinin Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri, Çeviren J. Güral, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8/Sayı 1 (1951), s.685-695.
- Çabri, Sezer, Miras Hukuku Şerhi Cilt II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2023.
- Druey, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, Bern, Stämpfli Verlag, 5. Auflage, 2002.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 19. Baskı, 2023.
- Escher, Arnold, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), Zürih, Schulthess, 3. Auflage, 1960.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2023.
- Gençcan, Ömer Uğur, Türk Miras Hukukunda Mirasın Reddi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024.
- Günel, Aydın Ebrar, Mirasın Reddi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, Platon Hukuk, 3. Baskı, 2023.
- Hatemi, Hüseyin, Miras Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 10. Baskı, 2020.
- Hatinoğlu, Beren, Mirasın Hükmen Reddi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Helvacı, İlhan, Mirasın Reddi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002.
- Horozoğlu, Orçun, Mirasın Hükmen Reddi ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Hoşlan, Osman, “Mirasın Reddi”, Adalet Dergisi, Cilt 65/Sayı 7 (1974), s.554-585.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman, Miras Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 17. Baskı, 2024.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertay ve Hakan Albaş, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2024.
- İyilikli, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Terekenin Resmi Defterinin Tutulması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

- Kalaycı, Evrim, Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiyesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Karaman, Burak Furkan, Terekenin Korunması Önlemleri, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Karrer, Martin, Nedim Peter und Daniel Leu, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, 2015.
- Kasımay Şimşek, Ömür, Terekenin Korunması Önlemlerinden Terekenin Resmen Yönetilmesi, İstanbul, Platon Yayıncılık, 2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Miras Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, 2023.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, 2024.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın, Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2021.
- Kurşat, Zekeriya, Terekenin Korunması Önlemleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- Oğuzman, M. Kemal, Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, 1995.
- Öztan, Bilge, Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, 2023.
- Özuğur, Ali İhsan, Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt 1, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 10. Baskı, 2022.
- Petek, Hasan, "Mirasın Hükmen Reddi", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8/Özel Sayı (2013), s.2191-2236.
- Reyhani Yüksel, Sera, Gökçe Canarslan ve Semih Yünlü, Miras Hukuku Cilt I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Rüzgaresen, Cumhuriyet, "Mirasbırakanın Borca Batık Olması", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV/S.1-2 (2010), s.271-311.
- Rüzgaresen, Cumhuriyet ve Murat Erdem, "Terekenin İflas Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XV/Sayı 1-2 (2011), s.231-254.
- Ivo Schwander, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 5. Auflage, 2015.
- Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2022.
- Şahin, Turan, Türk Hukukunda Mirasın Reddi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024.
- Tuor, Peter, Bernhard Schnyder und Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 14. Auflage, 2015.
- Turan Başara, Gamze, "Türk Hukuku Bakımından Mirasın Kazanılmasında Kabul Edilen Prensipler ve Miras Ret Hakkı", Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara, 2012.
- Umar, Bilge, Aciz Hâli – Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüğü Bir Yanlışlık (MK m.605 f. II, 618), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1/Sayı 1 (2004), s.317-324.
- Ürem, Müge, "Miras Ret Hakkının Düşmesine Sebep Olan Haller", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14/S.175-176 (2019), s.779-815.
- Wolf Stephan und Stephanie Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern, Stämpfli Verlag, 2017.
- Yakuppur, Sendi, Resmi Defter Tutma ve Mirasın tutulan Deftere Göre Kabulü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yılmaz, Süleyman, Medeni Hukuk Cilt-IV Miras Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2024.

EXTENDED SUMMARY

**ASSESSMENT OF THE CLAIM FOR THE DETERMINATION OF THE INHERITANCE
AND THE LAWSUIT FOR THE DETERMINATION OF THE JUDICIAL DISCLAIM OF
THE INHERITANCE WITHIN THE SCOPE OF THE DECISION OF THE SUPREME
COURT GENERAL ASSEMBLY OF CIVIL CHAMBERS NUMBERED 22.09.2010
E.2010/2-379 K. 2010/413**

Güray Türker, Asst. Prof.

Istanbul Okan University, guray.turker@okan.edu.tr

○ <https://orcid.org/0000-0002-7845-3961>

The decision of the Supreme Courty General Assembly of Civil Chambers dated 22.09.2010 and numbered E. 2010/2-379, K. 2010/413 is an important decision in terms of both doctrine and practice since it is a decision of principle the request for the determination of the inheritance and the judicial disclaim of the inheritance the interconnectedness and limits of the proceedings for the determination of does not explain in detail the relationship between these two institutions and the actual rejection period of the inheritance This leads to uncertainty in practice. In addition, both legal clarification of the ex officio investigation duty of the judge regarding the institution is required. Finally, the request for the determination of the inheritance and the forfeiture of the inheritance the case for the determination of the official status regulated by Article 619 et seq. of the Turkish Civil Code the intersection of these three legal institutions is considered together with the bookkeeping institution is important in terms of determining the points.

The lawsuit for the determination of the judicial disclaim of the inheritance is in the nature of a declaratory lawsuit. In this lawsuit, the judge is obliged to investigate ex officio whether the conditions for judicial disclaim have been fulfilled. In doing so, not only the active and passive elements of the estate shall be determined, but also the value of the active and passive elements at the date of death shall be determined. When evaluated within the scope of Article 303 of the CCP, in order for the decision regarding the determination of the judicial disclaim of the inheritance to be deemed as a final judgement in material terms and to have the quality of conclusive evidence, the parties, causes of action and the paragraph of judgement of the first case and the conclusion of the second case must be the same. In this respect, although theoretically problematic, it should be accepted that the determination judgement constitutes conclusive evidence also against other estate creditors. The fact that the judge is under the obligation of ex officio investigation in this case and the objection nature of the judicial refusal also support this view. In order to protect the rights of other estate creditors and to prevent damage to the trust in the institution of judicial disclaim, the procedure of notifying all creditors of the lawsuit by way of announcement, as in the case of keeping official books (Art. 621 TCC), may be adopted de lege ferenda. In the event that a request is made to

keep an official ledger within the scope of Article 619 of the TCC, it is no longer useful and meaningful to file a lawsuit for the determination of the judicial disclaim of the inheritance.

The claim for the determination of the inheritance is in the nature of a protective measure and functions in determining the elements that constitute the inheritance as of the date of the death of the heir by eliminating the ignorance about the active and passive elements of the inheritance, taking protective measures for the transfer of the inheritance elements to the right holders or applying to the institution of refusal of inheritance. The request for the determination of the inheritance is not a lawsuit in nature, but a legal institution in the nature of evidence determination that aims a legal protection such as precautionary measures. Due to this nature, it is a non-contentious judicial matter. In the request for the determination of the inheritance, unlike the case for the determination of the forfeiture of the inheritance, it is sufficient to determine the active and passive elements in the inheritance. Since it is a non-contentious judicial proceeding, it is heard without an adversary and the determination of the probate does not have any effect on the rights and obligations in terms of material law. The insolvency determined in the request for the determination of the probate shall not be binding in terms of the case for the determination of the forfeiture. It should be accepted that a request for the determination of the inheritance can be made without a request for bookkeeping (writing of the estate) due to the wide possibility of action provided by Article 589 of the TCC in line with the principle of not being subject to the limited number principle. In this case, it cannot be said that the judge is under the obligation of *ex officio* investigation. However, with the authorisation and duty imposed by Article 589 of the TCC, the judge may conduct an *ex officio* investigation if deemed necessary. However, the judge is under the obligation of *ex officio* investigation in the determination of the inheritance and bookkeeping within the scope of special protection measures under Article 590 of the TCC. Lastly, the claim for the determination of the inheritance and the official bookkeeping institutions under Article 619 of the TCC are different from each other.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ULUSLARARASI VE ULUSAL YÖNÜYLE ORGAN TİCARETİ SUÇU

THE CRIME OF ORGAN TRAFFICKING IN NATIONAL AND INTERNATIONAL CONTEXTS

Dr. Öğr. Üyesi Gülen Soyaslan Akdemir*

ÖZ

Global bir halk sağlığı sorunu olan organ ticareti, organ bağışının yetersiz olması ve gelir adaletsizliğinden kaynaklanmaktadır. Organının işlevini yitirmesi sonucu ölüm ile yaşam arasında olan hasta, kendisine uygun donör bulamadığında para karşılığı organ bulmanın yollarını aramakta, borçları sebebiyle organını para karşılığı bağışlamaya razı olan bir başkasının zor durumundan yararlanarak sağlığına kavuşmaya çalışmaktadır. Bazen de organ bağışı için kanunun öngördüğü kurucu şartlar olmaksızın, genellikle kişilerin rızaları sakatlanmak suretiyle, hukuka aykırı surette organ bağışı gerçekleştirilmektedir. Her iki durumda da insan bedeni nesne konumuna indirgendüğinden, hukukun korumayı amaçladığı temel değerler olan insan onuru ve irade hürriyetine zarar verilmektedir.

Bu makalenin amacı, organ ticaretine hem kriminolojik hem de ceza hukuku perspektifinden bakarak, uluslararası ve ulusal arenada suçun nasıl işlendiği yönünde okuyucuyu aydınlatmak, organ ticareti ile mücadele amacıyla getirilen uluslararası ve ulusal düzenlemeleri inceleyerek ortak yönleri ile farklılıklarını tespit etmek ve Türk mevzuatında geliştirilmesi gereken yönleri ortaya koymaktır. Bu bağlamda özellikle Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile İstanbul Deklarasyonundaki organ ticaretine ilişkin hükümler detaylı surette incelenerek, Türk Ceza Kanunundaki organ ticareti suçu ile benzerlik ve farklılıkları saptanmaya çalışılmıştır. Ayrıca organ ticaretinin başka ülkelerde işleniş şekli ile Türkiye'deki işlenme şekli arasındaki farklılıklar da ortaya konmuştur.

Türk Hukukunda organ ticareti ile ilgili daha önce yapılan çalışmalardan farklı olarak, bu makale suçun unsurlarının ve özel görünüş şekillerinin kategorik ve soyut şekilde incelenmesi yerine, özellikle suç teşkil eden fiillerin kapsamına ve somut olaylardaki işlenme şekillerine değinerek, bunların organ ticareti ile mücadelede yerine getirdikleri fonksiyon konusunda okuyucuyu aydınlatmayı hedeflemiştir.

Anahtar Kelimeler: organ ticareti, organ kaçakçılığı, İstanbul Deklarasyonu, Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, organ nakli, insan onuru.

* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0003-4725-1416 gulensoyaslan@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Organ trafficking, a global public health issue, stems from insufficient organ donations and income inequality. Patients facing life-threatening conditions due to organ failure, unable to find suitable donors, seek organs in exchange for monetary compensation. They exploit the dire circumstances of indebted individuals willing to donate their organs for financial reasons. In some cases, organ donations occur unlawfully, without the foundational legal requirements, often compromising individuals' consent. Both scenarios reduce the human body to an object, undermining fundamental values protected by law, such as human dignity and freedom of will.

This article aims to examine organ trafficking from both criminological and criminal law perspectives, enlightening readers on how the crime is perpetrated internationally and nationally. By analyzing international and national regulations introduced to combat organ trafficking, it seeks to identify commonalities and differences, highlighting areas for improvement in Turkish legislation. In this context, the provisions related to organ trafficking in the Council of Europe's Convention against Trafficking in Human Organs and the Istanbul Declaration are scrutinized in detail, comparing their similarities and differences with the organ trafficking offense in the Turkish Penal Code. Additionally, the article outlines the differences between the methods of committing organ trafficking in other countries and in Turkey.

Unlike previous studies on organ trafficking in Turkish law, this article does not examine the elements and specific forms of the crime in a categorical and abstract manner. Instead, it focuses on the scope of acts constituting the offense and their manifestation in concrete cases, aiming to inform readers about their function in combating organ trafficking.

Keywords: organ trafficking, organ trade, Istanbul Declaration, Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, organ transplantation, human dignity.

GİRİŞ

20. yüzyılın en önemli tıbbi ilerlemelerinden olan organ nakli, ABD’de ilk defa başarılı olarak gerçekleştirildiği 1954 yılından bu yana dünya çapında yüz binlerce insanın hayatını kurtarmış ve yaşam kalitesini yükseltmiş bir uygulamadır.¹ Gönüllü donörler ve ailelerinin fedakarlığı ile organ nakil profesyonellerinin uzmanlığı ve mesleğe adanmışlığı sayesinde, organ nakli hayat kurtaran bir tıbbi müdahale olmanın ötesinde, insanlar arasındaki dayanışmayı pekiştiren bir uygulama olarak yerini almıştır.

Bununla birlikte, organ bağışçı sayısının yetersizliği ve bekleme listesinin uzunluğu karşısında, hastanın vücuduna uygun organ bulmak kolay değildir. Organ bağışlayan insan sayısının azlığı, bekleme listesinin ilerlememesine ve hastaların organ beklerken ölmelerine sebep olmaktadır. Bu durum, hastaları çok geç olmadan organ bulmak için hukuken izin verilen organ nakil prosedüründen ayrılıp, illegal yollarla organ bulmaya yöneltmektedir. Bulunan organ vericisi, para karşılığı organını satacak kadar mali yönden zor durumda olan vatandaşlarımız veya genellikle Pakistan, Mısır ve Hindistan gibi az gelişmiş veya gelişmekte olan ülke vatandaşları olmaktadır. Para karşılığı organ satımının yanında, vericinin rızasını cebir, tehdit, hile gibi yöntemlerle sakatlayarak organ alımı da bir başka yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doğuştan özgür ve otonom bir varlık olduğu kabul edilen insanın, organının para karşılığı veya rızası sakatlanarak elde edilmesi, onun zor durumundan yararlanılması, bireyin nesneleştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum insan hürriyetlerinin ve hukuk sistemlerinin temeli olan insan onuruna aykırıdır. İnsan onurunun korunması en önemli amaç olduğuna göre, organ ticaretinin önlenmesi ve cezalandırılması elzemdir. Bu çalışmanın amacı, organ ticareti suçunun ortaya çıkış sebepleri ile dünyada ve Türkiye’de işleme şekilleri hakkında okuyucuyu aydınlatarak, organ ticaretinin önlenmesi ve cezalandırılması konusunda mevcut olan uluslararası düzenlemeler ile ulusal hukukumuz hakkında bilgi vermek ve Türk hukukunda organ ticareti ile mücadele bakımından geliştirilmesi gereken yönleri ortaya koymaktır.

Makale dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde organ ticaretinin sebeplerinden, suçun işleme şekillerinden, aktörlerinden ve organ ticaretinin cezalandırılmasının gerekçelerinden bahsedilecektir. İkinci bölümde organ ticareti ile ilgili suçlar ile organ ticareti ile mücadele kapsamındaki uluslararası düzenlemelerden, üçüncü bölümde ise bir uluslararası sözleşme olmamasına rağmen uluslararası arenada çok etkili bir doküman olan Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu ve öneminden bahsedilecektir. Dördüncü bölümde ise Türk Ceza Hukukunda organ ticareti suçu, Yargıtay uygulaması ve Türkiye’de suçun işleme şekli dikkate alınarak anlatılacak ve geliştirilmesi gereken yönler vurgulanacaktır.

¹ Kristen D. Nordham and Scott Ninokawa, “The History of Organ Transplantation”, Baylor University Medical Center Proceedings, 35/1 (2021), (p. 124-125).

I. GLOBAL BİR PROBLEM OLARAK ORGAN TİCARETİ, İŞLENME SEBEPLERİ VE ŞEKİLLERİ İLE CEZALANDIRILMASININ GEREKÇELERİ

Tıbbın ilerlemesine bağlı olarak gerçekleştirilen başarılı organ nakli ameliyatları, organ kaybı yaşayıp da nakle ihtiyaç duyan hastaların organ taleplerinin artmasına, canlı veya ölü donör sayısının organ ihtiyacını karşılamaması sebebiyle organ nakli için illegal yollara başvurmalarına sebep olmaktadır. İnternet ile kolaylaşan global iletişim ağı sayesinde yabancı ülkelerde illegal nakil ile uğraşan kişilere ulaşılmakta, alıcı ile yakınlığı bulunmayan canlı donörlerden para karşılığı organ satın alınarak nakil ameliyatları gerçekleştirilmekte, veya insan ticaretine maruz kalan insanların organları alınmaktadır.² Bu durum onurlu bir varlık olan insanın alınıp satılabilen bir nesne konumuna indirgenmesine ve fakir ve savunmasız durumdaki insanların güçlüler karşısında ezilmelerine sebep olmaktadır.

Dünya Sağlık Örgütü, insan organlarının ticarete konu olması sorununu ilk defa 1987 yılındaki kararı ile ortaya atmıştır. İki sene sonra bir başka kararında ise, üye devletlere nakil amacıyla organ alım satımını önlemek için gerekli tedbirleri almaları konusunda çağrıda bulunmuştur. 1991 yılında ise Dünya Sağlık Örgütü İnsan Organ Nakli Üzerine Rehber İlkeleri kabul etmiştir.³ Beşinci rehber ilkenin yorumunda organ ticaretinin neden cezalandırıldığından bahsedilmektedir. Buna göre; hücreler, dokular ve organlar için ödeme yapılması en fakir ve en savunmasız durumda olan insanların büyük ihtimalle haksız yere istismar edilmesine sebep olur, fedakar başısa zarar verir, kar vurgunculuğuna ve insan ticaretine sebep olur. Bu tür ödemeler, bazı kişilerin onurdan yoksun olduğu, yalnızca başkaları tarafından kullanılacak nesneler oldukları fikrini aşılır.⁴

Organ ticareti, canlı veya ölü vericiden geçerli bir rıza olmaksızın veya maddi bir kazanç veya fayda karşılığında organların alınmasıdır.⁵ Bir halk sağlığı ve insan hakları sorunu olan organ ticareti,⁶ aynı zamanda gün geçtikçe büyüyen ciddi bir suçtur. Dünya Sağlık Örgütü ve Avrupa Konseyi, organ ticaretini savunmasız organ donörlerini sömüren kârlı ve ciddi bir organize suç türü olarak kabul etmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün 2007 yılı verilerine göre, dünya çapındaki yaklaşık 60.000 böbrek naklinden %5-10'u organ ticareti yoluyla gerçekleştirilmektedir.⁷ Organ ticaretinin, 12.000 illegal nakilden yıllık tahmini 840 milyon dolar ile

² World Health Organization, WHO Guiding Principles On Human Cell, Tissue And Organ Transplantation, January 2010, (<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341814/WHO-HTP-EHT-CPR-2010.01-eng.pdf>).

³ World Health Organization, Human Organ and Tissue Transplantation, 26 March 2009, (https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/a62/a62_15-en.pdf).

⁴ World Health Organization, WHO Guiding Principles On Human Cell, Tissue And Organ Transplantation, January 2010, (<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341814/WHO-HTP-EHT-CPR-2010.01-eng.pdf>).

⁵ "Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu (2018 Basımı)", son güncelleme 2018, https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_Turkish.pdf.

⁶ U.N. Secretary-General, Preventing, Combating and Punishing Trafficking in Human Organs: Rep. of the Secretary-General, 21 February 2006; *aktaran* Emily Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter", *Boston College Law Review*, 54/3 (2013), (p. 1319). (erişim: 8.10.2024). "A New Convention to Combat Trafficking in Human Organs", son güncelleme 08.07.2014, <https://rm.coe.int/16807212f2>.

⁷ Yosuke Shimazono, "Mapping "Transplant Tourism" (Presentation at the World Health Organization's Second Global Consultation on Human Transplantation, World Health Organization, Cenevre, March 28–30, 2007);

1.7 milyar dolar kâr ile dünyanın en kârlı ilk on suçu arasında yer aldığı düşünülmektedir (2017 yılı verilerine göre).⁸ Böbrek nakli canlı donörlerden gerçekleştirilebilmeleri dolayısıyla en çok gerçekleştirilen ve en ucuz nakil türüdür. Organ ticaretinin geleneksel şeklinde, organ simsarları, satıcıları, alıcıları ve gerekli tıbbi profesyonelleri temin etmek için karmaşık ve uzmanlaşmış ağlar içinde faaliyet gösterirler. Birçok olayda donörler rıza ile organlarını satmakla birlikte, satışa zorlandıkları veya baskı altında organ vermeye razı olduklarına da rastlanmaktadır. Organ tacirleri aynı zamanda, göçmenlere veya sığınmacılara Avrupa'ya geçiş ücretini ödebilmek için organlarını satmaları konusunda baskı da yapmaktadır.⁹

Gerek Dünya Sağlık Örgütü gerekse Avrupa Konseyi, organ ticaretinin sebepleri ve doğurduğu neticeler hakkında farkındalık uyandırmaya çalışmakta, organ ticaretini insan onurunu yok sayan uluslararası bir halk sağlığı problemi olarak kabul etmekte ve çeşitli uluslararası düzenlemelerle devletlerin organ ticareti ile mücadele konusunda işbirliği yapmalarını sağlamaya çalışmaktadır. Organ ticareti bugün İran hariç tüm devletlerde yasaktır.¹⁰

Organ ticaretinin en temel sebebi organ yetersizliğidir.¹¹ Organ bağışının azlığı, nakil bekleme listesinin uzamasına ve hastaların organ beklerken ölmelerine sebep olmaktadır. Türkiye'de 31 Aralık 2023 itibarıyla 32.038 hasta organ bekleme listesinde olup 643.593 kişi organını bağışlamayı organ bağış kartıyla açıkça taahhüt etmiştir.¹² Amerika Birleşik Devletlerinde ise 15 Eylül 2024 itibarıyla 106.837 kişi organ beklemektedir. Her gün 17 kişi organ beklerken vefat etmektedir.¹³ 2023 yılında Türkiye'de 5277, global ölçekte ise 173.848 nakil gerçekleşmiştir.¹⁴

Ölüden organ bağışının azlığı, organ yetersizliğine sebep olan en önemli faktördür. Türkiye'de 2023 yılındaki böbrek nakillerinin 301'i ölüden, 3151'i ise canlıdan

aktaranlar D A Budiani-Saberi and F L Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary On the Global Realities", *American Journal of Transplantation* 8/5 (2008), (p. 927) ve F Ambagtsheer et al., "On Patients Who Purchase Organ Transplants Abroad", *Am J Transplant*, 16/10 (2016), (p. 2800).

⁸ Global Financial Integrity-Channing May, *Transnational Crime and the Developing World*, March 2017, p. xii, (https://gointegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf).

⁹ Global Financial Integrity-Channing May, *Transnational Crime and the Developing World*, March 2017, p. xii, (https://gointegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf).

¹⁰ Frederike Ambagtsheer and Linde Van Balen, "I'm Not Sherlock Holmes': Suspicions, Secrecy and Silence of Transplant Professionals in the Human Organ Trade", *European Journal of Criminology*, 17/6 (2020), (p. 764).

¹¹ Emily Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter", *Boston College Law Review*, 54/3 (2013), (p. 1317); Sarah Shepp, "Priceless Kidney: The Ineffectiveness of Organ Trafficking Legislation", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 46/2 (2019), (p. 388).

¹² Türkiye Organ Nakli Vakfı, Hayat Devam Etsin, 2023, (<https://www.tonv.org.tr/>). Ayrıca 8770 nakil gerçekleşmiştir ve 305 ölü donör vardır.

¹³ Organ bekleme listesindeki hastalardan 89,792'si böbrek, 9,424'ü karaciğer, 850'si pankreas, 3456'sı kalp ve 898'i akciğer nakli beklemektedir. Health Resources & Services Administration, *Organ Donation Statistics: Patients on the Waiting List by Organ*, September 2024, (<https://www.organdonor.gov/learn/organ-donation-statistics#numbers>).

ABD'de 2023 yılında toplamda 47,492 nakil gerçekleşmiş olup, bunların 28,144'ü böbrek, 10,660'ı karaciğer, 4599'u kalp, 3080'i akciğer, 914'ü pankreas, 95'i ince bağırsak naklidir. Global Observatory on Donation and Transplantation, United States of America, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>). Ayrıca bakınız: Health Resources & Services Administration, *Organ Donation Statistics*, September 2024, (<https://www.organdonor.gov/learn/organ-donation-statistics#numbers>).

¹⁴ Türkiye'de 2023 yılında gerçekleştirilen nakillerin 3,452'si böbrek, 1,768'i karaciğer, 40'ı kalp, 15'i akciğer, 1'i pankreas ve 1'i ince bağırsak naklidir. Dünyada gerçekleştirilen nakillerin ise, 112,549'u böbrek, 41,133'ü karaciğer, 10,121'i kalp, 7,814'ü akciğer, 2,054'ü pankreas, 177'si ince bağırsak naklidir. Global Observatory on Donation and Transplantation, Türkiye, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).

gerçekleştirilmiştir.¹⁵ Organ bağışında altın standardı uyguladığı kabul edilen İspanya’da ise 2023 yılında ölüden böbrek nakli sayısı 3,255 iken, canlıdan böbrek nakli sayısı ise 435’tir.¹⁶ ABD’de ise ölüden böbrek nakli sayısı 21,854 iken, canlıdan böbrek nakli sayısı ise 6,290’dır.¹⁷ Türkiye’de ölüden organ bağışı, organ bağışında öncü kabul edilen bahsi geçen ülkelere göre çok zayıftır. Organ yetersizliği ile mücadele için ölüden organ bağışının teşvik edilmesi gerekir.

Organ ticaretinin ikinci sebebi ise gelişmekte olan ülkelerdeki aşırı fakirliktir.¹⁸ Para karşılığı organ talebinin karşılık bulmasının sebebi, organını satmayı göze alacak derecede paraya ihtiyaç duyan çaresiz insanların varlığıdır. Örneğin, Pakistan, fakir vatandaşları tarafından ayakta tutulan en önemli böbrek pazarlarından biri olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Her yıl 2000’den fazla organ satıldığı ve bu organların 2/3’ünün -özellikle Orta Doğu, Güney Asya, Avrupa ve Kuzey Amerika’dan olan- yabancılara satıldığı düşünülmektedir.²⁰ 2007 yılında yapılan bir araştırmaya göre Pakistan’da insanlar ortalama 1737 dolara böbreklerini satmaktadır.²¹ 2006 yılında Doğu Pakistan’da yapılan bir başka araştırmaya göre ise, Pakistan’daki organ satıcılarının yüzde 90’ı okuma yazma bilmemektedir ve aşırı derecede fakirdir. Araştırmaya katılan organ satıcılarından yüzde 62’si 10 ila 30 dolar arasında aylık gelire sahipken, yüzde 32’si ise 10 dolardan az kazanmaktadır. Yüzde 6’sı ise aylık 20 dolardan fazla kazanmaktadır. Bakmakla yükümlü oldukları kişilerin (2-11 kişi) çokluğu ve borçlu olmaları da dikkat çekmektedir. Kendilerine böbreklerini satmaları için 1146 ile 2950 dolar arasında rakamlar taahhüt edildiyse de, araştırmaya katılan organ satıcılarından hiçbirine taahhüt edilen meblağ ödenmemiştir.²² Hindistan’da ise 2002 yılında yapılan bir araştırmaya göre organ satışı ortalama 1410 dolara gerçekleşmektedir.²³ Her iki halde de donörlere taahhüt edilen rakamdan yaklaşık 400 dolar daha azı ödenmiştir. Hindistan’daki bir araştırmada donörlere neden organ sattıklarını sorulduklarında, yüzde 96’sı borçlarını ödemek için olduğundan, yüzde 1’i ekstra para kazanmak istediğinden, yüzde 1’i iş kurmak için sattığından bahsetmiştir.²⁴ Mısır’da ise vericiler böbreklerini 1500 dolara satmıştır.²⁵ Filipin ve Bangladeş’te (1400\$) yapılan araştırmalar da

¹⁵ Global Observatory on Donation and Transplantation, Türkiye, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).

¹⁶ Global Observatory on Donation and Transplantation, Spain, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).

¹⁷ Global Observatory on Donation and Transplantation, United States of America, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).

¹⁸ Shepp, “Priceless Kidney: The Ineffectiveness of Organ Trafficking Legislation”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, (p. 388).

¹⁹ Kelly, “International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter”, (p. 1320).

²⁰ I. Glenn Cohen, “Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 41/1 (2013), (p. 270).

²¹ Syed Ali Anwar Naqvi et al., “A Socioeconomic Survey of Kidney Vendors in Pakistan”, *Transplant International*, 20/11 (2007), (p. 936). Ayrıca bakınız: Pakistanlı adamların 1700 dolara organlarını sattıklarına dair: Anne T. Gallagher, “Trafficking for Organ Removal”, *Contexts* 13/ 1 (2014), (p. 19).

²² Cohen, “Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs”, (p. 270).

²³ Madhav Goyal, Ravindra L. Mehta, Lawrence J. Schneiderman and Ashwini R. Sehgal, “Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India”, *JAMA*, 288/13 (2002), (s.1591).

²⁴ Goyal et al., “Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India”, (p.1591).

²⁵ Sallie Yea, “Trafficking in Part(s): The Commercial Kidney Market in a Manila Slum, Philippines”, *Global Soc. Pol’y*, 10/3 (2010), (p. 364).

organlarını satanların aşırı fakir insanlar olduğunu, ekonomik ihtiyaçlar ve daha iyi bir gelecek için organlarını sattıklarını göstermektedir.²⁶

Benzer şekilde, organ alımı amacıyla insan ticaretine maruz kalan insanların mağduriyetlerinin sebebi de yine ekonomik elverişsizlikten kaynaklanan savunmasızlıktır. İnsan tacirlerinin cebir, tehdit veya aldatmasına maruz kalan, zor durumlarından yararlanılarak başka ülkeye türlü vaatlerle götürülen ve organları rızaları dışında alınan kişilerin organ simsarlarının ticari emellerine alet olmalarının sebebi içinde bulundukları ekonomik çaresizlik ortamı olmasıdır.

Organ ticaretinin en yaygın gerçekleşme şekli, nakil turizmi (*transplant tourism*) adı verilen, organ donörünün veya alıcısının maddi menfaat karşılığında organ nakli amacıyla bir başka ülkeye seyahat etmesi yoluyla olmaktadır.²⁷ Bu ülke organ naklinin gerçekleştirileceği bir üçüncü ülke olabileceği gibi, organ alıcısı veya donörünün vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülke de olabilir.²⁸ Şu halde nakil turizmi şeklindeki uluslararası organ ticareti dört farklı ihtimalde gerçekleşebilir. Birincisi, organ alıcısı kişi A ülkesinden organ satıcısı (donör) ile nakil merkezinin olduğu B ülkesine seyahat edebilir. İkincisi, organ donörü A ülkesinden organ alıcısı ve nakil merkezinin olduğu B ülkesine seyahat edebilir. Üçüncüsü, aynı ülkede yaşayan donör ve alıcının organ naklini gerçekleştirmek üzere nakil merkezinin olduğu B ülkesine seyahat etmeleri şeklindedir. Dördüncüsü ise, farklı ülkelerde yaşayan donör ve alıcının, nakil merkezinin bulunduğu üçüncü bir ülkeye seyahat etmeleri yoluyla.²⁹

Organ ticareti genel olarak Pakistan, Mısır, Hindistan, Bangladeş, Meksika, Çin, Filipinler, bazı Doğu Avrupa (Ör. Moldova) ve Afrika ülkeleri gibi **donör (veya organ) ihraç eden fakir veya gelişmekte olan ülkeler**, ABD, Kanada, İsrail, Birleşik Krallık, Avustralya, Japonya, İsveç, Almanya, Suudi Arabistan gibi **donör ithal eden zengin ülkeler** ile **yasadışı nakil gerçekleştirildiği** ABD, İsrail, Güney Afrika, Filipinler, Latin Amerika ülkeleri ve Doğu Avrupa ülkeleri gibi **genellikle alıcı ile verici ülkelerin arasında yer alan üçüncü devletler** arasında gerçekleşmektedir.³⁰ Organ alıcısı hastalar genellikle zengin ülke vatandaşlarından olup,

²⁶ Yea, "Trafficking in Part(s): The Commercial Kidney Market in a Mania Slum, Philippines", (p. 363); Colleen Naumovich, "Addressing Transplant Tourism Problems and Proposed Solutions: Regulation Instead of Prohibition", Indiana Journal of Global Legal Studies, 27/2 (2020), (p. 411); I. Glenn Cohen, "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs", (p. 270-271).

²⁷ Yosuke Shimazono, "The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information", Bulletin of the World Health Organization, 85/12 (2007), (p. 956); Frederike Ambagtsheer, Damián Zaitch and Willem Weimar, "The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context", Global Crime, 14/1 (2013), (p. 3-4).

Nakil turizmi tanımı için bakınız: "Organ Kaçakçılığı ve Organ Nakli Turizmi İstanbul Deklarasyonu", son güncelleme 2008, (s. 3), https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_Turkish.pdf. Örneğin; Avrupa ve Ortadoğu'dan hastaların Türkiye'ye ve eski Yugoslavya'ya, Güneydoğu Avrupa'dan iş bulma umuduyla bu ülkelere gelen genç erkeklerden organ nakli amacıyla geldikleri bilinmektedir.

Alexander M. Capron and Francis L. Delmonico, "Preventing Trafficking in Organs for Transplantation: An Important Facet of the Fight Against Human Trafficking", Journal of Human Trafficking, 1/1(2015), (p. 57).

²⁸ Shimazono, "The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information", (p. 956-957); "A New Convention to Combat Trafficking in Human Organs".

²⁹ Shimazono, "Mapping 'Transplant Tourism.'"; aktaran Budiani-Saberi and Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary On the Global Realities", (p. 926).

³⁰ Jean Allain, "Trafficking of Persons for the Removal of Organs and the Admission of Guilt of a South African Hospital", Med Law Rev, 19/1 (2011), (p. 117-122); aktaran Ambagtsheer, Zaitch and Weimar, "The Battle for

araştırmalara göre genellikle etnik köken ülkesine, memleketlerine, sosyal bağlarının olduğu, daha önce yaşadıkları veya çalıştıkları ülkeye veya sağlık sistemine aşına olup güvendidikleri menşei ülkeye gitmeyi tercih etmektedirler.³¹

Organ ticareti yasadışı yollarla merdiven altı olarak tabir edilen yasadışı ameliyathanelerde gerçekleşebileceği gibi, naklin gerçekleşeceği ülkenin yasal koşullarına uydurulmak suretiyle ticaretin önlenmesine yönelik hukuki önlemleri atlatarak da gerçekleştirilebilir. Örneğin Türkiye’de merdiven altı ameliyathanelere rastlanılmayıp, sağlık turizmi kapsamında ülkeye gelen yabancıların hukuk sisteminin öngördüğü nakil prosedürünü kullanarak sahte evraklarla nakle hukuka uygun olduğu görüntüsü vererek nakli gerçekleştirdiğini bilmekteyiz.³²

Organ ticaretinin aktörleri sadece organ donörü ve alıcısından oluşmamaktadır. Naklin gerçekleşebilmesi için donör ile alıcı arasındaki iletişimi sağlayacak organ simsarı (veya aracısı) olarak adlandırılabilir üçüncü bir kişiye ve organı temin edecek ve nakli gerçekleştirecek sağlık personellerine ihtiyaç vardır.³³

Organ ticareti internetten yapılan organ satış ilanları vasıtasıyla da gerçekleştirilebilmektedir.³⁴ Organ ticaretine karşı hukuki altyapısı zayıf olan veya hukukları uygulanmayan Mısır, Hindistan, Pakistan, Filipinler ve Sri Lanka gibi dar gelirli ülkelerde hem ameliyat hem de organı içeren internet paylaşımları yapılmaktadır.³⁵ Organ tacirlerinin nakil paketi adı altında tüm illegal nakil prosedürü giderlerini içeren harcama kalemlerinden bir satış paketi oluşturduğu ve web siteleri üzerinden pazarladığı bilinmektedir.³⁶

Türkiye’de de bireysel bazda organ satımına dair internet paylaşımlarının yapıldığı bilinmekte olup, organ ticareti ilan veya reklamı yasağı kapsamında bu kişiler hakkında TCK 91/6 uyarınca soruşturma açılmaktadır.

Yapılan araştırmalara göre, organ ticaretinin donör üzerinde ağır surette olumsuz etkileri olmaktadır. Her şeyden önce, büyük çoğunluğu ameliyat sonrası yeterli sağlık hizmeti ve bakım alamamakta, bu durum sağlıkları üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmakta, çalışma

Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context”, (p. 3-4); Shimazono, “The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, (p. 957); Susanne Lundin, *Organs For Sale: An Ethnographic Examination of the International Organ Trade*, Londra: Palgrave Macmillan, 2015, p. 6.

³¹ Cohen, “Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs”, (p. 272); Ambagtsheer, Zaitch and Weimar, “The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context”, (p. 14-16).

³² Emniyet Genel Müdürlüğü Göçmen Kaçakçılığı ile Mücadele Şube Müdürlüğü birimindeki kamu görevlileriyle yaptığımız görüşme neticesinde bu sonuca varmış bulunmaktayız. Ayrıca bakınız IV-B bölümünde incelenen Yargıtay kararları.

³³ Shimazono, “The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, (p. 956).

³⁴ Shimazono, “The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, (p. 956).

³⁵ Capron and. Delmonico, “Preventing Trafficking in Organs for Transplantation: An Important Facet of the Fight Against Human Trafficking”, (p. 57).

³⁶ Shimazono, “The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, (p. 956).

kabiliyetlerini engellemekte ve uzun dönemde fiziksel ve finansal durumlarını kötüleştirmektedir.³⁷ Ayrıca donörler genellikle gerçekte kendilerine taahhüt edilen meblağdan çok daha az ödeme alabilmekte, asıl parayı organ aracıları kazanmaktadır.³⁸ Bu sebeple donörler ancak nadiren kendilerini organ satmaya iten borçlarını ödeyebilmekte, ekonomik durumları ameliyat sonrası kötüleşmekte ve organlarını satmaları anlamsız hale gelmektedir.³⁹ O halde donörler gerek sağlık gerekse finansal olarak ameliyat öncesi durumdan daha kötü hale düşmektedirler.⁴⁰ Bunlara ek olarak, organ ticaretinin psikolojik ve sosyolojik etkileri de mevcuttur. Bazı organ donörleri operasyondan sonra özsayıgılarını kaybettiklerinden, kendilerini çevrelerinden izole ettiklerinden, organ sattıkları için pişmanlık veya utanma hissettiklerinden, yaşadıkları toplumun kendilerini kınaması veya ayıplamasından çekindiklerinden bahsetmişlerdir.⁴¹ Organ alıcıları açısından ise nakil sonrası enfeksiyon vakıalarına rastlanmıştır.⁴² Bir araştırmada nakil turizmi kapsamında organ satın alanlarda, yerelde organ bağışı kabul edenlere kıyasla daha yüksek oranlarda akut organ reddine rastlanıldığı ortaya konulmuştur.⁴³

Organ ticareti fakir ve çaresiz insanların zor durumlarının sömürülmesine,⁴⁴ insan bedeninin nesneleştirilerek para karşılığı satılabilecek bir eşyaya indirgenmesine sebep olduğundan insan onuruna aykırı bir fiil olarak kabul edilmektedir. Gerçekten, insanın nesne olarak muamele görmesi hukuken ve ahlaken kabul edilebilir değildir. Birey ve nesne ayrımı modern

³⁷ Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter," (p. 1323); Cohen, "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs," (p. 270); Naumovich, "Addressing Transplant Tourism Problems and Proposed Solutions: Regulation Instead of Prohibition," (p. 413); Budiani-Saberi and Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary on the Global Realities," (p. 928); Monir Moniruzzaman, "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar", Medical Anthropology Quarterly, 26/1 (2012), (p. 81); Goyal et al., "Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India", (p.1591).

³⁸ Coğu donörün (27/33) söz verilen ücretin tamamını alamamalarına dair bakınız: Moniruzzaman, "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar", (p. 79).

Böbrek donörlerinin organ alıcısından alınan meblağın 1/3'ünden daha azını teslim aldığına ve aracılardan para kazandığına dair bakınız: Erica D. Roberts, "When the Storehouse is Empty, Unconscionable Contracts Abound: Why Transplant Tourism Should Not Be Ignored", Howard Law Journal, 52/3 (2009), (p. 781); Vivekanand Jha and Kirpal S. Chugh, "The Case Against a Regulated System of Living Kidney Sales", Nature Clinical Practice Nephrology, 2/9 (2006), (p. 466).

³⁹ Jha and Chugh, "The Case Against a Regulated System of Living Kidney Sales", (p. 466); Dean L' Hospital, "The Medium-of-Exchange Paradigm - A Fresh Look at Compensated Live-Organ Donation", Human Rights and Globalization Law Review, 2/1 (2008- 2009), (p. 10); Cohen, "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs", (p. 272); Moniruzzaman, "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar", (p. 80-81); Goyal et al., "Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India", (p.1591).

⁴⁰ Naumovich, "Addressing Transplant Tourism Problems and Proposed Solutions: Regulation Instead of Prohibition", (p. 413); Budiani-Saberi and Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary on the Global Realities", (p. 928); Goyal et al., "Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India", (p.1591).

⁴¹ Moniruzzaman, "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar", (p. 80); Farhat Moazam, Riffat Moazam Zaman and Aamir M Jafarey, "Conversations with Kidney Vendors in Pakistan: An Ethnographic Study", Hastings Center Report, 39/3 (2009), (p. 30, 35); Budiani-Saberi and Delmonico, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary On the Global Realities", (p. 928).

⁴² Cohen, "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs", (p. 273); Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter", (p. 1324).

⁴³ Jagbir Gill et al., "Transplant Tourism in the United States: A Single-Center Experience", Clinical Journal of the American Society of Nephrology, 3/6 (2008), (p. 1822).

⁴⁴ Kelly, "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter", (p. 1323); Capron and Delmonico, "Preventing Trafficking in Organs for Transplantation: An Important Facet of the Fight Against Human Trafficking", (p. 57).

hukuk sistemlerinin en temel yapısal ilkesidir.⁴⁵ Bu ayrımın görünüş şekillerinden birisi, organ nakliyle ilgili birçok uluslararası ve ulusal normda yer alan **insan bedeninin ticarileştirilmesi ilkesidir**. Bu bağlamda insan organının ticarete konu olması, bu durum insan bedeninin nesneleştirilmesine yol açtığından, kınanmaktadır.⁴⁶ Nasıl ki kölelik nesneleştirmenin en açık ve ekstrem haliyse, organ ticareti de maddi bakımdan zorda olan insanın organının ticari nesne olarak kabul edilmesi sebebiyle modern köleliğin bir görünüş şekli olarak kabul edilebilir. O halde organ satmak, kişinin kendini köleleştirmesine benzemektedir.⁴⁷

Özgürlükçü hukuk sistemlerinin temelini oluşturan insan onuruna saygı ilkesinin bir neticesi, insanın ve bedeninin objeleştirilemeyeceğidir. O halde insan organlarının satılabilir bir nesne olarak kabul edilmesine sebep olan organ ticareti, insan onurunun korunması için cezalandırılmaktadır.

II. ORGAN NAKLİ KAPSAMINDA İŞLENEN SUÇLAR VE İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Yasadışı organ nakli kapsamında işlenen iki tür suç vardır: organ ticareti ve organ almak amacıyla insan ticareti suçları. Organ ticareti suçu maddi menfaat karşılığı veya geçerli bir rıza olmaksızın canlı veya ölü donörden organ alınması veya satılması iken; organ almak amacıyla insan ticareti suçu ise organ almak amacıyla ve tehdit, cebir, baskı, aldatma, gücün kötüye kullanılması, insanların zor durumda olmasından yararlanmak, bir kişiyi razı etmek için para ya da bir başka menfaat vermek veya almak gibi araç fiiller vasıtasıyla insanları temin etmek, taşımak, nakletmek, barındırmak ya da alıkoymaktır.

Organ ticareti suçunun konusu insan organı iken, organ almak amacıyla insan ticareti suçunun konusu ise insandır.⁴⁸ Organ almak amacıyla insan ticareti suçunda, organ ticareti suçundan farklı olarak, organ vericisinin bir yerden bir yere gidişine veya barınmasına dair rızasını sakatlayıcı araç fiiller (tehdit, cebir, aldatma vb.) ile organ almaya yönelik özel bir kast mevcuttur. Organ ticareti suçunda ise rıza ya hiç yoktur ya da maddi menfaat temelinde oluşturulmuştur.

Organ ticaretine ilişkin herhangi bir Birleşmiş Milletler Sözleşmesi mevcut değildir. Organ ticaretine ilişkin ilk uluslararası sözleşme ve tek bağlayıcı metin “Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi”dir (2015).⁴⁹ Organ almak amacıyla insan ticareti suçuna ilişkin olarak ise, ilk sözleşme Palermo Protokolü adı verilen 2000 yılında kabul edilen “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın

⁴⁵ Roberto Andarno, “Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity”, *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, 1/ 2 (2017), (p. 120).

⁴⁶ Andarno, “Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity”, (p. 120-121).

⁴⁷ Andarno, “Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity”, (p. 124).

⁴⁸ United Nations and Council of Europe, *Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs*, Fransa: Council of Europe/United Nations, 2009, p. 7, (<https://rm.coe.int/16805ad1bb>).

⁴⁹ “Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs”, <https://rm.coe.int/16806dca3a>; Sylwia Gawronska, “A Critical Look at the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs and What It Means for the Global Fight against Organ- and Transplant-Related Crimes”, *European Criminal Law Review*, 8/3 (2018), (p. 435).

ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol"dür.⁵⁰ Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen ilk metin ise 2005 tarihli "Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi"dir.⁵¹ O halde organ ticaretine ilişkin uluslararası düzenlemeler, insan ticaretine ilişkin düzenlemelere göre çok daha yenidir.

Gerek Palermo Protokolü gerekse Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi insan ticaretine ilişkin aynı tanımı içermektedir. İnsan ticaretini asıl fiiller (*acts*), araç fiiller (*means*) ve özel kast (*mens rea-specific purpose*) ekseninde tanımlamaktadırlar.⁵² Buna göre insan ticareti, **sömürü amacıyla**, tehdit veya güç kullanımı ya da zorlamanın diğer biçimleri, kaçırma, dolandırıcılık, aldatma, gücün veya savunmasız bir durumun kötüye kullanılması ya da bir başkası üzerinde kontrol sahibi olan bir kişinin rızasını sağlamak amacıyla ödeme veya menfaatlerin verilmesi ya da alınması **yalıyla** kişilerin işe alınması, taşınması, nakledilmesi, barındırılması veya kabul edilmesi anlamına gelir. Sömürü, en azından, başkalarının fuhşunun sömürülmesi veya diğer cinsel sömürü biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları, kulluğu ya da organların alınmasını içerir.⁵³

Bu tanıma göre insan ticareti suçunun amacı "sömürü"dür. Özel kastla işlenebilen bir suçtur. Sömürü, kişilerin zor durumundan yararlanmak suretiyle fuhşa sevk edilmelerini, cinsel anlamda kullanılmalarını, zorla çalıştırılmalarını, hizmet ettirilmelerini, köleliğe benzer uygulamaları, kulluğu ve bu makalenin konusu olan organ alımını kapsar. Amacı sömürü olsa da, suçun oluşması için sömürünün fiilen gerçekleşmesi gerekmez, sömürme niyetinin varlığı yeterlidir.⁵⁴

Suçun araç fiilleri ise; cebir, tehdit, şiddet, aldatma, gücün kötüye kullanımı vb. rızayı sakatlayıcı fiillerin gerçekleştirilmesidir. Bir kimsenin çalışma veya eğitim alma vaadiyle kandırılıp Türkiye'ye getirilip fuhuş yapmaya veya organlarını vermeye zorlanmasında olduğu gibi. İnsan ticaretinin asıl fiili ise, bir kimsenin bir yerden bir başka yere (ülke içi veya dışı) götürülmesi, nakledilmesi, bir yerde barındırılması veya işe alınmasıdır. Bahsedilen rızayı sakatlayıcı araç fiillerle ve sömürü özel kastıyla asıl fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda insan

⁵⁰ "Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime", <https://www.ohchr.org/sites/default/files/ProtocolonTrafficking.pdf>; Ambagtsheer, Zaitch and Weimar, "The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in A Global Context", (p. 4). Palermo Protokolü Türkiye tarafından 2003 yılında onaylanmıştır. United Nations Treaty Collection, "Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime", https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=_en.

⁵¹ "Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings", <https://rm.coe.int/168008371d>; Türkiye Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesini 19.03.2009 tarihinde imzalamış, 02.05.2016 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme 01.09.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Council of Europe Treaty Office, "Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 197", <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=197>.

⁵² Nicole J. Siller, "The Codification of Transplant-Related Crimes in the Convention Against Trafficking in Human Organs", *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, 1/2 (2017), (p. 164-165).

⁵³ "Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime", art. 3(a) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/ProtocolonTrafficking.pdf>; "Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings", art. 4(a), <https://rm.coe.int/168008371d>.

⁵⁴ Siller, "The Codification of Transplant-Related Crimes in the Convention Against Trafficking in Human Organs", (p. 165).

ticaretinden bahsedilir. Eğer sömürü maksadı organ almak ise, bu durumda organ almak amacıyla insan ticareti suçundan bahsedilecektir.

Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi, üye devletler tarafından bazı durumların insan ticaretinin ağırlatıcı sebebi olarak düzenlenmesi gerektiğinden bahsetmektedir. 24. Maddeye göre; a) suçun kasıtlı olarak veya ağır ihmalle mağdurun hayatını tehlikeye sokması, b) suçun çocuğa karşı işlenmesi, c) suçun bir kamu görevlisi tarafından görevin ifası sırasında işlenmesi, d) suçun bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halleri ağırlatıcı sebep olarak ihdas edilmelidir. Türk Ceza Kanunu'nun insan ticaretine ilişkin 80. maddesinde ise herhangi bir ağırlatıcı sebebin düzenlenmemesi bir eksikliktir.

Organ ticareti ile ilgili olarak ise, Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi kısa ve öz bir tanım yapmak yerine, birkaç maddesinde organ ticaretine ilişkin cezalandırılması gereken fiilleri sıralamak yolunu tercih etmiştir.⁵⁵ Organ ticareti suçunun özü ve çekirdeği, Sözleşmenin 4. maddesinde “insan organlarının hukuka aykırı nakli” başlığı altında düzenlenmiştir.⁵⁶ Buna göre; canlı veya ölü donörlerden insan organlarının alınması, kasten işlenmesi halinde, aşağıdaki hallerde suç teşkil etmelidir:

a) Organ alımı, canlı veya ölü donörün özgür, bilgilendirilmiş ve belirli rızası olmadan; ya da ölü donör söz konusu olduğunda, organ alımının yasalarca yetkilendirilmemiş olması durumunda;

b) Organ alımı karşılığında, canlı donöre veya üçüncü bir tarafa maddi kazanç ya da benzer bir fayda teklif edilmiş veya sağlanmışsa;

c) Ölü bir donörden organ alımı karşılığında, üçüncü bir tarafa maddi kazanç ya da benzer bir fayda teklif edilmiş veya sağlanmışsa.

Şu halde, rıza olmaksızın veya geçersiz rıza ile gerçekleştirilen canlıdan veya ölüden organ nakli, ilgili kanunların belirlediği şartlar gerçekleşmeden yapılan ölüden organ nakli, donöre veya üçüncü kişiye maddi fayda karşılığı gerçekleştirilen canlıdan organ nakli, üçüncü kişiye maddi fayda karşılığı gerçekleştirilen ölüden organ nakli, organ ticareti suçu kapsamındaki temel fiillerdir.

Bundan başka Sözleşme, üye devletlere aşağıdaki fiilleri suç haline getirme yükümlülüğünü yüklemiştir:

a) Yasa dışı olarak alınmış bir organın nakli veya başka bir şekilde kullanımı (5. Madde)

b) Organların yerel nakil sistemi dışında veya ulusal nakil yasasının temel ilkelerini ihlal ederek nakledilmesi (6. Madde)

c) Organ donörü veya alıcısının, talep edene, işe alana veya üçüncü tarafa maddi kazanç veya benzer yarar sağlamak maksadıyla, talep edilmesi veya işe alınması (7. Madde- 1. bent)

⁵⁵ Türkiye Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni 25/03/2015 tarihinde imzalamıştır, ancak Sözleşme henüz onaylanmamıştır. Bakınız: Council of Europe Treaty Office, “Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 216”, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=216>.

⁵⁶ “Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs”, art. 4-1, <https://rm.coe.int/16806dca3a>.

d) Herhangi bir kişinin, bir insan organının çıkarılması veya naklinin gerçekleştirilmesi ya da kolaylaştırılması amacıyla, sağlık profesyonellerine, kamu görevlilerine veya özel sektör kuruluşlarında herhangi bir pozisyonda çalışan ya da bu kuruluşları yöneten kişilere doğrudan veya dolaylı olarak her türlü uygunsuz yararı vaat etmesi, teklif etmesi veya vermesi (7. Madde-2. bent)

e) Bir insan organının çıkarılmasını veya naklini gerçekleştirmek ya da bu işlemi kolaylaştırmak amacıyla, sağlık profesyonellerinin, kamu görevlilerinin veya özel sektör kuruluşlarında herhangi bir pozisyonda çalışan ya da bu kuruluşları yöneten kişilerin her türlü uygunsuz yarar talep etmesi veya kabul etmesi (7. Madde-3. bent)

f) Yasa dışı olarak alınmış insan organlarının hazırlanması, korunması, depolanması, taşınması, aktarılması, alınması, ithalatı ve ihracatı (8. Madde)

g) Sözleşmedeki suçların herhangi birinin işlenmesi için yardım etme, azmettirme ve teşebbüste bulunma (9. Madde)

Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, devletlere bazı durumların iç hukukta organ ticaretine ilişkin suçların ağırlatıcı sebebi olarak kabul edilmesi yükümlülüğünü yüklemiştir. Sözleşmenin 13. Maddesine göre, aşağıdaki haller, eğer ulusal hukuklarda suçun unsuru niteliğinde değilse, ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmelidir: a) organ ticaretinin mağdurun ölümüne, fiziksel veya zihinsel sağlığında ciddi zarara neden olması, b) makamını kötüye kullanan bir kimse tarafından işlenmesi, c) suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi, d) Sözleşme kapsamındaki suçlardan dolayı failin daha önce mahkum olması, e) suçun çocuğa veya savunmasız başka bir kimseye karşı işlenmesi. Bizim hukukumuzda yalnızca örgüt kapsamında işlenen organ ticareti (TCK md. 91/4) ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir.

Sözleşme 15. Maddesinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilmemesi ve şikayet geri çekilse dahi takibatın devam etmesi gerektiğinden de bahsetmektedir.

Sözleşme 21. Maddesinin 3. Fıkrasında organ ticaretini önlemeye yönelik önlemler kapsamında, üye devletlere, maddi kazanç veya benzer bir fayda sağlamak veya elde etmek amacıyla insan organlarına ihtiyaç olduğu veya organların mevcut bulunduğu reklamının yapılmasının yasaklanması için gerekli yasal ve sair önlemlerin alınması yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu bağlamda TCK md. 91/6'nın çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlamayı cezalandırması, ilgili bölümde de belirtileceği üzere bu suçun organ ticaretini önleme fonksiyonu gören bir önleyici suç niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır.

III. ORGAN TİCARETİ VE NAKİL TURİZMİ İSTANBUL DEKLARASYONU

Organ ticareti ve nakil turizmi konusunda önemli bir gelişme, 2008 yılında Organ Nakli Topluluğu ile Uluslararası Nefroloji Topluluğu tarafından İstanbul'da bir uluslararası toplantının gerçekleştirilmesidir. Dünyanın dört bir yanından (seksen ülkeden) 150'nin üzerinde nakil uzmanının, bilimsel ve tıbbi temsilcinin, hükümet yetkilisinin, sosyal bilimcinin ve etik üzerine çalışan uzmanın bir araya geldiği Zirve Toplantısı sonucunda, Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu yayımlanmıştır. Bağlayıcı bir doküman olmamasına karşın, 135 ulusal ve uluslararası kuruluş tarafından onaylanması dolayısıyla önemli uluslararası etkisi olan bu Deklarasyonda, nakil turizmi ve organ ticareti (kaçakçılığı) tanımlanmış ve bu

uygulamaların eşitlik, adalet ve insan onuruna saygı ilkelerini ihlal ettiğine vurgu yapılmıştır.⁵⁷ Organ bağışını insanlararası dayanışmanın parlayan sembolü olarak niteleyen Deklarasyona göre, organ ticaretinin temel sebebi organ yetersizliği olup, sonucu ise fakirlerin istismar edilmesidir. Organ ticaretini önlemenin yolu ise, organ yetersizliğinin azaltılıp organ bulunabilirliğinin artırılmasından geçer.⁵⁸

Organ bağışının soyluluğuna dikkat çeken Bildirgede, ayrıca eşitlik, bağış ve nakil hizmetleri ile organlara eşit erişim, ayrımcılık yasağı, adalet, savunmasız olanın korunması, organ naklinin karşılıksızlığı gibi organ nakline ilişkin etik ilkeler de ortaya konulmuştur.⁵⁹

İstanbul Deklarasyonu (2008)'nda organ kaçakçılığı, hem organ ticaretini hem de organ almak amacıyla insan ticaretini kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Buna göre;

Organ kaçakçılığı, organ nakli için organların alınmasıyla organları kullanma amacıyla, **organları temin etmek, ulaştırmak, transfer etmek, barındırmak** veya **yaşayan veya ölmüş insanları ya da onların organlarını** tehdit aracılığıyla ya da aldatma, dolandırıcılık, kaçırma, zorlama gibi başka biçimlerde güç kullanarak, ya da insanların zor durumda olmasından yararlanarak potansiyel donör üzerinde transfer kontrolünü sağlamak için üçüncü bir tarafa para vermek ya da ondan para almak veya yarar sağlamaktır.⁶⁰

2018 yılında ise Deklarasyon revize edilmiş, organ ticareti ile organ almak amacıyla insan ticareti fiilleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre;

Organ ticareti, aşağıdaki fiillerden herhangi birinden meydana gelir:

- (a) Canlı ya da ölü vericiden, geçerli rıza ya da yetki olmaksızın veya mali kazanç ya da verici ve/veya üçüncü kişiye yönelik ölçülebilir bir fayda karşılığında organların alınması,
- (b) Bu organların taşınması, saklanması, nakli ya da diğer bir şekilde kullanılması,
- (c) Sağlık mesleği erbabı, kamu görevlisi ya da özel sektör tüzel kişiliği çalışanı tarafından ya da bu kimselere yönelik olarak, organların tanımlanan şekilde alınmasını veya kullanılmasını kolaylaştırmak ya da sağlamak için hukuka aykırı herhangi bir fayda teklif edilmesi,
- (d) Vericilerin veya alıcıların, mali kazanç ya da ölçülebilir bir fayda sağlamak için teşvik veya temin edilmesi,
- (e) Bu fiillerden herhangi birinin işlenmesine yardım etmek veya azmettirmek ya da işlenmesine teşebbüs etmek.

Organ almak amacıyla insan ticareti ise; “organların alımı amacıyla, tehdit ya da zor kullanarak veya cebir kullanma, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, aldatma ya da hile gibi başka biçimlerde gücün kötüye kullanımı yoluyla ya da insanların zor durumda olmasından yararlanarak veya bir başkası üzerinde kontrol sahibi olan bir kişiyi razı etmek için para ya da bir başka menfaat vererek veya alarak insanları temin etmek, taşımak, nakletmek, barındırmak ya da alıkoymaktır”.⁶¹

⁵⁷ “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008 Edition)”, son güncelleme 2008, https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_English.pdf; “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2018 Edition)”, son güncelleme 2018, https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_English.pdf.

⁵⁸ “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008 Edition)”.

⁵⁹ “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008 Edition)”.

⁶⁰ “Organ Kaçakçılığı ve Organ Nakli Turizmi İstanbul Deklarasyonu”.

⁶¹ “Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu (2018 Basımı)”.

O halde organ ticareti, esas itibarıyla maddi bir menfaat karşılığında veya geçerli bir rıza olmaksızın organların alınması iken, organ almak amacıyla insan ticareti ise insanların organlarını almak saikiyle rızaları sakatlanarak bir yerden bir yere götürülmesi veya bir yerde barındırılmasıdır. Her iki fiil de uluslararası toplum tarafından suç olarak kabul edilen fiillerdir.

Eğer organ nakli için seyahat, “organ alımı amacıyla insan ticaretini ya da organ ticaretini içeriyorsa veya bir ülkede ikamet etmeyen hastalara nakil hizmeti sunmaya özgülenmiş kaynaklar (organlar, meslek erbapları ve nakil merkezleri), o ülkenin kendi nüfusuna nakil hizmeti sunma kapasitesini zayıflatıyorsa, nakil için seyahat etik kabul edilmeyen **nakil turizmi** halini alır”.⁶²

İstanbul Deklarasyonu her ne kadar bir uluslararası sözleşme niteliğinde olmasa da, önemli uluslararası etkiye sahip bir bildiridir. Bir önceki bölümde bahsedilen BM ve Avrupa Konseyi Sözleşmelerindeki organ ticareti ve organ almak amacıyla insan ticareti suçlarına ilişkin tanımlar, İstanbul Deklarasyonundaki tanımlarla benzer niteliktedir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ORGAN TİCARETİ SUÇU

Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi (2015) ile İstanbul Deklarasyonu (2018) incelendiğinde, organ ticaretinin temelini teşkil eden iki esaslı fiil olduğu tespit edilmiştir. Birincisi, hukuka aykırı olarak canlı veya ölüden organ alımıdır. İkincisi ise, maddi menfaat karşılığı bir kimseden organ alınmasıdır. Bu ikisi dışında, yasadışı nakle konu olacak organların hazırlanması, depolanması veya nakli, organ naklinde görev alacak kişilere maddi menfaat teklif edilmesi veya bu kişiler tarafından maddi menfaat talep edilmesi ile önleyici suç özelliğindeki organ satışına yönelik ilan veya reklam verme fiilleri gibi ikincil nitelikteki bazı fiiller de cezalandırılacaktır.

Türk Ceza Kanunu da bu anlayıştan hareketle, öncelikle 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun (kıs. Organ ve Doku Nakli Kanunu)’da belirtilen nakil şartlarını taşımayan hukuka aykırı nakiller ile maddi menfaat karşılığı gerçekleştirilen nakilleri suç kapsamına almış; sonrasında ise, nakle konu organları saklama, nakletme veya aşılama ile yasadışı organ bağışına yönelik ilan veya reklam vermeyi cezalandırmıştır.

Gerçekten TCK’nin “organ veya doku ticareti” başlıklı 91. Maddesine göre;

- (1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.
- (4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

⁶² “Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu (2018 Basımı)”, son güncelleme 2018, https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_Turkish.pdf.

- (5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.
- (8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun cezai müeyyidelere ilişkin 15. Maddesi de "Hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılayan, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır" ifadesiyle TCK 91. Maddesine gönderme yapmaktadır.

TCK'ye göre organ veya doku ticareti suçunun kapsamına; a) Canlıdan geçerli rızaya dayanmayan organ veya doku nakli, b) Ölüden hukuka aykırı organ veya doku nakli, c) Canlıdan veya ölüden maddi menfaat karşılığı organ veya doku nakli: organ veya doku satmak, satın almak, satılmasına aracılık etmek, e) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklamak, nakletmek, aşılamak, f) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam vermek veya yayınlamak fiilleri girmektedir.

Makalenin odak noktası organ nakli olduğundan, ilerleyen bölümlerde doku nakli kavramına değinilmeden yalnızca organ nakli kavramı kullanılacaktır. Suç teşkil eden her bir fiil incelenerek ilgili Yargıtay kararlarından bahsedilecek ve organ ticaretinin Türkiye'de pratikte nasıl gerçekleştiği açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

A. HUKUKA AYKIRI OLARAK CANLIDAN VEYA ÖLÜDEN ORGAN NAKLİ

1. Canlıdan Geçerli Rıza Olmaksızın Organ Alma

Organ, insan vücudunda bulunan, farklı dokularca oluşturulan, yapısını, vaskülarizasyonunu ve fizyolojik fonksiyonlarını gerçekleştirme yeteneğini devam ettiren ayrılmış parçadır (32038 Sayılı Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 4/1-r). Organ ve Doku Nakli Kanunu'na göre, canlıdan organ nakli için vericinin rızası gerekmektedir. Rızanın geçerli kabul edilmesi için, rıza gösterme ehliyetine sahip olan kişilerce, belli şekil ve usul şartları takip edilerek açıklanmış olması gerekmektedir. Öncelikle vericinin 18 yaşından büyük ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekir (md. 5). 18 yaşından küçük çocukların veli ya da vasilerinin rızası ile de olsa organlarının nakli yasaktır. Vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli, tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı tutanağın veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın, bir hekim tarafından onaylanması zorunludur (md. 6). Rıza tehdit, cebir, şiddet, aldatma ve korkutma yoluyla alınmamış olmalıdır.

Canlıdan organ nakli sınırlı kişiler arasında olabilir. Birincisi, eşler arasında organ naklidir. Eşlerin en az iki yıldan beri evli olmaları gerekir. Bunun sebebi organ bağıışı amacıyla yapılacak sahte evliliklerin önüne geçmektir. Eğer hastalık evlilikten sonra teşhis edilmişse, eşlerin en az iki yıldır evli olmaları şartı aranmaz. Zira bu durumda organ bağıışı amacıyla sahte evlilik yapılması

ihtimali düşüktür. İkinci grup, dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dahil) kan ve kayın hısımları arasında nakildir. Bu iki kategori için herhangi bir komisyon kararına gerek olmaksızın, ilişkinin kanıtlanmasıyla nakil sürecinin başlatılması gerekir (Organ ve Doku Nakli Kanunu ek madde 2/1).

Üçüncü grup ise, aralarında hısımlık bulunmayanlar arasında gerçekleşecek nakildir. Ancak bunlar arasındaki naklin uygunluğunun etik açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir (Organ ve Doku Nakli Kanunu ek madde 2/2). Organ nakli başvurusunun yapıldığı ilde yer alan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu, donör ile alıcının arasında organ bağışını haklı kılacak bir sebebin veya yakınlığın (arkadaşlık vb. pozitif bir ilişki) bulunup bulunmadığını, donörün rızasının geçerliliğini, bağışın herhangi bir menfaat karşılığı yapıp yapılmadığını inceler. Organ Nakli Etik Komisyonları İl Sağlık Müdürü başkanlığında toplanır. İl emniyet müdür yardımcısı ya da göçmen kaçakçılığıyla mücadele ve hudut kapıları şube müdürü, naklin yapılacağı hastane haricindeki bir kamu hastanesinden bir doktor, naklin yapılacağı hastane haricindeki sağlık kuruluşundan bir ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı, baro tarafından görevlendirilecek bir avukat ile bir sosyal hizmet uzmanından oluşur (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 13). Komisyon, organ bağışı başvurusunda bulunanların aralarındaki ilişkiyi kanıtlayan evraklarını inceleyerek, rızanın sahliliğini ve menfaat karşılığı verilip verilmediğini değerlendirir.

Etik Komisyon değerlendirme aşaması organ ticaretinin önlenmesinde önemli bir aşamadır. Zira sağlık turizmi kapsamında ülkemize gelen yabancılardan bazılarının, sahte evraklarla aralarında gerçekte olmayan yakınlık ilişkisini var göstererek, Etik Komisyon kararıyla legal yollardan organ nakli olmaya çalıştığı bilinmektedir. Benzer durum Türk vatandaşları tarafından da gerçekleştirilebilir. Maddi menfaat karşılığında organ bağışı konusunda anlaşılan donör ve alıcı, birbirlerini tanınamalarına rağmen aralarında nakli gerektirecek bir ilişkinin var olduğunu Etik Komisyon önünde kanıtlayarak, görünürde legal ancak gerçekte hukuka aykırı bir nakli gerçekleştirebilirler. Bu sebeple Etik Komisyonunda, sunulan evrakların sahliliğini araştırarak bir Emniyet Mensubu, tarafların rızalarının geçerliliğini değerlendirmek üzere ruh sağlığı konusunda incelemede bulunacak bir psikiyatrist de bulunur.

Etik Komisyon başvurusunda, alıcı ve vericinin kimlik bilgileri ile nakil için gerekli belgelere ek olarak, alıcı ile verici arasındaki yakınlığın nereden kaynaklandığını gösteren evrak, fotoğraf veya video gibi kanıtlayıcı belgeler, aralarında herhangi bir borç ilişkisinin olup olmadığı konusunda fikir vermek üzere gelir düzeyine ve vericinin alıcıya borcunun olup olmadığına dair beyanları ile komisyonun gerekli gördüğü diğer belgeler yer alır (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 12/6). Komisyon üyeleri taraflara ne zamandan beri birbirlerini tanıdıkları ve birbirlerinin kişisel özellikleri ile ilgili sorular sorarak taraflar arasında gerçekten nakli gerektirebilecek bir yakınlığın veya sair sebebin olup olmadığını tespit etmeye çalışır. Bu kapsamlı değerlendirmenin amacı, nakil başvurusunun gerçekten gönülden, menfaat karşılığı olmaksızın ve geçerli bir rıza ile yapılmasını temin etmek ve organ ticareti vakıalarını önlemektir. O halde Etik Komisyon incelemesi organ ticareti suçunu önleyici bir işlev görür.

İl Organ Nakli Etik Değerlendirme Komisyonunun kararlarına karşı Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu'na itirazda bulunulabilir. Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu, Genel Müdür veya

görevlendireceği en az daire başkanı düzeyinde bir yetkili başkanlığında, Genel Müdür tarafından görevlendirilecek ilgili dairede görevli bir personel, Sağlık Bakanlığında görevli bir hukuk müşaviri, ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı, Emniyet Genel Müdürlüğü Göçmen Kaçakçılığıyla Mücadele ve Hudut Kapıları Daire Başkanlığı tarafından görevlendirilecek en az şube müdürü düzeyinde bir yetkili, tıp etiği alanında çalışmaları olan bir hekim ve sosyal hizmet uzmanından oluşur (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 14). Ulusal Organ Nakli Etik Kurulu itiraz üzerine Etik Komisyonu'nun kararını inceleyerek kararı onaylar, iptal eder veya komisyonun yerine geçip yeniden karar alır. Kurulun kararları kesindir (Organ ve Doku Nakli Kanunu ek madde 2/3).

Rızanın geçerli olabilmesi için özgür iradeye dayanması gerekir. İradenin özgür olması, hiçbir tesir, baskı, tehdit altında olmaması ve aydınlatılmış olması anlamına gelir. Tesir altında veya yeterince bilgilendirilmeden oluşan irade sağlıklı bir irade olmadığı gibi, açıklanan rızanın da geçerliliğinden bahsedilemez. Rızanın ayrıca ahlaka ve hukuka aykırı olmaması da gerekir.⁶³

Kanaatimizce TCK md. 91/1 kapsamında rızanın geçerliliğinin, genel hukuk ilkeleri ile birlikte Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda yer alan organ nakline rızaya ilişkin özel şartların varlığına göre değerlendirilmesi gerekir. Cebir, şiddet, tehdit veya aldatma yoluyla elde edilen rıza geçersiz olduğu gibi, Kanunda gösterilen ehliyet, şekil ve usul kapsamında açıklanmayan rızanın da geçersiz sayılması gerekir. Bu bakımdan öncelikle, rıza ehliyetine sahip olmayan 18 yaşından küçükler, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ile kanunda belirtilen akrabalık ile Etik Komisyon tarafından aranan manevi yakınlık şartını taşımayanların rıza ehliyetine sahip olduğundan bahsetmek kanaatimizce mümkün değildir.⁶⁴

Ayrıca verici tarafından en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli, **tesirden uzak** olarak önceden verilmiş ve hekim tarafından onaylanmış yazılı ve imzalı tutanak veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edilip imzalanan ve daha sonra hekim tarafından onaylanan tutanak olmaksızın açıklanan irade beyanı da geçersiz kabul edilecektir. İki değil de bir tanık huzurunda açıklanan rıza ile hekim tarafından onaylanmayan rızanın da geçersiz olarak kabul edilmesi gerekir. Zira tanıkların sayısı ve hekim onayı, rızanın sahliliğinin tesisine yönelik güvencelerdir. Rızanın geçerliliğinin, kurucu unsurları ile birlikte rızanın gerçekliğine yönelik teminatlarla birlikte bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir.

Rızanın aydınlatılmış nitelikte olması gerekir. Organ nakli ameliyatının şekli, ameliyat sırasında gerçekleşebilecek komplikasyonlar ile ameliyatın alıcı ve verici açısından sonuçlarının ayrıntılı olarak her iki tarafa da anlatılması gerekir. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 7. Maddesi de organ ve doku alacak hekimlerin vericiye “uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek” ile organ ve doku verenin alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak yükümlülüğünden bahsetmektedir. O halde hekim naklin sadece tıbbi sonuçları hakkında değil, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları ile alıcıya sağlayacağı faydalar hakkında da bilgi vermekle

⁶³ Ali Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015, (s. 1204).

⁶⁴ On sekiz yaşından küçükler ile ayırt etme gücüne sahip olmayanların veya bunların kanuni temsilcilerinin rızasıyla dahi olsa organ alımının 91/1. Maddedeki suçu oluşturacağına dair bakınız: Ömer Ömeroğlu, “Organ ve Doku Ticareti Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, 5/42 (2010), (s. 63).

yükümlüdür. Ancak bu halde vericinin rızasının tam anlamıyla aydınlatılmış olduğundan bahsedilebilir.

Geçerli rıza kavramının kapsamına sadece vericinin değil, alıcının rızası da girmektedir. Organ alıcısının da ayırt etme gücüne sahip olması, on sekiz yaşından küçükse kanuni temsilcinin nakle rıza göstermesi ve bu rızanın özgür iradeye dayalı ve aydınlatılmış nitelikte olması gerekir.⁶⁵ Aydınlatılmış rıza bakımından Kanun, verici için hekimlere genel aydınlatma yükümlülüğüne ek olarak özel bazı hususlarda bilgilendirme yükümlülüğü getirmişken (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 7/a, b), alıcı açısından bu şekilde aydınlatılması gereken ek hususlar öngörmediğinden, ameliyat için aranan genel aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin yeterli olacağı kanaatindeyiz. Zira organ naklinde asıl fedakarlığı yapan ve hayatı olumsuz yönde etkilenebilecek olan verici olduğundan, organ naklinin sadece tıbbi değil, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında da bilgi sahibi olmaları ve kararlarını buna göre vermeleri gerekir. O halde vericiye daha kapsamlı bir aydınlatma gerçekleştirilmesi işin niteliği gereği normaldir.

Bununla birlikte, bazı hallerde alıcıya genel aydınlatma metninin ötesinde aydınlatmada bulunmak gerekebilir. Alıcıyı mevcut durumundan daha kötü hale getirme riski olan nakillerde durum böyledir. Örneğin, hayati önemi haiz olmayan organ nakillerinde (yüz, kol, uterus vb.),⁶⁶ organın alıcının vücudu tarafından reddi halinde ölüm riski bulunabileceğinden, alıcının ancak bu risk hakkında bilgilendirilmesi halinde rızanın tam anlamıyla aydınlatılmış olduğundan bahsedilebilir. O halde aydınlatma metni hazırlanırken nakledilecek organın özellikleri de dikkate alınmalı ve alıcı ameliyat özelindeki riskler hakkında bilgilendirilmelidir.

Başkasının tesiri altında verilmiş olan rıza, eğer bu durum kanıtlanabiliyorsa geçersiz olacaktır gibi, para veya sair menfaat karşılığı organ nakline gösterilen rızanın da **maddi menfaat tesiri altında olması dolayısıyla geçersiz kabul edilmesi** gerekmektedir. Maddi menfaat elde etme güdüsüyle şekillenen rızanın, özgür iradeye dayandığından kanaatimizce bahsetmek mümkün değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında, tarafların daha önceden aralarında anlaştıkları belli bir miktar karşılığında gerçekleşen böbrek naklinin hukuken geçerli rızaya dayalı olmadığına ve organ ticareti suçunun oluştuğuna karar vermiştir.⁶⁷ Menfaat karşılığı verilen rızanın hukuka ve ahlaka uygun olduğundan da bahsedilemez. Nitekim kanun insan onurunu en temel hukuki ve ahlaki değer olarak gördüğünden, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasını yasaklamaktadır (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 3).

Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak organ ve dokuların alınması da yasak olduğundan (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 8), bu nitelikteki organların nakline yönelik verilecek rıza geçersiz olacaktır.

⁶⁵ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Legem Yayınevi, 2024, (s. 166- 168).

⁶⁶ Rahim naklinin hayati olmayan ve geçici nitelikte nakil niteliğinde olduğuna, nakil tamamlandıktan sonra (uzun süreli bağışıklık baskılayıcı ilaçlara olan ihtiyacı ortadan kaldırmak için) nakledilen uterusun çıkartıldığına dair ayrıca bakınız: Cahid Doğan, “Rahim (Uteris) Nakli: Hukuki Görünümler ve Etik Gerçekler” (Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, 15 Mart 2019), Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, (s. 60, 80).

⁶⁷ Y 12. C.D. 10.03.2015 E: 2014/7311 K: 2015/4445.

Kanun, vericinin eşinin vericinin organ ve doku verme kararından haberdar olması gerektiğinden ve bunun hekim tarafından bir tutanakla tespit edilmesi gerektiğinden bahsetmektedir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 7/d). Burada aranan ihbar yükümlülüğü olup eşin rızası olmadığından, eşin nakle razı olmaması rızayı geçersiz hale getirmeyecektir. Eşe bildirim yükümlülüğü rızayı geçersiz hale getiren kurucu şartlardan olmadığından, eşin organ naklinden haberdar olmaması, geçersiz rızaya dayalı bir organ naklinin gerçekleştiği anlamına gelmez.⁶⁸

Verici ve alıcının doku uyumuna ilişkin tetkik ve araştırmanın yapılması ve sonucunun olumluluk raporu ile saptanması gerekmektedir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 9). Bu nitelikte bir araştırma yapılmaksızın, dokular uyumluymuşçasına verici ve alıcıdan rıza alınması durumunda bu rıza aldatma sebebiyle geçersiz hale geleceğinden aydınlatılmış olduğundan bahsedilemez. Bu durumda vericiye yönelik fiil açısından geçerli rıza olmaksızın organ alımı suçu, alıcıya yönelik fiil açısından ise hekimin subjektif iradesine göre kasten veya taksirle yaralama suçları ile kasten, olası kastla veya taksirle öldürme suçlarının oluşacağı kabul edilebilir.⁶⁹

Organ ticareti kapsamına giren ilk fiil, hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ alınmasıdır (TCK md. 91/1). Bu suçla korunan hukuki yarar vücut bütünlüğü hakkı ile birlikte insan otonomisidir.⁷⁰ Zira otonomi insanın hiçbir baskı veya tesir altında kalmaksızın kendi özgür iradesiyle karar alabilmesi yeteneğidir.⁷¹ Otonomi, insanın diğer canlılardan farklı olarak sahip olduğu bağımsız düşünme, karar alma ve uygulama yeteneğinin bir sonucudur. İrade hürriyeti de insanın otonom bir varlık olmasından kaynaklanır. O halde rızası geçersiz olan veya hiç var olmayan bir kimsenin organının alınması durumunda, insanın sadece vücut bütünlüğü değil, otonomisi ve irade hürriyeti de zarar görmüş olur.⁷²

Almak kelimesi, “bir şeyi elle veya başka bir araçla tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak” anlamına gelmektedir.⁷³ Organ naklinde organı alan, diğer bir deyişle insan vücudundan ayıran kimse, hekim olacağı için birinci fıkradaki fiil ancak hekimler tarafından işlenebilecektir.⁷⁴ Bu bakımdan, her ne kadar kanunda açıkça hekimler tarafından alınması şeklinde açık bir ifade bulunmasa da, birinci fıkradaki suçun özgü suç olduğunu kabul etmek

⁶⁸ Eşin rızasının aranmadığına, bunun sadece bir ihbar yükümlülüğü olduğuna dair bakınız: Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi (3. Cilt), Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, (s. 3495).

⁶⁹ Ayrıca bakınız: Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (s. 170).

⁷⁰ Mehmet Ali Zengin, “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5/18 (2014), (s. 183).

⁷¹ Bernard Berofsky, *Liberation from Self: A Theory of Personal Autonomy*, New York: Cambridge University Press, 2007, (p. 9, 17); Susan Meld Shell, *Kant and the Limits of Autonomy*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, (s. 1-2).

⁷² İrade hürriyetinin de suçun hukuki konusunu oluşturduğuna dair bakınız: Çağrı Kan Aydın, “Organ veya Doku Ticareti Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 1/0 (2011), (s. 146).

⁷³ “Güncel Türkçe Sözlük”, son güncelleme 2022, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷⁴ Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, (s. 220). Kanunun maddede faile ilişkin bir özellik aramadığından, suçun herkes tarafından işlenebileceğine yönelik aksi görüş için bakınız: Ali Kemal Yıldız, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, Özel Ceza Hukuku: Cilt II Kişilere Karşı Suçlar, (haz., Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Pınar Memiş Kartal, Sinan Altunç, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Gülşah Kurt, Hasan Sınar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017, (s. 287).

gerekir.⁷⁵ Hekimler dışındaki kişiler tarafından organların alınması durumunda ise, yaralama, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama veya kasten öldürme suçlarından sorumluluk olacaktır.⁷⁶

Canlıdan organ alımı suçunun mağduru ise organı alınan kimsedir.

Organın alınması ancak ameliyatla gerçekleştirilebilecektir. Bu bakımdan birinci fıkradaki bu suçun bağlı hareketli suç olduğu ifade edilmektedir.⁷⁷ Ancak suçun serbest hareketli bir suç olduğunu kabul eden yazarlar da mevcuttur.⁷⁸ Kanaatimizce kanunda organ alma fiilinin nasıl gerçekleştirileceğine yönelik bir sınırlandırma mevcut olmadığından serbest hareketli suç olduğu kabul edilmelidir.

Geçerli rıza olmaksızın organ alımı suçunun cezası beş yıldan dokuz yıla kadar hapidir.

Canlıdan organ alımı sonucu ölümün meydana gelmesi durumunda ise, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK md. 91/8). Kanaatimizce burada bir ağırlatıcı sebepten ziyade netice sebebiyle ağırlaşmış suç halinden bahsedilebilir.⁷⁹ Zira madde suçun temel halinin cezası üzerinden bir artırım öngörmemekte, kastedilenden daha ağır bir neticenin meydana gelmesi sebebiyle bir başka suça gönderme yapmaktadır.

2. Ölüden Hukuka Aykırı Olarak Organ Alma

Organ ve Doku Nakli Kanunu'na göre, ölüden organ nakli için öncelikle tıbbi ölüm halinin tespit edilmesi gerekir. Tıbbi ölüm halinin kalp veya beyin ölümü ile gerçekleşeceği konusunda tartışmalar olmuş olmakla birlikte, hukukumuz beyin ölümünü tıbbi ölüm hali olarak kabul etmektedir (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 8).⁸⁰ Beyin ölümü, tüm beyin ve beyin sapı fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümsüz kaybını ifade eder (Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 4/1-e). Beyin ölümü durumunda beyin hücreleri geri dönmeyiz şekilde zarar görmüş olsa da, organlar belli sürelerle suni aletlerle görevlerini yerine getirebilmektedir.⁸¹ Beyin ölümü tanısının zamanında ve isabetli bir şekilde konulması çok önemlidir. Beyin ölümünün gerçekleştiğine, biri *nörolog veya nöroşirürjiyen* biri de *anesteziyoloji ve*

⁷⁵ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: U-S-A Yayıncılık, 2022, (s. 106). Aksi görüş için bakınız: Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19/2 (2013), (s. 117); Gökcan ve Arıuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*: 3. Cilt, (s. 3492). Gökcan ve Arıuç'a göre, kanuna faille ilgili herhangi bir özel hüküm konulmadığından, suçun faili organ işiyle uğraşan kamu görevlileri olabileceği gibi, özel doktorlar, sade vatandaşlar ve organ mafyasının üyeleri olabilir.

⁷⁶ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*, (s. 106); Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, (s. 220); Kan Aydın, “Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK md 91-93)”, (s. 141); Ezgi Aygün Eşitli, “Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1 (2023), (s. 107-108).

⁷⁷ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*, (s. 107).

⁷⁸ Gökcan ve Arıuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*: 3. Cilt, (s. 3495); Gökçen ve Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)”, (s. 117).

⁷⁹ Aynı yönde bakınız madde gerekçesi ve Gökcan ve Arıuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*: 3. Cilt, (s. 3506).

⁸⁰ Gökçen ve Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)”, (s.130-131, 111-151). Ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin klasik (biyolojik) ölüm anlayışı ve beyin ölüm anlayışı ile Türk ve yabancı hukuklarında kabul edilen anlayışlarla ilgili bilgi için bakınız: Cengiz Topel Çiftçioglu, “Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/2 (2015), (s. 118-121).

⁸¹ Klasik ölüm anlayışının (büyük hayat fonksiyonlarının durması) terk edilerek beyin ölümü anlayışının tercih edilmesinin neden isabetli olduğu, beyin ölümü anlayışına göre ölümün tespitinde uygulanacak metotlar, beyin ölümü-bitkisel hayat farkı için bakınız: Şahin Akıncı, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, (s. 112-116).

reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından oybirliği ile karar verilmektedir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 11). Alıcının devamlı doktoru, vericinin beyin ölümü tanısını koyan hekimler arasında yer alamaz (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 12).

Türk sisteminde ölüden organ nakli için organ bağışına yönelik açık bir irade açıklaması gerekmekte, itiraz (varsayılan rıza) modelini kabul eden İtalya, Avusturya, İspanya veya Fransa gibi ülkelerde olduğu gibi her ölenin -aksini ifade etmediği sürece- organlarını bağışladığı varsayılmamaktadır.⁸² Kişinin sağlığında organlarını bağışladığına yönelik bir irade açıklaması veya öldükten sonra ailesinin buna yönelik bir tasarrufu gerekir. Ölen kişi organlarını bağışladığını, sağ iken resmi veya yazılı (adi) vasiyetname ile belirtebileceği gibi, bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklayabilir. Vasiyetname veya iki tanık huzurunda açıklanan beyan yoksa; ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi (sırasıyla), bunlar yoksa, yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakati ile ölüden organ veya doku alınabilir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 14/1). Uygulamada ölüm anında ölenin yanında bulunan yakınlarına sırasıyla sorulmakla birlikte, genellikle ailenin bağış konusunda topluca bir muvafakata varmasının beklendiğini bilmekteyiz.

Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular açık bir irade beyanına gerek olmaksızın alınabilir (varsayılan rıza, Organ ve Doku Nakli

⁸² Organ bağışına ilişkin iki temel sistem mevcuttur. İlk sistem, nakil için açık bir irade beyanını gerekli kılan açık rıza (opt-in) sistemidir. Donör sağken kendisi veya öldükten sonra yakınları organları bağışladığına yönelik rıza göstermezse, organların alınması mümkün değildir. Danimarka, Hollanda, Almanya, İngiltere, Romanya, İrlanda, Malta ve Türkiye bu sistemi kabul eden ülkelerdendir.

İkinci sistem ise, opt-out sistem adı verilen, itiraz veya varsayılan rıza sistemidir. Fransa, İspanya, İtalya, Belçika, Yunanistan, Finlandiya vb. birçok AB ülkesi bu sistemi kabul etmiştir. AB ülkelerinin çoğu (20 ülke) varsayılan rıza (opt out) sistemini kabul etmektedir. Varsayılan rıza (itiraz) sistemi bazı ülkeler tarafından katı, bazıları tarafından yumuşak uygulanmaktadır. Katı itiraz modelinde, donör sağlığında organlarını bağışlamak istemediğini açıklamamışsa, aileler organ bağışını reddedemez. Yumuşak itiraz modelinde ise, donör sağlığında organlarını bağışlamak istemediğini açıklamamışsa, ailenin organ bağış konusunda rızasının alınması gerekir. Avusturya katı itiraz modelini benimsemişken, İspanya ve Fransa yumuşak itiraz modelini benimsemiştir.

Dünyadaki en yüksek ölüden bağış oranıyla altın sistem olarak kabul edilen İspanya, her ne kadar 1979 yılındaki kanun ile varsayılan rıza sistemini kabul etmiş olsa da, donörün bağışa yönelik rızası olsa dahi, organ bağışından önce ailenin yazılı rızasını almayı zorunlu tutmaktadır. Bu durum İspanya’da gerçekten bir itiraz sistemi olup olmadığının tartışılmasına sebep olmuştur. İspanya’nın organ bağışından çıkmak isteyenlere yönelik bir kayıt sisteminin olmaması ve devletin vatandaşlarının 1979 itiraz sistemini öğrenmeleri için hiçbir çaba sarf etmemesi, İspanya’nın itiraz modelinin uykuda (inaktif, dormant) olarak adlandırılmasına neden olmuştur. O halde İspanya teorik olarak itiraz sistemini kabul etse de, ailenin rızasının her halükarda aranması sebebiyle, pratikte açık rıza sisteminin uygulandığı kabul edilmektedir.

Ayrıca İspanya 1979 yılında varsayılan rıza sistemine geçmesine rağmen organ bağışlarında ciddi bir artış meydana gelmeyince, 1989’da organ nakil sistemiyle ilgili yapısal reformlar yapmak zorunda kalmıştır ve bağışlar bu reformlardan sonra artmıştır (1989’da bağış oranı milyon nüfus başına 14.3 iken 1999’da 33.6’ya çıkmıştır). Bu da organ bağışını artıran gerçek faktörün, varsayılan rıza sisteminin kabulü değil, yapılan önemli politika değişiklikleri olduğunu göstermiştir.

Petru Cotrău vd., “Consent Model, Opt-in/Opt-out System, and Organ Donation Rates in European Union Countries”, *Applied Medical Informatics*, 42/1 (2020), (s. 36, 37); John Fabre, “Presumed Consent for Organ Donation: a Clinically Unnecessary and Corrupting Influence in Medicine and Politics”, *Clinical Medicine*, 14/6 (2014), (s. 568); John Fabre, Paul Murphy and Rafael Matesanz, “Presumed Consent: a Distraction in the Quest for Increasing Rates of Organ Donation”, *BMJ*, 341 (2010), (p. 922); Büşra Hazel Ateş Sarıdağ, “Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Hukuki Sorunlar”, *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, (s. 132-135); A. Rithalia et al., “A Systematic Review of Presumed Consent Systems for Deceased Organ Donation”, *Health Technology Assessment*, 13/26 (2009), (s. 2, 3).

Ölüden nakilde rızaya ilişkin dünya genelinde uygulanan sistemler hakkında ayrıca bakınız: Elif Rumeysa Gürbüz, *Organ ve Doku Naklinde “Rıza”*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, (s. 172-178); Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, (s. 222-225).

Kanunu md. 14/2). Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda 02.01.2014 tarihli 6514 Sayılı Kanunun 42. maddesiyle yapılan değişiklik ile fıkradaki “veya beyan” ifadesi “ibraz edilmedikçe” kelimesiyle değiştirilmiştir. Bu sebeple korneanın alınmamasına yönelik bir vasiyetin geçerli olabilmesi için, bu iradenin sözlü olarak beyan edilmesi yeterli değildir. Resmi veya adi yazılı vasiyetnamenin ibraz edilmesi gerekir kanaatindeyiz.

Ölü sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 14/3).

Kaza veya doğal afet sonrası vücudun uğradığı ağır harabiyet sebebiyle yaşamı sona ermiş olan kimselerin yakınlarına ulaşılamıyorsa ve organlarının naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk varsa, ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı hekimler kurulunun raporuyla belirlenmek kaydıyla, vasiyet veya rıza aranmaksızın sağlam organları nakledilebilir (Organ ve Doku Nakli Kanunu md. 14/4). Uygulamada bazı hekimlerin her halükarda ölenin yakınlarının iznini aradığını, yakınlarla ulaşılamıyorsa nakil yapmaktan çekindiklerini bilmekteyiz.⁸³

TCK'nin 91. maddesinin 2. fıkrasında bahsedilen hukuka aykırı olarak organ alımı, Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda aranan rızanın veya organ nakli işleminin temel kurucu şartları gerçekleşmeksizin organ alımı anlamına gelir ve organ ticareti suçunu oluşturur. O halde ölüden hukuka aykırı olarak organ alımı birkaç şekilde gerçekleşebilir:

- a) Ölünün sağlığında organlarını bağışlamaya yönelik bir irade açıklamasının bulunmaması ve ölenin yakınlarının da organ alımına rıza göstermemesine rağmen ölüden organ alınması,
- b) Ölünün organlarını bağışlamamaya yönelik irade açıklaması bulunmasına rağmen ölüden organ alınması,
- c) Ölüm hâlinin bahsi geçen iki hekim tarafından saptanmaksızın naklin yapılması
- d) Nakli gerçekleştirecek hekimlerin ölüm halini saptayan hekimlerden biri olması
- e) Cesette değişiklik yapmayan kornea vb. organların alımı konusunda ölünün sağlığında bunların alınmasına rıza göstermediğini vasiyetname ile açıklamasına rağmen, bu tür organların alınması,
- f) Ölünün rızasının aranmasına gerek olmayan kaza veya doğal afetler haline ilişkin zorunluluk halinin tüm şartları gerçekleşmeksizin organların alınması.

Suçun korumak istediği hukuki menfaat ölünün hatırası ile yakınlarının onurudur.⁸⁴ Ayrıca cesedin bütünlüğünün bozulması kamu sağlığını da tehdit edici nitelikte olduğundan, kamu sağlığı da korunan hukuki değerlerden biridir.⁸⁵

⁸³ Benzer yönde bakınız: Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (s. 175).

⁸⁴ Gökçen ve Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)”, (s. 115).

⁸⁵ Gökçen ve Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)”, (s.115).

Ölüden hukuka aykırı olarak organ alımı suçunun faili, organ alımını hekimler gerçekleştirebileceğinden, ancak hekim olabilir. Bu bakımdan ölüden hukuka aykırı organ alımı suçu da özgü suç niteliğindedir.⁸⁶ Mağduru ise ölünün rıza açıklamaya hakkı olan yakınlarıdır.⁸⁷

Maddede “hukuka aykırı olarak” organ alımından bahsetmektedir. Suçun tüm unsurları üzerinde kastın bulunması gerektiğinden, kanun burada ayrıca naklin hukuka aykırı olduğu yönünde özel bir bilinç de aramaktadır. Buna özel hukuka aykırılık bilinci denir. Kanun failden yaptığı fiilin hukuka aykırı olduğu konusunda özel bilinç de beklemektedir. Fiilin suç olduğunun ve kanunun yasakladığı hallerin bilinmesinden öte, hukukun diğer dallarının ceza kanununda tanımlanan suçlarla ilişkili olduğu ve suçun oluşup oluşmadığının belirlenmesinin diğer kanundaki hükümlere göre belirleneceği hallerde kanun genellikle özel hukuka aykırılık bilinci arar. Bu hallerde ceza kanunu uyarınca bir suçun varlığı, kanunun atfı yaptığı diğer hukuk dalına ilişkin kanunda aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine de bağlıdır. Tıpkı haksız arama suçunda hukuka aykırı olarak üst veya eşya araması veya kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesinde olduğu gibi. O halde bu gibi hallerde daha yoğun bir kastın arandığı sonucuna varılabilir.⁸⁸

Bu suçun cezası bir yıla kadar haptir. Ölüden hukuka aykırı olarak organ naklinin cezası, canlıdan geçerli rıza olmaksızın organ naklinin cezasına göre daha hafiftir. Bunun sebebi, ölüden hukuka aykırı organ nakli gerçekleştirenin kötü niyetinin ve sebep olduğu zararın daha hafif olmasıdır. Gerçekten, canlıdan organ nakli gerçekleştiren, hem vericinin rızasını sakatlamaktadır hem de organ kaybı sebebiyle ömür boyu yaşam kalitesini düşürmektedir. Ölüden hukuka aykırı olarak organ naklinde bulunan ise ölen kimseye bir zarar vermemektedir. Organa ihtiyacı olan bir kimseyi yaşatmak gayesi gütmektedir. Varsayılan rıza sistemini uygulayan ülkelerin olduğu da düşünüldüğünde, ölüden geçerli rıza olmaksızın organ naklinin cezasının daha hafif olmasını doğal karşılamak gerekir.

B. CANLIDAN VEYA ÖLÜDEN MADDİ MENFAAT KARŞILIĞI ORGAN NAKLİ

Organ ticareti suçunun belki de en yaygın gerçekleştirilme şekli, maddi menfaat karşılığı organların alınıp satılması suretiyledir. Canlı veya ölü fark etmeksizin, insan organlarının parasal ilişkinin konusunu oluşturması, insan onurunun en temel değer olduğunu ve bireyin objeleştirilemeyeceğini kabul eden özgürlükçü hukuk sistemlerinin temeline aykırıdır. Bu anlayıştan hareket eden Organ ve Doku Nakli Kanunu, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılmasının yasak olduğunu teyit etmiştir (md.3). TCK da bu yasağa aykırı davranmanın yaptırımını koymuştur.

TCK’nin 91. maddesinin 3. Fıkrasına göre; “Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur”. Esasen, sadece organ alma, satma, buna aracılık etme fiillerinin organ ticareti kapsamında olması

⁸⁶ Eşitli, “Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi”, (s. 114). Aksi görüşte: Gökcan ve Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m. 91-93)”, (s. 136). Gökcan ve Artuç da 91. Maddedeki suçların tamamı açısından suçun failinin herkes olabileceğini ifade etmişlerdir. Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3492).

⁸⁷ Hafızoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 108).

⁸⁸ Hukuka aykırılık kavramının tüm suçun değerlendirmesiyle ilgili olduğu, hakimi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı konusunda araştırmaya sevk etmek amacına yönelik olduğu, bu tür hukuka aykırılık hallerinin kastın kapsamına girmediğine ilişkin aksi görüş için bakınız: Mahmut Koca ve İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024, (s. 329).

gerektiği, geçerli rıza olmaksızın canlıdan organ alımı ile hukuka aykırı olarak ölüden organ alımının ticaret kapsamında olmadığı, zira bunların maddi menfaat karşılığında gerçekleştirilmediği savunulmuşsa da; yukarıdaki bölümlerde açıklanan Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile İstanbul Deklarasyonunda da ifade ettiği üzere, organ ticaretinin (*organ trafficking*) kapsamına sadece menfaat karşılığı gerçekleştirilen nakiller değil, hukuka aykırı veya geçerli rıza olmaksızın gerçekleştirilen nakiller de girmektedir. Bu sebeple başlık ile içerik uyumsuz gibi gözükse de, aslında uluslararası metinlere uygun bir düzenleme mevcuttur.⁸⁹

Organın satılması, kişinin kendisinin veya bir başkasının organını maddi karşılığı olacak şekilde tedavüle sokması anlamına gelir.⁹⁰ Organ satın alınması da, obje konumuna indirgenerek satışa sunulmuş bir organın bir kimse tarafından mülkiyetinin ele geçirilmesidir. Alıcı organ kendisine nakledilen kimse olabileceği gibi, organın ücretini ödeyen kişi de olabilir. Kendisine böbrek nakledilecek çocuk ile birlikte ücreti ödeyen babası da alıcı konumundadır.⁹¹ Aracılık etmek ise, “satanla alanı karşı karşıya getirmek, buluşturmak” anlamına gelir.⁹²

Maddi menfaat karşılığı gerçekleştirilen organ ticaretinin en az iki faili vardır. Organı satan olduğuna göre, organ alıcısı da olmak zorundadır. Kimi hallerde alıcı ve satıcıyı buluşturan, nakle konu organın fiyatının belirlenmesi konusunda tarafları anlaştıran, yasadışı nakil sürecinin yürütülmesine destek olan (hastane, hekim bulunması gibi) satışa aracılık eden kimse de bulunabilir.⁹³ O halde maddi menfaat karşılığı gerçekleştirilen organ ticareti mutlaka çok failli bir suçtur.

Kişi kendi organını satıyorsa, bu suçun aynı zamanda mağduru olduğu düşüncesindeyiz. Zira mali yönden zor durumda olmasından istifade edilerek organı alınmakta ve sağlığından ödün vermek zorunda kalmaktadır.

Maddi menfaat karşılığı organ ticareti suçunun tamamlanma anı önemlidir. Maddi menfaatin sağlandığı an değil, maddi menfaat sağlanması konusunda sözlü olarak anlaşıldığı

⁸⁹ Madde başlığı ile içeriğin uyumsuz olduğuna yönelik görüş için bakınız: Doğan Soyaslan, "Organ Nakilleri" (Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 17.11.2006), İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007, (s. 135).

⁹⁰ Organın satılmasının kişinin kendi organını veya bir başkasının vücudundan aldığı organı satması şeklinde olabileceğine ilişkin bakınız: Hafizoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 110). Çiftçioglu, “Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu”, (s. 131-132). Ölülerin organları da bu madde kapsamında satışa konu olabileceğine göre, satanın sadece organ sahibi olmadığı, başkalarının da bir organı tedavüle sokması durumunda satıştan bahsedilebileceği neticesine varmak gerekir. Bakınız madde gerekçesi: Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3491).

⁹¹ 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524.

⁹² Hafizoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 111).

⁹³ Hastane veya hekim ayarlanmasının satışa aracılık kapsamında değil, nakle aracılık kapsamında bir fiil olduğu, Kanunun açıkça satışa aracılıktan bahsettiği için bahsedilen fiillerin madde kapsamında aracılık olarak değerlendirilemeyeceği, alım-satım konusunda anlaşma ile suç tamamlandığı için hastane veya hekim ayarlanmasının 91/3. Maddedeki satışa maddi yardım kapsamında değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla suç oluşturmayaacağına dair aksi görüş için bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 226-227).

Kanaatimizce satışa aracılık nakle aracılığı da kapsar. Zira satıcı nakle ilişkin koşullara göre satmak konusunda anlaşmaya varacaktır. Satışın olup olmayacağı ve koşulları nakil sürecine bağlı olduğundan, iki süreci birbirinden ayırmamak gerekir. Nakil koşullarının uygun olmaması durumunda, örneğin seçilen hastane veya hekime güven duyulmaması halinde, satıcının organını satması düşük bir ihtimal olacağından, iki süreç birlikte değerlendirilmelidir.

an alıcı ve satıcı açısından suç tamamlanır.⁹⁴ Yargıtayın istikrar kazanan uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay, kararlarında madde gerekçesini de gerekçe göstererek, önemli olan hususun **organ veya dokunun para veya sair menfaat karşılığında tedavüle tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının veya yapılıp yapılmadığının önemli olmadığı, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmadığı yönünde** birçok karar vermiştir.⁹⁵ Genellikle olaylar satıcı ve alıcının bir aracı veya internet vasıtasıyla iletişim kurup, sahte nüfus cüzdanıyla birbirlerini akraba olarak gösterip hastaneye nakil için başvurmaları sonrasında yapılan tahlillerde genetik olarak uygunluk olmaması sebebiyle akraba olmadıklarının anlaşılması ve hastanenin durumu Emniyete bildirmesi suretiyle gerçekleşmektedir.⁹⁶ Bu gibi hallerde Mahkemeler organ naklinin henüz gerçekleşmediği gerekçesiyle teşebbüsten dolayı cezayı indirmemeli, anlaşma ile suç tamamlandığından suçun tamamlanmış halinden ceza verilmelidirler.

Benzer sebeptendir ki, nakil ameliyatı öncesinde veya sırasında menfaatten bahsedilmemişken, ameliyat sonrasında menfaat sağlanması durumunda suç oluşmayacaktır.⁹⁷ Önemli olan menfaat motifli bir naklin bulunmayıp, gönül rızasına dayanan bir naklin mevcudiyetidir.

Organın ölü veya canlıya ait olması arasında kanun fark gözetmemiştir. Benzer şekilde, organın hukuka uygun veya aykırı olarak alınmasının önemi yoktur.⁹⁸ Önemli olan organ veya dokunun para veya sair maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulmasıdır.

Aracılık fiili açısından ise, suç satıcı ile alıcı arasındaki iletişimin aracı vasıtasıyla kurulmasıyla tamamlanacaktır.⁹⁹ Maddi menfaat sağlama konusunda anlaşmanın sağlanmış olması, aracılık suçunun tamamlanması için gerekli değildir.¹⁰⁰ Anlaşmaya aracılık etmiş olmak yeterlidir.¹⁰¹

Organ ticaretine aracılık edenler iştirak hükümleri çerçevesinde yardım eden olarak değil, birinci fıkra çerçevesinde organ ticareti suçundan aracı sıfatıyla asıl fail olarak sorumlu

⁹⁴ Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, (s. 1207); Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, (s. 167).

Suçun maddi menfaatin sağlandığında tamamlanmış sayılması gerektiğine ilişkin bakınız: Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu, İstanbul: Der Yayınları, 2025, (s. 486).

⁹⁵ Y 12 CD. 27.01.2021 E: 2018/959 K: 2021/797; Y 12. CD. 28.02.2018 E: 2015/15330 K: 2018/2266; Y 12. C.D. 17.02.2015 E: 2014/2281 K: 2015/2805; Y 12.C.D. 10.06.2014 E: 2013/17615 K: 2014/14203; 12. C.D. E: 2014/3632 K: 2014/26400; Y 12. C.D. 23.09.2014 E: 2013/26896 K:2014/18492; Y 12. C.D. 28.02.2018 E: 2015/15157 K: 2018/2269.

İstikrar kazanan uygulamanın tam tersi yönünde bir karar: Y 12. C.D. 10.12.2013 E: 2012/32970 K: 2013/28517. Kararda sanıkların akraba olmadıklarının anlaşılması ile organ naklinin yapılamadığı sahte kimlik kullanımı içeren olayda teşebbüsün uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir. Oysa ki istikrar kazanan uygulamayı gösteren yukarıdaki kararlarda, bu durumda suçun tamamlanmış halinden ceza verilmesi gereği vurgulanmıştır.

⁹⁶ Y 12. C.D. 10.06.2014 E: 2013/17615 K: 2014/14203 (aracı); Y 12. C.D. 17.02.2015 E: 2014/2281 K: 2015/2805 (aracı); Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524 (aracı); Y 12. C.D. 23.09.2014 E: 2013/26896 K: 2014/18492 (aracı); Y 12. CD. 27.01.2021 E: 2018/959 K: 2021/797 (aracı); Y 12. C.D. 10.02.2015 E: 2015/1531 K: 2015/2378 (aracı); Y 12. C.D. 28.02.2018 E: 2015/15157 K: 2018/2269 (aracı); Y 12. C.D. 23.12. 2014 E: 2014/3632 K: 2014/26400 (internet); Y 12. C.D. 13.03.2019 E: 2017/2959 K:2019/3450 (internet); Y 12. C.D. 26.05.2015 E:2015/3906 K: 2015/8955 (internet).

⁹⁷ Y 12. C.D. E: 2012/32443 K: 2013/2014/337 T: 14.01.2014.

⁹⁸ Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3491, 3499) (Madde gerekçesine atıfla).

⁹⁹ Eşitli, "Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi", (s. 118).

¹⁰⁰ Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, (s. 1207).

¹⁰¹ Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, (s. 167).

olacaklardır. Nitekim Yargıtay bir kararında, alıcıya para karşılığında organ ayarlayan kimsele-
rin fiili ile organ alıcısının kardeşinin, satış işlemini başış gibi göstermek için kendi kimlik
kartını aracılara vermesi ve nakilden sonra aracılara ödeme yapması fiillerinde organ satın alın-
masına aracılık olduğuna karar vermiştir.¹⁰²

Yargıtay kararları incelendiğinde, olayların birçoğunun sahte kimlik belgesi düzenleye-
rek alıcı ile satıcının birbirlerini akraba göstermesi şeklinde gerçekleştirildiği görülmektedir.¹⁰³
Ancak her halükarda Yargıtay maddi karşılık beklentisini aramaktadır. Bir olayda, böbrek has-
tası olan bir çiftçinin çiftliğinde uzun süredir çalışan sanığın, çiftçiyi babası gibi sevmesi sebe-
biyle böbreğini vermek istemesi ve nakil için çiftçinin oğlunun kimliğine kendi fotoğrafını
yapıştırarak kendini oğluymuş gibi gösterip böbrek naklinin yapılmasının sağlanmasında,
maddi karşılık beklenmeksizin hukuka uygun rızaya dayalı olarak naklin gerçekleştirildiğinden
bahisle suçun oluşmadığını kabul etmiştir.¹⁰⁴ Bu olayda maddi menfaat karşılığı organ alımı
(TCK md. 91/3) olmasa da, nakli gerçekleştiren hekimler açısından 91/1 maddesinde yer alan
geçerli rızaya dayanmaksızın organ alımı suçunun oluşup oluşmadığı tartışılabilir. Her ne kadar
yakın akraba olmayanlar arasında nakil için Etik Komisyon kararı gerekse de, Etik Komisyon
kararının olmaması rızanın sakat olduğu anlamına gelmez. Ceza Hukuku şekilden çok öze
ilgilenir. Etik Komisyon başvurusu yapılmış olsaydı dahi, taraflar arasındaki güçlü manevi ilişki
dolayısıyla Komisyonca organ nakline müsaade edilecekti. Ayrıca hekimin tarafların akraba
olmadığını bilmemesinin sebebi aldatılmasından kaynaklanmaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla
kimlikteki fotoğraflar benzerlik gösterdiği için, hekimin hataya düşmekte kusurunun olduğun-
dan bahsedilemeyecektir. O halde birinci fıkradaki suçun da oluşmayacağını kabul etmek
doğru olur.

Üçüncü fıkradaki suç satma, alım veya aracılık fiillerinden herhangi birinin gerçekleştiril-
mesiyle tamamlanacağından seçimlik hareketli bir suçtur. Bu hareketlerden herhangi birinin
gerçekleşmesiyle suç tamamlanacağından sırf hareket suçudur. Tarafların anlaşması ile suçun
tamamlandığı kabul edilmektedir. Mali açıdan bir ödemenin yapılmasına veya naklin gerçek-
leşmesine gerek olmamasına rağmen, anlaşma ile bunlara yönelik gerçek bir tehlike ortaya çık-
tığı varsayıldığından ve hakimnin bir tehlikenin oluştuğunu ayrıca değerlendirmesi gerekmeye-
ceğinden, bu suçun soyut tehlike suçu olduğu kanaatindeyiz.¹⁰⁵

Organ satıcı, alıcısı veya satılmasına aracılık eden kimse, geçerli rıza olmaksızın canlıdan
organ alımına ilişkin birinci fıkra hükmünde belirtilen ceza ile cezalandırılacaktır.

¹⁰² Y 12. C.D. 31.03.2015 E: 2014/6076 K: 2015/5530.

¹⁰³ Y 12. C.D. 10.06.2014 E: 2013/17615 K: 2014/14203; Y 12. C.D. 28.02.2018 E: 2015/15157 K: 2018/2269; Y 12. C.D. 11.03.2014 E: 2013/13718 K: 2014/6023; Y 12. C.D. 23.09.2014 E: 2013/26896 K: 2014/18492; Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524.

¹⁰⁴ Y 12. C.D. 11.03.2014 E: 2013/13718 K: 2014/6023.

¹⁰⁵ Suçun zarar değil, tehlike suçu olduğuna ve hakimnin ayrıca tehlikenin oluşup oluşmadığı konusunda bir değer-
lendirme yapmasının gerekmediğine yönelik bakınız: Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk
Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024, (s. 276). Somut zarar tehlikesinin istenmemesi
sebebiyle suçun soyut tehlike suçu olduğuna dair benzer görüş için bakınız: Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel
Hükümler Cilt I, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023, (s. 362). Yargıtay'ın bazı kararlarında, anlaşma halinde teşebbüs-
ten cezalandırması, suçun somut tehlike suçu olduğu düşüncesini akla getirmekle birlikte, kanunda somut tehli-
kenin aranmasına yönelik herhangi bir ibare bulunmadığından, suçun tehlike doğurduğunun varsayıldığı düşüncesi
galip gelmektedir. Bu sebeple suç soyut tehlike suçu olarak kabul edilmiştir.

Organ ticareti suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi de mümkündür. Türkiye’de merdiven altı tabir edilen yasadışı organ nakil yerleri bulunmasa da, yasal organ nakil sistemi kullanılarak örgütlü surette organ ticareti suçunun işlendiği vakıalara rastlanmıştır.¹⁰⁶ Potansiyel organ alıcı ve vericisiyle temas kuran, bunları anlaştıran ve hastanede naklin gerçekleşmesini sağlayan kimselerin bir hiyerarşi veya görev paylaşımı altında sürekli olarak bu işi yapmaları durumunda örgütlü şekilde işlenen organ ticareti suçundan bahsedilecektir. Örneğin, bir olayda böbrek hastası olan sanığın, kendisi başkasından böbrek satın aldıktan sonra, başka insanlara da maddi menfaat karşılığı böbrek tedarik etmeye yönelik örgütlü bir sistem kurduğundan ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen organ ticareti suçlarından bahsedilmektedir. Karara göre; kendisi de böbrek hastası olan sanık, 08.01.2009 tarihinde bir başka sanıktan böbreğini satın alarak, Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesinde böbrek nakli olduktan sonra, kendisi gibi böbrek hastası olan kişileri tespit ederek, başkalarını organizasyona dahil etmiş, böylece organ ticareti suçunu işlemeye başlamışlardır. Sanıklardan birinin çalıştığı diyaliz merkezi ile irtibatlı olarak, böbrek hastalarını tanıdığı, burada böbrek nakli için bekleyen hastalarla irtibat sağlayıp, bedeli karşılığında böbrek bulmayı teklif ettiği, hastaların kan grubuna göre adı geçen diğer sanıklara verdiği talimatlarla kan grubu uyan böbrek satıcısı şüphelileri tespit edip, yol, barınma, hastanedeki tüm masrafları ve noter masraflarını karşıladıkları, gerektiğinde sahte evrak tanzim edilmesi, noter işlemlerinin yerine getirilmesi, hastanedeki yasal prosedürlerin tamamlanması faaliyetlerinin, bir disiplin içerisinde, verilen talimatlarla diğer sanıklar tarafından gerçekleştirildiği, elde edilen gelirlerin sanığın belirlediği düzende sanıklar arasında paylaşıldığı anlaşılmıştır. Yüksek Mahkeme, sanıkların sanık ... liderliğinde suç işlemek amacıyla eylem ve fikir birliği içinde bir araya geldikleri, bir işbölümü ve hiyerarşi dahilinde gizliliğe de uymak suretiyle örgütsel ilişkilerini yakalanmalarına kadar sürdürdükleri, bu bağlamda sanık ... yönünden suç işlemek için örgüt kurma, diğer sanıklar haklarında ise kurulan bu örgüte üye olma suçlarının sübut bulunduğu yönünde karar vermiş ve işlenen tüm organ ticareti suçlarından örgüt yöneticisi sanığın TCK md. 220/5 uyarınca sorumlu olacağına karar vermiştir.¹⁰⁷

Organ ticareti suçunun bu şekilde bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesi, suçun işlenmesi ihtimali ve kişiler için zarar tehlikesini artıracığından, TCK md. 91/4’te bir ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Canlıdan geçerli rıza olmaksızın organ alımı (1. Fıkra) ile canlı veya ölüden maddi menfaat karşılığı organ nakli (3. Fıkra) fiilleri, suç işlemek için kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilirse, 220. Maddedeki örgüt kurma, yönetme veya üyelik suçlarına ek olarak (TCK md. 220/4 uyarınca), organ ticaretinin ağırlaştırılmış halinden (sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası) de ceza verilecektir.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Yargıtay’a göre, TCK 220. Madde kapsamında örgütün varlığından bahsedilmek için; en az üç kişinin, konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu olmayan belirli suç veya suçları işlemek amacıyla, amaç suçları işlemeye elverişli üye, araç ve gerece sahip bir surette, belli bir hiyerarşi ve iş bölümü altında, sürekli ve devamlı surette bir araya gelmeleri gerekir. Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafında fiili birleşme yeterli olup, amaç suçların işlenmesi şart değildir. YCGK 03.04.2007 E: 2006/10-253 K: 2007/80; Y 12. C.D. 23.11.2015 E: 2014/12641 K: 2015/18074.

¹⁰⁷ Y 12. C.D. 10.02.2015 E: 2015/1531 K: 2015/2378.

¹⁰⁸ Hem 220. Maddeden hem de 91/4. maddeden ceza verilmesi gerektiğine ilişkin, bakınız: Y 12. C.D. 10.02.2015 E: 2015/1531 K: 2015/2378. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen organ ticareti suçunda TCK’nin 91/1-3 değil, 91/4 maddesinden ceza verilmesi gerektiğine ilişkin bakınız: Y 12. C.D. 28.02.2018 E: 2015/15157 K: 2018/2269.

Ölüden hukuka aykırı olarak organ alımının (2. fıkra) örgütlü surette işlenmesinin neden ağırlatıcı sebep kapsamına alınmadığı anlaşılamamıştır. Madde gerekçesinde buna yönelik bir açıklama mevcut değildir.

Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi (2015) de benzer bir anlayışla suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesinin, üye devletlerce ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmesi gereğinden bahsetmektedir.

Organ ticareti suçunun asıl mağduru, organlarını satmak zorunda kalacak kadar mali yönden zor durumda olan organ vericisidir. Buna ceza verilmesi, zaten mağdur olan satıcının daha da mağdur olmasına sebep olacaktır. Bu sebeple TCK satıcı için özel bir zorunluluk hali kabul ederek, organını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulları göz önüne alarak hakime ceza indirimini yapmak veya ceza vermemek yetkisi tanımıştır.¹⁰⁹ Aslında bu hüküm, özel bir zorunluluk hali olmaktan çok, satıcı lehine özel bir cezasızlık hali olarak kabul edilmektedir.¹¹⁰ Yalnızca organ satıcısı için uygulanabilecek olan bu hüküm, organ ticareti ile mücadeleyle zorlaştıracığı ve satıcının organ satmasına bir tür izin verildiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.¹¹¹ Ancak kanaatimizce organ ticareti suçunun asıl sorumluları, alıcı ve vericinin mağduriyetlerinden menfaat sağlayan aracı kimselerdir. İçinde bulunduğu zorlu mali koşullardan dolayı organını satacak kadar hayatını riske atmayı göze almış bir kimse için zorunluluk halinin uygulanarak ceza verilmemesi veya daha hafif ceza verilmesi, suçun sosyolojik sebeplerini göze alan nitelikte bir yorum olup, toplum vicdanını tatmin edici niteliktedir. Aksi halde ceza alan verici, sosyal ve ekonomik açıdan daha da mağdur olacaktır. Bunu kabul etmek mümkün değildir.¹¹²

Özel zorunluluk hali olarak adlandırılan bu halde, cezanın ne kadarının indirileceğinin belirli olmaması, kanunilik ilkesini zedeleyici niteliktedir. Cezanın öngörülebilir ve belirli olmamasının keyfi uygulamalara kapı aralayıcı nitelikte olduğu kanaatindeyiz.¹¹³

¹⁰⁹ “İçinde bulunulan sosyal ve ekonomik koşullar” ifadesinin objektif nitelikte olmayıp, subjektif ve suistimale açık bir ölçüt olduğuna, düzenlemenin belirlilik ilkesine aykırı olduğuna, adalet duygusunu zedeleyici ve eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkarabileceğine, ceza indirimini veya ceza vermemeye yönelik karar için bir ölçütün belirlenmemesinin keyfi uygulamalara yol açabileceğine dair madde eleştirisi için bakınız: Ali Kemal Yıldız, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, (s. 306).

¹¹⁰ Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3507-3508). Y 12. C.D. 26.05.2015 2015/3906 2015/8955. Hükümde geçen zorunluluk hali kavramının bir hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali olmayıp, vericinin içinde bulunduğu ekonomik şartları ifade ettiği ve zorunluluk hali kavramının kullanılmamasının daha isabetli olacağına dair bakınız: Doğan Soyaslan, “Organ Nakilleri”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Dedeman, Ankara, 28 Şubat- 1 Mart 2008), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, (s. 356). Hükümün hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali ile ilgisi olmadığına dair: ayrıca bakınız: Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, (s. 1211); Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, (s. 327).

¹¹¹ Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 232); Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, (s. 328). Hükümün Anayasanın 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesi ile 12. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilemez olduğu ilkelerine aykırılık teşkil ettiği hakkında bakınız: Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3507).

¹¹² Aynı yönde bakınız: Yusuf Kaçar, “Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3)”, Esam Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2/1 (2021), (s. 70).

¹¹³ İndirim oranının belirli olmamasını sorgulayan bir başka görüş için bakınız: Soyaslan, “Organ Nakilleri”, (s. 356).

Yargıtay uygulamada organ ticaretinin satıcı açısından suç olmaktan çıkartılmasını, organ ticareti ile mücadelenin etkisiz kalmasını ve hukuk düzeninin kendi içinde çelişmesini önlemek amacıyla, bahsedilen özel zorunluluk halini değerlendirirken özel şartlar getirerek, hükmün uygulama alanını daraltmayı seçmiştir. Buna göre, 92. madde hükmünün uygulanabilmesi için;

- 1- Sanığın ekonomik sıkıntıya kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek sebep olmamış olması
- 2- Hayati önem taşıyan organlarını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla ekonomik sıkıntısını giderebilme imkanının bulunmaması
- 3- Kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan söz edebilme imkanının bulunması
- 4- Eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olmaması

Gerekir.¹¹⁴

Yargıtay bir kararında, bir araba alışverişi sebebiyle borçlanarak borcunu ödemek için böbreğini satmaya karar verip, diğer köylüleri aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanıklarla irtibata geçerek organ ticareti suçunun işlendiği olayda, sanığın ekonomik sıkıntısına kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olması, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olduğu gerekçeleriyle, TCK'nın 92. Maddesindeki özel zorunluluk hali hükmünün uygulanması için yeterli şartların oluşmadığının kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹¹⁵

Bir başka kararında, sanığın işleri dolayısıyla bankalardan almış olduğu kredi borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar verip, başka bir kişi aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanık ... ile irtibata geçerek organ ticareti suçunu işlediği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olduğu gerekçeleriyle, TCK'nın 92. maddesinin uygulanmasına yeterli şartların oluşmadığına karar vermiştir.¹¹⁶

Yargıtay bir diğer kararında da, borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar veren kişi için, ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri

¹¹⁴ Y 12. C.D. 23.11.2015 E:2014/12641 K: 2015/18074; Y 12. C.D. 26.05.2015 E:2015/3906 K: 2015/8955.

¹¹⁵ Y 12. C.D. 10.02.2015 E: 2015/1531 K: 2015/2378.

¹¹⁶ Y 12. C.D. 17.02. 2015 E: 2014/2281 K: 2015/2805.

gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olduğu gerekçeleriyle 92. Maddedeki zorunluluk hali hükmünün uygulanamayacağına karar vermiştir.¹¹⁷ Kişilerin böbreklerini satmalarının temel sebebinin borçlarını ödemek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, olayların birçoğunda 92. Maddenin uygulanamayacağı ve satıcıya ceza verileceği bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Organ satıcısı açısından özel zorunluluk hali hükmünün bulunmasına rağmen, organ nakli olmazsa hayati tehlikesi olan veya yakınına nakledilen organ karşılığı ödeme yapan organ alıcıları açısından benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa alıcı da kendisinin veya yakınının canını kurtarmak için başkasının zor durumundan yararlanarak organ satın almak zorunda kalmaktadır. Yargıtay gerek organ kendisine nakledilecek olan gerekse organın ücretini ödeyen organ alıcısı için genel zorunluluk hali (TCK md. 25/2) hükmünü uygulamaktadır.¹¹⁸ Genel zorunluluk hali hükmü, 92. Maddedeki özel zorunluluk hali hükmüne göre daha ağır koşullar içermektedir. Buna göre; “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan **ağır ve muhakkak bir tehlikeden** kurtulmak veya **başkasını kurtarmak** zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında **orantı** bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmaz”. Yargıtay kararlarına göre, organ ticareti suçunda alıcılar açısından 25/2. madde hükmünün uygulanabilmesi için; “organ hastası olan failin hastalığının hayati tehlike arz edecek nitelikte olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemi dışında başka bir yolla tedavi edilme imkanı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı” hususlarının araştırılması gerekmektedir.¹¹⁹

Organ aracısı açısından zorunluluk halinin uygulanması ihtimaline gelince; kanunda bu konuda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, aracının menfaat karşılığı hareket edip etmediğine göre değerlendirme yapmak gerekir kanaatindeyiz. Organ alıcısının ölümünü önlemek için alıcının bir yakını veya arkadaşı tarafından ücret karşılığı olmaksızın kendisine organ bulunması halinde, 25/2 maddesi uyarınca (üçüncü kişi lehine) zorunluluk hali hükmü kanaatimizce uygulanabilir. Satıcının borçlarını ödemesine yardım etmek için, ücret almadan organ alıcısı ayarlayan bir kimse ise ancak satıcı açısından 25/2’deki zorunluluk halinin şartları var kabul edilirse, bu maddeden yararlanabilir. Satıcı açısından ekonomik müşkülâtın ne ölçüde “ağır ve muhakkak bir tehlike” teşkil edeceği bir sorundur. Ayrıca korunmak istenen değer malvarlığı değeri olmasına karşılık, zarar verilen hukuki değer insan onuru ve vücut bütünlüğü olduğundan kanaatimizce orantılılıktan da bahsetmek mümkün olmayacaktır. Her halükarda, organ alım satımına maddi menfaat karşılığı aracılık eden kimseye zorunluluk hali hükmünün

¹¹⁷ Y 12. C.D. 26.05.2015 E:2015/3906 K: 2015/8955.

¹¹⁸ Y 12. C.D. 23.11.2015 E: 2014/12641 K: 2015/18074; Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524.

Alman Hukukunda, organ naklinin derhal yapılmaması halinde kişinin kesin olarak veya yüksek ihtimalle ölmesinin beklenmesi hali (kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali uyg.) hariç olmak üzere, organ nakli alanında zorunluluk halinin kabul edilmediği, verici açısından maddi sıkıntılarının bulunmasının da zorunluluk hali olarak kabul edilmediğine ilişkin bakınız: Murat Aydın, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, (s. 140).

¹¹⁹ Y 12. C.D. 03.07.2019 E: 2018/2623 K: 2019/8062; Y 12. C.D. 31.03.2015 E: 2014/6076 K: 2015/5530; Y 12. C.D. 24.02.2015 E: 2014/2204 K: 2015/3376; Y 12. C.D. 23.11.2015 E: 2014/12641 K: 2015/18074; Y 12. C.D. 29.03.2016 E: 2015/2567 K: 2016/5200; Y 12. C.D. 13.03.2019 E: 2017/2959 K:2019/3450; Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/10852 K: 2018/525; Y 12. C.D. 17.01.2018 E: 2016/4051 K: 2018/524.

uygulanması düşünülemez. Aksi halde suçu ihdas etmenin bir anlamı kalmaz. Organ ticareti suçunun en ağır kusurlu tarafı, organını satan ve organ alan kimsenin zor durumlarından maddi menfaat sağlamaya çalışan aracı kimselerdir ve cezalandırılmaları gerekir.

TCK'nin organ satıcısının ticaretin asıl mağduru olduğunu kabul ettiğinin göstergesi olan diğer bir durum, yalnızca organını satan açısından geçerli olan ve bir şahsi cezasızlık veya cezada indirim gerektiren şahsi sebep olan etkin pişmanlık hükmüdür. 93. Maddeye göre, organ veya dokularını satan kimse, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, durumu yetkili makamlara haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa hakkında ceza verilmeyecektir.¹²⁰ Resmi makamlar suçu haber aldıktan sonra, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse, cezası indirilecektir. Organını satan ne kadar erken devletle işbirliği yaparsa, o kadar lehine olacaktır. Bu hükmün uygulanması için organın nakline gerek yoktur. 93/3. maddesinde olduğu gibi, organın tedavüle sokulması yeterli olacaktır.¹²¹ Dolayısıyla satanın organını para karşılığı vereceğine yönelik anlaşma yaptıktan sonra, henüz nakil olmadan, etkin pişmanlık göstermesi hükmün uygulanması için yeterli olacaktır.

Etkin pişmanlık hükmü, organını satan açısından avantajlı bir hüküm olmasına karşın, alıcı, aracı veya suç ortakları açısından uygulanamaması yönünden eleştirilmektedir.¹²² Ancak kanaatimizce, organ ticareti suçundan en ağır zarar gören kişi organını satan kimsedir. Nakil sebebiyle vericinin sağlık durumu kötüleşeceği gibi, psikolojik, sosyal ve ekonomik açıdan zarara uğrayacaktır. Alıcı ise bir başkasının sağlığının kötüleşmesi pahasına, iyileşecek ve ölümden kurtulacaktır. Aracı ise en ağır kusurlu taraf olup, verici ve alıcının müşkülatlarından menfaat elde etmektedir. Organ ticareti suçunun takibatında devletin temel amacı, aracıları ve varsa örgütlü olarak organ ticaretinde yer alanları cezalandırmak olmalıdır.¹²³ Dolayısıyla etkin pişmanlık hükmünün sadece satıcıya uygulanması kanaatimizce isabetli olmuştur.

C. HUKUKA AYKIRI YOLLARLA ELDE EDİLMİŞ ORGANI SAKLAMAK, NAKLETMEK, AŞILAMAK

Ceza Kanununun 91. Maddesinin 5. Fıkrası, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakli veya aşılmasını cezalandırmaktadır. Saklamak, bir şeyin “bozulmadan doğal durumları ile durmasını sağlamak” veya “muhafaza etmek” anlamlarına gelmektedir.¹²⁴ Nakletmek, “nakil işini yapmak, bir yerden başka bir yere geçirmek, iletmek” demektir.¹²⁵ Aşılama kelimesi ise “vücutta bağışıklık yaratmak veya yerleşmiş bir hastalığa karşı

¹²⁰ Başka bir suçtan dolayı yürütülen soruşturma kapsamında, sanığın Cumhuriyet Savcılığında alınan ifadesinde organ ticareti suçunu da anlatması sonrasında bu suçtan soruşturmaya başlandığı olayda, 93. maddenin uygulanması hususunun kararda tartışılması gereği hakkında bakınız: Y 12. C.D. 26.05.2015 E: 2015/3906 K: 2015/8955.

¹²¹ Madde hükmünün uygulanması için organın satılmasının yeterli olduğuna, ayrıca organın vericiden alınıp alıcıya nakledilmesinin gerekmediğine ilişkin bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 235).

¹²² Yener Ünver, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi, 192 vd., *aktaran* Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 235). Etkin pişmanlığın alıcıya da uygulanması gereği hakkında bakınız: Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, (s. 329).

¹²³ Aynı yönde bakınız: Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3510).

¹²⁴ “Güncel Türkçe Sözlük”.

¹²⁵ “Güncel Türkçe Sözlük”. Nakil ifadesinin, hiçbir şekilde organın bir yerden alınıp bir başka yere götürülmesi olarak anlaşılmaması gerektiğine dair bakınız: Gökcan ve Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi: 3. Cilt, (s. 3500); Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, (s. 325).

koyabilmek için hazırlanmış bir aşıyı vücuda vermek” olarak tanımlanmakla birlikte,¹²⁶ organın aşılama kavramı bir kimsenin organının başkasının vücuduna yerleştirilmesi anlamına gelir. Kanaatimizce, nakilden farklı olarak aşılama işleminde, organın veya parçasının vücuda entegre olarak üremesi fonksiyonu ve anlamı da bulunmakta olduğundan, aşılama kelimesinin çoğalma kapasitesine sahip olan dokular için kullanılmasında fayda vardır.¹²⁷

Bu suçun oluşabilmesi için, organın hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması gerekmektedir. Organın hukuka aykırı olarak elde edilmesi fiili; Organ ve Doku Nakli Kanunu’ndaki canlıdan veya ölüden hukuka uygun surette organ nakli için gereken kurucu şartlar olmaksızın veya menfaat karşılığı gerçekleştirilen organ bağışi neticesinde organların alınması, veya bağışa ilişkin herhangi bir legal prosedür takip etmeksizin bir kimsenin organlarının cebir, tehdit, hile yoluyla zorla alınması şeklinde gerçekleştirilebilir. Organın ölüden veya canlıdan elde edilmiş olması fark etmez. Önemli olan ele geçiriliş şeklinin hukuka aykırı olmasıdır. Kişi organı doğrudan kendisi donör kaynaktan elde edebileceği gibi, bir aracı vasıtasıyla ele geçirip sonrasında saklama, nakletme ve aşılama fiillerini gerçekleştirebilir.

Saklama fiili, başta organ saklamaya özgülünmüş ekipmanlara erişimi olan sağlık mesleği mensupları tarafından olmak üzere saklama kapasitesine sahip herkes tarafından işlenebilirken, aşılama ve nakil fiillerinin yalnızca nakil konusunda yetkilendirilmiş hekimler tarafından gerçekleştirilebileceği düşüncesindeyiz.¹²⁸ Maddenin 1 ve 2. fıkrasındaki hukuka aykırı organ alımını yapan hekim, bu işlemin ardından organı başkasına naklederse, her iki fıkrayı da ihlal etmiş olacaktır.

Bu fıkradaki suç yalnızca saklamak, nakletmek, aşılama fiilleri ile gerçekleştirilebileceğinden bir bağıli hareketli suçtur.¹²⁹

Saklama, nakil ve aşılama fiillerini gerçekleştiren kişinin organın hukuka aykırı olarak elde edildiğini bilmesi gerekir. Kişide hukuka aykırı olarak temin edilmiş bir organı bir yerde saklama, bir başkasına nakletme veya aşılama iradesi ve bilinci olmalıdır. Bu bakımdan genel kastın yeterli olduğu bir suçtur.

Bir görüşe göre, yalnızca hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen organların değil, hukuka uygun yöntemlerle elde edilip de hukuka aykırı olarak saklanan, naklolan veya aşılama organlar açısından da bu maddenin geçerli olması gerekir.¹³⁰ Zira Organ ve Doku Nakli Kanunu 15. maddesinde “hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşılama, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlama kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi hükümleri uygulanır” hükmünü içermektedir. Bu hüküm ile TCK 91/5’teki hüküm ifade yönünden farklılık arz etmektedir. Bu hüküm hukuka aykırı olarak organ saklama, nakil ve aşılama, 91/5. Madde ise hukuka aykırı olarak elde edilmiş organın saklanması,

¹²⁶ “Güncel Türkçe Sözlük”.

¹²⁷ Nitekim Şen, aşılama kavramını bir dokunun alıcıya aktarılması işlemi olarak tanımlamıştır. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I, (s. 325).

¹²⁸ Aynı yönde bakınız: Eşitli, “Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi”, (s. 120).

¹²⁹ Hafizoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 113).

¹³⁰ Eşitli, “Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi”, (s. 121).

nakledilmesi veya aşılmasından bahsetmektedir. Durum böyle olmakla birlikte, bu farklılığın pratikte bir neticesinin olduğu konusunda şüpheliyiz. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen organın saklanması, nakli veya aşılması da hukuka aykırıdır. Organ saklama, nakil ve aşılama işlemi hukuka aykırı ise, kanaatimizce ilgili organın elde ediliş yöntemi de genellikle hukuka aykırı olacaktır. Organın elde ediliş şekli hukuka uygunsa, saklama, nakil ve aşılama fiilleri de ekseriyetle hukuka uygun olacaktır. Asıl önemli mesele organın elde edilişidir. Organın elde edilmesinin hukuka uygun olduğu, ancak nakli veya aşılmasının hukuka aykırı olduğu bir hal, vericinin bir kimseye organ bağışı yapmak konusunda rıza açıklamasında bulunması ancak organın çıkarıldıktan sonra asıl alıcı dışında bir başkasına nakli olabilir. Bu durumda organ vericisinin nakle rızasının olması sebebiyle organ hukuka uygun elde edilmiş gibi gözükse de, rızası aldatma sebebiyle aslında sakatlanmıştır. Aksi durum, ancak bir başkasının asıl nakil için organı alan doktordan organı çalması, dolayısıyla nakil için rızayı alan kişinin organın bir başkası tarafından üçüncü kişiye nakledileceğinden haberdar olmaması halinde düşünülebilirse de, bu gerçekleşmesi çok düşük bir ihtimaldir. Dolayısıyla hukuka uygun nakil veya aşılama için organın hukuka uygun surette elde edilmesi gerekecektir. Ancak her halükarda her iki kanunun ifadelerinin aynı olacak şekilde değiştirilmesi yorum farklılıklarını ortadan kaldıracak ve belirliliği sağlayarak kanunilik ilkesine hizmet edecektir.

D. ÖNLEYİCİ SUÇ: BELLİ BİR ÇIKAR KARŞILIĞINDA ORGAN TEMİNİNE YÖNELİK İLAN VEYA REKLAM VERMEK VEYA YAYINLAMAK

TCK'nin 91. maddesinin 6. fıkrasına göre, belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak suçtur. İlan vermek, “çeşitli basın yayın organlarıyla bir durumu duyurmak, açıklamak”, reklam ise “bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol” anlamına gelmektedir.¹³¹ İlan veya reklamın hazırlanması yetmez, aleniyete kavuşacak şekilde yayınlanması da gerekir.¹³² Önemli olan, aleni yani herkesin görüp duyabileceği bir surette menfaat karşılığı organ temin edileceğine yönelik bir duyuru veya yayın yapılmasıdır. Hangi araçla (basılı, işitsel, görsel vb. yayın araçları) yapıldığı konusunda bir sınırlama olmadığı gibi, bir araçla yapılması da zorunlu değildir. Günümüzde bu tip ilanların ağırlıklı olarak Facebook gibi sosyal medya platformları aracılığıyla yapıldığı bilinmektedir.

Uygulamada ayrıca potansiyel satıcıların organ nakli yetkililerine e-mail atarak “Borçlarımı ödemek için böbreğimi ... liraya satıyorum, böbrek bulmam konusunda yardım edin” şeklinde çağrıda bulunduğu da bilinmektedir. Bu fiilin 91/5. maddedeki suçu oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerekir. Kanun ilan veya reklam vermek veya yayınlamak ifadelerini kullanmıştır. Bir organ nakli yetkilisinin elektronik postasına e-mail atmanın ilan veya reklam vermek veya yayınlamak kavramının kapsamına dahil olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Burada önemli olan, organ satışına ilişkin çağrının aleni yani başkaları tarafından algılanma veya öğrenilme ihtimali doğuracak bir biçimde yapılmasıdır. Bahsedilen elektronik

¹³¹ “Güncel Türkçe Sözlük”.

¹³² Aynı yönde bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 225). İlan veya reklam vermek kavramının ilan veya reklamın alenileştirilmesi anlamına geldiğine yönelik bakınız: Hafızoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 114-115).

posta adresine erişim yalnızca hesap sahibi yetkili tarafından olabileceğinden, gönderilen e-mailin başkaları tarafından öğrenilme ihtimalinin doğduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla kanaatimizce ilan, reklam, yayın unsurlarının gerçekleştiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu fiil ancak bahsi geçen suça yönelik hazırlık hareketi niteliğinde kabul edilebileceğinden, cezalandırılması mümkün değildir.

Organ temini, organın sağlanması veya elde edilmesi anlamına gelir. Kanun genel bir ifade kullandığından, organı temin etme fiilini kimin yaptığının önemli olmadığı kanaatindeyiz. Bu suçun özellikle organ satıcısı veya aracı tarafından işlenebileceğini düşünmekle birlikte, temin etmek elde etmek anlamına da geldiğinden, alıcı tarafından da işlenebileceği kanaatindeyiz.¹³³ Borçları olan bir kimsenin internette bir web sitesinde veya sosyal medya üzerinden böbreğini sattığına dair ilan vermesi, keza aracı kimsenin “böbrek temin edilir” şeklinde bir ilanda bulunması veya organ alıcısının böbreğini verene belli bir maddi menfaat sağlayacağına yönelik ilanları suç kapsamında değerlendirilecektir. İlan veya reklamın verilmesiyle suç oluşur. Organın temin edilmesine gerek yoktur.

İlan veya reklamın hazırlanması ancak henüz alenileştirilmemesi durumunda ise, cezalandırılabilir nitelikteki bir hazırlık hareketine hazırlık yapmak suç yolunda cezalandırılabilirliği çok öne çekeceği ve kişi hürriyetini haddinden fazla sınırlandıracağı için, kanaatimizce suç oluşturmaz.¹³⁴

İlan veya reklamı yayınlayan bir basın-yayın kuruluşu ise, ilgili kuruluş yetkililerinin ilan veya reklamın organ teminine yönelik olduğunu bilerek ve isteyerek bu fiili gerçekleştirmeleri halinde, bu suçtan dolayı fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir.

Organ temininin belli bir çıkar karşılığında gerçekleştirilecek olması gerekir. Buradaki çıkar kanaatimizce değeri ölçülebilir nitelikte olan maddi veya manevi nitelikteki çıkarlardır. Organ temini karşılığında vericiye, büyük dedesinden kalan günlüğün verilecek olması, günlüğün manevi değerinin yüksek olması ve eşyanın vericinin gözündeki değeri dolayısıyla, kanaatimizce iradeyi etkilemeye yetecek ölçüde bir çıkar niteliğindedir.¹³⁵

Aslında bu suç niteliği itibarıyla önleyici nitelikte bir suçtur. Potansiyel organ ticareti vakıalarının henüz hazırlık aşamasındayken tespit edilerek, somut bir zarar veya zarar tehlikesi

¹³³ Organ satışına ilişkin ilan veya reklamların cezalandırılmadığı, “böbreğimi satıyorum” şeklinde ilan verenlerin fiillerinin suç oluşturmadığına ilişkin aksi görüş için bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 225).

¹³⁴ İlan veya reklamın ilgili kuruluşa yayınlanmak üzere verilmesi durumunda teşebbüsten bahsedilebileceğine ilişkin aksi görüş için bakınız: Hakeri, Tıp Ceza Hukuku, (s. 225). İlan veya reklamın henüz yayınlanmadan ele geçirilmiş olması durumunda suçun teşebbüs aşamasında kalmış olacağına ilişkin bakınız: Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, (s. 169).

¹³⁵ Çıkarın maddi veya manevi nitelikte olabileceğine ve mutlaka para ile ölçülebilir olmasının gerekmediğine, önemli olanın bir çıkar niteliğinde olması olduğuna dair bakınız: Özbek, Doğan ve Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (s. 278).

Çıkarın maddi ve manevi nitelikte olabileceğine, manevi nitelikteki çıkar açısından çıkarın beşeri deney kurallarına göre en azından bazı kişilerin iradeleri üzerinde etkili olabilecek nitelikte olması gerektiğine ilişkin bakınız: Hafızoğulları ve Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar, (s. 115).

doğurmadan önlenmesi amacını gütmektedir. Naklin gerçekleşmesi ihtimaline yakınlık aranmadığından kanaatimizce bir soyut tehlike suçudur.¹³⁶

Kanun bu suçta düşüncüyü açıklama hürriyeti ile organ ticaretinin önlenmesine yönelik menfaat arasında bir denge kurmaya çalışmış, organ ticaretinin önlenmesine yönelik menfaati daha üstün tutmuş ve ilan veya reklam fiillerini cezalandırmayı tercih etmiştir. Organ ticareti suçunun koruduğu insan onuru ve bedeninin objeleştirilemeyeceğine yönelik hukuki değeri, düşüncüyü açıklama hürriyeti karşısında daha üstün kabul etmiş ve normal şartlarda hazırlık hareketi olarak kabul edilerek hürriyet alanı içerisinde kalabilecek olan bu fiili suç olarak ihdas etmiştir. Bu durum insan onurunun en temel değer olduğunun bir teyidi niteliğindedir.

Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 21/3. maddesi, üye devletlere, maddi kazanç veya benzer bir fayda sağlamak veya elde etmek maksadıyla, organa ihtiyaç olduğu veya organların mevcut bulunduğu reklamının yapılmasının yasaklanması için gerekli yasal ve sair önlemlerin alınması yükümlülüğünü yüklemektedir. İlan ve reklam verme yasağına ilişkin bu hüküm, bahsedilen uluslararası yükümlülüğün bir yansımasıdır.

Bildiğimiz kadarıyla bu maddeye, organ ticareti ile mücadelede önleyici fonksiyon icra etmesi dolayısıyla kolluk kuvvetleri tarafından sıklıkla başvurulmaktadır. Hükümün amacı insanın küçültülmesini önleyerek insan onurunu korumak ve organ alım-satımını önlemektir.¹³⁷ Kolluğun organı objeleştiren alım satım işlemi gerçekleşmeden müdahale etmesinde, organın bir meta olduğu düşüncesinin yayılmasının önlenmesi ve organ ticareti suçuna erken müdahale edilmesi açılarından, üstün toplumsal menfaat mevcuttur.

Belli bir çıkar karşılığı olmaksızın organ teminine yönelik ilan veya reklam vermek veya yayınlamak ise suç kapsamına girmeyecektir. Keza organ bağışını teşvik edici nitelikteki ilan veya reklamlar da madde kapsamına girmez.¹³⁸ Aksine, organ ticaretini önlemek ve gönüllü bağışları artırmak için bu tür reklamların teşvik edilmesi gerekir.

SONUÇ

İnsan onurunun korunmasını hedefleyen organ ticareti suçu ile mücadele çok yönlü bir bakış açısı gerektirmektedir. Cezaların artırılması tek başına bir çözüm olmayıp, organ ticaretinin ortaya çıkış sebeplerinin ortadan kaldırılması en etkili mücadele yöntemi olacaktır. Suçun temel sebeplerinden olan organ yetersizliğinin azaltılması ve fakirlikle mücadele konusunda devletin adımlar atması gerekecektir. Organ yetersizliğinin azaltılması için özellikle ölüden organ bağışının artırılması gerekir. Ölüden organ bağışının az olmasının sebepleri ortadan kaldırıldığında bağışa hazır olan organ sayısı da artacağından, insanlar hayatta kalmak için başkasının organını satın almaya gerek duymayacaktır.

¹³⁶ Suçun oluşabilmesi için bir zararın meydana gelmesine gerek olmadığına, fiilin zarar oluşturabilecek nitelikte dahi olmasının şart olmadığına, dolayısıyla suçun soyut tehlike suçu olduğuna yönelik benzer görüş için bakınız: Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (s. 279).

¹³⁷ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza sorumluluğu*, (s. 486).

¹³⁸ Aynı yönde bakınız: Hakeri, *Tip Ceza Hukuku*, (s. 225); Parlar, *Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt*, (s. 1208); Meran, *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, (s. 169).

Varsayılan rıza yöntemine geçmek ölüden bağış sayısını artırıcı bir etki yapabilirse de, uluslararası araştırmalarda tek başına varsayılan rıza yöntemine geçmenin bağış oranını önemli ölçüde artırmadığının tespit edilmesi, yalnızca bu sisteme geçişle bağlanan umudun hayal kırıklığı yaratabileceği düşüncesini uyandırmaktadır. Bu bakımdan araştırmalarda da öngörül- düğü üzere, varsayılan rıza sistemi ile birlikte, toplumun ulusal sağlık sistemine güveni, nakil sistemi ve yapısı, etik, sosyo-kültürel ve dini meseleler, organ bağışına yönelik toplumsal farkındalık ile toplumun genel tavrının hep birlikte göz önüne alınarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.¹³⁹ Nitekim ölüden organ bağışı konusunda dünya birincisi olan İspanya'nın bağış oranı, varsayılan rıza sistemine geçtikten sonra değil, toplumsal eğitime güçlü ve uzun soluklu yatırımları ve yoğun bakım hemşire ve doktorlarına sunduğu özel eğitim programları sayesinde artmıştır.¹⁴⁰

Bu sebeple organ bağışını artırmanın en iyi yolu, insanları organ bağışlamaktan alıkoyan dini ve kültürel sebeplerin ortadan kaldırılması, insanların bağışın önemi konusunda bilgilendirilmesi olabileceği kanaatindeyiz. Ülkenin refah seviyesinin yükseltilmesi de organ arzını azaltacağından yine mücadeleye katkı sağlayıcı bir işlev görecektir.

Organ ticareti ile mücadeleye yönelik sosyal ve ekonomik tedbirler alındıktan sonra, ceza hukuku devreye girecektir. Organ teminine yönelik olan ilan veya reklamların cezalandırılması, organ ticaretinin henüz anlaşma sağlanmadan önlenmesine yönelik önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Gerek Organ Kaçakçılığına Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi gerekse ceza kanunumuz bu fiilin suç haline getirilmesini öngörmektedir. Kolluk kuvvetlerimiz organ ticaretinin somut herhangi bir zarar tehlikesi doğmadan önlenmesi için bahsedilen maddeye sıklıkla başvurmaktadır.

Organ ticaretinin örgütlü surette gerçekleştirilmesi, özellikle ilk bölümde bahsettiğimiz yabancı ülkelerde olmak üzere, Türkiye'de de daha küçük ölçekte (organ mafyası olmaksızın) olacak şekilde, suçun işleniş şekillerinden biri olarak karşımıza çıkmıştır. Türkiye'de bu makalede bahsedilen az gelişmiş ülkelerden farklı olarak, merdiven altı tabir edilen yasadışı nakil yerlerinde gerçekleştirilen organ nakli vakıalarına rastlanmamaktadır. Organ ticareti amacıyla kurulan örgütler ise, uluslararası örgüt şeklinde olmayıp, genellikle diyaliz merkezlerinde hayattan umudu kalmamış hastaları tespit etmek suretiyle bunlara diğer suç ortakları vasıtasıyla organ ayarlayan ve sahte belge ve beyanlarla legal nakil sistemini kullanarak organ ticareti yapılması konusunda alıcı ve vericiye yardımcı olan küçük ölçekli örgütleri ifade etmektedir.

Organ Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde suçun örgütlü işlenmesinden başka, çocuğa veya savunmasız bir kimseye karşı işlenmesi ile görevini kötüye kullanan bir kimse tarafından işlenmesi ağırlatıcı sebepler arasında sayılmışken, Türk Hukukunda bu

¹³⁹ Cotrău et al., "Consent Model, Opt-in/Opt-out System, and Organ Donation Rates in European Union Countries", (s. 37, 39-40); Rithalia et al., "A Systematic Review of Presumed Consent Systems for Deceased Organ Donation", iii,x; Petru Cotrau et al., "Ethical, Socio-Cultural and Religious Issues in Organ Donation", *Maedica*, 14/1(2019), (s. 13-14).

¹⁴⁰ Cotrău et al., "Consent Model, Opt-in/Opt-out System, and Organ Donation Rates in European Union Countries", (s. 39-40); "Is an opt-out system likely to increase organ donation?", son güncelleme 6 Mart 2019, <https://doi.org/10.1136/bmj.1967>.

şekilde ağırlatıcı sebeplerin olmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmekteyiz. Bunun dışında, organ ticareti suçuna ilişkin tanımların örtüştüğü sonucuna varmak mümkündür.

Türk doktrininde organ satıcısına yönelik şahsi cezasızlık veya ceza indirimi gerektiren özel bir zorunluluk halinin olması, suçlulukla mücadeleyi güçleştireceği düşüncesiyle eleştirilse de, biz hükmün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Kanaatimizce, suçun kök sebepleri araştırılmadan suçlulukla mücadele etkin bir surette gerçekleştirilemeyeceği gibi ceza adaleti de sağlanamaz. Organını satmaya karar verecek kadar maddi yönden zor durumda olan bir kimseye ceza vermek, onu daha çok mağdur edecektir. Organını satan kimsenin temel amacı suç işlemek değil, borçlarını kapatmak olduğundan, kendisinde kanuna karşı gelme iradesi zayıftır. Dolayısıyla kanunun bunu ödüllendirmesi gerekir kanaatindeyiz. Devletin ticareti önlemek için cezaları şiddetlendirmek yerine, organ yetersizliğine bir çözüm bulması ve potansiyel vericiler olan ekonomik yönden dezavantajlı insanların yaşam seviyelerini yükseltmesinin daha etkili olacağı düşüncesindeyiz. Ceza hukuku sosyal ve ekonomik tedbirlerle desteklenmedikçe etkili olamayacaktır. Zira kişi sosyal şartların da etkisiyle suç işlemektedir.

Organ ticareti suçunda asıl kötünietli kişi, organ vericisinin ve alıcısının zor durumlarından kâr etmeye çalışan aracı kimsedir. Dolayısıyla kanaatimizce en ağır cezayı hak eden odur. Kanunumuz satıcı, alıcı ve aracı arasında cezalandırmada ayırım yapmamıştır, ancak kanaatimizce Mahkemeler aracı kimseye cezayı üst sınırdan uygulamalıdır. Organını satan veya organ alan kimseye sırasıyla 91. Maddedeki özel zorunluluk hali ile 25/2. Maddedeki genel zorunluluk hali hükümlerinin uygulanması, ancak aracı için benzer bir cezasızlık sebebinin öngörülmemesi, kanun koyucunun da benzer bir anlayışa sahip olduğuna yönelik bir iştarettir.

Tıp hukukunu ilgilendiren diğer suçlarda olduğu gibi organ ticaretinde de, hekimlerin sorumluluğu belirlenirken, etik ilkelere ne derece uyulduğu konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira tıp hukukunun temeli etik değerlere dayanır. Hekimin kusurunun ağırlığı, kanun ile birlikte etik ilkelere ne ölçüde aykırı hareket ettiğine göre belirlenmelidir.

Türk Sisteminde organ ticareti suçu, gerek Türkler gerekse sağlık turizmi kapsamında tedavi amacıyla ülkeye gelen yabancılar tarafından, sahte belge ve beyanlarla, aslında öyle olmadıkları halde birbirlerini akraba olarak göstermeleri veya Etik Komisyonundan uygunluk kararı alabilmek için birbirlerini duygusal anlamda yakın (arkadaş, dost vb.) olarak göstermeleri suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu sebepledir ki, hukukumuz Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği md. 13/11 ile organ ticareti şüphesi bulunan riskli bölgelerden gelen kimselerin, aralarında akrabalık olsa dahi ancak Etik Komisyon kararıyla organ nakli olabileceklerine yönelik düzenleme yapması konusunda Sağlık Bakanlığına yetki vermiştir.

Etik Komisyon incelemesi, bir prosedürel işlem olmaktan öte, organ ticaretinin tespit edilmesi ve yasadışı naklin önlenmesi bakımından önemli bir aşama niteliğindedir. Bu konuda farkındalık artırılmalı, komisyon üyeleri taraflar arasındaki yakın bağ veya (bazı ülke vatandaşları için) akrabalık ilişkisinin mevcudiyeti konusunda tatmin olmadan nakle yönelik olumlu görüş bildirmemelidir. Benzer surette, hastanenin nakil aşamasında görevli sekreterinden doktoruna tüm görevlilerinin, organ ticaretinin işleme şekilleri, kimlikte veya evrakta sahteciliğin

tespiti yöntemleri konularında eğitim almaları, herhangi bir bedensel zarar oluşmadan suçun tespit edilmesi ve suçla mücadele açısından önemlidir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin. *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Ambagtsheer, F, J de Jong, W M Bramer, W Weimar. "On Patients Who Purchase Organ Transplants Abroad". *Am J Transplant*. 16/10 (2016): (p. 2800-2815).
- Ambagtsheer, Frederike and Linde Van Balen. "I'm Not Sherlock Holmes': Suspensions, Secrecy and Silence of Transplant Professionals in the Human Organ Trade". *European Journal of Criminology*. 17/6 (2020): (p. 764-783).
- Ambagtsheer, Frederike, Damián Zaitch and Willem Weimar. "The Battle for Human Organs: Organ Trafficking and Transplant Tourism in a Global Context". *Global Crime*. 14/1 (2013): (p. 1-26).
- Andarno, Roberto. "Buying and Selling Organs: Issues of Commodification, Exploitation and Human Dignity". *Journal of Trafficking and Human Exploitation*. 1/2 (2017): (p. 119-127).
- Ateş Sarıdağ, Büşra Hazel. "*Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Hukuki Sorunlar*". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Aydın, Murat. *Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Aygün Eşitli, Ezgi. "Türk Ceza Hukukunda Organ Nakli Turizmi". *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8/1 (2023): (s. 87-137).
- Bayraktar, Köksal. *Hekimin Tedavi Nedeniyle Ceza Sorumluluğu*. İstanbul: Der Yayınları, 2025.
- Berofsky, Bernard. *Liberation from Self: A Theory of Personal Autonomy*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- BMJ. "Is an opt-out system likely to increase organ donation?". Son güncelleme 6 Mart 2019. <https://doi.org/10.1136/bmj.1967>.
- Budiani-Saberi, D A and F L Delmonico. "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary On the Global Realities". *American Journal of Transplantation*. 8/5: (2008): (p. 925-929).
- Capron, Alexander M. and Francis L. Delmonico. "Preventing Trafficking in Organs for Transplantation: An Important Facet of the Fight Against Human Trafficking". *Journal of Human Trafficking*. 1/1(2015): (p. 56-64).
- Cohen, I. Glenn. "Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs". *Journal of Law, Medicine and Ethics*. 41/1 (2013): (p. 269-85).
- Cotrau, Petru, Viviana Hodosan, Adriana Vladu, Cristian Daina, Lucia Georgeta Daina, Carmen Pantis. "Ethical, Socio-Cultural and Religious Issues in Organ Donation". *Maedica*. 14/1(2019): (s. 12-14).
- Cotrău, Petru, Viviana Hodoşan, Adriana Vladu, Lucia Daina, Marcel Negrău, Cristian Daina, Carmen Pantiş and Corina Vernic. "Consent Model, Opt-in/Opt-out System, and Organ Donation Rates in European Union Countries". *Applied Medical Informatics*. 42/1 (2020): (p. 36-41).
- Council of Europe Treaty Office, "Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 216", <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-List?module=signatures-by-treaty&treaty=216>.
- Council of Europe, A New Convention to Combat Trafficking in Human Organs". Son güncelleme 08.07.2014. <https://rm.coe.int/16807212f2>.
- Çiftçiöğlü, Cengiz Topel. "Türk Ceza Kanununda Organ veya Doku Ticareti Suçu". *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 14/2 (2015): (s. 107-146).

- Doğan, Cahid. "Rahim (Uteris) Nakli: Hukuki Görünümler ve Etik Gerçekler" (Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezaî Sorunlar Paneli, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, 15 Mart 2019). Ankara: Adalet Yayınevi, 2020: (s. 51-80).
- Erman, Barış. *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Fabre, John, "Presumed Consent for Organ Donation: a Clinically Unnecessary and Corrupting Influence in Medicine and Politics". *Clinical Medicine*. 14/6 (2014): (p. 567-71).
- Fabre, John, Paul Murphy and Rafael Matesanz. "Presumed Consent: a Distraction in the Quest for Increasing Rates of Organ Donation". *BMJ*. 341 (2010): (p. 922-924).
- Gallagher, Anne T.. "Trafficking for Organ Removal". *Contexts*. 13/1 (2014): (p. 18-19).
- Gawronska, Sylwia. "A Critical Look at the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs and What It Means for the Global Fight against Organ- and Transplant-Related Crimes". *European Criminal Law Review*. 8/3 (2018): (p. 404-440).
- Gill, Jagbir, Bhaskara R Madhira, David Gjertson, Gerald Lipshutz, J Michael Cecka, Phuong-Thu Pham, Alan Wilkinson, Suphamai Bunnapradist, Gabriel M Danovitch. "Transplant Tourism in the United States: A Single-Center Experience". *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*. 3/6 (2008): (p. 1820-1828).
- Global Financial Integrity-Channing May, Transnational Crime and the Developing World, March 2017, (https://gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf).
- Global Observatory on Donation and Transplantation, Spain, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).
- Global Observatory on Donation and Transplantation, Türkiye, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).
- Global Observatory on Donation and Transplantation, United States of America, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).
- Global Observatory on Donation and Transplantation, United States of America, 2023, (<https://www.transplant-observatory.org/summary/>).
- Goyal, Madhav, Ravindra L. Mehta, Lawrence J. Schneiderman and Ashwini R. Sehgal. "Economic and Health Consequences of Selling a Kidney in India". *JAMA*. 288/13 (2002): (s.1589-93).
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (3. Cilt). Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Gökcan, Ahmet ve Murat Balcı. "Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*. 19/2 (2013): (s. 111-149).
- Gürbüz, Elif Rumeysa. *Organ ve Doku Naklinde "Rıza"*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: U-S-A Yayıncılık, 2022.
- Hakeri, Hakan. *Tip Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Health Resources & Services Administration, Organ Donation Statistics: Patients on the Waiting List by Organ, September 2024, (<https://www.organdonor.gov/learn/organ-donation-statistics#numbers>).
- Health Resources & Services Administration, Organ Donation Statistics, September 2024, (<https://www.organdonor.gov/learn/organ-donation-statistics#numbers>).
- Jha, Vivekanand and Kirpal S. Chugh. "The Case Against a Regulated System of Living Kidney Sales". *Nature Clinical Practice Nephrology*. 2/9 (2006): (p. 466-467).

- Kaçar, Yusuf. "Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK 91/3)". *ESAM Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*. 2/1 (2021): (s. 50-88).
- Kan Aydın, Çağrı. "Organ veya Doku Ticareti Suçu". *Ankara Barosu Dergisi*. 1/0 (2011): (s. 129-162).
- Kelly, Emily. "International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter". *Boston College Law Review*. 54/3 (2013): (p. 1317-1350).
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmüş. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- L' Hospital, Dean. "The Medium-of-Exchange Paradigm - A Fresh Look at Compensated Live-Organ Donation". *Human Rights and Globalization Law Review*. 2/1 (2008- 2009): (p. 1-22).
- Lundin, Susanne. *Organs For Sale: An Ethnographic Examination of the International Organ Trade*. Londra: Palgrave Macmillan, 2015.
- Meran, Necati. *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Moazam, Farhat, Riffat Moazam Zaman and Aamir M Jafarey. "Conversations with Kidney Vendors in Pakistan: An Ethnographic Study". *Hastings Center Report*. 39/3 (2009): (p. 29-44).
- Moniruzzaman, Monir. " "Living Cadavers" in Bangladesh: Bioviolence in the Human Organ Bazaar". *Medical Anthropology Quarterly*. 26/1 (2012): (p. 69-91).
- Naqvi, Syed Ali Anwar, Bux Ali, Farida Mazhar, Mirza Naqi Zafar and Syed Adibul Hasan Rizvi. "A Socioeconomic Survey of Kidney Vendors in Pakistan". *Transplant International*. 20/11 (2007): (p. 934-939).
- Naumovich, Colleen. "Addressing Transplant Tourism Problems and Proposed Solutions: Regulation Instead of Prohibition". *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 27/2 (2020): (p. 409-429).
- Nordham, Kristen D. and Scott Ninokawa. "The History of Organ Transplantation". *Baylor University Medical Center Proceedings*. 35/1 (2021): (p. 124-128).
- Ömeroğlu, Ömer. "Organ ve Doku Ticareti Suçu". *Terazi Hukuk Dergisi*. 5/42 (2010): (s. 57-72).
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Parlar, Ali. *Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2015.
- Rithalia A., C. McDavid, S. Suekarran, G. Norman, L. Myers, A. Sowden. "A Systematic Review of Presumed Consent Systems for Deceased Organ Donation". *Health Technology Assessment*. 13/26 (2009): (iii-95).
- Roberts, Erica D.. "When the Storehouse is Empty, Unconscionable Contracts Abound: Why Transplant Tourism Should Not Be Ignored". *Howard Law Journal*. 52/3 (2009): (p. 747-790).
- Shell, Susan Meld. *Kant and the Limits of Autonomy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009.
- Shepp, Sarah. "Priceless Kidney: The Ineffectiveness of Organ Trafficking Legislation". *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. 46/2 (2019): (p. 379-403).
- Shimazono, Yosuke. "The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information". *Bulletin of the World Health Organization*. 85/12 (2007): (p. 955-62).
- Siller, Nicole J.. "The Codification of Transplant-Related Crimes in the Convention Against Trafficking in Human Organs". *Journal of Trafficking and Human Exploitation*. 1/2 (2017): (p. 161-173).
- Soyaslan, Doğan. "Organ Nakilleri" (Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 17.11.2006). İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007, (s. 123-139).

- Soyaslan, Doğan. “Organ Nakilleri” Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Dedeman, Ankara, 28 Şubat- 1 Mart 2008). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, (s. 328-358).
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Legem Yayınevi, 2024.
- Şen, Ersan. *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- The Declaration of Istanbul. “Organ Kaçakçılığı ve Organ Nakli Turizmi İstanbul Deklarasyonu”. Son güncelleme 2008. https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_Turkish.pdf.
- The Declaration of Istanbul. “Organ Ticareti ve Nakil Turizmi İstanbul Deklarasyonu (2018 Basımı)”. Son güncelleme 2018. https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_Turkish.pdf.
- The Declaration of Istanbul. “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2008 Edition)”. Son güncelleme 2008. https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2008_English.pdf.
- The Declaration of Istanbul. “The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism (2018 Edition)”. Son güncelleme 2018. https://www.declarationofistanbul.org/images/documents/doi_2018_English.pdf.
- Türk Dil Kurumu. “Güncel Türkçe Sözlük”. Son güncelleme 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.
- Türkiye Organ Nakli Vakfı, Hayat Devam Etsin, 2023, (<https://www.tonv.org.tr/>).
- United Nations and Council of Europe, Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs, Fransa: Council of Europe/United Nations, 2009, (<https://rm.coe.int/16805ad1bb>).
- World Health Organization, Human Organ and Tissue Transplantation, 26 March 2009, (https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/a62/a62_15-en.pdf).
- World Health Organization, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation, January 2010, (<https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341814/WHO-HTP-EHT-CPR-2010.01-eng.pdf>).
- Yea, Sallie. “Trafficking in Part(s): The Commercial Kidney Market in a Mania Slum, Philippines”. *Global Soc. Pol’y*. 10/3 (2010): (p. 358-376).
- Yıldız, Ali Kemal. “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, *Özel Ceza Hukuku: Cilt II Kişilere Karşı Suçlar*, (haz., Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Ali Kemal Yıldız, Pınar Memiş Kartal, Sinan Altunç, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Barış Erman, Fulya Eroğlu Erman, Gülşah Kurt, Hasan Sınar), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.
- Zengin, Mehmet Ali. “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 5/18 (2014): (s. 153-196).

EXTENDED SUMMARY

THE CRIME OF ORGAN TRAFFICKING IN NATIONAL AND INTERNATIONAL CONTEXTS

Gülen Soyaslan Akdemir, Asst. Prof.

Cankırı Karatekin University, gulaysoyaslan@gmail.com

○ <https://orcid.org/0000-0003-4725-1416>

Organ trafficking, a global public health issue, stems from insufficient organ donations and income inequality. Patients facing life-threatening conditions due to organ failure, unable to find suitable donors, seek organs in exchange for monetary compensation. They exploit the dire circumstances of indebted individuals willing to donate their organs for financial reasons. In some cases, organ donations occur unlawfully, without the foundational legal requirements, often compromising individuals' consent. Both scenarios reduce the human body to an object, undermining fundamental values protected by law, such as human dignity and the freedom of will. This article aims to examine organ trafficking from both criminological and criminal law perspectives, enlightening readers on how the crime is perpetrated internationally and nationally. By analyzing international and national regulations introduced to combat organ trafficking, it seeks to identify commonalities and differences, highlighting areas for improvement in Turkish legislation. In this context, the provisions related to organ trafficking in the Council of Europe's Convention against Trafficking in Human Organs and the Istanbul Declaration are scrutinized in detail, comparing their similarities and differences with the organ trafficking offense in the Turkish Penal Code. Additionally, the article outlines the differences between the methods of committing organ trafficking in other countries and in Turkey.

Unlike previous studies on organ trafficking in Turkish law, this article does not examine the elements and specific forms of the crime in a categorical and abstract manner. Instead, it focuses on the scope of acts constituting the offense and their manifestation in concrete cases, aiming to inform readers about their function in combating organ trafficking.

The research article has drawn many conclusions while analyzing international and national aspect of the crime of organ trafficking. For one thing, the punishment of advertisements or announcements aimed at organ trafficking serves a significant function in preventing organ trade before any agreements are made. Both the Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs and our penal code criminalize this act. Turkish law enforcement agencies frequently refer to the aforementioned provision to prevent organ trafficking before any danger of concrete harm arise.

Second, organized organ trafficking, particularly occurring in foreign countries mentioned in the first section, also appears in Turkey on a smaller scale (without organ mafia). Unlike the underdeveloped countries referenced in this article, cases of organ transplantation performed in illegal “backdoor” facilities are not observed in Turkey. Organizations established for the purpose of organ trafficking are typically small-scale groups that identify patients who have lost hope at dialysis centers, arranging organs through other accomplices and utilizing the legal transplantation system with forged documents and statements.

Third, in the Turkish doctrine, the existence of a specific obligation requiring personal immunity from punishment or a reduction in punishment for organ sellers has been criticized on the grounds that it harms the fight against organ trafficking. However, we believe that this provision is justified. In our view, effective combat against criminality cannot be achieved without investigating the root causes of the crime, nor can justice be served. Punishing an individual who is in a dire financial situation and decides to sell their organ would further victimize them. The primary aim of someone selling their organ is not to commit a crime but to settle debts, indicating a weak will to contravene the law. Therefore, we believe the law should reward this behavior. Instead of intensifying penalties to prevent trafficking, the state should seek solutions to organ shortages and elevate the living standards of economically disadvantaged potential donors. Criminal law will not be effective unless supported by social and economic measures, for individuals commit crimes also due to social conditions.

Fourth, in organ trafficking, the main malicious actor is the intermediary who seeks to profit from the dire situations of both the organ donor and recipient. Therefore, in our view, they deserve harsher penalties than the organ seller and buyer.

Fifth, in the Turkish system, the crime of organ trafficking is perpetrated by both Turks and the foreigners coming to the country for treatment as part of health tourism, who falsely present themselves as relatives or emotionally close (friends, etc.) to each other to obtain approval from the Ethics Committee. Therefore, our law grants the Ministry of Health the authority to regulate that individuals from the high-risk countries suspected of organ trafficking may only undergo organ transplantation with the decision of the Ethics Committee, even if a familial relationship exists.

Finally, the Ethics Committee review is not merely a procedural step; it is a critical phase in detecting organ trafficking and preventing illegal transplants. Awareness should be raised in this regard, and committee members should not provide a favorable opinion on transplantation without being satisfied about the existence of close ties or (for some nationalities) familial relationships between the parties.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

INTERLAKEN SÜRECİ VE DAHA GENİŞ TAKDİR MARJI TALEBİNİN AİHM KARARLARINA YANSIMALARI

INTERLAKEN PROCESS AND THE REFLECTIONS OF THE WIDER MARGIN OF APPRECIATION CLAIMS ON THE ECtHR JUDGMENTS

Dr. Eray Acar*

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, benimsediği ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktriniyle, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasında birincil rolün taraf devletlere ait olduğunu hem de kültürel göreceliğin hakları koruma pratiğinde değişikliklere yol açabileceğini kabul etmektedir. Son yıllarda Avrupa'da, özellikle yasa dışı göç ve mülteci sorunları ile ilgili kararlar başta olmak üzere AİHM kararları ile ilgili taraf devletlerden gelen bir takım eleştiriler söz konusudur. Bu eleştirel söylemler ile AİHM'in ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrinine daha fazla önem vermesi gerektiği savı arasında paralellik söz konusudur. İlki 2010 yılında Interlaken'de düzenlenen, Üst Düzey Konferanslar dizisi, AİHM'in artan iş yükü başta olmak üzere, son yıllarda karşı karşıya kaldığı sorunlar için çözüm üretmeye yönelik bir reform girişimi olarak nitelenebilir. Bakanlar Komitesi ve taraf devletlerin girişimiyle düzenlenen bu toplantılarda, ikincillik ilkesine önem verilmesi ve daha geniş takdir marjı uygulaması, taraf devletlerin odaklandıkları ana talep olarak göze çarpmaktadır. Bu çalışma, söz konusu sürece eşlik eden politik atmosfere ve bu süreçte AİHM'in daha geniş takdir marjı tanıyarak, taraf devletlere daha saygılı bir tutum içerisinde olup olmadığı sorusuna odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: AİHM, takdir marjı, ikincillik, siyasi itiraz, Interlaken.

* Hitit Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı.

0000-0002-8524-6127 erayacr@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights, with the principle of subsidiarity and the doctrine of margin of appreciation, recognises that the primary role in the implementation of the Convention belongs to the state parties and that cultural relativism may lead to changes in the practice of protecting rights. In recent years, there has been growing discontent in Europe with the judgments of the ECtHR, particularly those concerning illegal migration and refugee issues. These discourses and the argument that the ECtHR should pay more attention to the doctrines of subsidiarity and margin of appreciation are coherent. The series of High-Level Conferences, organized in Interlaken in 2010, is a reform attempt to find solutions to the problems the ECtHR has faced in recent years, particularly the increasing workload. In these meetings, organized at the initiative of the Committee of Ministers and the States Parties, the main demands of the States Parties give weight to the principle of subsidiarity and the application of a wider margin of appreciation. This study focuses on the political atmosphere accompanying this process and whether the ECtHR has adopted a more deferential attitude towards state parties in this process by offering a wider margin of appreciation..

Keywords: ECtHR, margin of appreciation, subsidiarity, political backlash, Interlaken.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS/Sözleşme) ve bu Sözleşme ile kurulan insan hakları koruma sistemi, esas olarak kurucu üyelerin ortak kimliğini, ortak değerlerini ortaya koymak ve korumak amacını taşır. Ancak Sözleşme'nin taraf devletlerce aynı şekilde uygulandığını ve düzenlenen hakların da aynı şekilde algılandığını söylemek zordur. Bu bakımdan Sözleşme'nin en üstün standartları koyma amacı gütmekten ziyade üzerinde uzlaşılan hakları düzenlediği ve asgari standartları oluşturduğu ifade edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM/Mahkeme) benimsediği ikincilik ilkesi ve takdir marjı doktriniyle, hem Sözleşme'nin uygulanmasında birincil rolün taraf devletlere ait olduğunu hem de kültürel göreceliğin hakları koruma pratiğinde değişikliklere yol açabileceğini kabul etmektedir. AİHM, benimsediği dinamik yorum ilkesi ile Sözleşme'de yer alan haklara bakışın zaman içerisinde değişebileceğini de kabul etmektedir.

AİHS'nin öngördüğü koruma sistemi zaman içerisinde köklü değişikliklere uğramıştır. Özellikle, Sovyetler Birliği'nin dağılışımdan sonra Doğu Avrupa ülkelerinin de sisteme dahil olmasıyla hem Mahkemenin iş yükü artmış hem de yeni üye ülkelerden fazlasıyla sistemik ihlallerin geldiği görülmüştür. Bu yüzden de Mahkeme, bu dönem içerisinde sürekli olarak reform süreci içerisinde olmuştur.

Öte yandan, özellikle son yıllarda taraf devletlerin Mahkemeye ilişkin eleştirileri Mahkemeyi, üye ülkeleri sistemin içerisinde tutmaya yönelik taktikler uygulamaya da itmiştir. Reform girişimlerinin sonuncusu olan Interlaken Süreci'nde taraf devletlerin Mahkemenin takdir marjı ve ikincilik ilkelerine daha fazla önem vermesi gerektiği söylemi de bu eleştiri ve itirazlarla birlikte okunmalıdır.

Takdir marjı doktrini Mahkemenin reform ihtiyacından önce de kabul görmektedir. Ancak son yıllarda bu doktrinin yukarıda sayılan sebeplerden ötürü AİHM tarafından daha geniş tutulduğu ileri sürülmektedir. Mahkemenin daha "ciddi" ihlallere odaklanıp daha az kabul edilebilirlik kararı vermek istemesiyle paralel olarak yerel düzeyde çözülmesi umulan problemlerin alanı da genişlemiş gözükmektedir. Bu çalışma, Mahkemenin taraf devletlere daha geniş takdir marjı tanıyıp tanımadığı sorununa ve daha geniş bir takdir marjı tanımanın olası sebeplerinden birine, taraf devletlerin AİHM ile ilgili eleştirel söylemlerine ve Mahkemenin karşı karşıya kaldığı siyasi atmosfere odaklanmaktadır.

İnsan haklarına saygılı ve onları korur politikalar izlemek, günümüzde hükümetlerin hem ulusal hem de uluslararası düzeyde meşruiyetlerini ve güvenilirliklerini artırmaktadır. AİHS çerçevesinde oluşturulan sistem gibi bölgesel koruma mekanizmalarının üyesi olmak ve sisteme uygun davranıyor olmak da bu amacın gerçekleştirildiğinin kanıtı sayılır. Ancak bu gerçekleşme, söz konusu sistemlerin etkililiği oranında söz konusu olacaktır. Bu çalışmada cevaplanmaya çalışılan bir soru da şudur: Taraf devletler hem meşruiyetlerine gölge düşürmemek hem de politik manevra alanlarını geniş tutmak amacıyla AİHM'in sürekli ancak düşük düzeyde bir etkililiğe sahip olmasını mı istemektedirler?

Çalışma iki temel bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde önce Birleşik Krallık, Danimarka, Rusya ve Türkiye örnekleri üzerinden Mahkemeye yönelen itirazlar ele alınacaktır.

İkinci bölümde ise bu itirazların AİHM'in reform sürecine yansımaları irdelenmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda Interlaken ve takip eden reform toplantıları, bu toplantılarda ortaya çıkan deklarasyon metinleri inceleme konusu edilecektir. Çalışma kapsamında takdir marjı doktrini ve siyasi talepler arasında bağlantı kurulması amacı doğrultusunda özellikle *Brighton* ve *Kopenhag Deklarasyonları*'nın Mahkemenin takdir marjı uygulaması üzerindeki etkilerine odaklanılmıştır.

I. AİHM'YE KARŞI YÜKSELEN İTİRAZLAR

AİHM'e ve aldığı kararlara karşı son yıllarda taraf devletler nezdinde artan bir memnuniyetsizlik göze çarpmaktadır. Mahkemenin kararlarına dair eleştirel tutum, söylem düzeyinde olduğu gibi, kararların uygulanmaması veya geç uygulanması şeklinde de kendini göstermektedir.¹ Mahkemenin yargısal denetimi ile daha fazla karşılaşan taraf devletlerde, söz konusu kararların iç meselelere karışma olarak değerlendirilmesi yeni bir husus değildir. Birleşik Krallık'ta özellikle mahkumların Mahkemeye erişimine ilişkin *Hirst*/Birleşik Krallık (2005) kararı, ülkenin demokratik süreçlerine ve doğrudan yasama yetkisine müdahale olarak değerlendirilmiş ve büyük bir karşı çıkış gözlenmiştir. Bunun haricinde, Rusya'nın taraf olduğu süre zarfında, Mahkeme kararlarını Rusya Federal Anayasası'na aykırı bulduğu kararlar ile bunu takiben kararların ancak anayasal denetimden geçirilerek uygulanabileceğini öngören düzenlemesi, AİHM'in otoritesinin iyiden iyiye sarsıldığı bir dönemde bulunulduğunu gözler önüne sermektedir. Elbette bu itirazlar, ilgili ülkeler aleyhine daha fazla ihlal karar çıkması ile bağdaştırılabilir. Ancak Danimarka gibi nispeten daha az ihlal kararı ile karşılaşan ve "merkezi" konumda addedilen kimi taraf devletlerin de, son yıllarda özellikle mülteciler konusunda AİHM'e yönelik eleştirel bir tavır takındığı bilinmektedir.² Mülteci ve yasa dışı göç sorununa AİHM'in yaklaşımına yönelik tepki, *İzmir Deklarasyonu*'ndaki AİHM'in bir "göçmen temyiz mahkemesi olmadığı"³ vurgusu ile de kendini gösterir. Buradan taraf devletlerin Mahkemeden mülteci meselelerine daha az eğilmesi ve bu konuda taraf devletlere daha fazla takdir marjı tanımasını talep ettiği çıkarımı yapılabilir. Tüm sözleşmeciler devletlerin Mahkemeye yönelik tutumlarını değerlendirmek bu çalışmanın boyutlarını aşmaktadır. Bu yüzden Birleşik Krallık, Rusya,

¹ Türkiye, Rusya, Polonya, Birleşik Krallık gibi kimi üyelerin Mahkeme kararlarını uygulamadaki kronik problemlere sahip olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan başka nispeten daha yeni üyelerin de Mahkemenin kararlarını uygulamakta yavaş kaldıkları gözlemlenmektedir. Bkz. Fiona de Londras de ve Kanstantsin Dzehtsiarou, "Mission Impossible? Addressing Non-Execution Through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly* 66, no. 2 (2017), s.478; Taraf devletlerin AİHM ile ilişkilerini, uyum derecesine göre ayrıntılı biçimde inceleyen bir çalışma için bkz. Patricia Popelier, Sarah Lambrecht ve Koen Lemmens, Der., *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge: Intersentia, 2017.; Ayrıca bkz. Helmut Philipp Aust ve Esra Demir-Gürsel, Der., *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical Perspective*, Elgar Publishing, 2021.

² Jacques Hartman, "A Danish Crusade for the Reform of the European Court of Human Rights", *EJIL: Talk!*, 14.10.2017, <https://www.ejiltalk.org/a-danish-crusade-for-the-reform-of-the-european-court-of-human-rights/>. (son erişim: 28.11.2024).

³ Committee of Ministers of the Council of Europe, *Izmir Declaration: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, 27.04.2011, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2011_izmir_finaldeclaration_eng. (son erişim: 28.11.2024).

Danimarka ve Türkiye gibi daha belirgin biçimde Mahkemeye karşı eleştirel tutum takınan örnekler üzerinden çıkarım yapmak amaçlanmaktadır.

A. BİRLEŞİK KRALLIK

Birleşik Krallık ile AİHM arasındaki gerilim daha çok güvenlik önlemleri ve demokratik meşruiyet tartışmaları üzerinden şekillenmektedir. 2005 yılında Londra'daki terör saldırısının ardından ulusal güvenlik için riskli görülen kimselerin sınır dışı edilmeleri, gönderildikleri ülkelerde işkence veya kötü muameleye tabi tutulma tehlikeleri dolayısıyla AİHM engeline takılmıştır.⁴ Bunun haricinde AİHM'in mahkumların oy kullanımına ilişkin Birleşik Krallık'ta yürürlükte olan bir yasayı serbest seçim hakkının ihlali olarak değerlendirmesi, gerilimi daha da tırmandırmıştır.⁵

Özellikle *Hirst/Birleşik Krallık* kararının uzunca süre Birleşik Krallık kamuoyunda AİHM'in meşruiyetini sorgulayan savlarda temel argüman olarak kullanıldığı görülmektedir.⁶ Birleşik Krallık'ta 1983 tarihli bir kanun, mahkumların seçime katılmasını engellemektedir.⁷ Mahkeme *Hirst/Birleşik Krallık* kararında Birleşik Krallık'ın uyguladığı yasağın otomatik olarak, mahkumun aldığı cezanın uzunluğu ve işlediği suçun mahiyeti önemsizleştirilerek uygulanması gerekçesiyle 1. protokolün 3. maddesindeki "serbest seçim hakkı"nı ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁸ Parlamento tarafından tartışmasız biçimde kabul gören bir yasanın değiştirilmesini talep eden bu karar, Birleşik Krallık kamuoyunda büyük bir memnuniyetsizlikle karşılanmıştır.⁹

2010'a gelindiğinde Mahkeme *Greens/Birleşik Krallık* kararında pilot karar usulünü uygulayarak İngiltere'ye 6 ay içerisinde *Hirst/Birleşik Krallık* kararıyla uyumlu değişiklikler yapılması gerektiğini kararlaştırmıştır.¹⁰ Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından kurulan özel bir komitenin 2013 yılında yayınladığı raporda kısmi uyumlu değişiklikler yapılabileceği belirtilmesine¹¹ karşın herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ülkelerin Mahkeme kararlarını uygulayıp uygulamadığını izlemekle yükümlü olan Bakanlar Komitesinin Birleşik Krallık'ın tutumunu eleştiren ve atılabilecek adımları belirten kararlarına karşın, Birleşik Krallık yine de *Hirst/Birleşik Krallık* kararına uzun süre direnmeye devam etmiştir.¹² Ancak Aralık 2018'de

⁴ AİHM, Othman (Abu Qatada)/ Birleşik Krallık, Başvuru No. 8139/99, 17.01.2012.

⁵ Başak Çalı, "Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *Wisconsin International Law Journal* 35, no. 2 (2018), s.13.

⁶ Merris Amos, "Reality Amidst Rhetoric: Implementation of ECtHR Judgments in the UK", *European Convention on Human Rights Law Review* 5 (2024), s.17-18.

⁷ Sözleşmeciler devletler arasında 18 ülkede mahkumların oy hakkı ile ilgili kısıtlama yokken, 13'ünde yasaklama, 12 ülkede ise bazı kısıtlamalar söz konusudur. Richard H. Pildes, "Supranational Courts and The Law of Democracy: The European Court of Human Rights", *Journal of Dispute Settlement* 8, no. 1 (2017), s.15.

⁸ AİHM, *Hirst/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 74025/01, 06.10.2005.

⁹ David Cameron, 2010 yılında verdiği bir demeçte, "Eğer parlamento mahkumların oy kullanmamasına karar vermişse ki bence de vermemeliler. Bu parlamentomuzca alınması gereken ulusal bir karardır." demektedir. "Prisoners 'damn well shouldn't' be given right to vote, says David Cameron", *The Guardian*, 13.12.2013, <https://www.theguardian.com/politics/2013/dec/13/prisoners-right-to-vote-david-cameron>. (son erişim: 28.11.2024).

¹⁰ AİHM, *Greens ve M.T./ Birleşik Krallık*, Başvuru No. 60041/08 ve 60054/08, 11.04.2011, §120-121.

¹¹ Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill Report, UK Parliament, 16.12.2013, <https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/103.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).

¹² Pildes, "Supranational", s.15-17.

belirli nitelikleri haiz mahkumların oy kullanma hakkı tesis edilmiş ve karar 13 yıl sonra uygulamaya geçirilmiştir.¹³

Birleşik Krallık'ın Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi dönem başkanlığını yürüttüğü 2012'de David Cameron, AİHM'in halihazırdaki etkinliğinden duyduğu rahatsızlığı açıkça belirtmektedir. Cameron, Mahkemenin son yıllarda makul bir takdir marjı belirlemede başarısız olduğunu, fazla müdahaleci bir tutum takındığını ve ulusal mercilerin yerine geçerek dördüncü derece mahkeme işlevi üstlendiğini savunmuştur.¹⁴ AİHM'e yönelik itirazlar Brexit sürecinde de ayrılık taraftarlarınca önemli bir argüman olarak kullanılmıştır. AİHM karşıtı tutum, özellikle Muhafazakar Parti tarafından, güvenlik önlemleri bağlamında insan haklarının daha dar yorumlanması gerektiği söylemleriyle¹⁵ birlikte, Brexit sonrasında Sözleşme kapsamından çıkma yönünde kampanyalarla sürdürülmektedir.¹⁶ Hatta 2015 yılında Muhafazakar Parti, 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'nı (*Human Rights Act*) kaldırıp, korunan hak alanını daraltan ve AİHM ile olan ilişkileri koparan yeni bir Haklar Bildirgesi (*British Bill of Rights*) önerisinde bulunmuştur.¹⁷ Yeni haklar bildirgesinde, AİHM'in benimsediği "yaşayan belge" ilkesi eleştirilerek, Mahkemenin Sözleşme'nin dışına çıkarak görevini aştığı yorumu yapılmaktadır.¹⁸

Bill of Rights Bill, Birleşik Krallık'ın AİHS kapsamındaki yükümlülükleri ile kimi tezatlıklar içeren Yasa Dışı Göç Yasası (*Illegal Migration Bill*) ile birlikte 2023'te Parlamento gündemine alınmıştır.¹⁹ Birleşik Krallık mahkemeleri, AİHM ve Parlamento arasındaki dengeyi yeniden düzenleme amacını taşıyan *Bill of Rights Bill*²⁰, 27 Haziran 2023'te geri çekilmiştir.²¹ Birleşmiş Milletler Mülteci Örgütüne göre "sığınma yasağı" teşkil edebilecek ve Mülteci

¹³ Amos, "Reality", s.17.

¹⁴ Pildes, "Supranational", s.17; David Cameron, "Speech on the European Court of Human Rights", *Gov.UK*, 25.01.2012, <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-on-the-european-court-of-human-rights>. (son erişim: 28.11.2024).

¹⁵ "Theresa May: Human rights laws could change for terror fight", *BBC*, 07.06.2017, <http://www.bbc.com/news/election-2017-40181444>. (son erişim: 28.11.2024).

¹⁶ Will Worley, "Theresa May will campaign to leave the European Convention on Human Rights in 2020 election", *Independent*, 29.12.2016, <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-campaign-leave-european-convention-on-human-rights-2020-general-election-brexite-a7499951.html>. (son erişim: 28.11.2024); Jessica Elgot, "Tory MPs to push for UK exit from European convention on human rights", *The Guardian*, 05.02.2023, <https://www.theguardian.com/politics/2023/feb/05/tory-mps-to-push-for-uk-exit-from-european-convention-of-human-rights>. (son erişim: 28.11.2024).

¹⁷ Fabian Duessel, "Human Rights in the British Constitution: A Prisoner of History", *University of Illinois Law Review*, no. 2 (2017), s.797.

¹⁸ Conservative Party, Protecting Human Rights in UK: Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws, 03.10.2014, https://www.amnesty.org.uk/files/protectinghumanrightsinuk_conservativeparty.pdf. (son erişim: 28.11.2024).

¹⁹ Her iki yasa tasarısı ile ilgili bir inceleme için bkz. Alice Donald ve Philip Leech, "The UK vs the ECtHR: Anatomy of A Politically Engineered Collision Course", *Verfassungsblog*, 05.05.2023, <https://verfassungsblog.de/the-uk-vs-the-european-court-of-human-rights-on-a-politically-engineered-collision-course/>. (son erişim: 28.11.2024).

²⁰ Bu yeni denge hali hakların yorumu üzerine bir çatışma halinde parlamentoya öncelik vermektedir. Bill of Rights Bill 1(2); 7, UK Parliament, 22.06.2022, <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0117/220117.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).

²¹ Bill of Rights Bill, 27.06.2023, <https://bills.parliament.uk/bills/3227>. (son erişim: 28.11.2024).

Konvansiyonu'na açık aykırılıklar barındıran,²² Yasa Dışı Göç Yasası ise 20 Temmuz 2023'te yasalaşmıştır.²³

Son yıllarda Birleşik Krallık ile AİHM arasındaki gerilim, Birleşik Krallık'ın yasa dışı göç ile mücadele için ortaya koyduğu Ruanda Planı²⁴ ile yeni bir boyut kazanmıştır. Yasa dışı göçmenlerin Ruanda'ya gönderilmesi planlarına daha önce AİHM engel olmuştur.²⁵ Yasal düzenleme ile planı devreye sokmanın AİHS'ye aykırı olacağı eleştirilerine karşılık 3 Nisan 2024'te verdiği röportajda da Başbakan Rishi Sunak, "sınır güvenliği ve yasa dışı göçün kontrol altına alınması, herhangi bir yabancı mahkemeye üyeliğimizden daha önemlidir" açıklamasında bulunmuştur.²⁶ Birleşik Krallık'ta Muhafazakar Parti içerisinde AİHS'den çekilme yönünde söylemlerin artarak devam ettiği görülmektedir. Yakın zamanda İçişleri Bakanı Braverman ve Göç Bakanı Robert Jenrick gibi isimlerin ayrılma taraftarı demeçler verdikleri de bilinmektedir.²⁷

22 Nisan 2024'te Ruanda Planı'nın önündeki engelleri kaldırmak adına Ruanda'yı "güvenli ülke"²⁸ ilan eden yasa parlamentodan geçmiştir.²⁹ Ancak İşçi Partisi'nin iktidara gelmesi sonrası Ruanda Planı devre dışı bırakılmıştır.³⁰ Yine de Birleşik Krallık'ın göç politikaları

²² The UN Refugee Agency, "Statement on UK Asylum Bill", 07.03.2023, <https://www.unhcr.org/uk/news/statement-uk-asylum-bill>. (son erişim: 28.11.2024).

²³ Illegal Migration Act 2023, UK Parliament, 20.07.2023, <https://www.gov.uk/government/collections/illegal-migration-bill>. (son erişim: 28.11.2024).

²⁴ 22 Nisan 2024'te Avam Kamarası'nda onaylanan Ruanda Planı'na göre, İngiltere'ye yasa dışı yollarla giren bazı sığınmacıların Ruanda'ya gönderilmesi ve sığınma başvurularının bu ülkede değerlendirilmesi planlanmaktadır. "İngiltere hükümetinin sığınmacıları Ruanda'ya gönderme planı onaylandı: Tasarı neden tartışılıyordu?", *BBC Türkçe*, 22.04.2024, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cx9wedk0020o>. (son erişim: 06.01.2025).

²⁵ ECHR, Press Release 197, The European Court grants urgent interim measure in case concerning asylum-seeker's imminent removal from the UK to Rwanda, 14.06.2022, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7359967-10054452&filename=Interim%20measure%20granted%20in%20case%20concerning%20asylum-seeker%E2%80%99s%20imminent%20removal%20from%20the%20UK%20to%20Rwanda.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).; ECHR, Press Release 199, Further requests for interim measures in cases concerning asylum-seekers? imminent removal from the UK to Rwanda, 15.06.2022, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7360933-10056317&filename=Further%20requests%20for%20interim%20measures%20in%20cases%20concerning%20asylum-seekers%E2%80%99s%20imminent%20removal%20from%20the%20UK%20to%20Rwanda.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).

²⁶ Daniel Martin, "Sunak: Rwanda plan 'more important' than ECHR membership", *The Telegraph*, 03.04.2024, <https://www.telegraph.co.uk/politics/2024/04/03/rishi-sunak-rwanda-plan-important-echr-membership/>. (son erişim: 28.11.2024).

²⁷ Lucy Trevelyan, "Human rights: UK ministers continue to discuss drastic step of leaving ECHR", *International Bar Association*, 11.10.2023, <https://www.ibanet.org/UK-ministers-continue-to-discuss-drastic-step-of-leaving-ECHR>. (son erişim: 28.11.2024).

²⁸ Birleşik Krallık'ın Ruanda planı için Kasım 2023'te Yüksek Mahkeme Ruanda'nın güvenli üçüncü ülke sayılmayacağı kararı vermişti. United Kingdom Supreme Court, AAA (Syria) & Ors, R (on the application of) v Secretary of State for the Home Department [2023] UKSC 42 (15 November 2023), <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2023/42.html>, §101-105. (son erişim: 05.04.2024)

²⁹ Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill, UK Parliament, 22.04.2024, <https://bills.parliament.uk/bills/3540>. (son erişim: 28.11.2024). 29.05.2024.; Yasmine Ahmed ve Emilie McDonnell, "UK's Harmful Rwanda Bill to Become Law", *Human Rights Watch*, 23.04.2024, <https://www.hrw.org/news/2024/04/23/uks-harmful-rwanda-bill-become-law>. (son erişim: 28.11.2024).

³⁰ Mared Gwyn Jones, "How could a Labour-led government change the UK's migration policies?", *Euronews*, 03.07.2024, <https://www.euronews.com/2024/07/03/how-could-a-labour-led-government-change-the-uks-migration-policies>. (son erişim: 28.11.2024).

dolayısıyla yakın gelecekte AİHM ile yeniden karşı karşıya gelme ihtimali yüksektir. Diğer yandan Birleşik Krallık'ın sistemin dışına çıkma ihtimali yakın bir ihtimal olarak da görünmemektedir. Üstelik böyle bir adımın karşısında olan etkili bir kamuoyundan bahsetmek de mümkündür. Ruanda Planı'nı kabul eden kabine içerisinde dahi böyle bir adımın karşısında olduğunu açıklayan üyeler söz konusudur.³¹

B. DANİMARKA

Danimarka'da AİHM yargılamaları ile ilgili eleştirel söylemin daha çok yasa dışı göç ve mülteci sorunu ile ilgili olduğu söylenebilir. Bunun Avrupa genelinde yükselen aşırı sağ hareketlerin, mülteci ve göçmen karşıtlığının bir tezahürü olduğu da ifade edilebilir. Genel olarak bakıldığında Danimarka'nın AİHM karşısında ihlal kararları ile burada zikredilen diğer ülkelere nazaran daha az karşılaştığı bilinmektedir. Ancak 2010 sonrasında Mahkeme, özellikle aşırı sağ partiler nezdinde yasa dışı göçü engelleme ve suçlu göçmenleri sınır dışı etme süreçlerine engel olan bir kurum olarak görülmeye başlanmıştır. Ancak merkez sol ve Sosyal Demokratların da Mahkemenin müdahalesine demokratik meşruiyetten yoksun olduğu gerekçesiyle saldıran düşünce yazıları söz konusudur.³²

2017 yılında Danimarka Bakanlar Komitesi dönem başkanlığını üstlendiği sırada, sağ bir koalisyon iktidardadır.³³ Özellikle aşırı sağ Danimarka Halk Partisi'nin yükselişi ve bu partinin 2015-2019 yılları arasında koalisyon hükümeti için kilit rol oynaması Danimarka siyaseti ile AİHM arasındaki gerilimin yükselmesine neden olmuştur.³⁴ Bu durumun Kopenhag Konferansı ve Deklarasyonu'na yansıdığı söylenebilir. Özellikle taslak metinde Danimarka'nın AİHM yargılamaları karşısındaki memnuniyetsizliğinin yansıması olarak yorumlanabilecek ifadeler bulunmaktadır.³⁵ Danimarka'nın Bakanlar Komitesi Dönem Başkanlığı'nı üstlenmesi öncesinde, dönem başkanlığı sırasında gözetilecek öncelikler başlıklı metninde, AİHM'in giderek taraf devletlerin kritik önemdeki politikalarına daha fazla etki ettiği ve bundan kaynaklanan problemlerin nasıl çözüleceği hususunda çalışmaların öncelik olarak kabul edildiği ifadeleri yer almaktadır.³⁶ Buradan Danimarka'da AİHM'e karşı yükselen itirazların temel olarak

³¹ David Barrett ve Harriet Line, "Rishi Sunak could face a revolt from at least 12 Cabinet members including Jeremy Hunt and James Cleverly if he sets out plans to leave the ECHR", *Daily Mail*, 10.04.2024, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-13294667/Rishi-Sunak-face-revolt-Cabinet-members-sets-plans-leave-ECHR.html>. (son erişim: 28.11.2024).

³² Bramsen, "Den er gal med fortolkningen af menneskerettighederne", *Netavisen Pio*, 21.08.2017, <https://pio-pio.dk/den-er-gal-med-fortolkningen-af-menne-skerettighederne'den-akt>. Helga Molbæk-Steensig, "The Copenhagen Declaration, Wrapping Up the Interlaken Reform", *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Der. Stephanie Schiedermaier, Alexander Schwarz ve Dominik Steiger, Baden-Baden: Nomos, 2022, s.74.

³³ Molbæk-Steensig, "The Copenhagen", s.74.

³⁴ Jacques Hartmann ve Samuel White, "The alleged backlash against human rights: evidence From Denmark and the UK", *Human Rights in Times of Transition: Liberal Democracies and Challenges of National Security*, Der. K. McCall-Smith, A. Birdsall, & E. Casanas Adam, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, s.143.

³⁵ Alice Donald ve Philip Leech, "The UK vs the ECtHR: Anatomy of A Politically Engineered Collision Course", *Verfassungsblog*, 05.05.2023, <https://verfassungsblog.de/the-uk-vs-the-european-court-of-human-rights-on-a-politically-engineered-collision-course/>. (son erişim: 28.11.2024).

³⁶ Chairmanship of Denmark-Committee of Ministers, CM/Inf(2017)22, Priorities of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe(15 November 2017-18 May 2018), 13.11.2017, 3, §3, <https://um.dk/en/-/media/websites/umen/foreign-policy/the-danish-chairmanship-of-the-committee-of-ministers-of-the-council-of-europe-2017-2018/2017cminf22.ashx>. (son erişim: 28.11.2024).

göç sorununa karşı gösterilen reaksiyon ve egemenlik ilkesi ile bağlantılı olduğu çıkarımı yapılabilir.

2019'a gelindiğinde iktidar değişikliği ile bu kez merkez ve sola yakın partilerin koalisyonunda olduğu bir hükümet kurulmuştur. Ancak bu hükümet de seleflerinin göç ve insan hakları konusundaki eleştirel tutumlarını sürdürmüşlerdir. Başbakan Mette Frederiksen'in savunduğu "sıfır mülteci politikası"³⁷ ve uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarının zaman zaman "yanlış insanları" koruduğu şeklindeki ifadeleri³⁸ mevcut yönetimin bakış açısını yansıtmaktadır.

Her ne kadar Danimarka Halk Partisi tarafından AİHS'yi doğrudan Danimarka hukukuna dahil eden düzenlemelerin iptali için girişimler söz konusu olsa da bu girişimler başarısızlıkla sonuçlanmıştır.³⁹ Dolayısıyla Danimarka için sistemin dışına çıkma ihtimali olası gözükmemektedir. Ancak göç ve mülteci sorunu temelli eleştirel söylem ve reform talebi yoğun biçimde sürmektedir.

C. RUSYA

AİHM'in yargılama yetkisine karşı bir başka yoğun, hatta "hasmane"⁴⁰ itiraz da Avrupa Konseyine (Konsey) taraf olduğu süre boyunca Rusya'dan gelmiştir. Bu yoğun itirazın ana sebeplerinden birisi *Yukos*/Rusya kararıdır. *Yukos* Petrol Şirketi vergi kaçırma suçlamaları dolayısıyla yüklü miktarda vergi cezası ile karşı karşıya bırakılarak devlet eliyle iflasa sürüklendiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. AİHM, *Yukos* hissedarlarına yerel mahkeme düzeyinde kendilerini savunacak yeterli süre verilmeyişi dolayısıyla adil yargılanma hakkının,⁴¹ vergi kanunun geri yürütülmesi dolayısıyla 1. Ek Protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁴²

Rusya Federal Anayasa Mahkemesi, batık *Yukos* şirketinin hissedarlarına maddi giderim öngören AİHM kararının, Rusya Federal Anayasası'na uygun olmadığı gerekçesiyle bağlayıcı olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme uluslararası sözleşmelerin iç hukuka uygulanmasına dair bir dizi savı zikrettikten sonra egemenlik kuramına atfen AİHS ve AİHM'in Rusya Anayasası'ndan üstün kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Rusya Federal Anayasası'nın 15(4).

³⁷ "Denmark: Lowest number of asylum seekers ever", *European Commission, European Website on Integration*, 20.01.2021, https://migrant-integration.ec.europa.eu/news/denmark-lowest-number-asylum-seekers-ever_en (son erişim: 10.01.2025); "Mette Frederiksen, the face of the anti-immigration left in Denmark", *France 24*, 02.11.2022, <https://www.france24.com/en/live-news/20221102-mette-frederiksen-the-face-of-the-anti-immigration-left-in-denmark>. (son erişim: 10.01.2025).

³⁸ Hans Skovgaard Andersen ve Cathrine Bloch, "En Udtalelse Fra Mette Frederiksen Om Konventioner Får Støttepartier Til at Gå Til Angreb: Dybt, Dybt Bekymrende", *Berlingske*, 13.11.2019, <https://www.berlingske.dk/politik/en-udtalelse-fra-mette-frederiksen-om-konventioner-faar-stoettepartier-til>'dan akt. Hartmann ve White, "The Alleged Backlash", s.144.

³⁹ Hartmann ve White, "The Alleged Backlash", s.144.

⁴⁰ Takip eden makale AİHM'e dönük eleştirel tutumun hasmane olarak kategorize edildiği kitap bölümünün tek alt başlığını oluşturmaktadır: Aaron Matta ve Armen Mazmanian, "Russia: In Quest for a European Identity", *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Der. Patricia Popelier, Sarah Lambrecht ve Koen Lemmens, Cambridge: Intersentia, 2017, s.481-502.

⁴¹ AİHM, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos/Rusya, Başvuru No. 14902/04, 20.09.2011, §551.

⁴² AİHM, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos/Rusya, §571-575.

maddesinde Rusya'nın taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin iç hukuk sisteminin bir parçası kabul edildiği düzenlemesi yer almaktadır. Ancak Rusya Anayasa Mahkemesine göre bir sözleşme Rusya'nın sözleşmeye uymayı taahhüt ettiği sırada Rusya Anayasası'na uygun olsa dahi sonradan yorum yoluyla sözleşme metninden anayasaya aykırı hükümler çıkarılabilir.⁴³ Mahkeme ayrıca Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/1. maddesindeki, sözleşmeyi iyi niyetle uygulama yükümlülüğünün, sözleşmenin bu şekilde orijinal metinden uzaklaşan şekilde yorumlanmasını kapsamadığını savunmaktadır. Buna ek olarak, AİHM'in Sözleşme'nin dışına çıkarak, *jus cogens* kurallardan olan egemenlik ve müdahale etmeme ilkelerine aykırı hareket ettiği çıkarımlarında bulunmaktadır.⁴⁴

Rusya Anayasa Mahkemesinin AİHM'in *Yukos/Rusya* davası ile ilgili ilk kararındaki anayasaya aykırılık tespitinden sonra Rusya Parlamentosunda (*Duma*), Anayasa Mahkemesine uluslararası denetim mekanizmalarının kararlarının anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi veren bir düzenleme yürürlüğe girmiştir.⁴⁵ Bu yasal değişiklikten sonra, mahkumların oy hakları ile ilgili bir düzenlemenin Sözleşme'yi ihlal ettiği hükmüne varılan *Anchugov ve Gladkov/Rusya* kararı,⁴⁶ Rusya Federal Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunmuş ve uygulanmamıştır.⁴⁷

Rusya ile Avrupa Konseyi arasındaki gerilimin bir başka boyutu da Rusya'nın Kırım'ı işgalinden sonra gerçekleşen gelişmelerdir. Rusya'nın Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) üyeliğinin askıya alınması sonrasında Avrupa Konseyine olan bütçe katkısını durdurması, o dönem için ilişkilerin kopma noktasına geldiğini göstermektedir.⁴⁸ Kırım'ın ilhakından sonraki süreçte Rusya, AKPM'nin getirdiği yaptırımlara⁴⁹ tepki olarak Konseye verdiği maddi desteği 2017 yılında geri çekmiştir.⁵⁰ Rusya'dan sonra, Türkiye'nin de bütçeye olan desteğini azaltması ile birlikte Konsey ve dolayısıyla AİHM bütçe krizi ile karşı karşıya kalmıştır.⁵¹ Bütçe

⁴³ Constitutional Court of the Russian Federation Judgment of 14 July 2015, No 21-P/2015, *supra* note 3, §3'ten akt. Iryana Marchuck ve Marina Aksenova, "The Tale of Yukos and of the Russian Constitutional Court's Rebellion Against the European Court of Human Rights", *Osservatorio Costituzionale* Fasc. 1 (2017), s.7. Daha önce benzer bir yaklaşımla Almanya Anayasa Mahkemesi de AİHM yargılaması ile Anayasa'nın çatışması halinde anayasanın üstün kabul edileceğine karar vermiştir. Bkz. Görgülü, BVerfG, 2 BvR 1481/04 (14 Oct 2004).

⁴⁴ Marchuk ve Aksenova, "The Tale of Yukos", s.6.

⁴⁵ Marchuk ve Aksenova, "The Tale of Yukos", s.8.

⁴⁶ AİHM, *Anchugov ve Gladkov/Rusya*, Başvuru No. 11157/04, 04.07.2013.

⁴⁷ Londras ve Dzehtsiarou, "Mission", s.478.

⁴⁸ Tom Batchelor, "Russia cancels payment to Council of Europe after claiming its delegates are being persecuted over Crimea", *Independent*, 30.06.2017, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/russia-cancels-council-of-europe-payment-members-persecuted-a7816951.html>. (son erişim: 28.11.2024). 07.04.2024.

⁴⁹ PACE, Resolution 2034, Final Version, Challenge, on substantive grounds, of the still unratified credentials of the delegation of the Russian Federation, 28.02.2015, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21538&lang=en>. (son erişim: 28.11.2024).

⁵⁰ Bill Bowring, "The Crisis of the European Court of Human Rights in the Face of Authoritarian and Populist Regimes", *The Future of International Courts: Regional, Institutional and Procedural Challenges*, Der. Avidan Kent, Nikos Skoutaris ve Jamie Trinidad, Oxon, New York: Routledge, 2019, 82.

⁵¹ 2018 için bütçeden en az %10'luk bir kayıp söz konusudur. Bkz. Jennifer Rankin, "Human rights body faces cash crisis after clash with Russia", *The Guardian*, 16.03.2018, <https://www.theguardian.com/law/2018/mar/16/human-rights-body-faces-cash-crisis-after-clash-with-russia>. (son erişim: 28.11.2024).

krizi karşısında Avrupa Konseyi, Rusya'nın kendi pozisyonundan geri adım atmamasına karşın 2019'da yaptırımları kaldırma kararı almıştır.⁵²

Söz konusu zaman dilimi içerisinde Sözleşme'den çekilmeye yönelik söylemler Rusya'da da söz konusudur.⁵³ Rusya ile Avrupa Konseyi arasındaki giderek gerilen ilişki, Rusya'nın Ukrayna'ya karşı başlattığı saldırı savaşı sonrasında 16 Mart 2022'de Konseyden ihraç edilmesi üzerine son bulmuştur.⁵⁴

D. TÜRKİYE

Türkiye'de *Kavala*/Türkiye ve *Demirtaş*/Türkiye kararları gibi kamuoyu gündeminde olan kararlar başta olmak üzere son yıllarda AİHM kararlarının uygulamaya geçirilmesi konusunda direncin varlığı bilinmektedir. Siyasi söylemlerde söz konusu kararlarla birlikte AİHM'in Türkiye'nin iç meselelerine karıştığı, kararların siyasi olduğu ileri sürülmekte ve yerel mahkemelerin kararlarının AİHM tarafından göz ardı edilmesi eleştirilmektedir.⁵⁵ 2022 yılında Avrupa Konseyinden yapılan açıklamaya göre Türkiye, 521 AİHM kararını uygulamamıştır.⁵⁶

Türkiye-Avrupa Konseyi ilişkilerinin inişli çıkışlı olduğu söylenebilir. 90'lı yıllarda yoğun ihlaller dolayısıyla Türkiye, Avrupa Konseyi tarafından izleme listesine eklenmiştir. 2004 yılında yeni hükümetin Avrupa Birliği yanlısı tutumu dolayısıyla izleme listesinden çıkarılmış, ancak 2017 yılında, özellikle darbe girişimi sonrasındaki uygulamalar nedeniyle tekrar listeye alınmıştır.⁵⁷ Türkiye, 2016 yılında Avrupa Konseyine en çok katkı sağlayan ülkeler arasına girmişti. Bu sayede Türkçe'nin Konseyin ana dillerinden birisi olması sağlanmış ve AKPM'ne gönderilen üye sayısı da artmıştı. Ancak 2017 yılında Avrupa Konseyine olan desteğin tekrar azaltılmasına karar verilmiştir. Birleşik Krallık, Fransa, Almanya ve İtalya ile birlikte Konsey bütçesinin en büyük destekçilerinden biri konumunda bulunması dolayısıyla bu kesinti Konsey bütçesini önemli ölçüde olumsuz etkilemiştir.⁵⁸

⁵² PACE, Resolution 2287, Strengthening the decision-making process of the Parliamentary Assembly concerning credentials and voting, 25.06.2019, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27980&lang=en>. (son erişim: 28.11.2024).

⁵³ "Rusya, AİHM ile işbirliğini sonlandırabilir", *Sputniknews*, 01.03.2018. <https://tr.sputniknews.com/rusya/201803011032463627-rusya-aihm-isbirligi-sonlandirabilir/>. (son erişim: 28.11.2024).

⁵⁴ Committee of Ministers of Council of Europe, Resolution CM/Res(2022)2, On the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe, 16.03.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000001680a5da51. (son erişim: 28.11.2024).

⁵⁵ "Erdoğan'dan Osman Kavala açıklaması: Bizim mahkeme kararlarımızı tanımayan biz de tanımayız", *Euronews*, 03.02.2022, <https://tr.euronews.com/2022/02/03/erdogan-dan-osman-kavala-ac-klamas-bizim-mahkeme-kararlar-m-z-tan-mayan-biz-de-tan-may-z>. (son erişim: 28.11.2024).

⁵⁶ "Turks risk losing Europe's human rights protections after court spurned", *Reuters*, 10.11.2022. <https://www.reuters.com/world/middle-east/turks-risk-losing-europes-human-rights-protections-after-court-spurned-2022-11-10/>. (son erişim: 28.11.2024).

⁵⁷ Diğdem Soyaltın-Collela, "(Un)Democratic Change and Use of Social Sanctions for Domestic Politics: Council of Europe Monitoring in Turkey", *International Political Science Review* 41, no. 1 (2020), s.2,5-6.

⁵⁸ Gülsüm Alan, "Türkiye, Avrupa Konseyi'ne yaptığı katkı payının yarısından fazlasını kesti", *Euronews*, 05.11.2019, <https://tr.euronews.com/my-europe/2019/11/05/turkiye-avrupa-konseyi-ne-katk-payini-ciddi-oranda-azaltti>. (son erişim: 28.11.2024).; Jennifer Rankin, "Human rights", §14. Kararların uygulanmaması ile birlikte bütçe problemi AİHM'in otoritesine yönelik itirazlarla birlikte Mahkemenin somut olarak etkililiğini büyük ölçüde etkilemektedir. Interlaken Süreci'ne yönelik değerlendirme metninde de Mahkeme, son yıllarda bütçesinin belirgin biçimde azaldığını ve azalmaya devam ettiğini, bunun da Mahkemenin insan hakları koruma mekanizmasını

Son olarak AKPM’de Türkiye’nin *Kavala*/Türkiye kararını 1 Ocak 2024’e kadar uygulamaması halinde Türkiye temsilcilerinin oy hakkının 2024 yılının ilk aylık toplantısında oylamaya açılacağı kararı alınmıştır.⁵⁹ 2024 yılının ilk oturumunda *Kavala*, *Demirtaş* ve *Yalçınkaya* kararlarına atıfla kararların uygulamaya geçirilmesi için Bakanlar Komitesine Türkiye’ye baskı yapma konusunda eyleme geçme çağrısı yapan bir yazılı deklarasyon haricinde Türkiye’nin temsil haklarına ilişkin bir karar alınmamıştır.⁶⁰

II. INTERLAKEN SÜRECİ VE DAHA GENİŞ TAKDİR MARJİ TALEBİ

A. TAKDİR MARJİ DOKTRİNİ

1. Doktrinin Gelişimi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi son yirmi yılda köklü dönüşümler geçirmiştir. Bu dönüşümler, AİHM ile taraf devletler arasındaki ilişkilerden bağımsız düşünülemez. Interlaken Süreci’nde de yukarıda bahsi geçen ve Mahkemenin yetkilerini sorgulayan eğilimin yansımaları gözlemlenmektedir. Bu toplantılarda taraf devletlerin AİHM yargılamalarında takdir marjı doktrini ve ikincilik ilkesine daha fazla önem vermesi gerektiği söylemi göze çarpmaktadır.

Takdir marjı doktrini, uluslararası bir oluşuma kaynaklık eden normların yorumlanması, hayata geçirilmesi bakımından taraf devletlere bırakılan takdir alanını ifade etmektedir. Bir anlamda uluslararası mahkemenin önüne gelen ihlal iddialarına ilişkin karar verirken, taraf devletlerin toplumsal özelliklerini, hukuki geleneklerini, değer yargılarını göz önünde tutması anlamına gelmektedir.⁶¹ Kültürel görecelik gereği belirli normlara dair farklı devletlerin farklı hukuki gelenekleri, farklı sosyo-kültürel yapıları nedeniyle farklı sonuçlara ulaşabileceklerini kabul etmek gerekir. Bu farklılık, kavramların soyutluğu dolayısıyla yer bakımından olduğu kadar zaman bakımından da söz konusudur.⁶² Kuşkusuz bu durum, insan hakları gibi idealleştirilen normlar söz konusu olduğunda, kültürel göreceliğin söz konusu normların etkililiğini ortadan kaldıracak eleştirilerini de beraberinde getirir. Bu bağlamda AİHM’in taraf devletlerin takdir marjını aşırıp aşmadıklarını denetlemesi gerekmektedir.⁶³

işletme kapasitesini olumsuz etkilediğini vurgulamaktadır. Bkz. ECHR, “Comment From the European Court of Human Rights on the CDDH Contribution to the Evaluation of The Interlaken Reform Process”, *The Interlaken Process: Measures taken from 2010 to 2019 to secure the effective implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe (Strasbourg: Council of Europe, 2020) <https://rm.coe.int/process-interlaken-eng/1680a059c7>, §15.

⁵⁹ PACE, Doc. 15841: compendium of written amendments, Call for the immediate release of Osman Kavala, 11.10.2023, <https://pace.coe.int/en/files/33075/compendium>. (son erişim: 28.11.2024), A. Draft Resolution, §16.

⁶⁰ PACE, Written Declaration No. 791, Doc. 15920, Systemic arbitrary deprivation of liberty in Türkiye may constitute crimes against humanity, 31.01.2024, <https://pace.coe.int/pdf/b66b624d169db3d34e93f2e76642dc6d8a009292e2e660f4b9b1f82bc5cdc3eb/doc.%2015920.pdf>, (son erişim: 28.11.2024).

⁶¹ A. Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü ve Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s.157.

⁶² Abdulkadir Pekel, *İnsan Haklarının Evrenselliğine Kültürel Görecelik İtirazı ve Tartışmayı Uzlaştırma Çabaları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023, s.171.

⁶³ Gözübüyük, Gölcüklü ve Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları*, s.157.

AİHS çerçevesinde kurulan insan hakları koruma sistemi asgari standartları oluşturmaktadır.⁶⁴ Bu yüzden hem Sözleşme'de yer alan normların gelişimi hem de Sözleşme'deki kimi muğlak ifadelerin içeriğinin ancak normun muhatabı devlet tarafından doldurabileceğinin kabulü, Mahkemenin taraf devletlerin takdir marjını tanımasına neden olur. Söz konusu doktrin Mahkemenin içtihatları ile ortaya çıkmıştır ve Sözleşme'deki hakların içeriğine ilişkin değerlendirmede taraf devletlere tanınan pay, ulusal makamlara bırakılan hareket, nefes alma veya manevra alanı olarak tanımlanabilir.⁶⁵ Takdir marjı doktrini, ikincillik ilkesi, taraf devletlerin egemenliğine saygı ilkesi ve kültürel farklılıklara saygı ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır.⁶⁶

Doktrinin iki temel bileşeni olduğu söylenebilir: hukuki saygı ve normatif esneklik. Hukuki saygı, norm uygulama boyutunda ülkelerin uluslararası hukuku uygulamalarına saygı göstermeyi; normatif esneklik ise uluslararası normlar hakkında farklı ülkelerin farklı sonuçlara ulaşabilmelerine, norm yorumlamadaki farklılığa saygı göstermeyi ifade etmektedir.⁶⁷

Handyside/Birleşik Krallık (1976) kararında tespit ettiği üzere Mahkeme, Sözleşme'de düzenlenen hakları koruma ve özgürlükleri artırma görevinde sözleşmecı devletleri birincil konumda saymaktadır:

Mahkeme, Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen ikincil (*subsidiary*) bir mekanizma olduğunu belirlemiştir. Sözleşme, kapsadığı hak ve özgürlükleri koruma görevini ilkin her bir sözleşmecı devlete bırakmaktadır. Sözleşme ile meydana getirilen kurumlar bu göreve kendi katkılarını yapmakta, sadece çekişmeli dava yoluyla ve 26. maddeye göre bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra işe karışmaktadır.⁶⁸

Sözleşme'nin 1. maddesindeki taraf devletlerin Sözleşme'yi uygulamada öncelikli sorumluluğu, 13. maddedeki devletin etkili başvuru oluşturma yükümlülüğü, 19. maddedeki Mahkemenin gözetim rolü ve 35. maddedeki iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği düzenlemeleri, Sözleşme'yi uygulama yükümlülüğü konusunda taraf devletleri birincil konuma yerleştirmektedir.⁶⁹ Bu durum "ikincillik ilkesi"nin de temelini oluşturmaktadır. Yargısal anlamda ikincillik ilkesi yerelin kendi sorunlarını çözmesi gerekliliğini ve ancak uyuşmazlık durumunda çözüm için merkezi otoritenin meseleyi çözmek için davet edilmesini ifade eder.⁷⁰ AİHM bakımından bu ilke, Mahkemenin ancak taraf devletlerin Sözleşme'yi uygulama konusunda başarısız olmaları durumunda müdahalede bulunması gerektiği anlamına gelmektedir.⁷¹

⁶⁴ Robert Spano, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review* 14, no. 3 (2014), s.493.

⁶⁵ Derya Doğru, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s.5.; Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020, s.8.

⁶⁶ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020: s.12.

⁶⁷ Yuval Shany, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?" *The European Journal of International Law* 16, no. 5 (2005): s.909-910.

⁶⁸ AİHM, *Handyside*/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07.12.1976, §48.

⁶⁹ M. Rask Madsen, "Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?", *Journal of International Dispute Settlement* 9, no. 2 (May 2018): s.209.

⁷⁰ Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi* C.2, S.4 (2013): s.384.

⁷¹ Bülent Algan, "Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması", *AÜHFDC*.63, S.2 (2014): s. 259.

Mahkemenin takdir marjı doktrinine başvurusu, uygulanacak norma, somut olayın mahiyetine göre değişiklik göstermektedir. Takdir marjı kişisel özgürlüklere ilişkin sorunlarda daha dar; mülkiyet, ekonomik politikaların belirlenmesi, kamu yararı gibi konularda daha geniş uygulanır.⁷² Mahkeme ayrıca, üzerinde oydasma bulunan konularda ülkelerin takdir marjı alanını dar, daha tartışmalı konularda ise geniş tutmaktadır.⁷³ Sözleşme metninde, özellikle kişi özgürlüğüne dair 8-11. maddelerin ve 1. protokolün 1. maddesindeki mülkiyetin korunmasında, hakların sınırlandırılmasına ilişkin kısımlarda yer alan "demokratik toplum için gereklilik", "kamu düzeni", "kamu yararı", "genel sağlık ve ahlak", "ölçülülük" gibi yoruma açık kavramların içini doldurmak konusunda da Mahkeme yerel mercileri genellikle daha avantajlı konumda görmektedir.⁷⁴

Doktrin, uygulamaya temelde AİHM'in toplumların değer seçimine, dolayısıyla da taraf devletlerin hukuk uygulamalarındaki norm dengesine, yine taraf devletlerin Sözleşme'yi yorumlama yetkilerine saygı duyması ve yerel otoritelerin olay değerlendirmesine itimat etmesi şeklinde yansımaktadır. Bu da taraf devletlerin Sözleşme'yi uygulamaya istekli oldukları varsayımına dayanmaktadır.⁷⁵

2. AİHM'nin Takdir Marjı Doktrinine Başvurma Nedenleri⁷⁶

a. Pratik Neden: Avantajlı Konumda Olma

Takdir marjı doktrininin ortaya çıkışında iki temel argümandan hareket edilmiştir. İlk olarak, yerel otoritenin insan haklarına ilişkin temel problemleri çözmekte Mahkemeye göre daha avantajlı durumda olduğu, daha iyi bilgiye sahip olduğu ve konuyla ilgili tecrübelerinin daha yüksek olduğu varsayımında bulunulur. İkinci temel argüman ise yerel otoritenin

⁷² Takdir marjının dar tutulduğu örnekler için bkz. Dudgeon/Birleşik Krallık, Başvuru No.7525/76 22.10.1981 § 52; A.D.T./Birleşik Krallık, Başvuru No. 35765/97, 31.10.2000, §37; X ve Diğerleri/Avusturya [BD], Başvuru no. 19010/07, 19.02.2013, §99; Mouvement Raëlien Suisse/İsviçre, Başvuru No.16304/56, 13.07.2012, §38,47; Kiyutin/Rusya, Başvuru No.2700/10, 10.03.2011, §48,63,74; Aksu/Türkiye, Başvuru No.4149/04-41029/04, 15.03.2012, §67; Biao/Danimarka, Başvuru No: 38590/10, 24.05.2016, §138, İlke olarak yerel otoritenin daha geniş takdir marjının bulunduğuyla ilişkin karar örnekleri için bkz. Evans/Birleşik Krallık, 6339/05, 10.04.2007, §77; Kemmache/France, Başvuru No. f17621/91,24.11.1994, § 44. Vukusic/Hırvatistan, Başvuru No:69735/11, 31.05.2016, §57; Agosi/Birleşik Krallık, Başvuru No. 9118/80, 24.10.1986, §52; NIT S.R.L./Moldova, Başvuru No. 28470/12, 05.04.2022, §252; Parillo/İtalya, Başvuru No.46470/11, 27.08.2015, §144. A, B ve C/İrlanda, Başvuru No. 25579/05, 16.12.2010, §232vd.

⁷³ A. Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 3 (2013): s.214.

⁷⁴ Andreas von Staden, "The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review", *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 4 (2012): s. 1040.

⁷⁵ Shai Dothan, "Margin of Appreciation and Democracy: Human Rights and Deference to Political Bodies", *Journal of International Dispute Settlement*, (2018): s.8.

⁷⁶ Takdir marjı doktrininin ortaya çıkışı ve AİHM'in doktrine başvurma nedenlerine ilişkin ulusal ve uluslararası literatürde farklı kategorizasyonlar yapılmıştır. Bu kategorizasyonlarda genellikle egemenlik ilkesi, kültürel görecelik, ikincillik ilkesi, konsensus oluşturma hedefi gibi argümanlar kullanılmıştır. Bu makalenin kapsamı ve amaçları doğrultusunda daha basitleştirici bir kategorizasyon benimsenmiştir. Farklı örnekler için bkz. Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s.379 vd.; Doğru, *Avrupa İnsan Hakları*, s.39 vd.; Shany "Towards", s.918 vd.; Josephine Asche, *Die Margin of Appreciation: Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher Zurückhaltung für den europäischen Menschenrechtsschutz*, Heidelberg: Springer, 2018, s.99 vd.; Dimitrios Tsarapatsanis, "The Margin of Appreciation as an Underenforcement Doctrine", *Human Rights between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Contexts*, Der. Petr Agha, Oxford: Hart Publishing, 2017, s.84 vd.

Mahkemeye göre demokratik meşruiyetinin daha yüksek olmasıdır. Bu ikincisi, aynı zamanda ulus-üstü yargı organlarının yerel siyasi otoriteyi korumak amacıyla sınırlandırılması anlamına da gelmektedir.⁷⁷ Bu doğrultuda takdir marjı doktriniyle Mahkemenin kendi yetkisini sınırlandırdığı da kabul edilmektedir.⁷⁸

Avantajlı konumda olma, yerel otoritenin yerel sorunlara daha yakın olması ile ilgili olduğu kadar, ilgili normun yerel düzeydeki farklı algılanışına hakim olma bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla hem ikincilik ilkesi hem de kültürel görecelik ile ilişkilendirilebilir. *Handyside*/Birleşik Krallık kararında Mahkeme, gençlere dağıtılan broşürün “genel ahlaka” aykırı olmak dolayısıyla yasaklanması durumunda, “genel ahlak” ve “gereklilik” kavramlarının en azından Birleşik Krallık için⁷⁹ yerel otoritelerce yorumlanmasının daha uygun olduğu görüşündedir:

Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle (*vital forces*) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları ‘yasak’ veya ‘ceza’nın ‘gerekliliği’ hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar.⁸⁰

Uluslararası mahkemeler yerel problemlerin mahiyetine, mevcut koşullara hakim olmakta zorlanmaktadır. Somut olayın karmaşıklığına vakıf olamamak uluslararası mahkemenin doğru ve doğal olarak etkili karar alamamasına sebep olabilir. Yerel mahkemeler, hem yerel problemlere daha yakın konumda hem de söz konusu problemlere aşina üyelerden oluşmaktadırlar. Bu yüzden sorunu çözmede daha etkili olabilirler.

Avantajlı konumda olmanın bir diğer boyutu da yerel otoritelerin, somut olaylara ilişkin bilgi ve kanıt toplama konusunda daha elverişli araçlara sahip olmalarıdır. AİHM özelinde düşünüldüğünde, 38. madde kapsamında gerekli görüldüğünde Mahkeme problemleri anlamak için tanık dinleme, keşif, bilirkişi incelemesi gibi soruşturma yollarına başvurabilir. Ancak Mahkeme genellikle taraf devletlerin delillerine itimat etmekle yetinmektedir.⁸¹ Bunda iş yükü problemi haricinde, özellikle başvuru konusu olayın gerçekleştiği tarih ile soruşturma tarihi arasındaki zaman farklılığının etkisi de büyüktür.⁸²

AİHM’in karşı karşıya kaldığı iş yükü problemi de takdir marjına ilişkin pratik nedenlerden birisi sayılmalıdır. Yoğun iş yükü, çok sayıda başvurunun çok küçük bir kısmının Mahkeme tarafından incelenebilmesini mümkün kılmaktadır.⁸³ Bu yüzden kabul edilebilirlik kriterleri giderek daha fazla daraltılmakta, giderek daha fazla problemin yerel süreçlerce çözülmesi istenmekte ve yerel makamlar giderek daha fazla elverişli ve avantajlı konumda olmaktadır.

⁷⁷ Dothan, “Margin”, s.3.

⁷⁸ Doğru, *Avrupa İnsan Hakları*, s.44.

⁷⁹ Başvuru konusu broşür, Almanya, Fransa ve Danimarka gibi ülkelerde yasaklama ile karşılaşmaksızın yayınlanabilmiştir. *Handyside v. Birleşik Krallık*, §11.

⁸⁰ *Handyside/Birleşik Krallık*, §48.

⁸¹ Juliane Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, The Hague: Kluwer Law International, 1998: s. 218.

⁸² Naz Çavuşoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Gerçekler ve Perspektifler”, *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?*, Der. Kerem Alıparmak, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.21.

⁸³ Tsarapatsanis, “The Margin of Appreciation”, s.83.

Elbette yerel makamların daha iyi konumda olması, Sözleşme yorumunun ve uygulamanın tamamen taraf devletlere bırakılması anlamına gelmemektedir. Uluslararası mahkemeler de uluslararası hukukun tespit edilmesi ve yorumlanması bakımından, insan hakları konusunda standart oluşturmak bakımından yerel otoritelere göre daha iyi konumdadırlar.⁸⁴

b. Demokratik Neden: Yerel Otoritelerin Uluslararası Yargı Mercileri Tarafından Denetimi Problemi

Yasama ve yürütme etkinliğinin uluslararası bir yargı organı tarafından, uluslararası sözleşmelere ve uluslararası hukuka uygunluğunun denetiminden çok daha önce, iç hukuk düzenlerinde anayasalara uygunluk denetimi fikri, demokratik meşruluk savı ile kendisine karşı bir direnç bulmuştur.⁸⁵ Özellikle Fransa gibi yasamanın mutlak üstünlüğünün kabul edildiği ülkelerde, yasama işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulmasının kabulü, anayasa yargısının gelişim süreci düşünüldüğünde oldukça geç bir dönemde gerçekleşmiştir.⁸⁶

Yargısal denetime karşı çıkışın, yerel mahkemelerden daha fazla uluslararası yargı organlarına karşı gösterilebileceğini tahmin etmek zor değildir. Toplumun seçilmiş temsilcilerinin aldıkları kararların, eylemlerinin, seçim yoluyla göreve gelmemiş uluslararası bir yargı organı tarafından geçersiz kılınmasına karşı çıkılması hem demokratik meşruiyet hem de egemenlik ilkesi ile bağlantılıdır. Ancak yargısal denetimin, siyasi alanın çabuk değişebilen, geçici çıkarları yerine temel ilkeleri koruma vasfı, çoğulcu demokrasinin bir gereğidir.⁸⁷ Bu doğrultuda yargısal denetimin demokratik meşruluğu, mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacakları şeklindeki kanı ile açıklanabilir.⁸⁸ AİHM'in de kendi meşruiyetini korumak için insan hakları koruma pratiğinde güvenilirliğini ortaya koyması gerekmektedir.⁸⁹

Özellikle II. Dünya Savaşı'ndaki ağır yıkım, Batı Avrupa'da temel hak ve özgürlüklerin, insan onurunun korunmasına dair sıkı bir bağlılığı doğurmuştur.⁹⁰ Totaliter ve otoriter rejimlerdeki ağır hak ihlallerine iç hukukların engel olamayışı, uluslararası koruma mekanizmalarının ortaya çıkışında temel argümanlardan biridir. AİHS kapsamında oluşturulan koruma sisteminin de temel amacı bu tip rejimlere karşı koymak olmuştur.⁹¹ Taraf devletlerin

⁸⁴ Shany, "Toward", s.919; Dothan, "Margin", s.3.

⁸⁵ Martin Shapiro, "The Success of Judicial Review", *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Der. Sally J. Kenney, William M. Reisinger ve John C. Reitz, New York: Palgrave Macmillan, 1999, s.197.

⁸⁶ Shapiro, "The Success", s.198.

⁸⁷ von Staden, "The Democratic," s.1029.

⁸⁸ Ergun Özbudun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", *Demokrasi ve Yargı*, Der. Ozan Ergül, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, s.346.

⁸⁹ Andreas Føllesdal, "The Legitimacy of International Human Rights Review: The Case of the European Court of Human Rights", *Journal of Social Philosophy* 40, (2009): s.595.

⁹⁰ Burcu Değirmencioglu, *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s.225-226.

⁹¹ Ed Bates, *Evolution of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, Oxford: Oxford University Press, 2010, s.75. AİHM'in bu anlayıştan zaman zaman saptığı yönünde eleştiriler de mevcuttur. Mahkemenin ilk zamanlarda daha ciddi ihlallere odaklandığı ancak özellikle 70'li yıllardan sonra daha ayrıntılı ve idealleştirilen bir haklar yorumunu taraf devletlere dikte etme yolunu seçtiği, asgari standartları korumaktan entegrasyona doğru evrilen bir hedef değişikliğine gittiğine dair savlar bulunmaktadır. Bkz. Mikael Rask

Sözleşme çerçevesinde ihdas edilen insan hakları koruma sisteminin ilk yıllarında, insan haklarını koruma duyarlılığının daha canlı olduğu, dolayısıyla Mahkemenin meşruiyetine ilişkin kanının daha güçlü olduğu söylenebilir. Bugün içinse özellikle 2000'li yılların başından itibaren güvenlik öncelikli politikalar daha fazla rağbet görmektedirler.⁹² 2010'lu yıllardan itibaren ise mülteci krizi dolayısıyla sınır güvenliğinin, yasa dışı ve düzensiz göçü engelleme hedefinin insan hakları duyarlılığı ile çekişme içerisinde olduğu bir döneme girilmiştir. Bu gelişmeler Mahkemenin insan haklarını koruma konusundaki meşruiyetinin de tartışmaya açılmasına neden olmuştur. AİHM de son yıllardaki kararlarında kendi demokratik meşruiyetinin kırılğanlığını vurgular vaziyettedir:

Ulusal otoriteler doğrudan demokratik meşruiyete sahipler ve Mahkemenin pek çok defa zikrettiği gibi uluslararası mahkemeye göre yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirmekte daha iyi konumdadırlar. Genel politika meselelerinde demokratik toplumun düşünceleri oldukça farklı olabilir, yerel karar alma mekanizmalarına özel bir önem verilmesi gerekir.⁹³

Bu yüzden Mahkeme yerel otoritelerin demokratik meşruiyetlerine, hukuk sistemlerine, Sözleşme'yi yorumlamalarına saygı göstermeyi tercih etmektedir. AİHM, insan hakları koruma sisteminin kapsadığı alanın genişlemesi ile birlikte oldukça zor bir görevle karşı karşıya kalmıştır. Mahkeme, insan hakları konusunda standart oluşturma hedefi ile taraf devletler nezdinde sahip olduğu meşruiyeti ve otoriteyi sürdürme hedefi arasında sıkışmakta ve bu durum da zaman zaman Mahkemeyi politik davranmaya itmektedir.

c. Politik Neden: Taraf Devletlerin Sözleşme Sistemi İçerisinde Tutulması

Avantajlı konumda olma ve demokratik meşruiyet haricinde üçüncü bir neden olarak doktrinin taraf devletlerle ilişkide politik bir araç işlevi görmesi de sayılabilir. Uluslararası mahkemelerin otoritesini kurmak ve korumak, kolektif ve kırılğan bir girişimdir. Çok fazla aktörün ve bağlamın dikkatle irdelenmesini gerektirir.⁹⁴ Politik nedenle takdir marjının geniş tutulması, karşılıklı saygı ilkesi doğrultusunda, ulus-üstü organın yetkisini ve otoritesini tanıma konusunda isteksiz olan ülkelerle ilişkinin sürdürülmesi adına müdahalenin daha sınırlı tutulmasını ifade eder. Bu yolla ilgili sistemin gereklerine riayet etme hedefinin daha uzun vadede gerçekleşmesi beklenmektedir. Bu bir nevi, uluslararası mahkemenin taraf devletlerle ilişkilerinde "yargısal politika" uygulamasıdır.⁹⁵ Mahkemenin taraf devletleri belirli bir ideale zorlar bir tavır benimsemesi otoritesine karşı çıkışları artırabilir ve sistemin sürekliliğini tehlikeye atabilir.

Sözleşme'den çıkışlar, doğal olarak koruma sisteminin etkililiğini sarsacaktır. Ancak AİHS sistemi içerisinde yer almanın yerel otoriteler için de kimi avantajlarının var olduğu şüphe götürmez. Elbette insan haklarını koruma hedefinin varlığı yadsınamaz, ancak bunun yanında siyasi ve ekonomik çıkarlar da söz konusudur. Özellikle Doğu Avrupa ülkelerinin Sözleşme

Madsen, "The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence", *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Der. Jonas Christoffersen and Mikael Rask Madsen, Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁹² Çavuşoğlu, "İnsan Hakları," s.25.

⁹³ AİHM, S.A.S./Fransa, Başvuru No. 43835/11, 01.07.2014, §129.

⁹⁴ Karen J. Alter, Laurence R. Helfer ve Mikael R. Madsen, "How Context Shapes the Authority of International Courts", *Law and Contemporary Problems* 79, no. 1 (2016): s.36.

⁹⁵ Shany, "Toward", s.922.

kapsamına girmelerinde bu çıkarların başat rol oynadığı söylenebilir. Çünkü bir bakıma Avrupa Konseyi, kuruluşundan itibaren "Batı Avrupa" demokrasisini korumak ve onu yaymak amacı taşımaktadır.⁹⁶ Yeni üyelerin AİHS'yi kabul etme sebeplerinin salt insan haklarını koruma amacı olduğu düşünülemez. Bu ülkeler, uluslararası meşruiyetlerini Avrupa Konseyi'ne üye olarak sağlamak niyetinde olmuşlardır.⁹⁷ Bu yüzden, Mahkemenin otoritesini taraf devletlerin çıkarları ve uluslararası alandaki meşruiyetleri ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Sözleşme'den çıkmanın taraf devletler için prestij kaybı doğuracağı, Sözleşme kapsamı içerisinde kalmanın siyasi ve ekonomik olarak taraf devletlerin ihmal edemeyeceği faydaları olduğu söylenebilir.⁹⁸ Ancak daha önce Albaylar Cuntası döneminde olağanüstü hal ile ilgili Komisyonun bir kararı üzerine Yunanistan'ın, Sözleşme'den çekildiği⁹⁹ göz önünde tutulmalıdır.¹⁰⁰

Sözleşme'den çıkma ihtimali haricinde, Mahkeme kararlarının taraf devletlerce uygulanmayışı da Mahkemenin itibarını zedelemektedir. Kararların etkililiği, otoritenin sarsılması oranında azalmaktadır. Mahkeme, taraf devletler nezdinde daha kabul edilebilir kararlar almak suretiyle kararların uygulanmama riskini azaltma yolunu seçebilir. Takdir marjı kapsamında uluslararası konsensüsün aranması da bu amaç doğrultusunda değerlendirilebilir.¹⁰¹ Sonuç olarak Mahkemenin, hem taraf devletlerin sistemin dışına çıkmasını engelleme hem de kararların uygulanması amacıyla taraf devletlere daha geniş takdir marjı bırakarak sistemin devamlılığını sağlama yoluna gittiği tespiti yapılabilir.

B. BRIGHTON VE KOPENHAG DEKLARASYONLARI

Interlaken Süreci, AİHM'in son yirmi yıllık dönemdeki reform ihtiyacının yansımalarından biridir. AİHM'in iş yükü başta olmak üzere karşı karşıya kaldığı problemlere Bakanlar Komitesinin öncülüğünde taraf devletlerin katılımıyla düzenlenen bir dizi Üst Düzey Konferans¹⁰² ve bu toplantıları takiben ilan edilen deklarasyonlar ile bu problemlere çözüm bulma arayışı olarak tanımlanabilir. Bu reform talepleri daha önceki reform süreçlerinden farklı olarak yukarıdaki taraf devlet reaksiyonlarının da doğruladığı üzere AİHM'in ulusüstü yargılama yetkisine yönelik eleştirilerin doruk noktasında olduğu bir dönemde gerçekleşmiştir.¹⁰³ Bu eleştiriler toplantılar sonrasında yayımlanan deklarasyonlar ve hazırlık süreçlerindeki söylemlerde de görülmektedir. Bu toplantı ve deklarasyonlardan en dikkat çekenleri kullanılan dil ve AİHM'e

⁹⁶ Klaus Brummer, *Der Europarat: Eine Einführung*, Wiesbaden: VS Verlag, 2008, s.24 vd.

⁹⁷ Çavuşoğlu, "İnsan Hakları," s.18.

⁹⁸ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s.382.

⁹⁹ Komisyon, 21 Nisan 1967'de Yunanistan'da yönetimi devralan Albaylar Cuntası'nın AİHS 15. madde kapsamında birtakım hakları olağan üstü hal kapsamında "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığı" dolayısıyla askıya aldığını öne sürmesi karşısında, böyle bir tehlikenin söz konusu olmadığı ve kısıtlamaların haklı gerekçeye dayanmadığı ve Sözleşme'yi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu karar üzerine Yunanistan'daki Cunta Yönetimi Sözleşmeden çekilmiştir. Bkz. AİHM, Danimarka, Norveç, İsveç, Hollanda v. Yunanistan, Başvuru No. 3321/67, 05.11.1969, §118-119.

¹⁰⁰ Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", s.382.

¹⁰¹ Dominic McGoldrick, "Religious Rights and the Margin of Appreciation", *Human Rights between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Contexts*, Der. Petr Agha, Oxford: Hart Publishing, 2017, s.168.

¹⁰² Bu Konferansların ilki Interlaken'de 18-19 Şubat 2010'da gerçekleştirildi. Devamında İzmir(2011), Brighton(2012), Brüksel(2015), Kopenhag(2018) Üst Düzey Konferansları gerçekleştirildi.

¹⁰³ Molbæk-Steensig, "The Copenhagen", s.57.

karşı itirazları daha belirgin biçimde dile getirme bağlamında *Brighton* ve *Kopenhag Deklarasyonları* olmuştur.

Brighton Deklarasyonu'nda 15 ve 16. Protokoller imzaya açılmış ve bu protokollerle birlikte kabul edilebilirlik şartlarından, yargıçların görev süresine kadar pek çok farklı reform öngörülmüştür. *Brighton Deklarasyonu* (2012), daha önce gerçekleştirilen *Interlaken* (2010) ve *İzmir* (2011) *Deklarasyonları*'nın devamı niteliğindedir ve AİHM'in son yıllarda karşı karşıya kaldığı politik baskıları yansıtmaktadır.¹⁰⁴ Deklarasyon, AİHM'in otoritesine karşı yoğun itirazların kaynaklarından Birleşik Krallık'ın Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi dönemsel başkanlığı sırasında ilan edilmiştir. Birleşik Krallık'ın Mahkemenin otoritesini sorgulama yönündeki yoğun çabaları bu bağlamda göz ardı edilmemelidir.¹⁰⁵ Aynı şekilde *Kopenhag Deklarasyonu* da yine AİHM'in yargılama yetkisi ve otoritesine karşı duruş sergileyen Danimarka'nın dönemsel başkanlığı sırasında gerçekleştirilen reform toplantılarından sonra ortaya çıkmıştır.

1. Brighton Deklarasyonu

Brighton Deklarasyonu'nda takdir marjı ve ikincillik ilkelerine yönelik içtihadın geliştirilmesi ve bu ilkelere yargılamalarda sıklıkla başvurulmasının memnuniyetle karşılanacağı belirtilmektedir.¹⁰⁶ Takdir marjı ve ikincillik ilkelerine verilen önem dolayısıyla bu ilkelerin AİHS'nin giriş kısmına eklenmesi talep edilmektedir.¹⁰⁷ Böylelikle Mahkemenin yerel otoritelere saygı göstermesi gerekliliği Sözleşme'de doğrudan kendine yer bulacaktır. Bu bakımdan *Brighton Deklarasyonu* Interlaken Süreci içerisinde Sözleşme'de doğrudan değişiklik talep eden tek metindir.¹⁰⁸ AİHM ve ulusal mahkemeler arasındaki etkileşimin artırılması ve talep halinde yerel mahkemelere istisari görüş sunması¹⁰⁹ ile Mahkemenin yerel süreçleri izleme fonksiyonunun geliştirilmesi talep edilmektedir. AİHM problemlerin daha fazla yerel mahkemeler nezdinde çözülmesini izlemekle iş yükünü azaltmayı hedeflemektedir. Mahkeme daha önemli ilke ve ihlallere odaklanabilmek için kabul edilebilirlik kriterlerini işlevsel biçimde kullanmalıdır.¹¹⁰ İş yükünü azaltma hedefi doğrultusunda memnuniyetle karşılanan bir başka değişiklik, kabul edilebilirlik kriterlerinde süre bakımından kısıtlamaya (4 ay) gidilmesidir.¹¹¹

Deklarasyon'un 21. paragrafında, Mahkemenin otoritesi ve güvenilirliğinden bahisle bu güvenin tesisinin yargıçların verdiği kaliteli kararlarla sağlanabileceği, bu yüzden de yargıç kalitesinin artırılması için yargıç seçiminde daha fazla prosedürün getirilmesi önerisi bulunmaktadır.¹¹² Buradaki kaliteli karar beklentisi de Mahkemeye yönelik genel bir memnuniyetsizlik ifadesi olarak okunabilir.

¹⁰⁴ Robert Spano, "Universality", s.491.

¹⁰⁵ Pildes, "Supranational", s.23.

¹⁰⁶ Committee of Ministers of the Council of Europe, Brighton Declaration: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 20.04.2012, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2012_brighton_finaldeclaration_eng. (son erişim: 28.11.2024). §12-a.

¹⁰⁷ Brighton Declaration, §12-b.

¹⁰⁸ Lize R. Glas, "From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?" *Human Rights Law Review* 20 (2020), s.127.

¹⁰⁹ Brighton Declaration, §12-d.

¹¹⁰ Brighton Declaration, §14.

¹¹¹ Brighton Declaration, §15.

¹¹² Brighton Declaration, §21.

23. paragrafta kararların açık ve tutarlı oluşunun Sözleşme etrafında şekillenen koruma sistemi için elzem olduğu vurgulanırken, Sözleşme'yi uygulamadaki tutarlılığın taraf devletlerin Sözleşme'yi aynı şekilde uygulamaları anlamına gelmediği ifadesiyle yine takdir marjına göndermede bulunmaktadır.¹¹³

29/b paragrafında ise *Interlaken* ve *İzmir Deklarasyonu*'ndaki ikincillik ilkesini tam manasıyla uygulamaya geçirme daveti yinelenirken bu ilkedен ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir yorum da yer almaktadır. Buna göre ikincillik ilkesi taraf devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri nasıl yerine getireceklerine dair bir seçim yapabilme hakkı olarak nitelenmektedir.¹¹⁴

Deklarasyon'un 33. paragrafına göre Mahkeme, 14. Protokol'ün hazırlık döneminden beri tartışılan "ciddi" ihlallere odaklanma hedefini gerçekleştirmeli; yapısal ve sistemik ihlallere odaklanmalı ve daha az sayıda karar vermelidir.¹¹⁵ AİHM'i reforma iten temel nedenlerden biri yoğun iş yükünü azaltmaktır. Bu doğrultuda Deklarasyon'da Mahkemenin daha az ama daha "önemli", daha "ciddi", "anayasal" ihlallere odaklanması gerektiği şeklinde önerilerde bulunulmuştur. Ciddi ihlallere odaklanma amacı 14. Protokol'ün hazırlık döneminden itibaren reform tartışmalarının da odak noktalarından biri olmuştur.

Mahkemenin taraf devletlerin iç işleyişine müdahale ettiği yönündeki söylem ile ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrinine daha fazla önem verilmesi gerektiği, yargılamalarda bu ilkeleri daha fazla göz önünde bulundurması gerektiği söylemi paralellik arz eder. Bu bağlamda taraf devletlerce gündeme getirilen takdir marjı beklentisi, Mahkemenin taraf devletlere daha fazla takdir alanı tanıması beklentisini ifade etmektedir.

2. Kopenhag Deklarasyonu

Kopenhag Deklarasyonu, Danimarka'nın Bakanlar Komitesi Dönem Başkanlığı'nı üstlendiği periyotta ortaya çıkmıştır. Danimarka'nın AİHM'in otoritesine yönelik itirazların yoğunlaştığı ülkelerden biri olması nedeniyle, deklarasyon metninde, itirazların alt mesaj olarak yer alması öngörülebilir. *Kopenhag Deklarasyonu*, kendinden önceki reform taleplerini yinleyen ve onların devamı addedilebilir bir metindir. İlk bakışta, ikincillik ilkesi ve takdir marjının daha güçlü biçimde uygulanmaya başlandığına dair tespit ve memnuniyet ifadeleri göze çarpar.¹¹⁶ Metin, esasında reform sürecine ilişkin olumlu ifadeler ve Mahkemenin otoritesini teyit edici bir dil benimsemiştir. Deklarasyonun nihai metninden ziyade taslak metin, AİHM'in otoritesine yönelik eleştirel bir dile sahiptir.¹¹⁷ Taslak metinde ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini ile ilgili olarak "ulusal koşullar" ve "anayasal gelenekler" in Sözleşme'nin yorumlanmasında temel alınmasının insan hakları düşüncesinin Avrupa'daki tüm insanlarca

¹¹³ Brighton Declaration, §23.

¹¹⁴ Brighton Declaration, §29-b.

¹¹⁵ Brighton Declaration, §33.

¹¹⁶ Committee of Ministers of the Council of Europe, Copenhagen Declaration: The High Level Conference meeting in Copenhagen, 12-13.04.2018, <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>. (son erişim: 28.11.2024). §4, 28(b), 31.

¹¹⁷ Committee of Ministers of the Council of Europe, Draft Copenhagen Declaration, 5.02.2018, https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf. (son erişim: 28.11.2024).

kabul görmesi için destekleyici olacağı vurgusu,¹¹⁸ daha geniş takdir marjı uygulamasına yönelik bir talep olarak okunmalıdır. Mahkemenin taslak metne ilişkin görüş bildirisinde de bu ifadelerin taraf devletler ile Mahkeme arasındaki sorumluluk paylaşımı ile ilgili kafa karışıklığına sebep olabileceği ileri sürülmektedir.¹¹⁹

Taslak metinde ayrıca takdir marjının ve ikincillik ilkelerinin ne olduğu ve nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin tespitler de yer almaktadır. Takdir marjı ile ilgili olarak "daha iyi konumda olma" ve "demokratik meşruiyet" vurgusu ön plana çıkmaktadır. Buna ek olarak, "Demokratik bir toplumda görüşlerin makul ölçüde farklılık gösterebileceği genel politika konularında, yerel politika yapıcının rolüne özel bir ağırlık verilmelidir." ifadeleriyle takdir marjının daha geniş tutulması yönünde Mahkemeye bir öneride bulunmaktadır.¹²⁰ İkincillik ilkesi ile ilgiliyse "Ulusal düzeyde gerçek bir menfaat dengelemesi yapılmışsa, orantılılık değerlendirmesini yeniden yapmak Mahkemenin görevi değildir."¹²¹ ifadeleri yer almaktadır.

Taslak metindeki bu ifadeler hem Mahkemenin taslak metne ilişkin görüş bildirisinde hem de AKPM'nin taslak metne ilişkin raporunda eleştirilmektedir. Söz konusu raporda kurucu bir üyenin Sözleşme sisteminin dayandığı temel ilkeleri şüpheli hale sokan bir pozisyonda bulunması sorgulanmaktadır.¹²² Bu eleştiriler sonrasında *Kopenhag Deklarasyonu*'nun taslak metni ile son metin arasında bir söylem farklılığı ayırt edilebilir.¹²³ Taslak metindeki takdir marjına ilişkin tanımlama ve yorumlamalar yerine, Mahkemenin konu hakkındaki referanslarına yer vermekle yetinilmiştir.¹²⁴

Öte yandan Mahkeme ve AKPM'den gelen tepkiler sonrası taslak metin ile nihai metin arasındaki farklılık dolayısıyla, AİHM'in, taraf devletlerin ikincillik ilkesi ve takdir marjı konusundaki baskılarından etkilenmediği de savunulabilir.

III. INTERLAKEN SÜRECİ'NİN MAHKEME KARARLARINA YANSIMALARI

Interlaken'deki ilk konferansta reform sürecine dair bir yol haritası çıkarılmış ve bunun gelecek on yıl içerisinde takip edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.¹²⁵ 4 Kasım 2020'de Bakanlar Komitesinin video konferans ile gerçekleştirilen toplantısında almış olduğu bir kararla

¹¹⁸ "14. Affirms the importance of securing the ownership and support of human rights by all people in Europe, underpinned by those rights being protected predominantly at national level by State authorities in accordance with their constitutional traditions and in light of national circumstances.", Draft Copenhagen Declaration, §14.

¹¹⁹ ECHR, Opinion on the draft Copenhagen Declaration, 19.02.2018, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/opinion_draft_declaration_copenhagen-eng. (son erişim: 28.11.2024), §9-10.

¹²⁰ Draft Copenhagen Declaration, §23.

¹²¹ Draft Copenhagen Declaration, §24.

¹²² PACE, Doc. 14539, Copenhagen Declaration, appreciation and follow-up, 24.04.2018, <https://pace.coe.int/pdf/8a5d48a72ad88906b82d1a2a096a65ad9b0cc151a26007311ffae4d2afc03682/doc.%2014539.pdf>. (son erişim: 28.11.2024), §5.

¹²³ Molbæk-Steensig, "The Copenhagen", s.72.

¹²⁴ Copenhagen Declaration, §9-10, 29-32, 37, 47-48, 58; Molbæk-Steensig, "The Copenhagen", s.70.

¹²⁵ Council of Europe, *The Interlaken Process*, 26.

Interlaken Süreci resmi olarak bitirilmiştir.¹²⁶ Karar metninde Interlaken Süreci'nde atılan adımlar takdir edilerek, Sözleşme sisteminin işleyişine yönelik yeni reform adımlarına gerek olmadığına karar verilmiştir.¹²⁷ Metinde ikincillik ilkesi ve takdir marjına yönelik vurgular da devam etmiştir.¹²⁸ Bütçeye ilişkin sorunlar ve insan kaynağı artışı beklentisi ise *Kopenhag Deklarasyonu*'nda bahsi geçmesine,¹²⁹ Mahkemenin Interlaken Sürecine ilişkin yorumunda da talepte bulunmasına¹³⁰ karşın son toplantıda gündeme getirilmeksizin süreç sona erdirilmiştir.¹³¹

Interlaken Süreci'nin başlangıcında AİHM büyük bir dava yükü ile karşı karşıya idi. 31 Aralık 2011'de bekleyen dava sayısı 151.600 iken bu sayı 2019 yılında 50-60 bin seviyesine düşmüştür.¹³² Bu yüzden reform sürecinin başarılı sonuçlandığı şeklinde bir hava hakimdi. Ancak hem İnsan Hakları Yürütme Kurulu'nun hem de Mahkemenin Interlaken Süreci sonrasındaki görüşü, dava sayısında belirgin düşüş olmasına karşın mevcut dava yükünün daha karmaşık ve sağlam temellere dayanan başvurulardan oluşması dolayısıyla, Mahkemenin ek bütçe ve ek iş gücüne ihtiyaç duymaya devam ettiği şeklindedir.¹³³

Interlaken Süreci'nde, özellikle *Brighton Deklarasyonu* ile birlikte taraf devletlerin ikincillik ilkesine daha fazla önem verilmesi ve daha geniş takdir marjı talebi içinde oldukları açıktır. Mahkemenin bu talebe karşı reaksiyonu konusunda ise literatürde görüş ayrılıkları söz konusudur. Mahkemenin taraf devletlerin baskısına karşı politik davrandığı, yargılamalarda, kabul edilebilirlik kriterleri değerlendirmelerinde, taraf devletler lehine tavır değişikliğine gittiği görüşlerine karşılık; Interlaken Süreci'ndeki baskılara yanıt vermediği, otoritesinden taviz vermediği şeklinde görüşler de söz konusudur.¹³⁴ Bu çalışmada Mahkemenin taraf devletlerden gelen itirazları yatıştırmak ve sistemin sürekliliğini sağlamak adına özellikle merkez üyelere daha fazla takdir alanı tanıdığı savunulmaktadır.

¹²⁶ Committee of Ministers of the Council of Europe, Videoconference, 130th Session of the Committee of Ministers, 04.11.2020, <https://rm.coe.int/0900001680a03db5>. (son erişim: 28.11.2024). 29.05.2024; Molbæk-Steensig, "The Copenhagen", s.75.

¹²⁷ Committee of Ministers of the Council of Europe, 130th Session of the Committee of Ministers, 4.Securing the long-term effectiveness of the system of the European Convention on Human Rights, CM/Del/Dec(2020)130/4, 04.11.2020, <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a03d50>. (son erişim: 28.11.2024), §1.

¹²⁸ Committee of Ministers of the Council of Europe, Securing the long-term effectiveness, §2.

¹²⁹ Copenhagen Declaration, §4,52.

¹³⁰ ECHR, "Comment From the European Court", §15.

¹³¹ Molbæk-Steensig, "The Copenhagen", s.76.

¹³² CDDH, "Contribution of Steering Committee for Human Rights (CDDH) to the Evaluation Provided for by the Interlaken Declaration", *Interlaken Process: Measures taken from 2010 to 2019 to secure the effective implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe (Strasbourg: Council of Europe, 2020) <https://rm.coe.int/processus-interlaken-eng/1680a059c7>, (son erişim: 28.11.2024). §70.

¹³³ CDDH, "Contribution of the Steering Committee", §15.

¹³⁴ Interlaken Süreci'nin mahkeme otoritesini olumsuz yönde etkilemediğini savunan çalışmalar için bkz. Alec Stone Sweet, Wayne Sandholtz, Mads Andenas, Stone Sweet, Alec, Wayne Sandholtz ve Mads Andenas, "The Failure to Destroy the Authority of the European Court of Human Rights: 2010–2018", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 21, (2022), s.244-277.; Lize R. Glas, "From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?" *Human Rights Law Review* 20 (2020), s.121-151; Mahkemenin yargılamalar ve kabul edilebilirlik kriterleri değerlendirmelerinde taraf devletlere daha fazla saygılı tutum sergilediği yönünde görüş geliştiren çalışmalar için bkz. Laurence R. Helfer, Erik Voeten, "Walking Back Human Rights in Europe?" *The European Journal of International Law* 31, no. 3 (2020), s.797-827.; M. Rask Madsen, "Rebalancing", s.199-222.

Takdir marjı ve ikincillik ilkelerinin Sözleşme'ye eklenmesini ön gören 15. Protokol, Ağustos 2021'de yürürlüğe girmiştir. Ancak bu tarihten dha önce, *Brighton Deklarasyonu*'ndan sonraki dönemde takdir marjı ve ikincillik ilkesi ifadelerinin AİHM kararlarında daha fazla yer bulmaya başladığı tespit edilmiştir. Madsen, Mahkeme kararlarındaki değişimi istatistiksel olarak izlediği çalışmasında, Mahkemenin "takdir marjı" ve "daha geniş takdir marjı" söz öbeklerini *Brighton Deklarasyonu*'nun ilan edildiği 2012 öncesine göre kararlarında daha fazla zikrettiğini tespit etmiştir.¹³⁵ Takdir marjı atıflarının işkence yasağı (m.3), özel hayatın gizliliği (m.8) ve iç hukuk yollarının tüketilmesi (m.35) ile ilgili kararlarda artış gösterdiği diğer maddelerde stabil kaldığı görülmüştür.¹³⁶ Bu durum, AİHM'in verdiği kararlarda çevrelendiği politik atmosfere cevap verircesine tavır değişikliğine gittiği ve ulusal otoritelere karşı daha saygılı bir tutum izlediği tezi için destekleyici bir argüman sayılmalıdır.

Yargıç Spano da 2014'te yayımlanan makalesinde Mahkemenin *Brighton Deklarasyonu* sonrasında takdir marjı ve ikincillik ilkelerine yapılan vurgunun artması dolayısıyla bir tür "İkincillik Çağı"na girdiğini ifade etmektedir.¹³⁷ Ancak bu süreç Spano'ya göre takdir marjı ve ikincillik ilkelerine ilişkin daha tutarlı ve sağlam temellere dayanan bir yeniden değerlendirme süreci olarak nitelenmelidir.¹³⁸

Elbette Mahkemenin takdir marjını daha fazla kullandığı yönündeki çıkarımı ampirik veriye dayandırmak güçlüğü karşısında Madsen'in çalışması oldukça önemli sayılmalıdır. Ancak Mahkeme kararlarında takdir marjı doktrinine yapılan daha fazla referans bu yöndeki talebi karşılamak haricinde, bu yönde bir etki doğurmamış, gerçekten daha geniş takdir alanı tanınmamış olabilir. İfadelerin kullanılış bağlamı önem arz edecektir. Molbæk-Steensig'in çalışması takdir marjının daha yoğun kullanıldığı kararların istatistiksel olarak daha fazla taraf devletler lehine sonuç doğurmadığını ortaya koymaktadır.¹³⁹ Bu durum, takdir marjına ve ikincillik ilkesine daha fazla referans gösterilmesine karşın bunun Mahkeme kararlarında belirgin bir değişikliğe sebep olmadığı, aksine daha geniş takdir marjının "boş bir vaat" olduğu şeklindeki görüşlerle uyumlu sayılabilir.¹⁴⁰ Ancak burada problem yargılamalarda devletlere daha fazla alan bırakıldığı ve koruma düzeyinde ibrenin devletler lehine kaydığı iddiasını kazanma-kaybetme ikiliğine göre yorumlamanın yanıltıcı olabileceği gerçeğidir. Kimi durumlarda ihlal kararı çıksa dahi satır aralarında kullanılan ifade ve tespitler koruma düzeyinde geriye gidişi gösterebilir. Ancak bu şekilde genel bir eğilimi tespit etmek oldukça güçtür. Benzer durumlarda insan hakları koruma düzeyi lehine veya aleyhine bir tutum takınıp takınılmadığı, benzer başvurulardaki kararların karşılaştırılması yoluyla söz konusu olabilir. Ancak her bir başvurunun

¹³⁵ Madsen, "Rebalancing", s.210-211.

¹³⁶ Madsen, "Rebalancing", s.213.

¹³⁷ Spano, "Universality", s.491.

¹³⁸ Spano, "Universality", s.498.

¹³⁹ Helga Molbæk-Steensig, "Subsidiarity Does Not Win Cases: A Mixed Methods Study of the Relationship Between Margin of Appreciation Language and Deference at the European Court of Human Rights", *Leiden Journal of International Law* 36 (2023), s.104.

¹⁴⁰ Glas, "From Interlaken", s.135; Janneke Gerards, "Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* 18 (2018), s.495-501.

kendi özel koşulları içerisinde farklı değerlendirilebileceği gerçeği bu yorumlamanın geçerliliğini zayıflatmaktadır.

Helfer ve Voeten'in çalışması, kararlarda geriye gidişin karşı oyların değerlendirilmesi yoluyla tespit edilebileceği önermesinden hareket etmektedir.¹⁴¹ Mahkeme kararlarındaki karşı oyların sistematik bir değerlendirmesini yaptıkları çalışmalarında, karşı oylarda Mahkemenin koruma düzeyinde bir geriye gidiş olduğu (*walking back dissent*) şeklinde yorumlanabilecek görüş sayısında, özellikle *Brighton Deklarasyonu* sonrasında belirgin bir artış olduğunu gözlemlemektedirler.¹⁴²

Bir başka husus, taraf devletlere daha fazla takdir alanı tanımının, yargılama başlamadan, kabul edilebilirlik kriterlerinin uygulanması esnasında da benimsenebilir olmasıdır. Kabul edilemez bulunan başvuru sayısının Interlaken Süreci boyunca artması taraf devletler lehine takdir alanının genişlediğinin bir göstergesi olarak addedilebilir.¹⁴³ Benzer şekilde Mahkemenin iç hukuk yollarını tüketmemiş olma kriterini değerlendirirken iç hukuk yollarının etkisizliğini tespit etmede isteksiz davranması, taraf devletlere saygılı bir tutum olarak görülebilecektir.¹⁴⁴

Mahkemenin baskılardan etkilenmediği görüşünü savunan yazarlardan Lize Glas, Interlaken Süreci'nde taraf devletlerce reform önerileri ve değişiklik taleplerini irdelediği ve kategorize ettiği makalesinde bu değişiklik taleplerinin büyük bir kısmının Mahkeme tarafından göz ardı edildiği tespitini yapmaktadır.¹⁴⁵ AİHM'in *Kopenhag Deklarasyonu*'nun Taslak Metni'ne yönelik olarak yayımladığı görüş bildirisinde taslak metindeki kimi ifadeleri "diplomatik bir dille"¹⁴⁶ eleştirmesi, özellikle ikincilik ilkesinin insan hakları koruma sistemindeki sorumluluk bölüşümüne dönük bir ilke olduğunun ve Mahkemenin koruma düzeyinin efektif biçimde var olabilmesi adına bağımsız hareket edebiliyor olmasına vurgu yapılması¹⁴⁷ sonrasında nihai metnin bu meyanda değiştirilmesi durumu da bizi, Mahkemenin taraf devlet baskısından etkilenmediği çıkarımına götürebilir. Sweet Stone vd., Mahkemenin taraf devlet baskılarından etkilenmediğine yönelik çalışmalarında ise bu iddia, daha çok deklarasyon metnindeki AİHM otoritesini teyit edici ifadelerin varlığına dayandırılmaktadır.¹⁴⁸ Buna ek olarak geriye gidiş yönündeki iddialar ise bu iddiaların kararlara yönelik subjektif değerlendirmelerden

¹⁴¹ Helfer ve Voeten, "Walking Back", s.804.

¹⁴² Helfer ve Voeten, "Walking Back", s.800; 814. Bu çalışmanın sonuçlarını geçersiz kabul eden, Voeten ve Helfer'in çalışmasında tespit ettiği "geriye gidiş karşı oyları"nın çoğunun böyle değerlendirilemeyeceğini, ancak bir karşı oyun bu yönde değerlendirilebileceğini öne süren bir çalışma için bkz. Alec Stone Sweet, Wayne Sandholtz, Mads Andenas, Dissenting Opinions and Rights Protection in the European Court: A Reply to Laurence Helfer and Erik Voeten", *The European Journal of International Law* 32, no. 3 (2021), s.897-905.

¹⁴³ Molbæk-Steensig, "Subsidiarity", s.105.

¹⁴⁴ Esra Demir-Gürsel, "The Limits of the European Court of Human Rights vis-à-vis Contestation and Authoritarianism: Concluding Observations", *The European Court of Human Rights Current Challenges in Historical Perspective*, Der. Helmut Philipp Aust ve Esra Demir-Gürsel, Cheltenham:Elgar Publishing, 2021, s.244-263, s.253.

¹⁴⁵ Glas, "From Interlaken", s.147.

¹⁴⁶ Molbæk-Steensig, "The Copenhagen", s.68.

¹⁴⁷ ECHR, Opinion on the Draft Copenhagen Declaration, §4,9,12,13.

¹⁴⁸ Stone Sweet, Sandholtz ve Andenas, "The Failure", s.255,258.

kaynaklandığı,¹⁴⁹ yazarlarca yapılan değerlendirmede geriye gidiş tespit edilmediği gerekçesi ile çürütülmektedir.

Bu noktada, literatürde Mahkemenin tavır değişikliğine gittiği kanısına dayanak gösterilen belli başlı kararlara değinmek faydalı olacaktır. Aynı hak konusunda olmasa da Birleşik Krallık ile ilgili *Hirst/Birleşik Krallık* kararı ve 2013 yılında verilen *Animal Defenders/Birleşik Krallık* kararı Mahkemenin geçirdiği dönüşüme dair fikir verebilir. Bir hayvan hakları organizasyonu olan *Animal Defenders*, hayvanların ticarete, eğlence sektöründe ve bilimsel deneylerde kullanılmasına karşı çıkan bir sivil toplum kuruluşudur. Mahkeme, STK'nın hayvan haklarına ilişkin bir kampanyasının Birleşik Krallık'ta yürürlükte olan politik reklamlara ilişkin yasağa takılması sonucu ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilip edilmediği sorununda, ifade özgürlüğü kısıtlamasının sınırlarını belirleme takdirinin Birleşik Krallık'ta olduğunu belirterek, yerel otoritenin tutumunu destekleme yoluna gitmiştir.¹⁵⁰ Mahkeme "tedbirin gerekliliğine ilişkin parlamento ve yargı denetiminin kalitesine"¹⁵¹ özel bir önem atfederek somut olaya ilişkin asıl orantılılık değerlendirmesini ikinci plana indirmiştir.¹⁵² Bu da Mahkemeden beklentilerin tersi bir karar olmuştur. Daha önceki *Vgt/İsviçre* kararında Mahkeme benzer bir durumda siyasal reklamların yasaklanmasında ifade özgürlüğü ihlali tespit etmiş¹⁵³ ve bu karardan sonra kimi ülkeler reklam yasakları ile ilgili düzenlemelerini AİHM içtihadına göre güncellemişlerdir.¹⁵⁴

Hirst/Birleşik Krallık kararında ise daha önce bahsedildiği üzere Mahkeme mahkumların oy kullanımını yasaklayan bir yasayı AİHS'ye aykırı bulmuş ve bu yasanın değiştirilmesini talep etmiştir.¹⁵⁵ *Hirst/Birleşik Krallık* kararından sonra AİHM, 2010 yılında *Frod//Avusturya* kararında bir yıldan uzun süreli ceza alan mahkumların oy kullanımının yasaklanmasını da "serbest seçim hakkı"nın ihlali olarak değerlendirmiştir.¹⁵⁶ 2012 yılında ise *Scoppola/İtalya* kararında Büyük Daire 3 yıldan uzun süre ceza alan mahkumların oy hakkının kısıtlanması halinde; kısıtlamanın genel, otomatik, ayırım yapmadan uygulanmasının söz konusu olmadığı gerekçesiyle "serbest seçim hakkı"nın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.¹⁵⁷ Mahkeme *Hirst/Birleşik Krallık* kararında da takdir marjının seçim hakkı konusunda geniş değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Taraf devletler bu hak konusunda kısıtlamalar getirebilirler ancak bu kısıtlamaların orantılı olması gerekir. Kararda otomatik ve ayırım gözetmeksizin tüm mahkumlara uygulanmasının orantılı olmadığı ve ihlale yol açacağı tespitinde bulunulmuştur.¹⁵⁸ Dolayısıyla 3 yıldan fazla mahkumiyet alan kimselerin oy hakkından mahrum

¹⁴⁹ Stone Sweet, Sandholtz ve Andenas, "The Failure", s.260.

¹⁵⁰ AİHM, *Animal Defenders International/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 48876/08, 22.04.2013, §105, §125.

¹⁵¹ *Animal Defenders International/Birleşik Krallık*, §108.

¹⁵² Oddny Mjöll Arnardottir, "The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights", *Journal of International Dispute Settlement* 9 (2018): s.231.

¹⁵³ AİHM, *VgT (Verein gegen Tierfabriken) /İsviçre*, Başvuru No. 24699/94, 28.06.2001, §78-79.

¹⁵⁴ Pildes, "Supranational", 13.

¹⁵⁵ AİHM, *Hirst/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 74025/01, 06.10.2005, §82.

¹⁵⁶ AİHM, *Frod//Avusturya*, Başvuru No. 20201/04, 08.04.2010, §33, §36.

¹⁵⁷ AİHM, *Scoppola/İtalya* (No 3), Başvuru No. 126/05, 22.05.2012, §99, §106.

¹⁵⁸ *Hirst/Birleşik Krallık*, §82.

bırakılması Mahkeme nezdinde "orantılı"dır. Bu kararın *Hirst/Birleşik Krallık* kararındaki ilkelerden geri adım olarak değerlendirilmesi gerekir.¹⁵⁹

S.A.S./Fransa kararında ise Mahkeme, Fransa'da Burka Yasası olarak bilinen, kadınların yüzünü örten peçe takmalarının, demokratik toplum gereklerine aykırı olduğu gerekçesi ile yasaklanmasına ilişkin düzenleme takdir marjı doktrini dolayısıyla Sözleşme'ye uygun bulunmuştur.¹⁶⁰ Karara göre söz konusu giyim tarzı, Fransız yurttaşları ile bu tarz giyinmeyi tercih eden kimseler arasında sosyalleşme ihtimalini ortadan kaldırmakta, dolayısıyla başkalarının "birlikte yaşama" idealini kolaylaştıran sosyalleşme hakkını ihlal etmektedir.¹⁶¹ Bu karar, demokratik toplum gereklerinin Fransa'da hakim kültür ile eşleştirilmesi dolayısıyla eleştiriye tabi tutulmuştur. Müslüman azınlığın dini yaşantısının takdir marjı gerekçesi ile kısıtlanma anlamına geleceği, kararın Fransa'ya çoğunlukçu kültürel normları dayatmaya izin verdiği görüşü ileri sürülmüş ve bunun da oldukça geniş bir takdir marjı anlamına geleceği değerlendirilmiştir.¹⁶² Söz konusu karar ile "sosyalleşme" kavramı ve "sosyalleşme anlayışı" bakımından taraf devlet değerlendirmesi ile başvuru arasında açık biçimde taraf devletin değerlendirmesine dayanıldığı, bu nedenle Mahkemenin takdir marjını taraf devlet lehine daha geniş biçimde değerlendirdiği sonucuna varılmalıdır.¹⁶³

Mülteci ve göçmen haklarına ilişkin son yıllarda geriye gidiş iddiası ile ilişkilendiren örnek kararlar ise *Ilias* ve *Ahmed/Macaristan* kararı ile *N.D* ve *N.T./İspanya* kararlarıdır. *Ilias* ve *Ahmed* kararında Büyük Daire, sığınma başvurusu sürecinde Macaristan ile Sırbistan sınırındaki transit bir bölgede "kapalı, çitlerle çevrili bir konteyner kompleksinde" 23 gün boyunca tutulmasını özgürlükten yoksun bırakma olarak değerlendiren Daire kararını bozmuştur. Büyük Dairenin değerlendirmesine göre başvuru sahibi söz konusu bölgeden, daha önce sığınma başvurusunu kabul etmeyen Sırbistan tarafına doğru gidebilecek durumda olması, özgürlüğünün kısıtlanmamış olması anlamına gelmektedir.¹⁶⁴ Ancak Macaristan yasalarına göre sığınma başvurusu yaptıktan sonra ülke topraklarını terk eden bir kimse sığınma hakkından da feragat etmiş sayılmaktadır.¹⁶⁵ Büyük Dairenin söz konusu değerlendirmesinin Macaristan tarafından Daire kararına yönelik şiddetli eleştiri ve Sözleşme kapsamından çıkma tehditinden sonra gelmesi, Mahkemenin politik davrandığını işaret etmektedir.¹⁶⁶ Benzer bir geriye gidiş, *N.D.* ve *N.T./İspanya* kararında söz konusudur. Fas ile İspanya arasındaki Mellila sınır bölgesinden

¹⁵⁹ Pildes, "Supranational", s.18.

¹⁶⁰ AİHM, *S.A.S./Fransa*, Başvuru No. 43835/11, 01.07.2014, §155.

¹⁶¹ *S.A.S./Fransa*, §122; §153-155.

¹⁶² Bkz. Nathaniel Fleming, "S.A.S. v. France: A Margin of Appreciation Gone Too Far", *Connecticut Law Review* 52, no. 2 (2020), s.917-942.

¹⁶³ *S.A.S./Fransa* kararı karşı oyları değerlendiren Helfer ve Voeten'in çalışmasında da, bu çalışmadaki geriye gidiş değerlendirmelerini şüpheli bulan Stone Sweet vd. çalışmasında da geriye gidiş olarak nitelenmektedir. Bkz. Stone Sweet, Sandholtz ve Andenas "Dissenting", s.904.

¹⁶⁴ AİHM(Büyük Daire), *Ilias ve Ahmed/Macaristan*, Başvuru No. 47287/15, 21.11.2019, §249.

¹⁶⁵ *Ilias ve Ahmed/Macaristan*, §55-56. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vladislova Stoyanova, "The Grand Chamber Judgment in *Ilias and Ahmed v. Hungary: Immigration Detention and How the Ground Beneath Our Feet Continues to Erode*", *Strasbourg Observer*, 23.12.2019, <https://strasbourgothers.com/2019/12/23/the-grand-chamber-judgment-in-ili-as-and-ahmed-v-hungary-immigration-detention-and-how-the-ground-beneath-our-feet-continues-to-erode/>. (son erişim: 28.11.2024).

¹⁶⁶ Juan Ruiz Ramos, "The Right to Liberty of Asylum-Seekers and the European Court of Human Rights in the Aftermath of the 2015 Refugee Crisis", *Revista Electronica de Estudios Internacionales* 39 (2020), s.37.

yasa dışı yollarla İspanya'ya giriş yapan başvuruçular, kimlik tespiti yapılmaksızın ve bireysel koşullarını açıklama fırsatı tanınmaksızın 75-80 kişilik bir grupla birlikte sınır dışı edilmişlerdir.¹⁶⁷ Söz konusu geri göndermenin AİHS 4. Protokolünün 4. maddesindeki "yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı" kapsamında olup olmadığı sorununda 2017'deki Daire yargılamasında ihlal kararı verilirken,¹⁶⁸ Büyük Daire, N.D. ve N.T.'nin "yasal giriş yapmak için mevcut yasal prosedürleri kullanmadıklarını" belirterek, "bireysel sınır dışı kararlarının olmamasının ... kendi kusurlarından kaynaklandığı"¹⁶⁹ gerekçesi ile toplu sınır dışı etmenin söz konusu olmadığı çıkarımını yapmaktadır. Mahkeme ayrıca, İspanya'nın sığınma başvuru süreçlerinin etkili ve işlevsel olduğu yönündeki açıklamalarına da bağlı kalmayı tercih etmiştir.¹⁷⁰ Bu da her ne kadar kararda takdir marjına bir atıf söz konusu olmasa dahi, somut olayda, avantajlı konumda olan yerel otoritenin yorumunu takip etmekle İspanya'ya bir takdir alanı bırakıldığını göstermektedir. Söz konusu kararın taraf devletlerce göç konusunda Mahkemeye yönelen baskılara karşı bir taviz ve Mahkemenin hak koruyucu pozisyonundan geriye gidış teşkil ettiği ileri sürülmektedir.¹⁷¹

M.N ve Diğerleri/Belçika kararında ise *N.D. ve N.T./İspanya* kararındaki ülkeye giriş için "yasal prosedürleri kullanma" vurgusu farklı bir boyut kazanmıştır. Başvuruçular M.N. ve ailesi, 2016 yılında Suriye'nin Halep kentinden Lübnan'a kaçtıktan sonra, Belçika'nın Beyrut Büyükelçiliğinde daha sonra mültecilik başvurusunda bulunmak üzere vize başvurusu yapmışlar ve bu başvuruları reddedilmiştir.¹⁷² Başvuruçular AB Vize Tüzüğü'nün "insani gerekçelerle... veya uluslararası yükümlülükler nedeniyle gerekli gördükleri" durumlarda vize verme imkanı tanıyan 25(1). maddesine dayanmışlardır.¹⁷³ Vize başvurusunun reddi üzerine temyiz mercii işlevi gören Yabancılar Hukuku Uyuşmazlık Konseyi, Göçmenlik Bürosunun "insani vize" vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak bu karar Göçmenlik Bürosunca uygulanmamıştır. Kararın uygulanmamasının başlıca sebebi, Belçika'nın içinde bulunduğu politik atmosfer ve hükümet tarafından yürütülen göçmen karşıtı kampanyadır. Dönemin Göç ve İltica Bakanı Theo Francken ilgili kararı "gerçeklikten kopuk" olarak niteleyerek sosyal medya üzerinden Konsey yargıçlarına karşı bir sosyal medya kampanyası dahi başlatmıştır.¹⁷⁴ Başvuruçular vize reddi sonucunda işkence ile karşı karşıya kalma ihtimalleri bulunan bir yere dönmek zorunda olmaları dolayısıyla AİHS'nin 3. maddesi ve etkili başvuru yolu bulamadıkları gerekçesiyle 13. maddesinin ihlali iddiasıyla AİHM'e başvurmuşlardır. Büyük Daire başvuruçuların Belçika'nın yetki alanına girmemiş olmaları gerekçesi ile başvuruyu kabul edilemez

¹⁶⁷ AİHM (Büyük Daire), N.D. ve N.T./İspanya, Başvuru No. 8675/15 ve 8697/15, 13.02.2020, §26.

¹⁶⁸ AİHM, N.D. ve N.T./ İspanya, Başvuru No. 8675/15 ve 8697/15, 03.10.2017.

¹⁶⁹ N.D. ve N.T./İspanya, §231.

¹⁷⁰ N.D. ve N.T./İspanya, §214.

¹⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Maximilian Pichl, Dana Schmalz, "Unlawful" may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T., *Verfassungsblog*, 14.02.2020, <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/>. (son erişim: 28.11.2024).

¹⁷² AİHM(Büyük Daire), M.N. ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No. 3599/18, 05.05.2020, §11.

¹⁷³ M.N. ve Diğerleri/Belçika, §10.

¹⁷⁴ Ellen Esmet ve Stijn Smet, "Right-Wing Populism, Crumbling Migrants' Rights and Strategies of Resistance in Belgium", *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Der. Vladislava Stoyanova and Stijn Smet, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, s.328.

bulmuştur.¹⁷⁵ Mahkemeye göre, davalı devlet vize başvurularını işleme almak suretiyle başvurular üzerinde ülke dışında yargı yetkisini kullanmamış ve başvurucuların itirazı dolayısıyla da bir yargı yetkisi bağı meydana gelmemiştir.¹⁷⁶ Sığınma hakkından yararlanmak için koruma talep edecekleri devletin alanına girme gerekliliği mültecileri tehlikeli yollara veya *N.D. ve N.T./İspanya* kararında olduğu gibi mevcut sistemi zorlamaya itmektedir.¹⁷⁷ İlgili kararlar mahkeme mülteci krizi konusunda güvenli bir başvuru yolu tespit etme¹⁷⁸ olanağını göz ardı etmiş ve "insani vize" konusunda rehber olmaktan imtina etmiştir. Bu bakımdan *M.N. ve Diğerleri/Belçika* kararı AİHM'in siyasi olarak tartışmalı bir konuda çekimser kalarak taraf devlet uygulamasına, dolayısıyla takdirine bağlı kaldığı sonucuna varmamızı sağlamalıdır.

Sınır dışı etme ve kalıcı geriye giriş yasağının AİHS 8. maddeyi ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak iki karar, Mahkemenin orantılılık değerlendirmesinde maddi gerçeklerin değerlendirilmesinden çok taraf devletlerin AİHS ve Mahkeme içtihatları doğrultusunda kapsamlı bir değerlendirme yapıp yapmadığına odaklandığını göstermektedir. Bu doğrultuda taraf devletlerin takdir marjlarının daha geniş tutulduğu söylenebilir. Bu kararlardan *Ndidi/Birleşik Krallık* kararında, başvuru 1987 doğumlu bir Nijerya vatandaşıdır. 1988 yılında ailesi ile birlikte Birleşik Krallık'a giriş yapmış ve bu tarihten itibaren sürekli olarak burada yaşamıştır.¹⁷⁹ Başvurucu 2003 ve 2004 yıllarında hırsızlık, 2008 yılında ise uyuşturucu tedarik etmekten hüküm giymiştir.¹⁸⁰ 2010 yılında başvuru hakkında sınır dışı kararı verilmiş ve yeniden giriş yasağı getirilmiştir. Başvurucu, "Ergen Davranış Bozukluğu"ndan muzdarip olduğu ve ailesiyle iyi ilişkiler geliştirmeye başladığı gibi yeniden suç işleme riskinin azaldığını gösterir kanıtlar sunarak temyize başvurmuş, ancak Üst Mahkeme uzun suç geçmişinin sınır dışı edilme lehine ağır bastığına karar vermiştir.¹⁸¹ 2012 yılında Birleşik Krallık vatandaşı kız arkadaşından bir oğlunun dünyaya geldiğini Dışişleri Bakanlığı'na bildirmiş ve sınır dışı kararının kaldırılmasını talep etmiştir.¹⁸² Ancak bu gelişme de Birleşik Krallık otoritelerinin sınır dışı kararını değiştirmemiştir. Mahkeme yerel mercilerin 8. maddenin gerektirdiği orantılılık testini kapsamlı ve dikkatli bir şekilde değerlendirdiklerini, yeniden orantılılık değerlendirmesi yapmanın zorunlu olmadığını ileri sürmüştür.¹⁸³ Karar, başvuru vatandaşı olduğu ülke ile sınırlı, Birleşik Krallık ile ise güçlü bağları olduğunu teyit etmektedir, ancak başvuru kişinin işlediği suçların ciddiyeti, sınır dışı edilmesini haklı çıkarmıştır. Bu yüzden AİHS 8. maddesi kapsamındaki hakları ihlal edilmemiştir.¹⁸⁴

¹⁷⁵ *M.N. ve Diğerleri/Belçika*, §142.

¹⁷⁶ *M.N. ve Diğerleri/Belçika*, §112, §121-125.

¹⁷⁷ Jean-Yves Carlier, Laura Cools, Eleonora Frasca, Francesco Gatta ve Sylvie Sarolea, "Humanitarian visa: Does the suspended step of the stork become a hunting permit? (European Court of Human Rights [GC], decision on Admissibility of 5 may 2020, *M.N. and others v. Belgium*, appl. no 3599/18) ", *Louvain Migration Case Law Commentary*, Juin 2020, s.9.

¹⁷⁸ Moritz Baumgärtel, "Reaching the Dead-end: *M.N. and Others* and the Question of Humanitarian Visas", *Strasbourg Observers*, 07.05.2020, <https://strasbourgobservers.com/2020/05/07/reaching-the-dead-end-m-n-and-others-and-the-question-of-humanitarian-visas/>. (son erişim: 17.01.2025).

¹⁷⁹ AİHM, *Ndidi v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 41215/14, 14.09.2017, §2.

¹⁸⁰ *Ndidi v. Birleşik Krallık*, §10.

¹⁸¹ *Ndidi v. Birleşik Krallık*, §23.

¹⁸² *Ndidi v. Birleşik Krallık*, §34.

¹⁸³ *Ndidi v. Birleşik Krallık*, §76.

¹⁸⁴ *Ndidi v. Birleşik Krallık*, §81.

Avcı/Danimarka kararında ise Danimarka’da doğup büyüyen Türk vatandaşı başvuru, 2018 yılında uyuşturucu suçlarından hüküm giymiş ve dört yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.¹⁸⁵ Danimarka makamları, başvurunun Danimarka’da kalmasının yeniden suç işleme ihtimalinin yüksekliği dolayısıyla risk oluşturacağı gerekçesiyle Türkiye’ye sınır dışı edilmesine ve ülkeye girişinin kalıcı olarak yasaklanmasına karar vermiştir.¹⁸⁶ Danimarka Yüksek Mahkemesi başvurunun işlediği suçların ciddiliği ve tekrar işleme riskinin yüksek oluşu dolayısıyla sınır dışı kararının başvurunun uğrayacağı zarara nazaran daha ağır bastığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme, Avcı’nın daha önce Türkiye’de yaşamamış olmasına karşın yerel kültüre hakim olması ve Kürtçe biliyor olması dolayısıyla Türkiye’de yeni bir yaşam kurmak için elverişli ön koşul bağlarına sahip olduğu sonucuna varmıştır.¹⁸⁷ AİHM kararındaki değerlendirmede *Ndidi/Birleşik Krallık* kararında olduğu gibi, Danimarka Yüksek Mahkemesi’nin AİHS 8. madde ve Mahkeme içtihatları doğrultusunda bir değerlendirme yapıp yapmadığına odaklanılmıştır. Çoğunluk Mahkemenin ikincil rolüne atıfla yerel mahkemenin, uygulanan tedbirlerin Danimarka’nın AİHS’den doğan yükümlülüklerine uygun olup olmadığını kapsamlı biçimde değerlendirdiği sonucuna varmış ve 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁸⁸ Ortak karşı oyda yargıçlar Pejchal, Ranzoni ve Yüksel, kararın yerleşik göçmenlerin sınır dışı edilmesine ilişkin 8. maddeyle ilgili önceki içtihatlarla tutarsız olduğunu, yerel otoritenin orantılılık değerlendirmesinin yerinde olmadığını, ancak çoğunluğun bu gerçeği göz ardı ettiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁸⁹ Mahkemenin salt yerel otoritelerin izlediği prosedürlere odaklanması, takdir marjına daha fazla ağırlık verilmesi anlamına geldiği gibi, somut olaydaki özel koşulların ihmal edilmesi tehlikesini de beraberinde getirmektedir.

Savickis ve Diğerleri/Letonya kararında ise başvurucular, tamamlayıcı emekli aylığından yararlanma bakımından vatandaşlık temelinde muamele farklılığına tabi tutuldukları gerekçesiyle mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılığa uğradıklarını ileri sürmüşlerdir. Somut olayda, tamamlayıcı emekli aylığı için hizmet sürelerinin hesaplanmasında Letonya vatandaşlarının Sovyetler Birliği döneminde Letonya dışındaki çalışma süreleri de hesaba katılırken, Letonya’nın bağımsızlığını kazanmasından önce Letonya’ya yerleşmiş bulunan ancak vatandaşlık hakkı kazanmayan daimi ikamet eden konumundaki başvuru sahiplerinin benzer koşullardaki çalışma süreleri dikkate alınmamıştır.¹⁹⁰ Kararda mülkiyet hakkı ve taraf devletlerin ekonomik ve sosyal politikalar belirleme hususunda geniş bir takdir marjı olduğu teyit edilmektedir.¹⁹¹ Ancak ayrımcılık yasağı için ilgili önlemin meşru amaca dayanması ve orantılılık testine tabi tutulması gerekmektedir. Mahkeme, ilgili önlemin Letonya’nın Sovyetlerin dağılmasından sonra karşı karşıya kalmış olduğu problemler ve "anayasal kimliği"ni koruma amacı dolayısıyla meşru ve orantılı olduğu sonucuna varmaktadır.¹⁹² Bu noktada Mahkemenin daha önceki bir içtihadından, benzer koşullarda vermiş olduğu *Andrejeva/Letonya* (2009) kararından ayrıldığını

¹⁸⁵ AİHM, *Avcı v. Danimarka*, Başvuru No. 40240/19, 04.04.2022, §6.

¹⁸⁶ *Avcı v. Danimarka*, §9.

¹⁸⁷ *Avcı v. Danimarka*, §9.

¹⁸⁸ *Avcı v. Danimarka*, §38.

¹⁸⁹ *Avcı v. Danimarka*, Joint Dissenting Opinion of Judges Pejchal, Ranzoni and Yüksel, §16.

¹⁹⁰ AİHM(Büyük Daire), *Savickis ve Diğerleri v. Letonya*, 49270/11, 09.06.2022, §18.

¹⁹¹ *Savickis ve Diğerleri v. Letonya*, §184.

¹⁹² *Savickis ve Diğerleri v. Letonya*, §176.

belirtmek gerekir. *Andrejeva*/Letonya kararında emekli maaşından faydalanma konusunda vatandaş ve vatandaş olmayanlar arasındaki muamele farklılığı için güçlü bir gerekçenin var olmadığı tespiti yapılmış ve ihlal kararı verilmiştir.¹⁹³ Letonya Anayasa Mahkemesi 2011 yılında bu karara karşı çıkmış ve anayasal kimlik tezine dayanarak 2001'deki kararını teyit etmiştir.¹⁹⁴ *Savickis ve Diğerleri*/Letonya kararında Mahkeme "itiraz edilen muamele farklılığının 'çok güçlü gerekçelerle' haklı gösterilip gösterilmediğinin değerlendirilmesinin, mevcut davanın koşullarında uygulanacak geniş takdir marjının arka planında yapılması gerektiği"¹⁹⁵ sonucuna varmıştır. AİHM'in Letonya Anayasa Mahkemesi'nin savlarını benimseyerek daha önceki içtihadından ayrıldığı ve bunun için de takdir marjını daha geniş tuttuğu görülmektedir. *Savickis ve Diğerleri*/Letonya kararının karşı oyunda yargıçlar O'leary, Grozev ve Lemmens, bu durumu eleştirerek daha önceki içtihattan ayrılmak için anayasal kimlik kavramına dayanılmasını ve orantılılık testi için bu kavrama dayalı geniş bir takdir marjına ağırlık vermeyi makul bulmamaktadırlar. Her ne kadar anayasal kimlik ve anayasal düzen meşru bir amaç olsa da emekli maaşına yapılacak bir ek ödemeyi bu kapsamda değerlendirmek ilgili kavramların kapsamını büyük ölçüde genişletmek anlamına gelmektedir. Karşı oyda belirtildiği üzere "Mahkemenin daha önceki kararlarında Letonya'nın anayasal kimliğine değinen, bağımsızlığın yeniden kazanılmasının ardından tarihinin ve zorluklarının sonuçlarıyla ilgili sorulara dikkat ve saygı ile yaklaştığı" örnekler mevcuttur. "[...]İtiraz edilen emekli maaşı ekine atıfta bulunularak aynı saygının gösterilmesini ve bunun sonucunda marjın genişletilmesini ve yargısal denetimin azaltılmasını haklı çıkarmak zordur."¹⁹⁶ Üstelik mahkeme içtihadında vatandaşlık temelinde ayrımcılık konusunda takdir alanının daha dar tutulduğu kararlar da söz konusudur.¹⁹⁷

İlgili karar örnekleri ve yukarıda bahsi geçen araştırma sonuçları göz önünde tutulduğunda Interlaken Süreci sonrasında Mahkemenin yerindelik denetiminde bulunmak yerine daha fazla "gözetim" rolünü üstlenme yoluna gittiği söylenebilir.

Mahkemenin taraf devletlere karşı tutumu ile ilgili bir başka husus, takdir marjı ve daha geniş takdir marjı ifadelerinin kararlarda daha fazla yer bulduğu tespitine ek olarak, bu referansların sıklığının taraf devletlerin yenilik-eskilik ve Doğu-Batı konumuna göre farklılık arz etmesidir. Madsen'in yukarıda referans verilen çalışmasında daha eski ve Batı Avrupalı üyelere dair başvurularda takdir marjı genişliğinin, daha fazla ihlalin geldiği Doğu Avrupalı üyelere göre oldukça yüksek olduğu görülmektedir. Ülkelerin takdir marjı taleplerinin haklı görülme oranında ise Birleşik Krallık, Avusturya, Hırvatistan ve Macaristan arasındaki bir karşılaştırmada, Birleşik Krallık ve Avusturya'nın taleplerinin iki kat daha fazla karşılandığı görülmektedir.¹⁹⁸ Bu durum da takdir marjının bir tür politik manevra olarak kullanıldığı iddiasını desteklemektedir. Benzer bir sonuca Başak Çalı da ulaşmaktadır. Çalı, Mahkemenin Sözleşme'yi

¹⁹³ AİHM (Büyük Daire), *Andrejeva v. Letonya*, Başvuru No. 55707/00, 18.02.2009, §88-92.

¹⁹⁴ *Savickis ve Diğerleri v. Letonya*, §55

¹⁹⁵ *Savickis ve Diğerleri v. Letonya*, §213.

¹⁹⁶ *Savickis ve Diğerleri v. Letonya*, Joint Dissenting Opinion of Judges O'leary, Grozev and Lemmens, §24.

¹⁹⁷ *Savickis ve Diğerleri v. Letonya*, Joint Dissenting Opinion of Judges O'leary, Grozev and Lemmens, §16; AİHM, *Rasmussen/Danimarka*, Başvuru No. 8777/79 28.10.1984, § 40; AİHM(Büyük Daire), *Stummer/Avusturya*, Başvuru No. 37452/02, 07.07.2011, §88; AİHM(Büyük Daire), *Molla Sali/Yunanistan*, Başvuru No. 20452/14, 19.12.2018, §136.

¹⁹⁸ Madsen, "Rebalancing", s.218-219.

uygulamada iyi niyetli hareket eden ülkelerle, kötü niyetli addedilen ülkeler arasında farklılık gözettiği, değişken geometri bir insan hakları içtihadına başvurduğu sonucuna varmaktadır.¹⁹⁹ Buna göre, Sözleşme'nin uygulanması ve yorumlanmasında yerleşik demokrasilere daha fazla "güven" duymaktadır.

SONUÇ

Uluslararası mahkemeler yalıtılmış alanlarda faaliyet göstermemekte ve sosyo-politik değişimlerden fazlasıyla etkilenmektedirler. Uluslararası yargı mekanizmalarının özellikle II. Dünya Savaşı'nın doğurduğu yıkımın uluslararası camiada oluşturduğu infialin ardından ortaya çıktıkları ve "insan onuru" temelli, hakların korunması isteğinin bugüne göre daha canlı olduğu söylenebilir. Bu yüzden özellikle güvenlik arayışlarının bireysel haklara karşı tercih edildiği bir dönemde AİHM gibi bir oluşumun devletlere daha fazla alan bırakması yönünde taleplerle karşılaşması günümüz özellikle terör, göç ve mülteci krizi gibi günümüz dünyasının karşı karşıya kaldığı sorunlardan bağımsız düşünülemez. Çalışmada incelenen araştırma sonuçları ve Mahkeme kararları sonrasında takdir marjının daha geniş tutulduğu veya geriye gidiş iddiasının söz konusu olduğu kararların taraf devletlerden gelen itirazların yoğunlaştığı demokratik meşruiyet, göçmenlik ve mültecilikle ilgili konularda verilmiş kararlar olduğu tespiti yapılabilir. Bu bakımdan ilgili kararlardaki tavır değişikliği ilgili itirazların ve Interlaken Süreci'nin Mahkeme kararlarına doğrudan bir yansıması olarak nitelenmelidir.

Sözleşme'yi uygulama görevinin baştan beri birincil olarak taraf devletlere ait olduğu unutulmamalıdır. Mahkemenin iş yükünün artması veya kararların itibarının düşmesinin ve etkililiğinin azalmasının birincil sorumlusu da doğal olarak sözleşmeciler devletlerdir. Takdir marjı uygulaması ile AİHM, devletlerin eylemlerinin doğrudan Sözleşme'ye uygunluğunun denetlenmesi yerine, Sözleşme'yi uygulamada iyi niyetli davranıp davranılmadığı tespitiyle yetinerek, Sözleşme'yi uygulama iradesi gösterilmesi halinde, ihlal iddiasında bulunulanan hakkın kapsamının değerlendirilmesini taraf devlete bırakmaktadır. Mahkemenin yerel insan hakları sorunlarının çözümünde rehberlik etmesi, insan haklarının korunmasında yerel otoritelerin birincil sorumluluğunu destekler niteliktedir. Ancak yerel çıkarlar, uluslararası standartların eğilip bükülmesine yol açabilir.

AİHM'in yaşadığı dönüşümde sistemik ihlallerin geldiği ülkelerin Mahkeme kararları ile ilgili eleştirel söylemlerinden çok Birleşik Krallık ve Danimarka gibi "merkezi" addedilen üyelerin etkisi daha fazla görülmelidir. Özellikle Birleşik Krallık'ın sistemden uzaklaşması, sistemin çözülmesi bakımından daha büyük bir tehlike olarak değerlendirilebilir. Takdir marjı uygulamasının Birleşik Krallık gibi Batı Avrupalı üyeler için daha fazla kullanıldığı tespiti de bu savı destekler niteliktedir.

Yerel otoriteler ile ulusal yargı mekanizmaları arasında demokratik meşruiyet çekişmesi yeni bir çekişme değildir. AİHM'in etkililiği konusunda demokratik meşruiyet tartışması önemsenmelidir. Yargı organlarının meşru görülmesinde ana sebeplerden biri hakları koruma konusunda kendilerine duyulan güvenidir. Mahkemelerin nitelikli kararlar vermeleri bu

¹⁹⁹ Çalı, "Coping", s.242.

yöndeki inancın diri kalmasını sağlayacaktır. AİHM'in kararlarında yargısal taktikler uygulaması, bir nevi meşruiyeti sağlayan güveni, karşılıklı saygı ilkesi ile değişerek etkililiği sürdürme çabasına girişmesidir. Bu durum uzun vadede Mahkeme kararlarına duyulan güveni aşındırarak kararların etkililiğini azaltacaktır. Meşruiyet tartışmasının diğer boyutu, sözleşmecî devletlerin sistem içerisinde olmaktan dolayı kazandıkları meşruiyettir. Sözleşme kapsamında olmak, insan haklarına uyumlu hareket etmek, Sözleşme kapsamındaki pek çok hakkın korunması yönünde bir taahhütte bulunmaktır. Bu hem siyasi anlamda hükümetlerin meşruluğuna destek olacak hem de ekonomik hayatın güvenliğini sağlayacaktır. Dolayısıyla Mahkemenin eylemlerinin yerel otoritelerin manevra alanlarına daha az müdahale eder biçimde sürekli olması taraf devletler için daha tercihe şayan olabilir.

Diğer taraftan Mahkemenin Avrupa Konseyi organı olduğu gerçeği göz önünde tutularak genel olarak Konseyin taraf devletlerle ilişkisi de göz önünde tutulmalıdır. Mahkeme kararlarının uygulamaya geçirilmiyor oluşu ve Konseyin kararların uygulanması hususunda baskı uygulamak için kısıtlı alana sahip oluşu, sistemin etkililiğini tehdit etmekte, Mahkemenin verdiği kararlarda aktivist tutum sergileyip sergilememesini önemsizleştirmektedir.

Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi, II. Dünya Savaşı sonrasında kurucu üyelerin ortak kimliğini-değerlerini korumak, otoriter ve totaliter rejimlerin ortaya çıkışını engellemek amacıyla kurulmuştur.²⁰⁰ Sovyetlerin dağılmasından sonraki genişleme süreci, kuruluş amaçlarının Avrupa Birliği'nden daha geniş bir alanda gerçekleştirilmesi vizyonunun bir yansımasıdır. Avrupa Konseyi, taraf devletleri sistem içerisinde tutmak ve Konseyin etki alanını genişletme amacı gütmektedir. Ancak bu durum bir yandan Konseyin temel aldığı değerlerle bağdaşmayan siyasi gelişmelere tepki koymak ile sistemi sürdürülebilir kılmak arasında gerilim doğurmaktadır.

Konseyin ve Mahkemenin karşı karşıya olduğu tek tehlike taraf devletlerin sistemden çıkışı veya kararlara uymamaları değildir. Konsey organlarının işlerlik kazanması belirli bir maliyet doğurmaktadır ve bu maliyet taraf devletlerin katkısı ile karşılanmaktadır. Son yıllarda artan iş yüküne karşın Mahkemenin bütçe ve insan kaynağı bakımından yetersiz kalması söz konusudur. Interlaken Süreci'ne yönelik Mahkemenin yorumunda da bu duruma yönelik vurgu göze çarpmaktaydı. Bütçe probleminin Konseyi politik davranmaya ittiğine yönelik en belirgin örnek, Rusya'nın 2017'de Konseyden maddi desteğini çekmesi sonrası gelişmelerdir. Özellikle Konsey başkanı Jagland'ın bu gelişmeden sonraki söylemleri ve Rusya'ya ziyareti, AKPM'nin Rusya'ya karşı tutumu ile uyumsuz biçimde uzlaşmacı gözükmektedir.²⁰¹ 25

²⁰⁰ Çavuşoğlu, "İnsan Hakları", s.17; Ed Bates, *Evolution of the European Convention*, s.75.; Marco Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford: Oxford University Press, 2017, s.338.

²⁰¹ Bowring, "The Crisis", s.84; "PACE should remove sanctions against Russia by 2019, Jagland says", *Research Concorde Capital*, 23.01.2018, https://concorde.ua/rs/daily/item_72621/. (son erişim: 28.11.2024).; Jagland'ın başkanlığı dönemini ayrıntılı biçimde değerlendiren bir çalışma için bkz. Esra Demir-Gürsel, "The Former Secretary General of the Council of Europe Confronting Russia's Annexation of the Crimea and Turkey's State of Emergency", *European Convention on Human Rights Law Review* 2 (2021), s.303-335. Demir-Gürsel'in örneklendirdiği üzere Jagland'ın AİHS 52. maddeden kaynaklanan soruşturma sürecini Azerbaycan için başlatmasına karşın, AKPM'nin talebi olmasına rağmen Rusya ve Türkiye için başlatmaması, taraf devletlerin etki oranına göre de politik davranıldığı sonucuna götürür. Bkz. Demir-Gürsel, "The Former", s.315.

Haziran 2019'da Kırım'a yönelik işgal devam ederken Rusya'nın AKPM'deki temsil kabiliyetini geri kazanması,²⁰² Konseyin karşı karşıya kaldığı bütçe krizi dolayısıyla söz konusu olmuştur. Rusya'ya yönelik yaptırımın kalkması ile aynı oturumda Konsey Bütçesi'nin 2020 ve 2021 yıllarındaki durumu için bir görüş bildirisi de yayınlanmıştır. Her ne kadar bu metin içerisinde Rusya, bütçe desteğini "kendi emellerini gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanmak" dolayısıyla kınanıyor²⁰³ olsa da gün sonunda Konseyin taraf devletlerden gelen karşı çıkışlara karşı kısıtlı alana sahip oluşu teyit edilmiş olmaktadır.

Interlaken Süreci içerisinde Mahkemenin ve Konseyin gündeminde olan bütçe problemine karşı çözüm üretilmemesi, Rusya örneğinde olduğu gibi Konseyin ve dolayısıyla Mahkemenin hareket alanını kısıtlamaktadır. Bütçe konusunda çözüm üretmeyen taraf devletler de dolaylı olarak Mahkemenin ve Konseyin politik davranmasına alan açmış olurlar. Mahkemenin kararlarına uymamanın bir karşılığının olmayışı, üstelik Konseyin bütçe çekinceleri nedeniyle yaptırımlardan geri adım atmaları örnekleri uzun vadede AİHS ile kurulan insan hakları koruma düzeyinin etkililiğine zarar vermektedir. Bu durum Interlaken süreci boyunca taraf devletlerin, bu tür sorunlara çözüm üretmek yerine, daha çok ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini üzerinde durmaları, Mahkemenin merkezinde olduğu koruma düzeyinin daha düşük ancak sürekli bir etkililiğe sahip olması taraftarı oldukları sonucuna ulaştırır.

²⁰² PACE, Resolution 2287, Strengthening the decision-making process of the Parliamentary Assembly concerning credentials and voting, 25.06.2019, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27980&lang=en>. (son erişim: 28.11.2024). ;Demir-Gürsel, "The Former", s.321.; Jean-Luc Mounier, "Russia's undiplomatic return to the Council of Europe", *France24*, 28.06.2019, <https://www.france24.com/en/20190628-russia-undiplomatic-return-council-europe-ukraine>. (son erişim: 28.11.2024).

²⁰³ PACE, Opinion 297, Budget and priorities of the Council of Europe for the biennium 2020-2021, 25.06.2019, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=27992&lang=en>. (son erişim: 28.11.2024), §3.

KAYNAKÇA

- Algan, Bülent. "Bireysel Başvurularda "Açıkça Dayanaktan Yoksunluk" Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması". *AÜHFD* 63, no.2 (2014): 247-284.
- Alter, Karen J., Laurence R. Helfer, ve Mikael R. Madsen. "How Context Shapes the Authority of International Courts". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 1 (2016): s.1-36.
- Amos, Merris. "Reality Amidst Rhetoric: Implementation of ECtHR Judgments in the UK". *European Convention on Human Rights Law Review* 5 (2024): s.9-23.
- Arnardottir, Oddny Mjöll. "The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights". *Journal of International Dispute Settlement* 9 (2018): s.223-239.
- Aust, Helmut Philipp ve Esra Demir-Gürsel, Der. *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical Perspective*. Cheltenham: Elgar Publishing, 2021.
- Bates, Ed. *Evolution of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Bowring, Bill. "The Crisis of the European Court of Human Rights in the Face of Authoritarian and Populist Regimes". *The Future of International Courts: Regional, Institutional and Procedural Challenges*, Der. Avidan Kent, Nikos Skoutaris ve Jamie Trinidad, s.76-92. Oxon, New York: Routledge, 2019.
- Brummer, Klaus. *Der Europarat: Eine Einführung*. Wiesbaden: VS Verlag, 2008.
- Carlier, Jean-Yves, Laura Cools, Eleonora Frasca, Francesco Gatta ve Sylvie Sarolea, "Humanitarian visa: Does the suspended step of the stork become a hunting permit? (European Court of Human Rights [GC], decision on Admissibility of 5 may 2020, M.N. and others v. Belgium, appl. no 3599/18) ", *Louvain Migration Case Law Commentary*, Juin 2020, s.4-12.
- Council of Europe. *The Interlaken Process: Measures taken from 2010 to 2019 to secure the effective implementation of the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2020. <https://rm.coe.int/processus-interlaken-eng/1680a059c7>. (son erişim: 28.11.2024). (E-kitap)
- Çalı, Başak. "Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights". *Wisconsin International Law Journal* 35, no. 2 (2018): s.1-54.
- Çavuşoğlu, Naz. "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Gerçekler ve Perspektifler". *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?*, Der. Kerem Altıparmak, s.17-27. Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Çoban, A. Rıza. "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi". *AÜHFD* 57, no. 3 (2013): s.187-223.
- Değirmencioglu, Burcu. *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Demir-Gürsel, Esra. "The Former Secretary General of the Council of Europe Confronting Russia's Annexation of the Crimea and Turkey's State of Emergency". *European Convention on Human Rights Law Review* 2 (2021): s.303-335.
- Doğru, Derya. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Dothan, Shai. "Margin of Appreciation and Democracy: Human Rights and Deference to Political Bodies". *Journal of International Dispute Settlement*, (2018): s.1-9
- Duessel, Fabian. "Human Rights in the British Constitution: A Prisoner of History". *University of Illinois Law Review*, no. 2 (2017): s.791-815.

- Duranti, Marco. *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Esen, Egemen. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Takdir Marjı Doktrini*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Esmet, Ellen, ve Stijn Smet. "Right-Wing Populism, Crumbling Migrants' Rights and Strategies of Resistance in Belgium". *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Der. Vladislava Stoyanova and Stijn Smet, s.301-329. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- Gözübüyük, A. Şeref, Feyyaz Gölcüklü ve Abdurrahman Saygılı. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Fleming, Nathaniel. "S.A.S. v. France: A Margin of Appreciation Gone Too Far". *Connecticut Law Review* 52, no. 2 (2020): s.917-942.
- Føllesdal, Andreas. "The Legitimacy of International Human Rights Review: The Case of the European Court of Human Rights". *Journal of Social Philosophy* 40, (2009): s.595-607.
- Gerards, Janneke. "Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Review* 18 (2018): s.495-501.
- Glas, Lize R. "From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?". *Human Rights Law Review* 20 (2020): s.121-151.
- Hartmann, Jacques ve Samuel White. "The alleged backlash against human rights: evidence From Denmark and the UK". *Human Rights in Times of Transition: Liberal Democracies and Challenges of National Security*, Der. K. McCall-Smith, A. Birdsall, & E. Casanas Adam, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, s.139-163.
- Helfer, Laurence R. ve Erik Voeten. "Walking Back Human Rights in Europe?" *The European Journal of International Law* 31, no. 3 (2020): s.797-827.
- Kokott, Juliane. *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- Londras, Fiona de ve Kanstantsin Dzehtsiarou. "Mission Impossible? Addressing Non-Execution Through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights". *International and Comparative Law Quarterly* 66, no. 2 (2017): s.467-490.
- Madsen M. Rask, "Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?" *Journal of International Dispute Settlement* 9, no. 2 (May 2018): s.199-222.
- Marchuck, Iryana ve Marina Aksenova. "The Tale of Yukos and of the Russian Constitutional Court's Rebellion Against the European Court of Human Rights". *Osservatorio Costituzionale* Fasc. 1 (2017): s.1-12.
- Matta, Aaron ve Armen Mazmanyan. "Russia: In Quest for a European Identity". *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Der. Patricia Popelier, Sarah Lambrecht ve Koen Lemmens, 481-502. Cambridge: Intersentia, 2017.
- McGoldrick, Dominic. "Religious Rights and the Margin of Appreciation". *Human Rights between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Contexts*. Der. Petr Agha, s.145-168, Oxford: Hart Publishing, 2017.
- Molbæk-Steensig, Helga. "The Copenhagen Declaration, Wrapping Up the Interlaken Reform". *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Der. Stephanie Schiedermaier, Alexander Schwarz ve Dominik Steiger, 55-78. Baden-Baden: Nomos, 2022.

- Molbæk-Steensig, Helga. "Subsidiarity Does Not Win Cases: A Mixed Methods Study of the Relationship Between Margin of Appreciation Language and Deference at the European Court of Human Rights". *Leiden Journal of International Law* 36 (2023): s.83-107.
- Özbudun, Ergun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", *Demokrasi ve Yargı*, Der. Ozan Ergül, s.359-399, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005.
- Pekel, Abdulkadir, *İnsan Haklarının Evrenselliğine Kültürel Görecilik İtirazı ve Tartışmayı Uzlaştırma Çabaları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Pildes, Richard H. "Supranational Courts and The Law of Democracy: The European Court of Human Rights". *Journal of Dispute Settlement* 8, no. 1 (2017): s.1-26.
- Popelier, Patricia, Sarah Lambrecht ve Koen Lemmens, Der.. *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*. Cambridge: Intersentia, 2017.
- Ramos, Juan Ruiz. "The Right to Liberty of Asylum-Seekers and the European Court of Human Rights in the Aftermath of the 2015 Refugee Crisis". *Revista Electronica de Estudios Internacionales* 39 (2020): s.1-23.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Shany, Yuval. "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?". *The European Journal of International Law* 16, no. 5 (2005): s.907-940.
- Shapiro, Martin, "The Success of Judicial Review", *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Der. Sally J. Kenney, William M. Reisinger ve John C. Reitz, s.193-219. New York: Palgrave Macmillan, 1999.
- Soyaltın-Collela, Diğdem. "(Un)Democratic Change and Use of Social Sanctions for Domestic Politics: Council of Europe Monitoring in Turkey". *International Political Science Review* 41, no. 1 (2020): s.1-17.
- Spano, Robert. "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity". *Human Rights Law Review* 14, no. 3 (2014): s.487-502.
- Stone Sweet, Alec, Wayne Sandholtz ve Mads Andenas. "Dissenting Opinions and Rights Protection in the European Court: A Reply to Laurence Helfer and Erik Voeten". *The European Journal of International Law* 32, no. 3 (2021): s.897-905.
- Stone Sweet, Alec, Wayne Sandholtz ve Mads Andenas. "The Failure to Destroy the Authority of the European Court of Human Rights: 2010–2018". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 21, (2022): s.244-277.
- Şirin, Tolga. "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı". *Anayasa Hukuku Dergisi* 2, no. 4 (2013): s.359-399.
- Tsarapatsanis, Dimitrios. "The Margin of Appreciation as an Underforcement Doctrine", *Human Rights between Law and Politics The Margin of Appreciation in Post-National Contexts*, Der. Petr Agha, s.71-88, Oxford: Hart Publishing, 2017.
- von Staden, Andreas. "The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review". *International Journal of Constitutional Law* 10, no. 4 (2012): s.1023-1049.

İNTERNET KAYNAKLARI:

- Ahmed, Yasmine ve Emilie McDonnell. "UK's Harmful Rwanda Bill to Become Law". *Human Rights Watch*, 23.04.2024. <https://www.hrw.org/news/2024/04/23/uks-harmful-rwanda-bill-become-law>. (son erişim: 28.11.2024).

- Alan, Gülsüm. "Türkiye, Avrupa Konseyi'ne yaptığı katkı payının yarıdan fazlasını kesti". *Euronews*, 05.11.2019. <https://tr.euronews.com/my-europe/2019/11/05/turkiye-avrupa-konseyi-ne-katk-payini-ciddi-oranda-azaltti>. (son erişim: 28.11.2024).
- Barrett, David ve Harriet Line. "Rishi Sunak could face a revolt from at least 12 Cabinet members including Jeremy Hunt and James Cleverly if he sets out plans to leave the ECHR". *Daily Mail*, 10.04.2024. <https://www.dailymail.co.uk/news/article-13294667/Rishi-Sunak-face-revolt-Cabinet-members-sets-plans-leave-ECHR.html>. (son erişim: 28.11.2024).
- Batchelor, Tom. "Russia cancels payment to Council of Europe after claiming its delegates are being persecuted over Crimea". *Independent*, 30.06.2017. <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/russia-cancels-council-of-europe-payment-members-persecuted-a7816951.html>. (son erişim: 28.11.2024).
- Cameron, David. "Speech on the European Court of Human Rights". *Gov.UK*, 25.01.2012. <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-on-the-european-court-of-human-rights>. (son erişim: 28.11.2024).
- "Denmark: Lowest number of asylum seekers ever", *European Commission, European Website on Integration*, 20.01.2021, https://migrant-integration.ec.europa.eu/news/denmark-lowest-number-asylum-seekers-ever_en (son erişim: 10.01.2025).
- Donald, Alice ve Philip Leach. "A Wolf in Sheep's Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten". *EJIL: Talk!*, 21.02.2018. <https://www.ejiltalk.org/a-wolf-in-sheeps-clothing-why-the-draft-copenhagen-declaration-must-be-rewritten/>. (son erişim: 28.11.2024).
- Donald, Alice ve Philip Leach. "The UK vs the ECtHR: Anatomy of A Politically Engineered Collision Course". *Verfassungsblog*, 05.05.2023. <https://verfassungsblog.de/the-uk-vs-the-european-court-of-human-rights-on-a-politically-engineered-collision-course/>. (son erişim: 28.11.2024).
- Elgot, Jessica. "Tory MPs to push for UK exit from European convention on human rights". *The Guardian*, 05.02.2023. <https://www.theguardian.com/politics/2023/feb/05/tory-mps-to-push-for-uk-exit-from-european-convention-of-human-rights>. (son erişim: 28.11.2024).
- "Erdoğan'dan Osman Kavala açıklaması: Bizim mahkeme kararlarımızı tanımayanı biz de tanımıyoruz". *Euronews*, 03.02.2022. <https://tr.euronews.com/2022/02/03/erdogan-dan-osman-kavala-ac-klamas-bizim-mahkeme-kararlar-m-z-tan-mayan-biz-de-tan-may-z>. (son erişim: 28.11.2024).
- Hartman, Jacques. "A Danish Crusade for the Reform of the European Court of Human Rights". *EJIL: Talk!*, 14.10.2017. <https://www.ejiltalk.org/a-danish-crusade-for-the-reform-of-the-european-court-of-human-rights/>. (son erişim: 28.11.2024).
- "İngiltere hükümetinin sığınmacıları Ruanda'ya gönderme planı onaylandı: Tasarı neden tartışılıyordu". *BBC Türkçe*, 22.04.2024. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cx9wedk0020o>. (son erişim: 06.01.2025).
- Jones, Mared Gwyn, "How could a Labour-led government change the UK's migration policies?". *Euronews*, 03.07.2024. <https://www.euronews.com/2024/07/03/how-could-a-labour-led-government-change-the-uks-migration-policies>. (son erişim: 28.11.2024).
- Küçükgöçmen, Ali. "Turks risk losing Europe's human rights protections after court spurned". *Reuters*, 10.11.2022. <https://www.reuters.com/world/middle-east/turks-risk-losing-europes-human-rights-protections-after-court-spurned-2022-11-10/>. (son erişim: 28.11.2024).
- "Mette Frederiksen, the face of the anti-immigration left in Denmark", *France 24*, 02.11.2022, <https://www.france24.com/en/live-news/20221102-mette-frederiksen-the-face-of-the-anti-immigration-left-in-denmark>. (son erişim: 10.01.2025).
- Martin, Daniel. "Sunak: Rwanda plan 'more important' than ECHR membership". *The Telegraph*, 03.04.2024. <https://www.telegraph.co.uk/politics/2024/04/03/rishi-sunak-rwanda-plan-important-echr-membership/>. (son erişim: 28.11.2024).

- Monier, Jean-Luc. "Russia's undiplomatic return to the Council of Europe". *France24*, 28.06.2019. <https://www.france24.com/en/20190628-russia-undiplomatic-return-council-europe-ukraine>. (son erişim: 28.11.2024).
- "PACE should remove sanctions against Russia by 2019, Jagland says". *Research Concorde Capital*, 23.01.2018. https://concorde.ua/rs/daily/item_72621/. (son erişim: 28.11.2024).
- Pichl, Maximilian ve Dana Schmalz. "Unlawful" may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T". *Verfassungsblog*, 14.02.2020. <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/>. (son erişim: 28.11.2024).
- "Prisoners 'damn well shouldn't' be given right to vote, says David Cameron". *The Guardian*, 13.12.2013. <https://www.theguardian.com/politics/2013/dec/13/prisoners-right-to-vote-david-cameron>. (son erişim: 28.11.2024).
- Rankin, Jennifer. "Human rights body faces cash crisis after clash with Russia". *The Guardian*, 16.03.2018. <https://www.theguardian.com/law/2018/mar/16/human-rights-body-faces-cash-crisis-after-clash-with-russia>. (son erişim: 28.11.2024).
- "Rusya, AİHM ile işbirliğini sonlandırabilir". *Sputniknews*, 01.03.2018. <https://tr.sputniknews.com/rusya/201803011032463627-rusya-aihm-isbirligi-sonlandirabilir/>. (son erişim: 28.11.2024).
- Stoyanova, Vladislova. "The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v. Hungary: Immigration Detention and How the Ground Beneath Our Feet Continues to Erode". *Strasbourg Observer*, 23.12.2019. <https://strasbourgoobservers.com/2019/12/23/the-grand-chamber-judgment-in-ilias-and-ahmed-v-hungary-immigration-detention-and-how-the-ground-beneath-our-feet-continues-to-erode/>. (son erişim: 28.11.2024).
- "Theresa May: Human rights laws could change for terror fight". *BBC*, 07.06.2017. <http://www.bbc.com/news/election-2017-40181444>. (son erişim: 28.11.2024).
- The UN Refugee Agency. "Statement on UK Asylum Bill". 07.03.2023. <https://www.unhcr.org/uk/news/statement-uk-asylum-bill>. (son erişim: 28.11.2024).
- Trevelyan, Lucy. "Human rights: UK ministers continue to discuss drastic step of leaving ECHR". *International Bar Association*, 11.10.2023. <https://www.ibanet.org/UK-ministers-continue-to-discuss-drastic-step-of-leaving-ECHR>. (son erişim: 28.11.2024).
- Worley, Will. "Theresa May will campaign to leave the European Convention on Human Rights in 2020 election". *Independent*, 29.12.2016. <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-campaign-leave-european-convention-on-human-rights-2020-general-election-brexit-a7499951.html>. (son erişim: 28.11.2024).

ULUSLARARASI BELGELER-DUYURULAR

- Bill of Rights Bill, 27.06.2023. <https://bills.parliament.uk/bills/3227>. (son erişim: 28.11.2024).
- Chairmanship of Denmark-Committee of Ministers, CM/Inf(2017)22, Priorities of the Danish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe(15 November 2017-18 May 2018), 13.11.2017. <https://um.dk/en/-/media/websites/umen/foreign-policy/the-danish-chairmanship-of-the-committee-of-ministers-of-the-council-of-europe-2017-2018/2017cminf22.ashx>. (son erişim: 28.11.2024).
- Committee of Ministers of the Council of Europe, Izmir Declaration: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 27.04.2011. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2011_izmir_finaldeclaration_eng. (son erişim: 28.11.2024).
- Committee of Ministers of the Council of Europe, Videoconference, 130th Session of the Committee of Ministers, 04.11.2020. <https://rm.coe.int/0900001680a03db5>. (son erişim: 28.11.2024).

- Committee of Ministers of the Council of Europe, 130th Session of the Committee of Ministers, 4.Securing the long-term effectiveness of the system of the European Convention on Human Rights, CM/Del/Dec(2020)130/4, 04.11.2020. <https://search.coe.int/cm?i=0900001680a03d50>. (son erişim: 28.11.2024).
- Committee of Ministers of the Council of Europe, Brussels Declaration: High-level Conference on the Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility, 27.03.2015. https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf. (son erişim: 28.11.2024).
- Committee of Ministers of the Council of Europe, Brighton Declaration: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 20.04.2012. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2012_brighton_finaldeclaration_eng. (son erişim: 28.11.2024).
- Committee of Ministers of the Council of Europe, Copenhagen Declaration: The High Level Conference meeting in Copenhagen, 12-13.04.2018. <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>. (son erişim: 28.11.2024).
- Committee of Ministers of the Council of Europe, Draft Copenhagen Declaration, 5.02.2018. https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf. (son erişim: 28.11.2024).
- Conservative Party, Protecting Human Rights in UK: Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws, 03.10.2014. https://www.amnesty.org.uk/files/protectinghumanrightsinuk_conservative-party.pdf. (son erişim: 28.11.2024).
- Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill Report, UK Parliament, 16.12.2013. <https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/103.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).
- ECtHR, Opinion on the draft Copenhagen Declaration, 19.02.2018. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/opinion_draft_declaration_copenhagen-eng. (son erişim: 28.11.2024).
- ECtHR, Press Release, 197, The European Court grants urgent interim measure in case concerning asylum-seeker's imminent removal from the UK to Rwanda, 14.06.2022. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7359967-10054452&filename=Interim%20measure%20granted%20in%20case%20concerning%20asylum-seeker%E2%80%99s%20imminent%20removal%20from%20the%20UK%20to%20Rwanda.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).
- ECtHR, Press Release 199, Further requests for interim measures in cases concerning asylum-seekers? imminent removal from the UK to Rwanda, 15.06.2022. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7360933-10056317&filename=Further%20requests%20for%20interim%20measures%20in%20cases%20concerning%20asylum-seekers%E2%80%99%20imminent%20removal%20from%20the%20UK%20to%20Rwanda.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).
- Illegal Migration Act 2023, UK Parliament, 20.07.2023. <https://www.gov.uk/government/collections/illegal-migration-bill>. (son erişim: 28.11.2024).
- PACE, Doc. 14539, Copenhagen Declaration, appreciation and follow-up, 24.04.2018. <https://pace.coe.int/pdf/8a5d48a72ad88906b82d1a2a096a65ad9b0cc151a26007311ffae4d2afc03682/doc.%2014539.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).
- PACE, Doc. 15841: compendium of written amendments, Call for the immediate release of Osman Kavala, 11.10.2023. <https://pace.coe.int/en/files/33075/compendium>. (son erişim: 28.11.2024).
- PACE, Opinion 297, Budget and priorities of the Council of Europe for the biennium 2020-2021, 25.06.2019. <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=27992&lang=en>. (son erişim: 28.11.2024).

PACE, Resolution 2287, Strengthening the decision-making process of the Parliamentary Assembly concerning credentials and voting, 25.06.2019. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27980&lang=en>. (son erişim: 28.11.2024).

PACE, Written Declaration No. 791, Doc. 15920, Systemic arbitrary deprivation of liberty in Türkiye may constitute crimes against humanity, 31.01.2024. <https://pace.coe.int/pdf/b66b624d169db3d34e93f2e76642dc6d8a009292e2e660f4b9b1f82bc5cdc3eb/doc.%2015920.pdf>. (son erişim: 28.11.2024).

Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill, UK Parliament, 22.04.2024. <https://bills.parliament.uk/bills/3540>. (son erişim: 28.11.2024).

YARGI KARARLARI

United Kingdom Supreme Court, AAA (Syria) & Ors, R (on the application of) v Secretary of State for the Home Department [2023] UKSC 42 15.11.2023. <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2023/42.html>. (son erişim: 28.11.2024). 05.04.2024.

AİHM kararları için erişim adresi: HUDOC (Human rights Documentation) Database by the ECHR, <https://hudoc.echr.coe.int>. (son erişim: 28.11.2024). 29.05.2024.

AİHM, Danimarka, Norveç, İsveç, Hollanda/Yunanistan, Başvuru No. 3321/67, 05.11.1969

AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No. 5493/72, 07.12.1976.

AİHM, *Rasmussen*/Danimarka, Başvuru No. 8777/79 28.10.1984

AİHM, VgT (Verein gegen Tierfabriken)/İsviçre, Başvuru No. 24699/94, 28.06.2001.

AİHM, Hirst/Birleşik Krallık, Başvuru No. 74025/01, 06.10.2005.

AİHM(Büyük Daire), Andrejeva v. Letonya, Başvuru No. 55707/00, 18.02.2009.

AİHM, Frodl/Avusturya, Başvuru No. 20201/04, 08.04.2010.

AİHM, Greens ve M.T./ Birleşik Krallık, Başvuru No. 60041/08 ve 60054/08, 11.04.2011.

AİHM(Büyük Daire), *Stummer*/Avusturya, Başvuru No. 37452/02, 07.07.2011

AİHM, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos/Rusya, Başvuru No. 14902/04, 20.09.2011.

AİHM, Othman (Abu Qatada)/ Birleşik Krallık, Başvuru No. 8139/99, 17.01.2012.

AİHM, Scoppola/İtalya(No 3), Başvuru No. 126/05, 22.05.2012.

AİHM, Anchugov ve Gladkov/Rusya, Başvuru No. 11157/04, 04.07.2013.

AİHM, Animal Defenders International/Birleşik Krallık, Başvuru No. 48876/08, 22.04.2013.

AİHM, S.A.S./Fransa, Başvuru No. 43835/11, 01.07.2014.

AİHM, Ndidi v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 41215/14, 14.09.2017.

AİHM, N.D. ve N.T./ İspanya, Başvuru No. 8675/15 ve 8697/15, 03.10.2017.

AİHM(Büyük Daire), *Molla Sali*/Yunanistan, Başvuru No. 20452/14, 19.12.2018.

AİHM(Büyük Daire), Ilias ve Ahmed/Macaristan, Başvuru No. 47287/15, 21.11.2019.

AİHM(Büyük Daire), N.D. ve N.T./İspanya, Başvuru No. 8675/15 ve 8697/15, 13.02.2020.

AİHM(Büyük Daire), M.N. ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No. 3599/18, 05.05.2020.

AİHM, Avcı v. Danimarka, Başvuru No. 40240/19, 04.04.2022.

AİHM(Büyük Daire), Savickis ve Diğerleri v. Letonya, 49270/11, 09.06.2022.

EXTENDED SUMMARY

INTERLAKEN PROCESS AND TTE REFLECTIONS OF THE WIDER MARGIN OF APPRECIATION CLAIMS ON THE ECtHR

Dr. Eray Acar, RA

Hitit University, erayacr@gmail.com

○ <https://orcid.org/0000-0002-8524-6127>

The European Convention on Human Rights (ECHR/Covenant) and the human rights protection system established by this Convention aim to reveal and protect the founding members' common identity and shared values. However, it is difficult to say that the Convention is applied in the same way by the States Parties and the rights regulated are perceived in the same way. In this respect, the Convention regulates the agreed rights and establishes minimum standards rather than aiming to set the highest standards. The European Court of Human Rights (ECtHR/CtHR), with the principle of subsidiarity and the doctrine of margin of appreciation, recognises both that the primary role in the implementation of the Convention belongs to the States Parties and that cultural relativism may lead to changes in the practice of protecting rights. With the principle of dynamic interpretation, the ECtHR also recognises that the view of the rights enshrined in the Convention may change over time.

After the collapse of the Soviet Union, with the inclusion of Eastern European countries in the system, the workload of the Court increased, and it was observed that the new member states had been subjected to systematic violations. Therefore, the Court has been and continues to be in a continuous reform process during this period. In recent years, these reform attempts have been linked to the dissatisfaction of the state parties with the Court. The aim of keeping the states parties within the treaty system has pushed the Court to apply some judicial tactics.

In the Interlaken Process, the last of the reform initiatives, the state parties' discourse that the Court should pay more attention to the principles of margin of appreciation and subsidiarity should be read together with these discontents. In parallel with the Court's desire to focus on more 'serious' violations and to issue fewer admissibility decisions, the field of problems that are hoped to be solved at the domestic level seems to have expanded.

This paper focuses on the question of whether the Court has granted a wider margin of appreciation to state parties and one of the possible reasons for a wider margin of appreciation, namely, state parties' dissatisfaction with the ECtHR and the political atmosphere the Court faces. Do state parties want the ECtHR to have a sustained but low level of effectiveness in order not to undermine their legitimacy and to keep their political room manoeuvre-wide?

The study, first, analyses the objections to the Court through the examples of the United Kingdom, Denmark, Russia and Turkey, and then examines the reflections of these objections on the reform process of the ECtHR. In this context, the Interlaken and subsequent reform meetings and the declaration texts that emerged from these meetings are analysed. In the doctrinal analyses of these meetings, two opposing camps can be identified that answer the question of whether political pressures influenced the Court in opposite ways. In this study, the views of these two camps are evaluated together with the examples of judgements that have been cited in recent years to support the proposition that the margin of appreciation has been kept too wide. In this respect, the view that the Court's margin of appreciation has given more room for discretion by adopting a respectful attitude towards States Parties and has resorted to judicial tactics in this way is supported.

It is also argued that the transformation of the Court has been more influenced by the so-called 'central' members, such as the United Kingdom and Denmark, rather than the dissatisfaction of the countries where systematic violations have occurred with the Court's decisions. In particular, the United Kingdom's disengagement from the system is considered to be a greater danger for the dissolution of the system. This argument is also supported by studies that found that the margin of appreciation is used more by Western European members such as the United Kingdom.

On the other hand, the fact that the Interlaken Process was terminated without resolving the budgetary problem frequently cited by the Court and the Council leads to the conclusion that the state parties ignored the vulnerability of the Council due to its budgetary problem. When the demand for a wider margin of appreciation and the reality of the neglect of the fundamental problems of the Court and the Council are considered together, it can be argued that States Parties aim to reduce the effectiveness of the human rights protection system around the ECHR.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

KAT MÜLKİYETİNDE GİDERLERİN VE AVANSLARIN GÜVENCE ALTINA ALINMASI

SECURING EXPENSES AND ADVANCES IN CONDOMINIUM OWNERSHIP

Doç. Dr. Yasemin Durak*

Öz

Toplu konutlarda ve apartmanlarda en büyük sıkıntılardan biri maliklerden bir ya da birkaçının aidat borçlarını düzenli bir şekilde ödememesidir. Bu sorunun aşılabilmesi için de Kat Mülkiyeti Kanunu'nda kanuni ipotek imkânı verilmiştir (KMK m. 22/II). Haliyle borcunu ödemeyen kat malikinin bağımsız bölümü üzerinde diğer malikler lehine ipotek kurulabilmektedir. Burada ödenmeyen kalemler avans, ortak sigorta ve giderler olarak ifade edilebilir.

Gider ve avans borcunun ifa edilmediğinin mahkeme tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. İpoteği tescil talebinin, yöneticinin bulunduğu hallerde yönetici, yoksa kat maliklerinden bir ya da birkaçı tarafından yapılması gerekir. 14.11.2007 yılında 5711 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 893. maddesinin son fıkrasının kanuni ipotek hakkında uygulanacağı ifade edilmiştir. Hükümden dolayı kat maliki alacaklıların, bu kanuni ipotek hakkından önceden feragat etmeleri geçerli değildir. Şayet kat mülkiyeti sözleşmesinde ya da yönetim planında yer alan ipotek hakkından vazgeçme yolundaki bir hüküm varsa geçersiz olacaktır. Haliyle hak doğduktan sonra kat maliki alacaklıları isterlerse bu haklarını kullanmayabilirler.

Kanuni ipotek hakkının sırası genel ilkelere uygun olarak tescil tarihine göre olur (TMK m. 1022). Buna karşılık KMK m. 22 f. 3'e göre "Kat maliklerinin, gider borcunu ödemeyen kat maliki veya diğer sorumlulardan olan alacakları önceliklidir." Bu hükümden anlaşılması gereken "önceliğin yalnız ortak giderlerin ilgili bulunduğu bağımsız bölümlerin paraya çevrilme bedeli üzerinde olduğu"dur.

Anahtar Kelimeler: Kanuni ipotek hakkı, kat mülkiyeti, bağımsız bölüm, genel gider, avans borcu.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

0000-0001-5301-7947 yaseminerol80@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

One of the biggest problems in public housing and apartment buildings is that one or more of the owners do not pay their dues regularly. To overcome this problem, the Condominium Law provides for the possibility of legal mortgage (Article 22/II of the TCL). Consequently, a mortgage can be established in favor of other owners on the independent section of the owner who does not pay his/her debt. Here, the unpaid items can be expressed as advance payment, common insurance and expenses.

It is necessary for the court to determine that the expenses and advance payment debt has not been fulfilled. The request for registration of the mortgage must be made by the manager in cases where there is a manager, or by one or more of the condominium owners if there is not. On 14.11.2007, with the amendment made by Law No. 5711, it was stated that the last paragraph of Article 893 of the Turkish Civil Code No. 4721 will be applied to the legal mortgage. Due to this provision, it is not valid for the creditors of the condominium owner to waive this statutory mortgage right in advance. If there is a provision in the condominium agreement or management plan to waive the mortgage right, it will be invalid. Consequently, after the right arises, the creditors of the condominium owner may not use this right if they wish.

The order of the statutory mortgage right is according to the date of registration in accordance with the general principles (Art. 1022 of the TCC). On the other hand, according to Article 22 f. 3 of the TCL, "The receivables of the condominium owners from the other responsible persons who do not pay the expense debt shall have priority." It should be understood from this provision that "the priority is only on the monetization value of the independent sections to which the common expenses are related".

Keywords: Statutory mortgage right, condominium ownership, independent sections, public housing, common expenses debt.

GİRİŞ

Toplu konutlarda yaşamanın gereklerinden biri de ortaya çıkan masrafların ödenmesidir. Bunlar güvenlik, temizlik, aydınlatma ve ısınma giderleri, apartman görevlisine ilişkin ödemeler, toplu konutların ortak alanlarına yönelik masraflar olarak sıralanabilir. Örneğin bir apartmanda bulunan asansörün yıllık bakımı ya da arızası, çatının yol açtığı masrafların giderilmesi veya dış duvarların boyanması, mantolaması ancak tüm maliklerin katılımı ile mümkündür¹. Bu giderlerin ödenmemesi ise zaten zor olan site yaşamını daha da güçleştirmektedir. Burada hukuk düzeni alacaklıları korumak için onların lehine, borçlunun talebi olmaksızın rehin hakkı kurulabilme imkanını vermektedir. Bu imkânın özel görünümü de kanuni ipotek hakkıdır. KMK m. 22 f. 2 gereği kat mülkiyetinden doğan borçlarını ödemeyen malikin bağımsız bölümünde, diğer kat maliki lehine ipotek kurulması söz konusu olabilir. Haliyle kendi borcunu ifa eden kat maliklerinin, borcunu ifa etmeyen kat malikleri yüzünden zor duruma düşmesinin önüne geçilir. Ayrıca bu ipotek türünü diğerlerinden ayıran husus talep noktasında da kendini göstermektedir². Zira kat mülkiyetinde kanuni ipotek tesis edilebilmesi için varsa yönetici, değilse kat maliklerinden birinin talebi yeterli olmaktadır. Borçlu kat malikin talebi ya da rızası ise aranmamaktadır. Oysa kanuni ipotek haklarının dışındaki ipoteklerde tescil, TMK m. 1013 gereği taşınmaz malikin yazılı beyanı üzerine yapılır.

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise kat maliklerinden bazılarının ortak yerlerden yararlanmadıklarını ve bunun masraflarına katılmak istemediklerini belirtmeleridir. Bu iddia kural olarak dinlenmez (KMK m. 20/I/c); ancak yönetim planında kat malikin bu masraflara katılmayacağı yönünde karar alınabilir.

Ortak giderlerden sorumluluk, bağımsız bölüme malik olma anından itibaren başlar. Ancak bu hususta da önceki ve sonraki malikler farklı yönde karar alabilirler³. Haliyle sonraki malik önceki malikin kendi dönemine ilişkin giderlerin sorumluluğunu üstlenebilir.

İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) konuya ilişkin 712/i'nin 1. fıkrasında kanuni ipotek hakkının kapsamı son üç yıllık gider alacaklarıyla sınırlıdır⁴. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre tescil, yönetici tarafından, bir yönetici atanmamışsa kat maliklerinin çoğunluk kararıyla yetkili kılınan herhangi bir kat maliki tarafından, mahkeme tarafından veya katkı payı alacağının rehin edildiği alacaklı tarafından talep edilebilir⁵.

¹ Ortak giderlerle ilgili örnekler için ayrıca bkz. Ahmet Ayar, "Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Paylaşılması Sorunu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/2 (2021), s. 861 vd; Musa Furkan Şahin, "Kat Maliklerinin Ortak Gidere Katılma Payının Değiştirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 73/1 (2024), s. 412 vd.

² Ekrem Kurt, "Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 14 (2013), s. 321.

³ Olcay Göçüm, *Kat Mülkiyeti Hukuku ve Kentsel Dönüşüm*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 428.

⁴ Heinz Rey ve Lukas Maetzke, *Schweizerisches Stockwerkeigentum*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2009, s. 131. İsviçre Hukukundan farklı olarak son üç yıllık ortak gidere yönelik sınırlandırma Türk Hukukunda yer almamaktadır.

⁵ Rey ve Maetzke, *Schweizerisches Stockwerkeigentum*, s. 131.

I. KAT MÜLKİYETİNDE KANUNİ İPOTEK HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Kat malikinin ipotek hakkı KMK m. 22 f. 2’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre “... mahkemece tespit edilen borcunu ödemeyen kat malikinin bağımsız bölümü üzerine, varsa yöneticinin, yoksa kat maliklerinden birinin yazılı istemiyle bu borç tutarı için, kat malikleri lehine kanuni ipotek hakkı tescil edilir.”

Bu talep aşamasına gelinebilmesi için ise bazı hususlara dikkat etmek gerekmektedir. KMK m. 22 f. 1 gereği “...payına düşecek gider ve avans borcundan ve gecikme tazminatından, bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak, kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülür.” Haliyle gider ve avans borcu ifa edilmezse kanuni ipotek hakkının yolu açılacaktır.

Hükümden anlaşılabileceği üzere burada gider ve avans borcunun ifa edilmemesi ipoteğin kurulmasına neden olmaktadır. “Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak” (KMK m. 20/I/a); “ana gayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri⁶ ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi payı oranında (KMK m. 20/I/b) katılmakla yükümlüdür.” Avans, yaygın bir biçimde aidat olarak da ifade edilmektedir. Ancak aidatlar, yapılmış harcamalar için de toplanabilmektedir. Oysa avans, önceden henüz harcamanın yapılmadığı bir zamanda kat maliklerinden istenen ödeme olarak ifade edilebilir.

Netice itibarıyla ortak giderlerin teminatı olan rehin hakkı, ancak bu talebin kullanılması yoluyla sağlanacak olan tescille birlikte doğacaktır. Bu nedenle, bu hükümde düzenlenen kanuni ipotek hakkı, taşınmaz rehnine hâkim olan kamuya açıklık ilkesinin bir istisnası olmadığından⁷ buradaki tescil kurucu etkiye sahiptir⁸.

⁶ Geniş bilgi için bkz. Betül Özlük, “Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Bakımı ve Korunması Borcunun Sınırlandırılmasına İlişkin Görüşler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 204 (2023), s. 32 vd.

⁷ Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, 1982 – 1983, s. 328; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, “Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Teminatı Olarak Kanuni Rehin Hakkı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50 Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuk*, İstanbul: Fakülteler Matbaası (1973), s. 319; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 4. Bası, 2017, s. 216, N. 681; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 21. Bası, 2018, s. 978, N. 3470; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, 2012, s. 232, N. 73; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II Mülkiyet*, Ankara: Adalet Yayınevi, 10. Baskı, 2020, s. 607 – 608; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2019, s. 481; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, Genişletilmiş ve İsviçre Medeni Kanunu Son Değişiklikleri Eklenmiş 9. Baskı, 2024, s. 797 – 798; Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Baskı, 2009, s. 429; Mehmet Egehan Coşkun ve Rabia Kayaaltı, “Kanundan Doğan İpotek Hakları”, *İpotek ile İlgili Makaleler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 301 vd; Kutlu-Doğar, Nurgül, “Kat Maliklerinin Kanuni İpotek Hakkı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2022), s. 64.

⁸ Bir görüş ipoteğin tescil yapılmadan kazanıldığını ileri sürmüştür. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021, s. 293.

Tescili talep hakkının hukuki niteliği ile ilgili olarak öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar; şahsi hak, yenilik doğuran hak ve aynı borç görüşleridir. Bu görüşlere aşağıda kısaca yer verilecektir.

A. TESCİLİ TALEP HAKKINI, “ŞAHSİ HAK” OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞ

Şahsi hak görüşü, Türk Medeni Kanunu’nun hak sahiplerine ipoteğin tesciline yönelik talep yetkisini şahsi bir hak olarak değerlendirmiştir. Teminat yükümlüsü, ipotek talebinin doğduğu andaki taşınmazın malikidir. Taşınmazın el değiştirmesi halinde ise teminat yükümlüsü aynı kişi olacaktır⁹.

İpoteğin tescilini talep hakkı, ortak giderlerin ve avansların borçlusu olan ilgili kat malikine karşı ileri sürülür. Borçlu kat maliki, ipotek hakkının tescilinden önce, bağımsız bölümün mülkiyetini üçüncü kişiye devrederse, artık yeni malik borçtan sorumlu olmayacağı için onun bağımsız bölümünde ipotek tesis edilemez.¹⁰ Kat maliki, bağımsız bölümde ipoteğin tescilinden önce aynı yükler varsa rehin hakkı sırasını tescil tarihine göre elde eder¹¹.

KMK m. 20 ve 37 gereği avans borcunu yerine getirmeyen kat maliki, bağımsız bölümün mülkiyetini üçüncü bir kişiye devrederse, mülkiyetin devrinden sonrasına ilişkin giderler için avans verme borcundan kurtulur. KMK m. 22’deki şartlar gerçekleştiğinde de kanuni ipoteğin tescilini talep etmek mümkün olur¹².

B. TESCİLİ TALEP HAKKINI, “YENİLİK DOĞURAN HAK” OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞ

Tescili talep hakkını yenilik doğuran hak olarak değerlendiren görüş, kanuni ipotek isteme hakkı verilen kişinin, bu hakkının tescilini talep edebileceğini kabul etmektedir. Bu sebeple hak sahibinin, tescilin kurulmasını sağlayacak yenilik doğuran bir hakkının var olduğu, bu görüş tarafından ileri sürülmüştür¹³.

Kat mülkiyetinde ipoteğin tescili için hak düşürücü süre düzenlenmemiştir. Bu görüş hak sahibinin, yenilik doğuran iradesinin tapu memuruna açıklanması ile ipoteğin var olacağını kabul etmektedir¹⁴.

⁹ Ferit Hakkı Saymen ve Halid Kemal Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963, s. 582; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 328; Arzu Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2023, s. 851; Şafak Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 221; Bedia Güleş, *Türk Hukukunda Yapı İpoteği*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 47.

¹⁰ Bu durumun elverişsizliği eleştirilmiştir. Bunun için de eşyaya bağlı borç niteliğinde bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Kutlu-Doğar, “Kanuni İpotek Hakkı”, s. 51.

¹¹ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 319 – 320; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 328; Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 853.

¹² Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 321; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 329.

¹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 980, N. 3476; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991, s. 740; Coşkun ve Kayaaltı, “Kanundan Doğan İpotek Hakları”, s. 293; Ali Avcı ve Buket Köksal-Oruç, “İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1/2 (2014), s. 97.

¹⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 980, N. 3476; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, 1984, s. 1049.

C. TESCİLİ TALEP HAKKINI “AYNI (EŞYAYA BAĞLI) BORÇ” OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞ

Kanuni ipotek hakkının tescilini isteme yetkisini, aynı borç olarak değerlendiren bir görüş de bulunmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus “aynı borç” ile “aynı hak” ifadelerinin farklı hukuki kavramlar oluşudur. Aynı borç, bir kişiyi, eşyaya malik olduğu için yükümlülük altına sokan borçlardır. Böylece ipotek hakkı ile üzerinde güvence kurulabilecek taşınmazın el değiştirmesi halinde yeni malike karşı da ileri sürülebilecek bir talep hakkı söz konusu olur¹⁵. Bu görüşe göre taşınmaz el değiştirdiğinde ipoteğin tescilini yerine getirme yükümlülüğü eski malikten yeni malike geçer¹⁶.

Kanuni ipotek hakkının tescili, hak sahibinin (alacaklı kat maliki) talebi üzerine tapu memuru tarafından yapılır. Bu durumda borçlunun sadece bir katlanma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir¹⁷.

Bir görüş inşaatçı ipoteğinde eşyaya bağlı bir borcun söz konusu olmadığını belirtmiştir. Zira yapı alacaklılarında, borçlu yapılan inşaatla, değer artışından yararlandığından kanuni ipotek söz konusu olmaktadır. Bu nedenle de inşaatçı ipoteğinde yenilik doğuran hak görüşü daha isabetli bulunmuştur¹⁸. İnşaatçı ipoteğinin tescilini isteme hakkı, sadece hakla muhatap olabilecek kişilere karşı ileri sürülebilir¹⁹.

D. KİŞİSEL GÖRÜŞÜMÜZ

Kat mülkiyetinde kat maliklerinin, genel giderleri ve avansları ödemeyen maliklere karşı kendini hukukten güvende hissetmeleri ipotek aracılığıyla mümkündür. Bu ipoteği diğerlerinden ayıran husus kanunda özel olarak düzenlenmiş olmasıdır. Kat Mülkiyeti Kanunu’nda düzenlenen her ne kadar kanuni ipotek olsa da TMK m. 893’te düzenlenen kanuni ipotek haklarından farklıdır. Bu sebeple KMK m. 22 f. 2’yi içine alacak şekilde genel bir hukuki nitelik tespit etmek doğru olmayabilir. Zira kat mülkiyetinin kendine özgü yapısı ve borcun niteliği göz önünde bulundurulduğunda inşaatçı ipoteğine özgü bir hukuki nitelik tespiti kat maliklerinin borcu için uygun düşmeyebilir.

¹⁵ Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, s. 794; Erel, *Eşyaya Bağlı Borç*, s. 222; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 653; Tekinay, Selahattin Sulhi, “İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Hukuki Mahiyeti”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 3/4 (1969), s. 137.

¹⁶ Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, İzmir: Barış Yayınları, 12. Baskı, 2018, s. 587-588, N. 2697; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 653; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 217, N. 685; Tekinay, “İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Hukuki Mahiyeti”, s. 133; Hümeysra İslamoğlu, “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2009, s. 48; Cansın Akcan, “Yapı İpoteği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2 (2018), s. 95; Levent Bıçakçı, “Yapı Alacaklısı İpoteği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1-4 (1979-1981), s. 551; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s. 988; Mert Ali Bulut, *Eser Sözleşmesi Kapsamında Yapı Alacaklısı İpoteği*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 67; Fatih Reşat Kalın, “Yapı Alacaklısı İpoteğinde Öncelik Hakkı”. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2019, s. 34; Tuğçe Oral, “Türk – İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68/3 (2019), s. 672.

¹⁷ Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, s. 794.

¹⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 980, N. 3475.

¹⁹ Kürşat Nuri Turanboy, “Dolaylı Kanuni İpotek Haklarını Kurma Borcunun Hukuki Mahiyeti”, *Adana Barosu Dergisi*, 13 (1995), s. 38.

Kanun'un sağladığı bu kanuni ipoteğin tescili talebinin hukuki niteliği hususunda yukarıda ifade edildiği üzere temel olarak üç görüş ileri sürülmüştür. Tüm görüşler değerlendirildiğinde mevcut hukuki durum nazara alınarak şahsi hakkın varlığını kabul etmek gerekmektedir. Özellikle eşyaya bağlı borç görüşü temelini TMK m. 893'ten almaktadır ve kat mülkiyetine nitelik olarak uymamaktadır.

Taşınmazın kullanıldığı döneme ait genel giderler ve avansların ödenmemesinden dolayı bir ipotek kurulmadan bağımsız bölüm devredilirse, yeni malik döneminde de bu borçlardan dolayı ipotek tesis edilmemelidir. Bu sebeple de borcu eşyaya bağlı bir niteliğe kavuşturmamak gerekir.

Yenilik doğuran hakkın özellikleri kanuni ipoteğin tescili talep hakkında yer almamaktadır. Zira yenilik doğuran hakkın en temel özelliklerinden biri kullanıldıktan sonra geri alınmamasıdır. Oysa ipotek talebinden vazgeçmek mümkündür.

II. KAT MÜLKİYETİNDEN DOĞAN KANUNİ İPOTEK HAKKININ ŞARTLARI

Kat mülkiyetinde kanuni ipotek kurulabilmesi için bazı şartlar gerekmektedir. Bunlar; ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmiş olması, kat malikinin gider ve avans borcunun bulunması, gider ve avans alacağının ilgili kişilerden alınamaması, kat malikine (varsa müteselsil sorumlulara) karşı açılan davadan (ya da başlatılan takipten) sonuç alınamaması, borcun mahkeme tarafından tespit edilmesi ve son olarak da ipoteğin tescili için talebin gerekliliği şeklinde ifade edilebilir.

A. ANA TAŞINMAZIN KAT MÜLKİYETİNE ÇEVİRİLMİŞ OLMASI

Kanuni ipotek haklarının doğuş şartlarından ilki ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmiş olmasıdır. KMK m. 22 f. 2'nin uygulanabilmesi için, ana taşınmaz KMK m. 12 ve 13'e göre ya da KMK m. 10'a göre mahkeme kararıyla kat irtifakından kat mülkiyetine çevrilmelidir. Kat mülkiyetine ilişkin hükümler ancak bu takdirde uygulama olanağı bulur²⁰. Ancak kat irtifakı halinde de kanuni ipoteğin mümkün olduğu ifade edilmiştir²¹. Türkiye'de pek çok apartmanda kat mülkiyetine geçilmeden giderler ve avanslar ortaya çıktığı için kat mülkiyeti olmadan da kanuni ipoteğin varlığını kabul etmek gerekmektedir.

"BAM"ın vermiş olduğu bir karara göre "634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanabilmesi için dava konusu taşınmazın tek parsel üzerinde kurulmuş bulunması ve üzerinde kat mülkiyeti tesis edilmiş olması, tek parsel üzerinde kurulmuş olmakla birlikte, henüz kat mülkiyeti tesis edilmemiş bulunan ve ancak kat irtifakı tesis edilmiş bulunan ana taşınmazlarda inşaatın fiilen tamamlanmış olması ve en az 2/3'ünün fiilen kullanılmaya başlanmış olması gerekir. Bu durumda iki şartın aynı anda oluşması gerekir. Yani kat irtifaklı ana taşınmazın inşaatının tamamen bitirilmiş olması ve aynı zamanda en az 2/3'ünde fiilen iskân edilmiş olması gerekir. Birden fazla parsel üzerinde kurulmuş bulunan sitelerde ise Kat Mülkiyeti Kanunu

²⁰ Köprülü ve Kaneti, "Kanuni Rehin Hakkı", s. 322; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 330; Ahmet Ayar, *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş İstanbul: Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 2022, s. 172 – 173; Genç-Aridemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 846.

²¹ E. Saba Özmen ve Gülşah Vardar-Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 3. Bası, 2017, s. 342.

hükümlerinin uygulanabilmesi için yukarıda belirtilen şartlarla beraber toplu yapı yönetimine geçilmiş olması gerekir.²²

B. KAT MALİKİNİN AVANS VE GİDER BORCUNUN BULUNMASI

İkinci aranan şart ise kat malikinin avanstan, giderden veya ortak sigorta primlerinden borçlu olmasıdır. Avans, kat maliklerinin bağımsız bölüm dışında yapılacak giderlere yönelik henüz harcama yapılmadan önce ödemede bulunmasıdır. Avans yerine uygulamada aidat kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Oysa uygulamada aidatlar, yapılmış olan harcamalar için de toplanabilmektedir. Ortak sigorta primleri ayrıca ifade edilse de genel giderler içinde yer almaktadır. Genel giderler ise taşınmazın sigorta ettirilmesi, ortak yerlerin korunması, bakımı, onarımı, ortak yerlerin işletilmesi vb. harcamalar olarak ifade edilebilir²³.

Kat malikleri “kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak” (KMK m. 20/I/a) ana gayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdürler.” (KMK m. 20/I/b).

ZGB Art. 712/h/II’ye göre de mülkün ve binanın ortak bölümlerinin yanı sıra ortak tesisat ve tesislerin sürekli bakımı, onarımı ve yenilenmesi için yapılan harcamalar; yöneticinin ücreti de dahil olmak üzere idari faaliyetlerin masrafları; kat mülkiyeti sahiplerine bir bütün olarak uygulanan kamu hukuku katkı payları ve vergiler; mülkün sorumlu olduğu veya kat maliklerinin müteselsilen sorumlu olduğu, rehin sahiplerine yapılan faiz ve amortisman ödemeleri gider kalemleri olarak sayılmıştır.

Kat malikleri, zemin katta oturduğu için asansörü hiç kullanmadığını ya da çatının kendisini ilgilendirmediğini, ortak terası kullanmadığını, diğer malikler kadar ısınmadığını, apartman görevlisinin hizmetinden yararlanmadığını ileri sürerek genel giderlerden sorumlu olmadığını ileri süremez²⁴ (KMK m. 20/I/c). Ancak aksine anlaşma yapılabilir.

Ortak nitelikte bir giderin yapılmasına kat maliklerinden birinin kusurlu davranışı sebep olmuşsa, gidere katılanlar, yaptıkları ödemeler için ilgili kat malikine ya da gidere sebep olan kimseye başvurabilir (KMK m. 20/III). Bir görüşe göre kusurlu davranışıyla gidere sebep olan kat malikine karşı, diğer kat malikleri yaptıkları ödemeler oranında KMK m. 22 f. 2’de yer alan kanuni ipotek hakkından yararlanabileceklerdir. Zira kat maliki kusurlu davranışıyla sebep olduğu gideri tek başına karşılamak zorundadır²⁵. Öğretideki karşıt görüşe göre genel giderlerin yapılmasına kusuruyla sebep olan kişilerden alacak elde edilmediğinde de bu alacağın teminatı

²² İstanbul BAM 37. HD. 12.02.2019 T. ve E. 2018/ 2897, K. 2019/ 547. Erişim Tarihi: 03.11.2024 (LEGAL-BANK).

²³ Semih Akkök, “Kat Maliklerinin Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14/154 (2019), s. 1160; Yıldırım, Abdülkerim, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 206.

²⁴ Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 164; Akipek ve Akıntürk, *Eşya Hukuku*, s. 429; Mahir Ersin Germeç, “Kat Mülkiyetli Taşınmazlarda Kat Maliklerinin Borçları ve Yükümlülükleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 10/104 (2015), s. 41; Betül Özlük, “Kat Mülkiyeti – Kat İrtifakı”, *Gayrimenkul Hukuku Davaları Cilt II* (Editörler: Prof. Dr. Ayşe Havutçu, Prof. Dr. Müslüm Akıncı, Av. Mutlu Dinç), Ankara: Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2024, s. 1421 – 1422.

²⁵ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 325; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 334.

olarak da ipotek tesis edilebileceği ifade edilse de²⁶ KMK m. 22 f. 2'nin lafzından bunu çıkarmak pek de mümkün değildir²⁷. Her ne kadar KMK m. 22 f. 2'de bu konuya değinilmese de gidere kusuruyla sebep olan kişilere karşı diğer kat malikleri ipotek güvencesinden yararlanabilmelidir.

C. GİDER VE AVANS ALACAĞININ İLGİLİ KİŞİLERDEN ALINAMAMASI

Gider ve avans alacağından kat maliklerinden başka taşınmazla bağlantısı olan kişilerin de sorumlu olması mümkündür. Kat mülkiyetinde “payına düşecek gider ve avans borcundan ve gecikme tazminatından²⁸, bağımsız bölümlerin birinde kira akdine, oturma (sükna) hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken²⁹ ve müteselsilen sorumludur. Ancak, kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü olduğu kira miktarı ile sınırlı olup, yaptığı ödeme kira borcundan düşülür” (KMK m. 22/I).

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda ilgili kişilerin belirlenmesi için kira sözleşmesine ve oturma hakkına değinilmiştir. Haliyle kiracı ve oturma hakkı sahibi ilgili kişi olarak yer almaktadır. Ayrıca Kanun'da devamlı bir şekilde faydalananlar yer almaktadır. Haliyle intifa hakkına, üst hakkına³⁰ ve kullanım öduncüne bağlı olarak kat mülkiyetinden devamlı olarak yararlanan kişiler şeklinde ifade edilebilir³¹. Ayrıca isimsiz sözleşme³² gereği yararlananlar da bu çerçevede değerlendirilebilecektir. Hatta haksız zilyetlerin de devamlı faydalanan kişiler olarak değerlendirilebileceği, aksinin kabulünün menfaatler dengesini ihlal edeceği ifade edilmiştir³³. Bu düşünce çerçevesinde haksız zilyetliğin iyi ya da kötü niyetli olup olmamasına göre de bir ayrıma gidilmemelidir.

Kat mülkiyetinde kanuni ipotek bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus ise alacağın, bağımsız bölümün kiracısının kira borcundan düşürülebilecek olmasıdır³⁴. KMK m. 22 f. 1'e göre bağımsız bölüm kiraya verilmiş ise avanstan, giderlerden veya ortak sigorta primlerinden kendisine düşen payı ödemeyen kat malikinin borcu, kira alacağından düşürülür.

²⁶ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 325 – 326.

²⁷ Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 847 – 848.

²⁸ Gecikme tazminatı borçlu kat malikinin öğrenmesi ile başlar. Yargıtay 18. HD. 02.06.2016 T. ve E. 2016/5806 K. 2016/8905. Karar için bkz. Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, 2024, s. 567.

²⁹ Müştereken ifadesinin gereksizliği yönünde bkz. Aydın Aybay ve Nezihi Sanal, *Açıklamalı – İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010, s. 124. Aynı yönde Müge Ürem, *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular (KMK m. 20/I ve 22/I Hükmüleri Uyarınca)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 178-179; Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 951.

³⁰ Bir görüşe göre üst hakkı sahibinin devamlı şekilde faydalanan değil, mülkiyete dayan hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bkz. Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 893.

³¹ Ayan, *Eşya Hukuku*, s. 607; Ürem, *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular*, s. 176 – 177; Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 886 vd.

³² Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi bir konutun, elektrik tesisatının döşenmesi karşılığında üç yıllığına kullanılması isimsiz sözleşmelere örnek olarak (karma sözleşme) gösterilebilir.

³³ Ürem, *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular*, s. 176 – 177; Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 916; Kutlu-Doğar, “Kanuni İpotek Hakkı”, s. 56. İsviçre Medeni Kanun'u için bkz. André Britschgi, *Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht*, Zürih: Schultess, 2008, s. 187. Malikin onayıyla bağımsız bölümden yararlanılması gerektiği de ifade edilmiştir. Bu görüş için bkz. Haluk Saruhan, *5711 Sayılı Yasa ve Sonrasında Kat Mülkiyetine Getirilen Yenilikler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 37.

³⁴ Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, s. 1589; Ali Rıza İlgezdi, *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, Ankara 3. Baskı, 2023, s. 328.

Haliyle kiracıya başvurmadan kanuni ipotek hakkından yararlanma imkânı bulunmamaktadır³⁵. Fakat kiracının yaptığı ödemeler için kat malikine başvurup başvuramayacağı taraflar arasındaki kira sözleşmesine göre belirlenmelidir³⁶. Ayrıca her bir gider için kiracı sorumlu olmayacaktır. Kiracı, doğrudan ana taşınmazı ilgilendiren harcamalardan sorumlu değildir ve yönetici bu harcamalar söz konusu olduğunda kiracıdan aidat isteyemez. Bu harcamalarda yöneticinin kat malikine başvurması gerekmektedir. Öğretideki bir görüşe göre de kiracı çatı tamiri, mantolama, ana taşınmazın boyanması, kalorifer kazan tamiri gibi masraflara katılmayacaktır³⁷. Ancak kat maliki kiracıdan bu masrafları kendisinin yapmasını ve ödeyeceği kiradan düşmesini talep edebilir. Bu sebeple malikin sorumlu olduğu gider ve avanslar için kiracıdan talep edilmesine yönelik olarak kira sözleşmesindeki hükümleri değerlendirmek gerekecektir. Kiracı, malikin, doğrudan malik olmasından kaynaklı giderlerden sorumlu olmamalıdır.

Kanun kat malikinin, kira bedelini kiracıdan alamaması durumunun ne zaman geçleşmiş sayılacağını belirtmemiştir. Zaman ve masraf kaybını önlemek amacıyla ortak giderlerin karşılığının, gerekçeleri gösterilmek suretiyle, kiracıdan istendiğinde kiracı, makul bir süre içinde herhangi bir ödemede bulunmamalıdır³⁸.

D. KAT MALİKİNE KARŞI AÇILAN DAVADAN VEYA BAŞLATILAN TAKİPTEN SONUÇ ALINAMAMASI

Kanuni ipotek hakkının tescil edilebilmesi için ilgili kişilere başvurmak yeterli değildir. Ayrıca borçlu kat malikine veya müteselsil sorumlulara karşı dava açılması ve bu davadan sonuç alınamaması gerekmektedir. Aynı husus başlatılan takipler için de geçerlidir. Zira davadan veya takipten sonuç alınırsa artık ipotek tescilinde aranan hukuki sebep ortadan kalkmış olacağından tescile de gerek kalmayacaktır. Öğretideki hâkim görüş borçlu malike yönelik talebin dava ve icra yoluyla ileri sürülmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁹. Bir görüşe göre borçlu borcunu kabul ediyorsa mahkeme kararına gerek olmaksızın tescil yapılabilecektir⁴⁰. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2021/4 sayılı Genelgesine göre de “Borç miktarı konusunda bir uyuşmazlık bulunmayıp borçlu kat malikinin veya temsilcisinin de işleme katılması halinde ayrıca mahkeme kararı aranılmadan yönetici veya kat maliklerinden biri ile borçlunun borç, miktarını kabul beyanını içerir resmi senet düzenlemek suretiyle kanuni ipotek tesis edilir.” Genelge gereği borçlunun kabulüne rağmen dava ya da takip başlatılması anlamsız olacaktır.

³⁵ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 326; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 334 – 335; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt V Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024, s. 372; Ayar, *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri*, s. 173; Nihat İnal, *Apartman, Site, Toplu Konut, Devre Mülk Yönetimi*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, 2022, s. 255.

³⁶ Genç-Aridemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 942; Ürem, *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular*, s. 162; Kutlu-Doğar, “Kanuni İpotek Hakkı”, s. 56.

³⁷ Ertas, Şeref, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2. Bası, 2015, s. 288.

³⁸ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 326; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 335.

³⁹ Genç-Aridemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 833; Tahsin Murat Pulak, *Açıklamalı – Örnekli – Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 371; Kutlu-Doğar, “Kanuni İpotek Hakkı”, s. 58.

⁴⁰ Selahattin Sulhi Tekinay, *Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991, s. 92; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 207; Feridun Çakır, *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024, 2. Baskı, s. 1272; Özlük, “Kat Mülkiyeti – Kat İrtifakı”, s. 1422.

Maddenin “kat malikinin borcu bu yolla da alınamazsa” şeklindeki kısım 2814 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerde gözden kaçırılan bir husus olmuştur. Zira önce kat malikine sonra kiracıya başvuru hususu artık bulunmamaktadır⁴¹. Hükmün yeni halinin, alacağın borçludan ve varsa müteselsil borçlulardan talep edilmesi, alacak elde edilememişse -sonraki başlıkta ele alınacak olan- mahkemeye veya icraya başvurulmasına rağmen alacağın tamamen elde edilememesi şeklinde yorumlanmalıdır⁴².

E. BORCUN MAHKEME TARAFINDAN TESPİT EDİLMESİ

Kat mülkiyetinde kanuni ipoteğin tescili için kat malikinin borcunun, mahkemece tespit edilmesi gerekmektedir. KMK m. 22 f. 2’de mahkemece tespit edilmiş borcu ödemeyen kat malikinin, bağımsız bölümü üzerinde kanuni ipotek hakkının kurulacağını belirtmiştir⁴³. KMK m. 33 f. 1’e göre “Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32. madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde ana gayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz. Kat maliklerinden birinin yahut onun katından kira akdine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimsenin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, ana gayrimenkulün bulunduğu yerin sulh mahkemesine başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir.” Kanun metninden de anlaşılacağı gibi başvurulacak mahkeme, taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh mahkemesidir. Açılacak olan dava edim veya tespit davası olabilir. Mahkemenin vereceği karar ise doğrudan ipoteğin tescilini sağlayamaz⁴⁴. Zira tescil için talep gerekmektedir. Öğretideki bir görüşe göre edim davası açılabilirken tespit davası açılmamaktadır. Bu sebeple mahkemeden borcun tespitini talep etmek anlamsız olacaktır. Edim davası açıldığında da ipoteğe ihtiyaç kalmayabilecektir⁴⁵.

Burada her ne kadar mahkeme kararı aransa da bir üst başlıkta ifade edildiği üzere kat malikinin borcunu tanıması da yeterli sayılmalıdır. Uygulamada kat maliki borcunu ödemeye yanaşmazsa mahkemeye başvurulmaktadır⁴⁶.

⁴¹ Özmen ve Vardar-Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, s. 341; Kutlu Doğan, “Kanuni İpotek Hakkı”, s. 56.

⁴² Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 886 vd.

⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 671, N. 2262; Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 327; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 336; Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 849; Ayan, *Eşya Hukuku*, s. 608; Suntekin, Fatih, “Tescile Tabi Kanuni İpotek Hakları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2 (1978), s. 487; Alper Aksu, *Kat Mülkiyetinin Devri Zorunluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 56; Yılmaz, *Eşya Hukuku*, s. 372; Ayar, *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri*, s. 174; Akkök, “Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü”, s. 1167; Berna Canan Üner-Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 128; Çakır, *Kat Mülkiyeti*, s. 1272.

⁴⁴ Şerife Aksan-Nar, *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 123.

⁴⁵ Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, s. 92.

⁴⁶ Erel, Şafak, *Eşyaya Bağlı Borç*, s. 227; Aksan-Nar, *Hukuki Rejim*, s. 123.

F. İPOTEĞİN TESCİLİ İÇİN TALEBİN OLMASI

Kanun'un ifadesi gereği yönetici, yoksa kat malikinin ipoteğin tescili için başvurması gerekmektedir⁴⁷ (KMK. 22/II). Haliyle yönetici varsa, kat maliki bu yola başvuramayacaktır. Yöneticinin yetkisi KMK m. 35/i bendinde de ifade edilmiştir. Hükümde “Kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlerini yerine getirmeyen kat maliklerine karşı dava ve icra takibi yapılması ve kanuni ipotek hakkının kat mülkiyeti kütüğüne tescil ettirilmesi” yer almaktadır. Yönetici kötü niyetli bu yola başvurmadığında kat maliklerinin de bu hakkının var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Borcun tespitini mahkemeden istemeye yetkili olan malikin ipoteğin tescilini isteyememesi ise bir çelişki oluşturmaktadır⁴⁸. Yöneticinin görevini ihlal etmesi halinde kat malikleri zarar uğrarsa bu zararı gidermekle yükümlü olurlar⁴⁹. Ayrıca yöneticinin bu yola başvurusu için karar alınmasına gerek bulunmamaktadır⁵⁰.

Kanuni ipoteğin tescili için, borçlu olan kat malikinin rızası aranmamaktadır. Ancak tapu memurunun bu durumu kat malikine bildirmesi gerekir⁵¹.

Tescili isteme hakkı kişisel niteliktedir⁵². Bu niteliğinden dolayı da borç için ipotek tescil edilmeden bağımsız bölüm bir üçüncü kişiye devredilirse yeni malik borçtan sorumlu olmayacaktır.

III. KAT MÜLKİYETİNDE KANUNİ İPOTEK HAKKININ TESCİLİ

Kanuni ipotek hakkı, ortak giderleri karşılama borcunu yerine getirmeyen kat malikinin ana taşınmazdaki bağımsız bölümü üzerine tescil edilir. Kat malikinin birden fazla bağımsız bölümün mülkiyeti varsa, her bir bağımsız bölüm üzerinde, ona düşen ortak gider veya avans payı oranında ipotek kurulur⁵³. Kat maliki, bağımsız bölümü bir üçüncü kişiye devretmiş ise artık üzerinde ipotek kurulamaz⁵⁴.

⁴⁷ Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 850; Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, s. 403; Aksu, *Kat Mülkiyetinin Devri Zorunluluğu*, s. 57; Aksan-Nar, *Hukuki Rejim*, s. 124; Ayar, *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri*, s. 175; Akkök, “Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü,” s. 1167; Üner-Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 128; Özlem Kaya, *Kat Mülkiyetinde Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024, s. 74. Toplu yapılarda da Yönetim kurulu kanuni ipotek için talepte bulunabilir. Bkz. Mahir Ersin Germeç ve Ezgi Tanrıverdi, *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Davaları*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, s. 1217; Özlük, “Kat Mülkiyeti – Kat İrtifakı,” s. 1422.

⁴⁸ Aksu, *Kat Mülkiyetinin Devri Zorunluluğu*, s. 57; Aksan-Nar, *Hukuki Rejim*, s. 124; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 207; Necati Kurak, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023, s. 894; Batuhan Özkan, *Toplu Yapı Yönetim Organları ve Yöneticilik Görevinin Profesyonel Olarak Üstlenilmesi*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, s. 195; Yağmur Ünsal-Karaşen, *Kat Mülkiyeti Uyuşmazlıkları*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024, s. 151; Şerafettin Gökalp ve Mete Gökalp, *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat Yöneticinin El Kitabı*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023, s. 30; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, s. 139; Mustafa Baysal ve Ethem Teke, *Apartman ve Site Yönetimi El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2023, s. 124.

⁴⁹ Çakır, *Kat Mülkiyeti*, s. 516.

⁵⁰ Yargıtay 5. HD. 09.06.2021 T. ve E. 2021/5118, K. 2021/8594. Karar için bkz. Çakır, *Kat Mülkiyeti*, s. 404.

⁵¹ Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 850 – 851.

⁵² Ayan, *Eşya Hukuku*, s. 608.

⁵³ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı,” s. 329; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 337; Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 852.

⁵⁴ Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 853 – 854; Aksan-Nar, *Hukuki Rejim*, s. 125.

Kanuni rehin haklarında, amaç bir alacağa teminat sağlamak olduğu için bu haklar yalnız ipotek olarak tapu kütüğüne tescil edilir. KMK m. 22 f. 2’de kat malikleri lehine kanuni ipotek hakkının tescilinden bahsetmektedir⁵⁵.

KMK m. 22 f. 2’ye göre kanuni ipotek hakkının tescilini, yönetici⁵⁶ veya kat maliklerinden herhangi biri talep edebilir. Tescil için alacağı ispat eden mahkeme kararı veya borçlu kat malikinin borcunu tanıdığını gösteren belgelerle birlikte, tapu sicil memuruna yazılı bir talebin yapılması gerekir. Burada malikin izni aranmamaktadır⁵⁷.

Kanuni ipoteğin tutarı, kat malikinin ortak giderleri karşılama borcuna eşittir. Borcun mahkeme tarafından tespit edilebilmesi için yapılan giderlerle, tescil tarihine kadar işleyen yasal faizler ve tescil giderleri de ipoteğin kapsamı içerisinde. Tescil tarihinden sonra işleyecek yasal faizler için, TMK m. 875 uygulanır⁵⁸.

İpotek tutarı kat maliklerinin yararına her birinin arsa payı oranında tescil edilir. Kat maliklerinden biri ya da birkaçı, arsa payı oranlarına göre, borçlu kat malikinin ödemediği miktardan payına düşenden daha fazlasını ödemiş olabilir. Bu durum mahkeme kararında belirtilerek ipotek tutarı buna göre kat malikleri arasında paylaştırılır⁵⁹.

IV. İPOTEĞİN TESCİLİNDE SÜRE

Kanuni ipotek haklarında ipoteğin tescili için süre öngören hükümler yer almaktadır. TMK m. 894’te satıcılar, mirasçılar ve elbirliği ortakları için üç aylık bir süre öngörülmüştür. TMK m. 895’te ise zanaatkarlar ve yükleniciler için üç aylık süre yer almaktadır. Ancak özel bir düzenleme olan KMK m. 22’de ipoteğin tescilinde süreye ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple kat mülkiyetindeki ödenmeyen giderler ve avanslar için Türk Medeni Kanunu’ndaki üç aylık süreyi uygulamak mümkün değildir.

Bir görüşe göre kat mülkiyetinde ortak gider alacağı için kanuni ipotek hakkının tesciline kıyas yoluyla hak düşürücü süresinin uygulanması yanlış olacaktır. Bunun nedeni hak düşürücü sürenin kanunda belirtilmiş olması gerekmektedir. KMK m. 22’deki kanuni ipotek hakkının tescili, temin edilecek alacağın zamanaşımı süresi içerisinde yapılabilir⁶⁰. Her ne kadar KMK m. 22’de tescile yönelik bir süre öngörülmemiş olsa bile sınırsız, süreye tabi olmayan bir tescil hakkının varlığını kabul etmek de doğru olmayacaktır. Alacak zamanaşımına uğradığında eksik bir borç olacağı için, alacaklı kendi iradesi ile bu gider ve avans borcunu ödemediği takdirde yargısal bir çözüm de bulunmamaktadır. Bu sebeple alacak zamanaşımına uğradığı andan itibaren ipoteğin tescili mümkün olmamalıdır. Öğretide tescilin her zaman yapılabileceği fikri de savunulmuştur⁶¹.

⁵⁵ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 329; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 337.

⁵⁶ Yargıtay 11. HD. 13.06.2016 T. ve E. 2015/12191, K. 2016/9455 Erişim Tarihi: 09.01.2025 (LEGALBANK).

⁵⁷ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 329 – 330; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 338.

⁵⁸ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 330; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 338 – 339.

⁵⁹ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 331; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 339.

⁶⁰ Köprülü ve Kaneti, “Kanuni Rehin Hakkı”, s. 330; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 338; Üner-Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 129.

⁶¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 671, N. 2264; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 165; Ayan, *Eşya Hukuku*, s. 608; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Eşya Hukuku*, s. 456; Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 587, N. 2696.

V. KANUNİ İPOTEK HAKKINDAN ÖNCEDEN VAZGEÇİLEMESİ

Kanuni ipotek hakkından önceden vazgeçilemez. 5571 sayılı Kanun’la 14.11.2007 tarihinde KMK m. 22 f. 2’nin son cümlesinde TMK m. 893 f. 2’nin burada da uygulanacağı belirtilmiştir. TMK m. 893 f. 2’de ise alacaklıların, kanuni ipotek hakkından önceden feragat etmelerinin geçerli olmadığı belirtilmektedir. Böylece kat mülkiyeti sözleşmesinde ya da yönetim planında yer alan ipotek hakkından vazgeçme yolundaki bir hüküm geçersiz olacaktır⁶². Kanaatimizce bu ifade yer almasa da doğmamış bir haktan önceden vazgeçilemeyeceğinden dolayı KMK m. 22 f. 2’ye eklenen ifade kat mülkiyeti bakımından da konuya netlik kazandırmıştır.

İpotek hakkı doğduktan sonra ise bu haktan feragat mümkündür. Ancak buradaki feragat kararının oybirliği ile alınması gerekir. Aksi takdirde feragat katılmayan malikler tescilli talep edebilir⁶³. Bu durumda ipotek hakkından feragat eden kat maliklerinin paylarına düşenden daha fazla gider ve avans borcu ödemesi gerekecektir. Zira feragatle birlikte alacak haklarından vazgeçmiş olacaklardır.

VI. KANUNİ İPOTEK HAKKININ SIRASI

Kanuni ipotek hakkının sırası genel ilkelere uygun olarak tescil tarihine göre olur (TMK m. 1022). Buna karşılık KMK m. 22 f. 3’e göre “Kat maliklerinin, gider borcunu ödemeyen kat maliki veya diğer sorumlulardan olan alacakları önceliklidir⁶⁴.” Bu hükümde önceliğin kat malikinin, hangi değerleri üzerinde olduğu ve diğer alacaklılara oranla sırasının ne olduğu belirtilmemiştir. Burada önceliğin yalnız ortak giderlerin, ilgili bulunduğu bağımsız bölümlerin paraya çevrilme bedeli üzerinde olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ortak giderler alacağının öncelikli olmasının, bağımsız bölümün üzerindeki tapuya tescilli yüklerden önce gelmesi anlamını taşımamaktadır. Bu alacağın sadece bağımsız bölümün paraya çevrilmesi bedelinden,

⁶² Safa Reisoglu, *Yeni Kanuna Göre Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1966, s. 48; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 671, N. 2267; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 165; Genç-Arındemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 854; Ayan, *Eşya Hukuku*, s. 608; Ayar, *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri*, s. 172; Üner-Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 129; Kaya, *Kat Mülkiyetinde Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu*, s. 74; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 208. Bir görüş ipotek hakkından önceden feragat etmenin geçerli olduğunu belirtmiştir. Bkz. Özge Yenice-Ceylan, *Yapı İpoteki (TMK m. 893/I-3, m. 895 -897)*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022, s. 25; Özlük, “Kat Mülkiyeti – Kat İrtifakı”, s. 1422.

⁶³ Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, s. 208.

⁶⁴ Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karara göre “... 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 20. maddesine göre kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü sözleşme olmadıkça taşınmazın giderlerine katılmakla yükümlüdürler. Aynı Kanunun 22/son maddesinde kat maliklerinin gider borcunu ödemeyen kat maliki ve diğer sorumlulardan olan alacağının öncelikli olduğu belirtilmiştir. Hükümde öngörülen öncelik KMK’nın 22/2. maddesinde öngörülen kanuni ipoteğin tescilini istemekten ayrı bir hak olup ipotek tescil edilmemiş olsa bile ortak gider alacağının önceliği bulunmaktadır. Somut olayda şikâyetçi Yönetiminin alacaklı olduğu dosyaların incelenmesinde takibe konu alacakların aidat borcu, ortak gider alacağı ve kıdem tazminatı fonundan oluştuğu; sıra cetvelinde ilk sırada ipotek alacağı bulunduğu bu durumda şikâyetçinin takibe konu Kat Mülkiyeti Kanununun 20. maddesi kapsamında belirlenen alacaklarının doğduğu tarihlerin belirlenerek ipotekten önce doğan alacak var ise ipotek alacağından önce ödenmesi, ipotekten sonra doğan aidat alacaklarının ise ipotekten sonra ancak sıra cetvelinde yer alan diğer alacaklardan önce gerekirken, eksik inceleme ve yanlış gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 6. HD. 7.12.2023 T. ve E. 2023/1145 K. 2023/4121 (LEXPERA) Erişim Tarihi: 02.10.2024

diğer teminatsız alacaklardan önce tahsil edilme imkânını sağlamaktadır⁶⁵. Bu çözüm tarzı tapuya güven ilkesi açısından da uygundur.

Ortak gider alacaklısının, alacağını elde etmede tescilin gecikmesine karşı korunması sorunu ortaya çıkmaktadır. Alacağın tespit edilmesini sağlayan davanın uzaması, bu arada malikin bağımsız bölümünü başkasına geçirmesi ya da aynı bir hakkın tescilin sağlanması tehlikesi vardır. Bu durumda TMK m. 1010 f. 1'e göre tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin bir şerhin düşürülmesi istenebilir. Bu şerhin bazı sonuçları bulunmaktadır. Bağımsız bölümün mülkiyetini devralanlar veya üzerinde sonradan aynı hak kazanan kişiler, iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Ayrıca ortak gider alacaklılarının ipotek hakkını tescil ettirmesine katlanırlar. Bağımsız bölümün maliki, şerhten sonra iflas etse bile, ortak gider alacaklısı kat malikleri, ipotek hakkını iflas masasında da ileri sürebilirler. İflas, ipotegin tescilini engellemez. İpotek hakkı sırasını şerh tarihinde tescil edilmiş gibi alacağından, kanuni ipotek hakkının gecikmesinden kaynaklanan sakıncalar da böylelikle önlenmiş olacaktır⁶⁶.

VII. ORTAK GİDER ALACAĞINI KARŞILAYACAK YETERLİ GÜVENCE VERİLMESİ VE İPOTEĞİN SONA ERMESİ

Türk Medeni Kanunu'nda malikin güvence göstermesi halinde tescil istenemeyeceği ifade edilmiştir (TMK m. 895/III). Kat Mülkiyeti Kanunu'nda benzer bir düzenleme yoktur. Buna karşılık kanuni ipotek hakkının tescili ile amaç, ortak giderler için kat maliklerine güvence sağlamaktır. Bu güvence gösterildiği takdirde tescilin istenemeyeceği hükmünün burada da uygulanması gerekmektedir⁶⁷.

Malik giderleri öderse ipotek kendiliğinden sona erer. Burada borcu ödeyen kat maliki, diğer maliklerden ipotegin terkinini talep eder⁶⁸. Alacaklı kat malikleri terkin kendiliğinden talep etmezse, borçlu kat malikin mahkemeye başvurması gerekecektir⁶⁹. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2021/4 sayılı Genelge'sine göre de "Borçlu malike ait taşınmazın tapu kütüğünün rehin sütunundaki alacaklı bölümüne, "Kat Malikleri" ibaresi yazılmak suretiyle tescil edilir. İpotegin terkin için genel hükümlere göre kat malikleri kurulunun borçtan ibraya dair kararı ile birlikte alacaklı kat maliklerinden birinin veya kat malikleri kurulunca yetki verilen yöneticinin terkin talebi gerekir. Bunun mümkün olmaması halinde mahkeme kararı ile ipotegin terkin gerekir (m. 12/c)." Bu Genelge'den de anlaşılacağı üzere borçlu borcunu ifa ettiğinde kat maliklerinin bunu belgeyerek terkin tapu memurundan talep edebilirler.

SONUÇ

Kat mülkiyetinde yaşanan sorunların belki de en büyüğü ortaya çıkan masrafların malikler tarafından hiç ya da zamanında ödenmemesidir. Bu sebeple de kanun koyucu konunun

⁶⁵ Köprülü ve Kaneti, "Kanuni Rehin Hakkı", s. 331 – 332; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 340; Genç-Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, s. 854; Aksan-Nar, *Hukuki Rejim*, s. 126; Ayan, *Eşya Hukuku*, s. 608; Yargıtay 6. HD. 25.01.2023 T. ve E. 2022/501 K. 2023/251. Karar için bkz. Çakır, *Kat Mülkiyeti*, s. 1273.

⁶⁶ Köprülü ve Kaneti, "Kanuni Rehin Hakkı", s. 333; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 341.

⁶⁷ Köprülü ve Kaneti, "Kanuni Rehin Hakkı", s. 334; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, s. 342.

⁶⁸ Aksan-Nar, *Hukuki Rejim*, s. 126.

⁶⁹ Aksan-Nar, *Hukuki Rejim*, s. 126 – 127; Çakır, *Kat Mülkiyeti*, s. 1272 – 1273.

öneminden dolayı tescile tabi kanuni ipotek hakkını kat maliklerine vermiştir. Genel giderlerin ve avansların temin edilmesine yönelik bazı problemlerin ise çözülmesi gerekmektedir. Önem sırasına göre değinilecek olursa bunlardan ilki ipotek hakkının belirli bir dönemi kapsayacak süre ile sınırlandırılması gereğidir. Bu konuda İsviçre Hukukundan yola çıkılarak mevzuata bir ekleme yapılabilir. ZGB Art. 712/i'nin 1. fıkrasında ortak giderler için öngörülen kanuni ipotek hakkının kapsamı son üç yıllık ortak gider alacaklarıyla sınırlıdır. Türk Hukukunda da kat maliklerini mağdur etmeyecek bir süre öngörülebilir.

Kanuni ipotek hakkının uygulanmasını zorlaştıran hususlardan biri de alacağın mahkeme tarafından tespit olunması şartıdır. Aynı durum icra takibinin sonuçsuz kalması halinde de söz konusudur. Zira icra takibi ya da mahkeme kararını elde etmek, ödemelerini zamanında yapan kat maliklerini zor duruma düşürebilir. Yargı yükü göz önüne alındığında mahkeme kararını almak çok geç olabilir. Bu sebeple de süreci hızlandırmak adına borçlu kat malikine yapılacak bir ihtarla uygun bir süre içerisinde borcunu zamanında ödememesi halinde ipotek hakkı diğer kat maliklerine verilebilmelidir.

Hukuki güvenlik açısından da ipotek hakkı, alacağın tabi olduğu zamanaşımı süresince talep edilebilmeli, zamanaşımı dolduktan sonra ipotek hakkının tanınması mümkün olmamalıdır. Kanuni ipoteğin şartlarından biri de borcun mahkemece tespit edilmiş olmasıdır. Ancak bu borç zamanaşımına uğramış ve eksik borç halini almışsa ipoteğin tescilini kabule tereddütlerle yaklaşılmalıdır.

KMK m. 22'de açık bir biçimde ifade edilmese de ortak giderlere kusuruyla sebep olanlardan bu giderler karşılanmamışsa, bu alacağa yönelik olarak da kat malikleri kanuni ipotekten yararlanabilmelidir. Netice itibarıyla ortaya çıkan borç yine ortak gider veya avanslar kaleminde yer almakta ve ayrı bir hukuki çözüm üretmeye ihtiyaç bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- Akcan, Cansın. “Yapı İpoteği”. *Ankara Barosu Dergisi*. 2 (2018): 69 – 110.
- Akipek, Jale G. ve Turgut Akıntürk. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Baskı, 2009.
- Akkök, Semih. “Kat Maliklerinin Genel Giderlere Katılma Yükümlülüğü”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 14/154 (2019): 1154 – 1171.
- Aksan-Nar, Şerife. *Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Tabi Olduğu Hukuki Rejim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Aksu, Alper. *Kat Mülkiyetinin Devri Zorunluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Avcı, Ali ve Buket Köksal-Oruç. “İnşaatçı İpoteği (Yapı Alacaklısı İpoteği)”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*. 1/2 (2014): 93 – 124.
- Ayar, Ahmet. “Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Paylaşılması Sorunu”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 18/2 (2021): 861 – 873.
- Ayar, Ahmet. *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 2022.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, 2012.
- Aybay, Aydın ve Nezih Sanal. *Açıklamalı – İctihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku II, Mülkiyet*. Ankara: Adalet Yayınevi, 10. Baskı, 2020.
- Baysal, Mustafa ve Ethem Teke. *Apartman ve Site Yönetimi El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2023.
- Bıçakçı, Levent, “Yapı Alacaklısı İpoteği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1-4 (1979 – 1981): 537 – 568.
- Britschgi, André. *Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfändrecht*. Zürich: Schultess, 2008.
- Bulut, Mert Ali. Eser Sözleşmesi Kapsamında Yapı Alacaklısı İpoteği. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Coşkun, Mehmet Egehan ve Rabia Kayaaltı. “Kanundan Doğan İpotek Hakları”. *İpotek ile İlgili Makaleler*. İstanbul: Filiz Kitabevi (2021): 255 – 316.
- Çakır, Feridun. *Kat Mülkiyeti ve Toplu Yapılar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2024.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2016.
- Erel, Şafak. *Eşyaya Bağlı Borç*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Ertaş, Şeref. *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2. Bası, 2015.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları, 14. Baskı, 2018.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, Genişletilmiş ve İsviçre Medeni Kanun’u Son Değişiklikleri Eklenmiş 9. Baskı, 2024.
- Genç-Aridemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, 2023.
- Germeç, Mahir Ersin. “Kat Mülkiyetli Taşınmazlarda Kat Maliklerinin Borçları ve Yükümlülükleri”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 10/104 (2015): 32 – 42.
- Germeç, Mahir Ersin. *Kat Mülkiyeti Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, 2024.
- Germeç, Mahir Ersin ve Ezgi Tanrıverdi. *Yargıtay Kararları Işığında Kat Mülkiyeti Davaları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Göçüm, Olcay. *Kat Mülkiyeti Hukuku ve Kentsel Dönüşüm*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

- Gökalp, Şerafettin ve Mete Gökalp. *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat Yöneticinin El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 13. Baskı, 2023.
- Güleş, Bedia. *Türk Hukukunda Yapı İpoteği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Gürsoy, Kemal Tahir, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, 1984.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- İlgezdi, Ali Rıza. *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2023.
- İnal, Nihat. *Apartman, Site, Toplu Konut, Devre Mülk Yönetimi*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, 2022.
- İslamoğlu, Hümeysra. “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı”. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2009.
- Kalın, Fatih Reşat. “Yapı Alacaklısı İpoteğinde Öncelik Hakkı”. Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2019.
- Kaya, Özlem. *Kat Mülkiyetinde Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. “Kat Mülkiyetinde Ortak Giderlerin Teminatı Olarak Kanuni Rehin Hakkı”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50 Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuk*. İstanbul: Fakülteler Matbaası (1973): 317 – 334.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. *Sınırlı Ayni Haklar*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, 1982 – 1983.
- Kurak, Necati, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2023.
- Kurt, Ekrem. “Kat Maliklerinin Ortak Giderlere Katılma Yükümlülüğünün Özellikleri”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 14 (2013): 299 – 328.
- Kutlu-Doğar, Nurgül. “Kat Maliklerinin Kanuni İpotek Hakkı”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1 (2022): 51 – 70.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 4. Bası, 2017.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 21. Bası, 2018.
- Oral, Tuğçe. “Türk – İsviçre Hukukunda Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 68/3 (2019): 665 – 706.
- Özkan, Batuhan, *Toplu Yapı Yönetim Organları ve Yöneticilik Görevinin Profesyonel Olarak Üstlenilmesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özlük, Betül, “Kat Mülkiyetinde Ortak Yerlerin Bakımı ve Korunması Borcunun Sınırlandırılmasına İlişkin Görüşler”. *Terazi Hukuk Dergisi*. 204 (2023): 32 – 44.
- Özlük, Betül. “Kat Mülkiyeti – Kat İrtifakı”, Gayrimenkul Hukuku Davaları Cilt II (Editörler: Prof. Dr. Ayşe Havutçu, Prof. Dr. Müslüm Akıncı, Av. Mutlu Dinç), Ankara: Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2024.
- Özmen, Etem Saba ve Gülşah Vardar-Hamamcıoğlu. *Kat İrtifakı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 3. Bası, 2017.
- Pulak, Tahsin Murat. *Açıklamalı – Örnekli – Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Reisoğlu, Safa. *Yeni Kanuna Göre Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1966.
- Rey, Heinz ve Lukas Maetzke. *Schweizerisches Stockwerkeigentum*. Zürih: Schultless, 3. Auflage, 2009.
- Saruhan, Haluk. *5711 Sayılı Yasa ve Sonrasında Kat Mülkiyetine Getirilen Yenilikler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Saymen, Ferit Hakkı ve Halid Kemal Elbir. *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1963.

- Sirmen, A. Lâle. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2019.
- Suntekin, Fatih. “Tescile Tabi Kanuni İpotek Hakları”. *İstanbul Barosu Dergisi*. 2 (1978): s. 482 – 488.
- Şahin, Musa Furkan. “Kat Maliklerinin Ortak Gidere Katılma Payının Değiştirilmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 73/1 (2024): s. 409 – 436.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. “İnşaatçı İpoteğinin Tescilini İsteme Hakkının Hukuki Mahiyeti”. *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 3/4 (1969): 133 – 139.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II/2). İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Turanboy, Kürşat Nuri. “Dolaylı Kanuni İpotek Haklarını Kurma Borcunun Hukuki Mahiyeti”. *Adana Barosu Dergisi*. 13 (1995): 31 – 38.
- Üner-Er, Berna Canan. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Ünsal-Karaşen, Yağmur. *Kat Mülkiyeti Uyuşmazlıkları*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024.
- Ürem, Müge. *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular (KMK m. 20/I ve 22/I Hükümleri Uyarınca)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Yenice-Ceylan, Özge. *Yapı İpoteği (TMK m. 893/I-3, m. 895 -897)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2022.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt V Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.

EXTENDED SUMMARY

SECURING EXPENSES AND ADVANCES IN CONDOMINIUM OWNERSHIP

Yasemin Durak, Assoc. Prof.

Kırıkkale University, yaseminerol8o@gmail.com

○ <https://orcid.org/0000-0001-5301-7947>

Turkish Condominium Law contains regulations that provide solutions to legal disputes and problems arising from collective living. One of these is the guarantee of common expenses regulated under Article 22 of the TCL. Various expenses arise in living spaces where condominium ownership exists. For example, security, cleaning, lighting and heating expenses, payments related to the apartment attendant, and expenses related to the common areas of public housing are some of them. From time to time, it is observed that the condominium owners do not pay the costs that arise as expenses or advance payments. This situation makes the already difficult condominium life even more difficult. For these reasons, the legal order has regulated the registration of legal mortgages subject to registration to guarantee the receivables in condominium ownership.

For a legal mortgage to be established in condominium ownership, certain conditions must be met. These conditions can be expressed as the conversion of the main immovable into condominium ownership, the existence of an expense and advance debt of the condominium owner, the inability to collect the expense and advance receivables from the relevant persons, the inability to obtain results from the lawsuit filed against the condominium owner or jointly liable persons, the determination of the debt by the court, and finally, the necessity of a request for the registration of the mortgage.

Pursuant to Article 22 f. 2 of the TCL, the main immovable must have been converted into condominium ownership for the legal mortgage to be applicable. However, legal mortgage may also be possible in the case of a condominium easement. Since expenses and advances may arise in Turkey even before the conversion to condominium ownership, the existence of a statutory mortgage must be accepted. For this purpose, the construction of the main immovable property where a condominium easement has been established must have been completed and at least 2/3 of it must have started to be used. Considering that a building has been used for ten years or more without being transferred to condominium ownership, it would be unfair not to allow the possibility of mortgage.

If a common expense is caused by the negligent behavior of one of the condominium owners, the participants of the expense may apply to the relevant condominium owner or the person who caused the expense for the payments they have

made. Here, the other condominium owners should be able to benefit from the legal mortgage right set forth in Article 22 f. 2 of the TCL in proportion to the payments they have made against the condominium owner who caused the expense with his negligent behavior.

In condominium ownership, those who benefit from one of the independent sections on a continuous basis based on a lease agreement, right of residence or any other reason are also jointly and severally liable for the expenses and advance payments and delay compensation (Article 22/I of the TCL). However, the tenant's liability is limited to the amount of rent he is obliged to pay, and the payment he makes is deducted from the rent debt. In addition, the tenant is not responsible for the expenses directly related to the main property and the manager cannot demand payment from the tenant in case of such expenses.

Mortgage is possible if the common expense and advance receivables of the condominium owners are demanded from the debtor and joint debtors, if any; if the receivable is not obtained, if the receivable cannot be obtained completely despite applying to the court or execution.

Another condition for the registration of the statutory mortgage right is that the lawsuit filed against the condominium owner should not yield any results. The same is also valid if no result is obtained from the proceedings initiated. For the registration of the legal mortgage in condominium ownership, the debt of the owner must be determined by the court. If the debtor accepts the debt, registration can be made without the need for a court decision. Here, the registration of the mortgage is requested by going to the title deed with the debtor's declaration of acceptance. In case of acceptance, there is no need for a court decision.

The application for registration must be made by the administrator or, if there is no administrator, by the condominium owner (TCL 22/II). Consequently, if there is a manager, the condominium owner will not be able to apply for registration. For the registration of the legal mortgage, the consent of the debtor condominium owner is not required. However, the land registry officer must notify the landlord of this situation. Since the right to request registration is of a personal nature, the new owner is not liable for the debt when the independent section is transferred to a third party before the mortgage is registered.

The mortgage amount is registered for the benefit of the floor owners in proportion to the land share of each of them. One or more of the floor owners may have paid more than their share of the amount not paid by the debtor floor owner, according to their land share ratios. This situation is stated in the court decision and the mortgage amount is divided among the floor owners.

Registration cannot be requested if the debtor condominium owner shows sufficient guarantee. In fact, there is no provision for this in the Condominium Law. However, the purpose of the registration of the legal mortgage right is to provide assurance to the condominium owners for common expenses. The provision that

registration cannot be requested if this assurance is shown should also be applied here (Article 895/III of the TCC). If the owner pays the expenses, the mortgage terminates automatically. Here, the landlord who pays the debt may request the other owners to cancel the mortgage. If the condominium owners do not request the cancellation of the mortgage, it will be necessary to file a lawsuit.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

HAVAYOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLECEK ULUSLARARASI TAŞIMALARDA KURAL TANIMAZ YOLCUYA MÜDAHALE

MEASURES TO BE TAKEN AGAINST UNRULY PASSENGERS IN INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR

Dr. Umut Acun*

ÖZ

Havayoluyla gerçekleştirilen yolcu taşımalarında, kural tanımaz yolcu vakaları her geçen gün artmaktadır. Kural tanımaz yolculara ilişkin düzenlemelerse, kural tanımaz yolcu ve gerçekleştirdiği kural tanımaz davranışlara müdahaleyi düzenlemekte, fakat müdahalenin makul ölçüyü aşması durumunda sonuçlarının ne olacağını belirtmemektedir. Yine düzenlemelerde kural tanımaz yolcunun tanımının dar anlamda yapılmış olması, uçağın kapılarının kapanmasından önce ve iniş sonrası açılmasından sonra kural tanımaz davranışlarda bulunan yolculara gerçekleştirilecek müdahale konusunda bir belirsizlik yaratmaktadır. Bu belirsizlik ise gerek taşıyıcı gerek müdahale edecek kişiler gerekse yolcular açısından tarafları tereddüte düşürmekte ve kural tanımaz yolcuya yönelik müdahaleyi de geciktirmektedir. Bu durum ise yolcunun, mürettebatın ve uçuşun güvenliğini tehlikeye atacaktır. Çalışmamızda bu kapsamda öncelikle kural tanımaz yolcunun geniş ve dar anlamda tanımı yapılarak, kural tanımaz yolcu davranışlarının altında yatan nedenler ele alınacak, devamında ise kural tanımaz yolcuya ilişkin uluslararası ve ulusal düzenlemeler ele alınacaktır. Çalışmamızda son olarak ise kural tanımaz yolcuya müdahaleden doğan sorumluluk incelenerek tartışmalı noktalar çözüme kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yolcu, Kural Tanımaz Yolcu, Kural Tanımaz Yolcuya Müdahale, Taşıyıcının Sorumluluğu.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0001-5377-5545 umut.acun@atilim.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Incidents of unruly passengers are increasing day by day in carriage of passengers by air. The regulations on unruly passengers regulate the unruly passenger and the measures taken in response to the unruly behavior of the unruly passenger, but do not specify the consequences of such measures if the measures exceed a reasonable level. Again, the narrow definition of an unruly passenger in the regulations creates uncertainty regarding the measures to be taken against passengers who engage in unruly behavior before the doors of the aircraft are closed and after the doors are opened after landing. This uncertainty causes hesitation on the part of the carrier, the persons to intervene and the passengers, and delays the measures to be taken against the unruly passenger. This situation will jeopardize the safety of the passenger, the crew and the flight. In this context, our study will first define the unruly passenger in a broad and narrow sense, discuss the reasons underlying the unruly passenger behavior, and then discuss the international and national regulations regarding the unruly passenger. Finally, the liability arising from the measures to be taken against the unruly passenger will be analyzed and the controversial points will be tried to be resolved.

Keywords: Passenger, Unruly Passenger, Measures Against Unruly Passenger, Liability of Carrier.

GİRİŞ

Havacılık sektörünün günümüzde yaşadığı hızlı gelişim ve değişim hava yoluyla gerçekleştirilecek taşımaların geçmişe nazaran daha erişilebilir olmasına ve yaygınlık kazanmasına yol açmıştır. Fakat hava yoluyla gerçekleştirilecek taşımaların artması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunların en önemlilerinden birini ise kural tanımaz yolcular oluşturmaktadır. Kural tanımaz yolcular uçuş sırasında gerçekleştirdikleri davranışlarla kendilerini, diğer yolcuları ve mürettebatı tehlikeye atmaktadır. Bu durum ise kural tanımaz yolculara ilişkin ulusal ve uluslararası düzeyde çeşitli düzenlemelerin yapılmasına yol açmıştır.

Kural tanımaz yolculara ilişkin düzenlemelerde kural tanımaz yolcunun tanımı yapılmış ve kural tanımaz yolculara yapılacak müdahale düzenlenmiştir. Fakat müdahalenin orantısız olması durumunda sonuçlarının ne olacağı düzenlenmemiştir. Yine farklı düzenlemelerde kural tanımaz yolcuya ilişkin farklı tanımların benimsenmesi ise kimlerin kural tanımaz yolcu olarak tanımlanacağı ve dolayısıyla kimlere müdahale edileceği hususunda belirsizlik yaratmıştır. Bu durum ise müdahalenin orantısız olması halinde taşıyıcının tazminat yükümlülüğüne ilişkin tereddüt oluşmasına yol açmıştır. Bu kapsamda kural tanımaz yolcu sayısındaki artış da göz önünde bulundurularak, ilgili düzenlemelerin tadili gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır.

I. KURAL TANIMAZ YOLCU

A. GENEL OLARAK

Yirminci yüzyıl başlarında henüz yeni gelişmekte olan, diğer bir ifadeyle emekleme dönemi¹ yaşayan havacılık endüstrisi günümüzde, o dönemde yaşayan insanların hayal dahi edemeyeceği boyutlara ulaşmıştır. Yirminci yüzyılda havacılıkta yaşanan bu hızlı gelişme hava yoluyla gerçekleştirilecek taşımalara erişimi de kolaylaştırmıştır. Hava yoluyla gerçekleştirilecek olan taşımalara erişimin kolaylaşması ise, bu yolla gerçekleştirilen yolcu ve yük taşımalarında artışa yol açmıştır. Bu artış, sektörün de gelişimiyle birlikte devam etmekte olup, IATA (*International Air Transport Association-Uluslararası Hava Taşımacıları Birliği*) tarafından Dünya genelinde hava yoluyla yolcu taşımalarının her yıl %3,8 artacağı ve 2043 yılına gelindiğinde, günümüze oranla 4 milyar daha fazla yolcu taşınacağı öngörülmüştür². Yine aynı doğrultuda ülkemizde de 2000 yılında hava yolu ile gerçekleştirilen yurtiçi yolcu taşımalarının tüm taşıma türleri içindeki payı %1,8 iken, bu oran 2022 yılında %6,8'e yükselmiştir³. Yurtdışı yolcu taşımacılığında ise 2003 yılında 25 milyon olan yolcu sayısı, 2023 yılında 122 milyona yükselmiştir⁴.

¹ Randi Lynne Rubin, "The Warsaw Convention: Capping the Value of Life.", *Temple International and Comparative Law Journal*, 12/1 (Spring 1998), s. 192.

² Global Outlook for Air Transport, June 2024, IATA, s. 10. Bkz. <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/global-outlook-for-air-transport-june-2024-report/> (Erişim Tarihi: 10/08/2024).

³ Detaylı bilgi için bkz. <https://cevreselgostergeler.csb.gov.tr/ulastirma-turlerine-gore-tasinan-yolcu-ve-yuk-miktari-85789> (Erişim Tarihi: 19.08.2024).

⁴ Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Faaliyet Raporu 2023, s.31. Rapor ve taşınan yolcu sayılarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. <https://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/kurumsal/faaliyet/2023.pdf> (Erişim Tarihi: 19.08.2024).

Havacılık sektörünün hızlı gelişimi ve geçmişe kıyasla daha ulaşılabilir hale gelmesi hava yolunu tercih eden yolcu sayılarının artmasına neden olmuştur. Yolcu sayısındaki bu artış, problemlerin ve taşıma esnasında gerçekleşen hukuka aykırı davranışların da aynı hızda artması sonucuna yol açmıştır. Hava taşımaları esnasında gerçekleşen hukuka aykırı davranışlar dörde ayrılmış olup, bu davranışlar uçak kaçırma, uçuş sırasında hava aracına veya hava aracının sey-rüsefer (navigasyonel) yetkinliğine zarar verme, hava aracına yerde veya havalimanında bulun-duğu süreçte gerçekleşecek bir saldırı ve kural tanımaz yolcu davranışlarıdır⁵.

Yolcu sayısında meydana gelen artışın yarattığı en önemli ve en çok karşılaşılan prob-lemlerden biri de bir üst paragrafta belirttiğimiz gibi kural tanımaz yolculardır. Yolcu taşıma-larında yolcunun yükümlülüklerinden biri de taşımanın sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi için konulmuş olan kurallara uymaktır. Bu kapsamda yolcu, taşıyıcının iç hizmet yönetmelikleri, kanun hükümleri, yetkili personel tarafından verilen talimatlar ve hatta örf ve âdet kurallarına uymakla yükümlüdür⁶. Kural tanımaz yolcu davranışlarının gerçekleştiği anda şiddet içermesi şart olmayıp, bu davranışların rahatsız edici ve tehditkâr nitelikte olması yeterlidir⁷. Kural ta-nımaz yolcular, taşıma sırasında sergiledikleri davranışlarla, uçak içi düzen ve disiplini boz-makta; dolayısıyla uçuş ekibini ve diğer yolcuları tehlikeye atmaktadır⁸. Bu kapsamda önce-likle, uçuş güvenliğini tehlikeye atan ve yolcu sıfatını haiz bu kişilerin tanımının yapılması gerekir.

B. DAR ANLAMDA KURAL TANIMAZ YOLCU

Hava yolu ile seyahat eden yolcu, taşıma süresince uçuş güvenliğini sağlayan birtakım kurallara ve eğer kendisine uçuş ekibi tarafından bir talimat verilmişse bu talimatlara uymakla yükümlüdür. Yolculara getirilen bu yükümlülük ile, yolcunun hem kendisi hem diğer yolcu-ların huzurunu ve güvenliğini bozmasının önüne geçilmek istenir. Yolcunun bu yükümlülüğü karşısında taşıyıcı da yolcuyu, kalkış yerinden varış yerine sağ ve salim bir şekilde taşımakla yükümlüdür (6102 s. TTK m. 850, m. 914/1). Bu yükümlülük, taşıma sözleşmesinde taşıyı-cının asli yükümlülüğünü oluşturur⁹. Bu anlamda taşıyıcının, yolculara karşı bir özen borcu-nun bulunduğu kabul edilir¹⁰. Bu bağlamda, uçuş süresi boyunca, uçuş ekibi tarafından

⁵ Jennifer A. Urban, "The Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity Or a Sufficient Modernization", *Indiana Law Review*, 49/3 (2016), s. 713.

⁶ Sinan Sami Akkurt, *Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Seçkin, 2018, s. 212.

⁷ Ramazan Çoban, "Sivil Havacılık Sektöründe Kural Dışı Yolcu Kavramı Üzerine Fenomenolojik Bir Araştırma", *Uluslararası Yönetim, İktisat ve İşletme Dergisi*, 18/1, 2022, s. 359.

⁸ Aaron B. Swerdlow, "Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention", *Issues in Aviation Law and Policy*, 10/1, Autumn 2010, s. 122.

⁹ Banu Bozkurt Bozabalı, *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin, 2013, s. 22; Nurdan Orbay Ortaç, *Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 32.

¹⁰ Christian Giesecke, "Unruly Passengers and Respective Passenger Rights / Die Hooligans der Luft und die Rechte Anderer Mitpassagiere / Les Passagers Hooligans et les Droits d'Autres Passagers Victimes", *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht – German Journal of Air and Space Law*, 51/4, 2002, s. 553.

kendisine verilen talimatlara aykırı davranan ve bu yolla uçuşun düzen ve disiplinini bozan kişiler “*dar anlamda kural tanımaz yolcu*” olarak ifade edilmektedir¹¹.

C. GENİŞ ANLAMDA KURAL TANIMAZ YOLCU

Kural tanımaz yolcu davranışlarıyla sadece uçak içinde değil, terminal binası, apron gibi yerlerde de karşılaşılmaktadır. Uçak içinde gerçekleştirilen kural tanımaz yolcu davranışları dar anlamda kural tanımaz yolcunun kapsamına girerken, terminal binası veya apron gibi yerlerde, diğer bir deyişle havaalanında kural tanımaz davranışlar sergileyen yolcular, dar anlamda yolcu tanımına uymamaktadır. Bu bağlamda, uçak içerisinde veya havaalanında davranış kurallarına, havaalanı yetkilileri veya uçuş ekibinin talimatlarına uymayan ve bu nedenle uçuş güvenliğini ve düzenini bozan yolcular “*geniş anlamda kural tanımaz yolcu*” olarak tanımlanmaktadır¹². Bu kapsamda kişinin, geniş anlamda kural tanımaz yolcu olarak kabulündeki ölçüt olarak, terminal içerisinde taşıyıcının ve adamlarının talimatı altına girdiği an ve yine talimatından çıktığı an esas alınmalıdır.

II. KURAL TANIMAZ YOLCU DAVRANIŞLARININ ALTINDA YATAN NEDENLER

Taşımanın sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli güvenliğin sağlanamaması, hava yoluyla gerçekleştirilen taşımaların gerçekleştiği ilk günlerden günümüze değin hava taşıma sektörünün en önemli problemlerinden biri olarak kabul edilmiştir¹³. Hava yoluyla gerçekleştirilen yolcu taşımalarında kural tanımaz yolcular tarafından gerçekleştirilen şiddet olayları, havacılık sektörünün gelişmesine ve dolayısıyla hava yoluyla taşımalara ulaşımın kolaylaşmasına paralel olarak bir artış göstermektedir¹⁴. Bu husus IATA tarafından da belirtilmiş olup, IATA tarafından sunulan belge ile 2021 yılında kural tanımaz yolcu vakalarının ortalama olarak 835 uçuşta bir görüldüğünü, buna kıyasla 2022 yılında bu sayının 568 uçuşta bir olduğu belirtilmiş ve¹⁵ yine aynı belgede kural tanımaz yolcu sayısında görülen bu artışın düzenlemelere taraf devletler ve havacılık endüstrisi tarafından endişeyle takip edildiği de ifade edilmiştir¹⁶. 2022'deki bu sayı, 2023 yılında ise 480 uçuşta bir olmuştur¹⁷.

Her kural tanımaz yolcu davranışının temelinde farklı sebepler yer almaktadır. Kural tanımaz yolcu davranışları, etnik, ekonomik veya sosyoekonomik sınıf farkı olmaksızın

¹¹ Bilge Erson Asar, “Uçuş Güvenliğine Bir Tehdit Olarak Kural Tanımaz Yolcu”, *Sivil Havacılık Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, İstanbul: onikilevha, 2019, s. 29.

¹² Erson Asar, *Uçuş Güvenliğine Bir Tehdit Olarak Kural Tanımaz Yolcu*, s. 28.

¹³ Adishta Yogaswara, “Immaterial Compensation for Passenger Who Had Traumatic Experiences in Air Passenger Transport”, *Corporate and Trade Law Review*, 2/1, 2022, s. 21.

¹⁴ Jae Woon Lee ve Andrew Harrington, “The Montreal Protocol 2014 and Unruly Passenger Cases on Board Aircraft: Is There Really a Jurisdictional Gap?”, *Issues in Aviation Law and Policy*, 16/1, 2016, s. 54.

¹⁵ ICAO RAAC/17-WP/41, Adressing The Rise in Unruly & Disruptive Passenger Incidents Onboard Flights, s. 1, Bkz. https://www.icao.int/SAM/Documents/2023-RAAC17/RAAC17_WP41_IATA%20Unruly%20Passengers.pdf

¹⁶ ICAO RAAC/17-WP/41, s. 2.

¹⁷ IATA Unruly Passengers Fact Sheet, May 2024, s. 1. Bkz. <https://www.iata.org/en/iata-repository/press-room/fact-sheets/fact-sheet---unruly-passengers/> (Erişim Tarihi: 07/08/2024).

toplumun her kesiminde ortaya çıkabilmektedir¹⁸. Kadın, erkek, genç, yaşlı olması veya uçuş sınıfı fark etmeksizin, yolcular tarafından kural tanımaz davranışlar sergilendiği görülmektedir¹⁹. Bu davranışların belirli bir topluma veya uçuş türüne özgülenmesi de imkansızdır²⁰. Yine kural tanımaz yolcu davranışlarının, hava taşımaları sırasında artış gösterdiği de ifade edilmiştir²¹. Bu davranışlar ekonomik, sosyal, psikolojik vb. nedenlerden kaynaklanabilir. Uçuş sürecinde yer alan ve bu süreci etkileyen bireysel, kişilerarası, toplumsal unsurlar kural tanımaz yolcu davranışlarını da etkilemektedir²².

Kural tanımaz yolcu davranışlarına yol açabilecek etkenler arasında en yaygın olanı aşırı alkol tüketimidir²³. Taşıma sırasında yolcuya iradesini etkileyecek düzeyde alkol servis edilmesi ve bunun sonucunda yolcunun saldırganlaşması kural tanımaz yolcu davranışları açısından en temel örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca yükseklikle birlikte, alkolün insan vücuduna etkisinin artması da bu durumu tetiklemektedir²⁴. Bunun haricinde *low-cost* olarak isimlendirilen düşük ücretle taşıma imkânı sunan havayollarının artması, yüksek ücretli havayollarının bütçe kesintisine gitmesi, havalimanı imkanlarının yetersizliği ve günümüzde bazı havalimanlarında yaygın olarak görülmeye başlayan gece uçuş yasaklarının da kural tanımaz yolcu davranışları üzerinde etkisinin olduğu söylenebilir²⁵. Bu bağlamda *low-cost* havayollarındaki düşük diz mesafesi, düşük bagaj sınırı ve küçük bagaj bölmeleri, küçük koltuk genişlikleri, anksiyete, uçuş korkusu, klostrofobi, önde oturan yolcunun koltuğu arkaya yatırması, bağlantı süresi kısa olan taşımalarda ilk uçuşun rötarlı gerçekleşmesi, kalkışta yaşanabilecek problemler ve hatta yorgunluk dahi kural tanımaz yolcu davranışlarını doğurabilecektir²⁶. Yine farklı uçuş sınıflarında kabin ekibinden beklenen hizmetler²⁷, yolcular ve uçuş ekibi arasındaki kültürel farklılıklar²⁸ da kural tanımaz yolcu davranışlarına yol açabilecektir. Bunların yanında özellikle yaşça büyük yolcular açısından dijitalizasyon (elektronik bilet makineleri ve insansız bagaj teslim kioskalarının kullanımı vb.) da kural tanımaz yolcu davranışlarına sebep olabilecektir²⁹. Yine uçak

¹⁸ Swerdlow, *Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention*, s. 107.

¹⁹ Margaret P. Fogg, "Air Rage: Is it a Global Problem? What Proactive Measures Can Be Taken to Reduce Air Rage, and Whether the Tokyo Convention Should Be Amended to Ensure Prosecution of Air Rage Offenders", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 7/2, Spring 2001, s. 520.

²⁰ Vernon Nase ve Nicolas Humprey, "Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention", *Journal of Air Law and Commerce*, 79/4, Fall 2014, s. 703.

²¹ Swerdlow, *Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention*, s. 107.

²² Nermin Taşkale, "Havacılıkta Kural Dışı Yolcular ve Hava Öfkesi", *Havacılık Psikolojisi: Kavramlar, Araştırmalar, Uygulamalar*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2022, s. 668.

²³ Urban, *The Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity Or a Sufficient Modernization*, s. 717.

²⁴ Sivil havayolu ile yolcu taşımalarında kabin basıncının 8000 feet (yaklaşık olarak 2438 metre) yüksekliğindeki ile eşdeğer tutulması nedeniyle alkol insan vücuduna daha hızlı nüfuz etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fogg, *Air Rage: Is it a Global Problem? What Proactive Measures Can Be Taken to Reduce Air Rage, and Whether the Tokyo Convention Should Be Amended to Ensure Prosecution of Air Rage Offenders*, s. 521.

²⁵ Nase ve Humprey, *Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention*, s. 702.

²⁶ Ruwantissa Abeyratne, "The Unruly Passenger: Is It Time to Think out of the Box", *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht – German Journal of Air and Space Law*, 67/2, 2018, s. 223-224.

²⁷ Nase ve Humprey, *Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention*, s. 712-713.

²⁸ Fogg, *Air Rage: Is it a Global Problem? What Proactive Measures Can Be Taken to Reduce Air Rage, and Whether the Tokyo Convention Should Be Amended to Ensure Prosecution of Air Rage Offenders*, s. 523.

²⁹ Nase ve Humprey, *Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention*, s. 712.

kaçırma teşebbüsleri de medyanın verdiği önem nedeniyle kişi veya kişi grupları tarafından güç sembolü olarak görülerek, kural tanımayan yolcu davranışı olarak kabul edilecektir³⁰.

Kural tanımayan yolcu davranışlarını doğuran en yaygın nedenler bir üst paragrafta saydığımız nedenler olmakla birlikte, sayılanlardan daha farklı nedenlerden dolayı da kural tanımayan yolcu davranışları ortaya çıkabilir. Bunun yanında bir hava yolu taşıyıcısı açısından kural tanımayan yolcu davranışlarının altında yatan en yaygın sebep, diğer bir hava yolu taşıyıcısı açısından ilk sıralarda olmayabilir ve hatta hiç yer almıyor da olabilir. Örneğin yiyecek-içecek servisinin yapıldığı bir hava taşımasında, alkol tüketimi kural tanımayan yolcu davranışlarının en yaygın nedeni olarak görülebilen, *low-cost* olarak adlandırılan ve ücretsiz yiyecek-içecek servisi yapılmayan bir hava yolu taşıyıcısında diz mesafesi kural tanımayan yolcu davranışlarının öncelikli sebebi olabilecek ve bu durumda alkol tüketimi *low-cost* hava yolu taşıyıcıları bakımından kural tanımayan yolcu davranışlarının nedenleri arasında son sıralarda yer bulacak ve hatta hiç yer almayacaktır. Buradan görülmektedir ki kural tanımayan yolcu davranışlarının nedenlerinin farklılaşması gibi, bu nedenlerin her bir taşıyıcı açısından önemi de farklılık göstermektedir.

III. KURAL TANIMAZ YOLCUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Hava yolu ile yolcu taşımalarında kural tanımayan yolcu vakalarının her geçen gün artması, bu hususta önlemlerin alınmasını da zorunlu kılar. Bu alanda belirlenmiş ortak kuralların bulunmaması ise farklı uygulamalara yol açar. Kural tanımayan yolcu hususunda 1963'e değin uluslararası bir düzenlemenin bulunmaması özellikle *Common Law* ülkeleri bakımından ülkesel yargı yetkisini benimsiyor olmaları ve uçağın ülke toprağı olarak kabul edilmemesi nedeniyle sorun yaratmaktaydı³¹. Buna karşılık Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkeler ise uçak içinde kural tanımayan davranışlarda bulunan kişilerin kendi vatandaşları olması halinde, yargılamayı kendileri gerçekleştirmekteydi³². Bu durum ise iki farklı hukuk sistemi arasında çatışmaya yol açmaktaydı.

Havacılık endüstrisi geliştikçe uçuş güvenliği ve hukuk düzeninin de değişikliklere uyum sağlaması beklenir³³. Bu nedenle, farklı hukuk sistemleri arasındaki çatışmaların önüne geçmek, uçuş güvenliğini sağlamak ve uçuş güvenliğine ilişkin toplumsal endişenin önüne geçmek amacıyla hükümetler ve hava taşıma endüstrisi birlikte çaba göstermiş ve günümüzde de göstermeye devam etmektedir³⁴. Bu çabanın bir sonucu olarak 14 Eylül 1963'de Japonya'nın Tokyo kentinde Uçaklarda İşlenen Suçlar ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Tokyo

³⁰ Urban, *The Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity Or a Sufficient Modernization*, s. 713.

³¹ Barbara E. Young, "Responsibility and Liability for Unlawful Interference in International Civil Aviation", *Air and Space Law*, 28/1, 2003, s. 14.

³² Young, *Responsibility and Liability for Unlawful Interference in International Civil Aviation*, s. 14.

³³ Carl E. Fumarola, "Stratospheric Recovery: Recent and Forthcoming Changes in International Air Disaster Law and its Effects on Air Terrorism Recovery", *Suffolk University Law Review*, 36/3, s. 841.

³⁴ Judith R. Karp, "Mile High Assaults: Air Carrier Liability under the Warsaw Convention", *Journal of Air Law and Commerce*, 66, Fall 2001, s. 1553.

Konvansiyonu akdedilmiştir³⁵. Böylelikle uçakta bulunan kişilerin ve uçuşun güvenliğini kural tanımaz davranışlarıyla tehlikeye atan yolculara karşı, farklı ülkelerin birlikte çalışması amaçlanmıştır³⁶. Konvansiyon uçak kaçırma eylemlerinin yeni başladığı dönemde bulunan yasal boşluğun bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır³⁷. Tokyo Konvansiyonu uçak içerisinde gerçekleştirilen kural tanımaz davranışların kontrol altına alınmasını uluslararası kurallara bağlama yönünden bir ilk olma özelliği taşımaktadır³⁸. Konvansiyon kapsamında yalnızca uçuş esnasında gerçekleştirilecek olan kurlsız yolcu davranışları düzenlenmiş olup (1963 Tokyo Konvansiyonu m. 1/3), bu bağlamda Konvansiyonun dar anlamda kural tanımaz yolcu tanımını benimsemiştir.

1963'de akdedilmiş olan Tokyo Konvansiyonu sonrasında 1970 yılında Uçakların Yasadışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında Lahey Sözleşmesi³⁹, 1971 yılında ise Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine Yönelik Montreal Sözleşmesi⁴⁰ ve 2010 yılında Uluslararası Sivil Havacılığa İlişkin Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Hakkında Pekin Konvansiyonu⁴¹ akdedilmiştir. Fakat bu düzenlemeler kural tanımaz yolcuya müdahaleyi düzenlemediği için yalnızca isimlerini vermekle yetinmekteyiz.

1963 Tokyo Konvansiyonu hava taşımacılık sektöründe yaşanan yeni gelişmeler sonucunda eleştirilere uğramıştır ve tadil ihtiyacı dile getirilmiştir⁴². Zamanla uçak kaçırma olaylarının artmasının yanında, daha küçük kural tanımaz davranışlarda da artış yaşanması, Konvansiyonun kural tanımaz yolcularla mücadele hususunda yeterli çözümü sağlayamamasına yol açmıştır⁴³. Konvansiyon, öncelikli olarak yargı yetkisine ilişkin düzenlemeler bakımından eleştirilere uğramıştır⁴⁴. Konvansiyon ayrıca; suçların tanımı, hava yolu taşıyıcısının rücu hakkı ve Konvansiyonun uygulama alanına ilişkin düzenlemelerin belirli olmaması nedeniyle de eleştirilmiştir⁴⁵. Bu kapsamda, özellikle kural tanımaz yolcu nedeniyle başka bir hava alanına iniş gerçekleştirmesi halinde ortaya çıkabilecek yüksek masraflar nedeniyle kural tanımaz yolcuya

³⁵ Sözleşme metni için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc058/kanuntbmmc058/kanuntbmmc05801889.pdf. Konvansiyona taraf devletlere ilişkin bilgi için bkz. https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Tokyo_EN.pdf.

³⁶ Urban, *The Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity Or a Sufficient Modernization*, s. 715.

³⁷ Erson Asar, *Uçuş Güvenliğine Bir Tehdit Olarak Kural Tanımaz Yolcu*, s. 31.

³⁸ Swerdlow, *Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention*, s. 111.

³⁹ Sözleşmeye taraf devletlere ilişkin bilgi için bkz. https://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties/hague_en.pdf.

⁴⁰ Sözleşmeye taraf devletlere ilişkin bilgi için bkz. https://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties/mtl71_en.pdf.

⁴¹ Konvansiyona taraf devletlere ilişkin bilgi için bkz. https://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties/beijing_conv_en.pdf.

⁴² Urban, *The Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity Or a Sufficient Modernization*, s. 714.

⁴³ Urban, *The Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity Or a Sufficient Modernization*, s. 716.

⁴⁴ Lee ve Harrington, *The Montreal Protocol 2014 and Unruly Passenger Cases on Board Aircraft: Is There Really a Jurisdictional Gap?*, s. 54.

⁴⁵ Lee ve Harrington, *The Montreal Protocol 2014 and Unruly Passenger Cases on Board Aircraft: Is There Really a Jurisdictional Gap?*, s. 55.

rücu edilip edilemeyeceği hususu taşıyıcılar açısından büyük önem arz etmiştir⁴⁶. Bu eleştiriler sonucunda 1963 Tokyo Konvansiyonu 2014 yılında Havaaeralarında İşlenen Suçlar ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Tokyo Sözleşmesini Tadil Eden Montreal Protokolü akdedilmiştir⁴⁷.

Bu düzenlemelerin yanında ICAO (*International Civil Aviation Organization-Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü*) tarafından da kural tanımaz yolculara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden ilki 1974 yılında kabul edilen “Güvenlik: Kanunsuz Girişimlere Karşı Uluslararası Sivil Havacılığın Korunması” başlıklı ICAO Ek-17 belgesidir. Belgeye göre, taraf ülkeler yolcu, uçuş ekibi, yer personeli ve kamunun sivil havacılıktaki kanunsuz fiillere karşı güvenliğini sağlamakla yükümlü kılınmıştır⁴⁸. Bu düzenlemede kural tanımaz yolcu için “*rahatsız edici yolcu (disruptive passenger)*” terimi tercih edilmiştir⁴⁹. Düzenlemeye göre bir havaalanı veya uçak içerisinde havaalanı yetkilileri veya uçuş ekibinin talimatlarına uymayan ve bu nedenle havaalanı veya uçakta düzen ve disiplini bozan kişiler, rahatsız edici yolcu olarak tanımlanmıştır⁵⁰. Bu kapsamda ICAO Ek-17’nin, 1963 Tokyo Konvansiyonu ve onu tadil eden 2014 Montreal Protokolü’nün aksine, geniş anlamda kural tanımaz yolcu kavramını benimsediği görülebilmektedir.

ICAO tarafından getirilen diğer düzenleme ise 2002 yılında düzenlenmiş olan 288 numaralı ICAO Sirküleridir. Sirkülerin amacı, ulusal düzeyde kabul edilebilecek veya kanunlaştırılabilir hususlarla ilgilenmek üzere model kanunlar ortaya koymaktır⁵¹. Sirküler bu bağlamda ulusal mevzuatların, kural tanımaz yolculara ilişkin sorunun gerektirdiği şekilde oluşturulmasına hizmet etmektedir⁵². Sirküler, ICAO Ek-17’den farklı olarak “*Kural tanımaz veya rahatsız edici yolcu (unruly or disruptive passenger)*” terimini tercih etmiştir. Yine Sirkülerde yer alan kural tanımaz yolcunun tanımı da, ICAO Ek-17’den farklılaşmıştır. Sirküler, kural tanımaz yolcuyu, uçak içinde davranış kurallarına saygı göstermeyen ve uçuş ekibinin talimatlarına uymayarak uçaktaki düzen ve disiplini bozan yolcular olarak tanımlamıştır⁵³. Görüldüğü üzere Sirküler, ICAO Ek-17’den farklı olarak geniş anlamda kural tanımaz yolcu kavramını değil, dar anlamda kural tanımaz yolcu kavramını tercih etmiştir. 2014 Montreal Protokolü sonrası, Sirkülerin de tadil edilmesi gerektiği hususunda eleştiriler gelmiştir⁵⁴.

Sirkülerin uğradığı eleştiriler sonucu, ICAO tarafından Sirküleri tadil etmek amacıyla 2019’da, 10117 sayılı Kural Tanımaz ve Rahatsız Edici Yolcuların Hukuki Boyutlarına

⁴⁶ Lee ve Harrington, *The Montreal Protocol 2014 and Unruly Passenger Cases on Board Aircraft: Is There Really a Jurisdictional Gap?*, s. 55.

⁴⁷ Protokol metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/11/20181103M2-9.pdf>. Türkiye gerek 1963 Tokyo Konvansiyonu, gerek Konvansiyonu tadil eden 2014 Montreal Protokolü’ne taraf olup, Protokole taraf devletlere ilişkin bilgi için bkz. https://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties/montreal_prot_2014_en.pdf.

⁴⁸ ICAO Annex 17, 10 Ed., 2017, s. 2-1.

⁴⁹ ICAO Annex 17, 10 Ed., 2017, s. 1-2.

⁵⁰ ICAO Annex 17, 10 Ed., 2017, s. 1-2.

⁵¹ Nase ve Humprey, *Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention*, s. 720.

⁵² Erson Asar, *Uçuş Güvenliğine Bir Tehdit Olarak Kural Tanımaz Yolcu*, s. 33.

⁵³ ICAO Cir. 288, 1 Ed., 2002, s. 1.

⁵⁴ Ruwantissa Abeyratne, “Protocol to the Tokyo Convention of 1963: A Legal Triumph or Damp Squib?”, *Air and Space Law*, 39/4-5, 2014, s. 258.

Yönelik Rehber çıkarılmıştır⁵⁵. Çıkarılan bu rehberde de yalnızca uçak içinde gerçekleşecek olan kural tanımaz yolcu davranışlarına vurgu yapılmıştır⁵⁶. Bu bağlamda, Rehberin de tıpkı Sirkülerde olduğu gibi dar anlamda kural tanımaz yolcu kavramını benimsediği görülebilmektedir.

B. ULUSAL DÜZENLEMELER

Kural tanımaz yolcuya ilişkin olarak ulusal hukukumuzda farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Bu düzenlemelerden ilki 1920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda yer almaktadır⁵⁷. TSHK m. 104'e göre her yolcu, milletlerarası anlaşmalar, kanun hükümleri, meydan otoritesi ve taşıyanın talimatlarına uymak ve uçuşun düzen ve disiplinini bozacak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Hükümde meydan otoritesi kavramının kullanılması, 1963 Tokyo Konvansiyonu, onu tadil eden 2014 Montreal protokolü, 288 no'lu Sirküler ve onu tadil eden Rehberin aksine geniş anlamda kural tanımaz yolcu kavramının benimsendiğini göstermektedir.

Kural tanımaz yolcuya ilişkin hukukumuzdaki ikinci düzenleme ise Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelik (SHY-İPC)'tir⁵⁸. Yönetmelik kapsamında kural tanımaz yolcu, uçağa binildiği andan, indikten sonra kapının açılmasına kadar geçen sürede, yolcu veya personelin güvenlik veya düzenini tehlikeye atan davranışlarda bulunan, uçağa zarar veren, kurallara ve talimatlara uymayan, tehdit eden kişiler olarak tanımlanmıştır. Bu tanım Yönetmelik tarafından, TSHK'dan farklı olarak, dar anlamda kural tanımaz yolcu kavramının benimsendiğini gösterir. Bir düzenleme niteliği taşımamakla birlikte DHMİ tarafından çıkarılan Havacılık Terimleri Sözlüğü de kural tanımaz yolcuları, uçağın kalkışı öncesi kapının kapanmasından indikten sonra kapının açılmasına kadar geçen sürede yolcu veya personelin düzen ve disiplinini bozan kişi olarak tanımlamış ve dar anlamda kural tanımaz yolcu kavramını benimseyerek Yönetmelik ile aynı doğrultuda bir anlayış benimsemiştir⁵⁹.

IV. KURAL TANIMAZ YOLCUYA MÜDAHALE EDİLMESİ VE MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUK

A. GENEL OLARAK

Kural tanımaz yolcular, taşıma esnasında sergiledikleri davranışlar ile huzursuzluk meydana getirmekte, diğer yolcuların ve uçuş ekibinin sağlığını, huzurunu ve güvenliğini tehlikeye atmakta ve taşıyıcı açısından operasyonel aksaklıklara yol açarak, zarara uğramasına yol açmaktadır⁶⁰. Kural tanımaz yolcuya ilişkin, yolcuya müdahale edilmesi hususu ilk olarak 1963 Tokyo Konvansiyonunda düzenlenmiştir. 1970 Lahey Sözleşmesi ve 1971 Montreal

⁵⁵ ICAO Doc. 10117, 1. Ed., 2019.

⁵⁶ ICAO Doc. 10117, 1. Ed., 2019, s. 2-1.

⁵⁷ 1920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu 19.10.1983 tarihli ve 18196 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁸ Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelik (SHY-İPC) 29.01.2013 tarihli ve 28543 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 01.01.2014'de yürürlüğe girmiştir.

⁵⁹ Havacılık Terimleri Sözlüğü, DHMİ Genel Müdürlüğü, 2022, s. 86.

⁶⁰ IATA Unruly Passenger Fact Sheet, May 2024, s. 1.

Sözleşmesi ise kural tanımaz yolcuyu düzenlemekle birlikte müdahale hususuna değinmemiştir⁶¹. 1963 Tokyo Konvansiyonu ile uçakta kural tanımaz yolcu davranışıyla karşılaşıldığında, kimin yetkili sıfatıyla müdahalede bulunabileceği, kural tanımaz yolcuya ilişkin yargı yetkisi gibi hususlar düzenlenmiş ve bu düzenleme ile uçuş güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır.

B. MÜDAHALE ETME YETKİSİ

1. Kaptan Pilot

1963 Tokyo Konvansiyonu m. 6/1, kural tanımaz yolculara müdahaleye ilişkin olarak uçağın kaptan pilotunu yetkilendirmiştir. Hükme göre kaptan pilot, kural tanımaz yolcunun, kural tanımaz bir fiili işlediği veya tamamladığı veya işlemek veya tamamlamak üzere olduğu hususunda haklı bir kanaate sahipse uçak içerisindeki şahısların ve malların güvenliğini sağlamak düzen ve disiplini muhafaza etmek ve kural tanımaz yolcunun yetkili otoritelere teslimi amacıyla tedbir alabilir (1963 Tokyo Konvansiyonu m. 6/1)⁶². Bu bağlamda sorumlu kaptan pilot uçaktaki en yetkili kişi olarak kabul edilir⁶³.

Pilotun, kendisine tanınan müdahale yetkisini bizzat kullanması gerekmemektedir. Kural tanımaz yolcular nedeniyle çıkan olaylar, pilotların dikkatini dağıtabilmekte ve hatta pilotların kokpiti terk ederek uçuş güvenliğini tehlikeye atmasına yol açmaktadır⁶⁴. Bu durum ise devamında pilotun ciddi hatalar yapabilmesine neden olmaktadır⁶⁵. Bu kapsamda pilotlar, kural tanımaz yolcu vakaları ile karşılaştıklarında daha hızlı veya yanlış irtifada seyretmek, yanlış piste iniş gerçekleştirmek ve kule tarafından kendisine iletilen güzergahtan başka güzergahı izlemek gibi hatalar yapabilmektedir⁶⁶. Bunların yanında kural tanımaz yolcu nedeniyle pilotun başka bir havaalanına yönelmek durumunda kalması da, taşıyıcılar açısından ekonomik giderin mümkün olduğunca azaltılmaya çalışıldığı günümüz havacılık endüstrisinde, kaptan pilotun hata yapmasına neden olabilecektir⁶⁷. Aynı zamanda pilotun kural tanımaz yolcuya müdahale için kokpit kapısını açarak kokpiti terk etmesinin güvenlik zafiyeti oluşturarak, pilotların hayatını tehlikeye attığı ve hatta ölümüne yol açtığı da görülmektedir⁶⁸.

⁶¹ Bkz. III/A.

⁶² Kaptan pilot, sadece başka çözüm yolu bulunmadığı takdirde, yolcuyu otoritelere teslim etmelidir. Aksi bir durum, temel hak ve hürriyetler arasında yer alan ve Türk Hukukunda da Anayasa m. 23 ile düzenlenmiş bulunan seyahat hürriyetinin ihlalinin doğuracaktır.

⁶³ Seda Korkmaz, "Havacılıkta Uçak İçerisinde Kuraldışı Yolcular ve Kuraldışı Yolcu Kategorileri", *Uluslararası Sivil Hava Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı*, İstanbul, onikilevha, 2020, s. 43.

⁶⁴ Sverdlow, *Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention*, s. 106.

⁶⁵ Sverdlow, *Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention*, s. 108.

⁶⁶ Sverdlow, *Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention*, s. 110.

⁶⁷ Lee ve Harrington, *The Montreal Protocol 2014 and Unruly Passenger Cases on Board Aircraft: Is There Really a Jurisdictional Gap?*, s. 55.

⁶⁸ 1999 yılında All Nippon Airways tarafından gerçekleştirilen uçuşta kural tanımaz yolcunun bir kabin görevlisini rehin alması sonucu, pilotun kokpit kapısını açmasıyla yolcu, pilotu elinde bulundurduğu bıçak ile yaralayarak ölümüne neden olmuştur. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. https://www.ana.co.jp/eng/about-tana/press/1999/990722_2.html.

Pilotun kural tanımaz yolcuya bizzat müdahale etmesi durumunda hata riskinin yükseleceğini öngören Konvansiyon, kaptan pilotun mürettebatın diğer üyelerinden yardım isteyebileceği veya onlara müsaade edebileceğini, yolculardan ise mecbur etmemek şartıyla yardım isteyebileceği veya yolculara müsaade edebileceğini düzenlemiştir (1963 Tokyo Konvansiyonu m. 6/2). Hükümde yer alan, mürettebat ve yolculara ilişkin farka dikkat çekmek gerekir. Yolculara ilişkin düzenlemede yer alan “mecbur etmeme şartıyla” ifadesi, kaptan pilotun yolculardan yardım isteyebilmekle birlikte onları bu hususta zorlayamayacağını, dolayısıyla yolculara emir ve talimat verme yetkisinin mevcut olmadığını gösterir. Buradan anlaşılmaktadır ki yardım istenen kişi veya grubun, yolcu değil de mürettebat olması halinde bu kişiler kaptan pilotun emir ve talimatlarına uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülük aynı zamanda, bu kişilerin “*taşıyıcının adamı*” olmalarının doğal bir sonucu olarak da ortaya çıkmaktadır.

1963 Tokyo Konvansiyonu ile getirilen bu düzenleme, 2014 Montreal Protokolü’nde de korunmuştur. Hüküm kapsamında, tıpkı 1963 Tokyo Konvansiyonu gibi, kural tanımaz yolcuya müdahale yetkisini kaptan pilot bizzat kullanabileceği gibi, mürettebatın kalanından yardım isteyebilecek ve bu maksatla emir ve talimat verebilecek fakat yolculardan yardım talep etmesi imkânı da olmakla birlikte yolculara emir ve talimat veremeyecektir.

2. Mürettebat veya Yolculardan Herhangi Biri

1963 Tokyo Konvansiyonu m. 6/2 ile aynı zamanda, yolcu ve mürettebatın, derhal müdahale gerektiren bir olay olması halinde, kaptanın izni veya emir veya talimatı bulunmaksızın yolcuların ve malların güvenliğini sağlamak için müdahalede bulunabileceği düzenlenmiştir. Fakat mürettebat veya yolcuların müdahalesi yalnızca güvenlikle ilgili, önleyici ve kural tanımaz davranışın önlenmesi bakımından derhal gerçekleştirilmesi gerekli mahiyette olmalıdır⁶⁹. Bu kapsamda, yolcu veya mürettebatın müdahalesi için ayrıca kaptan tarafından yetkilendirilmelerine gerek bulunmamakta olup, bu kişiler bizzat kendi iradeleriyle hareket ederek, kural tanımaz yolcuya müdahalede bulunabilecektir. Bu düzenleme, 2014 Montreal Protokolü m. VII ile de korunmuş olup, yolcu veya mürettebatın inandırıcı sebeplere sahip olması halinde yetkilendirmeye ihtiyaç olmadan, kural tanımaz yolcuya müdahale edebileceği ifade edilmiştir.

3. Uçak İçi Güvenlik Görevlisi

Kural tanımaz yolculara müdahale edebilecek diğer bir grup ise uçak içi güvenlik görevlileri (In Flight Security Officer-IFSO)’dir. Uçağın kapılarının kapanmasından itibaren, güvenlik ve düzen ancak sınırlı insan kaynağıyla sağlanabileceği için, uçuş güvenliğinin sağlanması hususunda uçak içi güvenlik görevlileri önem arz etmektedir⁷⁰. Uçak içi güvenlik görevlileri 1963 Tokyo Konvansiyonu’nda yer almamış olup, ilk kez 2014 Montreal Protokolü ile düzenlenmiştir. Protokolün çevirisinde “*havaaracı güvenlik memuru*” terimi kullanılmıştır⁷¹. Kanımızca burada kullanılan terim hatalı olup, İngilizce metindeki “*in flight (uçuş içi)*” kavramıyla örtüşmemektedir.

⁶⁹ Swerdlow, *Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention*, s. 118.

⁷⁰ Erson Asar, *Uçuş Güvenliğine Bir Tehdit Olarak Kural Tanımaz Yolcu*, s. 46.

⁷¹ Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/11/20181103M2-9.pdf>.

Protokole göre uçak içi güvenlik memuru haklı gerekçenin bulunması halinde kural tanımaz yolcuya karşı gerekli tüm tedbirleri, herhangi bir yetkilendirme aranmaksızın alabilmektedir (2014 Montreal Protokolü m. VII). Bu nedenle uçak içi güvenlik görevlilerinin kural tanımaz yolculara müdahalesinde kaptan pilotun emir ve talimatına ihtiyaç olmadığı gibi, kaptan pilotun uçak içi güvenlik görevlilerine emir ve talimat verme yetkisinin bulunmadığı da görülecektir. Fakat kaptanın uçak içi güvenlik görevlisinden yardım talep etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır⁷².

C. MÜDAHALENİN GERÇEKLEŞTİRİLDİĞİ YER

1963 Tokyo Konvansiyonu'nda Konvansiyon hükümlerinin yalnızca uçuş halinde gerçekleşen fiillere uygulanacağı belirtilmiştir (m. 1/2). Hükümün devamında uçuş halinden ne anlaşılması gerektiği de açıklanmıştır. Buna göre uçuş, uçağın motor gücünün kalkış amacıyla kullanılmaya başlanmasıyla başlayacak ve iniş son bulunca sonlanmış olacaktır. 2014 Montreal Protokolü ise gelen eleştiriler doğrultusunda, uçuş sürecinin kapsamı hususunda tadil yoluna gitmiştir. Protokole göre, uçuş yolcu binışinden sonra uçağın kapılarının kapatılmasıyla başlayacak ve inişten sonra kapıların açılmasıyla son bulacaktır (m. 2). Protokolün getirdiği düzenleme ile uçağın kapıları kapanmadan önce gerçekleştirilen kural tanımaz yolcu davranışları Konvansiyon kapsamı dışında kalacak olup, bu husus doktrinde eleştirilmiştir⁷³. Bu durumda uçağın kapıları kapanmadan önce, uçağın yardımcı güç ünitesi (*Auxiliary Power Unit-APU*) vasıtasıyla kalkışına hazırlandığı süre uçuş dahilinde kabul edilmeyecek, dolayısıyla yolcu, kural tanımaz davranışı uçak içinde gerçekleştirmesine rağmen Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır⁷⁴.

D. MÜDAHALENİN ÖLÇÜSÜ

1963 Tokyo Konvansiyonu kural tanımaz yolcuya yapılacak müdahalenin ölçüsünü de düzenlemiştir. Konvansiyon m. 6'da kaptan pilotun, yolcunun kural tanımaz yolcu davranışı gerçekleştirebileceğine yönelik haklı bir kanaatinin bulunması halinde, "*makul (reasonable)*" tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Buradan görülmektedir ki, kural tanımaz yolcunun gerçekleştirdiği fiil ile ona yapılacak müdahale arasında bir denge bulunmalı ve kural tanımaz yolcunun gerçekleştirdiği davranışla aynı ölçüde bir karşılık verilmelidir. Kaptan pilotun, kural tanımaz yolcunun kontrol altına alınması hususunda mürettebat veya yolculardan yardım istemesi halinde, bu kişilerin gerçekleştireceği müdahalelerin de makul olması aranır. Ayrıca bu kişilerin yetkilendirilmeden müdahalede bulunmalar halinde, yapılacak müdahalenin yine makul ölçüde olması aranır. Kaptan pilot, makul ölçüde müdahale ile kontrol altına alınan yolcuların davranışlarının ciddi bir suç teşkil ettiği kanaatindeyse, ayrıca Konvansiyon gereğince bu yolcuları, uçağın indiği akit devlet yetkililerine teslimle yükümlüdür (1963 Tokyo

⁷² Erson Asar, *Uçuş Güvenliğine Bir Tehdit Olarak Kural Tanımaz Yolcu*, s. 47.

⁷³ Liu Hao, "On the Punishment of Unruly/Disruptive Passengers and the Modernization of the Tokyo Convention", *China Legal Science*, 3/1, 2015, s. 113; Ruwantissa Abeyratne, "A Protocol to Amend the Tokyo Convention of 1963: Some Unanswered Questions", *Air and Space Law*, 39/1, 2014, s. 54.

⁷⁴ Abeyratne, *A Protocol to Amend the Tokyo Convention of 1963: Some Unanswered Questions*, s. 55.

Konvansiyonu m. 9/1). Pilot, ayrıca inişten ve yolcuyu teslim etmeden önce bu hususta yetkili makamlara bilgilendirmede bulunmalıdır (1963 Tokyo Konvansiyonu m. 9/2).

E. YETKİLİ MAHKEME

1963 Tokyo Konvansiyonu kural tanımaz yolculara karşı, yargılama yetkisini de düzenlemiş bulunmaktadır. Konvansiyon m. 3'e göre uçağın tescil devleti, kural tanımaz davranışlar hususunda yargılama yetkisini haiz olacaktır. Bu kapsamda her akit devlet, tescil devleti olarak gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (1963 Tokyo Konvansiyonu m. 3/2). Bu durum ise, iniş yapılan hava meydanının bulunduğu devletin tescil devleti olmaması halinde, bu devletin yargı yetkisini haiz olmaması sonucuna yol açmakta ve yolcuların yargılamadan kurtulmalarına imkân tanımaktaydı⁷⁵.

1963 Tokyo Konvansiyonu m. 4'de ise istisnai bazı hallerde, tescil devleti olmayan devletin müdahalede bulunabilmesine imkân sağlamıştır. Buna göre suçun neticeleri o devlette gerçekleşmiş ise, suç o devlet uyruğu veya o devlet uyruğuna karşı veya o devlette daimî ikametgahı bulunan biri tarafından veya ona karşı işlenmişse, suç o devlet güvenliğinde tehlike yaratıyorsa, suç o devlette yürürlükte olup, uçakların uçuş ve manevrasına ilişkin kural ve düzenlemeleri ihlal ediyorsa veya yargılama yetkisi bir milletlerarası anlaşma gereği uygulanıyorsa, bu halde tescil devleti olmayan devlet de müdahalede bulunabilecektir.

2014 Montreal Protokolü ile Konvansiyonda düzenlenen yargı yetkisi genişletilmiştir. Buna göre tıpkı Konvansiyonda yer aldığı gibi tescil devleti yetkili olacak, fakat bu devletin yanında iniş yapılan hava meydanının bulunduğu devlet ve taşıyıcının bağlı bulunduğu devlet (işleticinin devleti) de yetkili olacaktır (2014 Montreal Protokolü m. IV).

F. TAŞIYICININ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Hava yoluyla gerçekleştirilecek bir yolcu taşımasında, yolcu ile taşıyıcı arasındaki ilişkinin asli unsurunu taraflar arasındaki taşıma sözleşmesi oluşturur⁷⁶. Yolcu ile taşıyıcı arasında akdedilecek taşıma sözleşmesi ile yolcu taşıma karşılığında, taşıyıcıya bir ücret ödemeyi üstlenir (1999 Montreal Konvansiyonu m. 1/1). Taşıyıcı ise yolcunun ödediği ücret karşılığında yolcuyu sağ ve salim olarak kalkış noktasından, varış noktasına taşımakla yükümlüdür (1999 Montreal Konvansiyonu m. 17). Taşıyıcı bu yükümlülüğünü yerine getirirken yolcunun zarara uğramaması için tüm tedbirleri almak ve ayrıca tacir sıfatını haiz olması durumunda basiretli iş insanı gibi davranmakla yükümlüdür⁷⁷. Bu yükümlülük Türk hukukunda da taşıyıcının tacir olmasının doğal bir sonucu olarak Türk Ticaret Kanunu m.18/2 hükmünden doğar. Yine Türk Ticaret Kanunu m. 850/3'de yer alan taşıma işlerinin ticari işletme faaliyeti olduğu hükmü de taşıyıcının tacir olması ve basiretli iş insanı gibi davranmakla yükümlü olması sonucuna ulaşmamızı sağlar. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını düzenleyen TTK m. 876

⁷⁵ Erson Asar, *Uçuş Güvenliğine Bir Tehdit Olarak Kural Tanımaz Yolcu*, s. 41.

⁷⁶ Akkurt, *Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, s. 161; Bozkurt Bozabalı, *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, s. 31; İlyas Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu*, İstanbul, onikilevha, 2015, s. 12.

⁷⁷ Orbay Ortaç, *Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk*, s. 33.

hükmü de taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen zararın gerçekleşmesine engel olmaması halinde sorumluluktan kurtulacağını ifade ederek, taşıyıcının özen yükümlülüğünü belirtmiştir. Taşıyıcının aynı zamanda mürettebat ve teknik personelin seçimi hususunda da bir özen yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁸. Kanımızca personelin seçimi hususundaki bu yükümlülük, personelin eğitimi hususunda da devam etmektedir. Bu bağlamda, personelin kural tanımaz yolculara ilişkin olarak eğitilmesi de taşıyıcının özen borcunun kapsamı dahilinde yer alacaktır. Günümüzde taşıyıcının kural tanımaz yolculara karşı daha proaktif olması, olumsuz bir sonuç ortaya çıkmadan, sonucun meydana gelmemesi için önceden önlem alınmış olması beklenmektedir⁷⁹. Bu kapsamda taşıyıcı kural tanımaz yolcu davranışlarının önüne geçmek amacıyla, şirket politikaları ortaya koymak ve uçuş ekibine, kural tanımaz yolculara ilişkin gerekli eğitimleri vermekle yükümlüdür⁸⁰. Yine taşıyıcı, uçak içinde de gerekli önlemleri almış olmalı ve kural tanımaz yolcunun, uçuş, başka bir yolcu veya mal üzerinde güvenlik riski yaratmasına izin vermemelidir. Bu kapsamda taşıyıcı, 1963 Tokyo Konvansiyonu ile kaptana (ve dolayısıyla taşıyıcının adamı olarak kabulü nedeniyle taşıyıcıya) tanınmış olan müdahale yetkisini kullanarak bir zararın meydana gelmesinin önüne geçmelidir.

Kural tanımaz yolcuya müdahale ile kural tanımaz yolcunun davranışı arasında bir denge olmalı, müdahale Konvansiyonda düzenlenmiş bulunan makul ölçüyü geçmemelidir. Müdahalenin makul ölçüde olması halinde taşıyıcı, kaptan pilot, mürettebat veya yolcu Konvansiyon kapsamında yargılamadan muaf olacaktır (1963 Tokyo Konvansiyonu m. 10). Buradaki düzenleme taşıyıcı için getirilmiş bir sorumsuzluk hali olarak kabul edilebilir. Müdahalenin makul ölçüyü aşması, diğer bir deyişle kural tanımaz yolcu davranışı ile yapılan müdahale arasında açık bir oransızlık bulunması halinde ise 1999 Montreal Konvansiyonu kapsamında, bir “kaza”dan bahsedilecek ve taşıyıcının sorumluluğu doğacaktır⁸¹. Bu halde taşıyıcı 1999 Montreal Konvansiyonu kapsamında düzenlenmiş bulunan iki kademeli ve “two-tier” olarak adlandırılan sorumluluk rejimine tabi olacaktır⁸² (1999 Montreal Konvansiyonu m. 21). 1999 Montreal Konvansiyonu’nda kazanın tanımı yapılmamış olup, yaygın kabul edilen tanıma göre kaza; olağanüstü, beklenmedik ve yolcunun iradesi dışında gerçekleşmiş olmalıdır⁸³. Kural tanımaz yolcuların birçoğu davranışlarının yanlış olduğunun bilincinde olmakla birlikte, kendilerine yapılan müdahalenin de makul ölçüde olması beklenir. Bu yolculara yapılabilecek

⁷⁸ Orbay Ortaç, *Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk*, s. 33.

⁷⁹ Karp, *Mile High Assaults: Air Carrier Liability under the Warsaw Convention*, s. 1568.

⁸⁰ Karp, *Mile High Assaults: Air Carrier Liability under the Warsaw Convention*, s. 1568.

⁸¹ *Berlin v. Jetblue Airways Corp.*, (E.D.N.Y. May. 5, 2022)(Casetext, Erişim Tarihi: 05.07.2024). Uyuşmazlığa konu olayda bipolar bozukluğu olan yolcu, fenalaştığını düşünerek kabin ekibinden buz (ices) istemiş, kabin ekibi ise yolcunun bir terör örgütünün ismini (ISIS) belirttiğini düşünerek yolcuya makul ölçüyü aşan müdahalede bulunmuşlardır. Mahkeme makul ölçüyü aşan müdahaleyi kaza olarak değerlendirmekle birlikte, yolcunun ifadelerinde gelişmeler bulunduğuna ilişkin tazminata hükmetmemiştir.

⁸² Bu sorumluluk rejimi kapsamında taşıyıcı, yolcunun ölümü veya bedensel bir zarara uğraması halinde, güncel olarak 151.880 SDR(*Special Drawing Right-Özel Çekme Hakkı*)’a kadar olan zararlardan kusursuz sorumlu olacak, bu miktarın üzerinde yer alan zararlardan ise kusuru oranında sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk rejimine göre taşıyıcının sınırsız sorumluluğundan bahsedilecektir. Güncel sorumluluk miktarı için bkz. https://www.icao.int/secretariat/legal/LEB%20Treaty%20Collection%20Documents/2024_Revised_Limits_of_Liability_Under_the_Montreal_Convention_of_1999_en.pdf.

⁸³ *Air France v. Saks*, (470 U.S. 392)(Casetext, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

müdahalenin makul ölçüyü aşması ise müdahalenin irade dışı, olağanüstü ve beklenmedik olması sonucunu; dolayısıyla kaza olarak kabulü sonucunu ortaya çıkarır. Fakat 1963 Tokyo Konvansiyonu ile 1999 Montreal Konvansiyonu düzenlemeleri arasındaki farklar bazı belirsizlikler doğurmaktadır.

Konvansiyonlar arasındaki farklılığın doğurduğu ilk belirsizlik taşıma süresine ilişkindir. 2014 Montreal Protokolü ile tadil edilmiş 1963 Tokyo Konvansiyonu uçuşun başlama ve bitiş anını, uçağın kapılarının kapanması ve açılması olarak kabul ederken; 1999 Montreal Konvansiyonu'na göre taşıma süresi ve uçuş daha geniş anlaşılmalıdır. Bu bağlamda Montreal Konvansiyonu'na göre yolcunun, terminal binasında güvenlik noktasından sonra yalnızca yolcuların girebileceği bölüme girmesiyle uçağa biniş işlemlerinin başladığı kabul edilir⁸⁴. Hava aracına biniş ve iniş işlemleri birbiri ardı sıra gerçekleşen işlemlerin bütününden oluşmaktadır⁸⁵. Bilinmelidir ki 1999 Montreal Konvansiyonu kapsamında uçağa biniş işlemleri hiçbir zaman uçuş merdiveni veya yolcu biniş körüğünden geçerek uçağa girmek anlamında kabul edilmemektedir⁸⁶. Burada taşımanın ve dolayısıyla 1999 Montreal Konvansiyonunun uygulama alanına ilişkin üçlü bir değerlendirme yapılmalı ve yolcunun işlemleri; yolcunun faaliyeti, yolcunun bulunduğu yer ve taşıyanın yolcu üzerindeki denetimi yönünden değerlendirilmelidir⁸⁷. Bu bağlamda özellikle yolcunun; taşıyıcının veya onun adamlarının (havaalanı yer personeli ve mürettebat) talimatına girmesiyle taşıma başlayacak ve taşıyıcının direktif ve kontrolünden çıkıp terminal binasında emniyetli olarak serbest iradesiyle hareket edebildiği anda taşıma sonlanmış olacaktır⁸⁸.

Taşımanın başladığı anın farklı kabul edilmesi, kural tanımaz yolcuya müdahaleye ilişkin ilk sorunu ortaya çıkaracaktır. 1963 Tokyo Konvansiyonu ile uçuşun başlaması anı, uçak kapılarının kapanması olarak kabul edildiği için terminal binası veya aprondaki bir yolcunun, kural tanımaz yolcu davranışları sergilemesi halinde Konvansiyonun uygulama alanı bulması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla Konvansiyonda yer alan “makul ölçüde” müdahale hükmünün uygulanması da imkansızdır. Fakat buradan, yerdeki kural tanımaz yolcuya makul ölçüyü geçecek derecede müdahale edildiğine izin verildiği anlamı çıkarılmamalıdır. Kanımızca 1963 Tokyo Konvansiyonu'nda uçuşun kapsamının daha dar olmasının nedeni kaptan pilotun yetkisini ve sorumluluğunun bulunduğu süreci sınırlandırmak amaçlı getirilmiştir. Kaldı ki hukuk dışı veya suç içeren davranışların terminal veya apronda gerçekleşmesi halinde, bu

⁸⁴ Ashley Tang, “Surprises in The Skies: Resolving the Circuit Split on How Courts Should Determine Whether an “Accident” is “Unexpected or Unusual” under the Montreal Convention”, *Washington Law Review*, 98/4, s.1470.

⁸⁵ Tuba Birinci Uzun, *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin, 2020, s. 73.

⁸⁶ Bülent Sözer, “Hava Yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyıcının Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 9/3, 1978, s. 780.

⁸⁷ Ahmet Kırmızı, *Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s.72; Orbay Ortaç, *Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk*, s. 68; Sözer, *Hava Yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyıcının Sorumluluğu*, s. 780-782.

⁸⁸ Orbay Ortaç, *Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk*, s. 70; Sözer, *Hava Yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyıcının Sorumluluğu*, s. 783-784.

davranışları gerçekleştiren kişiler de kural tanımaz yolcu olarak tanımlanmaktadır⁸⁹. Fakat Konvansiyon, uçuşun kapsamını dar tutması ve terminal veya apronda kural tanımaz davranışlarda bulunan yolcuları kapsamına almaması nedeniyle eleştirilmiştir⁹⁰. Konvansiyon ile terminal veya apronda kural tanımaz davranışlar sergileyen yolcuların Konvansiyonda düzenlenmemiş olması, bu yolculara taşıyıcı veya taşıyıcının adamları tarafından makul ölçüyü aşan müdahalelerde bulunabileceği anlamına gelmez. Gerek Konvansiyondaki düzenlemenin kaptan pilotun yetkisini sınırlandırmaya ilişkin olması, gerek hukukun genel ilkeleri gereğince, terminal veya aprondaki kural tanımaz yolcuya yapılacak müdahalenin de makul ölçüde olması beklenir ve yine makul ölçünün aşılması halinde 1999 Montreal Konvansiyonu kapsamında bir kazanın varlığını kabul etmek gerekir.

Kural tanımaz yolcuya ilişkin diğer bir husus ise yolcunun yetkilendirilmeden yapacağı müdahaledir. Yolcunun kural tanımaz yolcuya, kaptan pilot tarafından yetkilendirilmeden yapmış olduğu müdahale makul ölçüyü aştığı takdirde, yine bir kazadan bahsedilecek, dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğu doğacaktır⁹¹. Yolcu, kaptan pilotun yetkilendirmesi sonucu müdahalede bulunması halinde taşıyıcının adamı olarak kabul edilebilecekken, yetkilendirilmeden yapılacak bir müdahalede bu kabul geçerli olmayacaktır. Fakat bu halde taşıyıcının ödediği tazminat nedeniyle, müdahale eden yolcuya rücu edebileceğinin kabulü gerekir. Aksi bir anlayış ise yolcuların, cezalandırılmayacağı düşüncesine kapılmasına ve uçakta kural tanımaz yolcu davranışları nedeniyle zaten bozulmuş olan düzen ve disiplinin daha da bozulmasına yol açar.

Kural tanımaz yolculara yönelik müdahaleye ilişkin olarak ayrıca, yetkili mahkeme hususuna da değinmek gerekir. Kural tanımaz yolcuya makul ölçüyü aşan düzeyde müdahalede bulunulması 1999 Montreal Konvansiyonu kapsamında kazaya yol açacağı için bu durumda 1999 Montreal Konvansiyonu'nda yolcunun ölümü ve bedensel zarara uğramasına ilişkin yetki hükmünün uygulanacağını kabulü gerekir. Bu kapsamda taşıyıcının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesi, taşıyıcının esas faaliyetinin bulunduğu yer mahkemesi, taşıma sözleşmesinin akdedilmiş olduğu işyerinin bulunduğu yer mahkemesi, taşıma sözleşmesiyle kararlaştırılmış olan varma yeri mahkemesi ve yolcunun daimî ikametgahının bulunduğu yer mahkemesinde davanın açılabilceğinin kabulü gerekir (1999 Montreal Konvansiyonu m. 33).

Kural tanımaz yolcuya karşı gerçekleştirilecek müdahaleye karşı değinilmesi gereken son husus ise müterafik kusurdur. Makul ölçüyü aşan müdahalenin kaza olarak kabulü 1999 Montreal Konvansiyonu'nun müterafik kusura ilişkin hükmünün de uygulama alanı bulmasına yol açacaktır (1999 Montreal Konvansiyonu m. 20). Bu kapsamda, kural tanımaz yolcu davranışları sergileyen yolcu, zarara neden olduğu ölçüde kusurlu kabul edilerek, taşıyıcı makul

⁸⁹ Yargıtay 11. H.D., E. 2020/631, K. 2020/4444, 26.10.2020, (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.07.2024).

⁹⁰ Abeyratne, *A Protocol to Amend the Tokyo Convention of 1963: Some Unanswered Questions*, s. 58.

⁹¹ Doktrinde yolcu-yolcu arasındaki uyumsuzlukların MÖHUK haksız fiil hükümleri uyarınca çözülmesi gerektiğini savunan diğer bir görüş de bulunmakla birlikte, ilgili görüşe katılmamaktayız. Kanımızca taşıyıcı, taşıma sözleşmesinden ve basiretli iş insanı olmasından doğan özen borcunun sonucu olarak, uçak içinde güvenliği ve düzeni tesis etmeli ve bu kapsamda yolcular arasında yaşanabilecek ihtilafların da önüne geçme hususunda çaba göstermelidir. İlgili görüş için bkz. Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu*, s. 103.

ölçüyü aşan müdahale nedeniyle doğmuş olan tazminat yükünden kısmen veya tamamen kurtulabilecektir.

SONUÇ

Kural tanımaz yolcular hava yolu taşımacılığının gelişimine paralel olarak günden güne artış göstermekte ve bu da kural tanımaz yolcuya müdahalede daha çabuk ve aktif olmayı gerektirmektedir. Fakat kaptan pilot, mürettebat veya yolcu tarafından gerçekleştirilecek müdahalenin makul ölçüde olması aranır. Müdahalede bulunan kişilerin gerçekleştirdiği müdahalenin, makul ölçüde olması onları sorumluluktan kurtaracakken, makul ölçünün aşılmış olması halinde, burada 1999 Montreal Konvansiyonu kapsamında bir kazadan söz edilecek ve müdahalede bulunan kişiler vermiş oldukları zararı tazminle yükümlü olacaktır.

Gerek 1963 Tokyo Konvansiyonu'nun gerek 2014 Montreal Protokolü'nün kural tanımaz yolcuya müdahaleyi düzenlemekle birlikte, kural tanımaz yolcunun dar anlamda tanımını benimsemiş; bu ise uçuş öncesi ve sonrasında, yerde kural tanımaz davranışlarda bulunan yolcuların Konvansiyon kapsamı dışında kalmasına ve dolayısıyla bu kişilere Konvansiyon hükümlerinin uygulanamaması sonucunu doğurmuştur. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, Konvansiyonun dar anlamda kural tanımaz yolcu tanımını benimsemesinde amacının, kaptan pilotun yetkili olduğu süreyi kısıtlamak olduğudur. Bu bağlamda, yerde kural tanımaz davranışlarda bulunan yolcuya Konvansiyon hükümleri uygulanmayacak olsa dahi, hukukun genel ilkeleri gereğince makul ölçüde bir müdahalede bulunulması gerekir. Aksi bir durumun kabulü ise yerde makul ölçüyü aşan müdahale ile karşılaşan yolcunun uğradığı zararı tazmin edememesine neden olacak ve mağduriyetine yol açacaktır. Bunun yanında aynı müdahaleyle uçuş sırasında karşılaşan bir yolcu ise taşıyıcıdan uğradığı zararı 1999 Montreal Konvansiyonu kapsamında tazmin talebinde bulunabilecektir. Bu ise kural tanımaz yolcuların bulunduğu yere göre, farklı müdahalelerle karşılaşması sonucunu doğurabilecektir ki; bu durumun kabulü mümkün değildir. Bu nedenle yerdeki kural tanımaz yolculara gerçekleştirilecek müdahalenin de makul ölçüde olmasının uyumsuzluk önüne gelen mahkemelerce aranması gereklidir. Ayrıca farklı kararların önüne geçilmesi için kural tanımaz yolcuya ilişkin düzenlemelerin tadili yoluna gidilerek, yerde kural tanımaz davranışlarda bulunan yolcular için bir düzenleme getirilmesi de kanımızca gereklidir. Böylelikle 1929 Varşova Konvansiyonu'ndan, günümüzde 1999 Montreal Konvansiyonu'na kadar ulaşılmaya çalışılan yeknesaklık amacına bir adım daha yaklaşmış olacaktır.

Kural tanımaz yolculara ilişkin diğer bir husus ise yetkili mahkemedir. 1963 Tokyo Konvansiyonu ve 2014 Montreal Protokolü, yetkili mahkemeye ilişkin olarak, taşıyıcının yolcunun ölümü ve bedensel zarara uğramasından doğan sorumluluğunu düzenleyen 1999 Montreal Konvansiyonu'ndan farklı hükümler öngörmüştür. Fakat, makul ölçüde müdahalenin aşıldığı halde kazanın mevcudiyetinin kabulü, kanımızca burada 1999 Montreal Konvansiyonu hükümlerinin uygulama alanı bulmasını gerektirir. Dolayısıyla yetkili mahkemeler tespit edilirken, 1999 Montreal Konvansiyonu hükümlerinin esas alınması gerekir.

KAYNAKÇA

- Abeyratne, Ruwantissa. "A Protocol to Amend the Tokyo Convention of 1963: Some Unanswered Questions", *Air and Space Law*, 39/1, 2014, s. 47-58.
- Abeyratne, Ruwantissa. "Protocol to the Tokyo Convention of 1963: A Legal Triumph or Damp Squib?", *Air and Space Law*, 39/4-5, 2014, s. 245-259.
- Abeyratne, Ruwantissa. "The Unruly Passenger: Is It Time to Think out of the Box", *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht – German Journal of Air and Space Law*, 67/2, 2018, s. 223-235.
- Akkurt, Sinan Sami. *Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Ankara: Seçkin, 2018.
- Birinci Uzun, Tuba. *Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin, 2020.
- Bozkurt Bozabalı, Banu. *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin, 2013.
- Çoban, Ramazan. "Sivil Havacılık Sektöründe Kural Dışı Yolcu Kavramı Üzerine Fenomenolojik Bir Araştırma", *Uluslararası Yönetim, İktisat ve İşletme Dergisi*, 18/1, 2022, s. 357-390.
- Erson Asar, Bilge. "Uçuş Güvenliğine Bir Tehdit Olarak Kural Tanımaz Yolcu", *Sivil Havacılık Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, İstanbul: onikilevha, 2019, s. 25-52.
- Fogg, Margaret P.. "Air Rage: Is it a Global Problem? What Proactive Measures Can Be Taken to Reduce Air Rage, and Whether the Tokyo Convention Should Be Amended to Ensure Prosecution of Air Rage Offenders", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 7/2, Spring 2001, s. 511-538.
- Fumarola, Carl E.. "Stratospheric Recovery: Recent and Forthcoming Changes in International Air Disaster Law and its Effects on Air Terrorism Recovery", *Suffolk University Law Review*, 36/3, s. 821-842.
- Giesecke, Christian. "Unruly Passengers and Respective Passenger Rights / Die Hooligans der Luft und die Rechte Anderer Mitpassagiere / Les Passagers Hooligans et les Droits d'Autres Passagers Victimes", *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht – German Journal of Air and Space Law*, 51/4, 2002, s. 546-556.
- Gölcüklü, İlyas. *Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu*, İstanbul: onikilevha, 2015.
- Hao, Liu. "On the Punishment of Unruly/Disruptive Passengers and the Modernization of the Tokyo Convention", *China Legal Science*, 3/1, 2015, s. 109-122.
- Karp, Judith R.. "Mile High Assaults: Air Carrier Liability under the Warsaw Convention", *Journal of Air Law and Commerce*, 66, Fall 2001, s. 1551-1568.
- Kırman, Ahmet. *Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.
- Korkmaz, Seda. "Havacılıkta Uçak İçerisinde Kuraldışı Yolcular ve Kuraldışı Yolcu Kategorileri", *Uluslararası Sivil Hava Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı*, İstanbul: onikilevha, 2020, s. 37-52.
- Lee, Jae Woon ve Harrington, Andrew "The Montreal Protocol 2014 and Unruly Passenger Cases on Board Aircraft: Is There Really a Jurisdictional Gap?", *Issues in Aviation Law and Policy*, 16/1, 2016, s. 53-82.
- Nase, Vernon ve Humprey, Nicolas. "Angry People in the Sky: Air Rage and the Tokyo Convention", *Journal of Air Law and Commerce*, 79/4, Fall 2014, s. 701-746.
- Orbay Ortaç, Nurdan. *Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

- Rubin, Randi Lynne. "The Warsaw Convention: Capping the Value of Life.", *Temple International and Comparative Law Journal*, 12/1 (Spring 1998), s. 189-240.
- Sözer, Bülent. "Hava Yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyıcının Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 9/3, 1978, s. 765-818.
- Swerdlow, Aaron B.. "Modern Approaches to the Powers of the Aircraft Commander under Article 6 of the Tokyo Convention", *Issues in Aviation Law and Policy*, 10/1, Autumn 2010, s. 105-144.
- Tang, Ashley. "Surprises in The Skies: Resolving the Circuit Split on How Courts Should Determine Whether an "Accident" is "Unexpected or Unusual" under the Montreal Convention", *Washington Law Review*, 98/4, s.1449-1502.
- Taşkale, Nermin. "Havacılıkta Kural Dışı Yolcular ve Hava Öfkesi", *Havacılık Psikolojisi: Kavramlar, Araştırmalar, Uygulamalar*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2022, s. 663-697.
- Urban, Jennifer A.. "The Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft: A Missed Opportunity Or a Sufficient Modernization", *Indiana Law Review*, 49/3 (2016), s. 713-743.
- Yogaswara, Adishta. "Immaterial Compensation for Passenger Who Had Traumatic Experiences in Air Passenger Transport", *Corporate and Trade Law Review*, 2/1, 2022, s. 20-41.
- Young, Barbara E.. "Responsibility and Liability for Unlawful Interference in International Civil Aviation", *Air and Space Law*, 28/1, 2003, s. 1-81.

EXTENDED SUMMARY

LIABILITY ARISING FROM THE MEASURES TO BE TAKEN AGAINST AN UNRULY PASSENGER IN INTERNATIONAL CARRIAGE BY AIR

Umut Acun PhD., RA.

Atilim University, umut.acun@atilim.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0001-5377-5545>

Having emerged in the early 20th century, the air transportation sector is developing quite rapidly today. These developments in air transportation have increased flight safety and made air transportation more accessible by more people today. However, in addition to the benefits of this development, it can be said that it has also led to some negative consequences. The most important or widespread of these negative consequences is unruly passengers. Unruly passengers are those who endanger themselves, other passengers, crew and the flight by violating the rules and instructions required by civil air transportation.

There are many reasons for unruly passenger behavior. These reasons include alcohol on flights, narrow seat legrooms compared to the past as a result of more seats in order to reduce the carrier's costs and the transportation fee to be paid by the passenger, and the change in the behavior of the crew due to the fact that they are serving more passengers, whereas in the past they were obliged to serve fewer passengers, paid services that were free of charge in the past, increased airport security checks compared to the past which puts extra stress on passengers, the increase in the duration of delays and the increase in the number of delays due to the widespread use of air transportation, etc. The presence of even one of these reasons may lead to unruly passenger behavior.

The increase in the incidents of unruly passengers in accordance with the development of the air transportation sector has necessitated adoption of national and international legal regulations against unruly passengers by states. In this context, firstly the Tokyo Convention of 1963 was signed, followed by the Hague Convention of 1970 and the Montreal Convention of 1971. Among these regulations, the 1963 Tokyo Convention regulates the intervention to be made against unruly passengers. Although there was no change in the article of the Convention on measures to be taken against unruly passengers, the Convention was amended by the Montreal Protocol of 2014. The most important changes introduced by the Protocol are the scope of the flight and the jurisdiction. However, the Protocol has been criticized for not providing an adequate solution for unruly passengers and for the fact that the number of unruly passenger incidents increases every year compared to the previous year.

The 1963 Tokyo Convention amended by the 2014 Montreal Protocol authorizes the captain pilot to take measures against unruly passengers during the flight.

Accordingly, the pilot-in-command may exercise the authority to take measures in person or may give orders and instructions to the crew or make requests to the passengers, but may not give instructions to the passenger. Moreover, the crew or the passenger may also exercise this authority *ex officio* when necessary. However, the Convention stipulates that the measures must be reasonable. As long as the measure is reasonable, the liability of the person and carrier will not arise. However, if the measure exceeds the reasonable extent, an “accident” and therefore the liability of the carrier will be mentioned within the scope of the 1999 Montreal Convention, which regulates the liability of the carrier for the death and bodily injury of the passenger.

The acceptance of the existence of an accident if the measure exceeds a reasonable level raises some disputable issues. The first of these concerns is the scope of the flight. The 1963 Tokyo Convention, as amended by the 2014 Montreal Protocol, defines the duration of the flight as the moment the aircraft doors close before take-off and the moment the aircraft doors open after landing. In this context, unruly passengers who engage in unruly behavior on the ground; in the terminal building or on the apron will not be included in the scope of the Convention. However, it should be accepted that the regulation of the contract regarding the duration of the flight is intended to limit the captain pilot's powers. In this context, considering the general principles of law, the measures to be taken against the unruly passengers on the ground should also be reasonable, and if the measures exceed the reasonable limits, the existence of an accident should be accepted. Otherwise, the passenger who commits the same unruly behavior may face different consequences depending on his/her location. In addition, the fact that the 1963 Tokyo Convention and the 1999 Montreal Convention, as amended by the 2014 Montreal Protocol, have different regulations regarding the jurisdiction may also create disputes, and therefore a regulation is needed here as well. In our opinion, it would be correct to accept the jurisdiction of the courts regulated under the 1999 Montreal Convention here, since an accident will be mentioned in case the reasonable measure is exceeded against to the unruly passenger.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA İHLAL EDİLEN MÜLTECİ VE SİĞINMACI TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİ

FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS OF REFUGEES AND ASYLUM SEEKERS VIOLATED IN INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Dr. Öğr. Üyesi Berkan Hamdemir*

ÖZ

Çalışmanın konusu, Türkiye’de, mülteci veya sığınmacı sıfatını haiz göçmenlerin hangi temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulundukları ve Anayasa Mahkemesinin bu başvurular neticesinde, hangi temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğine karar verdiğiidir.

Çalışma, Türkiye’de, son yıllarda sayısı hızlı bir şekilde artan mülteci veya sığınmacı statüsündeki göçmenlerin, bu statüleri nedeniyle maruz kaldıkları temel hak ve hürriyet ihlallerini bütüncül bir bakış açısıyla ortaya koyması açısından önemlidir.

Çalışmada, Anayasa Mahkemesinin resmi web sitesinde, kararlar bilgi bankasından, bireysel başvuru kararları içinden, kelime arama butonu kullanılarak “mülteci”, “sığınmacı” ve “göçmen” anahtar kelimeleriyle kararlar taranmıştır. Bu kararlar içinde ihlal kararları seçilerek, betimsel analiz yöntemiyle incelenmiştir.

Çalışmanın sonunda, mülteci veya sığınmacıların Anayasa Mahkemesine yaptıkları bireysel başvurular neticesinde, Anayasa Mahkemesinin, 1982 Anayasası’nın 17/3 maddesindeki kötü muamele yasağı, 17/1 maddesindeki yaşam hakkı, 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği, 20. maddesindeki özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı çerçevesinde, mahkemeye erişim hakkı ve 40. maddesindeki etkili başvuru hakkı ile ilgili ihlal kararları verdiği görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Mülteci, sığınmacı, göçmen, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ihlal kararı.

* Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı.

© 0000-0001-5764-0189 berkanhamdemir@mu.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The subject of the study is the individual application made to the Constitutional Court by immigrants in Turkey who hold the status of refugees and asylum seekers, claiming violations of their fundamental rights and freedoms, and the decisions made by the Constitutional Court regarding which fundamental rights and freedoms were violated as a result of these applications.

This study is significant as it provides a comprehensive perspective on the fundamental rights and freedoms violations experienced by refugees and asylum seekers in Türkiye, whose numbers have rapidly increased in recent years due to their legal status.

In the study, decisions from the Constitutional Court's official website were examined using the decision information database. The keyword search function was employed with the terms "refugee," "asylum seeker," and "migrant" to identify relevant individual application decisions. Among these decisions, violation rulings were selected and analyzed using the descriptive analysis method.

At the conclusion of the study, it was observed that, based on the individual applications submitted by refugees and asylum seekers, the Constitutional Court has issued violation rulings concerning the prohibition of ill-treatment under article 17/3 of the 1982 Constitution, the right to life under article 17/1, the right to liberty and security under article 19, the right to respect for private and family life under article 20, and the right to a fair trial, including the right of access to court under article 36, as well as the right to an effective remedy under article 40.

Keywords: Refugee, asylum seeker, migrant, individual application to the Constitutional Court, violation ruling.

GİRİŞ

2011 Yılında, Suriye İç Savaşı ile başlayan, Ukrayna ve Rusya Savaşı ile devam eden yakın bölgelerdeki savaşlar ve rejim değişikliği/baskısı nedeniyle özellikle Afganistan ve İran'dan olmak üzere Türkiye'ye yönelik gerçekleşen göç hareketleri neticesinde, Türkiye'de ciddi bir göçmen nüfus oluşmuştur. Düzenli ya da düzensiz bir şekilde Türkiye'ye giriş yapan göçmenlerin, haklarında verilen idari gözetim kararlarının hukukiliği, idari gözetim koşullarının elverişsizliği ve sınır dışı edilme kararının yarattığı riskler nedeniyle çeşitli hak ihlallerine maruz kaldıkları iddiasıyla, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yaptıkları görülmektedir. İşte bu çalışmada, son on yılı aşkın sürede, hızlı bir şekilde göçmen nüfusu artan Türkiye'de, mülteci veya sığınmacı sıfatını haiz göçmenlerin, sırf bu sıfatlarından kaynaklı, Anayasa Mahkemesine yaptıkları bireysel başvurularda, hangi sebeplerle, hangi temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddiasında bulundukları ve Anayasa Mahkemesinin bu başvurular neticesinde hangi gerekçelerle, hangi temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğine karar verdiği konusu ele alınmaktadır. Çalışmada, mülteci veya sığınmacıların bir hak süjesi olarak maruz kaldıkları bütün temel hak ve hürriyet ihlalleri değil, sırf bu sıfatları dolayısı ile tutulmaları, haklarında idari gözetim veya sınır dışı etme kararlarının alınması ve uygulanması sürecinde maruz kaldıklarını iddia ettikleri temel hak ve hürriyet ihlalleri incelenmektedir.

Çalışmada, Anayasa Mahkemesinin resmî web sitesinde, kararlar bilgi bankasından, bireysel başvuru kararları içinden, kelime arama butonu kullanılarak “mülteci”, “sığınmacı” ve “göçmen” anahtar kelimeleriyle kararlar taranmıştır. Yapılan tarama neticesinde “mülteci” anahtar kelimesi ile yüz altı, “sığınmacı” anahtar kelimesi ile yirmi sekiz ve “göçmen” anahtar kelimesi ile yüz bir karara ulaşılmıştır. Anahtar kelimelerden bazılarının, aynı kararda birlikte geçmesinden dolayı bazı kararların mükerrer şekilde birden fazla aramada yer aldığı görülmüştür. Bu kararlar içinden otuz bir adet ihlal kararlarının olduğu belirlenmiş ve çalışma, belirlenen ihlal kararlarının incelenmesi suretiyle yapılmıştır. Konuyla bağlantılı olduğu ölçüde, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nin başka kararlarına da atıfta bulunulmuştur. İhlal kararları da hangi hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin olduklarına göre kendi aralarında sınıflandırılmıştır. Anılan yöntemle yapılan sınıflandırma neticesinde, ihlal kararı verilen temel hak ve hürriyetler, beş ana başlık altında toplanmıştır. Bunlar, 1982 Anayasası'nın 17/3 maddesindeki kötü muamele yasağı, 17/1 maddesindeki yaşam hakkı, 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği, 20. maddesindeki özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye erişim hakkı ve 40. maddesindeki etkili başvuru hakkıdır.

Çalışma, son on yılı aşkın sürede sayısı hızlı bir şekilde artan mülteci veya sığınmacı niteliğini haiz göçmenlerin, bu sıfatları nedeniyle maruz kaldıkları temel hak ve hürriyet ihlallerini bütüncül bir bakış açısıyla ortaya koyması açısından önemlidir. Ancak bu bütüncül yaklaşım, aynı zamanda bir zorluğu da beraberinde getirmiştir. O da ele alınan konunun bir makalenin hacmini aşmadan, önemli noktaları atlamadan, tüm yönleriyle ortaya konulmasıdır. Bu zorluğu aşmak için her bir ihlal kararı, dört aşamada ele alınmıştır. Birinci aşamada, ihlal kararı verilen hak ve hürriyetlerin pozitif hukuktaki temellerine (AİHS ve 1982 Anayasası'ndaki düzenleniş şekline) yer verilmiş, ikinci aşamada konu ile ilgili Anayasa

Mahkemesinin benimsediği ilkeler özetlenmiş, üçüncü aşamada ihlal iddialarına (iddiaya mesnet oluşturan somut olaylara) yer verilmiş ve dördüncü aşamada hangi gerekçelerle ihlal kararı verildiği belirtilmiştir. İncelenen kararlar bağlamında konunun gerekli kıldığı ölçüde konu ile ilgili başka kararlara da atıfta bulunulmuştur.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Mülteci veya sığınmacı niteliğini haiz göçmenlerin, Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuru ile ilgili verilen ihlal kararlarına geçmeden evvel muğlaklığa sebep olmamak adına hem Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hem de mülteci, sığınmacı ve göçmen ile ilgili kavramsal çerçeveyi kısaca ortaya koymak gerekir.

A. TÜRK HUKUKUNDA ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAşVURU

İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (AİHS) nin 1. maddesinde, “insan haklarına saygı yükümlülüğü”ne yer verilmektedir. Bu yükümlülük çerçevesinde, Taraf Devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri söz konusudur. Negatif yükümlülük, Devlete, Sözleşme’deki hak ve özgürlüklere saygı gösterme, müdahale etmeme, hak özgürlükleri ihlal etmeme, yükümlülüğü, yükler¹. Pozitif yükümlülük ise devletin, temel hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için gerekli, makul önlemleri alması, hakkı koruması yükümlülüđüdür². Temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmesini önlemek için gerekli, makul önlemlerin alınmasına rağmen ihlalin gerçekteşmesi durumunda, ihlalden sonra etkili bir soruşturma yürütmek de pozitif yükümlülüğün içindedir.³ Pozitif yükümlülük çerçevesinde, ihlalden sonra etkili soruşturma yapma, yeterli usuli güvenceleri sağlama ve caydırıcı ceza uygulama yükümlülüğü de devletin usuli yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. 1982 Anayasası’nın 2. maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti ... insan haklarına saygılı ... Devlettir.” hükmüne; 5. maddesinde ise “Devletin temel amaç ve görevleri, ... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, ... sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” hükmüne yer verilmek suretiyle, Devlete, insan haklarına saygı yükümlülüğü bir başka ifadeyle negatif, pozitif ve usuli yükümlülükler yüklenmiştir.

Taraf Devletlerin, egemenlik hakkını sahip olduğu kendi ülke topraklarında, hatta otoritesinin geçerli olduğu, denetimine tabi olan, ülke sınırı dışındaki topraklarda dahi insan haklarına saygı yükümlülüğü devam etmektedir.⁵ Kural olarak bu yükümlülük sadece Taraf Devletlerin vatandaşlarına karşı bir yükümlülüğü olmayıp yetki alanı içinde bulunan yabancılar hatta vatansızlar için dahi geçerli olan bir yükümlülüktür. Bu çerçevede Taraf Devletlerin, ülkelerinde

¹ Semih Batur Kaya, “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (1), Bahar 2022, s. 58.

² Kaya, “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, s. 56.

³ Osman Doğru, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s. 4.

⁴ Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem ve Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 3. B., Ankara, Seçkin, 2010, s. 105-106.

⁵ Ömer Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, Seçkin, 2004, s. 159; Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 20.

bulunan mülteci veya sığınmacı sıfatını haiz göçmenlere karşı da negatif, pozitif ve usuli yükümlülükleri söz konusudur.

Klasik anayasacılık anlayışından farklı olarak, insan hak ve özgürlüklerini tanımakla yetinmeyip, bu hak ve özgürlükleri korumak için çeşitli güvence mekanizmalarını öngören bir anlayışı temsil eden modern anayasacılık anlayışı, insan haklarına saygı yükümlülüğünün yerine getirilmesini temin etmek için olağan kanun yolları dışında, ikincil nitelikte yargısal bir koruma sağlayan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu, etkili bir iç hukuk yolu olarak benimsemektedir. Bu anlayış doğrultusunda, Türkiye’de, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe giren 7.5.2010 tarih ve 5892 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” un 18. maddesi ile Anayasa’nın 148. maddesinde yapılan değişiklik neticesinde kabul edilmiştir. Bu değişikliğe göre:

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

Söz konusu düzenlemenden hareketle, Türk hukukunda, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruyu, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin veya birkaçının, kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden kişilerce, Anayasa Mahkemesine başvurarak, başvuruya konu kamu gücü işleminin anayasaya uygun olup olmadığının denetlenmesini sağlayan, ikincil nitelikte, yargısal bir denetim türü olarak tanımlayabiliriz⁶.

Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvuruları ancak konu, zaman, yer ve kişi bakımından yetkili olması durumunda inceleyebilmektedir. 1982 Anayasası’nın 148/3 maddesine göre Mahkeme’nin bireysel başvurularda konu bakımından yetkisi, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki

⁶ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru tanımları için bkz.: Berkan Hamdemir, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, 2. B. Ankara, Seçkin, 2018, s. 25; Ece Göztepe, Anayasa Şikâyeti, Ankara, AÜHFY, No: 530, 1998, s. 3; Zafer Gören, “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, Pof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 294; Bahadır Kılınç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2008, s. 23; Öykü Didem Aydın, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 4, Yıl: 2011, s. 125; Özcan Özbey, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, 2. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 69; Helmut Alexey, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1962, s. 738; aktaran, Göztepe, Anayasa Şikâyeti, s.27-28; Arne Marjan Mavčić, “Tüketilmesi Gereken veya AİHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Şikâyet”, 2011, s. 3, (https://www.concourts.net/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf : 22.10.2024); Aliyev Cabir, Anayasa Şikâyeti, İstanbul, Beta, 2010, s. 12-13; G. Rüdger Maunz, R. Herzog, R. Scholz, RnNR 64 zu Art, 93 GG, Grundgesetz-Kommentar (Jose Blatter) Verlag C. H. Beck, München, 1980, aktaran; Yavuz Sabuncu, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, AÜSBFD, Cilt: XXXVII, Eylül-Aralık 1982, No: 3-4, s. 141; Rudolf Mellinghof, “Federal Alman Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti”, Anayasa Yargısı 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009, s. 33.

herhangi biri” ile sınırlıdır. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisi, Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin tamamını kapsamamakta, bunlardan AİHS kapsamında olanlar ile sınırlı tutulmaktadır. Mahkemenin konu bakımından yetkisi, 30.03.2011 Tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi biri” (6216 sayılı Kanun, m. 45/1) şeklindeki ifade edilmiştir. Doktrinde, bu düzenlemedeki: “Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi biri” ifadesinin, Anayasa’nın 148/3 maddesindeki düzenlemeyi daralttığı bu nedenle Anayasa’ya aykırı olduğu şeklinde görüşler olduğunu da belirtmek gerekir.⁷

6216 sayılı Kanun’un geçici 1/8 maddesinde: “Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler” hükmü ile Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi belirtilmiştir. Mahkeme, bu tarihten önce kesinleşmiş olan nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan başvurular bakımından, zaman yönünden yetkisizdir.

Anayasa Mahkemesinin yer yönünden yetkisi, kural olarak devletin ülkesiyle sınırlı olmakla beraber AİHM’nin, Taraf Devletin yetki alanını, egemenlik hakkına sahip olduğu ülkesiyle sınırlı tutmadığını, otoritesinin geçerli olduğu, denetimine tabi olduğu yeri de ülke sınırı dışında olsa dahi yetki alanına dâhil saydığını belirtmek gerekir⁸.

Kişi bakımından yetki meselesine baktığımızda, hem Anayasa’nın 148/3 maddesinde hem de 6216 sayılı Kanun’un 45/1 maddesinde “herkes” ibaresinin kullanıldığını, 6216 sayılı Kanun’un 46. maddesinde ise hak süjesi olarak kabul edilen “herkes” kavramının sınırlarının çizildiğini görmekteyiz. Buna göre, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacağı, özel hukuk tüzel kişilerin ise sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabileceği (6216 sayılı Kanun, m. 46/2) sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancıların bireysel başvuruda bulunamayacağı belirtilmiştir. (6216 sayılı Kanun, m. 46/3). Anayasa’nın 16. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğinin belirtildiği göz önünde tutulduğunda ve bu düzenleme, 6216 sayılı Kanun’un 46/3 maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklar hariç olmak üzere yabancıların da bireysel başvuruda bulunabileceği aşıkardır.

Anılan sınırlar içerisinde, başvuru hakkına sahip olanların, aynı zamanda, ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi gerektiğini de belirtmek gerekir (6216 sayılı Kanun, m. 46/1).

⁷ Bu yöndeki görüşler için bkz.: Fazıl Sağlam, “Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Demokratik Anayasa, Der. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 430”; Hamdemir, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, s. 89-92.

⁸ Anayurt, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, s. 159; Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 20.

B. GÖÇMEN, MÜLTECİ VE SİĞINMACI

Göç, insan veya insan topluluklarının ekonomik, siyasal, sosyal, kültürel vb. nedenler ile bulundukları yeri terk edip geçici ya da kalıcı olarak yaşamak üzere ülke içinde veya ülke dışında başka bir yere gitmeleri olarak tanımlanabilir⁹. Dolayısı ile göç, aynı zamanda bir nüfus hareketidir. Tarihsel süreçte, insanların toplu olarak coğrafi anlamda yer değiştirdikleri, bu durumun sosyo-ekonomik sonuçlarının olduğu bilinmektedir¹⁰.

Göçmen (muhacir), çeşitli nedenlerle (ekonomik, siyasi, dini vb.), bağlı bulunduğu ülkeden ayrılarak yerleşmek amacıyla gönüllü olarak veya bazı zorlayıcı nedenlerden dolayı başka bir ülkeye giden kişiye denir¹¹. 19.09.2006 Tarih ve 5543 sayılı İskân Kanunu'na göre 3. maddesinde göçmen (muhacir): "Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır." şeklinde tanımlanmıştır. İskân Kanunu'nda göçmen kavramının, literatürdeki anlamının aksine daraltılarak sadece Türk soyundan ve Türk kültüründen olanlarla sınırlı tutulduğu görülmektedir. Bu çalışmada göçmen kavramı, literatürdeki geniş anlamıyla kullanılacaktır.

Göçmen, gittiği yerdeki kalış süresine göre "geçici göçmen" veya "kalıcı göçmen" olarak ikiye ayrılmaktadır. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal İşler Departmanı, kalış süresinin 3-12 ay arasında olmasını, kısa süreli kalış veya geçici göçmenlik; 12 ayın üzerindeki kalış süresini ise uzun süreli kalış ve kalıcı göçmenlik olarak kabul etmektedir¹².

Göçmen, göç hareketliliğini, mevzuata uygun yapıp yapmamasına göre "düzenli göçmen" ve "düzensiz göçmen" olarak ikiye ayrılmaktadır. Düzenli göçmen, bulundukları ülkeden başka bir ülkeye girerken, kalırken, yerleşirken, sınır geçişlerini ve o ülkedeki kalış şartlarını düzenleyen mevzuat hükümlerine uygun hareket eden kişileri ifade ederken; düzensiz göçmen, menşe, geçiş veya hedef ülkenin göç ile ilgili mevzuat hükümlerine uymadan, gerekli izin ve belgelere sahip olmadan, ülkeye giren, kalan, yerleşen kişileri ifade etmektedir¹³.

Bir ülkeden başka bir ülkeye göç eden kişiler, gidiş nedenleri veya gittikleri yerde kendilerine tanınan koruma statüsü açısından hukuken sığınmacı, mülteci gibi farklı sıfatlarla nitelendirilmektedirler. Mülteci, 1951 Tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne göre:

... ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin

⁹ Bülent Erdil, "Göç ve Mülteci Hareketlerinin Türkiye'nin Göç Politikalarına Etkileri," Bilge Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 4, S. 2, 2020, s. 73; Bayram Doğan, "İnsan Hakları Açısından Göç ve Mültecilik: Anayasa Mahkemesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında İnceleme". Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2023, s. 712; Yusuf Adıgüzel, Göç Sosyolojisi, 2. B., Ankara, Nobel, 2018, s. 1; Ümrân Karabulut, "İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması," Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2022, s. 913.

¹⁰ Abdurrahman Yılmaz, "Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri," Turkish Studies–International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, C. 9, S. 2, 2014, s. 1694.

¹¹ Aysel Çelikel, Yabancılar Hukuku, 16. B., İstanbul, Beta, Çelikel/Günseli Öztekin, 2010, s. 22.

¹² Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Ayselin Yıldız, Ankara, TÜBİTAK Bilim Yayınları, 2021, Göçmen, 5319, (<https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/gocmen> : 14.12.2024).

¹³ Yıldız, Göçmen, 5319.

Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir. (6458 Sayılı Kanun m. 62).

Kanun’un, ikincil koruma statüsünün düzenlendiği 63. maddesinde ise:

Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; (a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, (b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, (c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir (6458 Sayılı Kanun m. 63).

hükmü yer almaktadır.

Kanun’un, geçici koruma statüsünün düzenlendiği 91. maddesinde: “Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabilir.” (6458 Sayılı Kanun m. 63) denilmek suretiyle sığınmacılar, “geçici koruma statüsü”ne alınan kişiler olarak kabul edilmiştir. Dolayısı ile geçici koruma statüsünde olanları sığınmacı olarak niteleyebiliriz. Nitekim 22.10.2014 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği’nde:

Geçici Koruma: Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan korumayı, ... ifade eder

şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Dolayısı ile 2011 Suriye İç Savaşı nedeniyle Türkiye’ye yönelik Suriye’den gerçekleşen kitlesel göçler başta olmak üzere, hangi ülkeden olursa olsun, kitlesel halde Türkiye’ye göçe eden yabancılar, geçici koruma statüsünden yararlanan kişiler olarak nitelendirilir²⁰.

30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik’in²¹ üçüncü maddesinde “sığınmacı” olarak tanımlanan kişiler için 6458 Sayılı Kanun

²⁰ Eda Bozbeyoğlu, “Mülteciler ve İnsan Hakları”, Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, 2(1), 2015, s. 71.

²¹ “30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, m. 3”

ile “şartlı mülteci” statüsü getirildiğinden, bu Kanun’da geçen şartlı mültecilere de sığınmacı denilebilir²².

Görüldüğü üzere, uluslararası literatürde mülteci ya da sığınmacı statüsünde olanlar Türkiye’deki mevzuatta mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsü ve geçici koruma statüsü gibi farklı statüler ile nitelendirilmektedir. Bu çalışmada, Türk hukukundaki mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsündeki kişiler ve geçici koruma statüsündeki kişiler gibi farklı kavramlar arasında boğulmak yerine, genel olarak uluslararası literatürdeki yerleşik kavramları esas alınarak, kapsayıcı olması açısından mülteci veya sığınmacı ya da mülteci veya sığınmacı niteliğini haiz göçmen ifadeleri daha çok tercih edilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan açıkça anlaşılacağı, üzere geniş anlamda her mülteci ya da sığınmacı bir göçmen iken her göçmen, bir mülteci ya da sığınmacı olmayabilir. İster mülteci ister sığınmacı olsun, fiilen ülkesi içinde bulundukları devletin vatandaşlığına sahip olmadıkları için bunlar yabancıdır²³. Hiçbir zaman vatandaşlığı olmamış veya vatandaşlığını sonradan kaybetmiş olması dolayısı ile herhangi bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan, herhangi bir devletin kanunlarına göre vatandaş sayılmayan kişilere ise vatansız denir²⁴. Yabancı veya vatansız olmanın hukuki sonucu, Anayasa ile sadece vatandaşlara tanınmış olan temel hak ve hürriyetlerden faydalanamamaları ve hukuki koşulları var ise sınır dışı da edilebilmeleridir.

II. MÜLTECİ VEYA SIGINMACILARIN BİREYSEL BAŞVURULARINDA İHLAL KARARI VERİLEN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

Mülteci veya sığınmacı niteliğini haiz göçmenlerin, Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvurulara baktığımızda, başvuruların, kötü muamele yasağı, yaşam hakkı, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye erişim hakkı ve etkili başvuru hakkı ile ilgili olduğunu görmekteyiz.

A. KÖTÜ MUAMELE YASAĞININ İHLALI

AİHS, m.3’e göre, “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz”. Keza 1982 Anayasası’nın 17. maddesinin 3. Fıkrasında: “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” hükmüne yer verilmektedir. AİHS ve Anayasa’daki bu düzenlemeler, kişinin bedensel bütünlüğünü ve kişilik onurunu korumayı amaçlayan mutlak nitelikteki düzenlemelerdir.

İşkence, kamu gücü kullanan veya kamu gücünü kullananın teşviki, nüfusu ya da hoşgörüsü altında bir başka kişinin, mağdurdan, bir soruşturma ya da kovuşturma çerçevesinde, bir bilgi veya itiraf elde etmek, mağduru, belli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da cezalandırmak için

²² Bozbeyoğlu, “Mülteciler ve İnsan Hakları”, Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, s. 70.

²³ Ergül, “Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri”, s. 214.

²⁴ Ergül, “Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri”, s. 218; Çelikel, Yabancılar Hukuku, s. 18; Nuray Ekşi, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, İstanbul, Beta, 2006, s. 2

mağdurda, fiziksel ya da zihinsel acı veya ızdıraba sebep olan insanlık dışı ve onur kırıcı her türlü kasıtlı fiillerdir²⁵. Fiilin yeterli yoğunluk taşıması veya amaç unsuru içermemesi söz konusu olduğunda, fiil işkence değil; insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele olarak kabul edilmektedir. Mağdurda korku, acizlik veya değersizlik duygusu yaratan, onurunu zedeleyen, onu, bir başkasının veya kendi gözünde küçük düşüren nitelikteki fiiller, “alçaltıcı” veya “kötü” diğer bir ifadeyle “onur kırıcı” muamele sayılır iken bedensel ya da zihinsel yönden ağır acı doğuran fiiller “insanlık dışı” muamele sayılmaktadır²⁶.

Anayasa Mahkemesi, yabancıların, kötü muameleyle uğrama riski bulunan ülkeye sınır dışı edilmelerine ilişkin benimsediği genel ilkeleri A.A. ve A.A. Kararı’nda ortaya koymuştur²⁷. Yabancıların ülkeye girişleri, ikametleri ve sınır dışı edilmelerine ilişkin konuların, devletin egemenlik yetkisine ilişkin olduğunu ve devletin bu konuda takdir yetkisinin bulunduğunu belirten Mahkeme, anılan işlemlerin Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturması hâlinde, bunların bireysel başvuruya konu edilebileceğini kabul etmektedir²⁸. Anılan kararda, Anayasa Mahkemesinin kötü muamele yasağına ilişkin belirlediği ilkeleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

- i. Anayasa’nın 17. maddesindeki düzenleme, 5. 16. maddesindeki hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, devletin, 17. madde kapsamında, kötü muamele etmeme (negatif) yükümlülüğü ile kötü muamele yasağına karşı koruma (pozitif) yükümlülüğünün bulunduğu,²⁹
- ii. Sınır dışı edilecek kişinin, ülkesinde karşılaşılabileceği risklere karşı gerçek anlamda korunabilmesi için bu kişiye, sınır dışı kararına karşı etkili bir “karşı çıkma imkânı” tanınması, “iddialarını araştırma”, sınır dışı edilme kararını “adil bir şekilde inceletme” imkânı sağlayan, usul güvencelerin sağlanması, usuli güvenceler çerçevesinde, idari ve yargısal makamlar tarafından kişinin gönderileceği ülkede gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığının ayrıntılı şekilde araştırılması, idari makamlar tarafından alınan sınır dışı kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanmasının devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında olduğu,³⁰
- iii. Başvurucunun, geri gönderileceği ülkede var olduğunu iddia ettiği kötü muamele riski ile ilgili savunulabilir (araştırılabilir/tartışılabilir/araştırmaya değer/makul şüphe uyandıran) bir iddia ortaya koyması, varsa iddiasını destekleyen bilgi ve belgeleri sunması, iddiaların belirli bir ciddilik seviyesinde olması, iddiaların her somut olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilmesi, gerçekliğinin titiz bir şekilde araştırılması, bu araştırma

²⁵ Rifat Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, Seçkin, 2006, s. 33.

²⁶ European Court of Human Rights, Case of Tyrer v. The United Kingdom, 25 April 1978, A. No: 5856/72, § 29-32.

²⁷ Anayasa Mahkemesi, A.A. ve A.A. [GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017, § 54-72.

²⁸ A.A. ve A.A., § 54.

²⁹ A.A. ve A.A., § 55-59.

³⁰ A.A. ve A.A., § 60-62.

yapılırken ulusal veya uluslararası kurum ve kuruluşların düzenledikleri raporlardan³¹ ya da somut olay hakkında bilgi edinilmesini sağlayacak başka kaynaklardan yararlanılması gerektiği,³²

- iv. Kötü muamele yasağının ihlal edileceğine ilişkin gerçek bir riskin varlığının ispatının, niteliğine göre kamu makamları ve/veya başvuru tarafından yapılması gerektiği bu bağlamda (1) başvuru, geri gönderileceği ülkede devam eden genel siyasi istikrarsızlık ya da iç karışıklık nedeniyle kötü muameleyle maruz kalacağını iddia etmesi durumunda, idari ve yargısal makamların anılan ülkenin genel koşullarının objektif olarak kötü muamele yasağına aykırılık oluşturmayacağını ortaya koyması gerektiği; (2) başvuru, geri gönderileceği ülkede, etnik kökenleri, dinî inançları, siyasi görüşleri ya da belirli bir gruba mensubiyetleri gibi nedenlerle kamu makamlarınca kötü muameleyle tabi tutulacaklarını iddia etmeleri durumunda, belirtilen özelliklerdeki kişi veya grupların ülkelerinde kötü muameleyle uğrayıp uğramadıklarının araştırılması ve başvuru, geri gönderileceği ülkede var olduğu iddia edilen riskin, başvuru, geri gönderilecek ülkede herhangi bir gruba mensubiyetinden ya da aidiyetinden bağımsız olarak doğrudan kişisel durumundan kaynaklandığının iddia edilmesi durumunda, başvuru, geri gönderileceği ülkede hangi nedenle kötü muameleyle maruz kalacağını açıklaması ve bu iddiasını ispata yarayacak olguları açıkça ortaya koyması gerektiği; (4) başvuru, geri gönderileceği ülkedeki riskin kamu görevlisi olmayan kişi veya gruplardan kaynaklandığını iddia etmesi durumunda ise hem riskin gerçekliğinin hem de söz konusu ülkenin kamu makamlarının bu riski ortadan kaldırmak konusunda gerekli korumayı sağlamakta yetersiz kalacaklarının başvuru tarafından kanıtlanması gerektiği; (5) riskin varlığı araştırılırken sınır dışı kararının verildiği tarihteki koşulların dikkate alınması, sonucu doğrudan etkileyecek gelişmelerin olması hâlinde yeni durumun da göz önünde tutulması gerektiği,³³ şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi, geri gönderilen ülkede, kötü muamele riskinin varlığına ilişkin savunulabilir bir iddianın bulunduğu durumlarda, öncelikle idari ve yargısal makamlar tarafından usul güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığını denetlemekte, usul güvencelerinin sağlanmadığı değerlendirilmesini yaptığı durumlarda, ikincilik ilkesi gereği, yeniden yargılama yapılması amacıyla ihlal kararı vermektedir³⁴. Mahkeme, usul güvencelerinin sağlandığı durumlarda ise geri gönderilen ülkede gerçek bir kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığını ayrıca

³¹ Anayasa Mahkemesinin, Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından sunulan bilgiler, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun konuya ilişkin raporları, BM göçmenlerin insan hakları özel raportörünün tespitleri, Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmanın Önlenmesi Komitesi (CPT) nin standartları ve raporları ile Türkiye İnsan Hakları Kurumu (İHK) tarafından GGM'lere gerçekleştirilen ziyarete istinaden düzenlenen raporlardan faydalandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, I.S. ve diğerleri, B. No: 2014/15824, 22/9/2016, § 108.

³² A.A. ve A.A., § § 63-64.

³³ A.A. ve A.A., § § 65-70.

³⁴ A.A. ve A.A., § 71.

değerlendirmekte, hatta bunu ilk elden kendisi de inceleyebilmekte ve kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir karar vermektedir³⁵.

11.4.2014 Tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun "sınır dışı etme kararı" kenar başlıklı 53/3 maddesi, yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatının, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine başvurabileceğini, başvurunun sınır dışı etme kararını veren makama da bildirilebileceğini ve idare mahkemesinin yapılan başvuruları on beş gün içinde sonuçlandıracağını, mahkemenin bu konuda vermiş olduğu kararın kesin olduğunu, yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmeyeceğini hüküm altına almıştır. 6458 Sayılı Kanun'un 21.11.2024 tarih ve 7533 sayılı Kanun'un 36. maddesiyle değişik 53. maddesinin üçüncü fıkrası ile mahkemeye yapılan başvurularda, savunmanın verilmesi veya savunma verme süresinin geçmesiyle dosyanın tekemmül etmiş sayılacağı, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde 2577 sayılı Kanunun 26/3 maddesinde³⁶ öngörülen sürenin iki ay olarak uygulanacağı, duruşma yapılmasının mahkemenin takdirine bağlı olduğu ve başvuruların dosyanın tekemmülünden veya ara karar ya da duruşma yapılması gereken hâllerde bunların tamamlanmasından itibaren on beş gün içinde sonuçlandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yapılan son değişiklik ile sınır dışı edilen yabancıya, iddialarını ileri sürebilmesi hususunda daha geniş olanaklar tanındığı ve usul güvencelerinin artırıldığı anlaşılmaktadır. Bu makaleye konu edilen ihlal kararlarının anılan değişiklikten önce verdiğini gözden kaçırmamak gerekir.

İçinde gönüllü geri dönüş işlemlerine ilişkin düzenlemelerin bulunduğu İçişleri Bakanlığının Geçici Koruma Kapsamındaki Yabancıların İşlemlerine İlişkin Usul ve Esaslara İlişkin 2017/10 Sayılı Genelgesi'nde, (metin içinde bundan sonra Genelge olarak anılacaktır) geri gönderme işlemlerinde, Genelge ekinde yer alan, Türkçe ve Arapça olarak hazırlanmış gönüllü geri dönüş istek formunun kullanılacağı, formun geri dönüş yapmak isteyen yabancının yanı sıra Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) temsilcisi, temsilcinin bulunmaması durumunda Kızılay yetkilisi, Kızılay yetkilisinin de bulunmaması hâlinde valiliklerce uygun görülen sivil toplum kuruluşu temsilcisi veya valilik insan hakları ve eşitlik kurulu görevlileri tarafından imzalanacağı ve anılan kurum ve kuruluş yetkililerinden birinin bulunmaması durumunda, forma, yetkililerin bulunmadığına dair şerh düşüleceği belirtilmektedir³⁷

Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin Akkad/Türkiye, kararına³⁸ atıfla, gönüllü geri dönüş formunun imzalanması ile ilgili olarak, gönüllü geri dönüş formunda, "menşe ülkesindeki genel ve güvenlik durumu hakkında yetkililer tarafından ayrıntılı olarak bilgilendirildiği" ifadesi yer alsa da bunun tek başına yeterli olmadığını, başvurunun geçici koruma altına alınmasını haklı kılan olası riskin neden artık geçerli olmadığını açıklayan kişisel durumuna ilişkin özel

³⁵ A.A. ve A.A., § 72.

³⁶ 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 26/3: "Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyası işlemde kaldırıılır ve varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Dosyanın işlemde kaldırııldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir."

³⁷ Anayasa Mahkemesi, Abdulkarim Hammud, B. No: 2019/24388, 2/5/2023, § 26.

³⁸ European Court of Human Rights, Case of Akkad Against Turkey, A. No: 1557/19, 21 December 2022.

Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'nın 17/3 maddesindeki hakkın usul güvencelerine uymamak suretiyle ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurularda, usul güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığını değerlendirirken, gönüllü geri gönderme formunun bir BMMYK ya da mevzuatta bahsi geçen bir sivil toplum kuruluşu temsilcisi tarafından imzalanmamış olmasını, başvuranın geri gönderilmesinden önce geri göndermeye itiraz etmesini sağlayacak durdurucu etkisi olan yollardan yararlanamamış olmasını, başvurucunun Anayasanın 17. maddesinin sağladığı korumadan veya itiraz yolundan bilinçli ve aydınlatılmış olarak feragat ettiğinin ikna edici şekilde ortaya konulamamış olmasını, başvuruçuların gönüllü geri dönüş adı altında zorla ve hukuka aykırı olarak sınır dışı edildiği şeklinde değerlendirdiği ve usul güvencelerinin etkili bir şekilde sağlanmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında koruma altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağının ihlali yönünde karar verdiği görülmektedir⁴¹.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, Geri Gönderme Merkezi (GGM) nde işkence ve kötü muamele gördüğü iddiası ile Cumhuriyet Başsavcılığına başvuran başvurucu ile ilgili olarak, ceza soruşturmasının ilk aşamasında olay yeri tespiti yapılmamasını, güvenlik kamerası görüntülerinin bizzat tespiti ve muhafazası yerine şikâyetin muhatabı olan GGM görevlilerinin gönderdiği görüntü kayıtları ile yetinilmesini, başvurucunun sağlık durumunun tıbbi rapor ile tespiti yerine beyanını alan Cumhuriyet Savcısının gözlemi ile yetinilmesini, şikâyet edilen kamu görevlilerin tespit edilerek savunmalarının alınmamasını, delillerin zamanında toplanmaması nedeniyle bazı delillere ulaşmanın imkansız hale gelmesini, elde edilen delillerin ise kapsamlı, nesnel ve tarafsız bir değerlendirilmeye tabi tutulmamasını ve bütün bunların

⁴² Anayasa Mahkemesi, Kemal Salpagarova, B. No: 2016/12809, 16/1/2020 § § 43-44; Anayasa Mahkemesi, Azizjon Hikmatov, B. No: 2015/18582, 10/5/2017, § § 74-75; Anayasa Mahkemesi, Hüsam İbrahim, B. No: 2020/20131, 4/10/2023, § § 43-44.

neticesinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesini, etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiş, anılan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan eziyet yasağının usul boyutu bakımından ihlal edildiğine karar vermiştir⁴³.

Anayasa Mahkemesine, Anayasa'nın 17/3 maddesindeki hakkın, maddi boyutuyla ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruların ise GGM'lerdeki olumsuz fiziksel koşullara dayandırıldığı görülmektedir. Bu çerçevede, GGM'lerdeki fiziksel koşulların yetersizliği (aşırı kalabalık olması, yeterli havalandırmanın olmaması, ışıkların sürekli açık olması, gürültü vb.), telefon ve internet gibi iletişim araçlarına ulaşamama, tıbbi bakım (doktor ve ilaca erişimin kısıtlı olması), beslenme ve temiz suyu erişimde yaşanan problemler, açık havaya çıkma süresinin kısıtlı olması, temizlik problemi, hijyenik olmayan ortamlar (böcekler, değiştirilmeyen çarşaf vb.), bulaşıcı hastalıkları olan insanlarla aynı ortamların paylaşılması ve sosyal faaliyetlere katılma vb. temel insani ihtiyaçların kısıtlı olması gibi olumsuz koşulların ihlal başvurularından dile getirildiği görülmektedir⁴⁴.

Anayasa Mahkemesi, yapılan muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamında bir ihlal oluşturabilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerektiğini, göreceli bir niteliğe sahip olan asgari eşiğin aşıp aşılmadığının somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu çerçevede muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu, muamelenin amacı, muameleyi yapanın kastı ve saiki gibi faktörlerin önem arz ettiğini belirtmektedir⁴⁵.

AIHM kararlarında, CPT raporlarına göre tutulma yerlerinde kişi başına dört metrekare yaşam alanının kabul edilebilir asgari standardı oluşturduğunu, tutulu bulunan kişilere her gün en az bir saat açık havada egzersiz yapma imkânı verilmesi gerektiğini, aksi koşulların AIHS'nin 3. maddesinin ihlalini oluşturduğunu belirtilmektedir⁴⁶. CPT'nin "gözetim altında tutulan göçmenler" hakkında kabul ettiği standartlarına göre, GGM'de tutma koşullarının değerlendirilmesinde, kişi başına düşen alan hesabı ve günlük açık havadan yararlanmalarının yanı sıra, kişilerin kötü hava şartlarından korunması, kapalı mekânların gün ışığı alma ve havalandırılma durumları, kalınan mekânın temizliği ve tutulan kişilere sunulan sağlık hizmetleri gibi hususların da dikkate alınması gerektiğini, yabancıların, tutulma yerlerinin bu amaç için hazırlanmış, hukuki durumlarına uygun bir programa, fiziki koşullara ve uygun nitelikli, yeterli donanımına sahip, temiz ve bakımlı, yeterli yaşam alanı sağlanmış, mümkün olduğunca cezaevi izlenimi vermeyen, programlı faaliyetlere, açık havada egzersiz, gün içinde zaman geçirilebilecek bir odaya, radyo/televizyona, gazete/dergilere ve diğer uygun dinlenme yollarına erişim içeren merkezler olması gerektiği belirtilmektedir⁴⁷.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, Y.K., B. No: 2016/14347, 2/6/2020, § § 111, 115-117.

⁴⁴ Kemal Salpagarov, § 56; I.S. ve diğerleri, § 68; Anayasa Mahkemesi, F.K. ve diğerleri, B. No: 2013/8735, 17/2/2016, § 73.

⁴⁵ F.K. ve diğerleri, § 62.

⁴⁶ European Court of Human Rights, Case of Hagyo v. Hungary, A. No: 52624/10, 23 April 2013, § § 45-47; F.K. ve diğerleri, § 62.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015, § 98; F.K. ve diğerleri, § § 28, 71.

Anayasa Mahkemesinin, yabancıların yukarıda belirtilen sebepler ile Anayasanın 17/3 maddesinin ihlali iddiası ile yapılan başvuruları, CPT'nin, yabancıların tutulma yerlerinin fiziki koşullarına ilişkin belirlediği standartlar çerçevesinde değerlendirdiği, “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele düzeyine ulaştığı değerlendirmesinde bulunduğuy başvurular ile ilgili olarak Anayasanın 17/3 maddesinin ihlali yönünde karar verdiğı görölmektedir⁴⁸.

B. YAŞAM HAKKININ İHLALI

Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı”na sahip olduğı, ikinci fıkrasında, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtildikten sonra dördüncü fıkrasında yaşama hakkına müdahalenin meşru olduğı durumlar sayılmıştır⁴⁹. Ayrıca Anayasa'nın 15. maddesinde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlölükler ihlal edilmemek kaydıyla, yaşama hakkının, “savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında” savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde de koruma altında olduğı hüküm altına alınmakta ve 38. maddenin dokuzuncu fıkrasında: “Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.” hükmüne yer verilerek, ölüm cezasının istisnasız bir şekilde yasaklandığı belirtilmektedir. AİHS'nin, 2/1 maddesinde de “Herkesin yaşama hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.” hükmüne yer verilmiş, Anayasa'nın 17/4 maddesinde öngörölen meşru müdahale sebepleri, AİHS'nin 2/2 maddesinde de sayılmış ancak AİHS'ye Ek 6 ve 13 No'lu Protokollerle ölüm cezası yasaklanmıştır. Türkiye de bu Protokollere taraf olduğı için Anayasa'nın 38. maddesinde belirtildiğı üzere Türkiye'de ölüm cezası yasaklanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, sınır dışı edilme kararı karşısında, yaşam hakkının ihlali iddialarına ilişkin temel ilkeleri, Hooman Hosseinpour kararında belirlemiştir⁵⁰. Bu kararda belirlediğı ilkeler, bir üst başlık altında kötü muamele yasağına ilişkin A.A. ve A.A. kararında benimsediğı ilkeler ile aynı olduğı için tekrara düşmemek adına burada aynı ilkelere yeniden yer verilmemiştir. Burada, yukarıdaki ilkelere ek olarak, Anayasa Mahkemesinin, yaşam hakkının ihlali iddiaları ile ilgili olarak, ölüm cezasının kesinleşmesi ile infazı arasında geçen sürede, mahkûmun ruh hâli ve ölüm cezasının infazı sırasında duyduğı ızdırap nedeniyle ölüm cezasını, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza olarak değerlendirdiğini belirtmek gerekir⁵¹.

⁴⁸ I.S. ve diğeryleri, § § 110-112, 124-126; F.K. ve diğeryleri, § § 92-94; Azızyon Hikmatov, § § 67-75; Y.K., § § 97-106; K.A., 2014/13044 § § 100-111; Anayasa Mahkemesi, T.T., B. No: 2013/8810, 18/2/2016, § § 68-88; Anayasa Mahkemesi A.S., B. No: 2014/2841, 9/6/2016, § § 65-85; Anayasa Mahkemesi, F.A. ve M.A., B. No: 2013/655, 20/1/2016, § § 85-110; Anayasa Mahkemesi, A.V. ve diğeryleri, B. No: 2013/1649, 20/1/2016, § § 79-102.

⁴⁹ “Meşru müdafaa, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiğı emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiğı zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri,” birinci fıkradaki yaşama hakkına, meşru müdahale sebeplerini oluşturmaktadır (Any. m. 17/4).

⁵⁰ Hooman Hosseinpour § 62.

⁵¹ Hooman Hosseinpour § 61.

Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin, sınır dışı edilmeleri ve ülkelerine gönderilmeleri hâlinde ölüm cezası veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza ile karşılaşabileceklerine yahut kötü muameleye maruz kalabileceklerine ilişkin iddialarını, yaşam hakkı ile kötü muamele yasağı kapsamında ele almaktadır⁵². Mahkeme, başvuru sahiplerinin, sınır dışı edilmeleri hâlinde kötü muameleye maruz kalacakları ve yaşam haklarının ihlal edileceğine dair iddialarını, kötü muamele yasağı kapsamında incelemekte, yaşam hakkı bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek görmemektedir⁵³. Benzer şekilde AİHM de Sözleşme'nin 2. (yaşam hakkı) ve 3. maddelerinin (işkence ve kötü muamele yasağı) birlikte ihlal edildiğine ilişkin başvurularda, başvuruları 3. maddeyle sınırlı olarak incelemekte ancak geri gönderilen ülkede idam cezası uygulanacağı gibi doğrudan yaşam hakkının konusunu oluşturan şikâyetler yönünden bu kuraldan ayrılmaktadır⁵⁴.

Başvuru sahiplerinin, sınır dışı edilmeleri durumunda yaşam haklarının ihlal edileceği iddialarını, gönderilecekleri ülkelerde iç karışıklığın ve şiddetin devam ediyor olması nedeniyle sınır dışı edilmeleri durumunda can güvenliklerinin bulunmadığı, yaşam haklarının tehlikeye gireceği ve kötü muameleye maruz kalacakları şeklindeki risklere dayandırdıkları görülmektedir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi, bu neviden iddiaların varlığı halinde, ilke olarak, idari ve yargısal makamlar tarafından söz konusu ülkede gerçek bir ihlal riski olup olmadığının ayrıntılı bir şekilde araştırılmasını, başvuru sahibinin de iddia ettiği kötü muamele riskinin ne olduğunu açıklamasını, varsa iddialarını destekleyen bilgi ve belgeleri ortaya koymasını ve iddiaların belli bir ciddilik seviyesinde olmasını, bu konuda makul bir şüphenin oluşması gerektiğini belirtmektedir⁵⁶. Bu bağlamda Mahkeme, öncelikli rolünün, usul güvencelerinin idari ve yargısal makamlar tarafından sağlanıp sağlanmadığını denetlemekten ibaret olduğunu, usul güvencelerinin sağlandığı durumlarda ise ikinci aşamada geri gönderilen ülkede gerçek bir kötü muamele riskinin olup olmadığının ayrıca değerlendireceğini belirtmektedir⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi usul güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığını değerlendirdiği bir kararında, başvuru konusu olaylarda, Gönüllü Geri Dönüş İstek Formu'na istinaden yurt dışına çıkışı sağlanan başvuru sahipleriyle ilgili olarak, sınır dışı etme kararına karşı iptal davası açılmış iken başvuru sahibinin avukatına haber verilmeden, Genelge'de belirtilen uluslararası veya ulusal sivil toplum örgütü temsilcisinin imzası olmadan, gönderileceği ülkedeki riske ilişkin kişisel hiçbir ayrıntı içermeyen bir Form'a dayanılarak ülkeden çıkarılmasının, başvuru sahibinin rızasıyla, bilinçli ve gönüllü bir geri dönüş olarak nitelendirilemeyeceği, değerlendirmesinde bulunmuş; usuli güvencelere uyulmamış olması nedeniyle Anayasanın 17/1 maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁸.

⁵² Masoud Talebi, § 53; Abdulkarim Hammud, § 40; Hooman Hosseinpour, §§ 55-56.

⁵³ A.A. ve A.A., § 52.

⁵⁴ Kemal Salpagarov, § 29.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, Avad Elhamud, B. No: 2020/5628, 11/6/2024, § 7; A.A. ve A.A., § 45.

⁵⁶ Avad Elhamud, § 10; A.A. ve A.A., § 62-63.

⁵⁷ A.A. ve A.A., § 71.

⁵⁸ Avad Elhamud, § 11-13.

Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkının usul boyutu yönüyle ihlal edildiğine hükmettiği bir başka kararında ise şu değerlendirmede bulunmuştur: Sınırı izinsiz geçmeye çalışan bir gruba yönelik açılan ateş neticende, bir kişinin ölmesi ile ilgili olarak yapılan başvuruda, şüpheli asker, sınırı geçmeye çalışan grubu öncelikle geçmemeleri konusunda uyardığını, göçmenlerin kendilerine mayın fırlattığını, bunun üzerine iki el havaya ve bir el yere uyarı ateşi açtıktan sonra bir el de gruba doğru ateş ettiğini belirtmiştir. Yürütülen soruşturmada, ölen kişiye üç kurşun isabet ettiğinin tespit edilmesi, bu kurşunlardan sadece birinin şüpheli askerin silahından çıktığının belirlenmesi nedeniyle olay yerinde başka kişilerin de olduğunun anlaşılması ancak bunların araştırılmaması, fırlatıldığı iddia edilen mayınların neden patlamadığının ve menşinin araştırılmamış olması ve şüpheli askerin de dahil olduğu sınırı korumakla görevli askerlerin düzenlediği tutanak ve beyanlar doğrultusunda başkaca araştırma yapmadan karar verilmesi karşısında, ölüm olayını aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplandığını ve soruşturmada varılan sonucun, elde edilen tüm delillerin kapsamlı, nesnel ve tarafsız bir analizine dayandığını söylemenin mümkün olamayacağını belirtmiş anılan nedenler ile Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul boyutu yönüyle ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁹

Mahkeme, yaşam hakkının hem maddi hem de usul boyutunun birlikte ihlal edildiği değerlendirilmesinde bulunduğu başka bir kararında, yakalanıp polis karakoluna götürülen ve odada görevlinin silahını almaya çalıştığı esnada, silahın kendiliğinden patlaması sonucu öldüğü iddia edilen bir sığınmacı ile ilgili yapılan başvuruda, soruşturmanın bağımsız, etkili ve yeterli olması gerektiğini, somut olayda, silah üzerinde vücut izi araştırması yapılmaması ve ölenin diğer bütün kıyafetleri var olmasına rağmen atış mesafesini hesaplamaya yarayacak olması açısından önemli nitelikte delil olan fanila ve gömleğinin kaybolmuş olması nedeniyle atış mesafesinin hesaplanamaması, şüpheli polisin elinde barut incelemesinin geç yapılması gibi nedenlerle olayın aydınlatılmasına imkân verebilecek nitelikteki bazı tedbirlerin alınmadığını, soruşturma veya kovuşturma sürecinde aşırı özensiz ve isteksiz davranıldığını, kamu görevlisi olan şüphelilerin ifadelerine aşırı derecede önem verildiğini, bütün bunların adalete ulaşma isteğinin olmadığı izlenimini verdiğini belirtmiştir⁶⁰. Mahkeme bahse konu başvuruda, kamu gücünün kontrolü altında tutulan bir kişinin, devletin bir görevlisi tarafından öldürüldüğü olayda, devletin, yaşam hakkı kapsamındaki öldürmemeye ilişkin negatif yükümlülüğüne aykırı davrandığına, açıklanan gerekçelerle yaşam hakkının maddi ve usul boyutlarının ihlal edildiğine, karar vermiştir⁶¹.

Anayasa Mahkemesi, GGM'de tutulurken intihar eden veya başka bir sebeple ölen yabancıların, yaşam hakkının koruması (pozitif) yükümlülüğü ile ilgili olarak, sınır dışı edilmek üzere belli bir süreyle sınırlı olarak, idarenin gözetimi altında, özgürlüklerinden yoksun bırakılan ve çoğu zaman bir suç isnadıyla karşı karşıya olan bu kişiler ile ilgili, ceza infaz kurumlarında meydana gelen ölüm vakaları için geçerli olan, devletin, yaşama hakkını koruma (pozitif) yükümlülüğüne ilişkin genel ilkelerin, GGM'lerde gerçekleşen ölümler için de uygulanabilir

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, Aisha Fares, B. No: 2015/18701, 31/10/2018, § 85-93.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, Tochukwu Gamaliah Ogu, B. No: 2018/6183, 13/1/2021, § § 158-170.

⁶¹ Tochukwu Gamaliah Ogu, B. No: 2018/6183, 13/1/2021, § § 181-182.

nitelikte olduğunu belirtmektedir⁶². Mahkeme, önceki kararlarına da atıfta bulunarak⁶³ yetkililerinin, kontrolleri altındaki birinin, kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bilip bilmediklerini ya da bilmeleri gerekip gerekmediğini tespit etmek, böyle bir risk var ise bu riski ortadan kaldırmak için sahip oldukları yetkiler ve makul ölçüler çerçevesinde kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynakların birlikte değerlendirilmesi, yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi de dikkate alınarak pozitif yükümlülüğün, yetkililere, aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiğinin de altını çizmektedir. Mahkeme, özgürlüklerinden alıkonulan kişilerin psikolojik durumlarının bozulduğunu, kırılgan hale gelen bu kişilerin, intihar riskinin arttığını bu nedenle yetkilerin bu kişilere karşı daha duyarlı ve dikkatli olmaları gerektiğini, hayatlarını tehlikeye atılmalarını önleyici tedbirlerin alınması gerektiğini, bu çerçevede, kişilerin davranışlarının ve sağlık durumlarının takip edilmesi, gerektiğinde doktora başvurulması, intihara eğilimi olduğu anlaşılanların uygun yerlerde tutulması, kişinin kendine zarar verme ihtimali karşısında, özgürlüğünü aşırı sınırlama riskini en aza indirecek tedbirlerin alınmasının önemli olduğunu, bunun, başvuru konusu yapılan her somut olayın koşullarına göre farklılık gösterebileceğini dolayısı ile bu konudaki her başvurunun somut olay özelinde değerlendirilmesi gerektiğini, söylemektedir⁶⁴.

C. KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKININ İHLALI

AİHS'nin 5/1 maddesinde: "Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir" denildikten sonra aynı maddenin a-f bentlerinde, kişinin özgürlük hakkından yoksun bırakılabileceği istisnai sebepler sayılmıştır. Keza 1982 Anayasası'nın 19/1 maddesinde de "Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir." denildikten sonra maddenin ikinci fıkrasında kişinin özgürlüğüne müdahaleyi meşru kılan sebepler, AİHS m. 5/2'deki müdahale sebeplerine paralel bir şekilde düzenlenmiştir⁶⁵. Bu sebepler arasında "usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması" da yer almaktadır (Any. m. 19/2). Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişilerini kaçma ya da delilleri karartma ihtimaline binaen tutuklanabileceği, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yakalanabileceği; dördüncü fıkrasında, özgürlüğünden alıkonulan kişilerin bu alıkoymanın sebepleri hakkında derhal bilgilendirilmeleri gerektiği⁶⁶; beşinci fıkrasında, suç nedeniyle yakalanan ve

⁶² Anayasa Mahkemesi, Azad Ahmadpoori ve diğerleri, B. No: 2019/27008, 6/10/2022, § 46.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, Mehmet Kaya ve diğerleri, B. No: 2013/6979, 20/5/2015, § 72-74; Anayasa Mahkemesi, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 53; Sadık Koçak ve diğerleri, § 74.

⁶⁴ Azad Ahmadpoori ve diğerleri, § 47-48.

⁶⁵ "Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz." (Any., m. 19/2).

⁶⁶ "Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir." (Any., m. 19/4).

tutuklanan kişinin hâkim önüne çıkarılması gerektiği ve mahkeme kararı olmadan özgürlüklerinden alıkonulamayacağı⁶⁷; altıncı fıkrada, yakalanan veya tutuklanan kişinin durumunun derhal yakınlarına bildirilmesi gerektiği; yedinci fıkrada, tutuklanan kişinin soruşturma veya kovuşturma süresince serbest bırakılmayı isteme hakkına sahip olduğu ve bunun bir güvenceye bağlanabileceği; yedinci fıkrasında, herhangi bir sebeple hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu; sekizinci fıkrasında, maddede belirtilen esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zararın, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, devletçe ödeneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan yabancıların idari gözetim altına alınması yetkisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de kabul edilmiş istisnai bir yetkidir. Buna göre yabancıların sınır dışı edilmesi veya geri verilmesi kararının yürütülmesi sürecine dayanılarak, şekil ve şartları kanunla gösterilen usule uygun olarak yakalanması veya tutulmasına karar verilebilir (AİHS, m. 5/1/f). Anayasa Mahkemesi, kişiyi özgürlüğünden alıkoyuyor olması sebebiyle, bu tedbirin keyfi bir muameleye dönüşmemesi için ilke olarak, kanunda sınır dışı amacıyla tutma kararı verme işleminin koşulları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye bildirilmesi, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanması gibi usul güvencelerinin açık bir şekilde ortaya koyulması gerektiğini belirtmektedir⁶⁸. Konuya ilişkin usul güvencelerinin, 6458 Sayılı Kanun'da düzenlendiği görölmektedir.

6458 Sayılı Kanun'unda iki tür idari gözetimden bahsedildiği görölmektedir. Bunlardan biri, Kanun'un 68. maddesine göre uluslararası koruma talebinde bulunanlar ile ilgili, yine aynı maddede belirtilen sebeplere dayanılarak, verilecek idari gözetim kararı diğer de ise Kanun'un 57. maddesine göre valilikçe, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olanlar hakkında, yine aynı maddede belirtilen sebeplerden birine dayanılarak, verilen idari gözetim kararıdır. 6458 sayılı Kanun'da, 68. maddesi mucibince, uluslararası koruma talebinde bulunanlar ile ilgili verilecek idari gözetim kararıyla ilgili olarak Kanun'da, başvuru sahibinin sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunmasından dolayı idari gözetim altına alınamayacağı (m. 68/1) ancak kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe olması durumunda bu bilgilerinin tespiti amacıyla, sınır kapılarında usulüne aykırı bir şekilde ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla, idari gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması durumunda ve kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde idari gözetim altına alınabileceği (m. 68/2), idari gözetimin gerekip gerekmediğinin bireysel olarak değerlendirileceği, idari gözetim yerine, valilikçe, yeterli olabilecek başka usuller de belirlenebileceği (m. 68/3), idari gözetim kararının, kararın gerekçesi ve süresinin, idari gözetim altına alınan kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edileceği, kişinin kararın sonucu ve itiraz usulleri hakkında bilgilendirileceği

⁶⁷ "Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hâl, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir." (Any., m. 19/5).

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, Rıda Boudraa, B. No: 2013/9673, 21/1/2015, ř 74; I.S. ve diğerleri, ř ř 138-139.

(m. 68/4), idari gözetim süresinin otuz günü geçemeyeceği, gözetim süresi içinde işlemlerin en kısa sürede tamamlanacağı ve şartları ortadan kalktığı takdirde idari gözetimin derhâl sonlandırılacağı (m. 68/5), idari gözetimin her aşamasında kararı alan makamdan idari gözetimin sonlandırılması ve başka tedbirlere karar verilmesinin istenebileceği (m. 68/6), idari gözetim kararına karşı, ceza hâkimine başvurulabileceği, başvurunun idari gözetimi durdurmayaacağı, başvuru dilekçesinin idareye verilmesi hâlinde, dilekçenin yetkili sulh ceza hâkimine derhâl ulaştırılacağı ve sulh ceza hâkiminin incelemeyi beş gün içinde vereceği hükümle sonuçlandıracağı ve bu kararın kesin olduğu, şartların değişmesi halinde sulh ceza hakimine yeniden başvurulabileceği (m. 68/7), idari gözetim altında bulunan kişinin, usul ve esasları yönetmelikle belirlenmek üzere ziyaretçi kabul edebileceği, kişiye yasal temsilcisi, avukat, noter ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlileriyle görüşme imkânının sağlanması gerektiği (m. 68/8) açıkça belirtilmiştir.

6458 Sayılı Kanun'un 54. maddesinde hakkında sınır dışı etme kararı alınacaklara yer verilmiştir⁶⁹. Kanun'un 55. maddesinde ise 54. madde kapsamında olsalar dahi sınır dışı edilemeyecek olan sayılmıştır. Buna göre, sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar, ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülener, hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar, mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları, tedavileri tamamlanmaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurlarının sınır dışı edilemezler.

Kanun'un 56. maddesinde hakkında sınır dışı etme kararı alınanlara, sınır dışı etme kararında belirtilmek kaydıyla, Türkiye'yi terk edebilmeleri için on beş günden az olmamak

⁶⁹ "(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:

- a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler
- b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar
- c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar
- ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar
- d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar
- e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler
- f) İkamet izinleri iptal edilenler
- g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler
- ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler
- h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler
- ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler
- i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar
- j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar
- k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir." (6458 Sayılı Kanun, m. 54).

üzere, otuz güne kadar süre tanınacağı fakat “kaçma ve kaybolma riski bulunanlara, yasal giriş veya yasal çıkış kurallarını ihlal edenlere, sahte belge kullananlara, asılsız belgelerle ikamet izni almaya çalışanlara veya aldığı tespit edilenlere, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlara” bu sürenin tanınmayacağı belirtilmiştir (m. 56/1). 6458 sayılı Kanun’da, 57. maddesi mucibince, hakkında sınır dışı edilme kararı verilenlerin idari gözetim altına alınması ilgili olarak, kolluk tarafından yakalanan yabancıların, haklarında karar verilmek üzere derhâl valiliğe bildirileceği, sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenlere ilişkin sınır dışı etme kararının valilikçe kırk sekiz saat içinde alınacağı (57/1), bunlardan “kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye’ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye’den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar” hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınacağı ya da Kanun’un 57/A maddesindeki idari gözetim alternatif yükümlülüklerle karar verilebileceği, hakkında idari gözetim kararı alınanların, kırk sekiz saat içinde kolluk tarafından GGM’ye götürüleceği (57/2), GGM’lerdeki idari gözetim süresinin altı ayı geçemeyeceği fakat yabancıların sınır dışı işlemlerinin yapılabilmesi için işbirliği yapmaması veya ülkesi ile ilgili bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle işlemlerin tamamlanamaması hâlinde, bu sürenin en fazla altı ay daha uzatılabileceği (m. 57/3), idari gözetimin devamında zaruret olup olmadığının valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirilmesi gerektiği, gerekli görüldüğünde otuz günlük sürenin dahi beklenmeyeceği, idari gözetimin devamında zaruret görülmemesi durumunda gözetimin derhal sonuçlandırılıp Kanun’un 57/A maddesinde belirtilen alternatif yükümlülüklerle karar verileceği (m. 57/4), idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak değerlendirilmesi sonunda alınan kararların gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edileceği ve kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisinin veya yasal temsilcisinin, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilmesi gerektiği (m. 57/5), idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurulabileceği, başvurunun idari gözetimi durdurmayaacağı, itiraz dilekçesinin idareye verilmesi hâlinde, dilekçenin yetkili sulh ceza hâkimine derhâl ulaştırılacağı, sulh ceza hâkiminin incelemeyi beş gün içinde sonuçlandıracağı ve kararının kesin nitelikte olduğu, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yenden sulh ceza hâkimine başvurulabileceği (m. 57/6), idari gözetim işlemine karşı yargı yoluna başvuranlardan, avukatlık ücretlerini karşılama imkânı olmayanlara, talepleri hâlinde 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanacağı (m. 57/7), bunların uyruklarının tespit edilmesi amacıyla elektronik ve iletişim cihazlarının incelenebileceği ancak inceleme sonucunda elde edilen verilerin başka bir amaç ile kullanılamayacağı (m. 57/8) açıkça düzenlenmiştir.

Başvurucuların, Anayasası’nın 19. maddesinde güvence altına alınan “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkının ihlali iddialarının, 11.4.2014 tarihli 6458 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden evvel hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarının kanuni bir dayanağının bulunmadığı, 6458 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra ise Kanun’a aykırı işlem yapıldığı noktasında toplandığı görülmektedir. Bu çerçevede başvurucuların ihlal iddialarının, idari gözetim tedbirine kanuna aykırı olarak devam edildiği, idari gözetim ilişkin kararların otuz günlük periyotlar hâlinde uzatılması, gerekçesinin yazılması ve işlemin ilgisine veya avukatına tebliğ edilmesi gerekirken

bu işlemlerin yapılmadığı, özellikle 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 56. maddesinin birinci fıkrasındaki prosedürlerin yürütülmediği, Kanun'un 57/4 maddesi gereğince "zaruret değerlendirmesi"nin yapılmadığı, ilk gözetim altına alındıklarında tutulma nedenleri ve idari gözetim kararına itiraz haklarının bildirilmediği, idari gözetim altına alındıktan sonra uluslararası koruma talebinde bulunmaları nedeniyle 6458 sayılı Kanun'un 68. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre başvuru tarihinden itibaren bir ay içinde salıverilmeleri gerekmesine rağmen salıverilmedikleri, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre idari gözetimin gerekliliğinin bireysel olarak değerlendirilmesi ve aynı Kanun'un 71. maddesinde belirtilen alternatif tedbirlerin yeterli olmayacağı kanaatine varılması hâlinde idari gözetim kararı verilebilecek iken bunun yapılmadığı, sulh ceza hakimliğine yapılan başvurulara ilişkin etkili ve makul sürede bir yargılamanın yapılmadığı, tutma sürecindeki hukuka aykırılıklar nedeniyle oluşan zararların tazmini için etkili bir mekanizma bulunmadığı, noktalarında toplandığı, anılan nedenlerle Anayasa'nın 19. maddesinin de güvence altına alınan "kişi özgürlüğü ve güvenliği" hakkının ihlal edildiğini ileri sürdükleri görülmektedir⁷⁰.

Anılan iddialar ile yapılan bireysel başvurularla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, (i) 11.4.2014 Tarih ve 6458 sayılı Kanun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, GGM'de tutulan başvuruçunun Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan istisnalar arasında yer verilen, usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması uygulamasında, tutma kararı verme işleminin koşulları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye bildirilmesi, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanması gibi usul güvencelerini açık bir şekilde ortaya koyan yasal bir düzenleme bulunmamasını⁷¹, (ii) 6458 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce tutulan başvuruçuların tutuldukları dönem itibarıyla yürürlükte olan mevzuatta, Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasındaki güvenceyi -hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak için yetkili bir yargı merciine başvurma hakkını- sağlayan bir başvuru yolu öngörülmemesini⁷², (iii) Anayasa'nın 19. maddesi ve 6458 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda, başvuruçunun hakkında, Valilikçe alınmış bir sınır dışı etme kararı olmamasına rağmen başvuruçunun altmış gün boyunca idari gözetim altında tutulmasını, hakkında idari gözetim kararı bulunmayan ve bir suç sebebiyle savcılıkça verilmiş bir göz altı kararı olmaksızın başvuruçunun idari gözetim altında tutulmasını, anılan nedenler ile idari gözetim altında tutulmanın kanuni dayanağının olmamasını, aylık olarak yapılması gereken zaruret değerlendirmesinin yapılmamasını, sulh ceza mahkemesine itiraz sürecinde anılan hukuka aykırılıkların mahkemece tespit edilememesini⁷³, (iv) idari gözetim altına alındıklarında tutma nedenleri ve idari gözetim kararına itiraz haklarının bildirilmemesini⁷⁴, (v) Hukuki durumlarında, 6458 sayılı Kanun'un

⁷⁰ I.S. ve diğerleri, § 74; Anayasa Mahkemesi, B.T. [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017, § 67.

⁷¹ T.T., § § 114-115; A.S., § § 108-109; A.V. ve diğerleri, § § 127-128; F.K. ve diğerleri, § § 119-122; Rıda Boudraa, § § 78-79.

⁷² I.S. ve diğerleri § § 165-167; F.A. ve M.A., § § 159-161.

⁷³ B.T., § § 88-96.

⁷⁴ I.S. ve diğerleri § § 152-159; F.A. ve M.A., § § 138-150.

54. maddesinde öngörülen diğertedbirlerin uygulanmasını gerektirebilecek nitelikteki değışikliklerin, idari gözetim kararı alan ve aylık olarak bu kararı gözden geçirmesi öngörülen idare ve bu kararı ilgilinin başvurusu üzerine denetleyen sulh ceza hâkimleri tarafından dikkate alınmaması dolayısıyla sınır dışı etme sürecinde uygulanan idari gözetim işleminin “gerekli özen” içinde yürütülmemesini bu nedenle başvurucunun keyfiliklere karşı korunmamasını⁷⁵, (vi) usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması işlemleri nedeniyle oluşan zararların tazminine yönelik özel bir mekanizmanın öngörülmemiş olmasını⁷⁶, (vii) sınır dışı etme nedeniyle verilen idari gözetim kararının başlangıçta hukuki dayanağın bulunmamasını, on ikinci aydan sonra fiilen tutmanın anayasal ve yasal bir dayanağının olmamasını anılan durumların idari gözetim altında tutmanın kanunilik koşuluna aykırı olmasını⁷⁷, hukuka aykırı olarak değerlendirmiş ve açıklanan nedenler ileri Anayasa’nın 19. maddesinde güvence altına alınan “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkının ihlal edildiği yönünde kararlar vermiştir.

D. ÖZEL HAYAT VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI

AİHS’nin 8/1 maddesine göre; “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”. Bu düzenleme ile kişinin “özel hayatı”, “aile hayatı”, “konut dokunulmazlığı” ve “haberleşme özgürlüğü” güvence altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu hakka yönelik meşru müdahale sebeplerine yer verilmiştir. Buna göre bu hakka yapılacak müdahale, “... ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” (AİHS, m. 8/2).

Özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı 1982 Anayasası’nın, “özel hayatın gizliliği” kenar başlıklı 20. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” (Any., m. 20/1). Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu hakkın, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayalı olarak sınırlandırabileceği belirtildikten sonra üçüncü fıkrasında, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı da güvence altına alınmıştır. Özel hayatın bir parçası olan konut dokunulmazlığı Anayasa’nın 21. maddesinde, haberleşme hürriyeti ise 22. maddesinde ayrıca güvence altına alınmıştır.

Özel hayat, herkesin hem özgür olarak kişiliğini oluşturup geliştirdiği hem de diğert İnsanlarla ve dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten ötesinde bir alandır⁷⁸. Özel hayat kavramı, AİHM içtihatlarında, kişinin isminin, görüntüsünün (fotoğrafı, kamera kayıtları) veya itibarının (şanı, şöhreti ve şerefine) korunması, aile kökeni hakkında bilgilenme,

⁷⁵ K.A. § § 128-135.

⁷⁶ I.S. ve diğertleri, § § 173-177; F.A. ve M.A., § § 162-170.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, Abdulkadir Yapıkuşan [GK], B. No: 2016/35009, 2/5/2019, § § 121, 124, 133-134.

⁷⁸ Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çev. Ayşe Gül Alkış Schälting, Strazburg, 2012, s. 12.

fiziksel ve manevi bütünlük (kişinin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü bedeni, psikolojik, psikiyatrik, tıbbi müdahaleler ve testler), cinsel ve toplumsal kimliği, cinsel hayatı ve eğilimleri, sağlıklı bir çevre, kendi kaderini belirleme hakkı ve kişisel özerklik, koruyucu ebeveynler ve bunların baktıkları çocuklar arasındaki ilişki, evlenmemiş çiftler arasındaki ilişkiler, arama ve el koymadan korunma (kişiye ait özel yerlerin ve evrakların aranması ve el konulması) ve telefon görüşmelerinin gizliliği dâhil olmak üzere birçok değişik durumu kapsayacak biçimde uygulanmıştır⁷⁹.

Aile hayatı, esasen anne-baba ve çocuklar arasındaki ilişkilerden oluşur. Anne ile çocuk arasındaki ilişki, annenin medeni durumuna bakılmaksızın, Sözleşme'nin korumasından yararlanır⁸⁰. AİHM'ye göre aile hayatı için kan bağıının varlığı önemli bir koşul olmakla beraber, bu bağ tek başına yeter koşul değildir. Zira, kan bağıının yokluğu, evlat edinme yoluyla kurulan evlatlık ilişkisinde olduğu gibi tek başına, bir kişinin aile hayatı kavramına dâhil olmasını engellemez⁸¹. Aile hayatının varlığı için birlikteliğin ya da evliliğin, gerçek olması şarttır. Bu nedenle para karşılığı veya başka amaçla yapılan, kâğıt üzerindeki evlilikler, aile hayatına dahil sayılmaz⁸².

AİHM, kural olarak, çocuklar ve büyükanne/büyükbabalar arasındaki ilişkiyi, yaşları ne olursa olsun, kardeşler arasındaki ilişkiyi, amca/dayı veya teyze/hala ve yeğeni arasındaki ilişkiyi, evlilik birliği dışında veya zina sonucu doğan çocuklar ile baba ile soy bağı ilişkisinin kurulduğu ilişkileri "özel hayat" kavramı çerçevesinde değerlendirmektedir.⁸³ Bununla birlikte Mahkeme, aile hayatında önemli bir rol oynaması koşuluyla büyükanneler ve büyükbabalar ile torunları arasındaki bağlar⁸⁴ ile kardeşler arasındaki bağların da somut olayın özelliğine göre aile hayatı içinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir⁸⁵.

6458 Sayılı Kanun'un 3/1/a maddesinde aile üyelerinin: "Başvuru sahibinin veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin eşini, ergin olmayan çocuğu ile bağımlı ergin çocuğunu" kapsadığı belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin, sınır dışı veya yurda giriş yasağı -tahdit- kararı nedeniyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları incelerken, ilke olarak, öncelikle, sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte ülkede bir özel ve/veya aile hayatının mevcut olup olmadığına, hali hazırda gerçek, fiilen yakın ve kişisel bağlarla kurulmuş bir aile birlikteliğinin olup olmadığına baktığı; aile kavramını, çekirdek aile olarak yani çiftler

⁷⁹ Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, s. 12-13.

⁸⁰ Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, s. 28-29.

⁸¹ Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, s. 29-30.

⁸² Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, s. 28.

⁸³ Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, s. 28.

⁸⁴ European Court of Human Rights, Case of Marckx v. Belgium, 13.06.1979, Application No: 6833/74.

⁸⁵ Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 222.

arasındaki ilişkiler ile ebeveyn ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde ele aldığı görülmektedir⁸⁶.

Başvurucuların, Anayasası'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının ihlali iddialarının, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı biriyle evli oldukları ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı çocuklarının olduğu, uzun süredir ailesiyle birlikte Türkiye'de yaşadıkları⁸⁷, eşi ve çocukları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmamakla beraber ailesiyle (eşi ve çocuklarıyla) birlikte uzun süredir Türkiye'de yaşadıkları⁸⁸, sınır dışı edilmeleri hâlinde aile bağlarının kopacağı, sınır dışı ve yurda giriş yasağı kararları ile ikametinden uzak bir ilde, geçici ikamet izni verilmesi nedeniyle ailecek mağdur oldukları, sınır dışı edilmelerine gerekçe gösterilen , terör eylemlerinin önüne geçebilmek amacıyla 6458 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince konulan ve Türkiye'ye giriş yasağı getiren G-87 tahdit kodunun çoğunlukla detaylı bir araştırma yapılmaksızın ihdas edildiği, güvenlik riski ile ilgili ikna edici bilgi ve belgenin ortaya konulmadığı⁸⁹ savlarına dayandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin, yaptığı incelemelerde, sınır dışı edilme kararında, başvuru- nun, aile hayatına saygı hakkı kapsamında ileri sürdüğü iddiaları tartışılmadan, sınır dışı edilme kararına karşı ilk derece mahkemesinde açılan davada sadece başvuru- nun çalışma izni olmadan çalıştığı hususunun sabit olması nedeniyle davanın reddedilip kararda, aile hayatına saygı hakkı ile ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmemesini, kamu düzeninin korunması, ülkenin ekonomik refahı, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hususlarındaki kamusal menfaat ile başvuru- nun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengenin kurulmamasını, somut olay özelinde çatışan menfaatler dikkate alındığında başvuru- nun sınır dışı edilmesinin oran- tısız olduğunun gözetilmemesini⁹⁰, başvuru- nun, çatışma bölgeleriyle bağlantılı olabileceğine ilişkin değerlendirmenin yalnızca istihbari bilgiye dayalı olmasını, uzun yıllardır Türkiye'de ailesiyle birlikte yaşayan başvuru- cuya özgü somut bilgi, olgu ve belgelere dayandırılmadan, başvuru- nun hangi gerekçelerle kamu güvenliğini tehlikeye attığının ortaya konulamadan idari ve yargısal kararların sadece soyut şekilde ileri sürülen millî güvenlik argümanına dayandırıl- masını⁹¹ Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal olarak değerlendirdiği görülmektedir.

E. ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDA MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI İLE ET- KİLİ BAŞVURU HAKKININ İHLALI

AIHS'nin 6/1 maddesinde:

Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, A.A.A., B. No: 2018/36516, 15/3/2022, § § 42-45.

⁸⁷ Gulnura Toktomambetova, B. No: 2018/29906, 15/3/2022, § 54; A.G., B. No: 2018/6143, 16/12/2020, § 34.

⁸⁸ A.A.A., § 45; Anayasa Mahkemesi, K.A., B. No: 2017/38596, 19/10/2021, § 29.

⁸⁹ K.A., 2017/38596, § § 9, 12, 16, 29; A.G., § § 10, 34.

⁹⁰ Gulnura Toktomambetova, § § 75-76; A.A.A., § § 61-63; A.G., § § 57-58.

⁹¹ K.A., 2017/38596, § § 50-52.

denilmek suretiyle adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, masumiyet karinesinden; üçüncü fıkrasında ise adil yargılanma hakkının asgari koşullarından bahsedilmiştir. Buna göre herkes, kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebi hakkında en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmek, savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak, kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak, avukat tutacak maddi olanağının bulunmaması durumunda bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek, iddia makamının tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında dinlenmelerinin sağlanmasını istemek, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak hakkına sahiptir (AİHS, m. 3/1).

1982 Anayasası'nın, "yargı yetkisi" kenar başlıklı 9. maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelere ait olduğu, "hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinde herkesin bir mahkemeye başvurma ve adil yargılanma hakkına sahip olduğu, "kanuni hakim güvencesi" kenar başlıklı 37. maddesinde tabi hakim güvencesinin olduğu, "etkili başvuru hakkı" kenar başlıklı 40. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilen herkesin yetkili makama başvurma hakkına sahip olduğu, "mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesinde tarafsız ve bağımsız yargının unsurları ile yargı kararlarının bağlayıcılığı, "hakimlik ve savcılık teminatı" kenar başlıklı 139. maddesinde tarafsızlık ve bağımsızlığın temini için hakim ve savcılara tanınan teminatlar, "hakimlik ve savcılık mesleği" kenar başlıklı 140 maddesinde hakim ve savcılarının mesleğe atanmaları, özlük hakları ve meslekten çıkarılmalarına ilişkin hükümler, "duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" kenar başlıklı 141. maddesinde yargılamanın aleniliği ve gerekçeli karar hakkı, "mahkemelerin kuruluşu" kenar başlıklı 142. maddesinde mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanun ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Adil yargılanmadan bahsedilebilmesi için yargılamanın "hakkaniyete uygun" olması gerekir. Bu da yargılamanın bütün aşamalarında, adil yargılamanın asgari gereklerine uyulması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu bağlamda yargılamanın "hakkaniyete uygun (adil)" olabilmesi için taraflar arasında "silahların eşitliği" nin sağlanması yani tarafların, mahkeme önündeki hak ve yükümlülükleri açısından (iddia, savunma gibi) tam bir eşitlik içerisinde olması ve bu durumun yargılama süresince muhafaza edilmesi oldukça önemlidir⁹².

Yukarıda bahsedilen düzenlemeler ve söylenenler ışığında, adil yargılanma hakkının, tabi hâkim güvencesinin olduğu, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul bir süre içerisinde, hakkaniyete uygun ve aleni bir şekilde yargılanmayı, yargılamanın bütün aşamalarında adil yargılanmanın asgari gereklerine uyulması ve yargılama sonunda verilen kararın gerekçeli ve bağlayıcı olması şeklindeki bir yargılama sürecini ifade ettiğini söyleyebiliriz⁹³.

⁹² European Court of Human Rights, Case of F. R. v. Switzerland, 28.06.2001, Application No: 37292/97, § § 34, 36.

⁹³ Hamdemir, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, s. 115.

Mülteci veya sığınmacı sıfatını haiz göçmenlerin adil yargılanma hakkı kapsamında, “bir mahkemeye erişim hakkı” ile “etkili başvuru hakkı”nın ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulundukları görülmektedir.

1. Mahkemeye Erişim Hakkının İhlali

Mülteci veya sığınmacı sıfatını haiz göçmenlerin, mahkemeye erişim hakkının ihlali ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine yaptıkları başvurularda bakıldığına, bu konudaki ihlal iddialarının, adli yardım taleplerinin reddedilmesi noktasında toplandığı görülmektedir. Yapılan bireysel başvurularda, başvuruçuların adli yardım talebinde bulunduğu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun’un 334. maddesinin üçüncü fıkrasında adli yardım için mütekabiliyet şartının arandığı, başvuruçunun mütekabiliyet şartını sağlamadığı için adli yardım talebinin reddedildiğı bu nedenle bir mahkemeye erişim hakkının engellendiğı, böylelikle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü görülmektedir⁹⁴.

Anayasa Mahkemesinin de ihlal iddiası ile ilgili yerleşik içtihatlarında, özetle, 1982 Anayasası’nın 16. maddesine göre temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğinin belirtildiğı, bu çerçevede 6100 sayılı Kanun’da karşılıklılık şartının arandığını, müdahaleye dayanak oluşturan 6100 sayılı Kanun’un 334/3 maddesindeki⁹⁵ mütekabiliyet şartının, yabancıların özel durumlarını (statü, ödeme gücü vs.) dikkate almadan kategorik bir yaklaşım getirilerek adli yardımdan yararlanmalarına sınırlama getirildiğini, söz konusu yaklaşımın sosyal ve ekonomik durumları itibarıyla ödeme gücü bulunmadığı açıkça anlaşılan yabancı kişilerin, sırf karşılıklılık şartı yerine getirilmediğı gerekçesiyle dava açma hakkından yoksun bırakılmaları sonucunu doğuracağını belirtmektedir⁹⁶.

Anayasa Mahkemesi, 6100 sayılı Kanun’da, mütekabiliyet şartının, kategorik olarak uygulanması zorunluluğı getirilmek suretiyle hâkimin, her somut olay özelinde, dava açmak isteyen yabancıların ekonomik ve sosyal durumunu dikkate alarak ödeme gücünden yoksun olup olmadığını değerlendirme konusundaki takdir yetkisini elinden alındığını, böylelikle herhangi bir geliri bulunmayan başvuruçuların, ülke şartlarına göre oldukça yüksek olan mahkeme harç ve masraflarını ödemek zorunda bırakılmalarına, devam eden yargılamada gider avansını aşan miktarlardaki masrafları ödeme zorluğuyla karşı karşıya kalmalarına yol açarak, yargı mercileri

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem ([GK], B. No: 2019/26339, 17/5/2023, § 1, 57; Anayasa Mahkemesi, Havle Hacali, B. No: 2020/27868, 5/6/2024, § 1, 13.

⁹⁵ 12/1/2011 Tarih ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Adli yardımdan yararlanacak kişiler” başlıklı 334. maddesi şu şekildedir:

“(1) Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler.

(2) Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler.

(3) Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır.”

⁹⁶ Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem § 74,75; Havle Hacali, § 18.

önünde dava açma ya da açılmış davayı sürdürme imkânlarının ortadan kalkmasına veya bunun ciddi ölçüde zorlaştırılmasına neden olduğunu belirtmektedir⁹⁷.

Hülâsa Anayasa Mahkemesi, müdahaleye esas teşkil eden 6100 Sayılı Kanun'un lafzında geçen mütakabiliyet şartının mutlak kural olarak uygulanmak suretiyle, dava açan yabancıların durumlarının değerlendirilmesine fırsat verilmeden, adli yardımdan yararlandırılmalarının engellemesinin, Kanun'un bizatihi kendisinden kaynaklanan ve anayasal güvencelerle çatışan bir uygulamaya yol açtığı sonucuna ulaşmakta ve izah edilen gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir⁹⁸.

2. Etkili Başvuru Hakkının İhlali

Etkili başvuru hakkı, adil yargılanma hakkı ile içkin bir diğer haktır. 1982 Anayasasının "temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlıklı 40. maddesine göre:

Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

Anayasa Mahkemesi de etkili başvuru hakkını:

Anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceleyebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlamaya) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı sağlanması ...

olarak tanımlamaktadır⁹⁹. Mahkeme, teorik olarak ihlal iddialarının ileri sürülebileceği bir başvuru yolunun mevzuatta öngörülmüş olmasını yeterli görmemekte, söz konusu başvuru yolunun, aynı zamanda uygulamada da etkili olması (başarı şansı sunması) gerektiğini, böyle bir yolun varlığının, her somut olayda, etkili başvuru hakkına ilişkin bir müdahale bulunulup bulunulmadığının değerlendirilmesine engel teşkil etmeyeceğini belirtmektedir¹⁰⁰.

Anayasa Mahkemesine, etkili başvuru hakkının ihlali ile ilgili olarak yapılan başvurulara bakıldığında, başvuru sahiplerinin, kötü muamele yasağının, kişi hürriyeti ve güvenliği veya yaşam hakkının ihlali ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürdükleri görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, sınır dışı etme işlemlerinde, yaşam hakkının ihlal edileceğini ya da kötü muameleye maruz kalacağını ileri süren kişilerle ilgili verdiği kararlarda, sınır dışı etme kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, denetim süresince sınır dışı etme kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının

⁹⁷ Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem, § 78, Havle Hacali, § 19.

⁹⁸ Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem, § 79; Havle Hacali, § 20.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018, § 60.

¹⁰⁰ Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad, § 61.

sağlanması usul güvencelerinin varlığının zorunlu olduğunu belirtmektedir¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, etkili başvuru hakkının ihlaline karar verilmesiyle birlikte, sınır dışı etme kararının uygulanması hâlinde kötü muamele yasağının ihlal edileceğine ilişkin iddiaların, idare mahkemesi tarafından araştırılabilmesi imkânı ortaya çıktığı durumlarda, ikincilik ilkesi gereği ayrıca kötü muamele yasağı bakımından bir inceleme yapılmasına gerek görmemektedir¹⁰²

Başvurucuların, kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddialarını, tutuldukları GGM'lerdeki elverişsiz koşullara karşı etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı bu nedenle Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının da ihlal edildiği savına dayandırdıkları görülmektedir¹⁰³. Anılan iddialar ile yapılan bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesinin, başvuru tutulma koşullarının elverişsiz olması karşısında, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ile güvence altına alınan hakkın korunması noktasında, teori ve pratikte çözüm üretme kabiliyetini haiz ve makul bir başarı şansı sunan, etkili, idari ve yargısal bir başvuru yolunun bulunmadığını gerekçe göstererek, Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir¹⁰⁴

Başvurucuların, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddialarının, Anayasa'ya aykırı olarak özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları, yetkili adli makamlar önüne çıkarılmadıkları, yasal hakları konusunda bilgilendirilmedikleri bu nedenle sulh ceza hâkimine itiraz imkanından uzun süre mahrum kaldıkları, idari gözetim işlemlerinin usulüne uygun yapılmadığı, anılan aşamalarda etkili bir yargısal denetim ve tazmin mekanizmasının işletilmediği bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru haklarının ihlal edildiği savına dayandığı görülmektedir¹⁰⁵. Anılan iddialar ile yapılan bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesinin, 6458 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce tutulu bulunan başvuru tutuldukları dönem itibarıyla yürürlükte olan mevzuatta boşluk olduğunu, bu boşluğun, tutulan kişilerin kısa sürede karar verilmesini ve tutmanın kanuna aykırılığının tespiti hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurularına imkân vermediğini, yani Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasındaki güvenceyi sağlayan bir başvuru yolunun öngörülmediğini gerekçe göstererek, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir¹⁰⁶. Mahkeme, 6458 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonraki durum ile ilgili olarak verdiği bir kararında ise somut olayda, sulh ceza hakiminin verdiği kararın uygulanmaması suretiyle başvuru yolunun etkisiz kaldığını bu

¹⁰¹ A.A. ve A.A., § 62; Anayasa Mahkemesi, Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, § 48.

¹⁰² Y.T., § 40; Anayasa Mahkemesi, A.A.K., B. No: 2015/17761, 8/5/2019, § 48.

¹⁰³ I.S. ve diğerleri, § 73; Y.T., § 38; A.A.K., § § 46-47; F.K. ve diğerleri, § § 33-34; T.T., § 32; A.S., § 30; K.A., 2014/13044, § 62; F.A. ve M.A., § § 39-40; A.V. ve diğerleri, § 37.

¹⁰⁴ I.S. ve diğerleri, § § 92-94; Y.T., § § 58-62; A.A.K., § § 46-47; F.K. ve diğerleri, § § 57-58; T.T., § § 52-53; A.S., § § 48-50; K.A., 2014/13044, § § 81-82; F.A. ve M.A., § § 67-68; A.V. ve diğerleri, § § 61-62.

¹⁰⁵ I.S. ve diğerleri, § 75; A.V. ve diğerleri, § 143.

¹⁰⁶ A.V. ve diğerleri, § § 151-153; I.S. ve diğerleri, § § 165-167.

nedenle de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir¹⁰⁷.

Başvurucuların yaşam hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlali iddialarının ise gönüllü geri dönüş formunda getirilen güvencelere uyulmadan, formun imzalatılıp yabancının sınır dışı edilmesi durumunda, sınır dışı etme kararına karşı açılan davaların, ülke dışına çıkarılmayı engelleyecek yeterli korumayı sağlamadığı bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru haklarının ihlal edildiği savına dayandığı görülmektedir¹⁰⁸. Anılan iddialarla yapılan bireysel başvurularda, Anayasa Mahkemesinin, başvurucunun gönüllü geri dönüş formunda getirilen güvencelere uyulmadan farklı usulle sınır dışı edilmesini, ülkesinde yaşam hakkı kapsamında gerçek bir riske maruz kalacağına ilişkin iddiaları hakkında herhangi/ciddi bir değerlendirme yapılmamasını ve sınır dışı edilmesine karşı açılan davanın, yabancının ülkeden çıkarılmasını engelleyecek şekilde başvurucuya yeterli koruma sağlamadığını gerekçe göstererek, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru haklarının ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir¹⁰⁹.

SONUÇ

Son on yılı aşkın sürede hızlı bir şekilde göçmen nüfusu artan Türkiye’de, mülteci veya sığınmacı sıfatını haiz göçmenlerin, Anayasa Mahkemesine yaptıkları bireysel başvurularda, hangi sebeplerle, hangi temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddiasında bulundukları ve Anayasa Mahkemesinin bu başvurular neticesinde hangi gerekçelerle hangi temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğine karar verdiği konusunu ele aldığımız bu çalışmada, mülteci veya sığınmacıların yaptığı başvurular neticesinde ihlal kararı verilen temel hak ve hürriyetlerin, 1982 Anayasası’nın 17/3 maddesindeki kötü muamele yasağı, 17/1 maddesindeki yaşam hakkı, 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği, 20. maddesindeki özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye erişim hakkı ile 40. maddesindeki etkili başvuru hakkı, olduğu tespit edilmiştir.

Yapılan çalışma sonucunda, Anayasa Mahkemesinin özetle: (i) GGM’lerdeki fiziki koşulların CPT’nin “gözetim altında tutulan göçmenler” hakkında kabul ettiği standartlara uygun olmadığı ve “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele düzeyine ulaştığı değerlendirilmesinde bulunduğu başvurular ile ilgili olarak Anayasanın 17/3 maddesi çerçevesinde kötü muamele yasağının ihlal edildiğine, (ii) Gönüllü Geri Dönüş İstek Formu’na dayanılarak yurt dışına çıkışı sağlanan başvuru sahipleri ile ilgili gereken usul güvencelerine uyulmaması (başvurucunun avukatına haber verilmeden, uluslararası veya ulusal sivil toplum örgütü temsilcisinin imzası olmadan veya gönderileceği ülkedeki riske ilişkin kişisel hiçbir ayrıntıya yer verilmeden), gerçekleşen ölümler sonrasında etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlali suretiyle usul güvencelerinin yerine getirilmemesi nedeniyle devletin pozitif ve negatif yükümlülüğünün ihlali

¹⁰⁷ I.S. ve diğerleri, § § 168-172.

¹⁰⁸ Avad Elhamud, § § 14-17; Y.T., § 38.

¹⁰⁹ Avad Elhamud, § § 18-19; Y.T. § § 58-62.

suretiyle Anayasanın 17/1 maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edildiğine, (iii) 11.4.2014 tarihli 6458 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden evvel hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarının kanuni bir dayanağının bulunmaması, 6458 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra ise tedbirin keyfi bir muameleye dönüşmemesi için Kanun’da öngörülen, sınır dışı amacıyla tutma kararı verme işleminin koşulları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye bildirilmesi, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanması gibi usul güvencelerine Kanun’a aykırı davranılarak uyulmaması nedeniyle Anayasa’nın 19. maddesinde güvence altına alınan “kişi özgürlüğü ve güvenliği” hakkının ihlal edildiğine, (iv) sınır dışı edilme kararında, başvurunun, aile hayatına saygı hakkı kapsamında ileri sürdüğü iddiaların tartışılmaması, kamu düzeninin korunması, ülkenin ekonomik refahı, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması hususlarındaki kamusal menfaat ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengenin kurulmaması, kararın orantılı olup olmadığının gözetilmemesi, başvurucaya özgü somut bilgi, olgu ve belgelere dayandırılmadan başvurunun hangi gerekçelerle kamu güvenliğini tehlikeye attığının ortaya konulmadan idari ve yargısal kararların sadece soyut bir şekilde ileri sürülen millî güvenlik argümanına dayandırılması nedeniyle Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine, (v) başvurucların adli yardım taleplerinin 6100 Sayılı Kanun’daki mütakabiliyet şartının mutlak olarak uygulanmak suretiyle dava açan yabancıların durumlarının değerlendirilmesine fırsat verilmeden adli yardım taleplerinin reddedilmesinin, Kanun’un bizzatı kendisinden kaynaklanan ve anayasal güvencelerle çatışan bir uygulamaya yol açması sebebiyle Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine, (iv) başvurucların tutulma koşullarının elverişsiz olması karşısında, Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ile güvence altına alınan hakkın korunması noktasında, teori ve pratikte çözüm üretme kabiliyetini haiz ve makul bir başarı şansı sunan, etkili, idari ve yargısal bir başvuru yolunun bulunmaması sebebiyle Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak Anayasa’nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğine, 6458 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce tutulu bulunan başvurucların, tutuldukları dönem itibarıyla yürürlükte olan mevzuatta boşluk olması bu nedenle tutulan kişilerin kısa sürede karar verilmesini ve tutmanın kanuna aykırılığının tespiti hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurmalarına imkân vermemesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine, Gönüllü Geri Dönüş İstek Formunda getirilen güvencelere uyulmadan farklı usulle sınır dışı edilmesi, ülkesinde yaşam hakkı kapsamında gerçek bir riske maruz kalacağına ilişkin iddiaları hakkında herhangi/ciddi bir değerlendirme yapılmaması ve sınır dışı edilmesine karşı açılan davanın, yabancıların ülkeden çıkarılmasını engelleyecek şekilde başvurucaya yeterli koruma sağlamaması nedeniyle Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa’nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru haklarının ihlal edildiğine, karar verdiği tespit edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel Yusuf, Göç Sosyolojisi, 2. B., Ankara, Nobel, 2018.
- Anayurt Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, Seçkin, 2004.
- Aybay Rona, Yabancılar Hukuku, 2. B. İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007.
- Aydın Öykü Didem, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 4, Yıl: 2011, s. 121-170.
- Bozbeyoğlu Eda, “Mülteciler ve İnsan Hakları”, Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, 2(1), 2015, s. 60-80.
- Cabir Aliyev, Anayasa Şikayeti, İstanbul, Beta, 2010.
- Çelikel Aysel, Yabancılar Hukuku, 16. B., İstanbul, Beta, Çelikel/Günseli Öztek, 2010, s. 22.
- Çiçekli Bülent, Yabancılar Hukuku, Ankara, Seçkin, 2009.
- Doğan Bayram, “İnsan Hakları Açısından Göç Ve Mültecilik: Anayasa Mahkemesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında İnceleme”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2023, s. 709-746.
- Doğru Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.
- Dutertre Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.
- Ekşi Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, İstanbul, Beta, 2006.
- Erdil Bülent, “Göç Ve Mülteci Hareketlerinin Türkiye’nin Göç Politikalarına Etkileri”, Bilge Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 4 S. 2, 2020, s. 71-86.
- Ergül Ergin, “Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri”, Türk İdare Dergisi, S. 14, Aralık 2012, s. 213-228.
- Gören Zafer “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, Pof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Göztepe Ece, Anayasa Şikâyeti, Ankara, AÜHFY, No: 530, 1998.
- Hamdemir Berkan, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, 2.B. Ankara, Seçkin, 2018.
- Helmut Alexey, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1962.
- Karabulut Ümran, “İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2022, s. 903-924.
- Kaya Semih Batur, “İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (1), Bahar 2022, s. 51-72.
- Kılınç Bahadır, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı 25, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2008, s. 19-59.
- Kuhlman Tom, “Towards a Definition of Refugees”, Serie Research Memoranda; Faculty of Economics and Business Administration, Vrije Universiteit Amsterdam, No. 1990-36, 1990, s. 1-16. (<https://research.vu.nl/ws/files/73607223/Scanjob%20199000036%20/:25.10.2024>)
- Maunz G. Rüdger, R. Herzog, R. Scholz, RnNR 64 zu Art, 93 GG, Grundgesetz-Kommentar (lose Blätter) Verlag C. H. Beck, München. 1980.

- Mavčić Arne Marjan, “Tüketilmesi Gereken veya AİHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Şikâyet”, 2011 (https://www.concourts.net/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf : 22.10.2024), s. 1-29.
- Mellinghof Rudolf, “Federal Alman Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti”, Anayasa Yargısı 26, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2009, s. 31-44.
- Nomer Ergin, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul, Beta, 18. B., Nomer/Şanlı, 2010.
- Önok Rıfat Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, Seçkin, 2006.
- Özbey Özcan, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, 2. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Roagna Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çev. Ayşe Gül Alkış, Strazburg, Schäling, 2012.
- Sabancı Yavuz, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, AÜSBFD, Cilt: XXXVII, Eylül-Aralık 1982, No: 3-4, s. 139-152.
- Sağlam Fazıl, “Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar”, Demokratik Anayasa, Der. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 418-466.
- Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Ayselin Yıldız, Ankara, TÜBİTAK Bilim Yayınları, 2021, Sığınmacı, 626, (<https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/siginmaci> : 11.12.2024)
- Sosyal Bilimler Ansiklopedisi, Ayselin Yıldız, Ankara, TÜBİTAK Bilim Yayınları, 2021, Göçmen, 5319, (<https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/gocmen> : 14.12.2024)
- Tezcan, Durmuş M. Ruhan Erdem ve Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 3. B., Ankara, Seçkin, 2010.
- Yılmaz Abdurrahman, “Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri,” Turkish Studies–International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic C. 9, S. 2, 2014, s.1685-1704.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi, Azad Ahmadpoori ve diğerleri, B. No: 2019/27008, 6/10/2022.
- Anayasa Mahkemesi, Mehmet Kaya ve diğerleri, B. No: 2013/6979, 20/5/201.
- Anayasa Mahkemesi, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17/9/2013.
- Anayasa Mahkemesi, Abdulkadir Yapıquan [GK], B. No: 2016/35009, 2/5/2019.
- Anayasa Mahkemesi, Gulnura Toktomambetova, B. No: 2018/29906, 15/3/2022.
- Anayasa Mahkemesi, Mohamma Salem Pashto ve Nazı Salem ([GK], B. No: 2019/26339.
- Anayasa Mahkemesi, Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018.
- Anayasa Mahkemesi, I.S. ve diğerleri, B. No: 2014/15824, 22/9/2016.
- Anayasa Mahkemesi, Rıda Boudraa, B. No: 2013/9673, 21/1/2015.
- Anayasa Mahkemesi, K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015.
- Anayasa Mahkemesi, F.A. ve M.A., B. No: 2013/655, 20/1/2016.
- Anayasa Mahkemesi, A.V. ve diğerleri, B. No: 2013/1649, 20/1/2016.
- Anayasa Mahkemesi, F.K. ve diğerleri, B. No: 2013/8735, 17/2/2016.
- Anayasa Mahkemesi, T.T., B. No: 2013/8810, 18/2/2016.
- Anayasa Mahkemesi A.S., B. No: 2014/2841, 9/6/2016.

- Anayasa Mahkemesi, A.A. ve A.A. [GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017.
- Anayasa Mahkemesi, Azizjon Hikmatov, B. No: 2015/18582, 10/5/2017.
- Anayasa Mahkemesi, B.T. [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017.
- Anayasa Mahkemesi, Aisha Fares, B. No: 2015/18701, 31/10/2018.
- Anayasa Mahkemesi, A.A.K., B. No: 2015/17761, 8/5/2019.
- Anayasa Mahkemesi, Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019.
- Anayasa Mahkemesi, Kemal Salpagarov, B. No: 2016/12809, 16/1/2020.
- Anayasa Mahkemesi, Y.K., B. No: 2016/14347, 2/6/2020.
- Anayasa Mahkemesi, A.G., B. No: 2018/6143, 16/12/2020.
- Anayasa Mahkemesi, K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015.
- Anayasa Mahkemesi, K.A., B. No: 2017/38596, 19/10/2021.
- Anayasa Mahkemesi, A.A.A., B. No: 2018/36516, 15/3/2022.
- Anayasa Mahkemesi, Abdulkarim Hammud, B. No: 2019/24388, 2/5/2023.
- Anayasa Mahkemesi, Hüsam İbrahim, B. No: 2020/20131, 4/10/2023.
- Anayasa Mahkemesi, Masoud Talebi, B. No: 2023/26088, 19/3/2024.
- Anayasa Mahkemesi, Havle Hacali, B. No: 2020/27868, 5/6/2024.
- Anayasa Mahkemesi, Avad Elhamud, B. No: 2020/5628, 11/6/2024.
- Anayasa Mahkemesi, Tochukwu Gamaliah Ogu, B. No: 2018/6183, 13/1/2021.
- Anayasa Mahkemesi, Hooman Hosseinpour [GK], B. No: 2021/47168, 29/9/2022.
- European Court of Human Rights, Case of Akkad Against Turkey, A. No: 1557/19, 21 December 2022.
- European Court of Human Rights, Case of F. R. v. Switzerland, 28.06.2001, Application No: 37292/97.
- European Court of Human Rights, Case of Hagyo v. Hungary, A. No: 52624/10, 23 April 2013.
- European Court of Human Rights, Case of Marckx v. Belgium, 13.06.1979, Application No: 6833/74.
- European Court of Human Rights, Case of Tochukwu Gamaliah Ogu, B. No: 2018/6183, 13/1/2021.
- European Court of Human Rights, Case of Tyrer v. The United Kingdom, 25 April 1978, A. No: 5856/72.

EXTENDED SUMMARY

FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS OF REFUGEES AND ASYLUM SEEKERS VIOLATED IN INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Berkan Hamdemir, Asist. Prof.
Mugla Sıtkı Koçman University, berkanhamdemir@mu.edu.tr
 <https://orcid.org/0000-0001-5764-0189>

For over the past decade, Turkey has faced a significant migration movement due to wars/civil wars or regime pressure/change in the neighboring regions. Migrants entering Turkey regularly or irregularly under refugee or asylum-seeker status have filed individual applications to the Constitutional Court, alleging various human rights violations arising from the legality of administrative detention decisions, the unfavorable conditions of administrative detention, and the risks posed by deportation orders.

The subject of this study is to examine which fundamental rights and freedoms have been alleged to be violated by refugees and asylum seekers in their individual applications to the Constitutional Court in Turkey and which of these rights and freedoms the Constitutional Court has determined to be violated. Rather than addressing all fundamental rights and freedoms that refugees and asylum seekers may be subjected to as rights holders, this study specifically focuses on the fundamental rights and freedoms violated due to their detention, the issuance of administrative detention and deportation decisions against them, and the implementation of such decisions.

The aim of this study is to shed light on the human rights issues arising from migration by identifying the human rights violations faced by refugees and asylum seekers, who constitute a significant population in Turkey. This study is significant because it does not focus on a single violation of fundamental rights and freedoms due to the applicants' refugee or asylum-seeker status but instead examines multiple violations holistically. Additionally, this comprehensive approach constitutes the original aspect of the study.

As a methodology, a search was conducted within the database of individual application decisions available on the official website of the Constitutional Court, using the keywords “refugee,” “asylum seeker,” and “migrant.” Among the retrieved decisions, those finding violations were selected and classified according to the fundamental rights and freedoms they concerned. The classified rights and freedoms were then analyzed using the descriptive analysis method under five main categories.

The study found that the Constitutional Court ruled as follows:

(i) The physical conditions in Removal Centers (GGM) did not meet the standards established by the CPT for “migrants under detention” and reached a level constituting “inhuman and degrading treatment”, thereby violating the prohibition of ill-treatment guaranteed under Article 17/3 of the Constitution.

(ii) The completion of Voluntary Return Request Forms without adhering to procedural safeguards rendered the applicant’s removal from the country neither voluntary nor informed. Additionally, the lack of an effective investigation into deaths occurring during irregular border crossings under official supervision constituted a violation of the right to life guaranteed under Article 17/1 of the Constitution.

(iii) Before the enactment of Law No. 6458 on April 11, 2014, the applicants' deprivation of liberty lacked a legal basis. After the law's enactment, failure to comply with the procedural safeguards provided by the law led to a violation of the right to personal liberty and security guaranteed under Article 19 of the Constitution.

(iv) The deportation decision failed to consider the applicant’s claims regarding the right to respect for family life, did not balance public interest with the right to family life, and did not assess the proportionality of the decision. As a result, the right to respect for family life, guaranteed under Article 20 of the Constitution, was violated.

(v) The rejection of applicants' requests for legal aid due to the reciprocity condition in Law No. 6100 led to a violation of the right of access to a court, which falls under the right to a fair trial guaranteed by Article 36 of the Constitution.

(vi) The applicants' detention conditions were inadequate, and they lacked an effective administrative or judicial remedy with a reasonable prospect of success. Before the enactment of Law No. 6458, detained applicants had no opportunity to challenge their detention due to legal gaps. Additionally, the applicants were deported through different procedures without adhering to the safeguards provided in the Voluntary Return Request Form. Furthermore, their claims that they would face a real risk to their right to life in their home country were not seriously evaluated. The legal actions filed against their deportation did not provide sufficient protection to prevent their removal from the country. Consequently, the Constitutional Court found a violation of the right to an effective remedy, as guaranteed under Article 40 of the Constitution.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

REGÜLASYON KURUMU OLARAK HİSBE

HISBAH AS A REGULATION INSTITUTION

Prof. Dr. Ahmet Akman*

Dr. Mustafa Ünal*

ÖZ

Regülasyon kurumları, hassas piyasalar ve temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu durumlarda düzenleme ve denetim yapma, araştırmalarda bulunup öneri verme gibi görevleri icra edip, bağımsız ve tarafsız bir şekilde teşekkül eden kamu kurumlarıdır. Regülasyon kurumları düzenleme yetkisi, denetleme yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi, danışma işlevi ve uyuşmazlık çözme işlevine sahiptir. Hisbe müessesesi ise iyiliklerin yapılmasını emredip, kötülüklerin yapılmasını nehyeden bir kurumdur. Regülasyon kurumlarıyla benzer yetkilerle donatılmış olan hisbe müessesesi faaliyet alanları bakımından regülasyon kurumlarından çok daha kapsamlıdır. Hisbe müessesesi, regülasyon kurumlarının kapsamına giren düzenleme yapma, denetleme yapma, yaptırım uygulama yetkisi, danışmanlık işlevi ve uyuşmazlık çözme işlevi ile donatılmıştır. Yargılama işlevi açısından ise özellikle ceza hukuku kapsamındaki yetkileri bakımından günümüz regülasyon kurumlarına göre çok daha kapsamlı bir alanda faaliyet yürütmüşlerdir. Ancak ilerleyen zamanla bu müessese, modern anlamda regülasyon kurumlarının faaliyet alanlarıyla benzer bir kapsamda işlev görmüştür. Bu müessese regülasyon kurumlarının çok daha eski bir görünüm biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan günümüzde regülasyon kurumlarının sorunları ile karşılaşmış ve bunlara çözümler üretmiştir. Özellikle Osmanlı Devleti'nde ve Endülüs'teki hisbe müessesesinin işleyişi ve gelişimi dikkate alınarak, regülasyon kurumları ile aralarındaki benzerlikler ve farklar bu çalışmada ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hisbe, Regülasyon, Denetleme, Muhtesib, Narh.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı.

0000-0002-8697-1662 aakman@erbakan.edu.tr

* *Sorumlu Yazar*

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı.

0000-0003-3454-9694 mustafaunal@erbakan.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Regulation institutions that, carry out tasks such as regulation, supervision, to make researches and offering suggestions in case of sensitive market and fundamental rights and freedoms, are independent and impartially established public institutions. Regulation institutions have regulatory authority, supervisory authority, sanctioning authority, advisory function and conflict resolution function. Hisbah institution is an institution that orders goodness and avoids evil. Hisbah institution is entrusted with the same authority of regulation institutions. This institutions areas of activity is more inclusive than that of regulation institutions. The hisbah institution has fulfilled the authority to make regulations, make supervisory, impose sanctions, advisory functions and conflict resolution functions, which are within the scope of the regulation institutions. In terms of the function of adjudication, they have operated in a much broader area, especially regarding the powers within the scope of criminal law, compared to today's regulation institutions. However in progress of time this institution, functioned in a similar context to modern regulation institutions areas of activity. This institution much older form of regulation institutions. In this respect, it has encountered the problems of regulation institutions and produced solutions to them. Considering the functioning and development of the hisba institution in the Ottoman Empire and Andalusia, the similarities and differences between them and the regulation institutions are discussed in this study.

Keywords: Hisbah, Regulation, Supervision, Muhtasib, Narkh.

GİRİŞ

Tarihten günümüze kadar devletler, doğrudan kendi tüzel kişiliklerince veya farklı mekanizmalarla, başta düzenleme ve denetleme olmak üzere toplum üzerinde kamunun düzeni için birtakım yetkileri kullanmış, görevleri yerine getirmişlerdir. Kur'ân-ı Kerim'de yer alan “Sizden, hayra çağıran, iyiliği emreden ve kötülükten men eden bir topluluk bulunsun. İşte kurtuluşa erenler onlardır.”¹ ayeti ve Resulullah'ın (s.a.v.) “Sizden herhangi biriniz bir kötülük görürse onu hemen eliyle değiştirsin, eğer buna gücü yetmiyorsa diliyle değiştirsin, ona da gücü yetmiyorsa kalbiyle değiştirsin. İmanın en zayıfı da budur.”² buyruğu iyiliği emir ve kötülüğü nehy görevinin bir yükümlülük olduğunu göstermiş ve bu yükümlülük farz-ı kifâye olarak nitelendirmişlerdir.³ Bu yükümlülüğü yerine getirmek devletin asli bir vazifesi ve meşruiyet kaynağı olarak kabul edilmiştir.⁴ Bu yükümlülüğün kapsamına gerekli ve vacip olan tüm emir ve yasakların dahil olduğu belirtilmiştir.⁵ Temelleri Resulullah (s.a.v.) döneminden itibaren atılarak⁶ bu yükümlülüğün yerine getirilmesi maksadıyla hisbe teşkilatının kurulduğu görülmüştür. Hisbe teşkilatına benzer görevler icra eden regülasyon kurumları ise, bu teşkilatların teşekkülünden yüzlerce yıl sonra ortaya çıkmış ve gelişerek tüm dünyaya yayılmışlardır.

Fransızca'dan dilimize geçmiş olan regülasyon (régulation) kavramı sözlükte ayarlama, düzenleme anlamlarına gelmektedir.⁷ Bu kavram, piyasanın düzenlenme ve denetlenmesinin sağlanmasına yönelik olarak, ceza hukuku müeyyidelerinin dışında olup, aynı zamanda vergi niteliği de taşımayan yaptırımlar ve teşvikler vasıtasıyla bir kamu tüzel kişiliğinin müdahalede bulunmasını ifade eder biçimde kullanılmaktadır.⁸ Dar anlamıyla özellikle yakın tarihte rekabete açılmış olan ekonomik etkinlikleri ifade ederken, geniş anlamıyla bütün pazara şamil bir muhteviyatı ifade etmektedir.⁹ Regülasyon kavramı en geniş anlamıyla sosyal, hukuk ve idari sistemlerdeki düzenleme, denetleme ve yönlendirme olarak ifade edilebilir.¹⁰

¹ Âl-i İmrân, 3/104.

² Ebû'l-Hasen Muslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisâbü'rî Müslim, *Sahîhu Müslim*, Kahire: Dâru İhyâ'î't-Turâsî'l-'Arabî, 1374/1955 “İman”, 78.

³ Ahmed bin Abdulhalîm bin Abdusselam İbn Teymiyye el-Harrânî Ebû'l-Abbas Takıyyuddin, *el-Hisbe fi'l-İslâm ev Vazîfetü'l-Hükûmeti'l-İslamiyye*, Beyrut: Daru'l-Kitabu'l-İlmiyye, 2010, s. 11.

⁴ Ebu'l A'lâ el-Mevdudî, *Hilafet ve Saltanat*, çev. Ali Gencer, İstanbul: Hilal Yayınları, 2018, s. 49, 85; İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, s. 11, 25.

⁵ Muhammed Kemalüddin İmam, *Usulü'l-Hisbe fi'l-İslâm*, Kahire: Darü'l-Hidaye, 1986, s. 80.

⁶ Müslim, “İman”, 164; Muhammed Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, çev. Mehmet Yazgan, İstanbul: Beyan Yayınları, 2013, s. 782 (No. 1579); Muhammed Faruk en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, çev. Servet Armağan, İstanbul: Sönmez Neşriyat 1980, s. 612, 613; Cengiz Kallek, *Asr-ı Saâdet'te Yönetim-Piyasa İlişkisi*, İstanbul: İz Yayıncılık, 1997, s. 177; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: OSAV Yayınları, 2017, s. 282; Mustafa Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe Teşkilatı*, Ankara: TDV Yayınları, 2011, s. 44; Fahrettin Atar, *İslâm Yargılama Hukukunu Esasları*, İstanbul: İfav Yayınları, 2017, s. 181; İsmail Yılmaz, *İslâm Hukukunda ve Modern Hukuk Ekseninde Devlet-Piyasa İlişkisi*, İstanbul: Beyan Yayınları, 2023, s. 186.

⁷ <https://sozluk.gov.tr/?ara=reg%C3%BClasyon>.

⁸ Matthew D. Adler ve Ezgi Yıldırım, “Düzenleyici Kuram”, *İÜHFM*, 69/1-2 (2011), s. 123; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016, s. 387.

⁹ Atay, *İdare Hukuku*, s. 387.

¹⁰ Bülent Kent, *Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012, s. 64; M. Zahid Sobacı, “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar”: Bağımsız İdari Otoriteler”,

Regülasyon kurumları 1800'lerin sonlarına doğru Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde görülmeye başlamışlardır. İlerleyen zamanda dünya üzerinde yaygınlık kazanan bu kurumlar Türkiye'de de 1980'li yıllarda kurulmaya başlamış ve ilerleyen zamanda sayısını arttırmıştır.¹¹ İslâm devletlerinde var olan hisbe teşkilatı ise regülasyon kurumlarının işlevlerini yerine getiriyor olmakla birlikte çok daha geniş bir kapsam alanı ile karşımıza çıkmaktadır. Ancak 19. yüzyılda bu kurumların kapsam alanı giderek daralmış ve modern anlamda regülasyon kurumlarının şeklini almışlardır. Dolayısıyla her ne kadar regülasyon kurumlarının Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde görülmeye başladığı ifade ediliyor olsa da, bu kurumların tarihi temelleri çok daha eskiye dayanmakta ve modern anlamdaki haliyle de ilk olarak Osmanlı Devleti'nde görülmektedir.

Regülasyon kurumlarının teşekkülleri, personelleri, denetimleri, bütçe ve gelirleri bakımından genel kabul gören tek tip bir hukuki statülerinin olduğu söylenemez.¹² Bundan dolayı bu kurumların hukuki statüleri ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Hisbe teşkilatı da bu açılarından ortaya çıktığı ülkeler bakımından bazı farklılıklar ihtiva etmektedir. Aynı şekilde regülasyon kurumlarının görev alanlarıyla alakalı olarak işlevlerinin mahiyeti değişse de, bu kurumların genel olarak benzer başlıklar altında ifade edilecek işlevleri yerine getirirler. Hisbe müessesesinin de ifa ettiği işlevler benzer başlıklarda ifade edilebilir. Bu çalışmada modern anlamda regülasyon kurumları incelenirken, Türkiye'deki görünüş şekilleri baz alınacak olup, hisbe teşkilatı açısından da Osmanlı Devleti göz önünde bulundurulacaktır.

I. REGÜLASYON KURUMU OLARAK HİSBE TEŞKİLATI

A. GENEL OLARAK REGÜLASYON KURUMU

Regülasyon kurumlarının her ülkede farklı şekilde teşekkül etmesinden dolayı ortak bir tanım oluşturmak zor olsa da genel manada şöyle bir tanım yapılabilir: Özellikle hassas piyasalar ve temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu durumlarda düzenleme ve denetim yapma, araştırmalarda bulunup öneri verme gibi görevleri icra edip, bağımsız ve tarafsız bir şekilde teşekkül eden kamu kurumlarıdır.¹³

Ekonomi ve piyasadaki değişimle birlikte özelleştirmeler artmıştır. Özelleştirmelerdeki artışa paralel olarak devletin piyasalar üzerinde etkili olacak düzenleyici ve denetleyici işlemler yapmaya olan ihtiyacı da artmıştır.¹⁴ Ancak bu işlemleri yapacak olan kurumun, devlet tüzel

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55/ (2006), s. 168; Burcu Güvenek, "Devletin Regülasyonlar Yoluyla Piyasalara Müdahalesi ve Türkiye Enerji Piyasaları", *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 9/18 (2009), s. 50.

¹¹ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, c. 1, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016 s. 315; Muharrem Aslan, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye'deki Uygulamaları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2004, s. 5; Melikşah Çırakoğlu, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Denetlenme Şekillerinin İdari Vesayet Bakımından Değerlendirilmesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2 (2016), s. 92.

¹² Atay, *İdare Hukuku*, s. 400; Sobacı, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 159.

¹³ İsmail Giritli vd., *İdare Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2015, s. 582; Atay, *İdare Hukuku*, s. 395;

¹⁴ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 316; Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 582, 583; Seçil Şahin, "Bağımsız İdari Otoritelerin Ortaya Çıkış Nedenleri", *International Journal Of Legal Progress*, 1/1, (2015), s. 21; Emrah Uran, "Türkiye'deki Düzenleyici Kurumların İdari Yaptırım Yetkisi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008, s. 44; Haluk Egeli, Hakan Ay ve Nazlı Keyifli, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Ülke

kişiliği mi yoksa tarafsız ve bağımsız bir kurum mu olması gerektiği zaman içerisinde tartışılmıştır. Piyasalardaki uzmanlık gerektiren teknik ve karmaşık meselelerin çözümü hususunda bakanlık mekanizmalarındaki yetersizlikler, piyasa üzerinde yapılacak olan düzenleyici ve denetleyici işlemlerde devletin hem bu işlemleri yerine getiren bir hakem hem de bu işlemlerden etkilenen bir oyuncu konumunda bulunması ve bu durumun tarafsızlık üzerinde şâibe oluşturmaması, sorumluluğun tamamen siyasilerin üzerinde kalmaması ve siyasi etkilerden piyasanın korunması gibi nedenlerden ötürü bağımsız ve tarafsız kurumlara ihtiyaç duyulmuştur.¹⁵ Bu faktörlerin yanı sıra, regülasyon kurumlarının kurulmasına sebep olan hususlar şu şekilde ifade edilebilir: Doğal tekel gücünün kontrol edilmesi, rant kontrolü, aşırı rekabet, dışsalıklar, rasyonalizasyon, yetersiz bilgilendirme, kıtlık, ahlaki çöküntü ve paternalizm.¹⁶ Bu sebepler ve ihtiyaçlar doğrultusunda, özellikle piyasa ekonomisinin düzenlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin güvencesinin sağlanması ve idarenin keyfilikliğini engelleme gibi amaçlarla regülasyon kurumları oluşturulmuştur.¹⁷ Regülasyon kurumları, para üzerinde etkinliğin ve adil bir rekabetin oluşturulmasını sağlarken, tüketicinin korunmasına da katkı sunmaktadır. Bu haliyle bir idari kolluğun etkinliği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸

Regülasyon kurumları, idari özelliklerini ön plana çıkarır şekilde “Bağımsız İdari Otoriteler” veya işlevselliklerini ön plana çıkarır biçimde “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar” olarak isimlendirilmektedir.¹⁹ Bu isimlendirmeler aslında regülasyon kurumlarının özelliklerini yansıtmaktadır. Bu kurumların, “Bağımsız” kelimesi ile, hem organik hem de işlevsel anlamda yürütmeden bağımsız kurumlar olduğu, “İdari” kelimesi ile ayrı tüzel kişiliklerinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın idari organ niteliğinde kurumlar olduğu, “Otorite” kelimesi ile danışma organı olmayıp kendisi karar alıp icra edebilen nitelikte kurumlar olduğu,²⁰ “Düzenleyici” kelimesi ile bu kurumların piyasalar üzerinde düzenleyici işlemler gerçekleştirebildiği, “Denetleyici” kelimesi ile ise piyasaların denetimini gerçekleştirebildiği anlaşılmaktadır. İsimlendirmeleri bu şekilde olmakla birlikte, bu kurumlar hakkında üzerinde uzlaşa bulunan ortak bir tanım söz konusu değildir. Bunun en büyük nedeni de, regülasyon kurumlarının kuruldukları ülkeye göre farklı özellik ve yapılar arz etmeleridir.²¹

Uygulamaları” Prof. Dr. Fevzi Devrim’e Armağan, (2014), s. 211; Elvan Uygur, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Kamu İhale Kurumu Örneği” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2007, s. 13 vd.; Çırakoğlu, “İdari Vesayet”, s. 91, 92.

¹⁵ Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, *Amme İdaresi Dergisi*, 35/2 (2002), s. 14; Erdem Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/12(2006), 261; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 226; Önder Perçin, “Bağımsız İdari Otoriteler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/1(2011), s. 335 vd; Atay, *İdare Hukuku*, s. 382, 389; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 316, 317; Egeli, Ay ve Keyifli, “Ülke Uygulamaları”, s. 211; Sobacı, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 161, 162.

¹⁶ Şahin, “Ortaya Çıkış Nedenleri”, s. 76 vd.

¹⁷ Tan, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 14; Atay, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 263, 264; Uran “İdari Yaptırım Yetkisi”, s. 43-46; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 317.

¹⁸ Atay, *İdare Hukuku*, s. 387.

¹⁹ Aslan “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 4.

²⁰ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 318; Atay, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 266-270; Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 584; Tan, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 15.

²¹ Emre Baş, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Uygulaması” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, 2010, s. 6.

Regülasyon kurumlarının özellikleri incelenirken ilk olarak özerk kurum olmaları ile bağımsız ve tarafsız kurullar olarak teşekkül edilmeleri karşımıza çıkar. Yani kurumsal olarak özerklik fakat karar organları bakımından bağımsızlık ve tarafsızlık söz konusudur.²² Bu kurumların bağımsız ve tarafsız olmasının manası, bu kurumlara başka kurumlarca emir ve talimat verilmemesi ve idari mercilerin genel idari denetim yetkilerini kullanamamasıdır (işlevsel bağımsızlık).²³ Özerk kurum olmalarını, temel anlamda ayrı tüzel kişiliğe sahip olmaları ve bu vesileyle düzenleyici işlem yapabilmeleri sağlar.²⁴ Bu kurumların bağımsız ve tarafsız olmalarını ise bu nitelikteki karar organları olan kurullar sağlamaktadır. Kurulların bağımsız ve tarafsız olmasını sağlamanın en önemli koşulu ise, üyelerinin görev süresi dolmadan görevlerine son verilememesi, üyelerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde hareket edebilmesidir (organik bağımsızlık).²⁵ Bu ise üyelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı bilinen mesleklerden teşekkül etmesi, seçim ve atamalarının adil bir şekilde yapılması ayrıca bu üyelerin üyelik sürelerinin uzun tutulması, üyeliklerinin bitiminde yeniden kendi işlerine dönebilmeleri, kendilerine yeterli finansal haklar tanınması gibi güvenceler vasıtasıyla üyelerin bağımsız ve tarafsız şekilde karar vermeleri sağlanarak oluşturulabilir.²⁶ Ancak uygulamada görüldüğü üzere regülasyon kurumlarına yürütme tarafından tavsiye veya telkinlerde bulunulabilmektedir. Dolayısıyla bu kurumların salt bağımsızlığından bahsetmek çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Türkiye’de EPDK bu duruma bir örnek olarak gösterilebilir. Regülasyon kurumlarının bağımsızlığından ziyade idari ve mali açıdan özerk olmasına vurgu yapılmıştır. Bu özerklik vesilesi ile tarafsız kararlar verilebileceği ifade edilmiştir.²⁷

Regülasyon kurumları, faaliyet gösterdikleri alanlar doğrultusunda bir bakanlıkla ilişkilendirilmişlerdir. Ancak bakanlık, kurumun hiyerarşik amiri veya üstü olmayıp vesayet yetkisine²⁸ de sahip olmadığı gibi, kurulların almış oldukları kararları değiştirme ve iptal etme yetkisi de yoktur. Yalnızca bu kararları hukuka aykırılıkları gerekçesiyle yargıya taşıyabilir.²⁹ Regülasyon kurumlarının işleri, kurumlarca atanan memurlar ile gerekli sözleşmeli uzman personeller vasıtasıyla yürütülmekte olup bu kurulların denetimi ise başta Sayıştay olmak üzere, farklı özel denetim yollarıyla gerçekleştirilmektedir.³⁰

²² Çiğdem Sever, “Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64/1 (2015), s. 198.

²³ Sobacı, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 164.

²⁴ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 318.

²⁵ Çağlayan, *İdare Hukuku*, s. 228; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2018, s. 223; Demet Akdeniz, “Türkiye’de Hukuki ve İdari Açısından Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bağımsızlığına İlişkin Değerlendirme” *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 57 (2018), s. 5.

²⁶ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 328-331; Tan, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 25; Sobacı, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 164, 165.

²⁷ Kent, *Düzenleyici Kurumlar*, s. 173-176, 180.

²⁸ İdari vesayet denetimine yönelik tartışmalar için bkz. Çırakoğlu, “İdari Vesayet”, s. 100 vd; Gözler, *İdare Hukuku*, s. 223.

²⁹ Atay, *İdare Hukuku*, s. 411; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 319; Tan, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 16; Sobacı, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 167.

³⁰ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 323 vd; Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 588 vd; Tan, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 20-23; Atay, *İdare Hukuku*, s. 403.

Türkiye'deki regülasyon kurumlarına örnek olarak, Sermaye Piyasası Kurulu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, Rekabet Kurulu, Kamu İhale Kurulu, Nükleer Düzenleme Kurumu gösterilebilir.

B. GENEL OLARAK HİSBE TEŞKİLATI

Hisbe kavramı, Arapça'da "*hesap etmek, saymak*" anlamlarına gelen hasb kökünden türeyen³¹, "*sevabını umarak bir iş yapmak, akıllı ve basiretli bir şekilde yönetmek, çirkin bir iş yapmayı kınamak, hesaba çekmek*" manalarına gelen ihtisâb mastarından isim olarak türetilmiştir.³² Hisbe, bir şeyi Allah Teâlâ'nın rızasını amaçlayarak yapmak, iyiliği emredip, kötülükten men etmek, kamu düzeninin tesisi ve korunması görevi ve bu görevi zamanla üstlenen bir hukuk ve sosyal hizmet müessesesi³³ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir anlamda günümüzdeki belediyelerin işlevlerini de üstlenmiş olan hisbe kurumu, toplumda hukuki-ahlaki hayatın seyrini belli ölçüde kontrol altına alarak, pazardaki tartı ve ölçü aletlerinin doğruluğu da dahil olmak üzere kamu ahlakını gözetleme misyonunu üstlenmiştir.³⁴ Bir müessese olarak hisbe, ihtisâb memurluğu (müessesesi) ismiyle ifade edilmiştir.³⁵ Osmanlı'da hisbe müessesesine, "*hı-tatu's-suk*" veya kısaca "*es-suk*", "*hı-tatu'l-ihtisâb*", "*hisbeti's-suk*", "*velayetu's-suk*", "*velayetu'l-hisbe*", "*en-Nazaru fi'l-hisbe*" şeklinde farklı isimler de verilmiştir.³⁶ Bu kavramlar doğrultusunda hisbenin tanımı kısaca, yapılmaz olduğu takdirde iyiliklerin yapılmasının emredilmesi, yapılır olduğu takdirde kötülüklerin yapılmasının nehyedilmesi şeklinde ifade edilebilir.³⁷ Ancak biraz daha açıklayıcı olarak hisbe, "*adalet ve fazileti şeriat esaslarına ve her muhit ve devirde alışlagelen örf ve adetlere uygun olarak tahakkuk ettirmek maksadıyla fertlerin ahlâk, din ve iktisat yani umumî olarak içtimâî sahada refahını temin için devletin hususi vazifeliler yoluyla ifa ettiği idarî bir kontrolüdür*"³⁸ şeklinde tanımlanabilir.

³¹ Ebû'l-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya'kûb b. Muhammed el-Firûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-muht*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2005, s. 74; Yusuf Ziya Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı: Bir İslam Hukuk ve Tarih Müessesesi Olarak Kuruluş ve Gelişmesi*, Ankara: Baylan Matbaası, 1975, s. 11; Serdar Mutçalı, *Arapça-Türkçe Sözlük*, İstanbul: Dağarcık Yayınevi, 1995, s. 166.

³² Cengiz Kallek, "Hisbe", *TDV İslam Ansiklopedisi*, c. 18, İstanbul: TDV Yayınları, 1998, s. 133; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Yayınları, 2016, s. 239; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 11; Kristen Stilt and M. Safa Saraçoğlu, "Hisba and Muhtasib" *The Oxford Handbook of Islamic Law* Oxford: Oxford, 2018, s. 327 vd. Ahmet Duran, "İslâm Hukukunda Sosyal Terbiye ve Kontrol Kurumu Olarak Hisbe Müessesesi", *Ekev Akademi Dergisi*, 64 (2015), s. 13.

³³ Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed bin Habib el-Basrî el-Maverdî, *el-Ahkâmü's-Sultaniye* Kahire: Dâru'lhadis Yayınevi 2006, s. 352; Erdoğan, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 199; Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Tarih ve Hukuk İstılahları Kamusu*, İstanbul: OSAV Yayınları, 2018, s. 523; Osman Nuri Ergin, *Mecelle-i Umûr-u Belediye*, İstanbul: Matbuat-ı Osmaniye, 1922-1338, s. 323, 324.

³⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu* c. 3 İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976, s. 329; Vecdi Akyüz, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1995, s. 97.

³⁵ Erdoğan, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 239; Akgündüz, *Hukuk İstılahları Kamusu*, s. 574.

³⁶ Abdullah İslamoğlu, "Osmanlı Devleti'nde Modern Belediye'nin Hukuksal Açıdan Kurumsallaşması", Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2012, s. 42; Bkz. Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. 1, İstanbul: İrfan Yayınları, 1978, s. 164; Ömer Faruk Habergetiren ve İshak Yalnız, "Osmanlı Devletinde Hisbe Teşkilatı", *Journal of Social Science and Humanities*, 5/2 (2021), s. 284.

³⁷ Maverdî, *Ahkâmü's-Sultaniye*, s. 349; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 617; Abdussamed Atasoy, *İslam-Osmanlı Tüketici Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023, s. 440.

³⁸ Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 14.

Hisbe iyiliği emredip kötülüğü nehy bağlamında çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Ancak hisbe müessesesinin bu kadar geniş bir alanı denetlemekle görevlendirildiğini söylemek mümkün değildir. Bu müessesenin genel yetkilerle donatılmış bir zabıta, hatta ilerleyen süreçte yalnızca çarşı, pazarlar ve ekonomik faaliyetler üzerinde etkin bir kurum olduğu ifade edilebilir.³⁹ Hisbe müessesesinin tarih boyunca icra etmiş olduğu görev alanını üç bölümde toplayabiliriz. Bunlardan ilki, ibadetlerin ifası, meşru görülmeyen muamelelerin önlenmesi, genel ada-bın sağlanması amacıyla kurallara uyulup uyulmadığının kontrolü gibi Allah (c.c.) hakları (kamuya ait haklar) ile ilgilidir. Bu bakımdan yürütülen görevlerin önemli bir kısmı günümüzdeki kamu yararı kavramıyla örtüşmektedir.⁴⁰ İkinci olarak ise, şahsi haklar, kişilerin haklarının korunmasıyla ilgili hususlar gelmektedir. Üçüncü grupta da karma nitelikteki sosyal güvenlik gibi hakların korunması yer alır. Bu görev alanlarına bakıldığında dini, içtimai alanlar ile kişiler arası ilişkileri kapsamına aldığı görülmektedir. Ancak bu alanlarda hisbe müessesesinin yetkileri sınırsız değil bazı sınırlamalara tabidir.⁴¹ Bununla birlikte hisbe müessesesinin en çok etkin olduğu üç alan şunlardır: 1- Pazarlardaki ölçü ve tartı aletleri ile gerçekleştirilen hileli işlemler, 2- Ürünlerin fiyatlandırılması ve satışları ile alakalı aldatma ve hileler, 3- Borçlunun borcunu ödeme gücü olmasına rağmen borcunu ifaya yaklaşmaması yani mütemerrit borçlularla alakalı durumlardır.⁴² Görüldüğü gibi bu alanlar itibarıyla hisbe müessesesinin bir regülasyon kurumu olarak en çok piyasalar üzerinde aktif olduğu ifade edilebilir.

C. HİSBE MÜESSESESİNİN TEŞKİLATLANMASI

1. Genel Olarak Hisbe Müessesesinin Teşkilatlanması

Hisbe, İslâm toplumunda Hz. Peygamber (s.a.v.) zamanından itibaren görülen bir kurumdur. Hz. Peygamber (s.a.v.) kendisi pazarları denetleyip hisbe ile meşgul olduğu gibi daha sonraki dönemde Saîd b. Saîd b. Âs, Abdullah b. Saîd b. Usayha b. Âs, Ömer b. Hattab ve Semre bt. Nuheyki'l-Esediye (r. anhum) gibi farklı kişileri de bu işle vazifelendirmiştir.⁴³ Bu görev daha sonraları gelişerek Abbasiler devrinde bir müessese haline gelmiştir.⁴⁴ Bu iş ile

³⁹ İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, İstanbul: Kronik Yayıncılık, 2016, s. 53.

⁴⁰ Akyüz, *Divan-ı Mezalim*, s. 112.

⁴¹ Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 354 vd; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 623 vd; İslamoğlu, "Belediyenin Kurumsallaşması", s. 50; Alpaslan Alkış, "İslâm Hukuku Açısından Tüketicinin Korunması", *KSÜBD* 16/1, (2019), s. 120; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 282.

⁴² Bilmen, *Kâmus*, c. 3, s. 330; Kallek, *Yönetim-Piyasa İlişkisi*, s. 191, 199-210; Wael b. Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Necmettin Kızılkaya, İstanbul: Pınar Yayınları, 2018, s. 130; Mustafa Hizmetli, "Abbasilerde Hisbe ve Muhtesib: Bağdat Örneği", *Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*, 6/6 (2017), s. 430 vd.; Yılmaz, *Devlet-Piyasa İlişkisi*, s. 191, 192.

⁴³ Müslim, "İman", 164; Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, s. 782, 801 (No. 1579, 1613); en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 612, 613; Kallek, *Yönetim-Piyasa İlişkisi*, s. 177, 182, 183; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 282; Kallek, "Hisbe", s. 135; Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 44; Atar, *Yargılama Hukuku*, s. 181; Yılmaz, *Devlet-Piyasa İlişkisi*, s. 186.

⁴⁴ en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 611; Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener, Ankara: Otto Yayınları, 2018, s. 46; İslamoğlu, "Belediyenin Kurumsallaşması", s. 46; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 282; Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 45; Karaman, *Mukayeseli*, c. 1 s. 159; Hizmetli, "Abbasilerde Hisbe", s. 429 vd.

görevlendirilmiş olan memur muhtesib olarak adlandırılır.⁴⁵ Muhtesibin farklı tarifler yapılmıştır. Genel ve kapsayıcı bir tanım ile Mâverdi iyiliği emir, kötülüğü nehiy görevini yapan resmi görevliyi muhtesib olarak tanımlamıştır.⁴⁶ Günümüze daha yakın bir tanım ile de Bilmen muhtesibi “*Memleket dahilinde bir kısım intizamâtı tamin, muamelâta nezaret vazifesini haiz olan bir memurdur, bir nevi zabıtai belediyye ve zabıtai ahlâkiyye memuru demektir.*”⁴⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Muhtesiblerin veliyyü’l-hisbe, vâli’l-hisbe, nâzırü’l-hisbe, mütevellî’l-hisbe, ihtisap ağası, ihtisap emini şeklinde isimlendirildikleri de olmuştur.⁴⁸ Anadolu Selçuklu Devletinde⁴⁹ ve Osmanlı Devleti’nde ilk zamanlar, hisbe müessesesi, bir nezaret⁵⁰ olarak kurulmadan önce iltizam usulüyle yürütülüyor ve alınan mukataa bedeli ismindeki bir meblağ karşılığında bir seneliğine ihale oluyordu. İhaleyi alan ihtisap ağası olarak isimlendirilen muhtesib, kendine koloğlanları olarak ifade edilen yardımcılar istihdam edebiliyordu. Ancak hem muhtesib hem de yardımcılar yetkilerini kadılardan almaktaydılar. Bu yardımcılar muhtesibin en önemli geliri olan ihtisap resmini⁵¹ toplamaya da yardımcı oluyorlardı.⁵² Toplanan bu vergiler muhtesib tarafından gerekli yerlere sarf ediliyordu. Dolayısıyla iltizam usulünün cari olduğu vakitlerde hisbe müessesesinin özel bütçeli bir kurum olduğu ifade edilebilir. Ancak daha sonraları iltizam usulünün kalkmasıyla birlikte bu müessesenin genel bütçe içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Merkezde bulunan muhtesibler ise özellikle narh koyma yetkisini sadrazamların emri altında icra edebiliyorlardı.⁵³

1826 Yılında ihtisap ağalığının, ihtisap nezaretine dönüştürülmesiyle birlikte, ihtisap nazırı doğrudan sadrazama bağlanmıştır. İhtisap nezareti, regülasyon işlerinin tamamen yürütmeden ayrı veya bakanlıklarca idare edilmesi gibi iki farklı biçimin dışında tek bir bakanlığın hisbe müessesesinin görev alanı kapsamında kalan tüm regülasyon işlerine bakmasını ifade etmekte ve regülasyon kurumlarıyla ilgili farklı bir teşkilatlanma biçimi sunmaktadır. Bu biçimde regülasyon kurumlarının bağımsızlığından bahsedilmemekte ve doğrudan bakanlığa bağlı şekilde teşkilatlanmaları söz konusu olmaktadır. Ancak hisbenin bu şekilde teşkilatlanması doğrudan regülasyon amacını gütmeyip, zabıta ve polis görevi de ifa eden muhtesiblerin, dağıtılmış olan yeniçeriler tarafından bir düzensizlik çıkarılmasının önlenmesi dolayısıyla denetimin artırılması gayesiyle bir bakanlık oluşturularak daha güçlü bir hale getirilmesini hedeflemiş olabilir.⁵⁴ Zamanla polis teşkilatı (1845) ve zabıta müşiriyeti (1846) kurulunca, hisbe teşkilatının görev alanındaki bazı görevler buralara devredilmiş, muhtesibin görevi sadece narh ve esnaf

⁴⁵ Erdoğan, *Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 394; Abdul Azim Islahi, *Economic Concepts of Ibn Taimiyah*, Leicester, United Kingdom: Published by The Islamic Foundation, 1996, s. 42; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 281; Atasoy, *Tüketici Hukuku*, s. 440.

⁴⁶ Mâverdi, *Ahkâmü’s Sultaniye*, s. 349.

⁴⁷ Bilmen, *Kâmus*, c. 3, s. 20.

⁴⁸ Kallek, “Hisbe”, s. 133; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 12; Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 327; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 281; Atasoy, *Tüketici Hukuku*, s. 440.

⁴⁹ Uğur Canpolat, “Türkiye Selçukluları Döneminde Anadolu’da Hisbe Teşkilatı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Batman Üniversitesi ve Fırat Üniversitesi, 2015, s. 31.

⁵⁰ İhtisap nezareti için bkz. Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 335.

⁵¹ Bkz. Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 362 vd.

⁵² İstanbul Kadı Sicilleri, c. 65, No. 503.

⁵³ Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 283; Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 329; Kristen ve Saraçoğlu “Hisba and Muhtasib”, s. 347.

⁵⁴ Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 335 vd.; Habergetiren ve Yalnız, “Osmanlı Devletinde Hisbe”, s. 293.

muamelelerine bakmaktan ibaret hale gelmiştir.⁵⁵ Bu çerçevede ifa ettiği görevleri itibariyle bir örfî yargı kurumu nitelenmesi de yapılmıştır.⁵⁶ Ancak Hisbe teşkilatının kendiliğinden harekete geçmesi, doğrudan bir mahkumiyet hükmü vermeyip emniyet tedbirleri uygulayabilmesi gibi durumlar göz önüne alındığında bu kurumun yürütme-idare vasfı ağır basmakta ve salt bir yargı kurumu olarak nitelenememekte aynı zamanda mezalim yargı örgütünden de ayrılmaktadır. Hisbe müessesesi 19. yüzyıldan itibaren piyasalar üzerinde etkin bir regülasyon kurumu halini almıştır. Osmanlı'da durum bu şekilde olmakla birlikte, Endülüs'te Halife en-Nâsır ile birlikte 10. yüzyıldan itibaren hisbe teşkilatı yalnızca piyasalar üzerinde etkinlik kuran bir regülasyon kurumu hüviyeti sergilemiştir.⁵⁷ Hisbe teşkilatının yapmış olduğu işlemlerin bir idari işlem olarak idari denetime de tâbi tutulduğu, bu noktada mezalim mahkemelerinin görevli olduğu görülmektedir.⁵⁸

2. Muhtesibde Bulunması Gereken Özellikler

Muhtesib olarak görevlendirilecek olan kişinin bazı niteliklere haiz olması gerekmektedir. Öncelikle hisbenin dini bir görev olması dolayısıyla muhtesib müslüman olmalıdır. Müslüman olan muhtesib mükellef bir kimse olmalıdır. Hak ehliyetinin tam olması, fiil ehliyetinin ise tam olması gerektiğini savunanlar olduğu gibi tam olmasına gerek görmeyenler de bulunmaktadır. Bu hususta, resmi bir memur olmadan fahri bir şekilde muhtesibin işlerini yapanlar için fiil ehliyeti aranmayacağını ancak resmi memur olarak muhtesib olacak kişide bu ehliyetin aranması gerektiği belirtilebilir. Muhtesib adaletli bir kimse olmalıdır. Bazı fakihler muhtesibin müçtehit olmasını ararken, bazılarıysa kendi görev alanıyla ilgili meselelerde meşru olan ve olmayanı ayırt etmesini yeterli görmektedir.⁵⁹ Endülüs'te muhtesiblerin niteliklerine bakıldığında genelde kadılardan veya fukahanın ileri gelenleri arasından atamaların yapıldığı istisnai bazı durumlarda da tabiplerden atama yapıldığı görülmektedir. Yani muhtesib genellikle ilmiye sınıfı mensubu ve hukukçu olurdu.⁶⁰ Bu durum, günümüz regülasyon kurumlarına yapılacak atamalarda bağımsızlık ve tarafsızlık özellikleri ön planda olan yargıçların veya akademisyenlerin atanması gerekliliğine bir örnek teşkil etmektedir. Bu sayede regülasyon kurumlarının tarafsızlığının tesisi kolaylaşacaktır. Örneğin, Bugünkü Suriye toprakları üzerinde hüküm süren

⁵⁵ Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 284.

⁵⁶ Ahmet Mumcu, *Divan-ı Humayun*, Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, 1986, s. 35

⁵⁷ Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 57, 58.

⁵⁸ Akyüz, *Divan-ı Mezalim*, s. 112; Mezalim mahkemesi; Müslüman devletlerde en yüksek adli-idari yargı ve denetleme kurumu, bkz. Celal Yeniçeri, "Mezalim", *TDV İslam Ansiklopedisi*, c. 29, İstanbul: TDV Yayınları, 2004, s. 515.

⁵⁹ Ayrıca bkz. Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 315 vd; Abdurrahman b. Nasr eş-Şeyzeri, *Nihâyetü'r-Rütbe fî Talebi'l-Hisbe (İslâm Devletinde Hisbe Teşkilâtı)* çev. Abdullah Tunca, İstanbul: Marifet Yayınları, 1993, s. 33 vd; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 620, 621; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 22 vd; Kallek, "Hisbe", s. 133; Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 350, 351; İslamoğlu, "Belediyenin Kurumsallaşması", s. 49, 50; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 281; Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 44; Canpolat, "Anadolu'da Hisbe", s. 27; Atasoy, *Tüketici Hukuku*, s. 443; Duran, "Hisbe Müessesesi", s. 27-30.

⁶⁰ Mehmet Aykanat, "Ombudsmanlık Kurumunun Osmanlı Kökleri", *Turkish Studies*, 14/1 (2019), s. 104; Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 66, 69; Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1979, s. 174-175.

Tuğteginliler'in⁶¹ kurucusu olan Tuğtegin⁶² miladi 12. yüzyılda muhtesib olarak ilim ehlinde birini atamış ve ona işinin, iyiliği emretmek kötülüğü ise nehyetmek olduğunu bildirmiştir. Bunun üzerine atanan muhtesib ilk iş olarak Tuğtegin'in üzerine oturduğu minderi örten ipeği ve parmağına taktığı altın yüzüğü atmasını söylemiştir. Bundan mutlu olan Tuğtegin muhtesibin görevlerini daha da genişleterek ona şurta görevini de vermiştir.⁶³ Bu örnekte de ilim ehlinde yapılan bir atama durumunda kişilerin çok daha bağımsız ve tarafsız bir şekilde hizmet verebildiği görülmektedir. Muhtesibin erkek olması gerektiği genel görüş olmakla birlikte kadınların da muhtesib olabileceğini savunanlar da vardır.⁶⁴ Bunun temel nedeni olarak Semre bt. Nuheyki'l-Esediye ve Şifa bt. Abdillâh (r.anhuma) görevlendirilmeleri gösterilmektedir.⁶⁵

3. Muhtesibin Tayini

Muhtesib resmi memur olması dolayısıyla farz olan işleri yaptırmakla görevlidir ve bu görevi resmi bir görevdir. Dolayısıyla muhtesib bu görevini bırakamaz ve farklı işlerle iştigal edemez. Yani muhtesibin görevi dışında çalışma yasağı olduğu ifade edilebilir.⁶⁶ Muhtesibin atanması genel olarak devlet başkanı tarafından veya kadının göstermiş olduğu kişinin devlet başkanınca onaylanması ile gerçekleştirilmiştir.⁶⁷ Özellikle Endülüs'te atamalar devlet başkanınca yapılmış, kadıların istişare ediliyor olsa da atama yetkisi doğrudan verilmemiş, nihai karar her zaman devlet başkanının olmuştur.⁶⁸ Merkezdeki muhtesibin atanmasında durum bu şekilde olmakla birlikte taşradaki muhtesibin atanması, merkezdeki muhtesib vasıtasıyla veya oradaki idari yönetici vasıtasıyla olmak üzere iki şekilde gerçekleşmiştir.⁶⁹ Muhtesibin atanması bir zaruret nedeniyle olur. Muhtesib kendisini tayin eden otoriteye cevap vermek ve bu otoritenin emirlerini yerine getirmekle mükelleftir. Hatta vazife almaktan kaçınan kişiye muhtesiblik görevi zor kullanılarak da tevdi edilebilir.⁷⁰ Muhtesibin görev süresi ise icraatına göre değişiklik göstermektedir. Muhtesibin azledilmesinde de atayan makam yetkilidir. Azil sebeplerine örnek olarak, muhtesibin, sağlık durumunun görevi için elverişsizliği, başka bir göreve atanması, devlet başkanı aleyhinde suç işlemesi gösterilebilir. Görevine yönelik işleri yaparken yardımcıları kullanabilir, görevi doğrultusunda kendisine yardımcı alabilir. Muhtesibe görevi nedeniyle, yüksek seviyeli bir devlet memuru düzeyinde, görevini rüşvettten uzak, tarafsız bir biçimde idare edecek ölçüde hazineinden maaş bağlanır.⁷¹ Muhtesibin maaşının ne ölçüde olması gerektiğine devlet başkanı karar verebilir. Muhtesibe hazineinden maaş bağlanması durumu özellikle iltizam usulünün uygulanmadığı zamanlarda geçerli olmuştur. İltizam usulünde göreve

⁶¹ Bkz. Gülay Ögün Bezer, "Tuğteginliler", *TDV İslam Ansiklopedisi*, c. 41, İstanbul: TDV Yayınları, 2012, s. 349 vd.

⁶² Bkz. Gülay Ögün Bezer, "Tuğtegin", *TDV İslam Ansiklopedisi*, c. 41, İstanbul: TDV Yayınları, 2012, s. 347 vd.

⁶³ eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 35.

⁶⁴ Metin Yılmaz, "Semrâ Bint Nüheyk", *TDV İslam Ansiklopedisi*, c. 36, İstanbul: TDV Yayınları, 2009, s. 499; Kallek, "Hisbe", s. 133; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 23, 65; İslamoğlu, "Belediyenin Kurumsallaşması", s. 49, 50.

⁶⁵ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, s. 801 (No. 1613); Kallek, *Yönetim-Piyasa İlişkisi*, s. 182, 183; Yılmaz, *Devlet-Piyasa İlişkisi*, s. 186.

⁶⁶ Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 349.

⁶⁷ Canpolat, "Anadolu'da Hisbe", s. 29.

⁶⁸ Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 67.

⁶⁹ Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 71.

⁷⁰ Nizamü'l-mülk, *Siyasetname*, çev. Mehmet Taha Ayar, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2014, s. 61.

⁷¹ Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 350; Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 44, 72.

gelen kişiler, topladıkları vergi içerisinde maaşlarını almaktalardı. Ancak bu durumun kişilerin haksızlık yapmasına kapı aralayabileceğinden ötürü, zamanla topladıkları vergiler yerine muhtesiblerin hazineden maaş almasına başlanmıştır.⁷² Ebu Yusuf, kadı, amil ve diğer memurlara, halka ait olan ve devlet başkanının faydalı gördüğü işlerde, yüksek miktarda maaş verilmesi gerektiğini ve bu hareket nedeniyle Allah Teâla'dan ecir de umulacağını belirtmiştir.⁷³ Regülasyon kurumlarının özellikle hassas piyasalar üzerinde etkin olması da göz önünde bulundurulduğunda burada çalışanların maaşlarının daha yüksek tutulmasının övülen bir hareket olduğu söylenilebilir. Ayrıca tayin edilmiş olan muhtesibin savcılık görevini de yerine getirmiş olduğu görülmüştür.⁷⁴ Bu durum yine tayin açısından muhtesibde bulunması gereken şartların ve muhtesibinin haklarının önemini artırmaktadır.

D. REGÜLASYON KURUMU OLARAK HİSBE TEŞKİLATININ İŞLEVSEL ÖZELLİKLERİ

Muhtesiblerin ilk çıktıkları dönemden itibaren en önemli görevleri çarşı ve pazarlar üzerinde olmuştur. Hisbe müessesesinin, piyasa üzerinde çok etkin bir teşkilat olmasının yanında yukarıda da belirtildiği üzere başka görev alanları da mevcuttur. Aşağıda hisbe müessesesinin regülasyon kurumu olarak işlevsel özellikleri incelenirken bu görev alanları dikkate alınarak örnekler eşliğinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

1. Düzenleme Yetkisi

Düzenleme yetkisi açısından regülasyon kurumları, düzenleyici ve bireysel işlem yapabilirler. Nitekim bu yetkiler kurumların regülasyon yetkisi olarak da isimlendirilir.⁷⁵ Bu kurumlar kamu tüzel kişisi olmalarından kaynaklı olarak yönetmelik çıkarabilirler. Ayrıca karar veya tebliğ gibi isimlerde işlemler yaptığı da görülen bu kurumların, bu nitelikteki işlemleri yine düzenleme yetkisi kapsamında düzenleyici işlemler olarak nitelendirilir. Bununla birlikte, regülasyon kurumlarının düzenleme yetkisi yaparken, idarenin düzenleme yetkisi ile alakalı olan diğer kurallara ve sınırlamalara uyması gerektiği unutulmamalıdır.⁷⁶

Muhtesib naslarla belirlenmiş olan durumlar haricinde kendi görev alanıyla ilgili olarak ihtihadıyla hareket edebilirdi. Sokaklara saçaklar sarkıtılması, balkonlar çıkartılması gibi hususlarda muhtesib kendi görüşüyle düzenleme yapabilir.⁷⁷ Şehir kapılarının açılmasını, umumi yolların kullanımını düzenler, yapılan binaları inşaat aşamasından itibaren denetler, kullanılan malzemenin kontrolünü yapar ve çevreye zarar vermesini önlerdi.⁷⁸ Muhtesib tekelleşmeyi önler,⁷⁹ çarşı ve pazarların düzenini sağlardı. Bunun sağlanması için muhtesib, gerekli düzenleyici işlemleri yapma yetkisine sahip olup mesleklerin ayrı ayrı özelliklerini bilen o mesleğe ehil

⁷² Hizmetli, *Endülü's'te Hisbe*, s. 72.

⁷³ Ebu Yusuf, Yakub bin İbrahim, *Kitabu'l-Haraç*, Beyrut: Dar'ul-Mârif, 1979, s. 187.

⁷⁴ Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 214; Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku*, İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2016, s. 342; Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 174.

⁷⁵ Çağlayan, *İdare Hukuku*, s. 229.

⁷⁶ Atay, *İdare Hukuku*, s. 411; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 332; Hasan Nuri Yaşar ve S. Sena Cabioğlu Güler, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/4 (2016), s. 68, 69; Uygur, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 137, 138.

⁷⁷ Maverdi, *Ahkâmü's-Sultanîye*, s. 350; Hizmetli, "Abbasilerde Hisbe", s. 434.

⁷⁸ Kallek, *Yönetim-Piyasa İlişkisi*, s. 197; Hizmetli, *Endülü's'te Hisbe*, s. 169 vd; eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 43; Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 245.

⁷⁹ İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, s. 22.

kişilerden yardımcıları da tahsis edebilirdi. Örneğin, meslek mensuplarını kendi alanlarıyla ilgili olarak muayyen yerlere yerleştirir ve hem satıcıya hem müşteriye kolaylık sağlar, yolun daraltılmaması ve başkalarına zarar verilmemesi adına satıcıların mal teşhiri için ilave tezgah kullanmasını, kalabalık olan çarşı ve pazarlara binek hayvanlarla gelinmesini yasaklayabilir, halkın zarar görmemesi için kasapların umumi yollara deri sermesini yasaklayabilirdi.⁸⁰ Satıcının malıyla ilgili doğru bilgi vermesini sağlar ve aldatıcı reklamları yasaklardı.⁸¹ Bir muamele neticesinde tarafların hukuka aykırı bir neticeye ulaştığı sonucuna varan muhtesib, o muameleyi yasaklayabilirdi.⁸² Ticari muamelelerin nasıl yürütüldüğünü, piyasadaki fiyatların durumunu kontrol eden muhtesib, kamu yararı gerektirdiği takdirde narh koyarak fiyatları tespit edebilirdi. İstanbul'a giren ve çıkan gıda maddeleri için düzenleme yapabiliyordu.⁸³ Muhtesibin bu yetkileri düzenleme koyma yetkisi kapsamındadır. Muhtesibin iş yeri açma ruhsatı verme yetkisi de mevcuttur. Muhtesib toplanan vergileri gerekli yerlere sarf etmekle de görevlidir. Tüm bu yetkileri ışığında muhtesibin, regülasyon kurumlarının sahip olduğu düzenleme yetkisine sahip olduğu ifade edilebilir.

2. Gözetim ve Denetim Yetkisi

Regülasyon kurumlarının düzenleme yetkisinden sonraki en önemli yetkisi gözetim ve denetim yetkisidir. Bu kurumlar gerek kanunlarla gerekse kendi düzenleyici işlemleriyle konulmuş olan kurallara uyulup uyulmadığını denetlemekle yetkilidir. Bu kuruluşlar gözetim ve denetim yetkileri kapsamında yerinde inceleme yapabilir, gerekli gördükleri bilgi ve belgeleri ilgili gerçek veya tüzel kişilerden talep edebilirler.⁸⁴ Regülasyon kurumları yapmış oldukları gözetim ve denetim işlevi kapsamında öğrenmiş oldukları suçları diğer kamu kurumları gibi adli makamlara iletmekle yükümlüdürler.⁸⁵

Muhtesib, genel adap ve sağlığı, ibadetlerin nasıl ifa edildiğini, tartı ve ölçü aletlerini, halka açık yolları ve binaları denetleyip kontrol etmekle yükümlüdür. Esnafı kontrol ederek, devlet tarafından her esnaf için konulmuş olan kurallara uyulup uyulmadığının denetimini gerçekleştirir. Pazarın kurulduğu yerlerde alış verişin pazarda yapılmasını, pazar dışında bu işlemin gerçekleştirilmemesini denetler, pazarda satılan malların şer'an yasak olan mallardan olup olmadığını, belirlenmiş olan standartlara uyup uymadığı hususunda kalite kontrolünü muhtesib yapardı.⁸⁶ Ticari muamelelerin nasıl yürütüldüğünü, piyasalardaki fiyatların durumunu denetler ve kamu yararının gerektirdiği şekilde tedbir almakla da görevlidir.⁸⁷ Bu

⁸⁰ eş-Şeyzeri, *Talebi'l-Hisbe*, s. 39 vd; Haşim Akça ve Oğuzhan Bozatl, "Hisbe: İslam Ekonomisinde Düzenleyici ve Denetleyici Otorite", *Rekabet Dergisi*, 69 (2018), 52; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 78; Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 104, 107, 108; Canpolat, "Anadolu'da Hisbe", s. 38, 39.

⁸¹ Alkış, "Tüketicinin Korunması", s. 92 vd; Kallek, *Yönetim-Piyasa İlişkisi*, s. 207, 208.

⁸² Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 367; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 628.

⁸³ Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 276; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 282; Atasoy, *Tüketici Hukuku*, s. 449.

⁸⁴ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 334; Atay, *İdare Hukuku*, s. 416, 417.

⁸⁵ Atay, *İdare Hukuku*, s. 418.

⁸⁶ eş-Şeyzeri, *Talebi'l-Hisbe*, s. 39 vd; Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 409 vd; Islahi, *Economic Concepts*, s. 42; Kallek, *Yönetim-Piyasa İlişkisi*, s. 193 vd; Alkış, "Tüketicinin Korunması", s. 90 vd; Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 105, 109; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 635, 636; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 101; Celal Yeniçeri, *İslam Açısından Tüketim ve Tüketicinin Korunması ve Ev İdaresi*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1996, s. 133, 134.

⁸⁷ Kallek, *Yönetim-Piyasa İlişkisi*, s. 199; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 282.

tedbirler kapsamında kişilerin cezalarının tespiti için hâkim huzuruna çıkmasına kadar, onlar tutuklaması da dahildir.⁸⁸ Muhtesib ulaşım ve taşımacılık faaliyetlerini denetler, hamallara, hayvanlara veya gemilere fazla yük yüklenmesine engel olur, hayvanlara fazla insan bindirilip bindirilmediğini denetlerdi.⁸⁹ Hayvanların kimler tarafından ve hangi usullerle kesileceğini düzenleyip denetimini gerçekleştirirdi.⁹⁰ İthalat ve ihracatı da denetleyen muhtesib ihraç ve ithal edilen malların belirlenen tür ve standartlarda olup olmadığını denetlerdi.⁹¹ Tıp alanında da denetimler gerçekleştiren muhtesib, şurupçuları, aktarları, eczacıları denetlerdi.⁹² Doktorların mesleklerini ehil bir şekilde yerine getirip getirmediğini kontrol eder, Hipokrat'ın diğer doktorlardan almış olduğu yemininin tatbikini sağlar, bu doğrultuda doktorlardan yemin alabilirdi.⁹³ İmam, müezzîn ve vaizleri imtihan eder ve ehil olmayan kimselerin müezzînlik ve vaizlik yapmasına engel olurdu.⁹⁴ Muhtesib hizmet sektöründe çalışan kişilerin işlerini ise gelen şikâyetler neticesinde denetlemekteydi.⁹⁵ Genel olarak kişilerin icra ettiği mesleklere göre denetim yapar, ehil olmayanların meslek icra etmesini yasaklardı.⁹⁶ Hamamların ve eğlence yerlerinin denetimini de muhtesib gerçekleştirdi.⁹⁷ Belediyeye ait vergileri toplayan muhtesib, denetim yetkisi kapsamında vergilerin toplanmasını teftiş ile de yetkilendirilmiştir.⁹⁸ Muhtesib müslümanlar ile gayr-i müslimlerin ve belirli sivil ve askeri görevlilerin giyimlerine yönelik düzenlemelere uyup uymadıklarını denetlemekle görevlidir. Buradan da anlaşılacağı üzere muhtesib zimmilerin üzerinde de yetkilidir. Küçük çocukların çalıştırılıp çalıştırılmamasının kontrolü gibi denetleme görevlerini de yine muhtesib icra eder.⁹⁹ Tüm bu yetkilerinin yanı sıra muhtesip, başta devlet başkanı olmak üzere yönetici kısmı uyurabilir¹⁰⁰, kadıları uyurarak yargı kararlarını denetleyemese de, duruşmaların zamanında yapılıp yapılmadığı gibi hususları gözetleyerek yargının idari yönden işleyişini denetleyebilirdi.¹⁰¹ Ancak muhtesibin genel manada idareyi denetlemesinden bahsedilemez.¹⁰² Uygulamada yargı kararlarına muhtesibin yapmış olduğu denetimler sonucunda; örneğin, incirin eksik tartıldığı¹⁰³, ekmeğin, etin, zeytinin, yoğurtun eksik dirhemle satıldığı¹⁰⁴, bir pazarcının ağırlık ölçüsü olarak kullandığı taşların eksik

⁸⁸ Mustafa Avcı, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 170.

⁸⁹ Ahmet Refik, *On Altıncı Asırda İstanbul Hayatı (1553-1591)*, İstanbul: Devlet Basımevi, 1935, s. 66, 114; Hizmetli, *Endülü's'te Hisbe*, s. 177; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 333 (No. 287).

⁹⁰ eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 61.

⁹¹ Refik, *İstanbul Hayatı*, s. 104, 129.

⁹² Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 110 vd; eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 79 vd.

⁹³ eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 147 vd; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 631; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 116 vd.

⁹⁴ Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 132, 133; İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, s. 16; eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 164.

⁹⁵ Hizmetli, *Endülü's'te Hisbe*, s. 112, 116.

⁹⁶ eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 132 vd; Hizmetli, *Endülü's'te Hisbe*, s. 181.

⁹⁷ en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 630; Hizmetli, *Endülü's'te Hisbe*, s. 188 vd.

⁹⁸ Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 130.

⁹⁹ Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 283; Hizmetli, *Endülü's'te Hisbe*, s. 197.

¹⁰⁰ eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 35, 168.

¹⁰¹ Ortaylı, *Kadı*, s. 53; eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 167; Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 371.

¹⁰² Aykanat, "Ombudsmanlık", s. 103.

¹⁰³ İstanbul Kadı Sicilleri, c. 42, No: 76.

¹⁰⁴ İstanbul Kadı Sicilleri, c. 42, No: 89, 90, 303, 368.

olduğu¹⁰⁵ sicile kaydedilmiştir. Tüm bu denetim yetkileri açısından muhtesibin regülasyon kurumlarının sahip olduğu denetim yetkilerini haiz olduğu ifade edilebilir.

3. Müeyyide Uygulama Yetkisi

Regülasyon kurumlarının en önemli yetkilerinden biri de müeyyide uygulayabilme yetkisidir. Bu yetki düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir uzantısı şeklinde görülmektedir. Dolayısıyla görevli oldukları alanlarda yaptıkları denetim sonucunda bu kurumların, bir müeyyide uygulama hakları vardır. Bu müeyyideler kurumların ilgili oldukları alana göre uyarı, daha önce verilmiş olan bir iznin iptal edilmesi, yayının durdurulması veya para cezası gibi farklı biçimlerdeki idari müeyyideler olabilir.¹⁰⁶ Ancak belirtilmelidir ki, müeyyide uygulayabilme yetkisi kurumun görevini yerine getirmesine olanak sağlayacak şekilde ölçülü ve temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeyecek biçimde olmalıdır. Bu doğrultuda müeyyide uygulanmadan önce, ilgililer uyarılmalı, ilgililere savunma yapma imkânı sağlanmalı, müeyyide ile fiil arasında orantılılık bulunmalı, müeyyide kararı gerekçeli bir biçimde duyurulmalı ve müeyyide yürütmesinin durdurulmasını da muhteva eder biçimde idari yargıda dava konusu yapılabilmelidir.¹⁰⁷

Muhtesib aleni bir şekilde kötülük işleyenleri suçlar için öngörülen sınırları aşmamak kaidesiyle tazirle cezalandırabilir.¹⁰⁸ Bu cezalandırma için özellikle dört husus aranmıştır. Bunlar: Fiilin hukuka aykırı olması, halen mevcut olması, fiilin muhtesibin normal denetleme yetkisi kapsamı dışında bir araştırma gerektirmemesi ve işlenen fiildeki haksızlığın içtihad etmeksizin malum olmasıdır.¹⁰⁹ Bu unsurları taşımayan ancak kişinin cezalandırılmasını gereken diğer fiillerin mevcut olması durumunda muhtesib bu kişileri hâkim karşısına çıkarmak üzere tutuklayabilirdi.¹¹⁰ Örneğin birine yazılı veya sözlü olarak hakaret eden birini gördüğü zaman muhtesib o kişiyi tazirle cezalandırırdı. Benzer şekilde, bir kadın kocası tarafından aşırı derecede şiddet gördüğünü iddia eder ve bu şiddet neticesinde meydana gelen iz muhtesib tarafından görülürse, muhtesib kocayı tazirle cezalandırabilirdi.¹¹¹ Ancak muhtesibin içki içenlere, zina edenlere celde vurma, suçüstü yakalanan hırsızın elini kesme gibi aleni görülmüş olan suçlar nedeniyle müeyyide uygulama yetkisiyle donatıldığı da vaki olmuştur.¹¹² Muhtesibin bu müeyyideleri daha çok bir yargılamanın sonucu olarak değil, kötülüğü nehy kapsamında, önleyici bir mahiyet arz eder nitelikte tazir kapsamında bulunduğu ifade edilmiştir.¹¹³

Muhtesib aleni işlendiğine şahit olduğu olaylara doğrudan müdahale ettiği gibi denetleme yetkisi kapsamında ortaya çıkan durumlara da müdahale etmektedir.¹¹⁴ Örneğin, elenmiş

¹⁰⁵ İstanbul Kadı Sicilleri c. 42, No: 253, 302.

¹⁰⁶ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 335, 336; Uygur, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 142, 143; Sobacı, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 169.

¹⁰⁷ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 336; Atay, *İdare Hukuku*, s. 417.

¹⁰⁸ Karaman, *Mukayeseli*, c. 1, s. 159; Ansay, *İslam Hukuku*, s. 333, (No. 287); Atasoy, *Tüketici Hukuku*, s. 455.

¹⁰⁹ Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 324, 325; Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 350; Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 294; Atar, *Yargılama Hukuku*, s. 182.

¹¹⁰ Avcı, *Hapis*, s. 170, 171.

¹¹¹ Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 180.

¹¹² eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 160; Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 74.

¹¹³ Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 349; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023, s. 261; Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 130.

¹¹⁴ Akyüz, *Divan-ı Mezalim*, s. 189.

undan yapılması gereken ekmeğin, elenmemiş undan yapıldığının ortaya çıkması, ekmeğin içinden taş çıkması durumunda bu ekmek fırıncıya iade edilir, bu durumdaki ekmekler fukara-ra dağıtılır ve tekrarı halinde fırıncıya hapis veya meslekten ihraç müeyyideleri verilebilirdi. Yine ekmeğe kepek veya beyaz toprak karıştıran fırıncılar muhtesib tarafından dayak ile cezalandırılır ancak bu yeterli gelmezse hapis müeyyidesine başvurulabilirdi.¹¹⁵ Muhtesib, kumaşın, hasırın en boy ölçülerini, sık dokunmuşluğunu¹¹⁶, alçının orta elekte elenmiş olup olmadığı ve toprak karıştırılıp karıştırılmadığını, çömlekçilerin topraklarını iyi terbiye edip etmediklerini ve ne kadar kum karıştırdıklarını, satılan gıda maddelerinin temiz ve sağlıklı olup olmadığını denetlerdi.¹¹⁷ Osmanlı'da bir çok kanunda muhtesibin görev alanlarıyla ilgili müeyyide öngörülmüştür.¹¹⁸ Örneğin, 1851 Ceza Kanunu ile eksik tartan, narha uymayan fırıncı, bakkal ve kasapların 3 ile 79 değnek cezası ile cezalandırılıp işyerlerinin kapatılacağı ve ısrarları halinde hapis ile, meslek ve sanatın icrasından men ile cezalandırılacakları düzenlenmiştir.¹¹⁹ Bu kandan önce de Osmanlı'da muhtesibin denetimleri etkin bir şekilde işlemiş ve pazar dışında satış yapanlar tespit edildiği gibi bunların narha uyup uymadıkları dahi tespit edilmiştir. Tespit edilen bu satıcılar satış yapmaktan men edilmişlerdir.¹²⁰ Nitekim meslekten men cezası diğer meslek mensuplarına da şâmil bir cezadır.¹²¹ Endülüs'te Muhtesib dinar ve dirhemlerin ayarlarını kontrol eder, piyasaya düşük ayarda para sokanları sıkı bir şekilde takip ederek yakaladığında pazarda ve sokaklarda teşhir edip, hapsederdi.¹²² Osmanlı'da ise hisbe müessesesinden ziyade, darphanelere ve sarraflara gerek nizamnameler gerek kontroller vasıtasıyla doğrudan devlet müdahalesi yapıldığı gibi ayrıca lonca teşkilatının da bu kurumlar üzerinde belirli düzenleme ve denetleme yetkileri bulunmaktaydı.¹²³

Muhtesibin gözetleme ve denetleme yetkisi kullanılırken aynı zamanda, tecessüs yoluyla bir kötülüğün açığa çıkarılmamasına da dikkat edilmelidir. Evi kapalı olan bir kişinin kötü bir iş yapıyor olması şüphesiyle evinin gözetlenmesi uygun değildir.¹²⁴ Muhtesibin kuvvet ve zor kullanma yetkisi hükümlerine hakkına ve genel görevli kabul edildiği kötülüğü, haksızlığı engellemek ve gerektiğinde izale etmek yetkisine dayanır. Kurumun bu noktada kendiliğinden

¹¹⁵ Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 110.

¹¹⁶ eş-Şeyzeri, *Talebi'l-Hisbe*, s. 109; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 106; Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 406; Refik, *İstanbul Hayatı*, s. 107.

¹¹⁷ Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 93 vd; İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, s. 18.

¹¹⁸ Bkz. Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 404 vd.

¹¹⁹ “Bakkal ve kasap ve habbaz (ekmekçi) ve sair bu misillü esnafdan dirhemi noksan olanlar veyahut narhdan ziyâde fûrûht edenlerin (satanların) hapisle tedibinden, dükkânları kapanıp bir nevi ahz ve itasının tatilini müstelzim olacağından bunlar hakkında suret-i şer'îyesi üzere derece-i cünhasına göre kâimen üçden 79 adede kadar hapishâne önünde değnek darbıyla icrây-ı tedib kılın. Ve fakat ısrarları takdirinde dahi hapisleri câiz ola. Ve bu makule esnaf üç defâ kabahatle tutulup icabına göre hapis ve darp ile tedip olunduktan sonra def'a-i râbiada yine bir suretle habasete cüret ederse, ol halde alıp vereceği İhtisâb Nezâreti ve Esnaf Kethudâları marifetleriyle tesviye ettirilerek kendisi fîmâ ma'd çıkarıldığı esnaflıkta olmamak üzere memleketine tard ve def' kılın.” Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyatı Kamu Hukuku*, c. I, İstanbul: OSAV Yayınları, 2012, s. 620.

¹²⁰ Refik, *İstanbul Hayatı*, s. 79, 98.

¹²¹ en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 634.

¹²² Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 139.

¹²³ Erol Ortabağ, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon*, İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2018, s. 113 vd.

¹²⁴ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 464.

harekete geçen bir yapıya sahip olduğunu görürüz.¹²⁵ Tüm bu yetkileri incelendiğinde muhtesibin günümüzdeki savcı veya sorgu hâkimi konumunda işler yapabildiği görülmektedir.¹²⁶

Muhtesib, kişiyi günahından tövbe etmeye davet eder, bu kişiye nasihatte bulunur ve vaaz eder, tazir tatbik edebilir ve kişi fiili tekerrür ederse had derecesine ulaşmayacak ölçüde bu kişiyi yine tazirle cezalandırır.¹²⁷ Muhtesibin başvurabileceği müeyyideler, hafiften ağıra doğru şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle söz ile müdahalede bulunulmalıdır. Bunlar: Bildirimde bulunmak, Allah Teâla korkusunu hatırlatıp öğüt de bulunmak, azarlamak (tekdir etmek) şeklinde sıralanabilir. Bu müeyyideler yetersiz kalırsa muhtesib el ile müdahale ederek düzeltebilir, zor kullanmakla tehdit edebilir, zor kullanabilir ve son olarak silah çekerek müdahalede bulunabilir.¹²⁸ 1242 tarihli İhtisap Ağalığı Nizamnamesinde de muhtesibin yetkileri benzer şekilde sayılmıştır.¹²⁹ Muhtesibin müeyyide uygulama yetkisi, sınırları açısından regülasyon kurumlarının yetkisine oranla daha geniştir. Dolayısıyla muhtesibin regülasyon kurumlarının haiz olduğu müeyyide uygulama yetkisine sahip olduğu da ifade edilebilir.

4. Danışmanlık İşlevi

Düzenleme, denetleme ve müeyyide uygulama yetkileri itibariyle, regülasyon kurumlarının bir idari kolluk faaliyeti yürüttüğü ifade edilebilir.¹³⁰ Ancak regülasyon kurumlarının işlevi yalnız bu üç faaliyet alanıyla sınırlı değildir. Bu yetkilerinden başka regülasyon kurumlarının bir diğer işlevi de danışmanlık işlevidir. Bu kurumlar, görev alanları itibariyle uzman kuruluşlar olmalarından dolayı görevleriyle ilgili olan hususlarda ilgili bakanlıklara ve benzer durumdaki başka resmi veya özel kurumlara bilgi ve tecrübeleri doğrultusunda görüş bildirebilir. Bu nitelikleri itibariyle, danışma işlevine de haiz oldukları belirtilir.¹³¹

Muhtesibin regülasyon kurumlarının icra ettiği türden bir danışmanlık görevi yoktur. İslâm toplumlarında danışmanlık görevini genelde müftüler¹³², kadılar¹³³ ve şeyhülislam¹³⁴ yürütmüşlerdir.¹³⁵ Ancak narhı kendi koymadığı durumlarda kadiya yardımcı mahiyette, muhtesib danışmanlık işlevi yürütmüştür.¹³⁶

¹²⁵ Akyüz, *Divan-ı Mezalim*, s. 195.

¹²⁶ Avcı, *Hukuk Tarihi*, s. 261.

¹²⁷ eş-Şeyzerî, *Talebi'l-Hisbe*, s. 161; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 643.

¹²⁸ Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 352; Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 318; Avcı, *Hukuk Tarihi*, s. 332; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 644, 645.

¹²⁹ Avcı, *Hapis*, 171.

¹³⁰ Sever, "Düzenleyici Kurumların Yapısı" s. 205; Akdeniz, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bağımsızlığı", s. 8.

¹³¹ Uygur, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 141; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 334; Atay, *İdare Hukuku*, s. 418.

¹³² Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 26; Avcı, *Hukuk Tarihi*, s. 254.

¹³³ Ortaylı, *Kadı*, s. 41.

¹³⁴ Avcı, *Hukuk Tarihi*, s. 233, 234, 236.

¹³⁵ Muhtesib, Şeyhülislam, Kadı ve Müftülerin danışma görevi ile ilgili ayrıntı için bkz. Aykanat, "Ombudsmanlık", s. 98-100;

¹³⁶ Halil Sahillioğlu, "Osmanlılarda Narh Müessesesi ve 1525 Yılı Sonunda İstanbul'da Fiyatlar", *Belgelerle Türk Tarihi Dergisi*, 1 (1967), s. 38; Ortaylı, *Kadı*, s. 54.

5. Uyuşmazlık Çözme İşlevi

Regülasyon kurumlarının bir diğer işlevi ise uyuşmazlık çözme işlevidir. Uyuşmazlık çözme hususunda asıl görevli makamlar yargı organları olmakla birlikte, ilgili bulundukları alanların teknik ve karmaşık özellikte olması, yargı yoluyla çözümün uzun zaman alması, hukuksal denetimin yaygınlaştırılması gibi gerekçelerle regülasyon kurumlarına da bu yetki tanınmıştır. Nitekim AİHM, AİHS madde 6 kapsamında bazı regülasyon kurumlarını mahkeme olarak kabul etmektedir.¹³⁷ Ancak regülasyon kurumlarının bu işlevi, bu kurumları bir yargı kurumu olarak tanımlanmasını gerektirmez. Nitekim kurumların kararlarına karşı yargı yolu açıktır.¹³⁸ Bu yetki daha çok uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözümüne örnek teşkil eder.

Muhtesib aslen idari bir vazifede olsa da görevi adli yargı ile idari yargı arasında bir görevidir. Muhtesib sınırlı bir yargılama yetkisine sahiptir. Bu fonksiyonun görev alanında sınırlanarak ticaret ve iş mahkemelerine benzer oldukları ifade edilebilir. Muhtesibler Endülüs'te kadının yardımcısı olarak kabul edilmişler ve kadının bir mazerete mebni duruşmalara katılmadığı durumlarda kadının yardımcısı olarak davalara bakmışlardır.¹³⁹ Bu yargı görevinde ön planda olan husus kamu düzenini tahsis olmakla birlikte, daha çok ölçü ve tartıyla yapılan hilelerle, pazarlardaki aldanma ve aldatma durumlarıyla ve borcun ifası hususunda meydana gelen uyuşmazlıklarla ilgilidir. Ancak bu türden uyuşmazlıklarda da muhtesib bir kadı gibi düşünülmemelidir. Bu işlerde muhtesib kadıya bağlı bir memurdur.¹⁴⁰ Özellikle zabıta görevine dair işlerde kadının bir icra memuru gibidir. Kadı bir davada karar verirken ancak beyyineye dayanarak hareket ederken, muhtesip bir beyyine olmaksızın da örfi ve idari şekilde karar verebilir.¹⁴¹ Hisbe ile yargı teşkilatları arasında benzer ve farklı yönler itibarıyla mukayese yapıldığında, zikredilen bazı hususlar yanında görev, yetki ve yargılama usulü konuları ön plana çıkmaktadır.¹⁴²

Muhtesib, yolsuzluk yapmak veya devlet tarafından kendilerine verilmiş olan yetkileri kötüye kullanmakla suçlanan kişileri mahkemeye getirmekle görevlendirilebilir. Ancak bu durumlarda hüküm verme yetkisi kadıya ait olup muhtesibin yargılama yetkisi yoktur.¹⁴³ Muhtesib halkın cuma namazına gitmesini teşvik edip bunu sağlamakla görevliydi.¹⁴⁴ Namaz kılmayan kişinin hükmünü muhtesib veremezdi.¹⁴⁵ Aynı şekilde muhtesibin temerrüde düşmüş olan borçluyu hapsedme yetkisi yoktu. Çünkü bu durum daha kapsamlı bir muhakeme gerektirmekte¹⁴⁶ ve muhtesibin sınırlı yargılama yetkisinin kapsamı dışındaydı. Ancak yazılı sözleşmelerin ifasını sağlamak, davalının ikrarı olduğu durumlarda kötülüğü gidermek ve hakkı

¹³⁷ Uygur, *Bağımsız İdari Otoriteler*, s. 146; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, s. 337.

¹³⁸ Sever, "Düzenleyici Kurumların Yapısı" s. 206.

¹³⁹ Akyüz, *Divan-ı Mezalim*, s. 189-190; Atar, *Yargılama Hukuku*, s. 182.

¹⁴⁰ Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 281; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 622, 623; Kavakcı, *Hisbe Teşkilatı*, s. 35.

¹⁴¹ Ergin, *Umûr-u Belediye*, s. 309; Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 173.

¹⁴² Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 352, 353; Atar, *Yargılama Hukuku*, s. 181; Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 172-173.

¹⁴³ Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 351-355; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 623; Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 130.

¹⁴⁴ Beyza Bilgin, "İslam'da Muhtesiplik ve Eğitim Yönünden Değeri", *AÜİFD*, 19/1 (1971), s. 119.

¹⁴⁵ İbn Teymiyye, *el-Hisbe*, s. 16.

¹⁴⁶ Bkz. Mustafa Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 60 vd.

sahibine iade etmek muhtesibin görevlerinden kabul edilirdi.¹⁴⁷ Muhtesib genel bir yargılama yetkisi ile değil, önleyici ve mevcut kötülüklere müdahale edici şekilde yetkilendirilmişti.¹⁴⁸ Bütüncül bir ifade ile daha çok savcı veya sorgu hâkimi olarak nitelendirebilecek olan muhtesibin, kul hakları ile ilgili olan davalara bakma yetkisinin olduğu ancak had suçlarını ve cina-yetleri yargılamaya yönelik bir yetkisinin olmadığı ifade edilebilir.¹⁴⁹ Ancak had suçularını da hâkimin huzuruna çıkarmakla görevliydi. Hatta bu noktada doktrinde muhtesiplerin Allah hakkına tecavüz edenler bakımından hâkim huzuruna çıkartarak kamu menfaatini temin etmek itibarıyla bir kısım savcı görevlerini de ifa etmiş olmaktadır.¹⁵⁰ Kul haklarına yönelik davalarda da yine sınırlı bir yargılama yetkisine sahip olduğu, davanın çözümü için taraflardan delil isteyemediği, yemin teklifinde bulunamadığı, sadece kabullenilen borçların icbarı hususunda yetkili olduğu ifade edilebilir.¹⁵¹ Bununla birlikte yalnız kişilerin haklarının ihlal edildiği durumlarda, muhtesibe herhangi bir şikayette bulunulmamışsa muhtesibin re'sen araştırma yapma yetkisi mevcut değildir. Örneğin, bir kişinin komşusunun bahçe sınırlarını geçmesi gibi bir durumda, komşu buna bizzat izin de vermiş olabilir. Dolayısıyla burada şikayet aranmaktadır.¹⁵² Ayrıca muhtesib Fâtumiler ve Memlûklerde Divan-ı Mezalim¹⁵³ üyesi olarak görev yapmış ve oradaki önlerine gelen uyuşmazlıklarda yargılamaya dahil olmuşlardır.¹⁵⁴ Görev alanıyla ilgili olan hususlarda muhtesib sınırlı bir yargılama yetkisine sahiptir. Kendi yargılama yetkisinin yanında muhtesib, kadının huzurunda görülen davalarda şühûdü'l-hâl¹⁵⁵ olarak da görev icra etmiştir.¹⁵⁶ Bu bakımdan regülasyon kurumlarının uyuşmazlık çözme yetkisine benzer nitelikte bir yetkiyle donatıldığı ifade edilebilir.

Yargı kararlarına bakıldığında uygulamada muhtesibin yetkilerini nasıl kullandığı görülmektedir. Mesela, h. 1086-1087 yıllarında kaydolunmuş bir kararda, aralarında bir alacak nedeniyle uyuşmazlık olan tarafların muhtesib huzurunda sulh oldukları ve muhtesibin sulh sonucu alacağın bir kısmını tahsil edip bir kısmını ise tehir ettiği¹⁵⁷, h. 919-927 yılları arasındaki bir kararda, kilesi üç buçuk akçe olarak narh uygulanan arpayı bir tüccarın beş akçeye sattığı yeminden nükûlü sonucunda sabit olduğu bir durumda, ceza olarak tüccar, muhtesibe

¹⁴⁷ Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 353; Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 622; Hizmetli, *Endülüs'te Hisbe*, s. 135.

¹⁴⁸ Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 130; Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 352; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 623.

¹⁴⁹ Akça ve Bozatlı, "Hisbe", s. 48.

¹⁵⁰ Atar, *Yargılama Hukuku*, s. 182; Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 174

¹⁵¹ Avcı, *Hukuk Tarihi*, s. 261; Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 353.

¹⁵² Maverdi, *Ahkâmü's Sultaniye*, s. 369; en-Nebhan, *İslâm Anayasa ve İdare Hukuku*, s. 628.

¹⁵³ Divan-ı Mezalim, "normal mahkemelerin karara bağlamakta zorlanacağı ceza ve hukuk davalarını karara bağlamak ve uygulamak, idari şikâyetleri dinlemek üzere oluşturulmuş yüksek kurul" olarak tanımlanabilir. Yeniçeri, "Mezalim", c. 29, s. 516.

¹⁵⁴ Avcı, *Hukuk Tarihi*, s.199.

¹⁵⁵ Şühûd'uş-hal, "Yargılama gözlemcileridir, genellikle kadı, imam-ha-tip, müezzin gibi ulema ve din görevlileriyle esnaf, snatkâr, idari ve askerî teşkilâta mensup kişilerden oluşur ve adları belgelere kaydedilirdi. Muhakemenin aleniliğini, kadıyı mahkeme dışı tehditlerden koruyarak yargı bağımsızlığını, kadının hissi karar vermesini önleyerek tarafsızlığını, özete yargının idari ve kazai yönden denetlenmesini sağlardı." Avcı, *Hukuk Tarihi*, s. 251.

¹⁵⁶ Muhtesibin şühûd'ül-hâl olarak görevlendirildiğine dair yargı kararlarındaki kayıtlara örnekler için bkz. İstanbul Kadı Sicilleri, c. 48, No: 335, 202, 194, 195, 196.

¹⁵⁷ İstanbul, Kadı Sicilleri, c. 18, No: 157.

700 akçe ödemiştir.¹⁵⁸ Burada muhtesibin yeminden nükûlü bir delil olarak işletebildiği ve para cezasını tahsil edebildiği görülmektedir.

SONUÇ

Devletler her dönemde toplum üzerinde belirli müdahalelerde bulunmuşlardır. Bu müdahaleler toplumun idari, sosyal ve hukuki işlemlerine yönelik olabildiği gibi yalnızca ekonomik ve temel haklar kapsamında da olabilir. İslâm devletlerinde bu müdahaleleri yapan kurum hisbe olarak karşımıza çıkmaktadır.

Regülasyon kurumları doğrudan yürütmeye bağlı olarak veya bakanlıkla ilişkili biçimde kurulmaktadır. Hisbe müessesesi ise kadıya bağlı olması nedeniyle daha çok yargı teşkilatının kapsamına giriyor şekilde ortaya çıksa da narh gibi işlemleriyle yürütmenin sorumluluğunu ortaya çıkaran faaliyetlerde de bulunmaktadır. Ayrıca bir bakanlık olarak teşekkül ettiği zamanlar da göz önüne alınırsa hisbe müessesesi de yürütmeye bağlı veya onunla ilişkili şekilde yürütülmüş ancak daha çok yargı erki altında teşekkül eder şekilde görünüm arz etmiştir.

Regülasyon kurumlarının teşekkülü farklılıklar içeriyor olsa da özellikle karar alırken tarafsız olmaları büyük önem arz etmektedir. Muhtesibler genellikle fakihlerden ve kadılardan atanmış olup kararlarını bağımsız biçimde almışlardır. Regülasyon kurumları için günümüzde bağımsız kararlar alabilmeleri için özellikle hâkim veya akademisyenler gibi mesleklerden atama yapılması önerilmektedir.

Regülasyon kurumlarının işlemlerine karşı yargı yolu açık olmakla birlikte farklı denetim yolları da öngörülmüştür. Muhtesibin yaptığı işlemlere karşı da kadıya başvurulabilir ve özellikle muhtesibin kendi başına belirlemiş olduğu narhın hem hukuka uygunluğu hem de yerindeliği ile ilgili olarak denetim yerine getirilebilir. Adaletin tesisi için bu kurumların işlemlerine karşı yargı yolunun açık bulundurulması gereklidir.

Hisbe müessesesi ve regülasyon kurumları benzer yetkileri haizdir. Dolayısıyla regülasyon kurumlarının tarihinin hisbeden itibaren incelenmesi gerekmektedir. Özellikle düzenleme ve denetleme işlevleri açısından modern regülasyon kurumlarıyla hisbenin aynı özelliklere sahip olduğu ifade edilebilir. Müeyyide yetkisi açısından muhtesibin belirli şartlar gerçekleştiği takdirde cezai müeyyide de bulunma yetkisi vardır. Danışmanlık işlevi bakımından ise hisbenin regülasyon kurumlarına oranla danışmanlık işlevi çok daha dar bir mahiyettedir.

¹⁵⁸ İstanbul Kadı Sicilleri, c. 1, No: 604.

KAYNAKÇA

- Abdul Azim Islahi. *Economic Concepts of Ibn Taimiyah*. Leicester, United Kingdom: Published by The Islamic Foundation, 1996.
- Akça, Haşim ve Oğuzhan Bozatl. "Hisbe: İslam Ekonomisinde Düzenleyici ve Denetleyici Otorite". *Rekabet Dergisi*. 69 (2018): 38-65.
- Akdeniz, Demet. "Türkiye’de Hukuki ve İdari Açından Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Bağımsızlığına İlişkin Değerlendirme". *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 57 (2018): 1-19.
- Akgündüz, Ahmet. *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku*, c. 1, İstanbul: OSAV Yayınları, 2012.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Tarih ve Hukuk İstılahları Kamusu*. İstanbul: OSAV Yayınları, 2018.
- Akyüz, Vecdi. *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim Divan-ı Mezalim*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1995.
- Alkış, Alpaslan. "İslâm Hukuku Açısından Tüketicinin Korunması". *KSÜBD*. 16/1, (2019): 73-138.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Aslan, Muharrem. "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye’deki Uygulamaları". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2004.
- Atar, Fahrettin. *İslam Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1979.
- Atar, Fahrettin. *İslâm Yargılama Hukukunu Esasları*. İstanbul: İfav Yayınları, 2017.
- Atasoy, Abdussamed. *İslam-Osmanlı Tüketici Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016.
- Atay, Erdem. "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10/12 (2006): 259-293.
- Avcı, Mustafa. *Hukuk Tarihimizde Hapis*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Aykanat, Mehmet. "Ombudsmanlık Kurumunun Osmanlı Kökleri". *Turkish Studies*. 14/1 (2019): 91-110.
- Baş, Emre. "Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Uygulaması". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, 2010.
- Bezer, Gülay Ögün. "Tuğtegin". *TDV İslam Ansiklopedisi*. c. 41, İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Bezer, Gülay Ögün. "Tuğteginliler". *TDV İslam Ansiklopedisi*. c. 41, İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Bilgin, Beyza. "İslam’da Muhtesiplik ve Eğitim Yönünden Değeri". *AÜİFD*. 19/1 (1971).
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976.
- Canpolat, Uğur. "Türkiye Selçukluları Döneminde Anadolu’da Hisbe Teşkilatı". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Batman Üniversitesi ve Fırat Üniversitesi, 2015.
- Cin, Halil ve Ahmed Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: OSAV Yayınları, 2017.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Çırakoğlu, Melikşah. "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Denetlenme Şekillerinin İdari Vesayet Bakımından Değerlendirilmesi". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*. 2 (2016): 89-119.
- Duran, Ahmet. "İslâm Hukukunda Sosyal Terbiye ve Kontrol Kurumu Olarak Hisbe Müessesesi". *Ekev Akademi Dergisi*. 64 (2015): 9-39.

- Ebu Yusuf, Yakub bin İbrahim. *Kitabu'l-Haraç*. Beyrut: Dar'ul-Mârif, 1979.
- Egeli, Haluk, Hakan Ay ve Nazlı Keyifli. "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Ülke Uygulamaları". *Prof. Dr. Fevzi Devrim'e Armağan*. (2014): 209-218.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *İslâm Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2016.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Yayınları, 2016.
- Ergin, Osman Nuri. *Mecelle-i Umûr-u Belediye*. İstanbul: Matbuat-ı Osmaniye, 1922-1338.
- el-Fîrûzâbâdî, Ebû't-Tâhir Mecdüddin Muhammed b. Ya'kûb b. Muhammed. *el-Kâmûsü'l-muhîd*, Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2005.
- Giritli, İsmail, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2015.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku*. c. 1, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016.
- Güvenek, Burcu. "Devletin Regülasyonlar Yoluyla Piyasalara Müdahalesi ve Türkiye Enerji Piyasaları". *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*. 9/18 (2009): 45-62.
- Habergetiren, Ömer Faruk ve İshak Yalnız. "Osmanlı Devletinde Hisbe Teşkilatı", *Journal of Social Science and Humanities*, 5/2 (2021): 280-296.
- Hallaq, Wael b. *İslam Hukukuna Giriş*. çev. Necmettin Kızılkaya, İstanbul: Pınar Yayınları, 2018.
- Hamidullah, Muhammed. *İslâm Peygamberi*. çev. Mehmet Yazgan. İstanbul: Beyan Yayınları, 2013.
- Hizmetli, Mustafa. "Abbasilerde Hisbe ve Muhtesib: Bağdat Örneği". *Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*. 6/6 (2017): 425-443.
- Hizmetli, Mustafa. *Endülüs'te Hisbe Teşkilatı*. Ankara: TDV Yayınları, 2011.
- İbn Teymiyye el-Harrânî Ebû'l-Abbas Takıyyuddin, Ahmed bin Abdulhalim bin Abdusselam. *el-Hisbe fi'l-İslâm ev Vazifetü'l-Hükûmeti'l-İslamiyye*. Beyrut: Daru'l-Kitabu'l-İlmiyye, 2010.
- İslamoğlu, Abdullah. "Osmanlı Devletinde Modern Belediye'nin Hukuksal Açısından Kurumsallaşması". Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2012.
- İstanbul Kadı Sicilleri, 31. 01. 2025, <https://kadisicilleri.org/>.
- Kallek, Cengiz. "Hisbe", *TDV İslam Ansiklopedisi*, c. 18, İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Kallek, Cengiz. *Asr-ı Saâdet'te Yönetim-Piyasa İlişkisi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1997.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*, c. 1, İstanbul: İrfan Yayınları, 1978.
- Kavakcı, Yusuf Ziya. *Hisbe Teşkilatı: Bir İslam Hukuk ve Tarih Müessesesi Olarak Kuruluş ve Gelişmesi*. Ankara: Baylan Matbaası, 1975.
- Kemalüddin, Muhammed İmam. *Usulü'l-Hisbe fi'l-İslam*. Kahire: Darü'l-Hidaye, 1986.
- Kent, Bülent. *Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Kristen Stilt and M. Safa Saraçoğlu. "Hisba and Muhtasib". *The Oxford Handbook of Islamic Law*. Oxford: Oxford, 2018.
- Matthew D. Adler ve Ezgi Yıldırım. "Düzenleyici Kuram". *İÜHFM*. 69/1-2 (2011): 121-139.
- el-Maverdi, Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed bin Habib el-Basrî, *el-Ahkâmü's Sultaniye*. Kahire: Dâru'lhadis Yayınevi 2006.

- el-Mevdudî, Ebu'l A'lâ. *Hilafet ve Saltanat*. çev. Ali Gencer. İstanbul: Hilal Yayınları, 2018.
- Mumcu, Ahmet. *Divan-ı Humayun*. Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, 1986.
- Mutçalı, Serdar. *Arapça-Türkçe Sözlük*. İstanbul: Dağarcık Yayınevi, 1995.
- Müslim, Ebû'l-Hasen Muslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisâbü'rî. *Sahihu Müslim*. Kahire: Dâru İhyâi't-Turâsî'l-'Arabî, 1374/1955.
- en-Nebhan, Muhammed Faruk. *İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*. çev. Servet Armağan. İstanbul: Sönmez Neşriyat 1980.
- Nizamü'l-mülk. *Siyasetname*. çev. Mehmet Taha Ayar. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2014.
- Ortabağ, Erol. *Osmanlı İmparatorluğu'nda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon*. İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2018.
- Ortaylı, İlber. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*. İstanbul: Kronik Yayıncılık, 2016.
- Perçin, Önder. “Bağımsız İdari Otoriteler”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/1(2011): 325-343.
- Refik, Ahmet. *On Altıncı Asırda İstanbul Hayatı (1553-1591)*. İstanbul: Devlet Basımevi, 1935.
- Sahillioğlu, Halil. “Osmanlılarda Narh Müessesesi ve 1525 Yılı Sonunda İstanbul'da Fiyatlar”. *Belgelerle Türk Tarihi Dergisi*, 1 (1967): 36-40, 50-53.
- Schacht, Joseph. *İslam Hukukuna Giriş*. çev. Mehmet Dağ, Abdulkadir Şener. Ankara: Otto Yayınları, 2018.
- Sever, Çiğdem. “Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64/1 (2015): 195-236.
- Sobacı, M. Zahid, “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar”: Bağımsız İdari Otoriteler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55 (2006): 157-180.
- Şahin, Seçil. “Bağımsız İdari Otoritelerin Ortaya Çıkış Nedenleri”. *International Journal Of Legal Progress*. 1/1, (2015): 14-29.
- eş-Şeyzerî, Abdurrahman b. Nasr. *Nihâyetü'r-Rütbe fî Talebi'l-Hisbe (İslâm Devletinde Hisbe Teşkilâtı)*. çev. Abdullah Tunca. İstanbul: Marifet Yayınları, 1993.
- Tan, Turgut. “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”. *Amme İdaresi Dergisi*. 35/2 (2002): 11-37.
- TDK Güncel Türkçe Sözlük, 31.01.2025, <https://sozluk.gov.tr/?ara=reg%C3%BClasyon>.
- Uran, Emrah. “Türkiye’deki Düzenleyici Kurulların İdari Yaptırım Yetkisi”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2008.
- Uygur, Elvan. “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Kamu İhale Kurumu Örneği”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2007.
- Ünal, Mustafa. *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Yaşar, Hasan Nuri ve S. Sena Cabioğlu Güler. “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/4 (2016): 63-80.
- Yeniçeri, Celal. “Mezâlim”. *TDV İslam Ansiklopedisi*. c. 29, İstanbul: TDV Yayınları, 2004.
- Yeniçeri, Celal. *İslam Açısından Tüketim ve Tüketicinin Korunması ve Ev İdaresi*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1996.
- Yılmaz, İsmail. *İslam Hukukunda ve Modern Hukuk Ekseninde Devlet-Piyasa İlişkisi*. İstanbul: Beyan Yayınları, 2023.
- Yılmaz, Metin. “Semrâ Bint Nüheyk”. *TDV İslam Ansiklopedisi*. c. 36, İstanbul: TDV Yayınları, 2009.

EXTENDED SUMMARY

HISBAH AS A REGULATION INSTITUTION

Ahmet Akman, Prof.

Necmettin Erbakan University, aakman@erbakan.edu.tr
<https://orcid.org/0000-0002-8697-1662>

Mustafa Ünal, RA.

Necmettin Erbakan University, mustafaunal@erbakan.edu.tr
<https://orcid.org/0000-0003-3454-9694>

This study aims to examine the birth and historical development of regulation institutions that have become widespread today. It aims to reveal its similarities with today's regulation institutions, especially by examining the hisbah institution as a regulation institution. Today, there are debates about the independence of regulation institutions and the level of wages of employees. In this respect, the independence of the hisbah organization and the salaries of the muhtasibs were taken into account. It has been examined how states have found solutions to these and similar controversial issues related to regulation institutions in the historical process. Particular attention was paid to the hisbah organization in the Ottoman Empire and Andalusia. The development and functioning of the hisbah organization in these two states were examined, and the duties of the muhtasibs were classified. As a result of these examinations, it is aimed to offer solutions to current problems.

Key questions about this study are: What is the legal characteristic of regulation institutions? What are the features of the Hisbah organization? What are the authorities of the muhtasib? What are the authorities of regulation institutions? What are the similarities between the Hisbah organization and the regulation institutions? What are the differences between the Hisbah organization and the regulation institutions? When does the history of regulation institutions begin? Can hisbah organization be accepted as the first regulation institution?

Can muhtesib work independently? What are the functions of the hisbah organization? What are the similarities and differences between the hisbah organization and the functions of the regulation institutions? What conditions should be sought in persons to be appointed to regulation institutions? What conditions are sought in the appointment of Muhtesib?

In terms of our study, modern law and Islamic law sources were used. Articles, monographs and administrative law books written in this field have been used in order to define the regulation institutions within the scope of modern law, to explain their qualifications and authorities. As for the Hisbah organization, first of all, Islamic law sources for regulation were examined. In this respect, the works of fiqh were used. In

this context, the works on the state administration examining the regulation authority of the state and the works on the criminal law examining the punishment authority are discussed. Then, the classical period works, which dealt with the hisbah organization independently, were examined. Finally, today's Islamic law works have been used for the views of today's Islamic jurists on the regulation process, the regulation institutions and their explanations on the hisba organization.

In this study, first of all, the regulation institution was defined, its features and authorities were explained. Then, explanations about the Hisbah organization were made. The qualifications of the Hisbah organization and the authorities of the muhtasib are explained. While making these explanations, a comparison was made with the qualifications and authorities of the regulation institution in terms of modern law. Therefore, in this study, the regulation institution and the hisbah organization were examined in a comparative way. With this review, solution methods for the problems that regulation institutions face today were produced.

Considering the authorities of the regulation institutions, the hisbah organization is one of the first examples of these institutions. From this point of view, the development of the hisbah organization in the Ottoman Empire and Andalusia during the historical process has been taken into account. In this process, the hisbah organization emerged as a much broader authorized organization in the beginning. Especially, in addition to authorities of regulation institutions, muhtasibs have also fulfilled the duties of the fuzz and police in the historical process. In terms of the judicial function, they carried out activities in a much more comprehensive area compared to today's regulation institutions. However in progress of time this institution, functioned in a similar context to modern regulation institutions areas of activity. A separate group of organizations for the fuzz and the police. As a result of the separation of these authorities, the hisbah organization has become a regulation institution in the modern sense. Therefore the history of the regulation institutions should start from the hisbah organization. Many of the problems faced by the regulation institutions today have been solved in the historical development of the hisbah organization. For the solution of these problems and the development of regulation institutions, knowing the organization of hisbah is great importance today.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

CİCERO VE AUGUSTİNUS'TA İNSAN DOĞASI VE DEVLET

HUMAN NATURE AND THE STATE IN CICERO AND AUGUSTINE

Oğuzhan Mehmet Şahin*

ÖZ

Bu çalışmada, Batı düşüncesinde önemli yer tutan Cicero ve Augustinus'un insan doğası ve devlet anlayışları ele alınmaktadır. Önemli bir düşünür olmasının yanı sıra Roma tarihinin büyük devlet adamlarından biri de olan Cicero, Roma Cumhuriyeti'ni ideal bir devlet düzeni olarak görmüş ve doğal hukuk ile adaleti, insan doğasının evrensel değerleri olarak kabul etmiştir. Ona göre adalet, toplumun bir arada tutulmasını sağlayan temel ilkedir ve hukukun kaynağı doğal yasalar olmalıdır. Bununla birlikte, eşitsizlikler üzerine kurulu bir siyasal ve toplumsal düzenin gerekliliğini savunmuş, bu düşüncesiyle aristokrasiye dayalı bir cumhuriyet rejimini desteklemiştir. Augustinus ise Hristiyan teolojisinin etkisinde, insanın doğasını ilk günah kavramı üzerinden ele almıştır. Ona göre insan doğası özünde iyidir ancak ilk günah ile lekelenmiştir ve bu durum, insanın dünyevi arzulara yenik düşmesine neden olur. Devlet anlayışında, "Tanrı Devleti" ve "Dünya Devleti" ayrımını yapmış, Tanrı Devleti'ni ruhani ve ebedi kurtuluşun simgesi olarak görmüştür. Dünya Devleti ise günahkâr insan doğasının bir sonucu olarak kusurlu ve geçici bir yapıdır. Augustinus'a göre insanın asıl amacı, Tanrı Devleti'ne ulaşarak ebedi mutluluğu elde etmektir. Makale, Cicero'nun antik Yunan düşüncesinden etkilenerek Roma'ya uyarladığı evrensel hukuk anlayışı ile Augustinus'un Hristiyan teolojisi temelindeki kurtuluş odaklı yaklaşımını karşılaştırır. İki düşünürün insan doğası ve devlet üzerine geliştirdiği fikirler, antik çağdan Orta Çağa geçişte siyaset ve ahlak felsefesine köprü oluşturmuştur.

Anahtar Kelimeler: Cicero, Augustinus, İnsan Doğası, Devlet, Roma Siyasal Felsefesi.

* Arş. Gör. Artvin Çoruh Üniversitesi, Hopa İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

0009-0009-1012-9469 | sahinom@ankara.edu.tr

Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda gerçekleştirilen "İnsan Doğası Kavramı ve Devlet" başlıklı doktora tez çalışmasından üretilmiştir.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

This study examines the conceptions of human nature and the state as developed by Cicero and Augustine, two prominent figures in Western thought. Cicero, in addition to being a significant philosopher, was one of the great statesmen of Roman history. He regarded the Roman Republic as an ideal political order and considered natural law and justice as universal values inherent in human nature. According to him, justice is the fundamental principle that holds society together, and the source of law should be natural laws. However, he advocated for a political and social order based on inequalities, supporting an aristocracy-based republican regime with this perspective. Augustine, on the other hand, approached human nature through the lens of Christian theology, particularly the concept of original sin. He argued that human nature is inherently good but was tainted by original sin, leading humanity to succumb to worldly desires. In his understanding of the state, Augustine introduced the distinction between the "City of God" and the "Earthly City." He regarded the City of God as the symbol of spiritual and eternal salvation, while the Earthly City was seen as a flawed and temporary structure resulting from humanity's sinful nature. According to Augustine, the ultimate purpose of human life is to achieve eternal happiness by reaching the City of God. The article compares Cicero's universal concept of law, adapted from ancient Greek thought to fit Roman culture, with Augustine's salvation-focused approach rooted in Christian theology. The ideas of these two thinkers about human nature and the state served as a bridge for political and moral philosophy during the transition from antiquity to the Middle Ages.

Keywords: Cicero, Augustine, Human Nature, State, Roman Political Philosophy.

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı insan doğası ve devlet kavramları arasındaki ilişkiye felsefi ve tarihsel bir perspektif üzerinden odaklanarak, Batı felsefesindeki dönüşümlerin izini sürmektir. İnsan doğası her dönemde siyaset felsefesi çalışmalarında ele alınan temel kavramlardan olmuş, pek çok düşünür tarafından insan doğası kavramının devlet kavramıyla ilişkisi üzerine farklı yaklaşımlar ortaya konulmuştur.

İnsan doğası ve devlet kavramları, siyaset felsefesi tarihinde birbirinden bağımsız düşünölemeyecek iki temel konudur. Devletin varlık sebebi, insanın doğasına ilişkin belirli kabulere dayanır ve siyasal düzenlerin meşruiyet temelleri büyük ölçüde insan doğası hakkında yapılan yorumlara bağlıdır. Tarih boyunca düşünürler, insanın doğal eğilimlerinin siyasi yapıları nasıl şekillendirdiği, adalet ve hukuk anlayışlarının birey-toplum ilişkilerine nasıl yansıdığı üzerine farklı teoriler geliştirmiştir. Bu çalışmada, insan doğası ve devlet kavramlarının birbirine nasıl içkin olduğu ve bu ilişkinin tarihsel süreçte nasıl farklı siyasal anlayışlara yol açtığı incelenmektedir.

Siyaset felsefesi tarihi boyunca devlet, birçok farklı düşünür tarafından insan doğasının çeşitli yönlerine hem bir yanıt hem de bir yansıma olarak ele alınmıştır. İnsanlar, doğaları gereği bir arada yaşama, iş birliği yapma ve güvenlik arayışı içinde olsalar da, bireysel çıkarlarını gözetme ve çatışma eğilimlerine de sahiptirler. Böyle bir durumda, insan doğasında içkin olan karışıklıkların bir dengeye oturtulması gerekliliği ortaya çıkar. Devlet ise, bu dengeyi sağlamak için gerekli olan düzeni ve hukuku tesis eden bir yapı olarak görölmektedir. Bir yandan bireylerin özgürlüklerini koruma ve refahlarını artırma hedefi güderken, diğer yandan toplumun bir bütün olarak uyum içinde var olmasını sağlamayı amaçlar.

Bu iki kavramın birlikte ele alınması, birey ile toplum arasındaki ilişkiyi derinlemesine anlamak için gereklidir. İnsan doğasının bireysel ve toplumsal yönleri, devletin yalnızca bir baskı aracı değil, aynı zamanda toplumsal dayanışmayı ve iş birliğini mümkün kılan bir araç olarak işlev görmesini sağlar. Aynı şekilde, devletin yapısı ve işleyişi, insan doğasının sınırlarını ve potansiyelini şekillendirir. Bu karşılıklı ilişki, siyaset felsefesinin insanı ve toplumu anlama çabasında merkezi bir yer tutar.

İnsan doğasının siyasal düzenlerle olan ilişkisi, tarih boyunca filozofların ve hukukçuların en temel meselelerinden biri olmuştur. Antik Yunan'dan itibaren devletin doğası, amacı ve meşruiyeti hakkında çeşitli kuramlar geliştirilmiş, özellikle Platon ve Aristoteles gibi düşünürler insanın doğuştan toplumsal bir varlık olup olmadığı sorusu etrafında şekillenen siyaset anlayışlarını temellendirmiştir. Aristoteles, insanın doğası gereği "politik bir hayvan" olduğunu ve en iyi yaşam biçimine ancak devlet içinde ulaşabileceğini savunurken, Platon ideal devlet düzenini bilgelik, adalet ve erdem ilkeleri çerçevesinde kurgulamıştır. Ancak Roma düşüncesi, Yunan dünyasından devraldığı bu mirası, daha pratik ve hukuksal bir düzlemde yeniden yorumlamıştır.

Roma siyaset felsefesinin en önemli temsilcilerinden biri olan Cicero, Antik Yunan düşüncesini Roma'nın siyasal ve toplumsal gerçekliği ile uyumlu hale getirmiş, özellikle doğal hukuk ve adalet kavramlarına yaptığı vurguyla sonraki yüzyıllarda siyasal teoriler üzerinde

önemli bir etki bırakmıştır. Cicero'nun doğal hukuk anlayışı, insan doğasının evrensel ahlaki ilkelerle uyumlu olduğunu ve hukukun bu doğal ilkelere dayanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu bakış açısı, bireylerin ve toplumların hukuk karşısındaki konumlarını belirlerken, aynı zamanda adaletin siyasal düzenin temel taşı olduğu fikrini güçlendirmiştir.

Ancak Roma'nın çöküşü ve Hıristiyanlığın yükselişi, siyasal düşüncede köklü bir dönüşümü de beraberinde getirmiştir. Augustinus'un yaşadığı dönem, Roma'nın Hıristiyanlıkla bütünleştiği ve antik dünyanın sona ermekte olduğu bir tarihsel bağlama sahiptir. Bu nedenle Augustinus, siyasal düzeni ve insan doğasını değerlendirirken, Cicero'dan farklı olarak teolojik bir çerçeve içinde hareket etmiş ve insan doğasını "günahkâr" olarak tanımlayarak siyasal düzeni bu ekseninde değerlendirmiştir. Ona göre, dünyevi iktidarlar kaçınılmaz olarak kusurludur ve insanların nihai kurtuluşu ancak Tanrı Devleti'ne ulaşmakla mümkün olabilir.

Bu tarihsel değişim, insan doğasının siyasetle ilişkilendirilme biçimini temelden dönüştürmüştür. Antik çağda siyaset ve hukuk, insanın rasyonel doğasına uygun bir düzen yaratmayı amaçlarken, orta çağ düşüncesinde siyasal düzen, insanın günahkâr doğası nedeniyle zorunlu hale gelen bir araç olarak görülmeye başlanmıştır. Cicero'nun siyaset felsefesi, bireyin akıl yoluyla iyiye yönelmesini öngören bir anlayışa dayanırken, Augustinus insan iradesinin zayıflığını ve Tanrı'nın inayetine duyulan ihtiyacı vurgulamaktadır. Bu iki bakış açısı arasındaki farklılık, modern siyasal teorilerin doğuşunda da kendini göstermiştir: Doğal hukuk geleneği ve seküler siyasal düzen anlayışı, büyük ölçüde Cicero'nun etkisini taşıırken, Tanrı Devleti fikri, orta çağ boyunca teokratik yönetimlerin temel referanslarından biri olmuştur.

Çalışmanın temel problemi, antik ve orta çağ düşünce gelenekleri çerçevesinde insan doğası ve devlet arasındaki ilişkinin nasıl ele alındığıdır. Özellikle Cicero ve Augustinus'un bu konudaki yaklaşımları, hem Antik Roma'nın hukuki ve siyasal mirasının hem de Hristiyan teolojisinin devlet anlayışını nasıl dönüştürdüğünü görmek açısından önemli bir karşılaştırma zemini sunmaktadır. Cicero, doğa yasasına dayanan bir adalet ve hukuk anlayışı geliştirerek siyasal düzenin temelinde rasyonel ilkeler bulunduğunu savunmuştur. Buna karşılık Augustinus, insanın günahkâr doğasını merkeze alan bir perspektifle dünyevi iktidarlara kusurlu ve geçici yapılar olarak değerlendirmiştir. Bu farklılık, Antik Çağ'ın akıl temelli siyaset anlayışından Orta Çağ'ın ilahi kurtuluş merkezli yönetim anlayışına geçiş sürecini anlamada kritik bir rol oynamaktadır.

Bu bağlamda, Cicero ve Augustinus'un siyaset felsefelerinin karşılaştırmalı analizi, yalnızca klasik düşüncenin gelişimini anlamak için değil, aynı zamanda günümüz siyaset teorilerinin temellerini kavramak açısından da önem taşımaktadır. Antik çağdan orta çağa geçiş sürecinde insan doğasının nasıl yorumlandığı, modern siyasal düşüncenin şekillenmesinde belirleyici bir rol oynamış ve birey-devlet ilişkisi üzerine yapılan tartışmalara farklı açılımlar getirmiştir. Cicero ve Augustinus, Batı siyaset felsefesinin iki temel taşı olarak, insan doğası ve devlet anlayışları bakımından farklı perspektifler sunmuşlardır. Cicero, doğal hukuk ve akıl üzerine kurulu bir siyaset anlayışını savunurken, Augustinus teolojik temelli bir siyasal düşünce geliştirmiştir. Cicero'nun yaklaşımı modern hukuk ve siyaset teorilerinin temelini oluştururken, Augustinus'un Tanrı Devleti anlayışı Orta Çağ boyunca teokratik yönetimlerin referans

noktası olmuştur. Bu iki düşünürün devlet ve insan doğasına ilişkin görüşleri, antik çağdan Orta Çağ'a geçişte siyaset felsefesinde yaşanan dönüşümleri anlamak açısından büyük bir önem taşımaktadır.

I. ROMA FELSEFESİNDE CİCERO VE AUGUSTİNUS

Roma felsefesinde Seneca, Epiktetos, Marcus Aurelius gibi önemli temsilcileri olan Stoacı felsefe Roma düşüncesini en çok etkileyen Antik Yunan felsefi akımlarındandır. Bununla birlikte Roma düşünce dünyası üzerinde Antik Yunan felsefesinin sadece Stoacılık ile sınırlı olmaktan çok daha öte, bütüncül bir etkisi vardır. Bu etkinin en belirgin şekilde ortaya çıktığı isim ise Roma'nın büyük düşünürü ve devlet adamı Marcus Tullius Cicero'dur. Cicero'nun felsefesinde, özellikle de ahlak felsefesinde, Stoacı düşüncenin etkileri olmakla birlikte, siyaset felsefesinde Platon ve Aristoteles'in etkisi göze çarpmaktadır. Ayrıca etkilendiği akımlara zaman zaman getirdiği eleştiriler de Cicero'yu herhangi bir felsefi akımın içine yerleştirmeyi zorlaştırmakta, onu eklektik bir düşünür haline getirmektedir.¹ Bu yönüyle Cicero'yu Platoncu ya da Stoacı bir düşünür olarak sınıflandırmaktansa "Romalı" bir düşünür olarak sınıflandırmak daha doğru olacaktır. Zira Cicero'nun felsefi uğraşı aslında Antik dönem düşüncesinin Roma'nın kültürü ve düşünsel dünyasıyla bağdaştırılmasıdır. Bu nedenle Cicero'nun, Roma kültürünü ve ideolojisini en berrak şekilde yansıtan filozof olduğu söylenebilir.²

Hristiyanlığın ortaya çıkışı, yaygınlaşması ve ardından resmi din olarak kabulüyle devam eden sürecin Roma felsefesindeki yansıması ise Patristik felsefe olarak adlandırılan akımın ortaya çıkışıdır. Patristik felsefe temelde kilise babalarının (patriklerin) yazılarından oluşmaktadır ve erken dönem Hristiyan felsefesi ya da Hristiyan felsefesinin ilk dönemi olduğu söylenebilir. Bu yazıların başlıca konusu İncil'in ve Hristiyanlığın açıklanması ve yorumlanması olmakla birlikte toplum, iktidar, devlet gibi dünyevi/politik alandaki kavramlar da incelenmektedir. Patristik felsefenin ilk büyük ismi ve aynı zamanda en önemli temsilcisi ise Aurelius Augustinus'tur. Augustinus aynı zamanda Katolik Kilisesinin Doktorları olarak anılan dörtlünden biridir³. Hatta etkisi kendi çağının o kadar ötesine geçmiştir ki, esasen kendisi Roma imparatorluğunun son dönemlerinde yaşayan, Roma Hristiyanlığının bir temsilcisi olmakla birlikte Orta Çağ Hristiyanlığını en çok etkileyen isimlerden biridir. Augustinus'un düşünceleri Orta Çağın sonlarına kadar adeta Katolik kilisesinin temel doktrini olarak kabul görmektedir. Bu yönüyle Augustinus, Katolik Hristiyanlığın ikinci büyük felsefi akımı olan Skolastik düşüncenin en önemli temsilci sayılan Thomas Aquinas'la birlikte Katolik düşüncesinin en büyük iki isminden biri olarak kabul edilmektedir.

Roma felsefesinde iki farklı akımı temsil eden iki büyük düşünür olarak Marcus Tullius Cicero ve Aurelius Augustinus insan doğası ve devlete dair geliştirdikleri kuramlarıyla Batı felsefesi tarihinde önemli izler bırakmışlardır. Cicero, antik Yunan felsefesini Roma'nın siyasal ve toplumsal yapılarına uygun bir şekilde sentezleyen, Stoacılığın izlerini taşıyan ahlak ve Platon

¹ Neal Wood, *Cicero's Social and Political Thought*, California: University of California Press, 1991, s. 58

² Ellen Meiksins Wood, *Yurttaşlardan Lordlara*, çev. Oya Köymen, İstanbul: Yordam Kitap, 2020, s.144

³ Aziz Ambrosius, Aziz Hieronymus, Augustinus ve Papa Büyük Gregorius, Katolik Kilisesinin dört doktoru olarak anılmaktadır. Bunlardan ilk üçü aynı dönemde yaşamışken Gregorius yaklaşık 2. yy sonrasına ait bir figürdür. Bertrand Russell, *Batı Felsefesi Tarihi 2. Cilt*, çev. Ahmet Fethi Yıldırım, İstanbul: Alfa Yayınları, s. 61

etkisindeki siyaset felsefesi ile tek bir felsefi akıma sığdırmanın zor olduğu bir filozoftur. Adaletin ve doğal hukukun insan doğasından kaynaklanan ve toplumu bir arada tutan evrensel değerler olarak ele alındığı Cicero felsefesi aynı zamanda Cumhuriyetçi ideallerin bir savunusudur. Platon'un aksine ideal devletin somut bir varlığı olduğu düşünen Cicero bu ideal devleti Roma Cumhuriyeti'nde bulmaktadır. Adalet ise bu devletin toplumsal ve siyasal düzeninin temel yapıtaşıdır.

Aurelius Augustinus ise erken dönem Hristiyan felsefesinin ilk büyük ismidir. Dolayısıyla onun insan doğasına dair görüşleri Hristiyan teolojisi etkisinde gelişmiştir. Özgür irade, günah, Tanrı'ya bağlılık insan doğasını şekillendiren kavramlardır. İlk Günah doktrinini sistematik bir şekilde ele almasıyla Orta Çağ felsefesinde insanın "yurttaş" kimliğini kaybedip "günahkâr" yeni insan anlayışının ortaya çıkmasında önemli bir etkisi olmuştur. Tanrı Devleti kuramıyla ise Orta Çağ'ın kurtuluşçu Hristiyan teolojisinin temellerini atmıştır.

Bu çalışmada Cicero ve Augustinus'un insan doğası ve devlete dair görüşleri ele alınacak, bu iki ismin benzeştikleri ve ayrıştıkları noktalar üzerinde durulacaktır. İki düşünürün ele aldığı kavramlar sadece kendi dönemlerinde değil, sonraki yüzyıllarda da siyaset felsefesinin temellerini şekillendirmeye devam etmiştir. Cicero'nun düşünceleri, hukuk devleti ve insan hakları gibi modern kavramlara ışık tutarken; Augustinus, ortaçağın kurtuluş teolojisinin ve dini temelli siyasal düşüncenin temelini atmıştır. Bu çalışma, iki düşünürün eserlerini karşılaştırarak, Batı düşüncesindeki devam ve kopuş noktalarını belirginleştirmeyi amaçlamaktadır. Aynı zamanda, Cicero ve Augustinus'un düşüncelerinin, Antik Çağ'dan Orta Çağ'a geçişin entelektüel tarihindeki yerini çizmek de çalışmanın bir diğer hedefine işaret eder

II. CİCERO

Roma tarihinin iç savaşlar ve toplumsal çatışmalarla dolu dönemlerinden birinde yaşamış olan Cicero Roma siyasal düşüncesinin en önemli temsilcilerinden biri olarak kabul edilebilir. Siyasal düşüncesi büyük oranda içinde yaşadığı zamanın ruhundan etkilenmiştir. Cicero'nun en temel motivasyonu cumhuriyet rejiminin korunmasıdır, bu motivasyon gerek felsefesinin aldığı yönü gerekse de politik hayattaki tutumunu ve eylemlerini şekillendirmiştir. Cicero'nun cumhuriyet rejimini savunmasındaki temel neden ise Roma'nın bir monarşiye dönüşmesi halinde tek kişinin egemenliğine karşı halkın özgürlüğünü değil aristokrat sınıfın çıkarlarını savunmaktır.⁴ Bu nedenle Cicero düşünsel olarak hem monarşik eğilimlere hem de her türlü sosyal reform ve devrime karşı olmuştur.

Cicero siyasal düşüncelerini büyük ölçüde iki yapıtında ortaya koymuştur. Bunlar *De Re Publica* (Devlet Üzerine) ve *De Legibus* (Yasalar Üzerine) adlı yapıtlarıdır. Bu yapıtların Platon'un başlıca yapıtları olan Devlet ve Yasalar ile aynı isimleri taşıması şüphesiz dikkat çekicidir ve elbette bir rastlantı değildir. Cicero, Platon'un bu eserlerinde yarattığı soyut ideal devlet fikrinin ayaklarının yere basmadığı fikrindedir. Platon'un havada kalan bu soyut ideal devletin yeryüzündeki karşılığını anlatmak, yani ideal devlet fikrini somutlaştırıp ayaklarını

⁴ Elizabeth Asmis, "The State as a Partnership: Cicero's Definition of 'Res Publica' in his Work 'On The State'", History of Political Thought, 25/4 (2004), s. 585-586

yere bastırmak için bu eserleri kaleme almıştır.⁵ Bunların haricinde ayrıca *De Officiis* (Yükümlülükler Üzerine) adlı eserinde de yine siyasal sorunlara değinmektedir.

Cicero'nun siyasal felsefesinin amacının Platon'un soyut ve ideal devletinin yeryüzündeki karşılığını bulmak ve ortaya koymak olduğunu söylemiştik. Onun için yeryüzünün ideal devleti elbette ki Roma'dır. Aslında sadece Roma değil, Roma Cumhuriyeti demek daha doğru olacaktır; zira Cicero cumhuriyet rejiminin ateşli bir savunucusudur. Bu eserlerle yapmaya çalıştığı şey Antik Yunan döneminin Sokrates'ten Stoacılara kadar gelen felsefi mirasını Roma toplumuna ve Roma düşüncesine uyarlamak, bu eserlerdeki düşünsel mirası Roma yurttaşlarının anlamasını sağlayabilmektir. Çünkü içinde yaşadığı dönem çalkantılarla dolu ve büyük siyasal/toplumsal dönüşümlerin yaşandığı bir dönemdir. Cicero'ya göre Roma bozulmakta ve yozlaşmaktadır. Bunun nedeni ise eski erdemlerin, geleneklerin yitip gitmesi ve dolayısıyla ahlaki yapının bozulmasıdır.⁶ Cumhuriyet rejiminin çözülmesine ve Roma'nın bir imparatorluğa dönüşmesine yol açan dönemin tarihsel gelişmeleri de Cicero'ya göre Roma'nun yüzyüze kaldığı bu bozulma ve yozlaşmayla doğrudan alakalıdır. Cumhuriyet rejimini de Roma toplumunun erdemleri ve geleneklerinin bir parçası olarak görmektedir. Bu nedenle hem siyaset felsefesi hem de siyasi kariyeri cumhuriyeti savunmaya adanmıştır.

Roma Cumhuriyeti'nin son dönemlerinde yaşayan, aynı zamanda cumhuriyetin önemli devlet adamlarından biri olarak aktif olarak siyasetin içinde yer alan Cicero, cumhuriyetin çözülmesine giden süreçte yaşanan birçok toplumsal ve politik olayın doğrudan merkezinde yer almıştır. Catilina komplosu, Julius Caesar'ın diktatörlüğü ve Marcus Antonius ile Octavianus arasındaki iktidar savaşı gibi cumhuriyet rejimini tehdit olaylara tanıklık etmiş ve hatta dönemin önemli bir siyasi figürü olarak bu olaylarda aktif bir şekilde rol almıştır. Bu olaylar hem Cicero'nun cumhuriyet rejimine bağlılığını güçlendirmiş, hem de sonunda Marcus Antonius'a karşı Senato'da cumhuriyetin üstünlüğü savunması hayatına mal olmuştur.

A. DOĞAL HUKUK VE ADALET ANLAYIŞI

Platoncu ve Stoacı düşüncelerin bir sentezi olan Cicero felsefesinde Stoacılığın etkisinin en yoğun hissedildiği alan doğal hukuk ve adalet anlayışıdır. Cicero'nun doğal hukuk anlayışının özgün yanı bu kavramı ele alış şeklinde yatmaktadır. Doğal hukuk ilk kez Cicero tarafından kapsamlı ve bütüncül bir şekilde kavramsallaştırılmış ve Cicero'nun bu doğal hukuk kavramsallaştırması kendinden sonra doğal hukuk anlayışını tam anlamıyla sistematik bir hale getirecek olan Hristiyan teorisinin de temellerini oluşturmuştur.⁷ Cicero'nun Stoacı düşünce üzerine kurduğu ve Hristiyan teorisine de ilham veren doğal hukuk anlayışı Antik Çağ'dan Orta Çağ'a düşünsel bir köprü işlevi de görmektedir. Cicero'nun felsefesinin bu işlevini sağlayan başlıca neden onun Stoacı doğal hukuk yaklaşımının gerek Roma gerek Orta Çağ felsefesinin

⁵ Pelin Atayman Erçelik, "Cicero", Siyasal Düşünceler Tarihi, Der. Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç, Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2021, s. 66

⁶ Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 1996, s. 44

⁷ Wood, Cicero's Social and Political Thought, s. 70

rasyonel temellere oturtulmasında ve bu iki felsefenin “evrensellik” ortak paydası üzerinde buluşturulmasındaki etkisidir.⁸

Hukuk ve adalet Cicero’nun devletin varlığı ve sürekliliği için mutlak surette gerekli gördüğü kavramlardır. Hukukun ve adaletin kaynağı ise “doğa yasası (lex naturae)” dir. Yani adalet ve hukuk insan iradesinin bir ürünü değil kaynağını doğadan ve insan doğasından alan kavramlardır. Bu kaynak ise insan ve tanrının ortak ögesi olan evrensel akıl (summa lex)’tir. Evrensel akıl aynı zamanda doğru akıldır, bütün yasalardan ve devletlerden çok uzun zaman öncesinde bile var olan, yüce/tanrısallı yasadır.⁹ Cicero yasa (lex) kelimesini de sadece bu tanrısallı yasa için kullanmaktadır:

Yasa ne insanların zihinlerinde tasarlayarak oluşturduğu ne de halkların kararı olan bir şeydir, aksine genel olarak evreni yönetme ve yasaklama bilgeliğiyle idare eden ebedi bir olgudur. Buna bağlı olarak, ilk ve nihai yasanın her şeyi aklıyla düzenleyen ya da yasaklayan tanrının zihni olduğunu söylüyorlardı. Bu yüzden tanrıların insan soyuna verdiği yasa haklı olarak övülmüştür. Zira o yönetmeye ve yasaklamaya uygun olan bilgenin aklı ve zihnidir.¹⁰

İnsanların ve tanrıların paylaştığı ortak doğru akıl, insanlara doğa tarafından verilmiştir. Bu akla sahip olan aynı zamanda yasaya da sahiptir. Yasa ise adaletin ve hukukun kaynağı olduğuna göre hukukun ve adaletin kökeni insanlar ve tanrılar tarafından paylaşılan bu doğru akıldır.¹¹ Cicero’nun doğal hukuk anlayışı da buradan doğar. Ona göre adalet ve hukuk insan üretimi yasaların sonucu değildir; tam tersine insan üretimi yasalar kaynağını doğal akıldan alan hukuk ve adalet üzerine inşa edilmelidir. İnsanların asıl itaat etmesi gereken dünyanın farklı yerlerindeki farklı devletlerin yasaları değil, bütün insanlığın paylaştığı evrensel yasadır.¹²

Akl, Cicero düşüncesinde sadece adaletin ve hukukun kaynağı işleviyle de sınırlı bir kavram değildir. Cicero’ya göre akıl aynı zamanda insanı diğer tüm canlılardan ayıran başlıca özelliğidir. Bütün canlılar arasında akla sahip olan tek canlı insandır ve diğer canlılar, insanların faydasına doğa tarafından sunulmuştur. Çünkü insan akla sahip olmasıyla diğer bütün canlılardan farklı bir doğaya sahiptir. Dolayısıyla insan doğası gereği diğer canlılardan üstün bir konumdadır.¹³ Cicero, aklı bu şekilde insanın ayırt edici özelliği olarak belirlemekle ve onu insan varoluşunun merkezine yerleştirmekle, onu kendi insan doğası yaklaşımının temel unsurlarından biri haline getirmektedir.

Cicero’da toplumu bir arada tutan yukarıda bahsedildiği üzere adalettir. Adalet ise doğa yasasından kaynaklanmaktadır. Doğa yasası da tıpkı insan gibi doğru/tanrısallı akıldan pay almaktadır. Cicero’nun etkilendiği Helenistik dönem akımlarından Stoacılık ve Epikürosçulukta da adalet toplumu bir araya getiren temel kavram olarak ele alınmaktadır. Ancak özellikle Epikürosçu düşüncenin adalet anlayışı, Epikürosçuluğun sahip olduğu faydacı etik tarafından şekillenmektedir. Epiküros’un düşüncesinde adaletin toplumu bir araya getirmesinin nedeni

⁸ Pelin Atayman Erçelik, “Cicero’da Doğal Hukuk Anlayışı”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 60-61

⁹ Elizabeth Asmis, “Cicero on Natural Law and the Laws of the State”, *Classical Antiquity*, 27/1, 2008, s.8

¹⁰ Cicero, *Yasalar Üzerine*, çev. C. Cengiz Çevik, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021, s. 37

¹¹ Asmis, “Cicero on Natural Law and the Laws of the State”, s. 19

¹² Cicero, *Yasalar Üzerine*, s. 11-12

¹³ Ateş Uslu, *Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi – 1*, İstanbul: Yordam Kitap, 2022, s. 177

insanların birbirine karşılıklı olarak zarar vermesini engellemesi, dolayısıyla toplumun adaletin faydasını görmesidir.¹⁴ Yani adalet bir bakıma bireylerin birbirlerine zarar vermeme yönünde karşılıklı anlaşması olarak ele alınmaktadır. Bu durumun yarattığı fayda da insanın hazzı ulaşmasını sağlar bu nedenle adalet kendinde iyi bir kavram olarak değil sonuçları nedeniyle faydalı, dolayısıyla iyi bir kavram olarak ele alınmaktadır.

Cicero kendi adalet anlayışını ise çok ciddi bir Epikürosçuluk eleştirisi üzerine inşa etmektedir. Yukarıda değinildiği üzere Cicero'nun adaleti kaynağı hakiki yasa/doğa yasasından dolayısıyla tanrısal/doğru akıldan almaktadır. Bu nedenle adalet özünde/kendinde iyi bir kavram olarak karşımıza çıkar. Adaleti iyi ve arzulanan yapan insanların bundan fayda sağlaması değildir. Adaletin kendisi zaten bir erdemdir, hatta erdemlerin en önemlilerinden biridir. İnsan da doğasında aynı tanrısal akıldan bir parça taşıdığı için insanların oluşturduğu toplumun da bu tanrısal erdem üzerine inşa edilmesi bir anlamda kaçınılmaz ve aynı zamanda doğru/iyi olan yaklaşım olacaktır.¹⁵ Dolayısıyla Cicero'da gerek insanların gerek toplumun doğası gereği adalet ve erdem sahibi olduğunu söyleyebiliriz.

İnsanların doğasında pay sahibi olan tanrısal akıl sadece insanın özünde doğru, iyi, adaletili, erdemli gibi olumlu sıfat ve tanımlarla algılanmasını sağlamaz. Aynı zamanda evrensel bir insan doğası yaklaşımına da fırsat verir. Zira bu tanrısal/doğru akıl bütün dünyayı dolduran akıldır ve dünyanın neresinde, hangi toplum söz konusu olursa olsun doğru akıl her zaman aynıdır. Bu düşüncede Stoacılığın evrensel dünya devleti yurttaşlığı yaklaşımının etkileri çok açık bir şekilde görülmekte, "polis" in yerini "kozmopolis" in aldığı vurgulanmaktadır.¹⁶ Bu düşüncenin en önemli sonuçlarından biri de şüphesiz Yunan düşüncesinde hâkim olan medeni-barbar ikiliğinin teorik olarak terk edilmesidir. Karşılaştığı toplumlardan ciddi şekilde etkilenen, onların kurumlarını ve düşüncelerini fayda gördüğü ölçüde özümseyip benimsemekten çekinmeyen Roma toplumu için zaten böyle keskin bir "öteki" kavramının işlevselliği ve sürdürülebilirliği de açıkçası mümkün değildir. Dolayısıyla Roma toplumunun diğer toplumlarla etkileşiminde hâkim olan "evrenselci" yaklaşımın Roma düşüncesinin ve Roma felsefesinde insanın kavranışının şekillenmesinde etkili faktörlerden biri olduğu söylenebilir.

Cicero temelleri Antik Yunan'da atılan doğal hukuk fikrini sistematik bir şekilde ele alarak doğal hukuk kuramının gelişmesinde önemli bir role sahiptir.¹⁷ Cicero'nun doğal hukuk teorisi, genellikle kendinden önceki felsefi akımlar ile çağdaş tartışmalar arasında bir köprü olarak görülmektedir. Cicero'nun doğal hukuk anlayışı, modern bireysel haklar düşüncesi açısından önemli bir çıkış noktasıdır. Cicero'nun hukukun kaynağını insan iradesinde değil, doğada ve evrensel akılda bulan felsefesi, adaletin ve hukukun, devletlerden ve pozitif yasalardan bağımsız bir biçimde var olduğunu savunmuştur. Bu düşünce, Orta Çağ boyunca başta Thomas Aquinas olmak üzere Hıristiyan düşünürler tarafından geliştirilmiş ve daha sonrasında Hugo Grotius, John Locke ve Thomas Hobbes gibi düşünürlerin doğal hukuk ve doğal hak

¹⁴ Ahmet Arslan, İlkçağ Felsefe Tarihi 4, İstanbul: Alfa Yayınları, 2023, s. 164

¹⁵ Cicero, Yasalar Üzerine, s. 23-25

¹⁶ Wood, Yurttaşlardan Lordlara, s. 147-148

¹⁷ S. Adam Seagrave, "Cicero, Aquinas, and Contemporary Issues in Natural Law Theory", The Review of Metaphysics, 62/3, 2009, s. 497

teorilerine ilham kaynağı olmuştur. Özellikle John Locke'un doğal haklar anlayışı, Cicero'nun evrensel hukuk fikriyle büyük benzerlikler taşır. Locke, tüm insanların doğuştan gelen yaşama, özgürlük ve mülkiyet haklarına sahip olduğunu savunmuş, bu hakların devlet tarafından ihlal edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Locke'un bu yaklaşımı, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi gibi modern insan hakları anlayışının temellerini oluşturan belgeleri etkilemiştir.¹⁸ Cicero zaman zaman sadece Stoacı fikirleri tekrarlamakla eleştirilse de, hukukun insan doğası ve akla dayandığına yönelik vurgusu ve çalışmalarının doğal hukuk geleneğinin şekillenmesinde kendine özgü bir rol oynadığı unutulmamalıdır.¹⁹

B. DOĞAL EŞİTLİK/SİYASAL EŞİTSİZLİK ÇATIŞMASI

Cicero'nun Stoacı felsefenin etkisiyle geliştirdiği evrensel akıl ve doğal hukuk kuramının en önemli sonucu insanlar arasında ahlakî bir eşitliğin varlığıdır. Zira bütün insanlar ortak bir aklı ve bu ortak akıldan kaynaklanan doğa yasasını paylaşmaktadır; o halde ahlakî düzlemde bütün insanların aynı doğaya ve aynı akla sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla tüm insanlar ahlakî olarak eşit kabul edilmelidir. Cicero da bu eşitliği kabul eder; ancak asla bu eşitliği ahlakî alanın ötesine taşımaz. Cicero'nun savunduğu siyasal düzen eşitsizlikler üzerine kurulmuştur ve bu düzenin insanların eşitliği fikri ile açıklanması mümkün değildir.²⁰

Dolayısıyla bu insanların sadece ahlakî bir eşitlik içinde bulunmaları gerekmektedir. Doğal hukuk ve adalet anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkan bu fikir nedeniyle Cicero, insanların ahlakî eşitliği fikrini kuramsallaştıran ilk önemli siyasal düşünür olarak kabul edilmektedir.²¹ Cicero'nun doğa yasası fikri herkes için geçerli evrensel bir ahlak yasası anlayışını da beraberinde getirir. Fakat bu ahlakî eşitliğin toplumsal ve siyasal alanda bir karşılığı yoktur. Cicero eşitlik ve adaleti birbirinden ayırır ve eşitliğin her zaman adil bir durum ortaya koymayacağını iddia eder. Çünkü siyasal ve toplumsal düzenin devamını sağlayan bireylerin eşit siyasal haklara sahip olması değil, toplumun üyelerinin yeteneklerine ve özellikle de statülerine uygun role sahip olmasıdır, yani adalettir. Zira insanlar doğaları gereği eşit değildirler. Bazı insanların doğası diğerlerine göre daha zayıftır, bazı insanlar ise doğaları gereği erdemlidir. İnsanların doğasındaki bu farklılıkların sonucu, zayıf doğaya sahip olanların erdemli insanlar tarafından yönetilmesidir. Zira zayıf insanların doğası aynı zamanda onları gönüllü olarak daha üstün doğaya sahiplerin egemenliğine boyun edecek hale getirmektedir.²² Herkesin konumuna ve statüsüne bakılmadan eşit şekilde değerlendirilmesi adil bir durum yaratmaz:

Nitekim özgür halkların arzuladığı yasal hakların eşitliği sürdürülemez, bunun nedeni halkların da, özgür ve rahat olmalarına rağmen birçok bireye birçok özel hak tanıyor ve insanlar ile onlara sunulan onurlar arasında birçok ayırım oluşturuyor olmalarıdır. Bununla birlikte eşitlik denilen şey hiç adil değildir. Aynı onur en yüksekteki ile en alçaktakine verildiğinde, ki iki türden insanın da her toplumda bulunması

¹⁸ David S. Wiesen, "Cicero's Image in America and the Discovery of De Republica", *History of Classical Scholarship*, 2, (2020), s. 164

¹⁹ Philip Mitsis, "The Stoic Origin of Natural Rights", *Topics in Stoic Philosophy*, Der. K. Ierodiakonou, Oxford: Oxford University Press, (1999), s.155-158 Seagrave, "Cicero, Aquinas, and Contemporary Issues in Natural Law Theory", s. 495

²⁰ Wood, *Yurttaşlardan Lordlara*, s.149-150

²¹ Wood, *Cicero's Social and Political Thought*, s. 91

²² Cicero, *Devlet Üzerine*, çev. C. Cengiz Çevik, İstanbul: İthaki Yayınları, 2019, s. 143

kaçınılmazdır, buradaki eşitlik kesinlikle adil olmaz; buna karşın bu durumun en iyi vatandaşlar tarafından yönetilen sitelerde olması da mümkün değildir.²³

Cicero'nun cumhuriyet rejimini savunmadaki temel motivasyonu burada da etkilidir. Adalet-eşitlik ayrımının yapılmasında asıl amaç aristokrasi ile halk kitleleri arasındaki çatışmada aristokrasinin egemen konumunun savunulmasıdır. Burada en iyi vatandaşlar elbette o dönem Roma'nın yönetiminde de söz sahibi konumundaki mülkiyet sahibi aristokrat sınıftır; ama aynı zamanda toprak ve mülkiyet reformuna yönelik girişimler ve köle ayaklanmaları gibi olaylar nedeniyle egemenliği sarsıtıda olan bir aristokrasi söz konusudur. Toplumsal sınıflar arasında bir çatışma olduğunda çözüm çatışan taraflarda yer alanların sayısına göre değil değere göre olmalıdır. Cicero'nun kendi ifadeleriyle önemli olan “*vatandaşların sayılması değil değerinin tartılması*”dır.²⁴ Tartıya her çıkıldığında da aristokrasinin halk kitlelerine göre daha ağır basacağı konusunda hiçbir şüphesi yoktur.

Cicero'nun düşünsel hayatı kendisinin de bir parçası olduğu bu sınıfın egemenliğini ve hâkim düzeni savunma çabasının bir yansımasıdır. Bu çabanın bir sonucu olarak Cicero sadece Roma siyasal düzeninin değil, mülkiyet düzeninin de savunuculuğuna soyunmuştur, bu mülkiyet düzeninin savunulmasını da adaletin bir gereği olarak ortaya koymuştur.²⁵ Toprak reformlarına bu nedenle ciddi şekilde karşı çıkmış, bu tür taleplerin zenginleri yağmalamak için demagoglar tarafından ortaya atıldığını iddia etmiştir. Ona göre mülkiyetin ve refahın eşitsiz dağılımı doğal, eşitlik ise doğaya aykırıdır. Çünkü daha çok mülkiyete sahip olanların bu zenginliğinin disiplin, beceri, zekâ gibi konularda farklılık ve üstünlüklerinden kaynaklandığına inanmaktadır. Bu nitelikleriyle daha üstün konumda olan insanların da mülkiyetten daha büyük pay almasını doğaya aykırı bulmamaktadır.²⁶

Her ne kadar bütün insanlar evrensel olarak aynı doğayı paylaşırsalar ve ahlaki açıdan eşit de olsalar da, talihleri (fortuna) ve erdemleri (virtu) nedeniyle toplumsal hiyerarşi içinde farklı sınıflarda yer almaktadır.²⁷ Böyle bir toplumsal düzende ise adil olan herkese eşit davranmak değil, tam tersine herkesin sosyal hiyerarşideki konumuna göre davranılmasıdır. Örneğin Cicero Roma'nın sosyo-ekonomik yapısında önemli bir fonksiyonu olan kölelik rejimini de aynı bakış açısıyla ele almakta ve kölelerin içinde bulunduğu durumun adil olduğu sonucuna varmaktadır: “*En aşağı tabakadan insanlara karşı da adaletin gözetilmesi gerektiğini hatırlayalım. En aşağı koşullar ve en kötü talih kölelerinkidir, onlara sanki çalışanlarıymış gibi buyuranlar hiç de kötü bir tavır içinde sayılmaz; onlara iş buyurma ve adil davranma zorunluluğu vardır.*”²⁸ Cicero toplumsal hiyerarşiyi ve siyasal eşitsizliği savunurken Romalıların sıkça başvurduğu “talih” ve “erdem” kavramlarını kullanışı da Stoacıların evrensel bir insan doğası yaklaşımını savunurken toplumsal eşitsizlikleri “kader” üzerinden açıklamalarıyla paralellik taşımaktadır.

²³ Cicero, Devlet Üzerine, s. 144

²⁴ Cicero, Devlet Üzerine, s. 222

²⁵ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine*, çev. C. Cengiz Çevik, İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2021, s.11-12

²⁶ Wood, Cicero's Social and Political Thought, s. 112

²⁷ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 53

²⁸ Cicero, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 21

Toplumun farklı sınıflarında yer alan insanlar arasındaki eşitsizliği yaratan doğaları değil, talihleri ve erdemleridir.

Yukarıda bahsedildiği üzere Cicero, Platon'un "ideal devlet" kuramının soyut ve gerçeklikten kopuk olduğunu düşünmektedir. Ona göre "ideal devlet" yeryüzünde aranmalıdır ve Cicero için bu ideal devlet tam da yaşadığı zamanda ve yaşadığı yerde kolayca bulunabilir: Roma. Cicero'ya göre ideal devlet cumhuriyet yönetimiyle birlikte Roma'dır. Cicero sadece siyaset felsefesini Roma Cumhuriyetinin ideal devlet olarak savunulmasına ayırmamış, aynı zamanda bir devlet adamı olarak siyaset kariyeri boyunca da Roma'nın ve Cumhuriyet'in kurumlarının ve yapılarının savunulması için elinden geleni yapmıştır, reformcu ve devrimci karşı hayatı boyunca mücadele etmiştir.²⁹ Ona göre reform ve devrim girişimleri devletin sürekli yıkılıp yeniden inşa edilmesini sonucunu doğurur. Bundan dolayı da toplumsal düzen sürekli bir tehditte yüz yüzedir.³⁰ Cicero'nun Cumhuriyet rejimini savunmaktaki temel motivasyonu aristokrat sınıfın çıkarlarının bu rejimde yattığını düşünmesidir. Kendisi de bu sınıfın bir mensubu olarak Cicero hem monarşik yaklaşımların hem de demokratik taleplerin aristokrasinin siyasal alandaki gücünün sınırlanmasıyla sonuçlanacağını öngördüğünden ideal yönetim biçimi olarak Cumhuriyetten yana tavır almaktadır.

Cicero'nun siyasal eşitsizlik savunusunun temelinde Roma Cumhuriyeti'nin ideal devlet düzeni olmasına, bu düzende aristokrasinin egemen rolünün önemine duyduğu inanç yatmaktadır. Cicero'nun ideal devlet düzeni olarak gördüğü cumhuriyet rejiminde belirgin bir toplumsal hiyerarşi ve aristokrasinin devlet yönetiminde etkinliğine imkân veren siyasal bir rejim söz konusudur.³¹ Cicero'ya göre devlet toplumun en eğitilmiş, en donanımlı ve en yetenekli insanları tarafından yönetilmelidir. Burada önemli bir noktaya dikkat çekmek gerekir. Cicero bunu sadece yönetimin "en yetenekli yurttaşlara" bırakılması arzusu ile söylemez, aynı zamanda devlet yönetiminde yer almayı en yetenekli yurttaşlar için bir görev olarak da görmektedir:

Ancak doğa tarafından işleri idare etmeleri için donatılmış insanlar mevki edinmede ve kamu işlerini yerine getirmede asla tereddüt etmemelidir. Zira ancak bu şekilde bir devlet yönetilebilir ya da ruh yüceliği sergilenebilir. Filozoflardan hiç de geri kalmayan -hatta onları geçip geçmedikleri konusunda şüpheliyim- birçok insan debdebeli kamu yaşamını küçümsemeyi, sık dediğim gibi, ruh dinginliğini ve selametini tercih etmek durumunda kalmış, ağırbaşlı ve tutarlı duruşu sayesinde ne gelecek ne de alt edilme kaygısı içinde olmuştur.³²

Kendisi de hayatı boyunca devlet görevlerinde yer almış biri olarak Cicero'ya göre bunun için uygun doğaya ve erdeme sahip kişiler için devlet yönetiminde yer almak adeta ahlaki bir yükümlülük gibidir. Zira yönetenlerin karakteri devletin karakterini de doğrudan şekillendirir.³³ O halde toplumsal düzenin ve adaletin korunması, ki bu Cicero'nun devlete yüklediği

²⁹ Atayman Erçelik, "Cicero", s. 64-65

³⁰ Cicero, Devlet Üzerine, s. 153

³¹ Fikret Çelik, "Cicero ve Cumhuriyet Savunusu", Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 12

³² Cicero, Yükümlülükler Üzerine, s. 33

³³ Cicero, Devlet Üzerine, s. 140

temel görevdir, ancak devletin doğru insanlar tarafından yönetilmesi durumunda mümkün olacaktır.

C. DEVLETİN TANIMI VE KÖKENİ, YÖNETİM BİÇİMLERİ, İDEAL YÖNETİM

Siyaset felsefesinin Platon, Aristoteles gibi Cicero'dan önceki başlıca düşünürleri devlet üzerine uzun ve kapsamlı çalışmalar yapmış olsalar da devletin ne olduğunu sorusuna net ve kesin bir cevap vermemişlerdir. Devleti kısa ve öz bir şekilde tanımlayarak bu soruyu cevaplayan ilk önemli siyasal düşünür Cicero'dur, bu tanımı yaparken ahlak felsefesinin kavramlarından büyük ölçüde uzak durmayı da başarmıştır.³⁴ Onun tanımına göre: “*Devlet bir halk unsurdur. Sadece alelade bir şekilde bir araya gelmiş bir insan kitlesi değil, çoğunluğun yasa birliği ve ortak yararı üzerinde anlaştığı bir topluluktur.*”³⁵ Cicero'nun bu tanımındaki en önemli nokta rastlantısal bir toplumsallık anlayışı yerine yasalar ve ortak yarar ilkeleri üzerinden bir araya gelen bir toplumun devleti oluşturacağı vurgusudur. Cicero'nun devlet konusundaki yaklaşımı toplumun birlikteliğini değerler üzerinden açıklayarak alelade bir insan topluluğu ile siyasal toplum/halk ayrımını yapmasıyla kendisinden önceki düşünsel mirastan ayrılarak özgünleşmektedir.³⁶

Devlet tanımında da gördüğümüz üzere, Cicero'da insan doğası gereği toplumsal bir varlıktır. İnsanları bir araya getiren ve bir toplum halinde yaşamalarını sağlayan şey doğal bir birlikteliktir; insan doğası gereği yalnız değil bir arada yaşamaya elverişli bir varlıktır. Devlet de bu toplumsallığın bir sonucu olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla Cicero'nun Aristoteles'e benzer şekilde devletin kökenini insanın toplumsallığı üzerinden ele aldığı söylenebilir.³⁷ Yukarıdaki devlet tanımının devamında kendi ifadeleriyle insanın toplumsallığı şöyle açıklar “*İnsanların bir araya gelmesinin öncelikli nedeni zayıflık değil, daha çok insanlar arasındaki doğal birlikteliktir; zira insan kendi başına, yalnız kalamayan bir türdür.*”³⁸

Cicero devletin tanımını yapmasıyla Platon ve Aristoteles gibi isimlerden ayrılma da yönetim biçimleri sınıflandırmasında onların izinden gitmektedir. Platon ve Aristoteles'e benzer şekilde yönetim biçimleri ayrımını iktidarın kimin/kimlerin elinde olduğu üzerinden yapmakta ve yine benzer şekilde üç ayrı yönetim biçimine ulaşmaktadır. Bunlar, tek kişinin yönetimi olan monarşi (regnum), seçkin bir zümre veya azınlığın yönetimi olan aristokrasi (optimatum) ve halkın yönetimi olan demokrasidir (civitas popularis). Yine Platon ve Aristoteles'in izinde bu rejimlerin bozulmuş şekillerini sayar: tiranlık (dominatus), oligarşi (potestas factionis) ve oklokrasi (dominatus multitudinis).³⁹ Yönetim biçimleriyle ilgili ayrımı yaptıktan sonra ise toplumsal düzenin korunmasını sağladığı sürece sayılan ilk üç yönetim biçiminden herhangi birinin kötü yönetim olarak nitelenemeyeceğini belirtir; ancak her birinin kendine özgü olumsuz nitelikleri de olabileceğini vurgulamaktan geri durmaz: “*Ancak krallıklarda kral dışındakiler müşterek adalete ve hükme katılmaz, aristokrasilerde ise kitle özgürlük alanından pek pay*

³⁴ Wood, Cicero's Social and Political Thought, s. 120

³⁵ Cicero, Devlet Üzerine, s. 137

³⁶ Asmis, “The State as a Partnership: Cicero's Definition of ‘Res Publica’ in his work ‘On The State’”, s. 575-576

³⁷ Ağaoğulları ve Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine, s. 51.

³⁸ Cicero, Devlet Üzerine, s. 137

³⁹ Wood, Cicero's Social and Political Thought, s. 139-140

*almaz, zira tüm ortak hükümden ve yetkiden yoksundur; tüm yetki halkın eline geçtiğinde ise, bu yetkiyi adil ve ölçülü bir şekilde kullansa da, yine de ortaya çıkan eşitlik haksız olur, zira bu durumda herhangi bir onur derecesi yoktur.*⁴⁰ Cicero'nun özellikle demokrasiye getirdiği eleştiri adalet-eşitlik konusundaki görüşlerinin doğrudan bir sonucu olarak okunabilir. Demokrasiye karşıdır; çünkü demokrasi farklı sosyal sınıflardan insanların eşitliğini beraberinde getirir. Böyle bir eşitlik ise Cicero'ya göre adaletli değildir ve devletin her şeyden önce adalet üzerine inşa edilmesi gerektiğinden bu ideal bir yönetim biçimi değildir.

Cicero'nun her yönetim biçiminin olumsuz yanlarından bahsederek hepsine belirli bir mesafede durma nedeni ise kendi ideal yönetim biçimini önermek üzere olmasıdır. Saydığı üç yalın yönetim biçimi içlerinde olumsuzluklar da barındırdığı için bozulmaya elverişlidir; bu nedenle de ideal yönetim olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte olumlu yönleri de bünyelerinde barındırdıklarından topyekûn inkâr edilmelerine de gerek yoktur.⁴¹ Cicero yine de bu üç temel yönetim biçiminden birini seçmesi gerekirse krallığı tercih etmekte; ama asıl olarak bu üç yönetim biçiminden farklı bir yönetimi ideal olarak görmektedir. Bu üç yönetim biçiminin olumsuz yönlerini dışarıda bırakıp en iyi özellikleri bir araya getirilirse ideal yönetim biçimine ulaşılır. Böylece Cicero bir kez daha Platon ve Aristoteles'in izinden giderek "karma yönetim" fikrine varır. Onun ideal devlet olarak gördüğü karma yönetim ise Roma'nın cumhuriyet rejimidir: *"Nitekim öyle düşünüyorum, anlıyorum ve destekliyorum ki, hiçbir devlet yapısı, düzeni ve ilkesi bakımından babalarımızın atalarımızdan bugüne getirdiği devletle kıyaslanamaz."*⁴²

İdeal bir yönetim monarşi, aristokrasi ve demokrasinin olumlu ve faydalı yönlerini bünyesinde barındırarak her açıdan en iyi devleti ortaya çıkaracak; devletin adaleti sağlama ve toplumun ortak çıkarını koruma işlevini kusursuz bir şekilde yerine getirmesini sağlayacaktır. Bu yönetimin merkezinde Roma Cumhuriyeti'ndeki gibi aristokrasinin temsiliyetini sağlayan bir Senato yer alacak, halkın yönetime katılımını sağlayan halk meclisleri de varlığını sürdürecektir; zira halkın özgürlük duygusunun (libertas) tamamen göz ardı edilmesi mümkün değildir. Roma hukukundaki diktatörlük kurumundan ve Platon'un filozof kralından izler taşıyan "Birinci Yurttaş"ın (Princeps) yönetimi⁴³ fikri ise monarşik unsuru getirmektedir. Cicero bu meclisler arasındaki güç dengesinin ise ciddi biçimde Senato lehine olması gerektiğini savunmaktadır. Hatta karma yönetim fikrini geliştirmekteki temel motivasyonu halk kitlelerin daha çok özgürlük ve daha geniş katılım yönünde giderek artan talepleri karşısında aristokrasinin egemenliğinin sağlamaştırılmasıdır.⁴⁴

Cicero'nun Cumhuriyet'i savunmasının temelinde, insan doğası ve doğal hukuk anlayışı yatmaktadır. Cicero insan doğasına iyimser bakar ve insanların doğal olarak ahlaki doğrulara ulaşabileceklerini savunur. Bu yüzden yasalara dayalı bir düzenin herkes için en iyi yönetim şekli olduğunu düşünür. Cicero, hukukun insanlar tarafından yapılan pozitif yasaların

⁴⁰ Cicero, Devlet Üzerine, s. 139

⁴¹ Wood, Cicero's Social and Political Thought, s. 145-147

⁴² Cicero, Devlet Üzerine, s. 154

⁴³ Ağaoğulları ve Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine, s. 55-56

⁴⁴ Wood, Cicero's Social and Political Thought, s. 169-171

ötesinde, doğaya dayanan evrensel ilkelerden geldiğini savunur. Doğal hukuk (Lex Naturalis), evrensel ve değişmezdir. Cicero'ya göre, insan doğası rasyonel bir varlık olarak yaratılmıştır. İnsan doğası gereği adalet ve düzen arayışındadır. İnsan, aklı sayesinde doğruyu yanlıştan ayırt edebilir ve adil bir toplum kurabilir. Bireylerin erdemli yaşam sürdürebilmeleri için hukuka dayalı bir toplum düzenine ihtiyaçları vardır. Bu bağlamda, Cumhuriyet, insanın doğal erdemlerini geliştirmesine ve özgürlük içinde yaşamasına en uygun ortamı sağlar. Adalet, sadece devletlerin koyduğu kurallardan değil, doğanın insana bahsettiği akıl ve ahlak ilkelerinden kaynaklanır. Hukuk, sadece güçlü olanın değil, tüm insanların ortak iyiliğini gözetmelidir. Cicero'ya göre, Cumhuriyetçi bir yönetim modeli, doğal hukukun evrensel ilkeleri ile uyumlu olduğu için en adil yönetim biçimidir.

III. AURELIUS AUGUSTINUS

Aurelius Augustinus ya da daha yaygın hitap edilen haliyle Aziz Augustinus, Roma düşüncesinde dünyasında Stoacı felsefenin yerini Patristik felsefeye bırakması sürecinin en önemli isimlerindendir. Patristik felsefenin doğuşu Roma'da henüz pagan inançların hâkim olduğu ve Hristiyanlara ve Hristiyanlığa karşı şiddetli bir mücadele yürütülen Hristiyanlığın ilk dönemlerinde karşı karşıya kalınan suçlamalar karşısında bir cevap olarak yazılan *Apologia'lar* (Savunmalar) olarak kabul edebilir. Patristik Felsefenin ilk metinleri olarak kabul edilebilecek bu *Apologia'lar*da Hristiyan teolojisinin genel tartışma konularıyla birlikte siyasal iktidar ile dini iktidar, yani kilise arasındaki ilişkiler incelenmektedir.⁴⁵ Bu dönemde Hristiyanlık henüz siyasal iktidar tarafından dışlanan bir din olduğu için dünyevi iktidarla ruhanî iktidar arasındaki bu ilişkinin büyük oranda çatışmalar üzerinden işlenmesi bu durumun bir sonucudur ve Patristik felsefenin de ana temalarından biri olarak varlığını sürdürmüştür.

Augustinus, Patristik felsefenin en büyük ve en önemli ismi olmanın ötesinde aynı zamanda Katolik Kilisesinin Thomas Aquinas'a kadar, yani yaklaşık sekiz yüz yıl boyunca kabul gören resmi öğretisi ve ideolojisinin kurucusu olarak da kabul edilir. Hristiyanlığın insan doğasına dair en temel yaklaşımı olan ilk günah doktrini de temelleri Aziz Pavlus tarafından atılmakla birlikte ilk kez Augustinus tarafından tam ve kapsamlı bir şekilde kavramsallaştırılmıştır.⁴⁶

Augustinus'a göre bütün doğa, yaratıcısı olan Tanrının en büyük ve değişmez iyi olması dolayısıyla iyidir, ancak doğanın iyiliği Tanrının iyiliğine denk değildir, yani doğadaki iyilik Tanrıdaki iyilik gibi en büyük ve en değişmez iyilik değildir. İnsan da Tanrının yaratışının bir eseri olduğu için bu düşünceye göre insanın doğası da iyidir. İnsan doğası özünde iyi olmakla birlikte bu doğadan iyilik de kötülük de çıkabilir. İyiliğin nedeni yaratıcının en büyük ve değişmez iyi olmasıyken kötülüğün nedeni ise insanın değişime açık bir iyi varlık olarak istencinin bozukluğudur. İnsan doğası gereği iyi bir varlıktır, ancak ilk günah ile lekelenmiştir. İlk günahı işleyen tek insanla birlikte günah dünyaya inmiş, böylece bütün insanlar bu ilk günahın lekesini taşımaya başlamıştır. Ayrıca bu anlayışa göre ölüm de ilk günahın sonuçlarından biridir. Zira ilk günah işlenene kadar insanlar ölümsüz bir hayat yaşamaktaydılar. Ancak ilk günahın bir

⁴⁵ Ağaogulları ve Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine, s. 114

⁴⁶ Bilal Doğan, "Hristiyanlıkta Asli Günah Doktrini (Pavlus-Pelagius Örneği)", Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 154-155

cezası olarak dünyaya sürgün edildiler ve ölümlülükle cezalandırıldılar.⁴⁷ Dolayısıyla bu dünyadaki insan yaşamının en önemli belirleyicilerinden biri ilk günahın kendisi ve yarattığı sonuçlardır. Augustinus'un insan doğası yaklaşımı da ilk günah doktrini ve sonuçları ve üzerine kurulmuştur.

Augustinus'un felsefesinin şekillenmesinde de Cicero'ya benzer bir şekilde Roma tarihinin çalkantılı dönemlerinden birinde yaşaması etkili olmuştur. Cicero'nun felsefesinin şekillenmesinde cumhuriyet rejiminin çözülmesi sürecinde yaşamasının etkili olması gibi, Augustinus'un felsefesi de Batı Roma İmparatorluğu'nun çöküş sürecinde yaşamış olmasından ve bu dönemdeki siyasi çalkantılardan derinden etkilenmiştir. Özellikle Roma'nın barbar istilalarıyla karşı karşıya kalması, Hristiyanlığın devlet dini olarak kabul edilmesi ve Batı Roma'nın çöküşü, onun devlet, insan doğası ve otorite hakkındaki görüşlerinin şekillenmesinde belirleyici olmuştur. Roma'nın 410 yılında Vizigotlar tarafından yağmalanması, Augustinus'un "anrı Devleti adlı eserini yazmasına neden olmuştur. Bu olay, dünyevi devletlerin geçiciliğini ve Tanrı Devleti'nin ebedi olduğunu vurgulayan siyaset teorisini geliştirmesinde etkili olmuştur. Paganlar, Roma'nın çöküşünün Hristiyanlığın yayılmasından kaynaklandığını iddia ederken, Augustinus bu görüşe karşı çıkarak dünyevi devletlerin yok olmaya mahkum olduğunu ileri sürmüştür. Başlıca siyaset felsefesi çalışması olan Tanrı Devleti'nin ilk yarısını Roma İmparatorluğu'nun çöküşünden Hristiyanlığı sorumluğu tutan pagan anlayışı karşı bir "apologia" metni olarak kaleme alması da bu etkinin en net görülebileceği yerdir.⁴⁸

A. İLK GÜNAH DOKTRİNİ

Günah kavramı bütün dinler gibi Hristiyanlıkta da büyük bir ağırlığa sahiptir. Hristiyan teolojisinde günaha dair ikili bir yaklaşım görülmektedir. Buna göre iki tür günah vardır: fiili günah (peccatum actuale) ve ilk (aslî) günah (peccatum originale). Fiili günah insanların bireysel bir şekilde doğa yasalarına veya tanrının yasalarına aykırı davranışlarda bulunması, bu yasaları ihlal etmesi sonucu meydana gelen günahdır. İlk günah ise soybağı yoluyla bütün insanlığı lekeleyen, insanlığın her üyesinin ortak bir yük olarak taşıdığı, Âdem'in cennetten kovulmasına neden olan ilk ve aslî günahıdır.⁴⁹

Eski Ahit'teki Âdem ile Havva'ya dair bazı anlatıların yorumlanması sonucu ortaya çıkan ilk günah doktrinini Hristiyanlığın insan doğasına dair temel yaklaşımı olarak ele alabiliriz. Antik günah, Adem'in suçu, Adem'in günahı gibi isimlerle de ifade edilen bu fikrin ilk kıvılcımları Aziz Pavlus'ta görülmekle birlikte, esasen Augustinus tarafından sistematik bir şekilde ifade edilmiş⁵⁰, sonrasında da Katolik kilisesinin en önemli öğretilerinden biri haline gelmiştir.

⁴⁷ Yavuz Kılıç, "İnsan Doğası Kavramı Üzerine Bir Çalışma", Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 25

⁴⁸ Yasin Güzel, "Augustinus'un De civitate Dei Eserinde Roma'nın Düşüşü, Apokaliptik Öğeler ve Ahir Zaman Algısı", Ortaçağ Araştırmaları Dergisi, 6/2, 2023, s. 635-637

⁴⁹ Fatih Yeşilyaprak, "Aziz Augustinus ve Aslı Günah Anlayışı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 7-8

⁵⁰ Yeşilyaprak, "Aziz Augustinus ve Aslı Günah Anlayışı", s. 10

Peki, nedir Âdem'in suçu ve tüm insanlığın paylaşmak zorunda olduğu günahı? Eski Ahit'te anlatılana göre Âdem ile Havva, Cennet'te ölümsüz bir hayat yaşamaktadır. Cennet bahçesinin merkezinde iki ağaç yer almaktadır: "hayat ağacı" ile iyiliği ve kötülüğü bilme ağacı". Tanrı bu ağaçlardan "iyiliği ve kötülüğü bilme ağacı"nın meyvesini yemeyi kesin bir şekilde yasaklamış, bu yasağa uymadığı takdirde ölümlü varlıklara dönüşecekleri ve kötülüğe yenik düşecekleri konusunda Âdem'i uyarmıştır.⁵¹ Yani aslında bu ağaçlar Âdem ve Havva için bir kontrol mekanizması, Cennet'teki yaşamlarını olduğu gibi sürdürebilmeleri için her gün yüzleşmeleri gereken bir imtihandır. Havva'nın yılan tarafından ağacın meyvesini yerlese bunun ölüm gibi sonuçları olmayacağı, tam tersine gözlerinin açılacağı, Tanrı gibi iyiyi ve kötüyü bilme kabiliyetine sahip olacakları söylenerek ikna edilmesi sonucu Âdem ve Havva ağacın meyvesini yemiştir.⁵²

Tanrı'nın "iyiliği ve kötülüğü bilme ağacı"nın meyvesini yediklerini fark etmesinin ardından Âdem ile Havva cennetten kovulmuş, aynı zamanda ölümsüz hayatı da kaybetmişlerdir. Artık günahkâr ve ölümlü varlıklar olarak cennetten dünyaya düşmüşlerdir.⁵³ Eski Ahit'te olay bu şekilde anlatılmaktadır. Âdem ve Havva'nın işlediği bu suçun bütün insanlık tarafından paylaşıldığı fikri ise ilk kez Aziz Pavlus'un Romalılar Mektup'unda ortaya atılmış, böylece yukarıda bahsedildiği gibi Pavlus tarafından ilk günah doktrininin ilk kıvılcımı yakılmıştır. Bu anlayışa göre Âdem ve Havva'nın soyundan gelen bütün insanlık da aynı şekilde ölümlü ve günahkâr varlıklar olarak dünyaya gelecektir. Bu şekilde ilk günahın sonucu insanlığın dünyaya gelişidir. Âdem'in tanrının aslı buyruğuna itaatsizliğin sonucu olarak da bu dünyadaki hayatlarına ölümlü varlıklar olarak ve ilk günahın lekesini taşıyarak başlarlar.⁵⁴ Dolayısıyla sadece bu dünyada günahsız bir hayat yaşamak yeterli değildir, insanlar ilk günahın lekesinden de temizlenmek zorundadır.⁵⁵

İlk günah insanlığa sadece doğuştan sahip olduğu vaftiz ile temizlenmesi gereken bir leke değil aynı zamanda aynı zamanda kötülüğe yatkın, günahkâr bir doğa vermiştir. İlk günah öncesinde aslında insan doğasında günah işleme potansiyelini taşımaktadır, zira insan tanrı tarafından hiçlikten yaratılmıştır. Bu nedenle mutlak bir şekilde iyi bir doğaya sahip olduğu söylenemez. İnsanı iyiliğe yönelten şey kendi doğası değil Tanrı'nın doğasıdır. Zira doğası gereği iyi olan tek varlık Tanrı'dır, insan ise hiçlikten yaratıldığı için bu doğayı Tanrı'yla paylaşmaz. İlk günah sonucundaysa insan kendi doğasını "bozmuş", Tanrı'nın doğasından olabildiğince uzaklaştırmıştır.⁵⁶ O halde insanın iyiliğe ulaşabilmesi için tekrar Tanrı'ya yönelmesi gerekmektedir. İlk günah öncesi insanı iyiliğe yönelten iradesini özgür bir şekilde Tanrı'nın

⁵¹ Yeşilyaprak, "Aziz Augustinus ve Aslı Günah Anlayışı", s. 11

⁵² Emine Atay Yılmaz, "Hristiyanlıkta Aslı Günah İnancı", Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 27-30

⁵³ Atay Yılmaz, "Hristiyanlıkta Aslı Günah İnancı", s.32-33

⁵⁴ Aziz Augustinus'un ilk günah konusundaki tutumu o kadar keskindir ki, fikirlerini dünyaya günahkâr geldikleri için vaftiz edilmeden ölen bebeklerin de cehenneme gideceği noktasına kadar taşımıştır. Aysel Demir, "Bu Dünyadan Fırlatılma ve Aziz Augustinus'un Kutsal Devleti", Felsefi Düşün Akademik Felsefe Dergisi, 10, 2018, s. 84-85

⁵⁵ Yeşilyaprak, "Aziz Augustinus ve Aslı Günah Anlayışı", s. 82-101

⁵⁶ Müslüm Turan, "İnsan Doğası ve Hukuk". Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994, s. 67.

buyruklarına uymak için kullanabilmesidir.⁵⁷ İlk günah sonrasında ise insan iyiliğe tek başına yürüyebilme yeteneğini kaybetmiş, Tanrı'nın inayetine muhtaç hale gelmiştir.

İlk günahın bir başka sonucu ise dünyanın artık biri “iyi” biri “kötü” olan iki devlete ayrılmasıdır. Tanrının “iyi” devleti sonsuza kadar hükmünü sürdürecektir, Şeytan'ın “kötü” devleti ise sonsuz bir ızdıraba sahne olacaktır.⁵⁸ İlk günah doktrininin Augustinus'un felsefesi üzerindeki bir başka etkisi işte bu iki devlet ayrımıdır: Tanrı Devleti ve Yeryüzü Devleti. Yeryüzü Devleti'nin ortaya çıkışı tamamen Âdem'in günahı ve cennetten düşüşünün ardından insanların bu dünyada birlikte yaşama zorunluluğundandır. Tanrı'nın iktidarının olmadığı bu dünyada insanlar kendi iktidatlarını yaratıp kendi devletlerini kurmak zorunda kalmışlardır. Ancak bu devlet Antik Yunan düşüncesindeki gibi insan mutluluğunun kaynağı olmaktan çok uzaktır. Zira hem insanın günahkâr karakteri hem de Şeytan'ın yeryüzündeki varlığı yeryüzü devletini kötülükle iç içe hale getirmektedir.⁵⁹

Augustinus'un ilk günah öğretisi, yalnızca teolojik bir yaklaşım olarak kalmamış, Batı düşüncesini şekillendiren temel yapıtaşlarından biri haline gelmiştir. İnsan doğasını “kötülük” üzerinden açıklayan normatif insan doğası yaklaşımlarının temelinde ilk günah öğretisi yatmaktadır. İnsan doğasının günahkâr olup olmadığı, insanın iyiliğe ulaşabilmesi için bir dış otoriteye mi yoksa kendi aklına mı güvenmesi gerektiği gibi sorular, hem felsefi hem de siyasal düşüncenin merkezinde yer almıştır. Bugün bile, modern psikolojiden hukuk sistemlerine, devlet yönetiminden ahlak felsefesine kadar birçok alanda Augustinus'un etkileri görülmektedir. İlk günah öğretisi, bireyin ve toplumun doğasını anlamaya yönelik tartışmaların şekillenmesinde belirleyici olmuş ve insanın özgürlüğü, ahlaki sorumluluğu ve toplum düzeni gibi konularda derinlemesine analizlere ilham vermiştir.

B. ÖZGÜR İRADE VE GÜNAH

Augustinus düşüncesinde özgür irade ve günah kavramlarının ele alınışı, insan doğasının Hıristiyan teolojisi çerçevesinde bir analizini ortaya çıkarır. Augustinus'un yaklaşımı Antik Çağ'ın insan doğası yaklaşımından da bir kopuşu işaret etmektedir. Aslında Augustinus da Platoncu bir yaklaşımla insanı beden ve ruhun birleşiminden oluşan bir varlık olarak ele almaktadır. Fakat Platon'dan başlayıp daha sonra Aristoteles ve Stoacılar tarafından sürdürülen insan kavrayışı, Cicero'da da gördüğümüz gibi ruhun özüne “akıl” kavramını koymaktadır. Augustinus ise ruhun özüne arzu, istek, irade kavramlarını yerleştirir. Onun insan tasarımının temel belirleyicisi insanın akıl üzerinden değil de arzu ve irade üzerinden tanımlanmasıdır.⁶⁰

Augustinus'u özgür irade ve günah kavramları üzerinde durmaya iten temel neden “kötülük” kavramını açıklama ihtiyacıdır. Kötülük ve kötülüğün kaynağı sorunu (teodise) her türlü teolojinin temel sorularından biridir. Kendisi mutlak iyi olan bir Tanrı'nın yarattığı bu evrende kötülüğün neden var olduğu sorusu Augustinus için de mutlak surette cevaplanması gereken bir sorudur. Bu soruya verilecek cevap ise kötülüğün kaynağının Tanrı'nın dışında

⁵⁷ Muttalip Özcan, *İnsan Felsefesi*, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2006, s. 170-171

⁵⁸ Bertrand Russell, *Batı Felsefesi Tarihi 2. Cilt*, çev. Ahmet Fethi Yıldırım, İstanbul: Alfa Yayınları, 2022, s. 104

⁵⁹ Abdurrahman Saygılı, *Kutsallık ve Rasyonellik Sarkacında Devlet*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2014, s. 276-277

⁶⁰ Ahmet Arslan, *İlkçağ Felsefesi Tarihi 5*, İstanbul: Alfa Yayınları, 2023, s. 508-509

bırakmalıdır. Kötülüğün mutlak iyi olan Tanrı'dan kaynaklanamayacağı açıktır; bir yandan da var olan her şey aynı Tanrı tarafından yaratılmıştır. Augustinus bu zor soruya aradığı cevabı “özgür irade”de bulur: insanın kendi yapıp etmelerine karar verme gücü. Kötülük ve günah tamamen insanın “özgür irade”yi nasıl kullandığıyla ilgilidir. İnsanın kötülüğe yönelmesi kendi özgür iradesiyle yaptığı seçimlerin ve eylemlerin bir sonucudur.

Augustinus'a göre özgür irade insanlara Tanrı tarafından bahşedilmiştir. Özgür iradede anlaşılmaması gereken insanların kendi eylemlerini seçme özgürlüğüdür. Bu özgürlük aynı zamanda insanlara iyi ya da kötü davranışlar arasında bir seçim yapabilme imkânı sağlar. Tanrı'nın insana bahsettiği bir yetenek olarak özgür irade özünde iyi bir özelliktir. Ancak özgür iradenin özünde iyi olması insanların bu iradeye dayanarak kötülüğü seçmesine engel değildir; çünkü özgür iradenin nasıl kullanılacağı tamamen insanların tasarrufuna bağlıdır. İnsanlar özgür iradelerini Tanrı'nın iradesine uygun şekilde kullandıkları sürece kötülüktan uzak kalacaktır.⁶¹ İnsan, Tanrı'nın iradesinden uzaklaşıp kendine yönelik arzulara kapıldığında ise yanlış seçimler yapabilir ve bunun sonucunda da günah işleyebilir. O halde Augustinus'a göre kötülük, insanın Tanrı'nın buyruklarına karşı gelip ondan uzaklaşmasıyla ortaya çıkar.

Kötülüğün nedeni özgür iradenin Tanrı'nın buyruğuna aykırı olmasıdır. Fakat bu yorum tek başına insanların iradeyi kötüye kullanmasını açıklamaya yetmez. Augustinus burada “libido” kavramına başvurur. Augustinus'un “libido” ile anlatmak istediği sadece cinsel ya da fiziksel bir içgüdü değildir. Ona göre “libido” herhangi bir şeye karşı duyulan aşırı-arzudur.⁶² Bu arzu bedensel olabileceği gibi, örneğin servet düşkünlüğü ya da açgözlülük, hatta herhangi bir manevi tatmin duygusu da olabilir. Burada önemli olan bu arzunun “aşırı” olmasıdır. Arzu Augustinus için tek başına kötü değildir; ancak bir şey aşırı-arzulandığında kötülük ortaya çıkar.⁶³ İnsanlar “libido”nun etkisinde kaldıklarında Tanrı'nın buyruklarına uymaktansa kendi arzularının peşinden gitme eğiliminde olurlar ve bu da onların günah işlemesine neden olur. Bu şekilde libido özgür iradenin kötülüğü ve günahı ortaya çıkaracak şekilde kullanılmasına sebep olabilir.

Özgür irade yaklaşımında önemli olan husus insanları kötülüğe sevk edenin özgür iradenin kendisi değil, kötüye kullanılmasıdır. Özgür irade özünde kötü bir kavram değildir. Zira özgür irade insan varoluşunun diğer unsurları gibi insana Tanrı tarafından verilmiştir ve doğası gereği kötü olması söz konusu değildir. Tam tersine Augustinus için özgür irade bir erdemdir.⁶⁴ İnsanlar özgür iradeleri sonucu kötülüğe yönelebilecekleri gibi iyiliğe de yönelebilirler. Zira insan doğası gereği iyi ve erdemli bir hayatı seçme potansiyeline sahiptir. İnsanlar kötülük yaptıklarında bunu kendi özgür iradeleri sonucunda gerçekleştirmektedir. Tanrının iradesi mutlak iyi olduğuna göre insanların özgür iradelerini kötülük yönünde kullanmaları Tanrı'nın iradesine karşı gelmek demektir: bu da bizi günahla karşı karşıya bırakır. Özgür iradenin kötülüğe yönelmesi aynı zamanda bir “bozulma”dır; çünkü insan iyilikten uzaklaşarak kendi doğasından

⁶¹ John M. Rist, “Augustine on Free Will and Predestination”. The Journal of Theological Studies, 20/2 (1969), s. 425

⁶² Augustinus, *İstencin Özgür Tercihi Üzerine*, çev. Metin Topuz, İstanbul: Say Yayınları, 2015, s. 14

⁶³ Augustinus, *İstencin Özgür Tercihi Üzerine*, s. 15-17

⁶⁴ Rist, “Augustine on Free Will and Predestination”, s. 422

da uzaklaşmıştır.⁶⁵ Dolayısıyla kötülük/günah aynı zamanda insan doğasının bozulması anlamına da gelmektedir.

Augustinus, günahın ilk ve en büyük örneği olarak “ilk günah” kavramını da özgür irade teorisiyle birlikte ele almaktadır. Âdem ve Havva’nın ilk günahı sonucu insan doğası günah ile lekelenmiş ve ilk günahın yükü bütün insanlığın omuzlarına yüklenmiştir. Augustinus’a Âdem ve Havva’nın Tanrı’ya karşı itaatsizliğinin sonucu olan ilk günahın nedeni de özgür iradenin kötüye kullanılmasıdır.⁶⁶ Yani insan her ne kadar doğasında iyilik ve doğruluk için gerekli potansiyeli taşısa da kötülüğe ve günaha da meyillidir. Bunun nedeni de ilk günahıdır. İlk günah sadece bireysel bir eylem olmakla kalmayıp, tüm insanlığın doğasına işlemiş bir kötülük haline gelmiştir.⁶⁷ İnsan iyilik potansiyelini doğasında barındırsa da kötülük yapma yönünde güçlü bir eğilime sahiptir. Bunun nedeni ise ilk günahın insan doğası kalıcı bir şekilde lekelemesidir. Günah, insanın kendi doğasından, kişiliğinden uzaklaşıp yoldan çıkması, insan doğasının bozulması anlamına geldiğine göre, ilk günahla birlikte insanın doğası kalıcı olarak bozulmuştur.⁶⁸ İlk günah öncesi insan günah potansiyeline sahip olmakla birlikte özgür bir şekilde Tanrı’nın emirlerine uyarak Cennet’te yaşamaktaydı. Fakat ilk günah ve bunun cezası olarak Düşüş’ten sonra, ilk günahın insan soyuna kalıtsal olarak işlenmesiyle insan iyiye ve doğruya kendi başına yönelme yetisini kaybetmiştir; bu dünyada arzu ve isteklerinin kölesi haline gelmiştir.⁶⁹

İlk günah doktrini ile özgür iradenin bir araya gelmesi, Augustinus’un özgür irade kuramını bir ölçüde paradoksal hale getirmektedir. Zira ilk günahla birlikte insan doğasına eklenen kötücül alın yazısı, iradenin özgürlüğü fikriyle çelişmektedir. İnsanın doğası gereği günahkâr olduğu fikri, özgür bir biçimde iyiliğe yönelme kapasitesini baskılamaktadır. İlk günahın sonuçlarından biri de aslında özgür iradenin, “özgür”lüğünü kaybedilmesidir. İnsanın iradesini tekrar özgürleştirecek olan ise Tanrı’nın inayetidir. İnsan tek başına, Tanrı’nın inayeti olmadan, kötülükten ve günahı uzak durma gücüne sahip değildir.⁷⁰ Augustinus bu sorunu insanların iyiliğe ulaşmak için Tanrı’nın buyruklarına uymak zorunda oldukları, Tanrı’nın inayetine ihtiyaç duydukları iddiası ile çözüme kavuşturmaktadır. İlk günah nedeniyle özgür irade adeta günah işleme özgürlüğüne dönüştüğü için insan özgür bırakıldığı anda günah işleyecektir. Dışarıdan üstün bir gücün dayatması olmadan Tanrı’nın inayetine ulaşmak insan için mümkün değildir; iradenin mutlak özgürlüğü insan ruhunun günahı özgürleştirilmesiyle mümkün olacaktır.⁷¹ Augustinus’un Tanrı Devleti kuramı da bu fikrin üzerine inşa edilmiştir.

Augustinus’un özgür irade anlayışı, modern düşünceyi de derinden etkilemiş ve birçok felsefi tartışmanın temelini oluşturmuştur. Onun özgür irade konusundaki görüşleri, insanın ahlaki sorumluluğunu vurgulayarak, bireyin kendi eylemlerinden sorumlu olduğunu belirtir.

⁶⁵ Augustinus, İstencin Özgür Tercihi Üzerine, s. 144

⁶⁶ Rist, “Augustine on Free Will and Predestination”, s. 433

⁶⁷ Demir, “Bu Dünyaya Fırlatılma ve Aziz Augustinus’un Kutsal Devleti”, s. 83

⁶⁸ Augustinus, *Tanrı Devleti*, çev. Öncel Sencerian, Ankara: BilgeSu Yayıncılık, 2021, s.105

⁶⁹ Fred Berthold Jr., “Free Will and Theodicy in Augustine: An Exposition and Critique”, *Religious Studies*, 17/4 (1981), s. 528

⁷⁰ Berthold Jr., “Free will and Theodicy in Augustine: An Exposition and Critique”, s. 532

⁷¹ Turan, “İnsan Doğası ve Hukuk”, s. 77

Bu yaklaşım, modern etik ve hukuk sistemlerinin temelini oluşturmuştur. Ayrıca, Augustinus'un kötülük problemini özgür irade bağlamında ele alması, teodise tartışmalarına önemli katkılar sağlamıştır. Augustinus' göre, kötülük, Tanrı'nın yarattığı bir şey değil, insanın özgür iradesini kötüye kullanmasının bir sonucudur. Bu görüş, modern felsefede kötülük ve özgür irade ilişkisine dair tartışmalara zemin hazırlamıştır. Sonuç olarak, Augustinus'un özgür irade anlayışı, modern düşüncede insanın ahlaki sorumluluğu, bireysel özgürlükler ve kötülük probleminin anlaşılmasında önemli bir etkiye sahip olmuştur.

C. TANRI DEVLETİ

Augustinus'un tamamıyla siyaset felsefesine ayırdığı bir eseri bulunmamaktadır. Bununla birlikte siyaset ve toplum felsefesi alanındaki düşüncelerini en kapsamlı şekilde ortaya koyduğu eseri ise *De Civitate Dei* (Tanrı Devleti)'dir.⁷² Tanrı Devleti ilk yarısı itibarıyla *Apolo*gia larda gördüğümüz gibi pagan inanışlar karşısında Hristiyanlığın teolojik olarak savunulmasını içeren standart bir Patristik Felsefe metnidir. Bu eserin yazılmasının başlıca nedenlerinden biri de Hristiyanlığın savunulmasına yönelik ihtiyaçtır. Roma'nın çöküş döneminde yaşayan bir kilise babası olarak Augustinus, bu çöküşü Hristiyanlığın yükselmesiyle ilişkilendirenlere karşı inancını savunma mecburiyeti hissetmiştir.⁷³ Fakat bununla yetinmeyip Roma ile Hristiyanlık ve dolayısıyla devlet ile kilise arasındaki ilişkileri de yeniden incelemeye de girişir. Bu inceleme içinde de Augustinus'un ünlü ayrımı olan *Civitas Terrana-Civitas Dei* (Yeryüzü Devleti-Tanrı Devleti) ayrımını geliştirmiştir. Bu iki devlet ayrımı Augustinus'un siyaset felsefesine en özgün katkısı olarak değerlendirilebilir.⁷⁴ Ancak burada şu yanılgıya düşmemek gerekir: Augustinus'un Yeryüzü Devleti ve Tanrı Devleti kavramları üzerinde çalıştığı dünyevi iktidar ve ruhanî iktidarın doğrudan karşılığı değildir. Dünya üzerinde var olan herhangi bir toplumda da bu iki devletin saf haline doğrudan rastlanamaz, Yeryüzü Devleti ile Tanrı Devleti dünya üzerindeki bütün toplumlarda iç içe geçmiş haldedir.⁷⁵

Augustinus'un Tanrı Devleti (Civitas Dei) ve Yeryüzü Devleti (Civitas Terrana) ayrımı, insan doğası ve günah kavramları üzerinden geliştirdiği kurtuluş teolojisidir.⁷⁶ İki devlet ayrımı dünyevi iktidarın geçici ve kusurlu olduğu ve insanlığın ebedi mutluluğa ancak ilahi bir düzende ulaşabileceği fikrine dayanmaktadır. Dünya üzerinde yaşamış, yaşayan ve yaşayacak her insan bu iki devletten birine mensuptur. Hayatlarını kendi arzuları ve ihtiraslarına göre yaşayıp sadece kendi mutluluklarının peşinden koşanlar Yeryüzü Devleti'nin; Tanrı sevgisini ve tanrının buyruklarını hayatlarının merkezine koyanlar ise Tanrı Devleti'nin yurttaşlarıdır.

Her ne kadar Türkçe literatürde Tanrı Devleti ifade yaygınlıkla kabul görse Latince "civitas" kelimesi aslında toplumu, siyasal topluluğu ifade etmektedir. Augustinus'a göre bu iki devletin kökeninde iki farklı melek toplumu yani aydınlık ve karanlık, iyilik ve kötülük ayrımı

⁷² Paul J. Weithman, "Augustine and Aquinas on Original Sin And Function of Political Authority", *Journal of the History of Philosophy*, 30/3, (1992), s. 355

⁷³ Demir, "Bu Dünyaya Fırlatılma ve Aziz Augustinus'un Kutsal Devleti", s. 88

⁷⁴ Betül Çotüksöken, "Aurelius Augustinus", *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Der. Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç, Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2021, s. 85

⁷⁵ Peter J. Burnell, "The Status of Politics in St. Augustine's 'City of God'", *History of Political Thought*, 13/1, (1992), s. 17

⁷⁶ Leo C. Ferrari, "Some Surprising Omissions from Augustine's 'City of God'", *Augustiniana*, 20, (1970), s. 336

yatmaktadır.⁷⁷ Bu ayrımın bir sonucu olarak da bu iki devlet birbirinin mutlak karşıtı haline gelmekte ve birbirlerini dışlamaktadır. Augustinus'un kendi cümleleriyle bu iki devlet arasındaki ayrım şöyle ifade edilmektedir:

Sonuçta iki devlet de iki sevgi üzerine kurulmuştur: Yeryüzü Devleti, neredeyse Tanrı'yı küçümseyerek benliğe karşı duyulan bir sevgi üzerine; Tanrı Devleti de neredeyse benliği küçümseyerek Tanrı'ya karşı duyulan bir sevgi üzerine kuruludur. Kısacası, yeryüzü devleti kendisiyle övünürken ötekisi Tanrı ile övünür. Biri ihtişamı insanda ararken ötekisinde en büyük ihtişam Tanrı'ya mahsustur. Biri kendi ihtişamıyla başını dik tutarken öbürü Tanrı'ya şöyle der: "Benim ihtişamım sensin ve benim başımı dik tutan da" (Mezmurlar 3, 3). Birinde prensler ve egemenliği altındaki milletler, yönetme sevdasıyla yönetilirken ötekinde prensler ve kulları birbirine sevgi ile hizmet ederler, prensler herkesi düşünür kullar da itaat ederler. Biri, hükümdarlarının kişiliğinde temsil edilen kendi gücüyle mutlu olur ötekisi Tanrı'ya şöyle der: "Seni seviyorum, Ah Tanrım, gücüm sensin" (Mezmurlar 18, 1).⁷⁸

Augustinus bu iki melek toplumu, iki ayrı devlet arasında yaptığı ayrımı insanlar hakkında da yapmaktadır. Ona göre insan ırkı da ikiye ayrılmaktadır: kendi dilediği gibi yaşayanlar ve Tanrı'yı rehber tutarak yaşayanlar; yani Yeryüzü Devletinin mensupları ile Tanrı Devletinin mensupları. Augustinus'a göre bu dünyadaki her insan bu iki melek toplumundan, iki devletten birinin mensubudur. Augustinus bu ayrımı Hristiyan teolojisine göre insanlığın başlangıcına kadar götürmektedir: *"İnsan ırkının ilk ana babasının ilk evladı olan Kabil, insanların devletine mensup olurken ondan sonra dünyaya gelen Habil, Tanrı'nın devletine dahil olmuştur."*⁷⁹ İnsanların büyük çoğunluğu tensel zevklerin ve dünyevi varlıkların düşkünü olduğu için Yeryüzü Devletinin bir parçasıdır; ancak hayatlarını tanrının iradesine uygun şekilde yaşayan sınırlı bir azınlık ise erdem ve doğruluğun hüküm sürdüğü Tanrı Devletine mensupturlar. Dolayısıyla insanlar bu iki farklı melek toplumu gibi iyi insanlar ve kötü insanlar olarak ikiye ayrılır. İnsanların nasıl bir hayat yaşadıkları, dolayısıyla iki toplumdan hangisinin bir parçası olduklarını belirleyen ise kendi kararlarıdır. Yani insanı iyi ya da kötü bir insan olmaya yönelten kendi özgür iradesidir. İnsan özgür iradesiyle Tanrı'nın iradesine ve buyruklarına uygun bir hayat yaşayarak Tanrı Devleti'nin bir mensubu olabilir ya da kendi arzularının boyunduruğu altına girip Tanrı'nın iradesine karşı gelerek Yeryüzü Devleti'nin bir mensubu olarak kalabilir: *"Tanrı devletinin yurttaşları ruhlarının gösterdiği şekilde, yani, Tanrı'nın gösterdiği şekilde yaşar; ötekiler ise bedenlerinin gösterdiği şekilde, yani, kendi bildiklerine göre yaşarlar."*⁸⁰

Yeryüzü Devleti, bireysel ve toplumsal çıkarlar üzerine kurulmuştur. Yeryüzü Devletinin amacı insanları doğru ve erdemli yaşama yöneltmek değil, bu dünyadaki düzeni sağlayıp kaosun önüne geçmektir. Bu nedenle Yeryüzü Devleti için önemli olan dünyevi başarıları ve iktidarı sağlamaktır.⁸¹ Bu dünyada bir siyasal otoritenin varlığına ihtiyaç vardır; çünkü düşüşün ardından insan soyunun dünyaya sürülmesiyle birlikte ilk günahın laneti de dünyaya gelmiştir. Yani günahkâr insan beraberinde kötülüğü de dünyaya getirmiştir. Bu nedenle dünyada belli bir düzenin korunabilmesi ve barışın sürekliliği için insanların kendi siyasal yönetimlerini

⁷⁷ Augustinus, Tanrı Devleti, s.85

⁷⁸ Augustinus, Tanrı Devleti, s.117

⁷⁹ Augustinus, Tanrı Devleti, s. 120

⁸⁰ Augustinus, Tanrı Devleti, s. 107

⁸¹ Burnell, "The Status of Politics in St. Augustine's 'City of God'", s.21-22

kurmaları bir zorunluluktur.⁸² O halde dünyevi iktidara sahip Yeryüzü Devletinin insanın günahkâr doğasının bir sonucu olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Bu nedenle Yeryüzü Devleti de kusurludur; ancak aynı zamana insanın günahkâr doğasının yol açabileceği kaosu önleyip toplumsal düzenin sağlanması için de bir gerekliliktir. Bu açıdan Yeryüzü Devletinin kendi içinde çelişkili bir varoluşu olduğu söylenebilir.⁸³

Tanrı Devleti ise Yeryüzü Devletinden tamamen farklı bir kavramdır. Augustinus'un Tanrı Devleti ile ifade etmek istediği dünyadaki herhangi bir siyasi, dini ya da toplumsal yapı değildir.⁸⁴ Tanrı Devleti özünde Tanrı'ya adanmış bir hayatı tercih eden, Tanrı'nın inayetine sahip insanların bütün dünyayı kapsayan ruhani birlikteliğidir. İradelerini Tanrı'nın buyruklarına uydurmayı başarmış bu insanlar dünyanın neresinde olursa olsunlar Tanrı devletinin yurttaşı olarak bir aradadırlar.⁸⁵ Bu nedenle Augustinus'un iki devlet ayrımını Orta Çağ felsefesinde daha sonra ortaya çıkacak olan "Gelasius doktrini" ile karıştırmamak gerekir Gelasius doktrini siyasal iktidarın seküler otoritesi ile Katolik Kilise'sinin ruhani otoritesinin birbirinden ayrılması üzerine kuruludur.⁸⁶ Augustinus ise Tanrı Devletiyle hiçbir şekilde kiliseyi ima etmemektedir.⁸⁷ Tanrı Devletinin mensupları özgür irade konusunda da belirtildiği üzere ruhlarını günahattan özgürleştirmeyi başarabilmiş insanlardır. Bu dünyada yaşıyor olsalar da bu dünyanın değerlerine göre yaşamazlar, iradelerini dünyevi çekişmelerden uzak, maddi arzulardan tamamen arınmış bir şekilde, ilahi erdemler tarafından yönetilen bir hayatları vardır. Dolayısıyla Tanrı Devletinin mensuplarının aynı zamanda dünyada gerçekten özgürlüğe sahip olan insanlar olduğu söylenebilir. Onlar için bu dünyada geçirdikleri süre sadece göklerdeki anavatana geri dönüş yolculuğudur.

Augustinus'un Tanrı Devleti ve Yeryüzü Devleti arasında yaptığı ayrım, Orta Çağ boyunca Kilise'nin siyasal iktidarla ilişkisini şekillendirmiş ve seküler iktidarın sınırlarını belirlemede önemli bir referans noktası haline gelmiştir. Orta Çağ'da kilise ve devlet arasındaki ilişkiyi şekillendiren başlıca doktrin olan Gelasius'un İki Kılıç Doktrini de Augustinus'un bu ayrımından doğmuştur. Daha sonraki süreçte, seküler devlet anlayışının gelişimi, bu iki otoritenin birbirinden ayrılması fikri üzerine inşa edilmiştir. Bu yönüyle, Augustinus'un yaklaşımı, modern laik devlet anlayışına giden süreçte kilise ve devlet ayrımına zemin hazırlayan önemli bir aşama olmuştur.⁸⁸

Augustinus'un Tanrı Devleti ve Yeryüzü Devleti ayrımı, modern çağda siyaset ile din arasındaki ilişkiyi belirlemede kritik bir noktada yer almıştır. Orta Çağ boyunca bu ayrım, bahsi geçen İki Kılıç Doktrini aracılığıyla, Kilise'nin siyasal iktidar üzerindeki otoritesini meşrulaştırmak için kullanılmış olsa da, modern dönemde farklı bir yoruma kavuşmuştur.

⁸² Weithman, "Augustine and Aquinas on Original Sin and the Function of Political Authority", s. 359

⁸³ Demir, "Bu Dünyaya Fırlatılma ve Aziz Augustinus'un Kutsal Devleti", s. 88

⁸⁴ Arslan, İlkçağ Felsefe Tarihi 5, s. 533

⁸⁵ Rex Martin, "The Two Cities in Augustine's Political Philosophy", Journal of the History of Ideas, 33/2, (1972), s.197-198

⁸⁶ Ağaoğulları ve Köker, İmparatorluktan Tanrı Devletine, s. 172

⁸⁷ Martin, "The Two Cities in Augustine's Political Philosophy", s. 199

⁸⁸ John Witte, "Facts and Fictions About the History of Separation of Church and State", Journal of Church and State, 48/1, (2006), s. 19-20

Augustinus'un Tanrı Devleti ve Yeryüzü Devleti ayrımı, sekülerleşme sürecinin temel taşlarından biri olan din ve devlet işlerinin ayrılmasına zemin hazırlamıştır. Bu ayrım, dünyevi otoritelerin ilahi otoriteden bağımsız hareket edebileceği fikrini desteklemiş ve seküler düşüncenin gelişimine katkı sağlamıştır. Augustinus, devletin ilahi bir kökene sahip olduğunu ve bu nedenle dünyevi iktidarın sınırlarının ilahi otorite tarafından belirlendiğini vurgulamıştır. Ayrıca, Augustinus'un Yeryüzü Devleti'ni günahkârların ve Tanrı'ya sırt çevirenlerin oluşturduğu bir yapı olarak tanımlaması, dünyevi otoritelerin mutlak olmadığını ve ilahi otoriteye tabi olduğunu vurgulamıştır. Bu yaklaşım, dünyevi iktidarın sınırlarını belirlemiş ve seküler düşüncenin gelişimine zemin hazırlamıştır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Cicero ve Augustinus insan doğası ve devlet üzerine geliştirdikleri farklı yaklaşımlarla Batı düşüncesinde önemli bir yere sahiptir. Cicero düşüncesinde insanın doğasından kaynaklanan değerler olarak karşımıza çıkan doğal hukuk ve adalet kavramları, insan doğası ile uyumlu ideal bir siyasal düzen anlayışını da beraberinde getirir. Kendisi bu ideal siyasal düzeni Roma Cumhuriyeti'nde bulmaktadır. Devlet anlayışı, adalete yüklediği toplumsal düzeni ayakta tutma işlevi, yasaların doğal hukuka ve adalete dayanması gerektiğine yönelik inancı ile hukukun üstünlüğü anlayışının ve doğal hukuk kuramının ilk tohumları Cicero tarafından atılmıştır.

Augustinus ise Hristiyan teolojisinin etkisiyle insan doğasına dair yeni ve özgün bir yaklaşım geliştirmiştir. İlk günah doktrini ve iki devlet ayrımı Augustinus'un siyasal felsefesinin merkezinde yer almaktadır. İnsanın günahkâr bir varlık olduğu fikri üzerinde şekillenen siyasal teolojisi, yeryüzü devletlerinin kusurlu olduğu sonucuna varır. Dünyevi siyasal düzenler ona göre geçicidir ve sadece Tanrı Devletine ulaşana kadar insanlar üzerinde bir hakimiyetleri söz konusudur. İnsan günahkâr doğasını yenip Tanrı Devletinin bir parçası olduğundan dünyevi iktidarların buyruğundan da kurtulmuş olacaktır. Augustinus için ideal toplum Tanrı'ya adanmış hayatların ruhani bir birlikteliği olarak ele alınabilecek bu Tanrı Devletidir.

Cicero ve Augustinus insan doğasına farklı perspektiflerden açıklamalar getirmiş olsalar da toplumsal ve siyasal tasarılarının merkezine insanı yerleştirme noktasında bir araya gelirler. Cicero, insan doğasını rasyonalite ve ahlak ekseninde ele almış, insanı doğası gereği toplumsal bir varlık olarak görmüştür. Ona göre, insanın akıl sahibi olması, onun erdem ve adalete yönelmesini sağlar. Cicero'nun doğal hukuk anlayışı, insan doğasının evrensel ahlaki ilkelerle uyumlu olduğunu ve hukukun bu doğal ilkelere dayanması gerektiğini öne sürmüştür. Augustinus ise insan doğasını Hristiyan teolojisi çerçevesinde yorumlamış ve "ilk günah" doktrini ekseninde ele almıştır. Ona göre insan doğası özünde iyidir, ancak Âdem ve Havva'nın cennetten düşüşü ile lekelenmiş ve kötülüğe yatkın hale gelmiştir. Bu nedenle, bireylerin kendi başlarına erdemli bir hayat sürmesi mümkün değildir; insanın doğru yolda ilerleyebilmesi ancak Tanrı'nın inayetiyle mümkündür. Bu bağlamda Cicero, insanın akıl yoluyla iyiye ulaşabileceğini savunurken, Augustinus insanın kendi başına yeterli olmadığını ve Tanrı'nın rehberliğine ihtiyaç duyduğunu ileri sürerek insan doğasına dair daha karamsar bir yaklaşım sergilemiştir.

Cicero'nun hukuk anlayışı, doğa yasasına dayalı bir adalet anlayışını temel alır. Ona göre, hukuk insan iradesinden bağımsız olarak var olan evrensel bir düzene dayanmalıdır. Adalet, bireylerin ve toplumun düzen içinde yaşamasını sağlayan temel ilkedir. Bu bağlamda, bireyler ve devlet, doğal hukuka uygun hareket ettikleri sürece meşruiyet kazanırlar. Augustinus ise hukuku daha çok günahkâr insan doğasının bir sonucu olarak ele almıştır. Ona göre, dünyevi hukuk sistemleri eksik ve kusurludur çünkü insanlar doğaları gereği günaha meyillidir. Mutlak adalet ancak Tanrı'nın yasalarında bulunabilir ve bu nedenle dünyevi yasalar ne kadar gelişmiş olursa olsun, Tanrı'nın yasalarıyla kıyaslandığında yetersiz kalacaktır. Bu noktada Cicero ve Augustinus arasındaki temel fark, hukukun kaynağına dair yaklaşımlarında ortaya çıkmaktadır. Cicero hukuku insan aklı ve doğa yasası ekseninde değerlendirirken, Augustinus hukuku ilahi bir çerçevede ele alarak insan yasalarını kusurlu kabul etmiştir.

İnsan doğasına ilişkin tartışmalar, modern siyasal düşüncenin temelini oluşturan toplum sözleşmesi kuramlarında belirleyici bir rol oynamıştır. Augustinus'un insan doğasını günahkâr ve zayıf olarak görmesi, Thomas Hobbes'un insan doğasının çatışmacı olduğu ve güçlü bir devletin bu çatışmayı önlemesi gerektiği düşüncesiyle büyük benzerlikler taşır. Hobbes'a göre insanlar doğaları gereği bencil ve saldırgandır, bu nedenle güçlü bir merkezi otoritenin varlığı zorunludur. Ancak Cicero'nun insan doğasını rasyonel, adalet arayışında ve toplumla uyumlu olarak tanımlaması, John Locke gibi düşünürlerin insanın akıl yoluyla iyiye ulaşabileceği fikrini geliştirmesine katkı sağlamıştır. Locke'un toplum sözleşmesi kuramında bireylerin doğa durumunda bir özgürlük içinde olduğu ancak devletin bireysel hakları korumak amacıyla var olduğu fikri, Cicero'nun hukuk ve adalet anlayışıyla örtüşmektedir.

Cicero, tüm insanların doğal olarak aynı aklı ve doğayı paylaştığını, dolayısıyla ahlaki olarak eşit olduğunu kabul etmiştir. Ancak, toplumsal ve siyasal eşitliğin mümkün olmadığını savunmuş, aristokrasinin devlet yönetiminde belirleyici bir rol üstlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Augustinus ise eşitliği dünyevi bir kavram olarak değil, ilahi bir düzlemde ele almıştır. Ona göre, insanlar günahkâr doğaları gereği eşit değildir, ancak Tanrı'nın inayetiyle ruhen kurtuluşa ulaşabilirler. Yeryüzü Devleti içinde toplumsal eşitlikten bahsetmek mümkün değildir, çünkü bireylerin dünyevi yaşamları farklı sınavlarla şekillenir. Bu noktada Cicero toplumsal eşitsizliği siyasal düzenin bir gerekliliği olarak görürken, Augustinus eşitsizliği insanın kaderiyle ilişkilendirmiştir.

Cicero'ya göre devlet, bireylerin yasa birliği ve ortak yarar etrafında birleştiği bir toplumdur. Devletin temel amacı, adaleti sağlayarak yurttaşların ortak refahını güvence altına almaktır. Cicero, Roma Cumhuriyeti'ni ideal bir yönetim modeli olarak görmüş ve bu yapıyı doğal hukuka dayalı, rasyonel bir sistem olarak değerlendirmiştir. Augustinus ise devleti, insanın günahkâr doğasının bir sonucu olarak ortaya çıkan geçici ve kusurlu bir yapı olarak görmüştür. "Tanrı Devleti" ve "Yeryüzü Devleti" ayrımını yaparak, dünyevi iktidarın kaçınılmaz olarak eksik ve kusurlu olduğunu savunmuştur. Augustinus'a göre, gerçek kurtuluş ancak Tanrı Devleti'ne ulaşarak mümkündür. Bu noktada Cicero devleti akıl, hukuk ve toplumsal düzen çerçevesinde değerlendirirken, Augustinus devleti günahın bir sonucu olarak ele almış ve dünyevi devletin geçiciliğine vurgu yapmıştır.

Cicero'nun hukuk devleti anlayışı ve Augustinus'un siyasal otoriteyi Tanrı'nın inayetine bağlayan yaklaşımı, modern siyasal düşüncede devletin meşruiyeti ve sınırları hakkında iki farklı perspektifin doğmasına neden olmuştur. Cicero'nun Cumhuriyetçi düşüncesi, Montesquieu ve Madison gibi düşünürlerin güçler ayrılığı teorisini geliştirmesine katkı sağlamıştır. Cicero, aristokratik bir senatonun varlığını savunurken, aynı zamanda halkın temsil edilmesi gerektiğini de vurgulamıştır. Bu anlayış, ABD Anayasası'nın yazım sürecinde büyük bir etki yaratmış ve karma yönetim modelinin temellerinden biri olmuştur.

Cicero ve Augustinus'un insan doğası, devlet, hukuk ve siyasal düzen üzerine geliştirdikleri teoriler, modern siyasal düşüncenin şekillenmesinde kritik bir rol oynamıştır. Cicero'nun doğal hukuk anlayışı ve cumhuriyetçi yönetim modeli, liberal demokrasinin ve insan hakları anlayışının temel taşlarını oluştururken, Augustinus'un insan doğası ve siyasal otorite hakkındaki görüşleri, modern devletin sekülerleşme sürecinde farklı biçimlerde yeniden yorumlanmıştır. Bu bağlamda, Cicero'nun akılcı ve hukuk temelli siyasal felsefesi, modern anayasal düzenlerin gelişimini desteklemiş, Augustinus'un teolojik ve kurtuluş odaklı siyaseti ise din ile devlet arasındaki ilişkinin yeniden şekillenmesine yol açmıştır. Bu iki düşünürün karşılaştırmalı analizi, modern siyaset teorilerinin kökenlerini anlamada büyük bir katkı sağlamaktadır ve günümüz siyasal tartışmalarına ışık tutmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Levent Köker. İmparatorluktan Tanrı Devletine. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 1996.
- Arslan, Ahmet. İlkçağ Felsefe Tarihi 4. İstanbul: Alfa Yayınları, 2023.
- Arslan, Ahmet. İlkçağ Felsefe Tarihi 5. İstanbul: Alfa Yayınları, 2023.
- Asmis, Elizabeth. "The State as a Partnership: Cicero's Definition of 'Res Publica' in his Work 'On The State'". History of Political Thought. 25/4, (2004), (s. 569-598).
- Asmis, Elizabeth. "Cicero on Natural Law and the Laws of the State." Classical Antiquity, 27/1, (2008), (s. 1-33).
- Atay Yılmaz, Emine. "Hristiyanlıkta Asli Günah İnancı". Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Atayman Erçelik, Pelin. "Cicero". Siyaset Felsefesi Tarihi. Der., Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç. Ankara: Doğubatı Yayınları, 2021: (s. 62-76).
- Atayman Erçelik, Pelin. "Cicero'da Doğal Hukuk Anlayışı". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Augustinus. *Tanrı Devleti*, Çev. Ö. Sencer. Ankara: BilgeSu Yayıncılık, 2021.
- Augustinus. *İstencin Özgür Tercih Üzerine*, Çev. M. Topuz. İstanbul: Say Yayınları, 2015.
- Berthold Jr., Fred, "Free Will and Theodicy in Augustine: An Exposition and Critique". Religious Studies, 17/4, (1981): (s.525-535).
- Burnell, Peter J. "The Status of Politics in St. Augustine's 'City of God'". History of Political Thought, 13/1, (1992), (s.13-29)
- Cicero. *Devlet Üzerine*, Çev. C. C. Çevik. İstanbul: İthaki Yayınları, 2019.
- Cicero. *Yasalar Üzerine*, Çev. C. C. Çevik. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021.
- Cicero. *Yükümlülükler Üzerine*, Çev. C. C. Çevik. İstanbul Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2021.
- Çotuksöken, Betül. "Aurelius Augustinus". Siyaset Felsefesi Tarihi. Der., Ahu Tunçel ve Kurtul Gülenç. Ankara: Doğubatı Yayınları, 2021: (s. 77-91).
- Demir, Aysel, "Bu Dünyaya Fırlatılma ve Aziz Augustinus'un Kutsal Devleti". Felsefi Düşün Akademik Felsefe Dergisi. 10 (2018), (s.74-94).
- Doğan, Bilal. "Hristiyanlıkta Asli Günah Doktrini (Pavlus-Pelagius Örneği)". Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Ferrari, Leo C. "Some Surprising Omissions from Augustine's 'City of God'". Augustiniana, 20, (1992), (s.336-346).
- Güzeldal, Yasin. "Augustinus'un De civitate Dei Eserinde Roma'nın Düşüşü, Apokaliptik Ögeler ve Ahir Zaman Algısı". Ortaçağ Araştırmaları Dergisi, 6/2 (2023): (s. 630-645).
- Kılıç, Yavuz. "İnsan Doğası Kavramı Üzerine Bir Çalışma". Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Martin, Rex. "The Two Cities in Augustine's Political Philosophy". Journal of the History of Ideas, 33/2, (1972), (s. 195-216).
- Mitsis, Philip. "The Stoic Origin of Natural Rights", Topics in Stoic Philosophy, Der. K. Ierodiakonou, Oxford: Oxford University Press, (1999), s.155-177.

- Öner, Emine Saadet. “Augustinus’un Tanrı Devleti”. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Özcan, Muttalıp. İnsan Felsefesi. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2006.
- Rist, John M. “Augustine on Free Will and Predestination”. The Journal of Theological Studies, 20/2 (1969): (s. 420-447).
- Russell, Bertrand. *Batı Felsefesi Tarihi 2. Cilt*, Çev. A. F. Yıldırım. İstanbul: Alfa Yayınları, 2022.
- Saygılı, Abdurrahman. Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında Devlet. Ankara: İmaj Yayınevi, 2014.
- Seagrave, S. Adam. “Cicero, Aquinas, and Contemporary Issues in Natural Law Theory”. The Review of Metaphysics, 62/3 (2009): (s. 491–523).
- Turan, Müslüm. “İnsan Doğası ve Hukuk”. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.
- Uslu, Ateş. Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi – 1. İstanbul: Yordam Kitap, 2022.
- Weithman, Paul J. “Augustine and Aquinas on Original Sin and the Function of Political Authority”. Journal of the History of Philosophy, 30/3, (1992), (s.353-376).
- Wiesen, David S. “Cicero’s Image in America and the Discovery of De Republica”. History of Classical Scholarship, 2 (2020): (s. 159-179).
- Witte, John. “Facts and Fictions About the History of Separation of Church and State”. Journal of Church and State, 48/1, (2006): (s. 15-45).
- Wood, Ellen Meiksins. *Yurttaşlardan Lordlara*, Çev. O. Köymen. İstanbul: Yordam Kitap, 2020.
- Wood, Neal, Cicero’s Social and Political Thought, California: University of California Press, 1991.
- Yeşilyaprak, Fatih. “Aziz Augustinus ve Asli Günah Anlayışı”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.

EXTENDED SUMMARY

HUMAN NATURE AND THE STATE IN CICERO AND AUGUSTINE

Oguzhan Mehmet Sahin, RA.

Artvin Çoruh University, sahinom@ankara.edu.tr

○ <https://orcid.org/0009-0009-1012-9469>

The study examines Cicero and Augustine's perspectives on human nature and the state, highlighting their profound influence on Western thought during the transition from antiquity to the Middle Ages. Cicero, a Roman statesman and philosopher, regarded the Roman Republic as an ideal political system. He emphasized natural law and justice as universal principles inherent in human nature, asserting that justice is the foundation of societal cohesion. Cicero's concept of natural law, deeply influenced by Stoicism, held that justice and laws derive legitimacy from a divine, rational order shared by all humanity. This view established a moral framework transcending political and cultural boundaries. However, Cicero also supported a hierarchical social and political structure, believing governance should rest with the most capable individuals. His advocacy of an aristocratic republican model reflected his concern for preserving stability and the ideals of the Roman Republic.

Cicero's synthesis of Greek philosophical traditions with Roman ideals positioned him as a key figure in bridging classical and medieval thought. He rejected both monarchy and radical democracy, favoring a balanced republic where laws were aligned with natural law. This approach, while idealistic in its universal aspirations, also defended the practical realities of Roman aristocratic rule. Cicero's works, particularly his emphasis on justice as an intrinsic value, laid the groundwork for the later development of natural law theories, notably influencing Christian thinkers.

Augustine, a major figure in early Christian philosophy, approached human nature and governance through a theological lens. His doctrine of original sin, a central element of his thought, argued that human nature, though inherently good, was corrupted by Adam and Eve's disobedience. This original sin introduced moral frailty and a susceptibility to worldly desires, shaping Augustine's views on human institutions. For Augustine, human existence is marked by a dual nature—good yet flawed—and this duality influenced his political theology.

A cornerstone of Augustine's philosophy is his distinction between the "City of God" (Civitas Dei) and the "Earthly City" (Civitas Terrena). The City of God represents a spiritual community of those who live according to divine will, seeking eternal salvation through love for God and moral virtue. By contrast, the Earthly City symbolizes human institutions corrupted by sin and driven by pride and material ambition. Augustine argued that earthly governance, while necessary for maintaining

social order, is inherently flawed and temporary. True justice and fulfillment, he claimed, are only achievable within the City of God, a transcendent and eternal realm.

Augustine's views on governance reflect his theological priorities. He saw political authority as a tool that, despite its imperfection, could curb evil and guide individuals toward a higher moral purpose. However, he remained critical of human institutions' capacity to achieve lasting justice, emphasizing the ultimate need for divine grace and spiritual salvation. This theological perspective contrasted sharply with Cicero's more optimistic view of human reason and governance.

The study highlights the differences between Cicero and Augustine's approaches to human nature and the state while also recognizing their shared influence on Western thought. Cicero's belief in reason, natural law, and the moral potential of humanity reflects the classical humanist tradition. In contrast, Augustine's focus on original sin and divine grace underscores the limitations of human efforts and the need for spiritual redemption. Cicero's universalism is grounded in a rational order accessible to all, while Augustine's theology points to a divine order beyond human comprehension.

Despite their differing views, both thinkers shaped their respective eras and provided foundations for later developments. Cicero's adaptation of Greek philosophy to Roman contexts influenced the evolution of natural law theory and its application in medieval Christian thought. Augustine's integration of classical philosophy with Christian theology redefined political and moral philosophy, emphasizing the relationship between earthly and divine authority. Together, their ideas bridged the intellectual traditions of antiquity and the Middle Ages, leaving a lasting legacy on Western political and moral philosophy.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

CEZA ADALETİ SİSTEMİNDE AKTÜERYAL RİSK DEĞERLENDİRME ARAÇLARI: COMPAS ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN BİR TARTIŞMA

ACTUARIAL RISK ASSESSMENT TOOLS IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: A DISCUSSION THROUGH THE EXAMPLE OF COMPAS

Dr. Efe Can Karabulat*

Öz

Ceza muhakemesinin gereği gibi yürütülebilmesi ve cezaların infazının kendisinden beklenen amaçlara hizmet edebilmesi için sanık ve hükümlülerin risk ve ihtiyaçlarının doğru bir şekilde tespit edilebilmesi gerekir. Bu amaçla ceza adaleti sisteminde aktüeryal risk değerlendirme araçlarına başvurulmasının elli yılı aşkın bir tarihçesi söz konusudur. Geçtiğimiz yirmi beş yıllık süreçte ise, risk değerlendirme araçlarının bilgisayar destekli olarak kullanılabilmesi imkanı doğmuştur. Günümüzde bu şekilde kullanılan araçlardan biri de COMPAS'tır. Bir psikolojik ölçekler bütünü olan COMPAS, statik ve dinamik risk faktörleri ile failin ihtiyaçlarını dikkate alarak onun hakkında bir değerlendirme yapılabilmesini sağlamaktadır. Bu araçtan yararlanılarak hem sanığın tutuklu yargılanıp yargılanmayacağı hem hangi ceza ile cezalandırılmasının daha uygun olacağı hem de koşullu salıverilmeden yararlandırılmasının doğru olup olmayacağı yönünde tespitler yapılabilmektedir. Faydalarına karşın, bu aracın kullanımına ilişkin ciddi endişeler de söz konusudur. Özellikle programın ayrımcılığa neden olduğu ve silahların eşitliği ilkelerini ihlal ettiği iddiaları halen tartışılmaktadır. Kanaatimizce Türkiye'de de benzer bir programın kullanılması mümkün olmakla birlikte, Türk ceza adaleti sistemi bu tür programların yalnızca infaz aşamasında kullanımına uygundur.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi Hukuku, Risk Değerlendirme Araçları, COMPAS, Risk-ihhtiyaç Modeli, Denetimli Serbestlik.

* Arş. Gör. Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

0000-0002-2181-1692 efe.karabulat@hbv.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

For the proper conduct of criminal proceedings and for the execution of sentences to serve their intended purposes, it is essential to accurately identify the risks and needs of defendants and convicts. In this regard, actuarial risk assessment tools have been utilized in the criminal justice system for over fifty years. Over the past twenty-five years, it has become possible to use these tools in a computer-assisted manner. One such tool in use today is COMPAS. As a comprehensive set of psychological scales, COMPAS enables assessments by considering both static and dynamic risk factors, as well as the offender's needs. Using this tool, determinations can be made regarding whether a defendant should be detained during trial, which punishment would be most appropriate, and whether conditional release is suitable. Despite its advantages, there are significant concerns regarding the use of this tool. In particular, claims that the program causes discrimination and violates the principles of equality of arms are still being debated. In our opinion, while it is possible to implement a similar program in Turkey, the Turkish criminal justice system is only suitable for utilizing such programs at the execution stage..

Keywords: Criminal Procedure, Risk-assessment Tools, COMPAS, Risk-Need Model, Probation.

GİRİŞ

Gerek ceza muhakemesi gerekse cezaların infazı; şüpheli, sanık veya hükümlünün sahip olduğu birtakım özelliklerden ya da dışı vurduğu söz veya davranışlardan yola çıkarak, onun hakkında tahminlerde bulunmayı gerektirir. Şüpheli, eğer tutuksuz yargılanır ise kaçacak ya da delilleri yok etmeye veya değiştirmeye çalışacak mıdır? Sanığa hangi tür ve ağırlıkta bir ceza verilmesi onun yeniden suç işlemesinin önlenmesi için idealdir? Hükümlü, yeniden aynı ya da farklı bir suçu işleyecek midir? Onun yeniden suç işlemesini önlemek için nasıl bir infaz rejimi uygulamak gerekir? Hükümlünün koşullu salıverilmesine karar verilmeli midir yoksa cezasının tümünü ceza infaz kurumunda çektirmek mi gerekir? Kararı verecek olan makamın elinde bu soruların doğru ve kesin yanıtları yoktur. Elindeki bilgilere dayanarak en olası durumu tespit etmek ve her bir hareket tarzının olası sonuçlarını hesaplayarak en doğru kararı vermek zorundadır.

Ceza adaleti sistemi, bir suç işlenmesiyle birlikte bu suçun kim tarafından hangi koşullarda işlendiğini ortaya çıkarmak ve onu uygun bir yaptırımla karşılamak üzere harekete geçtiği gibi, muhakemenin ve infazın gereği gibi yürüyebilmesi için bu sorulara da yanıt aramaktadır. Bu çaba, şüphesiz, karar alıcının hislerine ya da kaba tahminlerine bırakılabilecek bir iş değildir. Daha doğru bir söyleyişle, mezkûr kararların bu şekilde alındığı günler artık geride kalmıştır.

Günümüzde, her müşahhas suçun oluşum koşullarını kesin olarak açıklayamamakla ve işlenecek suçları tümüyle öngörememekle birlikte; bireylerin neden ve hangi suretle suç işlediklerini, bir bireyin ilk kez veya mükerrer olarak suç işleme olasılığını artıran risk faktörlerinin, yeniden suç işleme olasılığı olan bireylerin ihtiyaçlarının neler olduğunu ve hükümlünün ıslahında başarıyı sağlayan faktörlerin neler olabileceğini ortaya koyan geniş bir kriminoloji literatürü bulunmaktadır. Kabul etmek gerekir ki, bu alanda henüz kat edilmesi gereken çok yol bulunmaktadır. Bununla birlikte, ceza adaleti sisteminin karar alıcılarının artık daha sağlıklı, bilimsel prensiplere dayanan ve bu prensipler çerçevesinde izah edilebilir ve şeffaf kararlar verme imkânı doğmuştur.

Geleneksel olarak, ceza adaleti sisteminin karar alıcılarının, gerekli eğitimlerden geçerek yukarıda zikredilen müktesebata hâkim olması ve kararlarını bu yönde vermesi yolu izlenmiştir. Özellikle psikoloji bilimindeki gelişmeler neticesinde, hem suç davranışını açıklamaya yönelik teoriler daha gelişkin hale gelmiş hem de bilgi toplama yöntemleri zenginleşmiş ve standartlaşmıştır. Bu kapsamda, aşağıda daha geniş olarak ele alınacağı üzere, ceza adaleti sisteminde bireylerin risk ve ihtiyaçlarını değerlendirmeye yönelik özel psikolojik ölçekler de ortaya çıkmıştır.

Geçtiğimiz 25 yıllık süreçte ise, hem bu ölçeklerin bilimsel gelişmeler ışığında rafine edilmesi hem de bilgi teknolojisi alanındaki ilerlemeler, bu işlemlerin bilgisayar destekli olarak yapılabilmesinin de yolunu açmıştır¹. Günümüzde, ABD başta olmak üzere bazı ceza adaleti sistemlerinde, belli bir algoritmayı haiz yazılımlarla risk ve ihtiyaç değerlendirmesinin bilgisayar destekli olarak yapılabildiği müşahade edilmektedir.

¹ Melissa Hamilton, "The Sexist Algorithm", *Behavioral Sciences & the Law*, 37/2 (2019), s. 145-146.

Birçok farklı alanda olduğu üzere, ceza muhakemesinde de algoritmalarından yararlanılmasının nispeten uzun bir tarihçesi vardır. Bununla birlikte, yapay zeka alanındaki atılımlar henüz çok yeni sayılabilecek nitelikte olduğundan, yapay zekanın kullanımının henüz sınırlı olduğu söylenebilir^{2,3}. Bununla birlikte, son birkaç yılda yapay zekâ teknolojilerindeki olağanüstü gelişim, meseleyi çok daha önemli ve Türkiye açısından pratik önemi haiz kılmaktadır. Zira aktüeryal risk değerlendirme araçları da, diğer algoritmalar gibi, derin öğrenme ve dil işleme tekniklerinden yararlanarak kısa süre içinde çok daha gelişkin bir hal alma şansına sahiptir.

Bu çalışmada, ABD ceza adaleti sisteminde kullanılan ve günümüzde bilgisayar destekli risk değerlendirme araçları arasında temel örnek olarak kabul edilebilecek olan COMPAS sistemi incelenecektir. Bununla birlikte önemle belirtilmelidir ki, çalışmanın gayesi, bizatihi COMPAS sistemini Türk hukuk uygulayıcılarına tanıtmak değil, bu program vesilesiyle ceza adaleti sisteminde risk değerlendirme algoritmalarından yararlanılması hususunu tartışmaya açmaktır. Dünyada bu eğilimin yükseldiği ve teknolojik atılımların çok hızlandığı böylesi bir dönemde, uzun yıllardır uygulanagelen bir örnek olan COMPAS üzerinden bu tartışmanın yapılmasını, bu tür algoritmalarından yararlanılmasının faydalarının ve olası sakıncalarının ortaya konulmasını çok önemsemekteyiz. Bu noktada, Türkiye’de bu husustaki çalışmalar son derece sınırlı olduğu için⁴, konuya dair müşahhas bir çalışma yapılması gereği haiz olmuştur.

Çalışmanın bazı sınırlılıklarından da bu noktada söz edilmelidir. Çalışmanın yukarıda da ifade edilen amaçları doğrultusunda, COMPAS’ın ve ABD ceza adaleti sisteminin, Türkiye’deki okuyucu için yararlı olmayacak ölçüde detaylı bir biçimde açıklanmasından sakınılarak, sistemin genel hatları ile üzerinde durulacaktır. Kaldı ki, özellikle ABD ceza adaleti sistemi ve bu sistemde cezaların ve infaz rejimlerinin belirlenmesi, bu bağlamda aşağıda da değinilecek olan risk-ihtiyaç ve risk-ihtiyaç-tepkisellik modellerine daha önceki bir çalışmamızda geniş yer

² Yapay zeka-algoritma ilişkisine dair bkz. John Villasenor ve Virginia Foggo, “Artificial Intelligence, Due Process, and Criminal Sentencing”, *Michigan State Law Review*, 1 (2020), s. 301 vd.

³ Yapay zekanın ceza muhakemesinde kullanım imkanlarına dair bkz. Jasper Ulenaers, “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, *Asian Journal of Law and Economics*, 11/2, 2020, s. 1 vd.

⁴ Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu hususta Türkiye’de yayımlanmış olan tek çalışma Abanoz Öztürk’e aittir. Buket Abanoz-Öztürk, *Ceza Muhakemesinde Sanığın Mükerrer Suç İşleme Riskinin Hesaplanması: COMPAS Algoritması ve Adil Yargılanma Hakkı*, *Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu* (Ed. Murat Balcı ve Hüseyin Aydın), Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 81-100. Mezkur çalışma, bir bildiri olması hasebiyle meseleyi yalnızca genel hatlarıyla ele aldığı gibi, ağırlık noktası da bizatihi COMPAS’ı tanıtmak ve olası sakıncalarını ortaya koymaktır. Biz bu çalışmada, yukarıdaki noktaları daha geniş bir biçimde izah etmenin yanında, Türkiye’de bu neviden araçların kullanılmasına yönelik imkanları da tartışma konusu haline getirmek niyetindeyiz.

Meseleye daha dolaylı olarak temas edilen Sapan’ın çalışmasında ceza muhakemesinde yapay zekanın işlevine genel olarak değinilmiş; bu esnada aktüeryal risk değerlendirme araçlarına ve COMPAS’a çok sınırlı olarak değinilmiştir. Oğuzhan Sapan, *Ceza Muhakemesinde Yapay Zeka Kullanımı*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024. Benzer şekilde, Erdoğan’ın eserinde, her ne kadar profillemeye ve bu bağlamda risk değerlendirmesi hususları incelenmekte ise de, çalışma tümüyle farklı bir bağlamda kaleme alınmıştır ve içeriğinde aktüeryal risk değerlendirme araçlarına ve bu bağlamda COMPAS’a yönelik oldukça sınırlı bilgi bulunmaktadır. Irmak Erdoğan, *Yapay Zeka ve Profillemeye Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022. Bu tespitlerde bulunmakla birlikte her iki çalışmanın da alana ilişkin genel bilgi edinilmesi zımında önemli eserler olduğunun ifade edilmesi gerekir.

vermiş bulunuyoruz⁵. Tekrara düşmemek açısından bu noktalarda okuyucunun ilgili kaynaklara yönlendirilmesi ile yetinilecektir.

COMPAS'ın bir bilgisayar programı olması dolayısıyla, hiç şüphesiz meselenin yazılım ve bilgi teknolojilerine bakan bir yönü de bulunmaktadır. Bu çalışmanın konusunu oluşturmaması nedeniyle, meselenin bu kısmı üzerinde mümkün olduğunca kısa bir biçimde ve hukuk uygulayıcılarının yararlanabileceği ölçüde değinilecektir. Kaldı ki, özellikle yabancı literatürde meselenin teknik yönü de oldukça detaylı bir biçimde incelenmiştir. Bu nedenle, gerekli kaynaklara yönlendirme yapılacak olmakla birlikte, eğer özel bir neden yoksa meselenin yalnızca hukuki yönü üzerinden açıklamaların yapılması yoluna gidilecektir.

Kanaatimizce son tahlilde önemli olan, ceza adaleti sisteminde risk ve ihtiyaç değerlendirmelerinin insan eliyle ya da bilgisayar destekli olarak yapılması değil, *bilimsel temellere dayalı olarak* yapılmasıdır. Eğer bunun yolu insan karar alıcılara yardımcı olacak araçlardan yararlanılmasından geçiyor ise, bu takdirde bu imkanların tartışılması ve geliştirilmesi önemlidir ve akademiye terettüp eden bir görevdir. Bu maksatla kaleme alınan çalışmamızın, Türkiye’de adil yargılanma hakkının tekamülüne katkı sağlamasını dileriz.

I. AKTÜERYAL RİSK DEĞERLENDİRME ARAÇLARI VE COMPAS HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. TARİHİ GELİŞİM VE ÇALIŞMA USULÜ

Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions, bilahare *Equivant* ismini alacak olan *Northpointe* isimli bir şirket tarafından geliştirilen⁶ ve ABD’nin çeşitli eyaletlerinde yapılan ceza yargılamalarında, sanığın⁷ risk ve ihtiyaç düzeylerini tayin eden, bu suretle onun tehlikeliliğinin değerlendirilmesi ve buna uygun olarak kendisine uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde kullanılan bir araçtır⁸. İlk kez 1998 yılında kullanılmaya başlanan ve gerek kriminoloji bilimindeki gelişmeler gerekse uygulamadan elde edilen bulgular ile sürekli güncellenen COMPAS, günümüzde hala yaygın olarak kullanılmaktadır⁹.

Aşağıda daha detaylı olarak açıklanacağı üzere, COMPAS, esasen bir psikolojik ölçekler bütünüdür. Şüphesiz, COMPAS’tan önce de, bireylerin gelecekte suç işleme ihtimali bağlamında tehlikelilik durumu da dahil olmak üzere, pek çok bilişsel ve davranışsal özelliğini

⁵ Bu hususlara ilişkin olarak bkz. Efe Can Karabulut, *Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024, s. 285 vd.

⁶ Şirket hakkında genel bilgiler için bkz. <https://www.equivant.com/about/>, Son güncelleme: 05.11.2024.

⁷ Aşağıda da açıklanacağı üzere, COMPAS’ın, gerek ceza muhakemesinin çeşitli evrelerinde gerekse infaz sürecinde kullanılması mümkündür. Bu nedenle, hakkında değerlendirme yapılan kişinin sıfatı *sanık* olabileceği gibi, *şüpheli* veya *hükümlü* de olabilir. Okuma kolaylığı açısından, özel olarak bunlardan birisi kastedilmedikçe, “şüpheli, sanık veya hükümlü” ifadesi yerine kısaca “sanık” denilmekle yetinilecektir.

⁸ Equivant, *Practitioner’s Guide to COMPAS’ Core*, 2017, Son güncelleme: 05.11.2024, <https://archive.epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/EPIC-16-06-23-WI-FOIA-201600805-COMPASPractitionerGuide.pdf>, s. 2.

⁹ Detaylı bilgi için bkz. Ulenaers, “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, s. 7 vd.; Villasenor ve Foggo, “Artificial Intelligence, Due Process, and Criminal Sentencing”, s. 307 vd.

ölçmeye yönelik ölçekler onlarca yıldır kullanılmakta idi¹⁰. Bu ölçekler genel olarak *aktüeryal risk değerlendirme araçları* (*Actuarial Risk Assessment Instrument-ARAI*) olarak anılmaktadır^{11,12,13}. Nitekim halihazırda COMPAS'ın yanında çok sayıda başka benzer program da bulunmaktadır¹⁴. Bu bağlamda COMPAS, bir aktüeryal risk değerlendirme aracı markası olup, lisanslı bir ürün olarak *Equivant* tarafından ABD ceza adaleti sisteminin paydaşlarına (mahkemeler ve denetimli serbestlik büroları) satılmaktadır¹⁵.

Bu hususun vurgulanması önemlidir, zira kapalı kaynak kodlu bir ticari ürün olan COMPAS'ın içeriği ticari sır kapsamındadır ve ilgili kanun hükümlerince korunmaktadır¹⁶. Bununla birlikte, COMPAS'ın mahkemelerde kullanılıyor olması, programın şeffaf ve hesap verebilirliğe açık olmasını da gerektirmektedir. Aşağıda daha geniş olarak değinileceği üzere, ticari sırlarla şeffaflığın bağdaşması, her durumda pek de kolay olmamaktadır¹⁷.

Tarihsel olarak tehlikelilik ölçeklerinin kullanımına, ilk olarak hükümlüler bakımından koşullu salıverilme kararlarının alınmasında rastlanmaktadır. 1970'li yıllarda Birleşik Krallık'ta *Nutall ve diğerleri* tarafından geliştirilen *Tekerrür Tahmin Puantajı* (*Reconviction Prediction Score*), hükümlülerin gelecek iki yılda yeniden suç işleme olasılıklarını tahmin etmek üzere tasarlanmıştır¹⁸. Bu ölçek uzun yıllar Birleşik Krallık ceza infaz sisteminde kullanıldıktan sonra, yerini daha gelişkin başka bir ölçeğe bırakmış ve bu seyir devam etmiştir¹⁹. COMPAS'ın geliştirilmesi sürecinde de bilhassa *Copas ve Marshall* tarafından geliştirilen *Hükümlü Tekerrür Ölçeği*²⁰ (*The Offender Group Reconviction Scale*) esas alınmıştır²¹.

¹⁰ Tarihi gelişim için bkz. John Copas ve Peter Marshall, "The Offender Group Reconviction Scale, A Statistical Reconviction Score for Use by Probation Officers", *Applied Statistics*, 47/1 (1998), s. 160.

¹¹ Anthony W. Flores, Kristin Bechtel ve Christopher, T. Lowenkamp, "False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks", *Federal Probation*, 80/2 (2016), s. 38. Ayrıca bkz. Tracy L. Fass vd. "The LSI-R and the COMPAS: Validation Data on Two Risk-Needs Tools", *Criminal Justice and Behavior*, 35/9 (2008), s. 1095 vd.

¹² Aktüeryal risk değerlendirme araçlarının tarihsel gelişimi hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. Stephen D. Gottfredson ve Laura J. Moriarty, "Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications", *Crime and Delinquency*, 52/1 (2006), s. 180 vd.

¹³ Avrupa Birliği'nde kullanılan risk değerlendirme araçları hakkında bilgi için bkz. European Commission, *Risk Assessment in Prison*, Lüksemburg: Publications Office of the European Union, 2021, s. 8 vd. Belirtmek gerekir ki bu araçların tümü aktüeryal değildir ve mezkur raporda diğer risk değerlendirme araçlarının birbirlerine kıyasla avantaj ve dezavantajlarına da yer verilmektedir.

¹⁴ Bu hususta bkz. Melissa Hamilton, "The Biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics", *American Criminal Law Review*, 56/4 (2019), s. 1555.

¹⁵ Anne L. Washington, "How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate", *Colorado Technology Law Journal*, 17/1 (2018), s. 145.

¹⁶ Washington, "How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate", s. 145.

¹⁷ Melissa Hamilton, "Judicial Gatekeeping on Scientific Validity with Risk Assessment Tools", *Behavioral Sciences & the Law*, 38/3 (2020), s. 227.

¹⁸ Copas ve Marshall, "The Offender Group Reconviction Scale, A Statistical Reconviction Score for Use by Probation Officers", s. 160.

¹⁹ Copas ve Marshall, "The Offender Group Reconviction Scale, A Statistical Reconviction Score for Use by Probation Officers", s. 160.

²⁰ Copas ve Marshall, "The Offender Group Reconviction Scale, A Statistical Reconviction Score for Use by Probation Officers", s. 159 vd.

²¹ Equivant, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 12-13.

Northpointe'in kurucuları esasen ilk olarak ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerin sınıflandırılmasına yönelik bir program geliştirmişler idi. Buna karşılık, o dönem yaygın olarak kullanılmakta olan LSI ölçeğinin yetersizliği dolayısıyla²², modern kriminoloji teorilerinden yararlanan daha güçlü bir programın geliştirilmesi düşüncesi hasıl olmuş ve COMPAS bu düşünceler ile geliştirilmiştir²³.

COMPAS'ın özelliği, ihtiva ettiği ölçeklerden elde edilen bilgileri, sahip olduğu algoritma ile analiz ederek, çeşitli hususlar bakımından sanığın risk ve ihtiyaç derecelerini bizzat ortaya koyabiliyor olmasıdır. Bu bağlamda, insan karar alıcının yüzlerce parametreyi birlikte değerlendirerek tek başına sonuca varması yerine, COMPAS yardımı ile sanığın tehlikelilik durumu nispeten kolay bir şekilde belirlenebilmekte ve ona karşı nasıl hareket edilmesi gerektiği hususu ortaya çıkarılabilmektedir.

İnsan karar alıcıların, tehlikelilik değerlendirmesi yapmak için gerekli bütün verileri aynı anda analiz ederek karar verebilmesindeki güçlük ve çeşitli bilişsel yanlılıklar dolayısıyla isabetli kararlar veremiyor olmaları, bilgisayar destekli karar alma süreçlerine geçişin en önemli nedeni olmuştur²⁴. Yapılan araştırmalar, bilgisayar destekli tehlikelilik değerlendirmelerinin, insan karar vericilerin değerlendirmelerine kıyasla daha isabetli olduğunu göstermektedir²⁵. Bu konuda çok sayıda çalışma bulunması dolayısıyla, literatürde, *“Bu araçlardan yararlanılmasının, bir profesyonel [insan] karar alıcının tek başına karar vermesine kıyasla, gelecek olaylar hakkında daha güçlü ve isabetli bir şekilde öngöründe bulunulmasını sağladığının artık bir tartışma konusu olmadığı”*²⁶ ifade edilmektedir²⁷.

²² Bu durumun gerekçesi olarak LSI'nin Sosyal Öğrenme Kuramı ile sınırlı bir kriminolojik çerçevesinin olması, buna karşılık COMPAS'ın çok daha geniş bir teoriler bütününe kapsayacak şekilde tasarlanması gösterilmektedir. Bu hususta bkz. Tim Brennan, William Dieterich ve Beate Ehret, “Evaluating the Predictive Validity of the COMPAS Risk and Needs Assessment System”, *Criminal Justice and Behavior*, 36/1 (2009), s. 23.

²³ Julia Angwin vd. *Machine Bias*, Son güncelleme: 05.11.2024, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

²⁴ Sheldon X. Zhang, Robert, E. L. Roberts ve David, Farabee, “An Analysis of Prisoner Reentry and Parole Risk Using COMPAS and Traditional Criminal History Measure”, *Crime and Delinquency*, 60/2 (2014), s. 170.

²⁵ Bu kapsamda örneğin William M. Grove vd., “Clinical Versus Mechanical Prediction: A Meta-analysis”, *Psychological Assessment*, 12/1 (2000), s. 19-30. Literatür bilgisi için ayrıca bkz. Flores, Bechtel ve Lowenkamp, “False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to “Machine Bias: There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks”, s. 39; Gottfredson ve Moriarty, “Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications”, s. 179 vd.; Zhang, Roberts ve Farabee, “An Analysis of Prisoner Reentry and Parole Risk Using COMPAS and Traditional Criminal History Measure”, s. 169 vd.

²⁶ Flores, Bechtel ve Lowenkamp, “False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to “Machine Bias: There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks”, s. 39.

²⁷ Belirtmek gerekir ki, doktrinde az da olsa bu durumun aksini iddia eden çalışma bulunduğu müşahade edilmektedir. Bu kapsamda örneğin Hart, Michie ve Cooke, inceledikleri iki aktüeryal risk değerlendirme aracının (VRAG ve Static-99) bireysel düzeyde tahmin yapmayı anlamsız kılacak ölçüde büyük bir hata payına sahip olduğunu rapor etmektedirler. Stephen D. Hart, Christine Michie ve David J. Cooke, “Precision of Actuarial Risk Assessment Instruments”, *British Journal of Psychiatry*, 190/49 (2007), s. 64. Cooke ve Michie, bu çalışmayı müteakiben kaleme aldıkları çalışmada da “Bir bireyin gelecekte suç işleme olasılığının ampirik olarak tahmininin... mümkün olmadığı” kanısına varmaktadırlar. David J. Cooke ve Christine Michie, “Limitations of Diagnostic Precision and Predictive Utility in the Individual Case: A Challenge for Forensic Practice”, *Law and Human Behavior*, C. 34/4, 2010, s. 259. Bu hususta literatür incelemesi ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Michael

Karar alma isabetine katkısı dışında, aktüeryal risk değerlendirme araçlarının başka yararlarının da bulunduğu düşünülmektedir. Geleneksel olarak, ceza muhakemesinde sanığın arz ettiği riskin ve sahip olduğu ihtiyaçların değerlendirilmesi, ceza muhakemesinin diğer süreçleri tarafından yürütülen ve yapılandırılmamış (informal) bir süreçtir²⁸. Buna karşılık, aktüeryal risk değerlendirme araçlarının kullanılması, risk değerlendirmesini yapılandırılmış (formal) bir değerlendirmeye dönüştürmektedir²⁹. Daha açık bir söyleyişle, aktüeryal risk değerlendirmesi gerek bilgi toplama gerekse değerlendirme usulü bakımından kurallı ve standarttır.

Aynı şekilde, usul ekonomisi ve yargılamada çabukluğu sağlamak bakımından da bu araçların yararlı olduğu öne sürülmektedir³⁰. Zira COMPAS yardımı ile, sanıkların risk ve ihtiyaç değerlendirmeleri çok daha kolay ve hızlı bir şekilde yapılabilmekte, uzun değerlendirme ve uzmanlara danışma süreçlerinden kaçınılabilmektedir. Bu bağlamda COMPAS teknolojisinin, ceza infaz kurumu nüfusu olağanüstü yüksek olan³¹ ABD’de yaygın olarak kullanılıyor olması, bir tesadüf değildir.

Aktüeryal risk değerlendirme araçlarının temel özelliklerinin ve bu bağlamda COMPAS’ın ortaya çıkışının izah edilmesinden sonra, COMPAS’ın teorik altyapısının ve değerlendirme metodolojisinin ortaya konulması yoluna gidilecek ve böylelikle mezkûr algoritmanın ceza adaleti sisteminde nasıl bir işlevinin bulunduğu açığa çıkarılacaktır.

B. RİSK-İHTİYAÇ MODELİ VE COMPAS DEĞERLENDİRME METODOLOJİSİ

COMPAS ve benzeri algoritmaların ortaya çıkışındaki amaç, işlediği iddia olunan bir suçtan dolayı yargılanan kişinin gerek yargılama süreci sırasında gerekse sonrasındaki davranışlarının, istatistiki bir risk değerlendirme süreci ile öngörülebilir hale gelmesini sağlamak ve böylelikle toplumun güvenliğini en iyi şekilde temin etmektir³². Hiç şüphesiz, bir bireyin gelecekte ne şekilde davranacağını öngörmek, gerek ona içkin olan karar alma süreçlerinin -kendisi de dahil- hiç kimse tarafından tam olarak anlaşılamayacak olması gerekse karşılaşacağı çevresel faktörlerin ve nedensellik silsilelerinin bilinmemesi nedeniyle, hiçbir zaman mümkün değildir. Bununla birlikte, geniş kitlelerin davranış örüntülerinin tespiti ve buna uygun olarak, o kitlelerin ortak özelliklerini taşıyan bireylerin risk değerlendirmelerinin yapılması mümkündür.

Tonry, “Predictions of Dangerousness in Sentencing: Deja Vu All over Again”, *Crime and Justice: Review of Research*, 48 (2018), s. 445 vd.

²⁸ Esasen bu metodoloji, “birinci nesil değerlendirme” ya da “subjektif değerlendirme” isimleriyle de anılan, alanında uzman bir kişinin (hâkim, psikiyatr vb.) önceden belirlenmemiş sorular sorması ve hakkında fikir edinerek risk değerlendirmesi yapması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu yöntemin, risk analizi bakımından zayıf olduğu ve genellikle doğru sonuçlar vermediği mütalaa edilmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için Gottfredson ve Moriarty, “Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications”, s. 180 vd.; Fass vd., “The LSI-R and the COMPAS: Validation Data on Two Risk-Needs Tools”, s. 1095; Hamilton, “The Biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics”, s. 1554.

²⁹ Richard P. Kern ve Meredith Farrar-Owens, “Sentencing Guidelines with Integrated Offender Risk Assessment”, *Federal Sentencing Reporter*, 16/3 (2004), s. 165.

³⁰ Washington, “How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate”, s. 142.

³¹ Detaylı bilgi için bkz. Zhang, Roberts ve Farabee, “An Analysis of Prisoner Reentry and Parole Risk Using COMPAS and Traditional Criminal History Measure”, s. 168 vd.; Wendy Sawyer ve Peter Wagner, *Mass Incarceration: The Whole Pie*, Son güncelleme: 17.12.2024, <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2024.html>.

³² Washington, “How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate”, s. 142-143.

Bu itibarla, işlediği iddia olunan bir suçtan dolayı yargılanmakta olan sanığın gelecekte ne tür davranışlarda bulunmasının muhtemel olduğu da psikolojik bir değerlendirmeyle ortaya çıkarılabilir. Böylelikle onun yeniden suç işleme riski, davanın seyrini etkileyecek hukuka aykırı davranışlarda bulunması ya da kaçması olasılığı, ne tür bir yaptırımın onun ıslahı için en iyi sonucu vereceği gibi hususlar bakımından da önemli ipuçları elde edilebilecektir. Böylece somut olayda hâkim, onun tutuklu mu yoksa tutuksuz mu yargılanmasının daha uygun olacağı, hükmedilecekse adli kontrol yükümlülüğünün nevi, yargılama sonucunda hakkında hükmedilecek cezanın türü ve ağırlığı, infaz rejimi, erteleme veya koşullu salıverilme gibi hususlarda en isabetli kararı verebilecektir.

Bu düşünceler ile geliştirilen COMPAS, **risk-ihtiyaç modeline** göre hazırlanmış olup³³, çeşitli risk faktörleri ve ihtiyaçlar yeniden suç işleme olasılığı arasındaki korelasyona dayalı olarak, toplam 43 ölçeğin bir araya gelmesinden oluşmaktadır³⁴. Yargılama sırasında veya infaz sürecinde, sanık veya hükümlüden bu ölçeklerin doldurulabilmesi için gerekli bilgiler elde edilmekte ve ölçeklerden elde edilen verilere göre bir değerlendirme yapılmaktadır.

Ölçeklerin önemli bir bölümü herkes için aynı olmakla birlikte, kimi durumlarda cinsiyete göre farklılaşan ya da sanığın çocuk mu yoksa yetişkin mi olduğuna göre değişiklikler gösterebilen ölçekler de mevcuttur³⁵. Söz gelimi, *Sosyal İzolasyon Ölçeği (Social Isolation)*, her iki cinsiyet için ortaktır; buna karşılık, *Özyeterlilik (Self-efficacy)* ya da *Yetişkin Sömürü Yaşantıları (Experience(s) of Abuse as an Adult)* gibi ölçekler cinsiyete göre farklılaşmaktadır³⁶. Kadınların hem bilişsel farklılıklarının hem de sosyal hayattaki sosyoekonomik konumlarının erkeklerden farklı oluşunun gözetilmesi ve kadınların sosyal gerçekliğine uygun ve onların sorunlarına gerçek anlamda çözüm bulacak yaklaşımların geliştirilebilmesi amacıyla³⁷, COMPAS'a, cinsiyete göre özelleşmiş yedi ölçeğin eklenmesi yoluna gidilmiştir³⁸. Ayrıca, COMPAS ölçeklerinin geliştirilmesi sırasında kadın ve erkeklerin ayrı örneklemeler olarak değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir³⁹.

³³ Risk-ihtiyaç ve risk-ihtiyaç-tepkisellik modellerine ve bu modellere göre tehlikelilik değerlendirme sürecine ilişkin olarak daha geniş açıklama için ayrıca bkz. Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, s. 214 vd. Ayrıca bkz. Gottfredson ve Moriarty, "Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications", s. 179 vd.

³⁴ Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 3.

³⁵ Daha geniş bilgi için bkz. Michigan Department of Corrections, *Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report*, Michigan, 2017, s. 19 vd.

³⁶ Michigan Department of Corrections, *Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report*, s. 20.

³⁷ Bu kapsamda bilhassa, COMPAS'a mezkur ölçeklerin eklenmesinde danışmanlık ve rehberlik eden Van Voorhis'in çalışmaları incelenmelidir. Bu hususta bkz. Patricia Van Voorhis vd. "The Current Status of a Gender-Responsive Supplement Women's Risk Factors and Their Contributions to Existing Risk/Needs", *Criminal Justice and Behavior*, 37 (2010), s. 261-288; Tim Brennan vd., "Women's Pathways to Serious and Habitual Crime: A Person-Centered Analysis Incorporating Gender Responsive Factors", *Criminal Justice and Behavior*, 39 (2012), s. 1481-1508.

³⁸ Michigan Department of Corrections, *Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report*, s. 10.

³⁹ Bu hususta bkz. Brennan, Dieterich ve Ehret, "Evaluating the Predictive Validity of the COMPAS Risk and Needs Assessment System", s. 24.

Mezkûr ölçeklerden her biri, belli bir konuda sanığın risk veya ihtiyaç düzeyini göstermektedir. Bu bağlamda “risk” kelimesinden anlaşılması gereken husus, sanığın 3 yıl içinde yeniden aynı veya farklı bir suçu işlemesi olasılığıdır⁴⁰. Bir kişinin (yeniden) suç işleme olasılığının öngörülmesini sağlayan unsurlar, bu kapsamda *risk faktörleri* olarak anılmaktadır. COMPAS’ın iki ayrı risk değerlendirme modeli mevcuttur. Bunlar sırasıyla *genel tekerrür riski* ve *şiddet suçu tekerrür riski* olarak ifade edilebilir⁴¹.

Risk faktörlerinden bir kısmı, hükümlüye hayatının geri kalanı boyunca eşlik edecek olan (kişinin daha önce suç işlemiş olması, cinsiyet) ya da yalnızca belli bir yönde değişebilen (yaş) sabit unsurlar, bir kısmı ise zamana ve koşullara göre farklılaşabilen değişken unsurlardır (iş sahibi olma, eğitim düzeyi vb.). Bunlardan ilki *statik risk faktörleri*, ikincisi ise *dinamik risk faktörleri* olarak isimlendirilmektedir⁴². Bu açıklamalar doğrultusunda, COMPAS ölçeklerinin bir kısmı kriminojenik faktörler ile temsil edilen *dinamik riski*, geri kalanı ise şüpheli, sanık veya hükümlünün geçmişine ilişkin *statik riski* ölçmeye yöneliktir⁴³. Bunlar arasında, statik risk ölçeklerinin ağırlıklı olduğu müşahade edilebilmektedir⁴⁴.

COMPAS’ın, *dördüncü nesil aktüeryal risk değerlendirme aracı* olarak değerlendirilmesi de bu özelliği dolayısıyladır. Birinci nesil değerlendirme araçları, ampirik niteliği haiz olmayan ve uzman karar alıcının subjektif değerlendirmesiyle bir sonuca varılması şeklinde ortaya çıkan ve yapılandırılmamış araçlardır. İkinci nesil değerlendirme araçları ise, ampirik ve yapılandırılmış olmakla birlikte, yalnızca **statik risk** faktörlerini dikkate alan araçlardır. **Dinamik risk** faktörlerinin de hesaba katılmasını sağlayan araçlar ise üçüncü nesil araçlar olarak anılmaktadırlar⁴⁵. COMPAS ise bütün bu özellikleri yanında, hükümlünün ihtiyaçlarını da dikkate alan ve **ceza muhakemesinin başından, cezanın infazının sonuna kadar çeşitli aşamalarda kullanılabilme** özelliğini haiz olan bir araç olması dolayısıyla dördüncü nesil aktüeryal risk değerlendirme araçları arasındadır⁴⁶.

İhtiyaç kavramından anlaşılması gereken ise, sanığın **kriminojenik ihtiyaçları**dır. Daha açık bir ifadeyle, her bireyin birtakım ihtiyaçları bulunmakla ve bu ihtiyaçlar belli düzeylerde tatmin edilmiş olmakla birlikte, bu ihtiyaçlardan yalnızca bir kısmı, onun (yeniden) suç işleme olasılığı üzerinde etkilidir⁴⁷. Bunların neler olabileceği ve hangi durumlarda ne denli önem arz

⁴⁰ Michigan Department of Corrections, Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report, s. 5.

⁴¹ Equivant, Practitioner’s Guide to COMPAS’ Core, s. 1.

⁴² Gottfredson ve Moriarty, “Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications”, s. 190-191.

⁴³ Equivant, Practitioner’s Guide to COMPAS’ Core, s. 1.

⁴⁴ Aynı yönde Inigo De Miguel Beriain, “Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling”, *Law, Probability and Risk*, 17/1 (2018), s. 47.

⁴⁵ Mezkur ayrımı ilk kez kullanan Bonta olmuştur. Bu hususta bkz. James Bonta, *Risk-needs Assesment and Treatment, Choosing Correctional Options that Work: Defining the Demand and Evaluating the Supply* (Ed. A.T. Harland), Londra: Sage Publications, 1996, s. 18 vd. Ayrıca bkz. Fass vd., s.1095.

⁴⁶ Fass vd., s.1095.

⁴⁷ Michigan Department of Corrections, Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report, s. 19.

edeceği ise psikolojik araştırmaların konusudur⁴⁸. Araştırmalardan elde edilen bulguların kullanılmasıyla, ihtiyaç ölçekleri meydana getirilmiştir.

Bu hususta özellikle *Andrew, Bonta ve Wormith*'in kriminojenik ihtiyaç teorisinden söz edilmesi yerinde olacaktır. Yazarların geliştirdiği *Merkezi Sekizli (Central Eight) Modeli*'ne göre, sekiz adet ihtiyaç, suç davranışı üzerinde özellikle etkilidir. Bunlar sırasıyla;

- Antisosyal davranış geçmişi
- Antisosyal kişilik örüntüleri
- Antisosyal biliş⁴⁹
- Antisosyal çevre
- Aile ve/veya eş
- İş ve/veya okul
- Boş zaman ve/veya eğlence
- Madde (kötüye) kullanımı⁵⁰ şeklinde sayılabilir.

COMPAS ihtiyaç ölçekleri de, kriminojenik etkisinin bulunduğu tespit edilmiş olan bu ihtiyaçların düzeylerinin anlaşılabilmesi amacıyla ve bu amaca uygun olarak geliştirilmişlerdir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, ihtiyaç ölçeklerinden bir tanesi suçlu arkadaş ve tanıdıklar ölçeğidir (*criminal associates/peers*). Psikolojik araştırmaların da gösterdiği üzere, bireyin çevresinde suçlu arkadaşların ve tanıdıkların bulunması, onun tekrerrür riskinin önemli yordayıcılarından (öngörü araçlarından) biridir⁵¹. Bu ölçek yardımıyla, kişinin ne tür bir sosyal çevresinin bulunduğu ve bu çevrenin suçluluk ile ilişkisi incelenmektedir. Ölçekten alınan puan ne kadar yüksekse, sanığın çevresinin suçluluk ile ilişkisi de o denli yüksek demektir. Bu durum da, daha yüksek bir tekrerrür riskine işaret edecektir.

Sanığın çevresinin suçlulukla ilişkisini ölçmek için, mezkûr ölçekte çeşitli sorular yer almaktadır. Bunlar arasında sanığın arkadaşları arasında daha önce suç işleyen olup olmadığı, madde kullanan olup olmadığı, ceza infaz kurumuna giren olup olmadığı gibi çok sayıda sorunun yanıtı ile ölçek doldurulmakta ve nihai sonuç elde edilmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, suçlu arkadaş ve tanıdıklar ölçeğinin ilk bakışta bir risk ölçeği olduğu düşünülebilir ise de bu ölçek esasen bir **ihtiyaç ölçeğidir**⁵². Zira bu ölçek ile sanığın suçlu çevresiyle ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik ihtiyacı ölçülmektedir. Bu ölçek

⁴⁸ Bu hususta özellikle *Gendrau, Little ve Goggin*'in 131 çalışmanın meta-analizini yaptıkları çalışma incelenmelidir. Paul Gendrau, Tracy Little ve Claire Goggin, "A Meta-Analysis of the Predictors of Adult Offender Recidivism: What Works!", *Criminology*, 34/4, 1996, s. 575 vd.

⁴⁹ Biliş (cognition), bilişsel psikoloji literatüründe; duyu, düşünce ve tecrübeler yoluyla bilgi edinmeye yönelik zihinsel faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Bu hususta bkz. Ken Aizawa, "Cognition and Behavior", *Synthese*, 194/11, 2017 s. 4269-4288. Daha geniş bilgi için mezkur makalenin de içinde yer aldığı biliş özel sayısındaki bütün çalışmaların incelenmesi yerinde olacaktır.

⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. James Bonta ve J. Stephen Wormith, *Applying the Risk-need-responsivity Principles to Offender Assessment, What Works in Offender Rehabilitation: An Evidence Based Approach to Assessment and Treatment* (Ed. Leam A. Craig, Louise Dixon ve Theresa A. Gannon), Chichester: John Wiley and Sons, 2013, s. 72-93.

⁵¹ Literatür bilgisi için bkz. Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 35.

⁵² Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 36.

vesilesiyle sorunlu ilişkiler tespit edilmekte, suçlu arkadaş veya aile bireyleriyle iletişimin azaltılması için planlama yapılmakta ve bu sorunlu ilişkilerin yerine alternatif (ve sağlıklı) ilişkilerin geliştirilebilmesi için imkanlar değerlendirilmektedir.

Hiç şüphesiz, bu ölçeklerin her birinin içeriğindeki maddelere tekabül eden binlerce bilginin her biri, onun gelecekteki davranışlarının öngörülmesi bakımından aynı önemi haiz değildir. Söz gelimi, sanığın daha önce aynı suçu işlemiş olması, onun tekrerrür riskinin belirlenmesi açısından, eğitim düzeyinden daha önemli bir bilgidir. İşte COMPAS'ın *algoritması* bu işlevi yerine getirmektedir. Her bilgiyi, elde edilmek istenen sonuç bakımından önem düzeylerini karşılıklı olarak tayin etmek suretiyle, bir araya toplamak ve tek bir değerlendirme haline getirmek⁵³.

Bu noktada, aşağıda ele alınacak tartışmalarda önemli bir yer tutacak olan bir ayrımın önemle altı çizilmelidir: COMPAS'ın tehlikelilik değerlendirmesinde kullandığı risk ve ihtiyaç faktörleri, herkesçe bilinmekte ve psikolojik deneylere dayanmaktadır. Gizli olan, COMPAS'ın algoritması, yani bu bilgilerin birlikte kullanılarak tehlikelilik değerlendirmesinin yapılma metodudur. Zaten gizli risk veya ihtiyaç faktörlerine dayanılarak sanık hakkında karar verilmesi gibi bir uygulama, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinden silahların eşitliği ilkesine kadar, ceza muhakemesine hâkim olan ilkelerin önemli bir bölümünü aynı anda ihlal etmek anlamına gelirdi.

COMPAS'ın çalışma metodolojisi böylece ortaya konulduktan sonra, programın algoritması ile yapılan analizlerin ceza adaleti sisteminde ne şekilde kullanıldığına, bir başka deyişle COMPAS'ın kullanım alanlarına da değinilmelidir. COMPAS, bir risk ve ihtiyaç ölçekleri bütünü olduğundan, bu risk ve ihtiyaçların değerlendirilmesinin gerekli olduğu ceza muhakemesi ve infaz süreçlerinin tümünde uygulanabilen, esnek bir araç hüviyetindedir.

Tehlikeliliğin önemi, ceza muhakemesinde ilk kez şüpheli veya sanığın tutuklanıp tutuklanmaması ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. COMPAS, bu maksatla, şüpheli veya sanığın tutuklu mu yoksa tutuksuz mu yargılanacağı konusunda karar verilmekte kullanılabilmektedir⁵⁴. İkinci olarak, sanık hakkında hapis cezasının ertelenmesinin ABD hukukundaki izdüşümü mahiyetinde bir karar verilip verilmeyeceği veya hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlandırılıp yararlandırılmayacağı hususlarında COMPAS'tan yararlanılabilmektedir⁵⁵. Aynı şekilde, sanığın tehlikelilik durumu somut cezanın belirlenmesinde de dikkate alınabildiği için, COMPAS'ın somut cezanın belirlenmesinde de kullanılması söz konusu olmaktadır.

COMPAS'ın bir diğer kullanım alanı ise cezanın infazının hükümlünün ihtiyaçlarına göre düzenlenmesinde rehberliktir. Türk hukuku ile benzer şekilde ABD hukukunda da cezaların infazında risk-ihtiyaç modeli kullanıldığından⁵⁶, COMPAS'ın ihtiyaç ölçeklerinden

⁵³ Washington, "How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate", s. 146; Hamilton, "The Biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics", s. 1555.

⁵⁴ Hamilton, "The Biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics", s. 1556.

⁵⁵ Zhang, Roberts ve Farabee, "An Analysis of Prisoner Reentry and Parole Risk Using COMPAS and Traditional Criminal History Measure", s. 170.

⁵⁶ Bu hususta değerlendirmeler için bkz. Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, s. 301 vd.

alınan puanlara göre, hükümlüye uygulanacak olan infaz rejimi tayin edilebilmektedir⁵⁷. Bunun yanında, hükümlünün arz ettiği risk ve sahip olduğu ihtiyaçlar belirlenmek suretiyle, onun denetimli serbestlik yükümlülüklerinin belirlenmesi ve bu süreçte denetimli serbestlik görevlisinin onun hakkında gerekli bilgiyle mücehhez kılınarak, hükümlü ile en etkili biçimde iletişim kurmasının temini amacıyla da COMPAS'a başvurulmaktadır⁵⁸. Her bir ölçekten alınan skorlar itibarıyla, hükümlünün risk ve ihtiyaç durumları belirlenmekte ve bunların her biri bakımından denetimli serbestlik sürecinde hangi tedbirlerin uygulanacağı ya da hangi yükümlülüklerin tahmil edileceği hususunda kararlar alınmaktadır⁵⁹.

Ceza muhakemesinin ya da cezanın infazının farklı aşamalarında farklı risk ve ihtiyaçların değerlendirilmesi gerekliliği öngörülerek, her bir duruma özgü ölçekler de birbirinden ayrılmıştır. Söz gelimi, bir kişinin yalnızca tutuklu mu yoksa tutuksuz mu yargılanacağı belirleneceği esnada yalnızca belli konulardaki tehlikeliliğinin değerlendirilmesi yeterli olacak iken, bu kişinin infaz rejiminin belirlenmesinde birçok ihtiyacın ve farklı tehlikelilik modellerinin de araştırılması gerekecektir. Bu nedenle, yalnızca belli risk ve ihtiyaç ölçeklerini ihtiva eden ve belli bir amaca hizmet eden *Tutuksuz Yargılama Risk Ölçeği (Pretrial Release Risk Scale)* gibi özel ölçekler de yer almaktadır⁶⁰. Aynı şekilde, hükümlünün topluma yeniden dönme olasılığının bulunduğu koşullu salıverilme gibi değerlendirmelerin yapılmasında kullanılan *COMPAS Topluma Dönüş (COMPAS Reentry)* gibi özelleşmiş ölçekler bütünleri de mevcuttur⁶¹.

Bu ayrımların yanında, sanığın çocuk veya yetişkin olmasının, hayatının genel seyri ve ona etki eden kriminolojik faktörleri oldukça değiştirebileceği göz önünde tutularak, programın *COMPAS Çocuk (COMPAS Youth)* ve *COMPAS Yetişkin (COMPAS Adult)* şeklinde özelleşen varyantları da mevcuttur⁶².

Bu noktada ifade edilmelidir ki, COMPAS ölçekleri ile elde edilen, yalnızca belli rakamlardan ibarettir. Bir ölçekten alınan puan, bir kişinin tekrerrür riskinin ne düzeyde olduğu konusunda tek başına yol gösterici değildir. Bu noktada, ölçek puanlarının, konunun uzmanları tarafından yorumlanması gerekmektedir. COMPAS'ı meydana getiren *Equivant*, bu noktada üç aşamalı bir yorumlama metodu öngörmektedir:

Birinci aşamada, ilgili ölçeklerden alınan puanların tek başına değerlendirilmesi söz konusudur. Her bir ölçekte alınan yüksek puanlar, o konuya ilişkin olarak daha yüksek riski veya ihtiyacı temsil etmektedir. Daha yüksek risk veya daha yüksek ihtiyaç, genellikle daha yüksek tekrerrür riski demektir. Bununla birlikte, yorumlamayı burada bırakmak, hem tekrerrürün nedenlerinin anlaşılmasına engel olacak hem tekrerrür riskinin azaltılmasına yönelik planlama

⁵⁷ Zhang, Roberts ve Farabee, "An Analysis of Prisoner Reentry and Parole Risk Using COMPAS and Traditional Criminal History Measure", s. 170 vd.

⁵⁸ Michigan Department of Corrections, Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report, s. 23 vd.

⁵⁹ Bu hususta bir örnek için bkz. Michigan Department of Corrections, Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report, s. 32.

⁶⁰ Detaylı bilgi için *Equivant, Practitioner's Guide to COMPAS' Core*, s. 30 vd.

⁶¹ Michigan Department of Corrections, Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report, s. 9.

⁶² Michigan Department of Corrections, Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report, s. 10, 21.

yapılmasına imkân vermeyecek hem de hatalara çok açık olacaktır⁶³. Bu nedenle bu değerlendirmenin diğer analiz yöntemleriyle zenginleştirilmesi gerekecektir.

İkinci aşamada, ölçeklerin temsil ettiği ihtiyaç ve riskler arasındaki ilişkiler gözetilmek suretiyle, ölçeklerden elde edilen puanlar birlikte yorumlanacaktır⁶⁴. Hiç şüphesiz, bir kişiyi suçluluğa iten nedenler arasında, son derece karmaşık, sosyoloji ve psikoloji ilimlerinin henüz tümüyle açığa çıkaramadığı bir ilişkiler ağı bulunmaktadır. Söz gelimi suçlu çevre, alkol bağımlılığı ve belli akıl hastalıkları arasında ilişkiler bulunduğu açık olmakla birlikte, bu ilişkinin doğasını tam olarak ortaya koymak mümkün olamamaktadır. Her ne kadar bu ilişkiler tam anlamıyla açığa çıkarılamamış olsa da, tecrübi (ampirik) bulgular, bu ilişkileri kısmen de olsa ortaya koyabilecek ve o bireyin suçluluğunun kendine özgü doğasının anlaşılmasını sağlayabilecektir.

Üçüncü aşamada ise, COMPAS'tan elde edilen bütün verilerin, kriminolojik teoriler çerçevesinde incelenmesi söz konusu olmaktadır. Suçluluğa ve mükerrirliğe dair, bu kavramları açıklamakta kullanılan Sosyal Öğrenme Teorisi, Alt-kültür Teorisi, Sosyal Gerilim Teorisi vb. teoriler çerçevesinde, bu kişinin hangi nedenle ve nasıl suç işlediğinin anlaşılmasına çalışılacak ve bu şekilde ona uygulanacak koruma tedbiri, yaptırım veya infaz rejiminin belirlenmesi yoluna gidilecektir⁶⁵.

Bütün bu değerlendirmelerin sonucunda, ilgili kararı almaya yetkili olan merci en uygun kararı verecek, bu karara uygun (eğer gerekiyorsa) bir plan hazırlanacak, bu plan hazırlandıktan ve uygulamaya konulduktan sonra onun da sonuçları gözlemlenecektir. Bu yöntem, *AIPIE model*⁶⁶ olarak anılmaktadır⁶⁷.

COMPAS ölçeklerinden alınan ham puanlar, tehlikelilik değerlendirmesinin karşılaştırmalı olarak yapılabilmesi için, program tarafından ondalık puanlara dönüştürülmektedir. Buna göre, sanığın puanları, 1 ile 10 arasında bir puana dönüştürülmekte ve her bir puan, sanığın yer aldığı normatif grubun⁶⁸ içindeki yerini göstermektedir⁶⁹. Söz gelimi, 1 puan almış olan bir sanık, o grubun içindeki **en az riskli %10'un** içinde iken, 10 almış olan sanık **en riskli %10**

⁶³ Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 5.

⁶⁴ Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 5.

⁶⁵ Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 5-6.

⁶⁶ AIPIE, bu planın beş aşamasının baş harflerinin kısaltasından meydana gelmektedir. Bunlar sırasıyla;

Ölçme ve değerlendirme (**A**ssesment),

Sonuçların yorumlanması (**I**nterpretation),

Planlama (**P**lan)

Planın uygulanması (**I**mplementation of the plan)

Sonuçların değerlendirilmesi (**E**valuation of outcomes) şeklindedir.

⁶⁷ Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 7.

⁶⁸ Normatif gruplar, 2004-2005 yıllarında, ABD'nin çeşitli eyaletlerinde 30.000 civarında şüpheli, sanık veya hükümlü hakkında yapılan COMPAS değerlendirme sonuçlarının bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş ve gelecek ölçümler için bir referans noktası teşkil eden gruplardır. Her bir grup, kişinin yer aldığı özelliklere göre, onu temsil edici niteliktedir. (**hükümlü/kadın, şüpheli/erkek** vb.) Metodolojiye ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 11.

⁶⁹ Equivalent, Practitioner's Guide to COMPAS' Core, s. 8.

arasındadır. Bu puanlar, her bir ölçek tipi için farklı anlamlara gelmekle birlikte⁷⁰, yukarıdaki açıklama itibarıyla her halükârda düşük puanın daha düşük tehlikelilik anlamına geleceği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır⁷¹. Görüldüğü üzere, esasen COMPAS'ın işlevi doğrudan belli bir kişinin gelecekte suç işleme riskini hesaplamak değil, onun kendi grubu içerisindeki risk profilini ortaya çıkarmaktır⁷². Tekerrür riskinin değerlendirilmesi ancak bu suretle ve dolaylı olarak yapılabilmektedir.

Eğer gerekli görülür ise, karar alıcı (hâkim, denetimli serbestlik görevlisi vb.) tarafından ikincil değerlendirme ölçeklerinin kullanılması mümkündür. Söz gelimi, cinsel suçlar bakımından tekerrür riskinin değerlendirilmesi amacıyla Static-99R⁷³ veya aile içi şiddet olayları bakımından ODARA⁷⁴ gibi ölçeklerin de kullanılarak karar alınması daha isabetli sonuçlara ulaşılmasını sağlayabilecektir⁷⁵.

Nihayet, özellikle COMPAS veya benzeri programların kullanımına ilişkin itirazların hukuki analizinin yapılması bakımından önemli olan bir hususun altı çizilmelidir: COMPAS, gerek ceza muhakemesi gerekse cezaların infazı sürecinde **bizatihi karar alıcı değildir**. Karar alıcılar, o kararı almaya yetkili olan hâkim, mahkeme, idare ve gözlem kurulu, denetimli serbestlik görevlisi gibi kişi veya kurullar olmaya devam etmektedir. Bu anlamda karar alıcı, dosyadaki diğer unsurlarla birlikte, COMPAS ile elde edilen sonuçları da kullanmak suretiyle, kendi kararını vermektedir.

II. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE AKTÜERYAL RİSK DEĞERLENDİRME ARAÇLARININ OLASI SAKINCALARI

Aktüeryal risk değerlendirme araçlarının ceza adaleti sistemlerinde kullanılmaya başlanması, bu araçlar hakkında önemli tartışmaların da ortaya çıkmasını tetiklemiştir. Yaklaşık elli yıllık bir tarihçesi olan bu araçlar üzerindeki tartışmalar sona ermediği gibi, zaman içinde şiddetinin azaltmak yerine arttığı dahi söylenebilir. Bu durumun en önemli nedeni, aktüeryal risk değerlendirme araçlarının bilgisayar destekli olarak yapılmaya başlanmasıdır. Zira bu durum, bizatihi aktüeryal risk değerlendirme araçlarında mündemiç olan sorunlara, bir de algoritmik değerlendirmenin olası sorunlarını eklemektedir.

⁷⁰ Oldukça detaylı ve nispeten karmaşık bir yapı arz etmeleri sebebiyle, bu konuda daha geniş açıklamalar yapılması çalışmanın amaçları bakımından gerekli görülmemiştir. Her bir ölçek tipi için puan aralıkları ve puanların ifade ettiği anlamların tabloları için ayrıca bkz. *Equivant, Practitioner's Guide to COMPAS' Core*, s. 8-10.

⁷¹ Puanların yorumlanması hakkında daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Michigan Department of Corrections, *Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report*, s. 17 vd.

⁷² Zhang, Roberts ve Farabee, "An Analysis of Prisoner Reentry and Parole Risk Using COMPAS and Traditional Criminal History Measure", s. 169.

⁷³ Ölçek hakkında geniş bilgi ve kullanım rehberlerine resmi web sitesinden erişilebilmektedir. Bu hususta bkz. <https://saarna.org/static-99/>, Son güncelleme: 26.11.2024.

⁷⁴ ODARA hakkında geniş bilgi için bkz. The Maine Coalition to End Domestic Violence, Violence Intervention Partnership of Cumberland County, *Ontario Domestic Assault Risk Assessment*, Maine, 2019, Son güncelleme: 26.11.2024, <https://dirigosafety.com/wp-content/uploads/2020/09/ODARA-guidelines-booklet-FINAL-x3.pdf>.

⁷⁵ Michigan Department of Corrections, *Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report*, s. 18.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, COMPAS veya benzeri araçlar söz konusu olduğunda, iki tür meselenin değerlendirilmesi gerekmektedir: Bunlardan ilki risk değerlendirme metodolojisine ilişkin sorunlar, ikincisi ise program algoritmasına ilişkin sorunlardır. Yabancı literatürde bu hususta çok sayıda çalışma bulunmakta olup, bu çalışmalarda yürütülen tartışmaları aynı genişlikte Türk literatürüne kazandırmanın herhangi bir pratik faydası yoktur. Bunun yerine, Türkiye’de bu tür araçların kullanılması halinde ne gibi sakıncaların ortaya çıkabileceğinin anlaşılması amacına hizmet etmek üzere, temel sorunların kısaca ifade edilmesiyle yetinilecek ve sonraki bölümde Türkiye’de böyle bir aracın geliştirilmesi halinde bu tip sorunlardan nasıl kaçınılabileceği ya da etkilerinin asgariye indirilebileceği konusunda görüş belirtilecektir.

Bu noktada öncelikle bütün aktüeryal risk değerlendirme araçlarının ortak sorunu olan **tahmin gücüne** ilişkin tartışmalara değinmek gerekmektedir. Hangi nedenle olursa olsun, bütün aktüeryal risk değerlendirme araçlarının ciddi hata paylarının bulunduğu bilinen bir gerçektir⁷⁶. Özellikle şiddet içeren suçların öngörülmesi bakımından, hata payları oldukça yüksektir ve %50'lere kadar ulaşabilmektedir⁷⁷. Üstelik, ikinci nesil araçların ortaya çıkışından bugüne değin, aradan geçen yaklaşık 50 yıllık zamana rağmen, bu araçların şiddet içeren suçlar bakımından öngörü yeteneğinde önemli bir artış da kaydedilememiştir⁷⁸. Bu itibarla, önemli olan, karar alıcının hem risk ve ihtiyaç değerlendirmeleri bakımından hem de risk değerlendirme aracının kullanımı bakımından iyi bir eğitime sahip olması ve kendi değerlendirmelerini de yapabilecek durumda olmasıdır. Böylelikle aracın hatalı değerlendirmelerinin yaratacağı riskler asgariye indirilebilecektir⁷⁹.

Bu mesele ile bağlantılı ikinci bir sorun ise müşahhas olarak COMPAS algoritmasının **risk değerlendirme işlevinin kalitesidir**. Yukarıda da ifade edildiği üzere COMPAS algoritması, sanık hakkında toplanan bilgilerin önem derecelerine göre belli bir sistematik dahilinde analiz edilmesini ve hakkında risk veya ihtiyaç değerlendirmesi yapılabilmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte, COMPAS algoritmasının bu analizi doğru yapıp yapmadığı ya da somut olayda yargılanmakta olan sanığı doğru bir biçimde sınıflandırıp sınıflandıramadığı da tartışmalıdır⁸⁰. Doktrinde kanaatimizce de isabetle belirtildiği üzere, algoritmanın doğru çalışıp çalışmadığı titizlikle denetlenmesi gereken bir husus olup, işin içine ticari sırlar girdiğinde bu denetim işlevi yalnızca programın geliştiricilerinin inisiyatifine bırakılmış olmaktadır⁸¹. Şüphesiz, algoritmanın işlevselliği, halihazırda uygulandığı üzere, verdiği sonuçların isabetliliğiyle de ölçülebilir ise de, yukarıda da ortaya konulduğu üzere bu sonuçların ne kadar isabetli

⁷⁶ Hamilton, “Judicial Gatekeeping on Scientific Validity with Risk Assessment Tools”, s. 237.

⁷⁷ Tonry, “Predictions of Dangerousness in Sentencing: Deja Vu All over Again”, s. 450.

⁷⁸ Bu hususta *Yang, Wong ve Coid’in* 9 değerlendirme aracına dair 28 adet rapordan derlenen bilgilere dayanarak yaptığı meta-analiz incelenmelidir. Min Yang, Stephen C. P. Wong ve Jeremy Coid, “The Efficacy of Violence Prediction: A Meta-Analytic Comparison of Nine Risk Assessment Tools”, *Psychological Bulletin*, 136/5 (2010), s. 740-767.

⁷⁹ Hamilton, “Judicial Gatekeeping on Scientific Validity with Risk Assessment Tools”, s. 237.

⁸⁰ Bu hususta COMPAS algoritmasına yöneltilen eleştiriler için bkz. Washington, “How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate”, s. 147 vd.

⁸¹ Beriain, “Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling”, s. 49.

olduğu, bu tespiti yönelik metodolojinin ne şekilde olması gerektiği ve sonuçların ne düzeyde isabetli olmasının makul kabul edilmesi gerektiği meseleleri üzerinde bir uzlaşmaya varılabilmiş değildir⁸².

Günümüzde, COMPAS özelinde yürütülen tartışmalar bakımından ise iki temel sorun göze çarpmaktadır: Bunların ilki COMPAS'ın çekişmeli yargılama ve **silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiği** iddiası, ikincisi ise algoritmanın belli gruplara karşı **ayrımcı davrandığı** iddiasıdır. Bunlardan ilkinin aktüeryal risk değerlendirmesiyle doğrudan bir ilişkisi olmayıp, sorunun kaynağı COMPAS'ın aşağıda ele alınacak birtakım özellikleridir. Algoritmik ayrımcılık konusunun ise hem değerlendirmenin bilgisayar destekli olarak yapılmasıyla hem de aktüeryal yöntemlerin kullanılmasıyla ilişkisi bulunmaktadır. Bu iki sorun ayrı ayrı açıklandığı sırada, bu sorunlarla sebep-sonuç ilişkisi içinde bulunan diğer sorunlara da temas edilmiş olacaktır.

COMPAS ve benzeri algoritmaların **haksız ayrımcılığa neden olduğu** ve toplumun belli kesimlerine mensup kişileri diğerlerinden daha tehlikeli olarak addedebildiği sıklıkla öne sürülen hususlardan bir tanesidir. ABD ve COMPAS özelinde bu tartışmalar, COMPAS'ın Afrika kökenli Amerikalı erkeklerle yönelik haksız ayrımcılıkta bulunduğu ve onları salt mensup oldukları ırk nedeniyle daha riskli addettiği; buna karşılık beyaz erkekleri ise olduğundan daha az riskli olarak değerlendirdiği yönündedir⁸³. Benzer şekilde, COMPAS algoritmasının Hispantik bireylerin davranışlarını tahmin etmekte başarısız olduğu ve onları olduklarından daha riskli addettiklerine dair bir çalışma da bulunmaktadır⁸⁴. Bu durum, “ırkçı bilgisayar programları” ya da “ırkçı yapay zeka” tartışmalarının da başlamasına neden olmuştur. Esasen algoritma bizatihi “ırkçı” davranmak üzere tasarlanmamış olsa bile, adil olmayan bir hukuk sisteminin meydana getirdiği veri seti ve hiç şüphesiz bu durumun ortaya çıkmasına sebebiyet veren bozuk sosyal yapı, kaçınılmaz olarak algoritmanın da toplumdaki dezavantajlı grupların aleyhinde çalışmasına sebep olabilecektir.

Bu iddialar karşısında, 2016 yılında konuyu inceleyen *Flores, Bechtel* ve *Lowenkamp*, COMPAS'ın Afrika kökenli Amerikalılara yönelik olarak ayrımcı sonuçlara vardığına yönelik medya organlarında yer alan iddiaların gerçekleri yansıtmadığını ve istatistiki verilerin çarpıtılması yoluyla bu sonuçlara ulaşıldığını ileri sürmüş ve kendi yaptıkları incelemede COMPAS'ın, Afrika kökenli Amerikalıları, mensup oldukları ırktan dolayı daha riskli addettiğine yönelik bir bulguya ulaşamadıklarını bildirmişlerdir⁸⁵. Günümüzde bu tartışma halen devam etmektedir.

COMPAS benzeri algoritmaların ceza adaleti sisteminde kullanılmasına taraftar olan yazarlara göre ise, haksız ayrımcılık sorunu, bu algoritmalarla yararlanılmaması için değil, yararlanılması için bir sebep teşkil etmektedir. Zira, insan karar alıcılar, bu durumun farkında

⁸² Bu konudaki tartışmalar için bkz. Beriain, “Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling”, s. 51; Ulenaers, “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, s. 6 vd.; Hamilton, “Judicial Gatekeeping on Scientific Validity with Risk Assessment Tools”, s. 237 vd.

⁸³ Angwin vd., Machine Bias, s. 1 vd.

⁸⁴ Hamilton, “The Biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics”, s. 1576-1577.

⁸⁵ Flores, Bechtel ve Lowenkamp, “False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to “Machine Bias: There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks”, s. 44 vd.

olsunlar ya da olmasınlar, belli grup mensubiyetleri olan kimselere karşı önyargılıdır ve bu durum hakimlerin karar alma süreçlerinde haksız ayrımcı davranışlarda bulunmalarına sebebiyet verebilir. Buna karşılık, algoritmalar bu tür bilişsel yanlılıklardan arı oldukları için, doğru verilerle beslendikleri sürece, ayrımcılığın artmasına değil azalmasına vesile olacaktır.⁸⁶

Haksız ayrımcılık meselesine değinmiş olmakla birlikte, esasen bu neviden endişelerin, suç siyasetinin bilimselliği ilkesine aykırı olarak, politik doğruculuğun, bilimsel metodun önüne geçmesine neden olabildiğini de belirtmek gerekir. Bu kapsamda örneğin 1994 yılında Virginia eyaletinde yürütülen aktüeryal risk değerlendirme ölçeği geliştirme çalışmaları sırasında, çalışmayı yürüten Komisyon, her ne kadar hükümlünün ırkı eldeki verilere göre tekerrür riski bakımından anlamlı bir farka neden olmakta ise de, hükümlünün ırkının bir değerlendirme unsuru olmaktan çıkarılmasına karar vermiştir⁸⁷. Bu durumun nedeni olarak, “[*sonuçlarda ırk olarak görünen unsurun*] esasen fakirlik ve sosyal imkandan yoksunluktan ibaret olduğu [*ve dolayısıyla risk değerlendirmesinde kullanılamayacağı*]” öne sürülmüştür⁸⁸. Irk ve cinsiyet gibi hususların risk değerlendirmelerinde rol oynamasına yönelik eleştiriler⁸⁹, geliştirilen ölçeklerden bu unsurların -esasen değerlendirme bakımından anlamlı olmalarına karşın- çıkarılmasına neden olmakta ve bu durum ölçeklerin tahmin gücünü zayıflatmaktadır^{90,91}.

Bu kapsamda Gottfredson ve Moriarty’nin ifadelerinin başkaca izaha gerek bırakmadığı kanısındayız: “[*Cezalandırma*] rehberlerinin risk değerlendirme unsurlarına ampirik yaklaşım, esasen ırk ve diğer faktörler bakımından zor soruları göğüsleyebilir, ancak uygulamada bu yola gidildiğine genellikle rastlanmamaktadır. Mezkûr rehberleri oluşturan kimseler, çok daha basit bir yola başvurmaktadır: Etik açıdan hassas yordayıcıları tümüyle ortadan kaldırmak⁹².”

Veri seti sorunundan da bu noktada söz edilmelidir. Her algoritma gibi, tehlikelilik değerlendirme algoritmaları da eldeki verilerin sıhhatiyle bağlantılı olarak sonuç verecektir. Şayet

⁸⁶ Bu yönde Flores, Bechtel ve Lowenkamp, “False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to “Machine Bias: There’s Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It’s Biased Against Blacks”, s. 38.

⁸⁷ Kern ve Farrar-Owens, “Sentencing Guidelines with Integrated Offender Risk Assessment”, s. 176.

⁸⁸ Beriain, “Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling”, s. 50.

⁸⁹ Doktrinde özellikle *Tonry*’nin, kişinin değiştiremeyeceği ve kendi tasarrufunda olmayan [yaş, cinsiyet ve ırk gibi] özelliklerinin risk değerlendirmesinde kullanılmasının adil olmadığına yönelik eleştirileri ön plana çıkmaktadır. Tonry, “Predictions of Dangerousness in Sentencing: Deja Vu All over Again”, s. 453 vd. Yazara göre bir kişiyi göz renginden dolayı daha ağır cezalandırmak ne kadar adilse cinsiyetinden dolayı daha ağır cezalandırmak da o kadar adildir.

⁹⁰ Daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Gottfredson ve Moriarty, “Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications”, s. 194, Beriain, “Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling”, s. 50; John Monahan, “Risk Assessment in Sentencing”, *Reforming Criminal Justice Volume 4: Punishment, Incarceration, and Release* (Ed. Erik Luna), Phoenix: Arizona State University, 2017, s. 77-95, s. 92 vd.

⁹¹ *Hamilton*, çalışmada, cinsiyete göre özelleşmiş bir puanlama sistemi ve cinsiyete göre özelleşmiş ölçekler mevcut olmadığında veya bunlar kullanılmadığında, COMPAS’ın kadınlara karşı ayrımcı bir algoritma haline geldiğini ve onları olduğundan daha riskli addetmeye başladığını rapor etmektedir. Yazarın da isabetle belirttiği üzere “*Hukuki açıdan cinsiyet bilgisinin bu araçlarda kullanılması meselesi tartışmalı olmakla birlikte (...) ampirik açıdan bu bilginin kullanılması gerektiğinde hiçbir şüphe yoktur, zira bunun yapılmaması kanıta dayalı uygulama prensibinin temel ilkelerini ihlal etmektedir.*” Hamilton, “The Sexist Algorithm”, s. 154.

⁹² Gottfredson ve Moriarty, “Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications”, s. 194.

bu verilerde bir eksiklik veya yanlışlık söz konusu ise, varılan sonuç da maddi gerçekliği tam anlamıyla karşılamayacaktır. Her ceza adaleti sisteminin tekerrür verileri de az ya da çok muhakkak bu eksik veya yanlışlıklardan payını almaktadır. Bazı suçlar yetkili mercilere hiç bildirilmemekte, bazılarının faili ortaya çıkarılamamakta, bazı yargılamalar ise yanlış kişinin cezalandırılmasıyla sona ermektedir. Aynı şekilde, kişinin gerçekte -ilk veya müteakip suç bakımından- suçlu olmadığı halde, bir adli hata sonucu cezalandırılmış olması da mümkündür. Bunun bir sonucu olarak, esasen *tekerrür verileri* olarak andığımız veriler; hükümlünün *yeniden suç işlediği* değil, *yeniden yargılanıp cezalandırıldığı* durumları göstermektedir⁹³. Bütün suçların aydınlatılması ve adli hatalardan tümüyle kaçınılması gerçekçi hedefler olmadığından, veri setlerinin daima kusurlu olacağı ve maddi gerçeği tam olarak yansıtamayacağı, dolayısıyla algoritmaların da her zaman hata paylarının bulunacağı ifade edilmelidir.

Gözden kaçırılmaması gereken bir husus da her iki sorun arasındaki ilişkidir. Unutulmamalıdır ki, risk değerlendirme araçlarının sahip olduğu öne sürülen ayrımcılık, esasen o toplumdaki insan karar alıcıların ayrımcılığının bir uzantısı ve doğrudan sonucudur. Daha açık bir söyleyişle, hakimlerin ayrımcı tutumu nedeniyle renkli bireylerin beyazlara kıyasla daha sık ve daha ağır cezalandırıldığı bir toplumda, veri seti de renkli bireylerin daha çok ve daha ağır suçlar işlediğini gösterecektir. Bu durum, kaçınılmaz olarak risk değerlendirme programının verdiği sonuçlara da yansımaya sahip olacaktır⁹⁴. Risk değerlendirme aracı, eldeki verilere ve mevcut algoritmasına dayanarak bu kişileri daha riskli addetmeye başlayıp onların daha ağır cezalandırılmalarına neden oldukça, veri seti de giderek bu kişileri daha da tehlikeli göstermeye başlayacaktır. Bu itibarla, eğer en baştan tedbir alınıp engellenmezse, kendi kendini besleyen ve giderek büyüyen bir ayrımcılık sorunu ortaya çıkabilecektir⁹⁵.

Bu hususta ABD’de, *Malenchik v. Indiana* davasında⁹⁶, başvuru tarafından, aktüeryal risk değerlendirme ölçeklerinin (somut olayda LSR-I ve SASSI ölçekleri) cezaların tayininde kullanılmasının, haksız ayrımcılığa neden olduğu ve bu testlerin sonuçları bir suçun nitelikli halleri⁹⁷ bağlamında önem arz edemeyeceğinden, cezanın belirlenmesinde kullanılmasının hukuka aykırı olduğu öne sürülmüştür. Indiana Yüksek Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede, bu tür ölçeklerden alınan puanın, bizzat bir suçun cezasının belirlenmesinde kullanılan bir ölçüt değil, suçun cezasının ne şekilde infaz edileceğinin belirlenmesinde hâkime yardımcı olan bir araç olduğunu kabul ederek, başvuruçunun iddiasını haklı bulmamış ve davayı reddetmiştir.

İkinci sorun ise, COMPAS’ın kapalı kaynak kodlu bir yazılım olması dolayısıyla, **silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiğine** yönelik iddialardır. Buna göre, sanık hakkında

⁹³ Aynı yönde Copas ve Marshall, “The Offender Group Reconviction Scale, A Statistical Reconviction Score for Use by Probation Officers”, s. 162; Washington, “How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate”, s. 143 vd.

⁹⁴ Aynı yönde Ulenaers, “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, s. 7.

⁹⁵ Aynı yönde Ulenaers, “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, s. 9.

⁹⁶ *Malenchik v. Indiana* 928 NE2d 564 (2010).

⁹⁷ ABD hukukunda nitelikli haller değil, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler (*aggravating/mitigating factor*) söz konusudur. Belirtmek gerekir ki bu nedenler yalnızca o suçun nitelikli halini oluşturan unsurları değil, somut cezanın belirlenmesinde kullanılacak (o suçun unsurlarından bağımsız) diğer hususları da kapsamaktadır.

hükmedilecek sonuç cezada COMPAS'tan elde edilen puan kullanılmakta olduğu halde, savunmanın bu puanın ortaya çıkmasına sebep olan çalışma metodolojisini bilmiyor olması, onun etkili bir şekilde savunma yapmasına engel teşkil etmektedir. Bir başka deyişle, sanığın savunmasını yapabilmesi için gerekli olan hususlar, savunma makamı ile paylaşılmamış olmaktadır.

Her iki meseleye ilişkin de unsurları barındıran ve bu konudaki tartışmaların yoğunlaşmasına sebep olan *State v. Loomis* davasında⁹⁸, başvuru, COMPAS'ın, somut cezanın belirlenmesinde kullanılmasının iki nedenle hukuka aykırı olduğunu öne sürmüştür: İlk olarak, COMPAS'ın kapalı kaynak kodlu olması dolayısıyla, savunmanın programın kodlarını görme ve nasıl çalıştığını anlama imkânı bulunmamaktadır. Bu takdirde COMPAS'ın mahkemeye yanıltıcı bilgiler veriyor olması da ihtimal dahilindedir. Başvurucunun bu bağlamda hem COMPAS algoritmasının verdiği sonucu çürütme imkânı bulunmaması nedeniyle savunma hakkı hem de risk puanının tam olarak nasıl ortaya çıktığının ortaya konulamaması karşısında gerekçeli karar hakkı ihlal edilmektedir⁹⁹. İkinci olarak ise COMPAS'ın [risk ve ihtiyaç değerlendirmelerinde] sanığın cinsiyetini bir veri olarak kullanıyor olması, son tahlilde bir suçun somut cezasının belirlenirken cinsiyet ayrımcılığı yapılması anlamına gelecektir. Bu itibarla COMPAS puanlarının somut cezanın belirlenmesinde kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Davayı inceleyen Wisconsin Yüksek Mahkemesi, her ne kadar COMPAS'ın kaynak kodlarının ve çalışma metodolojisinin tümüyle savunma tarafından idraki mümkün olmasa da, sanık hakkında verilen kararın COMPAS puanlarından bağımsız başkaca hususların da varlığı dolayısıyla verildiği ve bu itibarla COMPAS'ın yalnızca ikincil bir rolünün bulunduğunu kabul ederek, temyiz başvurusunu reddetmiştir. Mahkemenin değerlendirmesine göre, her ne kadar COMPAS tarafından belirlenen bir risk puanı söz konusu ise de, bu durum karar alıcının bir insan hâkim olduğu gerçeğini değiştirmez. Somut olay hâkimi, COMPAS'ın olası eksiklik ve sorunlarının bilincindedir ve dosya kapsamına bizzat hâkim olması dolayısıyla onun eksiklerini fark edebilecek ve duruma uygun karar verebilecek durumdadır. Dolayısıyla, COMPAS'ın işleyişindeki eksikler, bizzatı sanığın adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilemez. Mahkeme ayrıca, karara esas teşkil eden dosya içeriği ve deliller bakımından, savunmadan gizlenmiş olan bir hususun bulunmadığını, mahkemeye sunulan COMPAS raporunun aynısının

⁹⁸ *State v. Loomis*, 872 N.W.2d 670 (Wis. 2015).

⁹⁹ Başvurucunun iddiaları hakkında daha geniş bilgi ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Beriain, "Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling", s. 47 vd.

savunma ile de paylaşıldığını kabul etmiş ve bu durumu adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmemiştir^{100,101}.

Özellikle *Loomis v. State* davası sonrasında, yazılımın algoritmasının savunma ve hatta mahkeme tarafından bilinmiyor ve bu yazılım tarafından verilen kararın ne şekilde verildiğinin programı yazan kişiler de dahil kimse tarafından tam olarak bilinmiyor olması, doktrinde çok ciddi tartışmalara neden olmuştur. *Kara kutu sorunu* olarak literatüre geçen bu husus, günümüzde halen sürmekte olup; ceza adaleti sisteminde halihazırda kullanılan veya gelecekte kullanılması öngörülen yapay zekâ araçları bakımından da en önemli tartışma konularından biri haline gelmiştir¹⁰².

Belirtmek gerekir ki, bu sorunun çözümüne yönelik olarak, bir aktüeryal risk değerlendirme algoritmasının ceza adaleti sisteminde kullanıldığı durumlarda, sanığın korunması için dengeleyici bir tedbir olarak bağımsız bir uzmanın kullanılan algoritmayı denetlemesi önerilmiştir¹⁰³. Aynı şekilde, bu araçların açık kaynak kodlu olması ve böylelikle savunma tarafından

¹⁰⁰ Aşağıda da ele alınacağı üzere bu meselenin, çalışmanın amaçları bakımından, geniş bir biçimde tartışılması iki nedenle gereksizdir: Birincisi Türkiye’de böyle bir aracın geliştirilmesinin özel bir şirket tarafından yapılması ve kapalı kaynak kodlu olması, Türkiye’nin yargı geleneği dikkate alındığında, çok küçük bir olasılıktır. İkinci olarak, Türk Ceza Kanunu’nda cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine dair hükümler, somut cezanın belirlenmesinde bu neviden araçların kullanımına elverişsizdir. Bununla birlikte, karara ilişkin görüşümüzü kısaca ifade etmekte yarar görmekteyiz: Kanaatimizce mahkemenin değerlendirmesinde, adil yargılanma hakkı ve çekışmeli yargılama ilkesi bağlamında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Zira programın kaynak kodlarının bilinmesi, tek başına savunmaya bir yarar sağlamayacak olup, savunmanın itiraz etmesi ve tartışması gereken risk puanları kendisiyle paylaşmakta ve bu konudaki görüşlerini ileri sürebilme imkânı kendisine tanınmaktadır. Bu hususta daha geniş izahlar için ayrıca bkz. Efe Can Karabulut, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Delillerin Savunma ile Paylaşılmasından Sakınılması”, *IV. Ceren Damar Bilim İnsanları Sempozyumu (Ed. Gülce Gümüşlü Tunçağıl vd.)*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2024, s. 371-405.

Nitekim, *Gardner v. Florida* (430 U.S. 349 (1977)) davasında Yüksek Mahkeme, [COMPAS puanlarını ve benzer değerlendirmeleri de ihtiva edebilen] PSI (Pre-sentence Investigation) raporunun içeriğinin savunma ile tamamen paylaşılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Bu olayda ise mezkur rapor, savunma ile paylaşılmış durumdadır.

¹⁰¹ *State v. Loomis* davası, ABD’de gerek COMPAS özelinde gerekse karar alma süreçlerinde yazılımlardan yararlanılmasına yönelik bilumum tartışmalarda en sık rastlanan ve incelenen karar olup, kanaatimizce Türkiye’de dahi bu kararın müşahhas olarak incelemesi yapılmalıdır. Çalışmanın kapsamı dışında kaldığından karar ile ilgili olarak bu ölçüde açıklama yapmakla yetinmekteyiz. Detaylı bilgi ve tartışmalar için ayrıca bkz. Washington, “How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate”, s. 133 vd.; Beriain, “Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling”, s. 45 vd.; Katherine Freeman, “Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis”, *North Carolina Journal of Law & Technology*, 18/5 (2016), s. 79 vd.; Villasenor ve Foggo, “Artificial Intelligence, Due Process, and Criminal Sentencing”, s. 333 vd.

¹⁰² Bu hususta bkz. Megan T. Stevenson ve Christopher Slobogin, “Algorithmic Risk Assessments and the Double-edged Sword of Youth”, *Behavioral Sciences & the Law*, 36/5 (2018), s. 639 vd.; Ulenaers, “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, s. 7 vd.; Hamilton, “The Biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics”, s. 1558 vd.; Emily Barber, “Navigating Miller v. Alabama with COMPAS: How Risk Assessment Instruments Square with a Meaningful Opportunity for Release”, *National Lawyers Guild Review*, 77/1 (2020), s. 10-11. Kavramın kökeni hakkında bkz. Freeman, “Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis”, s. 88, dn. 82.

¹⁰³ Freeman, “Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis”, s. 100 vd.

risk değerlendirmesinin ne şekilde yapılmasının tam olarak anlaşılabilmesinin sağlanması da önerilmektedir¹⁰⁴.

COMPAS'ın kapalı kaynak kodlu olması ile bağlantılı olarak, **toplum yararı ile şirket yararı arasındaki çatışmalar** da tartışma konusu edilmiştir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, COMPAS ticari bir ürün olduğundan, ürünün geliştiricilerinin çıkarlarının her zaman toplumun yararı ile bire bir örtüşmemesi ve bu durumun sanıkların aleyhinde sonuç doğurması mümkündür¹⁰⁵. Bir örnekle izah etmek gerekirse, bir sanık hakkında ertelemeye hükmedilmesi ve bu kişinin derhal yeni bir suç işlemesi durumunda, bu durum büyük bir skandala neden olacak ve toplumda COMPAS'ın güvenilirliğini sarsacaktır. Buna karşılık, aslında gerekmediği halde bir kişi hakkında hapis cezasına hükmedilmesi ya da cezasının tamamının infaz kurumunda çektirilmesinin sağlanması gibi durumlarda, esasen bu tedbirin gerekli olup olmadığı hiçbir zaman kesin olarak bilinemeyeceği için, benzer bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla bu ürünün geliştiricileri, kendi ürünlerinin şöhretini korumak adına, algoritmalarını aşırı temkinli ve cezalandırıcı olmak üzere eğitebilirler¹⁰⁶. Her ne kadar COMPAS bünyesindeki ölçekler bilimsel araştırmalar ile geliştirilmekteyse de, bu araştırmaları yürütenler de COMPAS'ın çalışanı olan bilim insanlarıdır¹⁰⁷.

Kanaatimizce bu argüman bizi sorunu olmamakla birlikte, COMPAS'ın karar alma mekanizmasını insan karar alıcının karar alma mekanizması ile karşılaştırmaması bağlamında eksiktir. Yukarıda zikredilen düşüncelerin tümü, insan karar alıcılar için de ileri sürülebilir. Bir hâkim de karar verirken, hükümlünün cezasının toplum içinde çektirilmesinin doğuracağı sakıncalarını ve hatta yeniden suç işlemesinin onun vicdanında yaratacağı yükü çok önemseyerek cezalandırıcı bir tutum benimsemesi muhtemeldir. Hatta, halkın aşırı cezalandırıcı tutumlarına yönelik talepkârlığı¹⁰⁸ karşısında, kendisi de toplumun bir parçası olan hakimlerin bu baskılara dayanabilmesi daha da güçtür. Bu bağlamda COMPAS'a yönelik eleştiriye haksız bulmamakla birlikte, COMPAS'ın durumu kötüleştirdiği düşüncesine şüpheyle yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

III. BİLGİSAYAR DESTEKLİ AKTÜERYAL RİSK DEĞERLENDİRME ARAÇLARININ TÜRKİYE'DE KULLANILABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

COMPAS ile ilgili bilgiler ve uygulamada karşılaşılan sorunlar böylece ifade edildikten sonra, benzer bir programın Türk ceza adaleti sisteminde uygulanabilirliğine yönelik tartışmanın da yapılması gerekmektedir. Bu hususta açıklamalara başlamadan önce belirtmek gerekir

¹⁰⁴ Freeman, "Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis", s. 101 vd.

¹⁰⁵ Beriain, "Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling", s. 49. Aynı yönde Freeman, "Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis", s. 92 vd.

¹⁰⁶ Beriain, "Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling", s. 49-50.

¹⁰⁷ Freeman, "Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis", s. 93.

¹⁰⁸ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, s. 50 vd.

ki, bu başlık altında yalnızca, ceza muhakemesinin ve cezaların infazının çeşitli safhalarına yönelik olarak, COMPAS benzeri bir aktüeryal risk değerlendirme aracının kullanılmasının *imkânı* tartışma konusu yapılacaktır. Böyle bir aracın kullanılmasının Türk ceza adaleti sistemi bakımından ne gibi yarar ve sakıncalarının bulunduğuna yönelik tartışma ve bu aracın geliştirilmesine yönelik pratik meselelerin değerlendirmesi, birer suç siyaseti meselesi olduğundan, çalışmanın sosyal politika vizyonuna tekabül eden sonuç bölümünde yapılacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, COMPAS sistemi, sanığın ihtiyaç veya tehlikelilik durumunun gözetilmesinin gerektiği her durumda; gerek tutukluluk haline hükmedilmesi gerek somut cezanın belirlenmesi gerekse cezanın infaz rejiminin tayini ve hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlandırılması hususlarında kullanılabilmektedir. Türk hukukunda, bu durumların her biri bakımından ayrı ayrı kısa değerlendirmeler yapılarak, mevcut sistemin böyle bir aracın kullanımına uygun olup olmadığı tartışma konusu edilecektir.

İlk olarak, ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın tutuklu yargılanıp yargılanmamasına yönelik olarak aktüeryal risk değerlendirme araçlarının kullanılması hususuna değinilecektir. Türk hukukunda, tutukluluk haline ya da devamına karar verilmesine yönelik hükümler, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100 ve devamı maddelerinde yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilmesi, bir tutuklama nedeninin varlığını gerektirmektedir. Tutuklama nedeninin var sayılabileceği haller ise, katalog suçların işlendiğini gösteren kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı dışında, üç tanedir:

- i. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların varlığı;
- ii. Şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,
- iii. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturmaları.

Her ne kadar, maddenin yazımındaki “tutuklama nedeni var sayılabilir” ve Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “...veya bunlar gibi” ifadeleri nedeniyle, tutuklama nedenlerinin yukarıda zikredilenler dışında nedenler de olabileceği anlaşılmakta ise de, doktrinde tutuklama nedenlerinin bu üç neden olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bu nedenlerin varlığının veya yokluğunun belirlenmesinde bir aktüeryal risk değerlendirme aracından yararlanılmasının mümkün olup olmadığının öncelikli olarak değerlendirilmesi gerekir.

Yukarıda zikredilen nedenlerden ilki olan şüpheli veya sanığın kaçması ya da saklanması, zaten geçmişe yönelik bir durumdur ve bu takdirde risk değerlendirmesi yapılacak bir husus söz konusu değildir. Şüpheli veya sanığın kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların ise neler olduğu ve nasıl tayin edileceği ise tartışmalı bir husustur. Bu konuda benimsenecek olan görüşe göre, risk değerlendirmesinin ne şekilde yapılacağı da tayin edilecektir.

¹⁰⁹ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024, s. 309; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023, s. 257; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023, s. 387; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2017, s. 376.

Bir görüşe göre, kaçma şüphesi, şüpheli veya sanığın yaşam şartları ve kişiliği de dahil olmak üzere tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenmesi gereken bir husustur¹¹⁰. Bu görüşün kabulü halinde, risk değerlendirme araçlarının verdiği sonuçların, diğer olgular yanında, hâkim tarafından kullanılabilmesi ve tutuklama nedeninin mevcut olup olmadığına karar verilebilmesi mümkündür. Buna karşılık diğer görüşe göre, somut olgular, kaçma şüphesi ile doğrudan bağlantılı olan pasaport çıkarma, mallarını satma gibi davranışlar olabilir¹¹¹. Eğer failin davranışında somutlaşan böyle yakın ve bağlantılı olgular aranacak ise, bu takdirde risk değerlendirme aracının herhangi bir kullanım alanı söz konusu olmayacaktır. Çalışmanın konusunu oluşturmaması bakımından bu konuda detaylı bir tartışmaya girilmeyecek olmakla birlikte, ifade edilmelidir ki kanaatimizce tutukluluk değerlendirmesi gerçekten de şüpheli veya sanığın bütün özelliklerini dikkate alarak yapılmalıdır. Buna karşılık, maddenin yazımının ikinci görüşün benimsenmesine daha yatkın olduğunu da ifade etmek durumundayız.

İkinci grup tutuklama nedenini ise sanığın belli bir yöndeki davranışları oluşturmaktadır. Bu davranışlar ya delilleri karartmaya ya da mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunmaya yönelmiş olmalıdır. Dikkat edilirse mezkûr hükümde, şüpheli veya sanığın *davranışlarından* söz edilmektedir. Bu itibarla, şüpheli veya sanık hakkındaki genel nitelikli statik veya dinamik risk faktörlerinin birer değerlendirme konusu yapılması söz konusu değildir¹¹². Bu itibarla kanaatimizce mezkûr tutuklama nedeni bakımından, bir risk değerlendirme aracının kullanılması söz konusu olamayacaktır.

Esasen bir aktüeryal risk değerlendirme aracının tutukluluğun değerlendirilmesinde kullanılmasının temel yararı, şüpheli veya sanığın yargılama sırasında yeniden suç işleme olasılığının değerlendirilmesidir. Buna karşılık, Türk hukukunda, karşılaştırmalı hukuk örneklerinin aksine¹¹³ “şüpheli veya sanığın yeniden suç işleme ihtimali”nin tutuklama nedenleri arasında sayılmaması, risk değerlendirme araçlarını da bu noktada işlevsiz bırakmaktadır.

Kanaatimizce bu durumun nedeni, tutukluluğa ilişkin kötü yargı pratiğinin¹¹⁴, tutukluluğa çok fazla ve uzun sürelerle başvurulmasına neden olması ve bu uygulamanın tutuklamayı kâğıt üzerinde çok sıkı şartlara bağlayan yasa değişikliklerini tetiklemesidir. Mevcut durumda ise tutuklamaya yönelik sorunlar ortadan kalkmadığı gibi, şüpheli veya sanığın statik veya dinamik risk faktörlerinin değerlendirme konusu yapılması imkânı da ortadan kalkmıştır. Bu hususun kısa ve orta vadede bir çözümü olduğu kanısında değiliz. Zira tutuklama nedenlerine yönelik kanun değişikliği yapılması sorunu çözmeyeceği gibi, muhtemelen daha da büyütecektir. Sorunun giderilmesi, uzun vadede yargı uygulamasının düzeltilmesine bağlıdır. Bu bağlamda, aktüeryal risk değerlendirme araçlarının muhakeme sırasında kullanım imkanlarının, uzun bir süre için oldukça sınırlı kalacağını öngörmekteyiz.

¹¹⁰ Şahin ve Göktürk, s. 309; Yenisey ve Nuhoglu, s. 388.

¹¹¹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 257.

¹¹² Aynı yönde Şahin ve Göktürk, s. 310-311; Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 257; Yenisey ve Nuhoglu, s. 388; Centel ve Zafer, s. 378.

¹¹³ Bu hususta bkz. Yenisey ve Nuhoglu, s. 382, 391-392. Yazarlara göre bu tutuklama nedenine ve genel olarak önleme tutuklamasına kanunda yer verilmemiş olması bir eksikliktir.

¹¹⁴ Aynı yönde Nur Centel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 17/1-2 (2011), s. 90-91.

Sonuç itibarıyla, Türk hukukunda soruşturmada ve kovuşturmanın duruşma evresi sırasında aktüeryal risk değerlendirme araçlarının kullanımına uygun bir alanın bulunmadığı veya bu alanın çok sınırlı olduğu söylenebilir.

Türk hukukunda, ABD'deki uygulamanın aksine, Adil Ceza Teorisi anlayışının bir yansıması olarak¹¹⁵, cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi neredeyse bütünüyle işlenen fiil ile bağlantılı kriterlere göre icra edilmektedir. Bu bağlamda, failin kişiliğinin, somut cezanın belirlenmesi bağlamında, gerek m. 61 gerekse m. 62 bakımından neredeyse hiçbir önemi bulunmamaktadır¹¹⁶. Bu açıklamalar dolayısıyla, Türk hukukunda COMPAS benzeri bir aracın somut cezaların belirlenmesinde kullanılması, gerek cezanın amacı gerekse cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hususunda bir paradigma değişikliği yaşanmadıkça, bir başka deyişle yeni bir Türk Ceza Kanunu yapılmadıkça, mümkün görünmemektedir¹¹⁷. Esasen COMPAS'a yöneltilen eleştirilerin, ağırlıklı olarak bu aracın cezaların belirlenmesinde kullanılmasına yönelik sorunlara dair olması göz önüne alındığında, bunun önemli bir eksiklik olmadığı da altı çizilmelidir.

İnfaz rejiminin tayini ve koşullu salıverilme bağlamında ise COMPAS benzeri bir aracın kullanılabilmesi için uygun bir altyapı söz konusudur. Zira, Türk hukukunda cezaların infazına yönelik düzenlemeler, risk-ihtiyaç modeline uygun bir biçimde ihdas edilmiştir¹¹⁸. Bu durum Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 6. Maddesinin c ve d bentlerinde yer alan *“Cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılır... İyileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere ilişkin infaz rejiminde, bu hükümlülerin kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verilmesine özen gösterilir ve bu hususlar yönetmeliklerde düzenlenir.”* ifadelerinden de açıkça anlaşılabilmektedir. Aynı şekilde, İnfaz Yönetmeliği'nin 86. maddesinin 1. fıkrasında *“Hükümlü hakkında... bireysel ihtiyaçlarına uygun olacak şekilde “iyileştirme programları” hazırlan[acağı]”* belirtilmektedir. Hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün, orantılı ve yararlı araç ve olanakların tespiti ise, şüphesiz ondan toplanacak bilgiler ile yapılacaktır. Bu bilgileri toplamak ise psikososyal yardım servisinin görevidir (İnfaz Yönetmeliği, m. 12).

¹¹⁵ Adil Ceza Teorisi hakkında geniş bilgi için bkz. Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, s. 182 vd. Adil ceza anlayışının COMPAS benzeri sistemlerle bağdaşmazlığına dair tartışma ayrıca bkz. Monahan, “Risk Assessment in Sentencing”, s. 84 vd.

¹¹⁶ Bu hususta geniş değerlendirmeler ve karşılaştırmalı hukuk örnekleri için bkz. Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, s. 302-314.

¹¹⁷ Esasen 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun Kovuşturma Evresindeki Görevler başlıklı 13. maddesinde, müdürlüğün görevleri arasında *karar öncesinde mahkeme veya hâkimin isteği üzerine; sanığın geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal ve ekonomik durumu, ruhsal ve psikolojik durumu, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak* da sayılmıştır (5402 s. K. m. 13, f. 2, bent b). Bu bağlamda, halihazırda hükümlü hakkında insan eliyle ya da bilgisayar destekli olarak kovuşturma evresinde risk profili çıkarılabileceğine yönelik bir hükmün varlığından söz edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, ilgili hükümde tanzim edilebileceği öngörülen raporun bir **aktüeryal risk değerlendirmesi** olmadığına dikkat çekilmelidir. Bunun yanında, yukarıda da belirtildiği üzere, böyle bir raporun mevcudiyeti halinde dahi, mahkemenin cezanın belirlenmesinde bu rapordaki bilgileri ancak TCK m. 62 kapsamında ve çok sınırlı olarak kullanma imkânı söz konusu olabilecektir. Ayrıca ifade edilmelidir ki, uygulamada TCK m. 62 hükmüne ilişkin olarak, sosyal araştırma raporlarına dayanılmak suretiyle cezada indirim yapıldığına ya da yapılmadığına dair bir karara rastlayabilmiş değiliz.

¹¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, s. 315 vd.

Çalışmanın konusunu oluşturmaması hasebiyle bu hususta detaylı bilgi verilmeyecek olmakla birlikte, yukarıda zikredilenler ile benzer psikolojik ölçekler, Türk ceza infaz sisteminde halihazırda uygulanmakta ve ceza infaz kurumuna giren hükümlülerden hem görüşme yöntemiyle bilgi alınmakta hem de çeşitli ölçekleri doldurması temin edilmektedir. Nitekim, Adalet Bakanlığı tarafından, İnfaz Yönetmeliği m. 12, f. 6 hükmü uyarınca çıkarılan Psikososyal Yardım Servisi Yönetmeliği'nin *Kurum Sürecindeki Hizmetler* başlıklı hükmünde, bu maksatla *"Psikolog mesleki çalışmalarında, uzmanlık alanının yöntem ve tekniklerinin yanı sıra, çeşitli test, envanter, ölçek gibi ölçme değerlendirme araçları kullanır. Gerekirse yeni ölçme değerlendirme araçları geliştirir..."* ibarelerine yer verilmiştir.

Bu açıklamalar, bir hususun da açığa çıkmasını sağlamaktadır: Bir aktüeryal risk değerlendirme aracının kullanılabilmesi için toplanması gerekli olan bilgiler, esasen failin daha iyi tanınabilmesi, onun davranışlarının tahmin edilebilmesi ve hangi yaptırıma ne şekilde tepki vereceğinin anlaşılması bakımından elzem olan bilgilerdir. COMPAS benzer bir araç kullanılsın ya da kullanılsın, bu bilgilerin toplanılmasının infaz aşamasına bırakılması, kanaatimizce gerek tutukluluk gerekse somut cezanın tayinine yönelik kararların meşruiyetine zarar vermektedir. Bu kapsamda, bilgisayar algoritmalarından bağımsız olarak, ceza muhakemesinde sanık hakkında sistematik bilgi toplanmasına yönelik düzenlemelerin genişletilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Koşullu salıverilme özelinde de mevcut kanun hükümleri, bir aktüeryal risk değerlendirme aracının kullanımı için elverişlidir. Öncelikle hükümlünün iyi halliliğinin belirlenmesi bakımından (CGTİHK m. 107, İnfaz Yönetmeliği m. 109), gerek hükümlünün tehlikelilik durumunun gerekse toplumla bütünleşmeye hazırlık düzeyinin değerlendirilmesi hususlarında bu araçlardan yararlanılması mümkündür. Ayrıca hükümlüye rehberlik edilmesi, hakkında rapor düzenlenmesi ve gerektiğinde yükümlülük tahmil edilmesi hususlarında (CGTİHK m. 107, f. 9) da aktüeryal risk değerlendirme araçları, karar alma mekanizmalarını hem hızlandıracak hem de kolaylaştıracak niteliği haizdir. Zira her iki konu da halihazırda risk-ihtiyaç modeli uyarınca ve bu hususların değerlendirmesi ile yapılmaktadır (CGTİHK m. 107, f. 9).

Nihayet, Türk hukukundaki mevcut düzenlemelerde, denetimli serbestlik sürecine ilişkin olarak da denetimli serbestlik yükümlülerinin risk ve ihtiyaç değerlendirmelerinin yapılacağı ve denetim programının tespit edilen risk ve ihtiyaçlara uygun olarak hazırlanacağı öngörülmektedir (Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, m. 15, f. 3; m. 19, f. 3; m. 25). Bu bağlamda bilumum risk değerlendirme araçlarına ve bu kapsamda bilgisayar destekli aktüeryal risk değerlendirme araçlarına başvurulmasında bir engel söz konusu değildir.

SONUÇ

Aktüeryal risk değerlendirme araçlarının geliştirilmesi ve bilgisayar destekli olarak uygulanması hususunda, altyapı geliştirme veya uygulama süreçlerine yönelik olarak, ABD'deki mevcut deneyimlerden çıkarılması gereken önemli dersler bulunmaktadır. Bu deneyimin bir bölümü meselenin teknik yönüne, diğer bölümü ise hukuki yönüne ilişkindir. Her iki alanda da ortaya çıkan sorunlar ve önerilen çözümler, günümüzde bu sürece baştan başlamayı planlayan bir devlet için kıymet arz etmektedir. Bu kapsamda, yukarıda ele alınan meseleler

çerçevesinde, Türkiye’de bilgisayar destekli aktüeryal risk araçlarının kullanımı konusundaki görüşlerin serdedilmesi ve konunun tartışmaya açılması gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aktüeryal risk değerlendirme araçlarının temel faydası, hükümlünün tekerrür riskini, kaba bir tahminin ötesine geçerek bilimsel esaslara göre belirleyebilmek ve buna uygun bir yaptırım veya infaz rejimi uygulayabilmektir. Bunun ise ilk adımı, henüz bir aktüeryal risk değerlendirme aracına dahi sahip olmadan önce, tekerrür istatistiklerini üretebiliyor olmaktır. Zira eğer hangi suçluların hangi koşullar altında yeniden suç işlediği bilinemezse, ne aktüeryal risk değerlendirme aracının bir amaca hizmet etmesi söz konusu olabilir ne de isabetli çalışıp çalışmadığı sınanabilir. Türkiye, tekerrür istatistiği üretmeyen ve genel olarak ceza adaleti sistemi istatistiklerinde fevkalade eksik kalan ülkelerden biridir¹¹⁹. Bir aktüeryal risk değerlendirme aracının Türkiye’de kullanılabilirliğine yönelik tartışmanın başlayabilmesi için öncelikle bu eksiklikler giderilmelidir.

Altı çizilmelidir ki, insan psikolojisinin içinde bulunduğu kültürel yapı ile etkileşiminin bir sonucu olarak, sosyal psikoloji çalışmalarında ve müşahhas olarak kriminoloji alanındaki çalışmalarda; bir devletin ülkesinde yaşayan bireylerden elde edilen bulgular, başka bir devletin ülkesinde yaşayan bireylere genellenememektedir¹²⁰. Aynı şekilde, yabancı bir dilde geliştirilmiş olan bir ölçeğin, doğrudan Türkçeye çevrilerek uygulanması da mümkün değildir¹²¹. Bunun için, o ölçeğin uyarlanmasına yönelik özel bir çalışmanın yapılması ve Türkiye’deki örneklem ile geçerliliğinin test edilmesi icap edecektir¹²².

Bunun yanında, unutulmamalıdır ki her devletin ceza kanunlarında “tekerrür” kavramından anlaşılan husus birbirinden farklıdır. Bu itibarla, tekerrür hususundaki uluslararası istatistikler ve/veya akademik çalışmaların Türkiye’ye genellenebilmesi mümkün olmayacağı gibi, Türkiye’deki çalışmaların ilgili hükümlere (TCK m. 58) uygun olarak tasarlanması ve yürütülmesi de gerekecektir.

Bu nedenle, Türkiye’de COMPAS benzeri bir programın geliştirilebilmesi için, öncelikle Türkiye’de de ABD’dekine benzer bir geliştirme sürecinin, neredeyse en baştan yaşanması gerekmektedir. Suçluluk olgusunu açıklayan teoriler şüphesiz Türkiye bakımından da yararlanılabilir olmakla birlikte, bu ölçeklerin her birinin en baştan geliştirilmesi ve programın buna göre oluşturulması gerekir. Bu da, ABD örneğinden de görülebileceği üzere, yıllara ve hatta on yıllara yayılacak bir araştırma ve geliştirme sürecini gerektirmektedir.

Bu güçlüğü ifade etmekle birlikte, bu durumun bu tür bir programı geliştirmemek için bir gerekçe olmadığı kanaatindeyiz. Şayet politika oluşturucular, aktüeryal risk değerlendirme araçlarının kullanımının ceza adaleti sisteminin işleyişine belirgin bir katkı yapacağı kanaatine varırlar ise, böyle bir sistemin kullanılması harcanan çabaya ve zamana değerlidir.

¹¹⁹ Bu konuda daha geniş değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, s. 506 vd.

¹²⁰ Aynı yönde İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024, s. 60-61.

¹²¹ Ölçek geliştirme ve uyarlama çalışmaları konusunda daha detaylı bilgi için bkz. K. Zülfiyar Deniz, “Psikolojik Ölçme Aracı Uyarlama”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 40/1 (2007), s. 3 vd.

¹²² Deniz, “Psikolojik Ölçme Aracı Uyarlama”, s. 7-8.

Kanaatimizce de varılması gereken sonuç bu olmalıdır. Ceza adaleti sisteminde yapay zekanın kullanımının yoğun bir şekilde tartışıldığı ve karar alma süreçlerinde kaçınılmaz olarak insan-makine iş birliğinin yaygınlaşacağına kolaylıkla öngörülebildiği bir dönemde, bu tür araçların geliştirilmesi, gelecekte daha sofistike karar alıcıların geliştirilebilmesi için de gerekli tecrübenin ve kurumsal hafızanın kazanılmasında da yardımcı olacaktır. Bir başka deyişle, salt böyle bir projenin hayata geçirilmesi dahi, sonucundan bağımsız olarak, Türkiye bakımından kıymet arz etmektedir. Kaldı ki, aracın kendisinden bağımsız olarak, Türkiye’de suçluluk olgusunun anlaşılmasına ve risk profillerinin belirlenmesine yönelik kriminolojik araştırmalar, her halükârda yapılması zaruri araştırmalardandır. Böyle bir projenin yürütülmesi ve bu işe kaynak ayrılması, bu araştırmaları da tetikleyecek olması bakımından ayrıca fayda sağlayacaktır.

Türkiye’nin böyle bir uygulamaya ihtiyaç duyup duymadığı ya da bundan ne düzeyde fayda sağlayacağı da ayrı bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Aktüeryal risk değerlendirme araçlarının ceza adaleti sisteminde kullanılması nispeten yaygın bir uygulama olsa da, özellikle bu araçların bilgisayar destekli olarak kullanılmasına pek çok başarılı ceza adaleti sistemi örneğinde rastlanmamaktadır. Bu anlamda böyle bir uygulama kesinlikle zaruri olmayıp, titiz bir fayda/maliyet analizinin konusudur.

Bu kapsamda kısaca ifade etmek gerekirse, yukarıda da vurgulandığı üzere, COMPAS ve benzeri sistemlerin temel avantajlarından biri usul ekonomisi ve yargılamada çabukluğun sağlanmasıdır. Bu anlamda her devletin yargı sisteminin bu neviden araçlara aynı düzeyde ihtiyaç duyduğunu söylemek mümkün değildir. Bu tür bir teknolojinin en yararlı olacağı sistemler, yargılamaların uzun sürdüğü, ceza infaz kurumu nüfusunun ve denetimli serbestlik yükümlülerinin sayısının fazla olduğu ceza adaleti sistemleridir. ABD bu konuda dünyadaki en vahim örneklerden biri olup; Türkiye, soyut ve somut cezaların yüksekliği ve olağanüstü yüksek ceza infaz kurumu nüfusu ile ABD ile benzer özellikler sergilemektedir¹²³.

Kanaatimizce Türk hukukunda, algoritma destekli bir aktüeryal risk değerlendirme aracından en büyük faydanın sağlanacağı alan cezaların infazı esnasında infaz rejiminin belirlenmesi, denetimli serbestlik yükümlülerine tahmil edilecek yükümlülüklerin belirlenmesi ve en önemlisi hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlandırılıp yararlandırılmayacağına yönelik kararların verilmesidir. Zira hem Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un öngördüğü sistem böyle bir araçla uyumludur hem de Türkiye’de gerek ceza infaz kurumlarının nüfusunun hem de denetimli serbestlik yükümlülerinin sayısının aşırı derecede yüksek olduğu göz önüne alındığında, bu tür bir yardımcıya büyük bir ihtiyaç bulunmaktadır. Hali hazırda Türkiye’deki infaz sistemi, mevcut yükü taşıyabilecek durumda değildir. Bu durum - çalışmada değinilmeyecek olan- çok sayıda soruna yol açmakla birlikte, süresini tamamlayan hükümlülerin koşullu salıverilmeden “otomatik” olarak yararlandırılması en ciddi sorunlardan biridir¹²⁴.

¹²³ Bu hususta geniş değerlendirmeler için bkz. Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, s. 394 vd.

¹²⁴ Aynı yönde İzzet Özgenç, *İnfaz Siyasetine İlişkin Muhtasar Öneriler*, 12.10.2022, Son güncelleme: 21.12.2024, <https://izzetozgenc.com/makale/infaz-siyasetine-iliskin-muhtasar-oneriler>.

COMPAS benzeri bir programın kullanılması bu bağlamda iki temel fayda sağlayacaktır: Birinci olarak, hükümlüler hakkında toplanan verilerin sistematikleştirilmesi ve standardizasyonu sağlanmış olacaktır. İkinci olarak ise, aşırı dosya yükü altında karar almakta zorlanan personelin bu araçlar ile daha kolay ve hızlı karar verebilmesinin yolu açılmış olacaktır. Unutulmamalıdır ki, aktüeryal risk değerlendirme aracı, tahmin isabetine hiçbir katkı sağlamasa bile, sadece koşullu salıverilmenin süresini tamamlayan herkese uygulanmasının önüne geçmekle dahi tekrerrün azaltılmasına katkı sağlamış olacaktır.

Şu ana kadar yapılan açıklamaları özetle ifade etmek gerekirse; Türkiye, ABD ile benzer özellikleri dolayısıyla COMPAS benzeri bir sistemden yüksek düzeyde fayda sağlama şansına sahiptir. Bununla birlikte, ABD örneğinden farklı olarak, böyle bir aracın kullanım alanı daha dar olacaktır. Bu durum başlı başına büyük bir sorun olmamakla birlikte, bu araçtan umulan faydayı azaltacağı kesindir. Bu tür bir aracın geliştirilmesinin ve test edilmesinin çok uzun süreceği ve maliyetli olacağı bellidir ancak bu sürecin Türk ceza adaleti sisteminin altyapısına da -aracın kendisinden bağımsız- büyük katkıları olacaktır.

Son olarak, COMPAS örneğinden elde edilen deneyimler ışığında, bir aktüeryal risk değerlendirme aracının Türkiye’de kullanılması halinde ortaya çıkabilecek hukuki meselelere de kısaca değinilmelidir. Daha doğru bir söyleyişle, bu meselelerden daha en baştan kaçınılabilmek için ne gibi tedbirlere başvurulması gerektiği ifade edilmelidir.

Öncelikli olarak, ceza adaleti sisteminde kullanılacak bir aktüeryal risk değerlendirme aracının güvenliğinin ve güncelliğinin sağlanması, meydana gelen sorunların giderilmesi gibi hususların kim tarafından üstlenileceği tartışılmalıdır. Nitekim hatırlanacağı üzere pek çok tartışma da bu noktadan kaynaklanmaktadır.

Kanaatimizce, sosyopolitik yapısı ABD’den oldukça farklı olan Türkiye gibi bir ülkede, bu yazılımın bir özel şirket tarafından geliştirilmesi, gerek halk tarafından gerekse ceza adaleti sisteminin paydaşları bakımından benimsenmeyecek bir çözümdür. Toplumda halihazırda adalet sistemine yönelik güvensizlik, bu tür bir uygulama ile daha da büyüyebilir. Özellikle de bu programın somut cezanın belirlenmesinde ve koşullu salıverilme süreçlerinde sınırlı da olsa kullanılabileceği göz önünde tutulduğunda, devletin cezalandırma yetkisini özel kişilere devrettiği yönündeki bir eleştirinin ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Bu gerekçelerle kanaatimizce, böyle bir programın Adalet Bakanlığı uhdesinde geliştirilmesi ve uygulamaya konulması daha yararlı olacaktır.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, yukarıda özellikle COMPAS’ın kapalı kaynak kodlu olmasının, özellikle geliştirilmesi ve denetimi hususunda da önemli ölçüde gizlilik gerektiriyor olması ve yalnızca yaptığı değerlendirmelerin sonuçları itibarıyla bilimsel incelemeye tabi tutulabiliyor olması önemli bir sorun olup, Türkiye’de benzer bir programın geliştirilmesinin özel bir şirket yerine Bakanlık uhdesinde geliştirilmesi halinde bu sorunlardan da kaçınılmış olacaktır. Program açık kaynak kodlu olmasa dahi, en azından ortada bir ticari sırrın söz konusu olmaması, programın uzmanlarca denetlenebilir ve şeffaf olmasının yolunu açacaktır. Bununla birlikte, yanlış bir düşünceye mahal vermemek amacıyla, bir hususun altı çizilmelidir: Programın açık kaynak kodlu olması ve/veya uzman denetimine açık olması, onun karar alma

mekanizmasının insan kullanıcılar tarafından tümüyle anlaşılabilirliği anlamına gelmez. Bilakis, özellikle öğrenme tekniklerini kullanan algoritmaların nasıl çalıştığını, programı yazan kişiler dahi tam olarak anlayamamaktadır¹²⁵. Bu anlamda, kullanılacak olası bir aktüeryal risk değerlendirme aracının açık kaynak kodlu olmasının, ceza muhakemesi hukuku bakımından ortaya çıkabilecek sorunlara tek başına çözüm olmayacağı ifade edilmelidir.

Özellikle adli hatalar bakımından gerek tazminat sorumluluğunun gerekse ceza sorumluluğunun tayini bağlamında, bu programın Bakanlık uhdesinde geliştirilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Nihayet, altı çizilmelidir ki, bu programın geliştirme sürecinde her ne kadar yabancı ülke vatandaşlarının yardım ve danışmanlığından yararlanılabilir ise de, programın yabancı bir şirket tarafından geliştirilmesinin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından sakıncalar doğurabileceği göz önünde tutulmalıdır.

COMPAS'a ve genel olarak risk değerlendirme ölçeklerine yöneltilen en önemli ikinci eleştiri ise "ırkçı" ya da "cinsiyetçi" sonuçlar veriyor olmasıdır. Esasen bu ifade ile söylenmek istenen, algoritmanın gerçekten de ırkçı veya cinsiyetçi olması değildir. Bilakis, algoritmanın veri setini vücuda getiren insan topluluğunun ırkçı ve cinsiyetçi tutumları, zaman içinde ekonomik ve sosyal adaletsizliklere dönüşmekte ve bu durum da sosyal olarak dezavantajlı grupların daha riskli addedilmesine yol açmakta, algoritma da bu hususu gözetmeyerek kararlarını verdiği için mevcut sosyal dengesizliği daha da büyötmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yaş, cinsiyet veya genetik özelliklerin, suç davranışına hiçbir etkisinin bulunmadığı yönündeki bir ön kabulü isabetli bulmuyoruz. Bilhassa yaş ve cinsiyetin suç davranışı üzerinde etkili bir yordayıcı olduğu artık tartışmasız bir biçimde ortaya konulmuş bulunmaktadır¹²⁶. Bu nedenle, bir cinsiyetin daha az riskli addedilmesini "cinsiyetçi", belli genetik özellikler gösteren bir grubun daha çok riskli addedilmesini, kategorik olarak, "ırkçı" mütalaa etmiyoruz. Hem genetiğin hem de kültürün bütün insan davranışları üzerinde etkili olduğu tartışmasız bir bilimsel gerçeklik iken, suç teşkil eden davranışların neden bir istisna olarak kabul edilmesi gerektiğini anlamak güçtür. Bununla birlikte, bu düşünceler, insanların neden olduğu sosyal adaletsizliğin algoritma eliyle belli gruplara zulüm vasıtasına dönüşebileceğini yadsıdığımız anlamına gelmemektedir.

Cinsiyet ve yaş meselesinin kanaatimizce bu çalışmanın amaçları bakımından özel olarak tartışılması gerekmemektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, Türkiye'deki mevcut sistemde zaten bu araçların somut cezanın tayininde kullanılması mümkün görünmemektedir. Bu itibarla, bir kişinin *sırf cinsiyetinden dolayı daha ağır bir cezayla cezalandırılması* gibi bir sorunla karşılaşılması söz konusu olmayacaktır.

Bu tür meselelere dair, savunduğumuz tutumun anlaşılması bakımından yalnızca tek bir hususun belirtilmesiyle yetinilecektir: Aktüerya bilimi, her halükârda henüz gerçekleşmemiş

¹²⁵ Bu hususta Barber, "Navigating Miller v. Alabama with COMPAS: How Risk Assessment Instruments Square with a Meaningful Opportunity for Release", s. 9-10.

¹²⁶ Bu hususta örneğin Gendreau, Little ve Goggin, s. 583-584. Literatür bilgisi için ayrıca bkz. Gottfredson ve Moriarty, "Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications", s. 191; Hamilton, "The Sexist Algorithm", s. 146; Monahan, "Risk Assessment in Sentencing", s. 89.

olaylara dair risk üzerine çalışmaktadır. Eğer bir risk faktörünün varlığı ortaya konulmuş ve bilimsel olarak kanıtlanmış ise, cezanın tayini de dahil herhangi bir konuda kullanılması mümkün olabilmelidir. Bunun için, o risk faktöründen sanığın *bizzat sorumlu olmasının* beklenmesi ve bu kapsamda “sanığın üzerinde tasarrufunun bulunmadığı cinsiyet gibi bir faktörden dolayı daha ağır cezalandırılması” eleştirisi¹²⁷ yersizdir. Zira böyle bir standardın kabulü halinde, hiçbir suretle ve hiçbir konuda tehlikelilik değerlendirmesi yapılamaz. Çünkü bütün tehlikelilik değerlendirmeleri, sanık hakkında yapılan değerlendirmeye *öngelen* tecrübi vakaların analizine dayanır. Bu nedenle, belli bir sanık hakkında yapılan her tehlikelilik değerlendirmesi, *o sanığın dışındaki kişilerin davranışları* dolayısıyla yapılmaktadır¹²⁸ ve sanığın bu davranışlar üzerinde de bir tasarrufu yoktur.

Bu kapsamda söz gelimi, eğitim düzeyinin düşüklüğünün bir risk faktörü olarak kabulü halinde, sanık, eğitim düzeyi düşük olan mükerrerlerin davranışlarından sorumlu olmadığı halde, bu durumun onun cezasının tayininde kullanılması da aynı ölçüde hukuka aykırı olacaktır. Çünkü *eğitim düzeyi düşük olan kişilerin yüksek risk grubu olarak mütalaa edilmesini* sağlayan fiillerin hiçbirinde sanığın sorumluluğu yoktur. Yukarıdaki görüşün taraftarlarının bakış açısına göre, eğitim düzeyinin *değiştirilebilir* olması bu bağlamda hiçbir önem arz etmemelidir. Sanık kolaylıkla, eğitim düzeyinin düşüklüğünün başka insanlar bakımından gelecekte suç işleme ihtimalini artırıyor olmasının, müşahhas olarak onun daha ağır bir ceza ile cezalandırılması için hiçbir etik gerekçe teşkil etmediğini savunabilir. Aynı şekilde, tehlikelilik değerlendirmesinin hâkim tarafından bir araç kullanılmaksızın ya da bilgisayar destekli olarak yapılması da bu anlamda bir farklılık yaratmamaktadır. Bu mantığın sonucu olarak, bizatihi tehlikelilik değerlendirmesi imkânsız bir iş haline gelmektedir.

İrkçilik meselesi ise ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. COMPAS özelindeki ırkçılık tartışmaları, büyük ölçüde beyaz ve Afrika kökenli Amerikalılar arasındaki sosyal adaletsizlikle ilişkili olup, kanaatimizce ABD’ye özgü bir sorundur. Türkiye’de, ABD’dekine benzer bir “ırkçılık” sorununun ortaya çıkması olası görünmemektedir. Zira Türk toplumunda, ABD’dekine benzer şekilde “Afrika kökenli Amerikalı”, “beyaz”, “Asyalı” gibi gruplar bulunmamaktadır. Her ne kadar Türkiye’de etnik kökeni farklı olan çok sayıda grup bulunmakta ise de, bunlar yukarıda zikredilen gruplar gibi toplumda ayrı isimlerle anılmamakta ve ayrı gruplar olarak mütalaa edilmemektedirler. Bu anlamda, bir risk değerlendirme programının söz gelimi Kürt veya Laz kökenli bireyler aleyhinde “ırkçı” sonuçlar verebilmesi mümkün değildir, zira her şeyden önce yargı makamının böyle bir gruplandırma yapabilmesi söz konusu olamaz¹²⁹.

¹²⁷ Tonry, “Predictions of Dangerousness in Sentencing: Deja Vu All over Again”, s. 453 vd.

¹²⁸ Zira, *Imrey ve Dawid*’in de isabetle belirttiği üzere “... aktüeryal risklerin tümü **grup riskidir**.” Peter B. Imrey ve A. Philip Dawid, “Commentary on Statistical Assessment of Violence Recidivism Risk”, *Statistics and Public Policy*, 2/1 (2015), s. 39.

¹²⁹ Bu görüşü savunmakla birlikte, bu kapsamda ortaya çıkabilecek bir riskin ifade edilmesi de bir mecburiyettir: Bazı hallerde, bir bilgi (örneğin ırk veya etnik köken) risk hesaplamasına doğrudan dahil edilmese ve hatta böyle bir kategori mevcut olmasa bile, etkilerini onunla bağlantılı bir *kaim bilgi* (proxy information) üzerinden (doğum yeri, adres, çocuk sayısı vb.) gösterebilir. Böyle bir durumda, aslında hiç hesaba katılmadığı sanılan ırk bilgisi, belli bir ırka yönelik ayrımcılığın nedeni haline gelebilir. Bu hususta bkz. Ulenaers, “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, s. 7 vd.

Bu kapsamda risk değerlendirme programlarına yönelik tek gerçekçi riskin, Türkiye’de önemli bir nüfusa sahip olan sığınmacılar bakımından ortaya çıkabileceğini düşünüyoruz.

Daha da önemlisi, ABD’den farklı olarak, Türkiye’nin yargı pratiğinde, belli bir etnik gruba karşı süregelen bir haksız ayrımcılığa dair herhangi ciddi bir iddia veya toplumsal tartışma söz konusu değildir. Bir başka deyişle, Türkiye’de “ırkçı” bir algoritmanın ortaya çıkabilmesini sağlayacak bir altyapının söz konusu olduğu kanaatinde değiliz¹³⁰.

Ele alınması gereken bir diğer mesele ise aktüeryal risk değerlendirme aracının kullanılması halinde sanığın ceza muhakemesi hukukundan kaynaklanan haklarının korunmasıdır. Aktüeryal risk değerlendirme aracının açık kaynak kodlu olması halinde dahi, sistemin algoritması, gerek hakimlerin gerekse ceza davasının diğer süjelerinin, risk değerlendirmesinin sonucunun neden belli bir şekilde çıktığını tam olarak açıklayabilmelerini mümkün kılmayacak ölçüde karmaşıktır. Bu risk değerlendirmesine binaen alınan bir kararın, gerekçeli karar hakkının ihlali niteliğinde olduğuna yönelik görüş¹³¹ kanaatimizce ciddiye alınmalıdır.

Eğer bu aracın verdiği sonuçların alıntılanması ile yetinilir ve bu değerlendirme hâkim tarafından denetlenerek gerekçeli kararda izah edilmezse, kanaatimizce gerçekten de gerekçeli karar hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Buna karşılık, eğer hâkim tarafından risk değerlendirme aracının verdiği sonuçların yanında, diğer bütün delil ve bulgular da hesaba katılarak karar verilir ve bu kararda sanığın arz ettiği risk izah edilir ise, kanaatimizce salt risk değerlendirme araçlarından yararlanılması gerekçeli karar hakkının ihlali niteliğinde olmayacaktır. Bu takdirde yapılandırılmış bir aracın kullanılıyor olması, karara bilimsel meşruiyet kazandırıyor olması zımında, kararın gerekçelilik niteliğini zayıflatmak bir yana, güçlendirmektedir.

Bununla birlikte unutulmamalıdır ki, özellikle tutuklama kararları bakımından, Türkiye’de yargı pratiği hiçbir gerekçeye yer vermeyerek kanun metnini aynen tekrar etme zımında gelişmiştir. Bu tutumun bizatihi yanlış olduğu izahtan varestede olmakla birlikte, risk değerlendirme araçlarının bu anlamda, gerekçesizliğin gerekçesi haline getirilerek *iyi teorilerin kötü uygulamalara kurban edilmesi* örneğine dönüşebileceğinin de altının çizilmesi gerekir.

Nihayet, aktüeryal risk değerlendirme araçlarının yargılamada kullanılmasının silahların eşitliği ilkesinin ihlali teşkil edeceği yönündeki düşüncenin de Türkiye’deki olası bir uygulama

Bu sorunun kolay bir çözümü olduğu kanısında değiliz. Özellikle COMPAS gibi, algoritmanın kamunun erişim ve denetimine açık olmadığı ve bu anlamda kaim bilgilerin algoritmadaki anlamının bilinemediği sistemlerde, bu husus önemli bir risk kaynağıdır. Bu riskin asgariye indirilebilmesi için, şüphesiz her şeyden önce o hukuk sisteminde eşitlik ilkesinin tekamülü ve insan haklarının ayrımcı tutumlarının engellenmesi gerekir. Risk değerlendirmesi aracı özelinde ise, çalışmada müteaddit defalar vurgulandığı üzere, bu araçların denetlenebilir olması ve olası kaim bilgilerin programın verdiği çıktılara etkilerinin özel olarak analiz edilmesi gerekmektedir.

¹³⁰ Bu ifadeler Türkiye’de çeşitli gruplar arasında sosyal adaletsizlik bulunmadığı şeklinde anlaşılmalıdır, bilakis özellikle gelir dağılımı ve sosyal hayata katılım hususunda farklı gruplar arasında önemli farkların bulunduğu aşikardır. Bu anlamda Türkiye’de kullanılacak bir aktüeryal risk değerlendirme aracının algoritmasının da bu grupların aleyhine çalışması mümkündür ve bu risk asla göz ardı edilmemelidir. Bununla birlikte, ABD’de Afrika kökenli Amerikalıların yargılanmasında eşitlik ilkesine riayet edilmediği ve -risk değerlendirme araçlarından bağımsız olarak- haksız ayrımcılığa maruz kaldıkları yönündeki iddialar, onlarca yıldır tartışılmalarda ve çok ciddi bir konudur. Türkiye’de ise buna benzer bir durum söz konusu değildir.

¹³¹ Bu yönde Beriain, “Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling”, s. 53.

bakımından önemli bir soruna dönüşmeyeceği kanaatindeyiz. Bu husustaki görüş ve düşüncelerimizi yukarıda belirtmiş olmakla birlikte, kısaca yeniden ifade etmek gerekirse, Türkiye’de aktüeryal risk değerlendirme araçlarının somut cezanın tayininde kullanılmayacak olması bu tartışmayı büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Aynı şekilde, Türkiye’de geliştirilecek olan aktüeryal risk değerlendirme aracının bir özel şirket tarafından ve kapalı kaynak kodlu olarak geliştirileceğini öngörmüyoruz. Bu itibarla Türkiye’de benzer bir “kara kutu sorunu” ortaya çıkması olası görünmemektedir. Bir an için gerçekten de kapalı kaynak kodlu bir algoritmanın somut cezaların tayininde kullanıldığı kabul edilse dahi, yukarıda da değindiğimiz üzere, savunmanın itiraz etmesi ve tartışması gereken husus algoritmanın kendisi değil, risk değerlendirmesidir. Bu itibarla, hâkimin kendi risk değerlendirmesini yapması ve kararını gerekçelendirmesi kaydıyla, salt aktüeryal risk değerlendirme araçlarının kullanılmasının silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanısında değiliz.

Sonuç itibarıyla, COMPAS’ın yararları yanında çok sayıda sakıncaları ve tartışmalı yönleri de bulunmaktadır. Buna karşılık, Türkiye’de geliştirilecek bir aktüeryal risk değerlendirme aracının, bu sorunların büyük bir bölümünden kaçınabilmesi mümkündür. Bu noktada önemli olan husus, geliştirme sürecinin bu sorunlardan haberdar olunarak ve kamuoyunun da içinde bulunduğu kolektif bir tartışma ve izah süreci ile yürütülmesidir.

KAYNAKÇA

- Abanoz-Öztürk, Buket. Ceza Muhakemesinde Sanığın Mükerrer Suç İşleme Riskinin Hesaplanması: COMPAS Algoritması ve Adil Yargılanma Hakkı, *Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu* (Ed. Murat Balcı ve Hüseyin Aydın), Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 81-100.
- Aizawa, Ken. "Cognition and Behavior", *Synthese*, 194/11, 2017, s. 4269-4288.
- Angwin, Julia, Jeff Larson, Surya Mattu ve Lauren Kirchner. *Machine Bias*, 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.
- Barber, Emily. "Navigating Miller v. Alabama with COMPAS: How Risk Assessment Instruments Square with a Meaningful Opportunity for Release", *National Lawyers Guild Review*, 77/1 (2020), s. 1-37.
- Beriain, Inigo De Miguel. "Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to Due Process: A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling", *Law, Probability and Risk*, 17/1 (2018), s. 45-54.
- Bonta, James. *Risk-needs Assesment and Treatment, Choosing Correctional Options that Work: Defining the Demand and Evaluating the Supply* (Ed. A.T. Harland), Londra: Sage Publications, 1996.
- Bonta, James ve Stephen J. Wormith. *Applying the Risk-need-responsivity Principles to Offender Assessment, What Works in Offender Rehabilitation: An Evidence Based Approach to Assessment and Treatment* (Ed. Leam A. Craig, Louise Dixon ve Theresa A. Gannon), Chichester: John Wiley and Sons, 2013, s. 72-93.
- Brennan, Tim, William Dieterich, ve Beate Ehret. "Evaluating the Predictive Validity of the COMPAS Risk and Needs Assessment System", *Criminal Justice and Behavior*, 36/1 (2009), s. 21-40.
- Brennan, Tim, William Dieterich, Emily J. Salisbury ve Patricia Van Voorhis. "Women's Pathways to Serious and Habitual Crime: A Person-Centered Analysis Incorporating Gender Responsive Factors", *Criminal Justice and Behavior*, 39 (2012), s. 1481-1508.
- Centel, Nur. "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 17/1-2 (2011), s. 49-93.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2017.
- Cooke, David J ve Christine Michie. "Limitations of Diagnostic Precision and Predictive Utility in the Individual Case: A Challenge for Forensic Practice", *Law and Human Behavior*, C. 34/4, 2010, s. 259-274.
- Copas, John ve Peter Marshall. "The Offender Group Reconviction Scale, A Statistical Reconviction Score for Use by Probation Officers", *Applied Statistics*, 47/1 (1998), s. 159-171.
- Deniz, K. Zülfiyar. "Psikolojik Ölçme Aracı Uyarlama", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 40/1 (2007), s. 1-16.
- Erdoğan, Irmak. *Yapay Zeka ve Profilleme Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Equivant. *Practitioner's Guide to COMPAS' Core*, 2017, Son güncelleme: 05.11.2024, <https://archive.epic.org/algorithmic-transparency/crim-justice/EPIC-16-06-23-WI-FOIA-201600805-COMPASPractitioner-Guide.pdf>
- European Commission. *Risk Assessment in Prison*, Lüksemburg: Publications Office of the European Union, 2021.
- Fass, Tracy L., Kirk Heilbrun, David Dematteo ve Ralph Fretz. "The LSI-R and the COMPAS: Validation Data on Two Risk-Needs Tools", *Criminal Justice and Behavior*, 35/9 (2008), s. 1095-1108.
- Flores, Anthony W., Kristin Bechtel ve Christopher, T. Lowenkamp. "False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks", *Federal Probation*, 80/2 (2016), s. 38-46.

- Freeman, Katherine, "Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis", *North Carolina Journal of Law & Technology*, 18/5 (2016), s. 75-106.
- Hart, Stephen D., Christine Michie ve David J. Cooke, "Precision of Actuarial Risk Assessment Instruments", *British Journal of Psychiatry*, 190/49 (2007), s. 60-65.
- Gendreau, Paul, Tracy Little ve Claire Goggin, "A Meta-Analysis of the Predictors of Adult Offender Recidivism: What Works!", *Criminology*, 34/4, 1996, s. 575-608.
- Gottfredson, Stephen D. ve Laura J. Moriarty, "Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications", *Crime and Delinquency*, 52/1 (2006), s. 178-200.
- Grove, William M., David Zald, Boyd Lebow, Beth E. Snitz ve Chad Nelson, "Clinical Versus Mechanical Prediction: A Meta-analysis", *Psychological Assessment*, 12/1 (2000), s. 19-30.
- Hamilton, Melissa, "The Biased Algorithm: Evidence of Disparate Impact on Hispanics", *American Criminal Law Review*, 56/4 (2019), s. 1553-1578.
- Hamilton, Melissa, "The Sexist Algorithm", *Behavioral Sciences & the Law*, 37/2 (2019), s. 145-157.
- Hamilton, Melissa, "Judicial Gatekeeping on Scientific Validity with Risk Assessment Tools", *Behavioral Sciences & the Law*, 38/3 (2020), s. 226-245.
- Imrey, Peter B. ve A. Philip Dawid, "Commentary on Statistical Assessment of Violence Recidivism Risk", *Statistics and Public Policy*, 2/1 (2015), s. 25-42.
- Karabulut, Efe Can, *Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Karabulut, Efe Can, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Delillerin Savunma ile Paylaşılmasından Sakınılması", *IV. Ceren Damar Bilim İnsanları Sempozyumu (Ed. Gülce Gümüşlü Tunçağıl vd.)*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2024, s. 371-405.
- Kern, Richard P. ve Meredith Farrar-Owens, "Sentencing Guidelines with Integrated Offender Risk Assessment", *Federal Sentencing Reporter*, 16/3 (2004), s. 165-169.
- Michigan Department of Corrections, *Administration and Use of COMPAS in the Presentence Investigation Report*, Michigan, 2017.
- Monahan, John, "Risk Assessment in Sentencing", *Reforming Criminal Justice Volume 4: Punishment, Incarceration, and Release* (Ed. Erik Luna), Phoenix: Arizona State University, 2017, s. 77-95.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özgenç, İzzet, *İnfaz Siyasetine İlişkin Muhtasar Öneriler*, 12.10.2022, Son güncelleme: 21.12.2024, <https://iz-zetozgenc.com/makale/infaz-siyasetine-iliskin-muhtasar-oneriler>.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024.
- Sapan, Oğuzhan, *Ceza Muhakemesinde Yapay Zeka Kullanımı*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Sawyer, Wendy ve Peter Wagner, *Mass Incarceration: The Whole Pie*, Son güncelleme: 17.12.2024, <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2024.html>.
- Stevenson, Megan T. ve Christopher Slobogin, "Algorithmic Risk Assessments and the Double-edged Sword of Youth", *Behavioral Sciences & the Law*, 36/5 (2018), s. 638-656.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024.
- The Maine Coalition to End Domestic Violence, Violence Intervention Partnership of Cumberland County, *Ontario Domestic Assault Risk Assessment*, Maine, 2019, Son güncelleme: 26.11.2024, <https://dirigosafety.com/wp-content/uploads/2020/09/ODARA-guidelines-booklet-FINAL-x3.pdf>.

- Tonry, Michael, "Predictions of Dangerousness in Sentencing: Deja Vu All over Again", *Crime and Justice: Review of Research*, 48 (2018), s. 439-482.
- Ulenaers, Jasper, "The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?", *Asian Journal of Law and Economics*, 11/2, 2020, s. 1-38.
- Van Voorhis, Patricia, Emily M. Wright, Emily Salisbury ve Ashley Bauman. The Current Status of a Gender-Responsive Supplement Women's Risk Factors and Their Contributions to Existing Risk/Needs", *Criminal Justice and Behavior*, 37 (2010), s. 261-288
- Villasenor, John ve Virginia Foggo, "Artificial Intelligence, Due Process, and Criminal Sentencing", *Michigan State Law Review*, 1 (2020), s. 295-354.
- Washington, Anne L., "How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS-ProPublica Debate", *Colorado Technology Law Journal*, 17/1 (2018), s. 131-160.
- Yang, Min, Stephen C. P. Wong ve Jeremy Coid, "The Efficacy of Violence Prediction: A Meta-Analytic Comparison of Nine Risk Assessment Tools", *Psychological Bulletin*, 136/5 (2010), s. 740-767.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Zhang, Sheldon X, Robert, E. L. Roberts ve David, Farabee, "An Analysis of Prisoner Reentry and Parole Risk Using COMPAS and Traditional Criminal History Measure", *Crime and Delinquency*, 60/2 (2014), s. 167-192.

EXTENDED SUMMARY

ACTUARIAL RISK ASSESSMENT TOOLS IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: A DISCUSSION THROUGH THE EXAMPLE OF COMPAS

EfeCan Karabulat, RA.

Hacı Bayram Veli University, efe.karabulat@hbv.edu.tr

○ <https://orcid.org/0000-0002-2181-1692>.

In the pursuit of ensuring the proper conduct of criminal proceedings and the effective execution of sentences, the accurate identification of risks and needs for defendants and convicts is critical. Actuarial risk assessment tools have been employed within criminal justice systems for over fifty years to fulfill this purpose. In the past twenty-five years, technological advancements have facilitated the integration of computerized risk assessment methods, thereby enhancing decision-making accuracy and efficiency. These tools serve as a bridge between empirical criminological research and practical applications, offering structured, transparent, and scientifically grounded evaluations that surpass the limitations of subjective human judgment.

One such tool, COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), has gained prominence in this field. COMPAS utilizes a comprehensive set of psychological scales to evaluate both static and dynamic risk factors alongside the specific needs of an offender. By analyzing these factors, it facilitates determinations regarding pretrial detention, sentencing appropriateness, and conditional release eligibility. Despite its benefits, the application of COMPAS has sparked significant debates over its implications for equality of arms, transparency, and its potential to perpetuate systemic biases.

The utility of actuarial risk assessment tools like COMPAS lies in their ability to transform informal, discretionary risk assessments into structured processes. COMPAS, as a fourth-generation actuarial risk assessment instrument, integrates both static factors (such as criminal history) and dynamic factors (such as employment or social environment) while also accounting for offenders' criminogenic needs. This enables its application across various stages of the criminal justice process, from pretrial assessments to the design of rehabilitation programs. Furthermore, its reliance on data-driven methodologies offers decision-makers a means to reduce cognitive biases and improve the consistency of judicial outcomes.

However, the implementation of COMPAS has not been without criticism. One major concern is its potential to reinforce systemic biases. For example, studies have raised concerns that COMPAS's algorithm may disproportionately label certain racial or socioeconomic groups as high-risk, perpetuating existing inequalities in the justice

system. Critics also highlight the "black box" nature of its proprietary algorithm, which limits transparency and raises questions about fairness and accountability. These challenges underscore the need for robust oversight mechanisms, such as independent audits of algorithms and the adoption of open-source models, to mitigate potential risks and uphold the principles of justice.

In the context of Turkey, the integration of actuarial risk assessment tools poses unique challenges and opportunities. While the Turkish criminal justice system currently lacks provisions for using such tools during pretrial detention or sentencing, their application in correctional settings appears more feasible. Turkey's legal framework already incorporates elements of the risk-need model in its approach to rehabilitation and conditional release, aligning with the principles underlying tools like COMPAS. However, the absence of comprehensive recidivism statistics and culturally tailored risk assessment methodologies remains a significant barrier to effective implementation. Addressing these gaps is a prerequisite for the successful adoption of such tools.

This study argues that adopting computerized risk assessment tools in Turkey requires careful consideration of their legal and cultural compatibility. The tools must be adapted to address the specific needs and characteristics of the Turkish criminal justice system, emphasizing transparency, accuracy, and fairness. Moreover, their deployment should be confined to the execution phase of sentencing, where their potential benefits can be maximized without compromising the principles of justice. The inclusion of training programs for judicial and correctional staff is equally critical to ensure the proper interpretation and use of these tools.

Ultimately, the evolution of risk assessment tools represents a critical juncture in the modernization of criminal justice systems worldwide. By leveraging advances in data analytics and artificial intelligence, these tools hold the promise of more equitable and efficient decision-making. However, their integration must be guided by a commitment to ethical principles and a nuanced understanding of their limitations, ensuring that they serve as instruments of justice rather than perpetuators of inequality. For Turkey, the careful adaptation and implementation of such tools could contribute to a more effective and humane criminal justice system, provided that proper safeguards and contextual considerations are in place.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

2547 SAYILI KANUN KAPSAMINDA YÜKSEKÖĞRETİM PERSONELİNİN CEZA SORUŞTURMASI

CRIMINAL INVESTIGATION OF HIGHER EDUCATION PERSONNEL UNDER THE HIGHER EDUCATION LAW NO. 2547

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Ertuğrul*

Öz

Tanzimat dönemi ile başlayan düzenlemelerle ve bilahare 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun ile devam ettirilen Türk Ceza Hukukunda kamu görevlilerinin özel bir yargılama usulüne tabi olması usulü, 1999 tarihli 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile sürdürülmüştür. Benzer şekilde günümüzde, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile yükseköğretim personellerinin ceza işleri, özel bir yargılama usulüne bağlanmıştır. Bu yargılama usulünün ihdasında, idari bağımsızlığın korunması, devlet işlerinin سلامتle yürütülmesi, memur suçlarının anlaşılmasının ihtisas gerektirmesi ve bilimsel özerkliğin sağlanması düşünceleri etkili olmuştur.

2547 sayılı Kanunun 53/c. maddesi kapsamında yürütülen ceza soruşturmalarında görevlendirilen ceza soruşturmacısı, 5271 sayılı Kanun kapsamında bir savcının genel soruşturma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kolluk marifeti gereken hallerde ve sulh ceza hâkiminin kararı gereken işlerde bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile bunları yapabilmelidir. Aksi takdirde bir ceza soruşturmasının temel gayesi olan delil toplanması ve muhafaza edilmesi gerçekleşemeyecek ve bu eksiklik kovuşturma sürecine olumsuz etki edecektir.

Özel yargılama usulü olarak düzenlenen 2547 sayılı Kanunun 53/c. maddesi kapsamında yürütülecek ceza soruşturmalarının etkin bir şekilde yapılabilmesi Kanunun bu haliyle mümkün gözükmemektedir. Bunun sağlanması için hukuki güvenlik ilkesi gözetilerek yapılması gereken en temel çözüm, yükseköğretim personelinin ceza soruşturmasının 4483 sayılı Kanun kapsamına dâhil edilmesi veya bu özel yargılama usulünün kaldırılmasıdır. Çünkü bir ceza soruşturmasının yapılması, mutlaka bir cumhuriyet savcısı marifetiyle olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Özel yargılama usulü, yükseköğretim personeli, ceza soruşturması.

* Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

© 0000-0003-1372-2451 huseyinertugrul@erciyes.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The procedure of subjecting public officials to a special trial procedure in the Turkish Criminal Law, which was continued with the regulations that started with the Tanzimat period and later with the Law on the Trial of Civil Servants dated 1913, was continued with the Law On The Trial Of Civil Servants And Other Public Officials No. 4483 dated 1999. Considerations such as the preservation of administrative independence, the proper conduct of State affairs, the necessity of specialization in identifying civil servant crimes, and the need to ensure professional autonomy were influential in the establishment of this judicial procedure.

The criminal investigator assigned in criminal investigations under Article 53/c of Law No. 2547 has the general investigative authority of a prosecutor under Law No. 5271. Therefore, for cases where law enforcement intervention is required and in cases where the order of the criminal court of peace is required, they should be able to do so through the Chief Public Prosecutor's Office in the location where they are stationed. Failure to do so will impede the collection and preservation of evidence, the primary purpose of a criminal investigation, and this deficiency will have a negative impact on the prosecution process.

The effective enforcement of criminal investigations under Article 53/c of Law No. 2547, a special judicial procedure, is not possible with the current version of the Law. The fundamental solution to this problem is to include the criminal investigation of higher education personnel within the scope of Law No. 4483 or to abolish this special trial procedure. This is because a criminal investigation must be conducted by a public prosecutor.

Keywords: Special procedural law, higher education personnel, criminal investigation.

GİRİŞ

Türk Ceza Hukukunda kamu görevlilerinin özel bir yargılama rejimine tabi olmasına yönelik düzenlemeler, Tanzimat Dönemiyle başlamıştır. Bu düzenlemeler, ilk olarak Meclis-i Valâ-yı Ahkâm-ı Adliye¹'nin kurulması, Meni İrtikap Kanunu², Vülat-ı İzam ve Mutasarrıfın-ı Kiram ile Kaymakamların Vezafını Mübeyyin Talimat³, Memurin Muhakematı Nizamnamesi⁴ ve Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat⁵'tır.

Kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili işledikleri iddia edilen suçların soruşturulmasını, yetkili idari merciin iznine tabi kılan Memurin Muhakematı Hakkında Kanun (m.2), 02.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Benzer şekilde izin sisteminin benimsendiği 4483 sayılı Kanun halen yürürlükte olup kamu görevlilerinin özel yargılama usullerini düzenleyen diğer kanunlara göre genel nitelikte bir kanun görünümündedir⁶.

Esasen kamu görevlilerinin özel soruşturma usullerine tabi olabileceği, 1982 Anayasası'nda şu şekilde ifade edilmiştir (m.129/6):

“Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.”

Bu çalışmanın konusunu oluşturan ve yükseköğretim kurumlarının işleyiş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 2547 sayılı Kanun⁷, 1982 Anayasası öncesinde hazırlanarak yürürlüğe konmuştur. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ilk halinde, “Ceza kovuşturması usul ve esaslarında, genel hükümler uygulanır” hükmü mevcut ise de (m.53/1-c); 2653

¹ Diğer adıyla Meclisi Valâ, II. Mahmut döneminde, başta darbe girişiminde bulunan yenicherilere yeterli cezaların verilmesi için kamu görevlilerinin görevle ilgili suçlarından dolayı yargılanmaları maksadıyla 24.03.1838'de kurulmuş bir mahkemedir (Sami Selçuk, *Kamu Görevlilerinin Yargılanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.76; Muhammed Erdal, *Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Yargılanma Süreci*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.9; Adem Güvez, *Yükseköğretim Kurumlarında Personel Ceza Soruşturması*, Editör: Ülker, İbrahim, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s.6).

² 1271 (1855) tarihinde yüz kıyartıcı nitelikte olan yiyecek ve rüşvet gibi suçların cezalandırılması amacıyla hazırlanmıştır (Selçuk, 79; Güvez, s.6; Erdal, s.9).

³ 1275 (1859) tarihli bu talimat, kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili suçlarından dolayı, onları azletmek ve haklarında yargılama yapmak yetkisini kullanacak makamları belirlemiştir (Selçuk, s.79).

⁴ Memurin Muhakematı Nizamnamesi, 1288 (1872) tarihinde hazırlanmış olup hâkimler haricinde tüm memurlara uygulanmıştır. Bu nizamnamede, memurun göreviyle ilgili suçlar bakımından, öncelikle görev yaptığı kurumca sorgulanmasını bilahare alınacak izinle mahkemede yargılanmasını öngörmektedir. Hâkimler için yargılama usulü ise, 1294 (1879) tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkati ile belirlenmiştir (Selçuk, 82; Erdal, s. 11; Güvez, s.6).

⁵ Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat, 04.02.1329 (1913) tarihinde kabul edilmiş ve 24.02.1329 tarihli ve 1751 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup bilahare, 02.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 18. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun-ı Muvakkat'ı incelediğimizde, soruşturmanın idare tarafından yapılmasını ve gerekli görürse kovuşturma kararını da yetkili idari makamın vermesini, bilahare yargılamanın ise yetkili mahkemece yapılmasını öngörmektedir (Selçuk, 89; Güvez, s.6; Erdal, 11).

⁶ 4483 s. Kanundan ayrı olarak, kamu görevlilerinin özel bir yargılama usulüne bağlandığı özel düzenlemelere - çalışma konumuz 2547 s. Kanun dışında- örnek olarak, 6216 s. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (m.16), 2797 s. Yargıtay Kanunu (m.46), 2575 s. Danıştay Kanunu (m.76), 6085 s. Sayıştay Kanunu (m.66), 6087 s. Hakimler ve Savcılar Kanunu (m.38), 1136 s. Avukatlık Kanunu (m.58) ve 1512 s. Noterlik Kanunu'nu (m.153) vermemiz mümkündür.

⁷ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 04.11.1981 tarihinden kabul edilmiş ve 06.11.1981 tarihli ve 17506 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

sayılı Kanunla⁸ yapılan değişiklikle yükseköğretim personelinin ceza soruşturması, özel bir usule tabi kılınmış (m.3) ve günümüze kadar gelinmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi, 18.03.1982 tarihli Milli Güvenlik Konseyi İhtisas Komisyonu Raporunda, “idari bağımsızlığın korunması, Devlet işlerinin selamete yürütülmesi, memur suçlarının anlaşılmasının ihtisası gerektirmesi” olmak üzere üç ana sebebe dayandırılmıştır (<https://www5.tbmm.gov.tr/>)⁹. Öğretide kabul edildiği üzere, 2547 sayılı Kanun düzenlemesi ile kanun koyucu; bilimsel özerkliğin sağlanması, devlet memurlarının bağımsızlıklarının korunması, kamu görevlerinin selamete yürütülebilmesi ve soruşturma sürecinin ihtisas istemesi sebepleriyle genel hükümlerden ayrılarak özel bir ceza muhakemesi usulünü benimsemiştir¹⁰.

2547 sayılı Kanunda yer almamış olan hususlarda 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanacak, her iki Kanunda da hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu hükümleri uygulanacaktır (2547 s. Kanun, m.53.c/8). Bu çalışmada, söz konusu hükümlerin uygulamasının, belirliliği sağlayan ve hukukun temel ilkelerine uygunluk arz edip etmediğini tespiti imkân veren hukuki güvenlik ilkesi¹¹ bakımından incelemesi yapılacaktır.

I. 2547 SAYILI KANUN KAPSAMINDA CEZA SORUŞTURMASI USULÜ

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53.c maddesi gereği, yükseköğretim üst kuruluşları ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar sebebiyle ceza soruşturması ilgili yükseköğretim kurumunca yapılacak ve haklarında son soruşturmanın açılıp açılmamasına Kanunun 53. maddesinin (c-2) hükmünce düzenlenmiş olan kurullarca karar verilecektir. Bu karar, Danıştay'ın 2. Dairesince incelenip karara bağlanacaktır¹² (m.53.c-4).

02.12.2016 tarihli 6764 sayılı Kanun'la 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi değiştirilmiş, 2547 sayılı Kanunda öngörülen ceza soruşturma usulüne tabi personelin kapsamı genişletilerek vakıf üniversiteleri rektör ve rektör yardımcıları dâhil edilmiştir. Gerçekten de 2547 sayılı Kanunun 53/c(2-b) düzenlemesinde, “Üniversite rektörleri, rektör yardımcıları”

⁸ “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun”, 14.04.1982 tarihinde kabul edilmiş ve 20.04.1982 tarihli ve 17670 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹ Yargıtay’a göre, memurların özel soruşturma usulüne tabi tutulmasının amacı, kamu görevlileri haklarında gereksiz yere dava açılmasını önlemek ve kamu görevinin aksamadan yürütülmesini sağlamaktır: Y. 5. CD. 21.12.2015, E:2013-14908, K:2015-17586; Y. 5. CD. 27.11.2015, E:2015-10323, K:2015-16767 (Erdal, s.149-150).

¹⁰ Kemal Uçacak, Danıştay Kararları Işığında 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu Kapsamında Yürütülen Ceza Soruşturmalarına İlişkin Uygulamada Görülen Eksiklikler, TAAD, 15/59, Temmuz 2024, s.118; Lütfi Gürgeç, “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6/11, Haziran 2018, s.146; İbrahim Pınar, Öner Çalışkan, *Kamu Personeli Ceza Soruşturma Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.446.

¹¹ Hukuki güvenlik ilkesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: Mehpere Çaptuğ, Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9/17, Haziran 2021, s.137 vd.

¹² 02.06.2004 tarih ve 5183 sayılı Kanunun 12. maddesiyle, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun “Birinci Dairenin Görevleri” başlıklı m.42/1-k yeniden düzenlenmiş ve 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesindeki 2. Daire’ye verilen görev, Danıştay 1. Dairesi’ne verilmiştir.

ibaresiyle başlayan ifade, “Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumu rektörleri, rektör yardımcıları” şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme öğretide bir görüşe göre, eksik olarak nitelendirilse de vakıf üniversiteleri personelinin 2547 sayılı Kanunun ceza soruşturması kapsamına alındığı şeklinde yorumlanmalıdır¹³. Katıldığımız görüşe göre ise, sadece vakıf üniversitesi rektörleri ve rektör yardımcılarını 2547 sayılı Kanunun ceza soruşturmasına dâhil edilmesi, vakıf üniversitelerinin diğer akademik ve idari personelinin bu kapsamda değerlendirilmesine engel önemli bir eksikliktir. Bunun düzeltilmesi için ya kanun değişikliği yapılmalı ya da Danıştay içtihadı ile bu problem çözümlenmelidir¹⁴.

Keza 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda sağlık personellerinin ceza soruşturmasıyla ilgili olarak özel düzenlemeler bulunmaktadır. 27.05.2022 tarihli 7406 sayılı Kanunla, 3359 sayılı Kanuna ek 18. madde ihdas edilmiş, kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekim ve diş hekimlerinin görevleri ile ilgili ceza soruşturmaları, 4483 sayılı Kanun kapsamında yapılacağı açıkça ifade edilmiştir. Her ne kadar ek 18. maddede, 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde düzenlenen ceza soruşturması usulünün hariç olduğu ifade edilse de, vakıf üniversitelerde görev yapan hekim ve diş hekimlerinin istisna olarak, 4483 sayılı Kanun kapsamında ceza soruşturmalarının yapılacağı ifade edilmiştir.

Şu halde devlet üniversitelerinde ve vakıf üniversitelerinde (hekim ve diş hekimleri dışında) görevli öğretim elemanlarının ve 657 sayılı Kanuna tabi memurların görevleri dolayısıyla ve görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlar sebebiyle Cumhuriyet başsavcılıklarınca doğrudan soruşturma açılması kural olarak -ileride değineceğimiz istisnalar haricinde- mümkün değildir.

A. CEZA SORUŞTURMASININ BAŞLAMASI

2547 sayılı Kanunun 53.c maddesi gereği, yapılacak olan ceza soruşturması; “ilk soruşturma (ceza soruşturmasının başlaması)” ve “son soruşturmaya (kamu davasının açılmasına) karar verme” olmak üzere iki evreden oluşmaktadır¹⁵.

Bir ceza soruşturmasının üç şekilde başlatılması mümkündür: Doğrudan yetkili amir tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığında verilen yetkisizlik kararı üzerine ve inceleme neticesi gereği.

¹³ Pınar/Çalışkan, s.457.

¹⁴ Sinan Seçkin, Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 28/1, Haziran 2022, s.96; Sezin Öztoprak, Kapsadığı Kişiler ve Suçlar Açısından 2547 Sayılı Kanun’da Yer Alan Ceza Soruşturması Usulü, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/3, Eylül 2024, s.1400.

¹⁵ Bu evrelerin bu şekilde isimlendirilmeleri, 2547 s. Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde yürürlükte olan 1412 s. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun terminolojisinin etkisiyledir. “İlk soruşturma” evresi, 1412 s. Kanunda, “hazırlık soruşturması” evresini ifade etmekten; “son soruşturma”, kamu davasının açılması olarak “kovuşturma” evresine denk gelmektedir. Mevcut 5271 s. Ceza Muhakemeleri Kanunu’nda ise, “ilk soruşturma” evresinin karşılığı, “soruşturma” iken; “son soruşturma”nın karşılığı, “kovuşturma” evresidir (İlhami Öztürk, Arif Emre Sümer, “Yükseköğretim Personeli Hakkındaki Şikayetler Üzerine Verilen Ceza Soruşturması Açılmaması Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 50, 2022, s.283).

1. Doğrudan Yetkili Amir Tarafından

Ceza soruşturmasını başlatacak yetkili amir, 2547 sayılı Kanunun m.53.c-1’de ifade edilmiş kişi ve kurullardır¹⁶. Yetkili disiplin amirlerinin doğrudan mesela bir akademik personelle ilgili basında çıkan haber ve görüntüleri öğrenmesi üzerine bir ceza soruşturması açabilmesi mümkün olduğu gibi inceleme üzerine de bir ceza soruşturması açabilmesi mümkündür.

2. Cumhuriyet Başsavcılığında Verilen Yetkisizlik Kararı Gereği

Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan ihbar ve şikâyetler değerlendirilip 2547 sayılı Kanun kapsamında bir ceza soruşturması kapsamında olduğu değerlendirildiğinde, savcılık makamınca yetkisizlik kararı verilip ilgili yükseköğretim kurumuna gönderilmesi gerekmektedir. Yükseköğretim kurumu da, konuyu değerlendirip doğrudan bir ceza soruşturması açabileceği gibi, bir ceza soruşturması açılıp açılmamasına gerek olup olmadığını tespit için bir “inceleme” başlatması da mümkündür (2547 s. Kanun, m.53.c/1)¹⁷. Yükseköğretim Kurumunca ceza soruşturması açılmamasına ilişkin Rektörlük işlemine itiraz yolu düzenlenmediği için itiraz yolu mümkün olmamakla birlikte¹⁸, bu idari işlemin iptali için dava açılması mümkündür¹⁹. İnceleme işleminin iptali durumunda, yeniden bir inceleme yapılması mümkün olduğu gibi, doğrudan bir ceza soruşturması da açılabilmesi mümkündür.

Burada problem arz eden bir husus, soruşturmaya gerek olmadığı kararı verilecek hallerde, savcılık makamının nasıl bir yol izlemesi gerektiğidir. Öncelikle ifade edelim ki, 2547 sayılı Kanun kapsamında soruşturulması gereken bir fiille ilgili savcılık makamının soruşturmaya veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi mümkün değildir. Çünkü savcılık makamının soruşturmaya yetkili olmadığı bir konuda SYOK veya KYOK vermesi düşünülemez.

Yükseköğretim kurumunca bir ceza soruşturması açılmasına karar verilmiş ve yapılan soruşturma sonucunda verilen SYOK veya KYOK verilmesi gerektiği kanaatine sahip olunmuşsa, men-i muhakeme kararı alınmalıdır. Çünkü 2547 s. Kanunun m.53c/4 gereği, SYOK ve KYOK kararları, bir men-i muhakeme kararı türünden olduğundan, yine Danıştay incelemesine tabi olacaktır.

¹⁶ Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurul, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanı veya diğer disiplin amirleridir (2547 s. Kanun, m.53.c-1). Kurum için soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilmesi öğretide özellikle AİHM’in etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında belirlendiği tarafsızlık ve bağımsızlık kriterlerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir (Burak Taş, *Etkili Soruşturma Yükümlülüğü Kapsamında İddianame Yerine Geçen Belge*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s.164).

¹⁷ Gürgeç, s.153; Güvez, s.84.

¹⁸ “Açıklanan nedenlerle, ...’nın şikayeti üzerine Öğretim Üyeleri ..., ..., ... ve ... hakkında ceza soruşturması açılmasına gerek olmadığına ilişkin Ankara Üniversitesi Rektörünün 21.11.2018 tarih ve 113 sayılı kararına şikâyetçi ... tarafından yapılan itirazın incelenmeksizin reddine, dilekçe ile kararın bir örneğinin şikâyetçi vekiline gönderilmesine 27.12.2018 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi” Danıştay, 1. Daire, 27.12.2018, E:2018/2569, K:2018/2554 (https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/kararlarDergisi/30_10_2020_014112.pdf, E.T: 05.10.2024; Danıştay İdari İşler Kurulu, 21.12.2005, E: 2005/4, K:2005/5 (Güvez, s.89).

¹⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 28.01.2010, E:2007/704, K: 2010/83; “Görüldüğü üzere, yargı mercilerince idari mercii ceza soruşturması açmamak, cezai işlem başlatmamak yolundaki kararlarının iptal davasına konu edilebileceği, hususunda içtihat birliğine varılmış, Dairemizce de 2008 yılından beri söz konusu işlemlere karşı itiraz yolunun değil, iptal davası yolunun kullanılması gerektiği yolundaki görüş benimsenerek bu doğrultuda kararlar verilmiştir.” Danıştay 1. Dairesi, 22.9.2021, E.2021/1329, K.2021/1222 (Öztürk/Sümer, s.290).

Savcılık makamının öncelikle soruşturma görevinin hangi makama ait olduğu hususunu belirlemesi önem arz etmektedir²⁰. Eğer savcılık makamı soruşturma işlemlerini gerçekleştirmiş ve bilahare yetkisizlik kararı vererek yükseköğretim kurumuna göndermişse, yükseköğretim kurumunca açılacak ceza soruşturmasında, savcılık işlemleri soruşturma kapsamında değerlendirilmemeli, bu işlemlere atıf yapılmamalıdır. Mesela savcılık makamınca alınan ifade alma, bir kamu kurumundan bilgi temini gibi işlemleri ceza soruşturmacısı gerekli görürse yeniden almalıdır. Çünkü savcılık makamının yetkisi bulunmadığından yaptığı soruşturma işlemleri yok hükmünde sayılmalıdır²¹. Bunun bir istisnası, ivedilikle toplanması gereken delillerdir. 4483 sayılı Kanunun “Olayın yetkili mercie iletilmesi, işleme konulmayacak ihbar ve şikâyetler” başlıklı 4. maddesine göre, soruşturma izni istemeden önce savcılık makamına ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit yetkisi vermektedir. 2547 s. Kanununda hüküm bulunmayan hallerde 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanacağından (m.53/8); savcılık makamı, 2547 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilecek bir ihbar veya şikâyeti, yetkili yükseköğretim kurumuna göndermeden önce bu nitelikteki deliller tespit etmelidir. Tespit edilen bu deliller, 2547 s. Kanun kapsamında yürütülecek ceza soruşturmasında muhafaza edilmeli ve değerlendirilmelidir.

Eğer savcılık makamı, 2547 sayılı Kanun kapsamında olduğu halde yetkisizlik kararı vermeyip soruşturma işlemlerini gerçekleştirmiş ve düzenlediği iddianame kabul edilmiş fakat mahkemece söz konusu fiilin 2547 sayılı Kanuna tabi olduğunu sonradan öğrenilmişse, mahkeme durma kararı vererek dosyayı yetkili yükseköğretim kurumuna bir ceza soruşturması yapılması için göndermelidir²².

Eğer 2547 sayılı Kanun kapsamında olmadığı halde yükseköğretim kurumunca bir ceza soruşturması yapılmış ve Danıştay kararı ile ceza davası açılmış olması durumunda, mahkemenin bu durumu öğrenmesi üzerine yine mahkemece durma kararı vererek, yeniden bir iddianame düzenlenmesi için dosyayı Cumhuriyet Savcılığına göndermesi gerekmektedir²³.

²⁰ Taş, s.164.

²¹ Taş bu durumu, usulü aykırı bir işlem olarak nitelendirmektedir (Taş, s.276).

²² “Dairemizce de benimsenen YCGK’nın 21/09/1999, 208/205 sayılı, 11/06/1996 tarih, 129/137 sayılı, 02/05/1994 tarih 102/130 sayılı içtihatlarına göre kamu görevlilerinin özel soruşturma yöntemine tabi tutulmalarının amacının haklarında gereksiz yere dava açılmasını önlemek, kamu görevinin aksamadan yürütülmesini sağlamak olduğu, izin alınmadan soruşturulacak bir suçtan iddianame ile dava açılması ve kovuşturma aşamasına geçilmiş olması halinde, yeniden soruşturma aşamasına dönülmesi düşünülemeyeceği gibi ...” YCGK, 03.11.2015, E:2014-855, K:2015-356; Y. 5. CD. 19.11.2014, E:2014-9779, K:2014-11181.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2015 tarihli bu kararında ve bilahare Yargıtay 5. Ceza Dairesinin ilgili kararlarında, 4483 s. Kanun kapsamında olup izin alınması gerekirken, izin alınmadığı halde iddianame ile dava açılması ve kovuşturma aşamasına geçilmiş olması halinde, yeniden soruşturma aşamasına dönülmesinin düşünülemeyeceğini belirtmektedir. Bu karara katılmamaktayız. 4483 s. Kanun kapsamında alınacak izin, bir dava şartıdır. Bu dava şartının yerine getirilmesi için, iddianamenin Cumhuriyet Savcısına iadesi sağlanmalıdır. Bu dava şartının yerine gelmeden yargılamaya devam edilmesi, verilecek hükmü hukuka aykırı hale getirecektir (Benzer görüş için bkz: Erdal, s.151).

²³ Y. 5. CD. 29.04.2008, E:2008-15317, K:2008-3707 (Erdal, s.152).

3. İnceleme Neticesi Sebebiyle

2547 sayılı Kanunun m.53.c kapsamında inceleme neticesi sebebiyle bir ceza soruşturması açabilme yetkisi, 02.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanunla getirilmiştir²⁴. Gerçekten de, 2547 sayılı Kanunun m.53.c maddesinin ilk halinde, yükseköğretim personelinin işlediği iddia edilen suçlar hakkında doğrudan ceza soruşturması açılması zorunlu olarak öngörülmüşken; 6764 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle yapılan değişiklikle, yetkili idari mercie inceleme sonucunda bir ceza soruşturması açılıp açılmamasına karar verme takdir yetkisi verilmiştir²⁵. Bu şekilde yükseköğretim kurumunca, söz konusu iddianın, soyut ve genel nitelikte olup olmadığı konusunda bir inceleme yapılabilmesi ve bunun sonucunda bir ceza soruşturması açılıp açılmamasına karar verebilme imkânı sağlanmıştır²⁶.

2547 sayılı Kanunun m.53.c'de ifade edilen "inceleme" kurumu²⁷, açılacak bir ceza soruşturması öncesi, mevcut bilgi, belge ve delillerle genel ve soyut iddialardan sıyrılıp asgari basit suç şüphesi seviyesinde bir vakianın varlığını araştıran ön evredir²⁸. Dolayısıyla mesela ilgili yükseköğretim kurumuna yapılan ihbar ve şikâyetler sebebiyle disiplin amiri, uygun görürse bir ceza soruşturması açılmasına gerek olup olmadığını tespit için bir inceleme yaptırması mümkündür. İncelemecinin yaptığı incelemesine istinaden disiplin amirince bir ceza soruşturması açılması mümkün olabileceği gibi, incelemeyi yeterli görmezse yeni bir inceleme de yaptırabilmesi mümkündür.

²⁴ 6764 s. Kanunun gerekçesinde ilgili değişikliğin sebebi şu şekilde ifade edilmiştir: "2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasında yapılan değişiklikle; yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Kanuna tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada suç işlediklerinin iddia edilmesi halinde, buna ilişkin ihbar veya şikâyet başvurusunun somut ve inandırıcı mahiyette bilgi veya belge olmaksızın yapılması halinde veya suçun işlenmediğinin kısa bir inceleme ile açıkça görülebildiği diğer hallerde bir inceleme yapılmasının ardından ceza soruşturması başlatılmamasına karar verilebilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır" (6764 s. Kanun Gereğiçesi).

²⁵ "İnceleme" kurumu kanun metninde düzenlenmemiş olsaydı bile, hüküm bulunmayan hallerde 4483 s. Kanunun uygulanacağı kanun metninde ifade edildiğinden (2547 s. Kanun, m.53.c/8) ve ihbar-şikâyetlerin soyut ve genel olması durumunda bunların işleme konulmayacağı 4483'de düzenlenmekte olduğundan bu durumun 2547 s. Kanun bakımından da gözetilmesinin bir zorunluluk olduğu öğretide ifade edilmekteydi (Dilşat Yılmaz, "Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri", 17/1-2, s.109 vd.). Kanaatimizce 4483 s. Kanun kapsamında ceza soruşturması bir cumhuriyet savcısı marifetiyle yapıldığından cumhuriyet savcısının soyut ve genel bir iddiayı soruşturmaya yer olmadığı kararı vererek dosyayı kapatması mümkündür (4483 s. Kanun, m.4). Fakat inceleme kurumu düzenlemesi 2547 s. Kanuna eklenmeden, açılması zorunlu olan ceza soruşturmasında verilecek her türlü menî muhakeme kararları Danıştay incelemesine tabi olduğundan ve 4483 s. Kanunun 4. Maddesini doğrudan uygulayarak dosyayı kapatmak mümkün olamayacağından, kanaatimizce inceleme kurumunun kanun metnine işlenmesi yerinde ve makul bir düzenleme olmuştur.

²⁶ Öztürk/Sümer, s.280.

²⁷ "İnceleme" kurumu ile disiplin soruşturması öncesi bir disiplin soruşturması açılmasına gerek olup olmadığını tespit için açılan veya 4483 s. Kanun kapsamında yaptırılan "ön inceleme" kurumlarını birbirine karıştırmamak gerekir. 2547 s. Kanun kapsamında bir ceza soruşturması açılmasına gerek olup olmadığını tespit için yaptırılan idari işlem "inceleme"dir. İnceleme kurumu için kanuni bir süre de söz konusu değildir (Ön inceleme olarak ifade eden görüş için bkz: Yakup Duranoğlu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Özel Soruşturma Usulleri Sonucunda Düzenlenen İddianame ve İddianame Yerine Geçen Belgelerin İadesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:1, 2022, s.31 vd.; Gözde Ülker, "4483 Sayılı Kanun ve 2547 Sayılı Kanun Kapsamındaki Ceza Yargılamalarında Ön İnceleme Görevlisi ile Soruşturmacının Yetkilerine İlişkin Bir Değerlendirme", *Terazi Hukuk Dergisi*, C:16, S:183, 2021, s.2199; Pınar/Çalışkan, s.472 vd.).

²⁸ Güvez, s.87.

Bir ceza soruşturması açılıp açılmamasına gerek olup olmadığını tespit için yapılan bu incelemede, incelemeci cumhuriyet savcısının yetkisine haiz değildir, çünkü yapmış olduğu bir ceza soruşturması değildir. Buradaki inceleme, bir disiplin soruşturması mahiyetine haizdir²⁹.

B. CEZA SORUŞTURMACISI ATANMASI

Yetkili disiplin amiri, ceza soruşturmasını bir soruşturmacı vasıtası ile yaptıracaktır. Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır (m.53.c/1/2)³⁰. Soruşturma emrinde kimin hakkında soruşturma açıldığı ismen ifade edilmeli, şüpheli bilinmiyorsa onayda soruşturmacıdan varsa failin belirlenmesi istenmeli ve soruşturma konusu fiilin nelerden ibaret olduğu açıkça belirtilmelidir.

Değişik statüde personelin birlikte suç işlemesi halinde, soruşturma usulü üst dereceliye tabidir. Bu husus 2547 sayılı Kanunda (m.53.c/5) ve 4483 s. Kanunda (m.10/1) açıkça ifade edilmiştir. Ast ve üst dereceli ifadelerini, bir hiyerarşi ilişkisiyle değerlendirmek mümkündür³¹. Mesela yükseköğretim kurumunda görev yapan dekanın sekreteri ile birlikte işlediği iddia olunan bir ceza soruşturmasında, dekan makamına haiz öğretim elemanı 2547 sayılı Kanuna tabi iken; sekreteri 657 sayılı Kanuna tabidir. Dolayısıyla dekan hakkında, 2547 sayılı Kanunun m.53.c kapsamında; son soruşturmanın açılıp açılmamasına yetkili kurul, rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşan üç kişilik kurul iken (m.53.c/1-c); sekreter memur hakkında yetkili kurul, mahal itibarıyla yetkili il idare kuruludur (m.53.c/1-e). Bu durum, Danıştay'a gönderilecek fezlekedede birçok zorluğu beraberinde getireceğinden üst dereceli olan dekana göre soruşturma usulü benimsenecektir³².

Keza aralarında doğrudan bir astlık-üstlük ilişkisi olmasa da aynı kurum içerisinde tabi oldukları üst mevzuata göre soruşturma usulü belirlenmelidir. Mesela yükseköğretim kurumunda hukuk müşaviri bir memurun bir öğretim elemanı ile birlikte işlediği iddia edilen bir ceza soruşturmasında hukuk müşaviri ile öğretim elemanı arasında bir astlık üstlük ilişkisi mevcut değildir. Şu halde hukuk müşaviri hakkında ceza soruşturması sonunda men-i muhakeme kararı/lüzum-u muhakeme kararını mahal itibarıyla yetkili idare kurulu verebilecekken; öğretim elemanı hakkında kural olarak üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul verecektir. Bunun kabulü halinde, mesela il idare kurulu lüzum-u muhakeme

²⁹ Ramazan Çağlayan, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme", **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, VII/1-2, Haziran 2023, s. 120.

³⁰ Danıştay'a göre, atanacak bilirkişilerin de şüphelinin akademik unvanından aşağı olmaması gerekir ki, kanuni düzenlemede yeri olmayan bu düşünceye katılmamaktayız. Çünkü CMK'ya göre, uzmanlık gerektiren özel veya teknik bilgiye sahip olması bilirkişi için yeterlidir (m.63/1).

"Açıklanan nedenle ... şüphelinin akademik unvanına denk ve üstü olarak şekilde usulüne uygun olarak saptanan en az üç öğretim üyesinden oluşturulacak bilirkişi heyetinden belirtilen hususları aydınlatan rapor alınmak suretiyle yapılacak soruşturma üzerine yeniden düzenlenecek fezleke dikkate alınarak Yetkili Kurulca yeni bir karar verilmesi ... oybirliğiyle karar verildi" (Danıştay 1. Daire, 29.12.2016, E:2016/2607, K: 2016/2566).

³¹ Enes Köken, "Soruşturma Evresinin Kör Noktası: İddianame Yerine Geçen Belge", **Terazi Hukuk Dergisi**, C:16, S:174, 2021, s.254.

³² "Yukarıda anılan hüküm gereğince aynı eylemde iştirak halinde olmakla birlikte değişik statüde bulunan şüpheliler hakkında görev itibarıyla üst derecede bulunana göre oluşturulacak kurul tarafından tüm şüpheliler için karar verilmesi gerektiğinden ... men-i muhakeme kararının bozulmasına ... karar verildi" (Danıştay 1. Daire, 14.03.2012, E: 2011/2206, K: 2012/402).

kararı verip; akademik personel hakkında son soruşturma açılmasına yetkili kurulun men-i muhakeme kararı vermesi ve soruşturma fezlekesinin Danıştay'a intikalinde tezat bir durum ortaya çıkacaktır. Çünkü aynı olayla bağlantılı birlikte işlediği iddia olunan suçla ilgili memur yargılanamayacakken; akademik personel yargılanabilecektir. Şu halde aralarında doğrudan bir astlık-üstlük ilişkisi olmasa da aynı kurum içerisinde öğretim elemanı ile memurun birlikte işledikleri iddia olunan bir ceza soruşturmasında usul, memura göre değil akademik personele göre belirlenmelidir. Keza yükseköğretim personeli bir öğretim elemanı ile 657 sayılı Kanuna tabi bir memur birlikte suç işlediği iddia ediliyorsa, mutlaka ceza soruşturmacısı, şüpheli öğretim elemanının unvanına denk veya üst bir unvan sahibi bir öğretim elemanı olmalıdır.

Bazı durumlarda akademik personelle birlikte suç işlediği iddia olunan memur, bir yükseköğretim personeli de olmayabilir. Mesela bir afiliye³³ hastanesinde görevli bir hemşire ile akademik personel bir doktorun birlikte suç işlediği iddia edildiği durumlarda, 657 sayılı Kanuna tabi hemşire esas alınarak 4483 sayılı kanun kapsamında değil, üst dereceli akademik personel doktor esas alınarak 2547 sayılı Kanun kapsamında bir ceza soruşturması yapılmalıdır. Burada dikkat edilirse hemşire bir yükseköğretim kurumu personeli değildir. Hiyerarşik olarak hastane başhekimliğine bağlı olarak çalışmaktadır. Fakat afiliye hastanelerinin özelliği gereği, bir akademik personel doktorun görev yaptığı birimde, hemşirenin alt dereceli durumda olduğu kabul edilmelidir³⁴.

C. SORUŞTURMA İŞLEMLERİ VE SORUŞTURMA RAPORU

Ceza soruşturmacısı, cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisine sahip olduğundan soruşturma işlemlerini 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu kapsamında yapması gerekir. Soruşturmada müşteki, şüpheli ve varsa tanıkların ifadeleri alındıktan ve gerekli görülen tüm deliller toplanmalıdır. Ceza soruşturmacısı, eğer bir koruma tedbirinin uygulanmasını gerekli görüyorsa, CMK kapsamında bunu uygulayabilir veya gereken hallerde sulh ceza hâkiminden talep edebilmesi mümkündür. Topladığı delillerle soruşturmacı, soruşturma emri veren amire sunulmak üzere bir fezleke hazırlanması gerekir.

Fezlekede, soruşturmayı açan kurum, soruşturması istenilen olay, soruşturmanın ne şekilde başladığı, şüphelinin/şüphelilerin kimlik bilgileri, suçun niteliği³⁵, deliller, ifadelerin özeti, delillerin değerlendirilmesi, kanaat ve istem bölümleri yer almalıdır. Fezlekenin ekinde, tebliğ belgeleri, tüm ifadeler ve yazılı ya da görsel bütün delillere yer verilmelidir. İstem bölümünde, soruşturmacı tarafından, şüpheli ya da şüphelilerin, son soruşturmanın açılmasının yer olup olmadığına (lüzum-u muhakeme ya da men-i muhakeme) ilişkin kanaat bildirilmelidir³⁶.

³³ Afiliye hastaneleri, idaresi Sağlık Bakanlığı bünyesinde olup hekim olarak görev yapan personelinin bir kısmı, bir yükseköğretim kurumunda görevli akademik personel olabilmektedir (04.03.2020 tarihli "Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı İle İş Birliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik", m.5, 6).

³⁴ Eğer hekimin kadrosu Sağlık Bakanlığında olup yükseköğretim kurumuna belirli bir süre ile görevlendirilmişse, hakkında açılacak ceza soruşturması 2547 s. Kanun kapsamında değil, 4483 s. Kanun gereğince yapılacaktır (Danıştay 1. Dairesi, E: 2014/1686, K: 2014/2008, Pınar/Öner, s.554).

³⁵ Eğer suç şikâyetine tabi ise, şikâyetin hak düşürücü süre içerisinde yapıp yapılmadığı da dikkate alınmalıdır. Altı aylık süre geçirilmişse bu sebep dikkate alınarak men-i muhakeme kararı verilmelidir (Danıştay 1. Daire, E: 2015/1176, 17.12.2015, K: 2015/1804).

³⁶ Danıştay 1. Dairesi, E: 2013/1830, K: 2013/1821 (Pınar/Öner, s.448).

Düzenlenen bu fezleke, suç şüphesi altındaki kişinin suçu işleyip işlemediğine ilişkin bir fikir beyanı niteliğinde olduğundan, suçlama belgesi değildir³⁷.

Yetkili Kurul, yapılan soruşturmada eksiklikler saptarsa, mesela soruşturma işlemlerinin bir disiplin soruşturması gibi yapıldığı örneğin ifade alma, tanık dinleme gibi konularda 5271 sayılı CMK hükümlerine uygun olmaması halinde dosyayı soruşturmacıya eksikliklerin tamamlanması üzerine iade edebilmelidir.

II. SON SORUŞTURMAYA YETKİLİ KURUL KARARI

Ceza soruşturmacısı, soruşturmasını tamamlayarak hazırladığı fezlekeyi yetkili kurula gönderilmek üzere soruşturma emri veren makama sunar. Fezlekeyi inceleyip son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurullar, 2547 sayılı Kanun'un 53/c-2 maddesinde sayılmak suretiyle belirlenmiştir.

A. YETKİLİ KURULLAR

2547 sayılı Kanun'un 53/c-2 maddesine göre;

- Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları ile üniversite genel sekreteri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarının oluşacak üç kişilik kurul,

- Öğretim elemanları, fakülte enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul,

- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlar hakkında, mahal itibarıyla yetkili idare kurulu tarafından son soruşturmanın açılıp açılmayacağına karar verilir.

Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurullar üye tam sayısı ile toplanır. Kurullara, üye olması halinde soruşturmacı, şikâyetçi ve şüpheliler katılamazlar. Noksanlar yedek üyelerle tamamlanır. Üniversite Yönetim Kurulunca oluşturulacak kurulda, görevlendirilecek asıl ve yedek üyeler bir yıl için seçilirler. Süresi sona erenlerin tekrar seçilmeleri mümkündür. Kurullarda, her üye oyunu kabul veya ret yoluyla vermekle görevlidir. Çekimser oy kullanılamaz. Kararlarda oy çokluğu esası uygulanır. Kararın oy çokluğu ile alınması halinde karara katılmayan üye imzasının yanına katılmadığını belirtmeli ve ayrıca katılmama gerekçesini yazılı olarak vermelidir.

Yetkili kurul, eğer fezlekenin şekil ve esas bakımından usulsüz veya yetersiz hazırlandığı kanaatindeyse, ceza soruşturmacısına eksiklikleri belirterek geri göndermesi mümkündür. Yetkili kurul tarafından verilen karar, ya lüzum-u muhakeme ya da men-i muhakeme olup eğer şüphelinin iddia olunan suçu işlediğine ilişkin inandırıcı ve yeterli delil bulunursa, şüphelinin yargılanmasını sağlayan lüzum-u muhakeme kararı vermelidir. Eğer şüpheli hakkında suç sabit bulunmaz, kanuni unsurları teşekkül etmez, suç şüpheliye atfedilemez ya da olay suç olmakla beraber şüphelinin suçu işlediği konusunda kamu davasının açılmasına yetecek ölçüde kanıt

³⁷ Taş, s.167.

elde edilemezse men-i muhakeme kararı verilmesi gerekir. Her halükârda yetkili kurul kararının taraflara tebliğinden itibaren, 10 gün içinde soruşturmanın taraflarının itiraz hakkı bulunmaktadır. Bu itirazlar doğrudan soruşturma makamına verilebileceği gibi Danıştay’ın görevli dairesine de gönderilmesi mümkündür. Verilen itirazlarla birlikte yetkili kurul kararı Danıştay’ın görevli dairesine gönderilir (2547 s. Kanun, m.53.c/4).

B. DANIŞTAY İNCELEMESİ

2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturması sonunda yetkili kurulların vereceği men-i muhakeme kararları kendiliğinden, lüzum-u muhakeme kararları ise itiraz üzerine Danıştay tarafından incelenir ve bu inceleme sonucunda verilecek kararlar üzerine kesinleşir.

Danıştay’ın görevli dairesi ki, -soruşturulan kişi, Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri olması durumunda, Danıştay’ın İdari İşler Kurulu; diğer hallerde, Danıştay 1. Dairesidir- vereceği kararlar kesindir ve itiraz yolu bulunmamaktadır. Eğer men-i muhakeme kararı verilirse, bu kararın taraflara tebliği için soruşturma makamına gönderilir ve soruşturma makamınca taraflara tebliğ edilir. Eğer Danıştay’ın görevli dairesi lüzum-u muhakeme kararı verirse, bu karar yetkili Yargıtay Dairesine³⁸ veya yer bakımından yetkili savcılığa görevli mahkemeye dava açılması için gönderilir. Bu belge, aslında 5271 s. CMK’nın 191/3-b maddesinde düzenlenen “iddianame yerine geçen bir belge”dir³⁹. Her ne kadar CMK’nın iddianamenin iadesini düzenleyen 174. maddesinde iddianame yerine geçen belgelerin iade edilip edilemeyeceği konusunda bir açıklık öngörmese de kanaatimizce yetkili mahkemenin, Danıştay 1. Dairesine iddianame yerine geçen belgeyi iade edebilmelidir⁴⁰. Aksi halde ceza soruşturmasında tespit edilen eksiklikler kovuşturma sürecine olumsuz etki edecektir. Mesela Danıştay’ın lüzum-u muhakeme kararı verdiği ve yetkili mahkemeye gönderdiği dosyada bilahare mahkemece mesela tanıklar hakkında bir soruşturma yapma gerekliliğini görmesi, suç niteliğinde değişikliğe gidilmesi gibi gerekliliklerin arz etmesi durumunda, iddianamenin iade edilememesi ceza muhakemesi sürecini olumsuz etkileyecek, maddi gerçeğe ulaşılması zorlaşacak veya ulaşılamayacaktır.

³⁸ “Lüzum-u muhakemesi kesinleşen Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesine, temyiz incelemesi Ceza Genel Kuruluna, diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adliye mahkemelerine aittir” (2547 s. Kanun, m.53.c/4).

³⁹ Öğretide yetkili kurul tarafından verilen lüzum-u muhakeme kararının iddianame yerine geçen belge olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır (Köken, s.254; İbrahim Çiçek, “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununa Göre Verilen Lüzumu Muhakeme Kararlarının İddianame Yerine Geçip Geçmediği Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C:3, S:23, 2008, s.78) ki, bu görüşe katılmamaktayız.

Yargı kararlarında ise; Danıştay’ın kararının iddianame yerine geçen belge niteliğinde olduğu kabul edildiği gibi;

“...Danıştay 1.Dairesince 13/06/2012 tarih ve 2012/483 esas, 20121056 karar sayılı onama kararının, 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu gereği **iddianame yerine geçen belge olması** ...” (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 09.10.2017, E:2015/38237, K:2018/1455)

yetkili kurul tarafından verilen lüzum-u muhakeme kararının iddianame yerine geçen belge olduğu yönünde de kararlar bulunmaktadır:

“...iddianame yerine geçen belge niteliğindeki ... Üniversitesi Son Soruşturma Kurulunun 25/03/2003 tarih ve 2003/5 sayılı Kararı ile Danıştay 2. Dairesinin 30/10/2003 tarih 2003/899 Esas, 2003/2103 sayılı Kararında...” (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 28.11.2014, E:2013/16845, K:2014/11796).

⁴⁰ Duranoğlu’na göre, iddianamenin iadesi doğrudan ilgili yükseköğretim kurumuna yapılmalıdır (Duranoğlu, s.36).

III. SAVCILIK MAKAMININ DOĞRUDAN SORUŞTURMA YAPABİLECEĞİ HALLER

2547 sayılı Kanun'un 53/c-7 maddesinde belirtilen suçlarda savcılık makamınca doğrudan soruşturma yapılacaktır. Bu suçlar;

- İdeolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükûn, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri,

- 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Fiillerin Takibi Hakkındaki Kanun Hükümleri⁴¹,

- 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 13, 14 ve 15.maddelerinde belirtilen fiiller,

- 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinde yazılı suçlardır⁴².

Bu yazılı hususlara ilaveten yükseköğretim öğrencilerini de eklemek mümkündür. Yani öğrencilerle ilgili yapılacak ihbar ve şikâyetler, savcılık makamınca doğrudan soruşturulacaktır⁴³. Fakat yükseköğretim personeli ile bir yükseköğretim öğrencisinin birlikte suç işledikleri iddia edildiği durumlarda, 2547 sayılı Kanunun m.53.c/5 gereği, yükseköğretim kurumunca soruşturulmalıdır. Eğer Danıştay şüphelilerden birinin öğrenci olmasından bahisle lüzumu muhakeme kararında öğrencinin adını iddianame yerine geçen belgeden çıkarıp yetkili yargı merciine gönderirse, açılan davada mahkemenin öğrenci hakkında savcılık makamında bir soruşturma yapılması için gönderip bilahare dosyanın birleştirilmesi dava sürecinde sağlanmalıdır.

SONUÇ

2547 sayılı Kanun kapsamında yükseköğretim personelinin ceza soruşturması konusu ile ilgili tespitlerimizi aktarırken öncelikle hukuk güvenliği açısından problem arz eden hususları belirlemek gerekmektedir. Çünkü hukuki güvenlik ilkesi, hukukun uygulanmasındaki

⁴¹ “Bu bağlamda, 1’nci maddeden şüpheliye isnat edilen Atatürk’ün hatırasına hakaret suçu nedeniyle ... hakkında 2547 sayılı Kanunun 53/c maddesi uyarınca ceza soruşturması yapılarak men-i muhakemesine karar verilmiş ise de, bu fiil nedeniyle şüpheli hakkında 5816 sayılı Kanun kapsamında Nevşehir Cumhuriyet Başsavcılığınca doğrudan soruşturma yapması gerektiği(ne) ... karar verildi” (Danıştay 1. Daire, 20.09.2018, E: 2018/1319, K: 2018/1455, Pınar/Öner, s.557).

⁴² “Dosyanın incelenmesinden, şüphelilere isnat edilen eylemin, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamında yer alan ihaleye fesat karıştırma suçuna karşılık geldiği, anılan Kanun uyarınca bu suçla ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığının doğrudan soruşturma yapma yetkisinin bulunduğu, bu nedenle isnat edilen suçla ilgili olarak Rektörlükçe 2547 sayılı Kanunun 53’üncü maddesi kapsamında ceza soruşturması yapılamayacağı(na) ... karar verildi” (Danıştay 1. Daire, 17.10.2012, E: 2012/1266, K: 2012/1472, Pınar/Öner, s.566).

⁴³ “(Şüpheli)’nin ise, Teknik Bilimler Meslek Yüksekokulunda öğrenci olduğu ve 2547 sayılı Yasa’nın 53’üncü maddesinde sayılan Üniversite personelinin olmaması nedeniyle bu kişinin görevi dolayısıyla ya da görevini yaptığı sırada işlediği bir suçtan söz edilemeyeceği, bu nedenle adı geçen hakkında 2547 sayılı Yasa’nın 53’üncü maddesi uyarınca ceza soruşturması yapılamayacağı(na) ... karar verildi” (Danıştay 1. Daire, 27.05.2014, 2014/820, K: 2014/782).

belirsizlik riskini ortadan kaldırmaya yönelik korumaların varlığını gerekli kılmaktadır. Böylelikle temel hak ve özgürlükler için bir güvence sistemi sağlanmış olur. 2547 sayılı Kanun kapsamında yapılacak ceza soruşturmaları için hukuk güvenliği ilkesi gözetilerek bu güvencenin sağlanması gerekmektedir.

Öncelikle ifade edelim ki, savcılık makamınca yetkisizlik kararı verilip ilgili yükseköğretim kurumuna dosyanın gönderildiği durumda, yükseköğretim kurumu, konuyu değerlendirip doğrudan bir ceza soruşturması açabileceği gibi, bir ceza soruşturması açılıp açılmamasına gerek olup olmadığını tespit için bir “inceleme” başlatması da mümkündür. Dolayısıyla uygulama savcılık makamınca gönderilen görevsizlik kararlarında, “2547 sayılı Kanun kapsamında ceza soruşturması yapmak üzere” şeklindeki ibareler, hukuki bir yaklaşım içermemektedir. Burada savcılık makamı ile yükseköğretim kurumu arasında bir idari hiyerarşi olmadığı gibi, yetkisi olmadığı bir konuda yetkisizlik kararı veren savcılık makamının yükseköğretim kurumuna dosyayı göndermesi, bir ihbardan ibarettir. Doğrudan bir ceza soruşturması açıp açmamadaki takdir yükseköğretim kurumuna aittir. Dolayısıyla yükseköğretim kurumu uygun görürse inceleme de başlatabilir. İnceleme gereği ya da savcılık makamının yetkisizlik kararındaki bilgi ve belgeler bir soruşturma açılması için yeterli şüpheyi barındırıyorsa, ceza soruşturması açılmalıdır. Suç şüphesini öğrenen yetkili amirin bir ceza soruşturması açmaması, görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edilmelidir.

Keza 2547 sayılı Kanun kapsamında görevlendirilen bir ceza soruşturmacısı, bir cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisine sahiptir, kanunen kısıtlayıcı bir düzenleme olmadığından koruma tedbirlerini uygulamak veya gereken hallerde bunu sulh ceza hâkiminden talep etmek yetkisine sahiptir. Ceza soruşturmacısı, eğer bir koruma tedbirinin uygulanmasını gerekli görüyorsa, CMK kapsamında bunu uygulayabilir veya gereken hallerde sulh ceza hâkiminden talep edebilmesi mümkündür. Danıştay’ın kararlarında ve öğretide ifade edildiği üzere, kolluk marifeti veya sulh ceza hâkiminden talebi gereken hallerde, ceza soruşturmacısı bunu Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla yapması gerekir. Esasen bu husus, ceza soruşturmacısının bir kolluğu olmaması ve Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı bir Cumhuriyet Savcısı olmasından kaynaklanmaktadır. Yoksa ceza soruşturmacısı, cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisine sahip olmasından dolayı doğrudan kolluk marifeti gereken bir işlemde bunu talep etmesi veya sulh ceza hâkiminin talebi gereken işlerde doğrudan sulh ceza hâkiminden bunu talep edebilmesi, işleme hukuka aykırılık kazandırmamaktadır. Çünkü ceza soruşturmacısının Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla işlem yapması gerektiğine dair bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Şu halde kolluk marifeti ve sulh ceza hâkiminin onayı gerekmeyen iş ve işlemleri ceza soruşturmacısı tek başına yapabilmelidir. Mesela bir bankadan soruşturma için gerekli bir dekont bilgisi istemini veya mağdurun rızasıyla beden muayenesinin yapılması işlemini yetkili hastane başhekimliğinden bir adli tıp doktoru marifetiyle yapılmasını doğrudan talep edebilmelidir.

Bir diğer husus, 2547 sayılı Kanun kapsamında görevlendirilen ceza soruşturmacısı bu soruşturmayı ne kadar selamet içerisinde yerine getirebileceği hususudur. Her ne kadar, “memur suçlarının anlaşılmasının ihtisası gerektirmesi ve bilimsel özerklik” hususu, bu özel kanun yolunun düzenlenmesinde etkili olsa da ceza soruşturmasını yapan öğretim elemanının

çoğunlukla bir hukuk eğitimi almamış olması da mümkündür. Bir cumhuriyet savcısı, görevini yerine getirirken, hukuka uygun, seri ve orantılı işlemlerle soruşturma selamete tamamlayabilirken, savcı olmayan, ceza hukuku eğitimi almamış, hatta hukuk fakültesi bile okumamış bir öğretim elemanın ne kadar hakkıyla bir ceza soruşturması yapılabileceği izahtan varestedir. Şu halde bir ceza soruşturması yapılacaksa hukuk güvenliği açısından bunu her zaman bir cumhuriyet savcısı yapmalıdır. Dolayısıyla 2547 sayılı Kanun kapsamında da, ceza soruşturma yetkisi savcıya verilmeli ve en azından bu ceza soruşturmaların 4483 sayılı Kapsamına dâhil edilerek izin sistemi getirilmelidir.

Keza, 2547 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ceza soruşturmaları neticesinde ne karar verilirse verilsin, Danıştay'ın ilgili dairesince incelenmekte, vereceği lüzum-u muhakeme kararı iddianame yerine geçmektedir. Eğer men-i muhakeme kararı verilirse, soruşturma kapatılmış olmaktadır. Burada ilk problem arz eden husus, Danıştay'ın yüksek mahkeme olarak ceza hukuku açısından ihtisaslaşmamış olması ve Danıştay'da görev yapan hâkimlerin idare hukuku alanında uzman hâkim olmalarıdır. Eğer kanun koyucu “memur suçlarının anlaşılmasının ihtisası gerektirmesi” hususunu önemiye yapılabilecek kanuni düzenlemeyle Danıştay yerine ilgili Yargıtay'ın ceza dairesini görevli kılması gerekmektedir. Problem arz eden ikinci husus ise, Danıştay'ın vermiş olduğu men-i muhakeme kararı için bir itiraz yolu öngörülmemesidir. Bir cumhuriyet savcısının vermiş olduğu soruşturmaya veya kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına nasıl itiraz edilebiliyorsa, men-i muhakeme kararları için de bir itiraz yolu öngörülmalıdır. Hukuk güvenliği açısından bu husus önem arz etmektedir.

Aynı şekilde, 2547 sayılı Kanunun m.53.c/5'te yer alan “Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama mercii görev itibarıyla üst dereceliye göre tayin olunur.” hükmünde astlık üstlük ilişkisini mesela rektörle sekreterinin birlikte suç işlediği iddiasında olduğu gibi bir hiyerarşi ile ilişkilendirmek mümkün olabileceği gibi, doğrudan bir astlık-üstlük ilişkisi olmasa da, aynı kurum içerisinde öğretim elemanı ile bir memurun birlikte işledikleri iddia olunan bir ceza soruşturmasında usul bakımından da geçerli olmalıdır. Dolayısıyla bir yükseköğretim kurumunda görevli bir akademik personelle aralarında bir hiyerarşik ilişki bulunmayan bir memur arasında işlediği iddia edilen bir suçla ilgili ceza soruşturmasında usul, akademik personele göre değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Çağlayan, Ramazan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”. *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, VII/1-2, (2023): s. 120-145.
- Çaptuğ, Mehpare, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9/17, (2021): s. 133-160.
- Çiçek, İbrahim, “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununa Göre Verilen Lüzumu Muhakeme Kararlarının İddianame Yerine Geçip Geçmediği Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 3/23, (2008):75-84.
- Duranoğlu, Yakup, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Özel Soruşturma Usulleri Sonucunda Düzenlenen İddianame ve İddianame Yerine Geçen Belgelerin İadesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/1, (2022): s. 1-45.
- Erdal, Muhammed, *Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Yargılanma Süreci*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2022.
- Gürgen, Lütfi, “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6/11, (2018): s. 145-168.
- Güvez, Adem, *Yükseköğretim Kurumlarında Personel Ceza Soruşturması*. Editör: Ülker, İbrahim, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Köken, Enes, “Soruşturma Evresinin Kör Noktası: İddianame Yerine Geçen Belge”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16/174, (2021): s. 250-263.
- Öztoprak, Sezin, “Kapsadığı Kişiler ve Suçlar Açısından 2547 Sayılı Kanun’da Yer Alan Ceza Soruşturması Usulü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 32/3, (2024): s. 1371-1403.
- Öztürk, İlhami, Sümer, Arif Emre, “Yükseköğretim Personeli Hakkındaki Şikayetler Üzerine Verilen Ceza Soruşturması Açılmaması Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 50, (2022): s. 279-304.
- Pınar, İbrahim, Çalışkan, Öner, *Kamu Personeli Ceza Soruşturma Usulü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Seçkin, Sinan, Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Görev Yapan Personel Hakkında Ceza Soruşturması Yürütülmesi Usulü, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 28/1, (2022): s. 62-98.
- Selçuk, Sami, *Kamu Görevlilerinin Yargılanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Taş, Burak, *Etkili Soruşturma Yükümlülüğü Kapsamında İddianame Yerine Geçen Belge*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.
- Uçacak, Kemal, “Danıştay Kararları Işığında 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu Kapsamında Yürütülen Ceza Soruşturmalarına İlişkin Uygulamada Görülen Eksiklikler”, *TAAD*, 15/59, (2024): s.115-144.
- Ülker, Gözde, “4483 Sayılı Kanun ve 2547 Sayılı Kanun Kapsamındaki Ceza Yargılamalarında Ön İnceleme Görevlisi ile Soruşturmacının Yetkilerine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 16/183, (2021): s. 2186-2201.
- Yılmaz, Dilşat, “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/1-2, (2013): s. 101-125.
- 2653 Sayılı Kanun’un Milli Güvenlik Konseyi İhtisas Komisyonu Raporu, 13.09.2024, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006101ss0393.pdf

EXTENDED SUMMARY

CRIMINAL INVESTIGATION OF HIGHER EDUCATION PERSONNEL UNDER THE HIGHER EDUCATION LAW NO. 2547

Hüseyin Ertugrul, Assist. Prof.
Erciyes University, huseyinertugrul@erciyes.edu.tr
<https://orcid.org/0000-0003-1372-2451>

With the Higher Education Law No. 2547, the criminal cases of higher education personnel were linked to a special trial procedure. The establishment of this trial procedure was influenced by the ideas of protecting administrative independence, conducting state affairs soundly, requiring specialization in understanding civil servant crimes, and ensuring scientific autonomy. The principle of legal certainty requires the existence of protections aimed at eliminating the risk of uncertainty in the application of law. Thus, a system of guarantee is provided for fundamental rights and freedoms. This guarantee must be provided by observing the principle of legal certainty for criminal investigations to be conducted within the scope of Law No. 2547. It is possible to list our findings regarding the issue of criminal investigation of higher education personnel within the scope of Law No. 2547 and the issues that pose problems in terms of legal certainty as follows.

In cases where the prosecutor's office issues a decision of lack of jurisdiction and the file is sent to the relevant higher education institution, the higher education institution may evaluate the issue and directly open a criminal investigation, or it may initiate an "investigation" to determine whether a criminal investigation is necessary. Therefore, the phrases "to conduct a criminal investigation within the scope of Law No. 2547" in the decisions of lack of jurisdiction sent by the prosecutor's office do not contain a legal approach. Here, there is no administrative hierarchy between the prosecutor's office and the higher education institution, and the fact that the prosecutor's office, which issues a decision of lack of jurisdiction on a matter for which it has no jurisdiction, sends the file to the higher education institution is merely a notification. The higher education institution has the discretion to directly open a criminal investigation. Therefore, the higher education institution may also initiate an investigation if it deems appropriate. If the need for an investigation or the information and documents in the prosecutor's office's decision of lack of jurisdiction provide sufficient suspicion to open an investigation, a criminal investigation should be opened. The failure of the authorized superior, who learns of the suspicion of a crime, to open a criminal investigation should be considered a crime of abuse of office. Likewise, s. 2547. A criminal investigator assigned under the law has the general investigation authority of a public prosecutor, and since there is no legally restrictive regulation, he/she has the authority to implement protective measures or request this from a criminal judge of peace when necessary. If the criminal investigator deems it necessary to implement a protective measure, he/she can implement it under the CMK or request it from a criminal judge of peace when necessary. As stated in the decisions of the State

Council and in the doctrine, in cases where a request from a criminal judge of peace is required by law enforcement or a criminal judge of peace, the criminal investigator must do this through the Office of the Chief Public Prosecutor. Essentially, this issue arises from the fact that the criminal investigator does not have a law enforcement agency and is not a public prosecutor affiliated with the Office of the Chief Public Prosecutor. Otherwise, the criminal investigator's requesting this directly from a criminal judge of peace in a transaction that requires direct police enforcement due to the public prosecutor's general investigation authority or requesting this directly from a criminal judge of peace in cases where a request from a criminal judge of peace is required does not render the transaction unlawful. Because there is no legal regulation stating that the criminal investigator must conduct proceedings through the Office of the Chief Public Prosecutor. In this case, the criminal investigator should be able to perform the work and transactions that do not require the approval of the criminal judge of peace and law enforcement on his own. For example, he should be able to directly request a bank statement for the investigation or a physical examination with the consent of the victim to be performed by a forensic doctor from the authorized hospital chief physician.

Another issue is how soundly the criminal investigator assigned under Law No. 2547 can carry out this investigation. Although the issue of “understanding civil servant crimes requires specialization and scientific autonomy” is effective in the regulation of this special legal remedy, it is also possible that the academician conducting the criminal investigation often does not have a legal education. While a public prosecutor can complete the investigation soundly with lawful, rapid and proportionate procedures while performing his duty, it is beyond explanation how properly a criminal investigation can be conducted by a faculty member who is not a prosecutor, has not received criminal law education, and has not even studied at a law school. In this case, if a criminal investigation is to be conducted, it should always be conducted by a public prosecutor for legal security. Therefore, within the scope of Law No. 2547, the authority to conduct criminal investigations should be given to the prosecutor and at least these criminal investigations should be included in the scope of Law No. 4483 and a permit system should be introduced. Likewise, whatever decision is made as a result of criminal investigations conducted within the scope of Law No. 2547, it is examined by the relevant department of the State Council, and the decision to issue a prosecution is deemed to be an indictment. If a decision to exclude a prosecution is made, the investigation is closed. The first problematic issue here is that the State Council, as a high court, is not specialized in criminal law and the judges serving in the State Council are expert judges in the field of administrative law. If the legislator attaches importance to the issue of “understanding civil servant crimes requiring specialization”, the relevant criminal department of the Court of Cassation should be authorized instead of the State Council with the legal regulation to be made. The second problematic issue is that no appeal is foreseen for the decision to exclude a prosecution made by the State Council. Just as an appeal can be made for decisions by a public prosecutor that do not require investigation or prosecution, an appeal should also be foreseen for decisions to exclude a prosecution. This issue is important in terms of legal security.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TAPU SİCİL KAYDINDAKİ YANLIŞLIKLARIN DÜZELTİLMESİ

CORRECTION OF ERRORS IN LAND REGISTRY RECORDS

Yrd. Doç. Dr. Haluk Saruhan*

ÖZ

Tapu sicilinde düzeltme; sicile yanlış tescil edilmiş bir kaydın, düzeltilerek doğru hale getirilmesidir. Yani tapu kaydında mevcut bir yanlışlığın, gerçeği yansıtmayan halinden doğru hale getirme işlemidir. Yapılan düzeltme ile aynı hak ile ilgili bir düzeltme olmayıp, tapu kütüğündeki yanlışlığın düzeltilmesidir. Düzeltmeyle yanlışlık fiili, doğru olan duruma uygun hale getirilmiş olur. Zira yanlış bir tescilin dayanak tapu kayıtları incelenerek, yapılan yanlışlık, dayandığı kayda uygun hale getirilir. Bu durum terkin ile düzeltme arasındaki farkı yansıtmaktadır. Tapu müdürlüklerinde yapılan işlemlerin tescillerinin hukuki dayanaktan yoksun veya sicilde mevcut kayıt ile dayanak belgeleri birbiriyle uyumsuzlarsa, bu durum tasarruf hakkını elinde bulunduran kişinin, tasarruf hakkını kısıtlıyor ise bu durum tescilin yolsuz olmasına sebebiyet verir. Ayrıca bazen bir aynı hak belirli süre ile taşınmaz üzerinde kurulu ise sürenin dolması ile ya da tescil harici kazanımla kazanılmış bir hakkın tapu kütüğüne tescil edilmemesinden kaynaklanan durumları da yolsuz tescildir.

Anahtar Kelimeler: Tapu Sicili, Terkin, Hukuki Dayanak, Tasarruf Hakkı.

* Girne Amerikan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

0000-0003- 2955-531X haluk_47407@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Correction in the land registry; It is the correction of an incorrectly registered record in the registry and making it correct. In other words, it is the process of correcting a mistake in the land registry from its untrue state to its correct state. The correction is not a correction related to the right in rem, but a correction of the mistake in the land registry. With the correction, the act of inaccuracy is made in accordance with the correct situation. This is because by examining the underlying land registry records of an incorrect registration, the mistake is made in accordance with the underlying record. This situation reflects the difference between cancellation and correction. If the registrations of the transactions made in the land registry offices lack a legal basis or if the existing record in the registry and the underlying documents do not match each other, if this situation restricts the right of disposal of the person holding the right of disposal, this situation causes the registration to be corrupt. In addition, sometimes, if a right in rem is established on the immovable property for a certain period of time, the situations arising from the expiration of the period or the non-registration of a right acquired by acquisition other than registration in the land registry are also corrupt registrations.

Keywords: Land Registry, Cancellation, Legal Basis, Disposition Right.

GİRİŞ

Tapu sicili, devletin sorumluluğu altında, tescil ve açıklık ilkesine göre taşınmazlar ile üzerindeki hakların durumlarını göstermek üzere tutulan sicildir.¹

Tapu sicilini oluşturan ana siciller; tapu kütüğü, kat mülkiyeti kütüğü, yevmiye defteri, resmî belgeler ve plandır. Yardımcı siciller ise; aziller sicili, düzeltmeler sicili, kamu orta malları sicili, tapu envanter defteridir.² Günümüzde bilgiler her ne kadar TAKBİS sistemine aktarılmışsa da defter tescilleri de halen devam ederek ikili tescil sistemine devam edilmekte olup, bu durum her iki sistemin birbirinin güvenliğini sağlamaktadır.³

Tapu sicili sisteminde, taşınmazların tesciline yönelik işlemlerde her bir taşınmaza ayrı bir sayfa açılarak, bu sayfada taşınmazın özellikleri, yüzölçümü, maliki, taşınmaz üzerinde mevcut olan diğer tüm şerhler, hak ve mükellefiyetler, rehin hakları ve beyanlar yazılır.⁴

İlgililerin rızası dışında, tapu memuru hiçbir kaydın yanlışlığını düzeltemez. Bu gibi düzeltmeler ancak mahkeme kararıyla düzeltilebilir. Düzeltme eski tescilin terkin ve yeni tescilin yapılması ile mümkün hale gelebilir. Ancak tapu memuru basit yazım yanlışlıklarını tüzük kuralları gereğince, tashihler siciline durumu belirtilerek düzeltme yapabilir.⁵

Tapu sicilinin aleniliği ilkesi, ilgilisi olan herkesin tapu sicilini inceleme yetkisine sahip olması anlamına gelmektedir. Tapu sicili ilgilisi olmayanlara aleni değildir. Taşınmaza ilişkin bir hukuki ilişkisi ve yararı bulunan kimse tapu sicilini bilmediği iddiasında bulunamaz. Tapu sicilinde herhangi bir işlemin gerçekleştirilmesi, tapu sicilinde yapılacak geçerli bir hukuki dayanağının olması ve ayrıca tescil ve terkin ile mümkün olmaktadır. Geçerli hukuki dayanağı olmayan tescil ve terkinler sadece şekli bir işlemdir. Bu nedenle taşınmaz sahipleri zarara uğrar ve tapu siciline olan güven sarsılır.⁶

Tapu sicilinde hukuka aykırı tescil veya terkin işleminin düzeltilmesi, tapu sicilinin güvenilirliği ilkesinin tesisidir. Bu husus da kamu güvenliğinin gereğidir. Bu şekilde tapu sicilinin kendisinden beklenen özeni gösterdiği anlamına gelir.

Bu makalenin konusunu; sicile aykırı tescil ve terkin işlemlerinin düzeltilmesi, Basit yazım hatalarının düzeltilmesi, Kadastro Kanunu'nun 41. madde düzeltmeleri, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun orman kadastro hatalarının düzeltilmesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 1025. Maddesi gereği düzeltim davaları teşkil etmektedir.

¹ Gürsel Ocal Dörtgöz, *Tapu İşlemleri*, Ankara:Bil Ofset Yayınları, 2014, s. 37; M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* 19. Baskı, İstanbul:Filiz 2016 s.144; Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* 3. Baskı Ankara:Yetkin, 2007- s.245; Hüseyin Hatemi ve Aydın Aybay, *Eşya Hukuku* 4. Baskı İstanbul:Vedat 2014 s. 65; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* 4. Baskı Ankara:Yetkin, 2016, s. 125; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* 13. Baskı İzmir:Barış, 2016, s.89; Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, *Tapu Sicili Uygulamaları* Ankara, 2014, s.17

² Gürsel Ocal Dörtgöz, *Tapu İşlemleri*, Ankara:Bil Ofset Yayınları, 2014, s. 37; M.Altuğ İmamoglu, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, Ankara:Sonsöz, 2015 s.39; Esener-Güven, s.125

³ Gürsel Ocal Dörtgöz, *Tapu İşlemleri*, s. 37

⁴ Yaren Seçer, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul:Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 1

Makalemizin birinci bölümünde; tapu sicilinin düzeltilmesi kavramı, düzeltmeye konu olan işlemlere yönelik genel bilgiler, hukuka aykırılık teşkil eden işlemler, tapu sicilinin düzeltilmesine yönelik tescil, şerh ve beyan işlemleri ve hukuka aykırı durumları incelenecektir.

İkinci bölümde ise; basit düzeltme yolları, tarafların anlaşarak yaptığı düzeltme talepleri, tapu memurunun re 'sen düzeltme yapabileceği işlemler, sicil düzeltici terkin işlemleri, TMK'nın 1027. Maddesi gereğince dava açmak suretiyle düzeltilmesi, Kadastro Kanunu'nun 41. Maddesi uyarınca yapılacak düzeltmeler, 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre teknik hataların düzeltilmesi yolları incelenecektir.

I. TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİNE NEDEN OLAN DURUMLAR

A. TAPU SİCİLİ İÇERİSİNDEKİ DÜZELTME KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

Kişilerin eşya üzerinde hakimiyet ilişkilerini düzenleyen hukuk dalı Eşya Hukukudur. Bu hakimiyet bir hakka dayanabilir veya dayanmayabilir. Kişilerin eşya üzerindeki hakimiyetlerini sağlayan haklara da aynı hak denmektedir.⁵

Kişilerin eşya üzerinde sağladığı hakimiyet her zaman bir hakka dayanmayabilir. Eğer bu hak fiili durumdan kaynaklanıyorsa buna zilyetlik adı verilir. (Esener-Güven a.g.e s.60) Zira bir eşyanın zilyetti olmayan kişi maliki olabilir ya da bir eşyanın hem zilyedi hem maliki olabilir. Bu nedenle zilyetlik ile eşya birbirine zıt kavramlar değildir. Bir örnek verecek olursak, biz ayakkabımızın hem maliki hem de zilyedi konumundayız. Hırsızlık sonucu çalınan ayakkabının maliki olmamıza rağmen, zilyetlik hırsızdadır.⁶ Bu nedenle zilyetlik ve eşya üzerindeki hakimiyet kamuya açık olmalıdır. Zira İsviçre Medeni kanunundan taşınmazlara yönelik alınan "tapu sicili" kabul edilmiştir. Tapu Sicili TMK m. 997-1027 maddelerinde belirtilen, taşınmazların üzerindeki hakları göstermek amacıyla, devletin hüküm ve tasarrufunda ve devletin sorumluluğunda tutulan resmi sicildir.⁷

Tapu sicili gayrimenkullerin üzerinde mevcut hakları göstermek için tutulsa da sicilin hatasız olması için taşınmazın sınırlarını belirleyen bir plan dahilinde bir tespit yapmak gerekir ki oda günümüzde halen uygulanan kadastro ile olmaktadır. Zira tapu siciline kaydedilecek taşınmazın bir planının resmi ölçümlere göre hazırlanan bir plan olması gerekir. Esas alınan bu plan tüzüklere göre belirlenir. Kadastro görmemiş yerlerde, Medeni Kanun'un emrettiği tapu sicili yerine zabıt defteri kayıtları tutulur. Bu defterler ay esasına göre tutulur. İşlem yapılırken irtibat kurulan geldi ve gitti tarih ve numaraları belirtilir.⁸

Zabıt kayıt defterinde mülkiyete ilişkin bütün haklar bulunur. Ancak ipotek hakları, ipotek kayıt defterinde tutulur. Bu deftere işlenen ipotekler Zabıt kayıt defterinde ilgili sütununda irtibatlandırılır.⁹

⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s.264

⁶ Şeref Ertay, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2008, s. 189; Ünal-Başpınar s. 246; Sirmen s 118.

⁷ Selahaddin Kardeş ve Zeki Adlı, *Mevzuatımızda Tapu Kadastro*, Ankara:Semih Ofset, 2011, s. 123.

⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 134-135.

⁹ Dörtgöz s.43; Ünal ve Başpınar s.258

Tapu sicili sadece bir deftere verilen ad olmamakla birlikte hakların kamuya açıklığını gösteren çeşitli belgelere dayanan bir sistemdir. Tapu sicilini oluşturan asli ve yardımcı sicillerin yanında tapu sicilinin elektronik ortama aktarılması projesi TAKBİS sistemi de mevcuttur.¹⁰ TAKBİS sistemi ile arşiv belgelerinin tamamı elektronik ortama aktarılması yoluyla yeni tapu sicilinin elektronik olarak tutulması hedeflenmektedir.

TMK m. 1027 maddesine göre, taşınmazın maliklerinin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru tapu sicilindeki aykırı kaydı ancak dava yoluyla alınan mahkeme kararına istinaden düzeltebilir. Düzeltme eski, tescil ya da terkin edilecek şekilde olmalıdır.¹¹ Ancak tapu memuru, yazım yanlışlıklarını, tüzük hükümleri çerçevesinde resen düzeltir. Bu hususla ilgili Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tapu kaydında yanlış yazılan kimlik bilgilerinin düzeltilmesi ile ilgili davalarda izlenecek yol ile ilgili olarak 2005/11 sayılı genelgeyi yürürlüğe koymuştur. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü 20.05.2014 tarih ve 1458 sayılı genelgesinde; tapu sicilindeki yazım hatalarının düzeltilmesi hususunda ad-soyadı veya baba adının yahut tüzel kişilerin unvanlarının yanlış yazılması halinde düzeltme yöntemlerini belirlemiştir.¹²

Buna göre; genelge, Resmî Gazete 'de yayımlanan, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 74. maddesine istinaden ana ve yardımcı sicillerdeki yanlışlıkların nasıl düzeltilceğini belirlemiştir. Aynı Tüzüğün 75. Maddesinde de malikin veya hak sahibinin ad-soyadına, baba adına ilişkin tapu kütüğünde mevcut hataların düzeltilmesi yöntemleri ve zeminde inceleme yapma usullerini belirlemiştir. Tapu müdürlüğünün, yukarıda belirtilen hatalar ile ilgili başvuru olması halinde, öncelikle yanlış kaydın dayanağı olan belgeyi incelemesi gerekir, Kayıt “senetsiz “den geliyorsa tutanağın edinme sebebine bakılarak nüfus kayıt örneği, ilmühaber incelenmeli, ilgili diğer kurumlarla yazışmalar yapılmalıdır. İlmühaber veya benzeri belgeler sunulmaması, tanık ve tespit bilirkişilerinin tapu müdürlüğüne gelmemeleri halinde ve başvuranın hak sahibi olmadığı kanaatine varılması durumunda Kadastro Müdürlüğünden zeminde inceleme talebinde bulunulacaktır. Yapılan incelemede kadastro ekiplerince kanaatlerini de belirtmek suretiyle teknik rapor (Düzeltilme Raporu) hazırlanır. Raporda olumlu ve/veya olumsuz kanaatler açıkça belirtilir. İnceleme komisyonu raporu 15 günlük askı ilanına çıkartır. Daha sonra inceleme komisyonu kararını verir ve ilgiliye tebliğ eder.¹³

Ayrıca taşınmazın yüzölçümüne yönelik veya niteliğinin hatalı yazılmış olması durumunda, başvuru Kadastro Müdürlüğüne yapıldığında; kadastro idaresince gerekli incelemeler yapılmak suretiyle başvurunun haklılığının tespit edilmesi neticesinde üç nüsha düzeltme tescil bildirimi Tapu Müdürlüğüne gönderilerek gerekli düzeltme yapılır.

Eğer düzeltme TAKBİS sistemi ile ilgili ise; dayanak kayıtlar incelenir, sisteme giriş esnasında yapılan hatalar görevli personel tarafından veri düzeltme şeklinde yapılır. Yapılan veri düzeltmeleri, veri girişinin yapılması ile yanlış yazılan hatalarının düzeltilmesine yönelik olup, taşınmazın belgelerine aykırı yapılan veri düzeltmeleri yolsuz tescile sebebiyet vermenin

¹⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 136.

¹¹ Sirmen s.229

¹² Kardeş ve Adlı s. 123

¹³ Kardeş ve Adlı s. 123: Resmi Gazete, 17.08.2013 tarih ve 28738 sayı.

yanında devletin sorumluluğunu da doğurabilir. Veri düzeltmeleri; belgesine uygun olmayan hataların, dayanağını oluşturan belgelerdeki doğru olan duruma getirilmesidir. Veri düzeltmesini yapan tapu görevlisinin hangi tarihte hangi saatte ve hangi şifreyle yaptığı hususu da sistem tarafından kayıt altına alınmaktadır.

B. GERÇEK DURUMA AYKIRI YOLSUZ TESCİL VE YOLSUZ TERKİN

Tescilin kelime anlamı doğan bir ayni hakkın devri ve içeriği ile ilgili yapılan değişiklikler veya mahiyetiyle birlikte ortadan kaldırılması, hukuksal sebepler yazılarak tapu siciline işlenmesidir. Tescil işleminin geçerli olabilmesi için hukuki sebebinin tescile dayanak olması gerekmektedir.¹⁴

Tescil olunan bir ayni hakkın süreye bağlı olması halinde sürenin bitimi ile tapu sicilinden silinmesine terkin adı verilir. Bazı durumlarda anlaşmaya bağlı olmayan terkinler de mevcuttur. Bunlar; mahkeme kararı, cebri icra veya taşınmazın yok olması olarak gösterilebilir.¹⁵ Tapu siciline kaydedilen bir kaydın, gerçek bir hukuki nedene dayanması ve bu dayandığı sebebin geçerli olması şarttır. Yani tapu kaydı, borçlandırıcı hüküm mevcut değilse, yolsuzdur. Zira bu işlemler illiyet bağı olan işlemlerdir bu nedenle de bu tür işlemlerin hiçbir hukuki dayanağının bulunmaması halinde ya da mevcut hukuki durumun geçersiz olduğu tapu kütüğü işlemlerinin yolsuz tescil olduğu söylenmelidir.¹⁶ Bu işlemler TMK m. 1024’te “bağlayıcı olmayan veya hukuki sebepten yoksun bulunan işlemler” olarak ifade edilir.

Gerçek hak durumunu yansıtmayan her tapu sicil kaydı yolsuzdur. Bu durum tescil, tadil işlemlerinin kurulmasıyla ortaya çıkabileceği gibi tapu dışı sebeplerden de ortaya çıkabilir. Yolsuz tescilde hak sahibine sakıncalı sebepler doğurabilir. Üçüncü kişilere yapılacak işlemlerde üçüncü kişiler tapu kaydına güven ilkesine istinaden, yolsuz tescilli taşınmazı iktisap edebilir. Bu sebeple gerçek hak sahibi yolsuz tescili düzeltene kadar her an hakkını kaybetme tehlikesini yaşar. Yolsuz tescil, gerçek hak sahibinin tasarrufi işlemlerine de engel teşkil etmektedir. Bu nedenle yolsuz tescilin meydana gelme şekline göre, tapu memurları hakkında tazminat davaları açılabilir. Medeni Kanun yolsuz tescilin meydana geliş sebeplerine bağlı olarak re ‘sen, hak sahibinin muvafakat vermesi yoluyla, anlaşma ya da mahkeme kararına göre yapılır.¹⁷

Terkin işlemi; tapu siciline kayıtlı tescilin, üstünün kırmızı kalemle çizilerek hükümsüz hale getirilmesidir. Tıpkı tescil gibi, ayni hak etkisine sahiptir. Terkin gerçeğe aykırı, hukuki varlığını yitirmiş bir ayni hakkın varlığına son vermek amacıyla, tapu sicilinde kayıtlı gerçek olmayan durumun gerçek hale getirilmesi sonucunu meydana getirir. Terkin hak sahibinin yazılı beyanı üzerine yapılır. Hak sahibi taşınmazın sahibi olacağı gibi, taşınmaz üzerinde ayni hak tesis etmiş başka kişi de olabilir. Terkin işlemi yapılırken taşınmazda başka malikler varsa ve onların hakkı da etkileniyorsa, onların da muvafakatlerinin alınması gerekir.¹⁸

¹⁴ Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, İstanbul:Beta, 2009, s. 284.

¹⁵ Akıntürk, s. 286-287.

¹⁶ Ünal ve Veysel, s. 300.

¹⁷ Ünal ve Başpınar, s. 301.

¹⁸ Ünal ve Başpınar, s. 284-285.

Tesis edilen bir sınırlı aynı hak süreli tesis edilmişse, sürenin bitiminden sonra, bu haktan yararlananın şerhin terkin için başvuruda bulunmuyorsa, taşınmaz maliki tapu memuruna terkin talebinde bulunabilir. Tapu memuru bu durumda sözleşmede, malikin terkin talebinde bulunabileceği hükmü varsa, taşınmaz maliki terkin talebinde bulunabilir. Ancak tapu memuru terkin talebinden sonra, şerh lehtarına tebligat göndererek, şerh lehtarı 30 günlük süre içerisinde dava açabilir. Tapu memuru TMK m 1019'a göre durumu tebliğ etmek zorundadır.¹⁹

Terkin talebinin hak sahibinden gelmesi gerekir. İstemde bulunanın hak sahibi olup olmadığı incelenmesi ve tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu husus dikkate alınmadan hak sahibi olmayanlar veya tasarruf yetkisi bulunmayanların yapmış olduğu talebe istinaden yapılacak terkinler yolsuz terkindir. MK. m.1007'e göre devlet bu yolsuz terkinden sorumlu olacaktır.²⁰

Kişisel haklar ile ilgili, verilen şerh gerçekte olmayan bir şerh ise ya da bir hukuki işleme dayanmıyorsa, arada yapılan sözleşme yoksa yapılan şerh baştan itibaren yolsuzdur. Bu nedenle zarara uğrayan kişi TMK'me 1025'e göre şerhin terkinine yönelik dava açabilir.²¹

Kanunda belirtildiği şekliyle, tapu memuru resen düzeltme yetkisine dayanan tapu işlemlerinin terkin edilmesi hususunda yetkilidir. Kanunun yetki vermediği durumdaki terkinler ancak, taraflarca yapılan sözleşme, muvafakat veya mahkeme kararıyla düzeltilebilir. Zira bunlara dayanmayan terkinler yolsuz olup, devletin sorumluluğunu doğurur.

1. Hukuka Aykırı Tescil Talebinin Reddi

Yukarıda da belirtildiği üzere; taşınmazlarda mülkiyetin devrinin illiyetle bağlı bir işlem olması yani dayanak işlemin geçersizliğinin tescili de geçersiz hale getirmesi tescil isteminde bulunan kişinin tasarruf yetkisini kanıtladıktan sonra, istemde bulunduğu işlemin hukuki gerçeğe dayandığını, tapu memuruna sunmasını gerektirir. İstem sahibinin hukuki sebebi belgelenmesiyle bu sebep şekli geçerlilik kazanır. Hukuki sebebin geçerliliğini kanıtlayacak belgeler tapu sicil tüzüğünde belirtilmiştir. Şayet tescil talebinde bulunan kişi, tasarruf yetkisini ve işleme dayanak olacak belgeleri tapu memuruna sunmazsa, tapu memuru, talebini reddeder.²²

Tapu Sicil Tüzüğü'nün 26. maddesine göre, mevzuata aykırı tapu işlemleri, TMK.m.1011 göre geçici tescil imkânı bulunmayan tapu işlemleri reddedilir. Yapılan ret kararına ait, tarih, yevmiye ve ret nedenleri yazılarak, ilgisine 7201 sayılı tebligat kanunu hükümlerine göre veya elden tebliğ edilerek, karara karşı itiraz yeri ve süreside belirtilir.

2. Tescilin Hukuki Değerini Sonradan Yitirmesi

Tapu müdürlüklerinde yapılan işlemler her ne kadar hukuki niteliği itibarıyla hukuka aykırı olmayan işlemler ise de zamanla hukuki değerini yitirebilir.²³ İntifa ve sükûna hakkı gibi

¹⁹ Hatemi ve Aybay, s. 107, 108.

²⁰ M. Altuğ İmamoğlu, *Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu*, Ankara:Sonsöz, s. 45-46.

²¹ Haluk Nomer ve Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul:Oniki Levha, 2017, s. 157.

²² Ertaş, s. 189.

²³ Zekeriyâ Yılmaz, *Tapu İptali ve Tescil Düzeltme Davaları*, Ankara, 2006, s. 42.

süresiz kurulan haklar sürenin dolmasıyla sona erer. Ya da lehine intifa ve sükûna hakkı kurulan ölümü ile sona erer. Tüzel kişilikler lehine kurulan süresiz intifa ve sükûna hakları yüzyıl geçmekle sona erer. Devredilmeyen ve miras yoluyla intikali yapılmayan haklar lehine tesis edilen ölümü veya taşınmazın yok olması ile sona erer.²⁴

3. Şerhlerde ve Beyanlarda Meydana Gelen Yolsuzluk Halleri

Taşınmaz sahibinin tasarruf hakkının kısıtlanması ya da güçlendirilmesine yönelik olarak bir durum oluşursa, tapu sicil kütüğündeki bölüme işlenen üçüncü kişileri belirleyici bir nitelikte olan açıklamalardır. Bunlar genel olarak tasarruf yetkisini kısıtlama şerhleri, kişisel haklara yönelik şerhler ve geçici yazım şerhleridir.

Malikin Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler medeni kanun ve özel kanunlarla düzenlenmiştir. Bunlar çekişmeli hakların korunması için mahkeme ve icra dairelerince verilen ihtiyati tedbir kararları, haciz, iflas ve konkordato, aile yurdu tesisi, aile konutu şerhi, art mirasçı atanması nedeniyle oluşan kısıtlamalar, Medeni Kanun m. 1010 kısıtlamaları, arsa payı kat karşılığı sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi iştirak, şufa, vefa sözleşmelerinden doğan haklar ile ilgili Türk Medeni Kanunu'nun 1009. maddesi, geçici şerhler ile ilgili bir ayni hakkın güvenceye alınması, tasarruf yetkisi ile ilgili eksikliklerin giderilmesi, geçici yazım şerhleri ile ilgili Medeni Kanun'un 1011. maddesi, taşınmazın hukuksal durumunu göstermek, üçüncü kişileri bilgilendiren beyanlar ile ilgili 1024. maddesi düzeltmelerini kapsamaktadır.²⁵

C. MUVAZAANIN TAPU SİCİLİNE ETKİSİ

Muvazaa, tarafların yaptıkları bir sözleşmenin hükümsüz olması ya da yapılan sözleşmenin başka bir sözleşmeye hüküm yaratması konusunda yapılan anlaşmalardır. Bu durumda iki çeşit muvazaadan bahsetmek gerekir. Bunlar mutlak muvazaa ve nispi muvazaadır. Mutlak muvazaada taraflar yapmak istemedikleri bir şeyi sadece üçüncü şahısları yanıltmak için yaptıkları işlemlerdir. Örneğin A adına kayıtlı taşınmazını alacaklılar takibe koymasın diye B'ye devretmesi mutlak muvazaaya örnektir. Nisbi muvazaa ise; tarafların yapmak istedikleri sözleşmeyi, üçüncü kişilerden gizlemek maksadıyla yapmak istemiyormuş izlenimi vererek başka bir sözleşmenin arkasına gizlemeleridir. Kişi sağlığında adına kayıtlı taşınmazı diğer mirasçılardan kaçırmak için içlerinden bir mirasçıya devretmesi nispi muvazaadır.²⁶

Muvazaalı taşınmaz devirleri geçersizdir. Muvazaa iddiası taraflarca ya da menfaati bulunan kişilerce ileri sürebilir. Bu kişiler hakları zedelenen kişilerdir. Zira mahfuz hisse sahiplerinin paylarının ortadan kaldırılması amacıyla yapılan işlemlerde mirasçılar buna karşı dava açabilirler.²⁷ Bir başka örnek verecek olursak şufa (önalım) hakkının ortadan kaldırılması için hibe yoluyla yapılan bir işlemin, pay sahibi kişinin bu muvazaalı işlemine karşı dava açabilir. Bazen, taraflar satış bedelini düşük göstererek tapu müdürlüğünde işlem yapılabilir. Bu da bedelde muvazaadır. Bu durum iki şekilde olur. Birincisi yapılan işlemde bedeli düşük

²⁴ Ekrem Kurt, *Tapu Sicilinin Düzeltilmesi*, İstanbul, 2004, s. 135.

²⁵ Ertaş s.172-173

²⁶ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara:Seçkin, s. 211.

²⁷ O. Gökhan Antalya, Murat Topuz, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2016 s.196-196.

gösterme, ikincisi ise yapılan işlemde değeri yüksek gösterme şeklinde olur. Her iki işlemde de hükümsüzlük söz konusudur.²⁸

Namı müstear, hukukumuzda yer almamakla birlikte zaman zaman doktrin de ve yargı içtihatlarında atıfta bulunmaları nedeniyle karşılaşmaktayız. Namı müstear, taşınmaz satışlarında taraflardan herhangi birinin kendisini, üçüncü kişilerden gizleme niyetiyle yerine başka kişiyi göstermesi, tescil işleminde onun adının geçmesidir. Bu işlem Muvazaalı bir işlem olacağından, muvazaalı işlem hükümlerinin uygulanması gerekir.²⁹

Muvazaa konusu gösterilen örneklerden başka işlemlerde de kendini göstermektedir. Zira hile, aldatma ve yanıltma ile yapılan tüm işlemlerin konusu muvazaaya dayanır.

Ç. GERÇEK HAK DURUMUNA AYKIRI YOLSUZ ŞERHLER

Şahsi hakları kuvvetlendiren şerhlerdir. Şerhleri üçe ayırmak mümkündür. Kişisel hakların şerhi, malikin tasarruf yetkisini sınırlandıran bazı hukuki işlemler ile resmi kararların şerhi, geçici tescil şerhi şeklindedir.³⁰

Gerçekte var olmayan bir kişisel hak şerh edilmişse ve bu şerhin hiçbir hukuki dayanağı yoksa ya da geçersizse yapılan şerh baştan beri yolsuzdur. Bu durumda aynı hakkı zarar gören kimse TMK.m.1025'e göre şerhin terkinini dava edebilir. Art mirasçının mahkeme tarafından mirasçılığı iptal edilmiş ise mirasçılar, art mirasçılık şerhinin terkinini talep edebilir.³¹

D. GEÇİCİ TAPU ŞERHLERİNDEKİ YOLSUZLUK

Tescile yönelik geçici şerhlerin tapu kütüğüne işlenmesi için yargı kararı veya ilgililerin talebi gerekir. Mahkeme kararı ya da ilgililerin talebi olmadan geçici şerhin verilmesi ya da mahkeme kararı yahut maliklerin talebine rağmen şerhin verilmemesi yolsuzluk ortaya çıkar. Bu yolsuzluktan MK.m.1007'e göre devlet sorumlu olacaktır.³²

Geçici tescil şerhleri, tesis edildikten sonra kesinleşmeyle terkin edilir. Zira geçici şerhin etkisi hâkimin kararında belirttiği süre kadardır. Süre bitiminde malikin talebiyle terkin edilir.³³

E. TAPU SİCİLİNE ETKİ EDEN YOLSUZ BEYANLAR

Beyanlar, tapu sicilinin beyanlar hanesine yapılan belirtmelerdir. Beyanlara işlenen şerhler, TMK ve TST' de düzenlenmiştir. Bunlar, eklentiler, taşınmaz kısıtlamaları, sürekli geçici hakları, heyelan bölgesi belirtmesi, yüklenici işe başlama tarihleri, red kararları, ortak yerler, kurulmaları mümkün olmayan aynı haklar, vesayet kararı, yararlanılan ve yüklü taşınmaz arasındaki bağlantı, eklentiler, irtifak hakları, arsa payları ve başka aydınlatıcı ya da hatırlatıcı şerhler beyanlar hanesine işlenir. Tapu sicilinin beyanlar hanesine kayıtlı hususlar genel bir kurala tabi olmadıklarından her biri ayrı bir değerlendirmenin konusunu teşkil eder. Yolsuz

²⁸ Akıntürk, s. 469-470.

²⁹ Akıntürk, s. 470-471.

³⁰ Seçer, s. 38-39.

³¹ Nomer ve Ergüne, s. 157-158.

³² İmamoğlu, s. 165.

³³ Nomer ve Ergüne, s. 161.

beyanlar TMK m. 1027, TST.m.74'te basit yazım yanlışlıkları, basit olmayan yazım yanlışlıkları, tescil talebindeki yanlışlıklar, belgelerdeki yanlışlıklar olarak ilgili maddelerde belirtilen şekillerde düzeltilir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi düzeltmeleri de bu kanun hükümlerine göre yapılır.³⁴

Yolsuz beyanlar gerçek durumlarına aykırı beyanlardır. Kişinin vesayet altına alınması hususun tapu müdürlüğüne bildirilmesi halinde beyanlar hanesine işlenerek kişiyi kısıtlar. Bu husus tapunun beyanlar hanesine işlendiği anda beyan yolsuzlaşır. Yolsuz beyan ile ilgili işlemler çeşitlidir. Bunları hepsini ayrı başlıklar altında incelemek oldukça zordur. Ancak bu yolsuz beyanların düzeltilmesinin yolları benzerdir.³⁵ İkinci bölümde bu düzeltim yolları ele alınacaktır.

II. TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ YOLLARI

A. TMK M. 1025 KAPSAMI DIŞINDA KALAN BASİT DÜZELTME YOLLARI

Kanun ve mevzuatın belirlediği durumlar dışında, mahkeme kararı olmadan tapu kaydının düzeltilmesi mümkün değildir.³⁶

Yapılan tescillerde basit yazım yanlışlıkları, TMK. m.1027/3 de belirtildiği gibi, tapu sicil tüzüğünde belirlenen şekliyle düzeltilir. TST m.74/1 de tapu sicil kütüğünde, yevmiye defterinde ve yardımcı sicillerde yapılan basit yazım hataları, tapu müdürü nedenini tashihler sicilinde belirtmek üzere düzeltilir. Tapu kütüğünde yazımı düzeltilen yanlışlığın tashihler sicili ile numarası yazılarak irtibatlandırılır. Şayet yanlışlık hukuki durumu etkileyecek durumda ise, TMK m. 1027/1'e göre ilgililerin rızası alınmak üzere düzeltilebilir. Bu durum yevmiye defterine kaydedilerek düzeltilir.³⁷

İlgililer yazılı muvafakat vermemeleri halinde, TMK.m.1027/1'e göre sicildeki yanlışlık ancak mahkeme kararıyla düzeltilir. Zira TST.m.74/4'e göre ilgililerin yazılı olur vermedikleri husus Tapu defterinin beyanlar hanesine belirme şeklinde yazılır.³⁸

TST.m.75'e göre Kadastro çalışmaları esnasında meydana gelen, malik ve diğer hak sahiplerinin ad-soyadı ve baba adı yanlışlıklarının düzeltilmesi için tapu müdürlüğüne başvuru yapılabilir. Yapılan yazım yanlışlıkları, okunaklı olarak üstü kırmızı kalemle çizilerek ilk boş satıra doğrusu yazılır. Silinti, kazıntı veya ek yapılamaz. Tapu ve Kadastro sistemi olan TAKBİS sistemine veri girişi yapılırken yapılan yazım yanlışlıkları görevli personel tarafından veri düzeltme yapılarak düzeltilir.³⁹

İlgililerin istemi halinde belgesine aykırı tesis edilmiş işlemlerde tapu müdürlüğü tarafından düzeltilebilir.⁴⁰ Bu tür düzeltmelerin Tapu müdürlüğünce yapılabilmesi için, bir aynı hakka sahip olanların muvafakat vermeleri halinde istem, akitsiz işlem düzenlenerek yerine

³⁴ Nomer ve Ergüne, s. 158-160

³⁵ Arif Kalkan, *Tapu Sicilinde Yolsuz Yazım ve Düzeltme*, İstanbul:Filiz, 2024, s. 364-367.

³⁶ Ayan, s. 333.

³⁷ Sirmen, s. 229-230.

³⁸ Sirmen, s. 230.

³⁹ Sirmen, s. 231-232.

⁴⁰ Dörtgöz, s. 8.

getirilir. Şayet bu düzeltme bir sözleşmeye dayalı olarak düzeltilecekse, düzelecek aynı hakka yönelik bir sözleşmenin tapu müdürlüğüne ibrazı veya tapu memurlarının düzenleyeceği sözleşmenin akde uygun düzenlenip tarafların imzalarının alınmasıyla düzeltilebilir.

B. TARAFLARIN MUVAFAKATİNE BİNAEN GERÇEKLEŞTİRİLEN DÜZELTME

Yolsuz tapu kayıt işlemleri her zaman, lehine yolsuz kayıt yapılan kişi ile yolsuz kaydın zarar gören tarafın yazılı rızası alınarak düzeltilebilir. Tapu memuru tashih işlemi ile bu düzeltmeyi yapacaktır. Şayet kaydın düzeltilmesi yeni bir tescil yapılmasını gerektiriyorsa, taraflar yapacağı anlaşmayı resmi senetle yapmaları icap eder.⁴¹

Şayet yolsuz tescil terkin işlemine binaen düzelecekse, bu durumda bir anlaşmanın yapılmasına gerek yoktur. Kaydın maliki tek taraflı olarak talep etmesi yeterlidir.⁴² Tesis edilen yolsuz kaydın lehtarı ile zarar göreninin yazılı muvafakat vermeleri halinde gerekli düzeltmeler yapılır.

C. TAPU MEMURUNUN RE'SEN DÜZELTMESİ

Tapu sicil tüzüğüne göre basit yazım yanlışlıklarının düzeltilmesi, tapu memurunun yanlışlığı fark etmesi halinde, yapılan yanlış tescilin üstü kırmızı kalemle okunaklı bir şekilde çizilir. İlk boş satıra doğrusu yazılır. Ancak bu durum mülkiyetin hukuki durumunu değiştirmeyecek işlemlerde geçerlidir.

Hak sahibinin ad-soyadı ve diğer yazım yanlışlıkları, taşınmaz ile ilgili ifraz işlemlerinde taşınmazın adresinin yanlış yazılmasından dolayı yapılacak düzeltmelerde ilgililerin muvafakatine gerek yoktur. Tapu memuru bu düzeltmeleri resen yapabilir.⁴³

Tapu memurunca belgesine aykırı tescil edilmiş adi yazım yanlışlıkları, Tapu müdürü tarafından yapılacak düzeltmenin nedenini düzeltmeler sicilinde açıklayarak re'sen düzeltme yapabilir. Bu yazım hataları hakkın varlığını etkilemez.⁴⁴ Yapılacak tescil işlem esnasında fark edilmesi halinde bu düzeltme şekline başvurulur.

Ç. TAPU SİCİLİNİ DÜZELTİCİ TERKİN

Terkin; bir tescilin hiçbir hükmü kalmadığından ya da ilgililerin talebi ile üstü kırmızı kalemle çizilerek hükümsüz hale getirilmesidir. Bu işlemler daha önce tesis edilmiş bir hakkın sona erdirmek için ya da gerçeğe aykırı yapılan bir işlemin iptal edilerek gerçek haline dönüştürülmesidir.⁴⁵

Tapu siciline kaydedilmiş bir kaydın gerçeğe aykırı düzenlenmesi halinde ya da hukuken hiçbir değeri kalmamış sadece şekli olarak tescilli bir kaydın ilgilinin talebi ile terkin edilir. Ancak hukuki değerinin kalmadığı anlaşılan veya tespit edilebilen bir kaydı tapu memuru kendiliğinden düzeltebilecek yetkiye sahip olması gerekmektedir. Sicili düzelten siciller, tescil şekli

⁴¹ Ertaş, s.185

⁴² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 264

⁴³ Ferit Saymen ve Hakkı Elbir, *Türk Eşya Hukuku*, İstanbul, 1954, s. 202.

⁴⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 265.

⁴⁵ Dörtgöz a.g.e s.57

değer taşıyorsa ve tescilin hiçbir değeri kalmamışsa bu durumlarda terkin sicili düzeltici terkindir.⁴⁶ Tapu siciline yolsuz kaydedilen bir kaydı terkin ederek, sicili düzeltmek mümkündür.⁴⁷

Bu durumda üçüncü kişilerin bu yolsuz tescile dayanarak iyi niyetli karineye dayanarak hak kazanmanın önüne geçilebilecektir. Medeni Kanun'un kabulünden sonra bazı tescillerin değerinin kalmaması durumunda tapu memuru re 'sen bazı durumlarda da ilgililerin rıza göstermeleriyle düzeltebilir⁴⁸

Tescilin hiçbir hukuki değerinin kalmaması olayına en somut örnek, lehine intifa hakkı tesis edilenin ölümü ile intifanın sona ermesi, süreli kurulmuşsa sürenin dolması, tüzel kişilik lehine kurulmuşsa yüzyıllık sürenin dolması, taşınmazın yok olması intifa hakkının değerinin kalmaması anlamına gelir.⁴⁹ Bazen bir hakkın sicilden terkin edilmesiyle tapu sicili düzeltilebilir. Bazı işlemlerde resen bazı işlemlerde de ilgililerin rıza göstermesiyle yolsuz tescil, terkin edilerek düzeltilir.

1. Hukuki Değerini Yitiren Bir Tapu Sicili Kaydının TMK m. 1026 Uyarınca Düzeltilmesi

Aynı bir hak sicil dışı bir nedenle kazanılmış ise; yeni hak sahibi bu iktisabı tek taraflı olarak tescil talebinde bulunarak kazanabilir. Tescilin şeklen bile bir hukuki değeri kalmamışsa, TMK m. 1026'ya göre terkin işlemi yapılarak sicil düzeltilmiş olur.⁵⁰

Bu duruma örnek verecek olursak; lehine sükna hakkı tesis edilen kişinin ölümü halinde taşınmazın sahibi tek taraflı olarak tapu memuruna başvurarak, TMK.m.1026'ya göre tescilin hukuki değerinin kalmadığı gerekçesiyle terkinini isteyerek sicili düzeltebilir. Bir başka ifadeyle bir intifa hakkı sahibi ölmüş veya tüzel kişiliğin yüzyıllığına kurduğu intifa süresinin bitmesiyle, hukuki değerini kaybetmiş bir sicil, TMK. m. 1026'ya göre taşınmaz maliki tek taraflı olarak terkinini isteyebilir.⁵¹

Bu tür işlemlerle ilgili en önemli olanlardan bir tanesi de kişiler lehine tesis edilen intifa ve sükna hakkı ile ilgilidir. Kişilerden söz ederken, gerçek kişiler ile tüzel kişiler söz konusudur. Gerçek kişi lehine süresiz tesis edilen bu haklar en çok yüz yıllık sürenin geçmesi ile veya lehine tesis edilenin yüz yıllık süre dolmasa bile ölümü halinde sona erer. Zira bu hak mirasçılara geçmez, başkasına karşı ileri sürülmez. Tüzel kişilerde ölüm söz konusu olmadığı için sözleşmenin bitimi veya en çok yüz yıllık sürenin dolmasıyla sona erer.

2. Yazım Hatalarının TMK m. 1027 Uyarınca Dava Yoluyla Düzeltilmesi

Tapu sicilde mevcut bir yolsuz tescili düzeltmenin bir başka yolu da düzeltmenin mahkemede açılacak dava ile düzeltilmesidir. Yargılama sonunda kesinleşmiş mahkeme kararının tapu müdürlüğüne ibraz edilmesi halinde, Tapu müdürlüğünce hükmen düzeltilmesi yapılır. Bu usule başvuru nedeni ise diğer yollarla düzeltmenin mümkün olmamasıdır. Bazı

⁴⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 210.

⁴⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 210.

⁴⁸ Ertaş, s. 169.

⁴⁹ Sirmen, s. 233.

⁵⁰ Sirmen, s. 232.

⁵¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, s. 210.

düzeltilmeleri resen yapma imkânı yoktur. Taşınmaz maliki, kesinleşen mahkeme kararını tapu müdürlüğüne sunduktan sonra işlem hazırlanır ve düzeltme yapılır.

Tapu sicilindeki yolsuz bir tescilin dava yoluyla düzeltilmesi, TMK.m.1025'te düzenlenmiştir. Kanun'un 1027'nci maddesinde ise tapu sicilinin dava yoluyla düzeltilmesinin ne şekilde yapılacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu bağlamda hakkı zedelenen kimse, tapu sicilindeki yolsuz tescilin düzeltilmesini dava edebilir. İyi niyetli kişilerin her türlü hakları saklıdır.⁵²

Açılan davalarda zaman zaman tapu kaydının düzeltilmesi davaları çeşitli adlarla açılmaktadır. Tapu kayıt iptali ve tescil davası şeklinde açıldığı görülmektedir. Ancak tapu kayıt iptali davası ile tapu kaydının düzeltilmesi davası, içerik itibarıyla birbirinden farklıdır. Bu nedenle düzeltme davalarının bir başka ad altında açılmaması gerekmektedir. Tapu kayıt iptali ve tescil davasının içeriğinde ihtiva ettiği anlam tamamen farklılık göstermekte, düzeltme davasının içeriğini karşılamamaktadır. Tapu kaydının düzeltilmesi davası, sicilde kayıtlı bir yanlışlığın düzeltilmesine yöneliktir. Tapu kayıt iptali ve tescil davası ise yolsuz tescil edilen bir kaydın iptali davasıdır. Tapu kaydının düzeltilmesi davasına farklı terimler eklemek tapu siciline müdahale etmek anlamına gelmektedir.

TMK. m. 1027'e göre; oluşturulan tapu kaydının konusunu oluşturan işlemlerdeki dayanak belgelere aykırı yazılmışsa bu durumda düzeltme davası açılır. Bu hususa basit yazım hataları dahil değildir.⁵³

Tapu siciline aykırı bir kaydın düzeltilmesi, aynı bir hakka yönelik bir dava olduğundan hak düşürücü süreye tabi olmadığı bu davanın her zaman açılabilmesi hususu belirtilmiş ise de bu kuralın kadastro kanununda bir istisnası bulunmaktadır. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinde kadastro tutanaklarında belirtilen tespit, haklar ve sınırlandırmalara ilişkin, kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçmekle kadastrodan önceki hukuki sebeplere ilişkin itirazda bulunulamaz ve dava açılmaz.⁵⁴

3. Kadastro Kanunu m. 41 Uyarınca Tapu Sicilinin Düzeltilmesi

Medeni Kanun'un uygulaması dışında bu konuya ilişkin, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesi ve buna dair uygulama Yönetmeliği gereğince; tersimat, ölçüm ve hesaplamalardan kaynaklı hataların düzeltilmesine yönelik uygulamalar bulunmaktadır. Kadastro Kanunu'nun 41. maddesine istinaden yapılacak düzenlemeler sınırsız değildir. Yapılacak düzeltmeler; ölçü, tersimat ve hesap hatalarına yönelik olması halinde düzeltmenin yapılacağı vurgulanmaktadır. Kadastro müdürlüğünce bu hatalar başvuru halinde resen düzeltilir. Bu düzeltmeler ilgililere tebliğ edilir. Taraflar otuz gün içerisinde herhangi bir itiraz öne sürmedikleri takdirde, başvuru kadastro müdürlüğünce kesinleştirilir. Bazen zemin ile paftanın uyumlu

⁵² Kalkan, s. 421.

⁵³ Kalkan, s. 426.

⁵⁴ Cem Akbıyık, "Özellikle Taşınmaz Mallara Yönelik Ketmi Verese Davası", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi*, 23/3 (2017), s. 485-506.

olmasına rağmen yüzölçümdeki farklılıklar yapılan hesabın yanlışlığından kaynaklandığı için biz buna hesap hatası diyoruz.

3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesine göre, kadastro müdürlüğünce yapılan düzeltmeler ilgililere tebliğ edilir. İlgililerin tebliğde belirtilen düzeltmeye bir itirazının olması halinde, taşınmazın bulunduğu yerin sulh hukuk mahkemesine dava açabilir. Ölçüm hatalarının olmasının en büyük nedenlerinden bir tanesi de ölçüm esnasında ölçüm değerlerinin paftaya yanlış yazılmasıdır. Tersimat hatası ise yine yapılan ölçüm değerlerinin paftaya yanlış çizilmesidir. Diğer taraftan sınırlandırma dediğimiz hatalar, anılan taşınmazın tapulama öncesi belgelere istinaden sınırı tespit edilirken, değişmeyen sınırı varsa bunlara aykırı sınırın tespit edilmesidir. Bu gibi hataların düzeltilmesi için kadastro müdürlüğü, kontrol mühendisi ve iki teknik elemanla zemine giderek bir kroki hazırlarlar. Kadastro ekibi incelemeyi yaptıktan sonra bir rapor hazırlayarak kroki ile müdürlüğe sunar. Kadastro müdürlüğü, taşınmaz malın bulunduğu terin tapu müdürlüğüne yazı yazarak ilgili taşınmaz veya taşınmazların beyanlar hanesine "Kadastro Kanunun 41.maddesi gereğince düzeltmeye tabidir" şerhinin işlenmesini talep eder.⁵⁵

Kadastro sırasında veya daha sonrasında, kesinleşmiş parsellerde ortaya çıkan yüzölçümü farklılıkları, kadastro kurullarının yetkisinde olan bir hata ise kadastro resen düzeltmeye yetkilidir şeklinde değiştirmiştir. Bu değişiklikte zemin ve paftanın birbirine uyumlu olması amaçlanmaktadır. Zira eğer yapılan işlemle mülkiyeti aktarıcı bir durum söz konusu olacaksa, tapu iptali ve tescil davasının açılması gerekir. Düzeltmeye konu tüm hatalarda, ilk yapılması gereken işlem kadastro tespit tutanaklarının incelenmesi gerekir. Kadastro tutanağının dayanak kayıtları varsa, dayanak kayıtlarının ekindeki belgeler incelenmeli, ekinde kroki varsa ondan yararlanmalıdır. Kadastro tutanağı senetsizden geliyorsa, tespit ile ilgili sınırlandırma krokilerinin incelenmesi gerekir.

4. 6831 Sayılı Orman Kanunu'na Göre Teknik Hataların Düzeltilmesi

Orman Kanunu'nun 5. Maddesine göre; devlet ormanı ve içinde, bitişiğinde otlak, mera, yaylak ve her türlü arazinin sınırlarının tespit edilmesi tahdit komisyonlarınca yapılacağı hükme bağlanmıştır. 6831 sayılı yasada yapılan değişiklikle ilk defa orman kadastro komisyonlarınca yapılacağı hükme bağlanmıştır. Zira Orman Müdürlüğü, tüm ormanların ilk kadastrounu, unutulmuş ormanların kadastrounu ve kadastro keskinleşmiş yerlerdeki teknik hataların düzeltilmesi hususunda görevlidirler.⁵⁶

Orman kadastro komisyonları, orman kadastro sınırlandırılması yapılmış yerlerde, kesinleşmiş olsa bile vasıf ve mülkiyet değişiklikleri hariç, aplikasyon, tersimat ve hesaplamalardan kaynaklı hataları düzeltmekle görevlidir. Bu tür teknik hatalar tespit edildiğinde, öncelikle yapılan hatalar düzeltilir, ilana çıkarılır ve çalışmayı kesinleştirir. Orman haritalarında, sınırların tahdit tutanağı, pafta ve zemin arasında bir uyumsuzluk varsa, gerekli düzeltmeler yapılır. Düzeltme çalışmalarında kadastro ekibinin bulunmasına ihtiyaç duyulursa, ekip görevlendirilir. Ancak konu orman haritalarında mevcut bir yanlışlık olduğu için, orman müdürlüğünden

⁵⁵ <https://www.gayrimenkulmevzuati.com>

⁵⁶ Yılmaz Güneş, *Orman Kadastrounda Vasıf ve Mülkiyet Tayini ve Uygulamadan Kaynaklanan Hatalar*, II. Ormancılıkta Sosyo Ekonomik Sorunlar Kongresi, Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, 2009, s. 249-250.

orman yüksek mühendisi istenir. Orman haritalarındaki yanlışlık düzeltilir. Orman kadastro müdürlüğünce yapılan düzeltmeler kesinleştikten sonra kadastro müdürlüğüne gönderilir kadastro müdürlüğü etkilenen parselleri kadastro kanunun 41. maddesi kapsamında düzeltilir.⁵⁷

Orman haritalarında, orman ve hazine adına orman sınırlarının dışına çıkarılmış yerlerin sınırlarında mevcut düzeltme gerektiren orman tahdit tutanağına bağlanmış olsa bile, uygulama ekibince gerekli düzeltme yapılarak, rapor düzenlenir. İmza altına alınır.⁵⁸

Orman kadastrasına yönelik düzeltmeler, sınırlandırma ve tersimat hatasına yönelik ise; orman müdürlüğü komisyonları tarafından yapılan düzeltmeler, kadastro müdürlüğüne bildirilir. Kadastro müdürlüğünce düzeltmeler paftaya uygun hale getirilerek pafta ve zemin mutabakatı sağlanır. Aksi halde, herhangi bir itiraz ileri sürülmesi halinde düzeltmenin yapılması için yargının vereceği karar neticesi beklenir.⁵⁹

5. TMK m. 1025 Kapsamında Tapu Sicilinin Düzeltilmesi ve Hukuki Niteliği

Tapu siciline kayıtlı bir taşınmazın sicile kaydı yapılırken yanlış girilmiş veya eksik girilmiş ise hak sahibi olan kişi veya mirasçılar düzeltme talebinde bulunabilir. Ancak basit yazım hataları dışında bir hata ise “tapu kaydının düzeltilmesi davası” açılabilir. Bu davalar genellikle tapu tashih ve tapuda isim düzeltme davası olarak adlandırılırlar. Tapu kaydının düzeltilmesi davasında hasım olarak tapu müdürlüğü gösterilir ve sulh hukuk mahkemesine dava açılır. Tapu sicilinin düzeltilmesi davaları, aynı hakka yönelik bir dava türü olmayıp aynı hakkın kaydındaki yanlışlığın düzeltilmesidir.⁶⁰

Yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarında, ileri sürülen hakkın aynı hakka dayanması nedeniyle zaman aşımı ve hak düşürücü süreye tabi değildir.⁶¹ Yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarında bir hakkın devri mümkün değildir. TMK. m.1025 göre açılan tapu tescilin düzeltilmesi davaların da Hâkim vereceği ara kararla, geçici tescil şerhi hususunda tapu müdürlüğüne müzekkere yazarak, ilgilisi olan şahısların, tapu sicilinin alenilik ilkesi gereği konudan haberdar edilmeleri sağlanacaktır.⁶²

Tescile esas işlemi yapan kişinin tasarruf yetkisi yoksa, lehine aynı hak tesis edilen kişi talepte bulunması halinde işlemin düzeltilmesini talep edebilir. Tapu siciline yapılan tescil geçerli kabul edilmekle beraber, geçersiz bir hukuki ilişkiye dayanarak kurulmuşsa, tescilden yararlanan kişinin iyi veya kötü niyetine bakılmaksızın kaydın düzeltilmesi davası açılabilir.⁶³

Yolsuz tescilin düzeltilmesine yönelik açılan dava sadece tescilin yolsuz olması halinde değil, terkin, tadil, şerh ve beyanların yolsuz olması halinde de açılabilir. Çünkü madde hükmünde aynı hakkı zedelenen kimseden bahsedilmesinden dolayı tapu kütüğünde aynı hakka dayalı kaydı yapılan tüm işlemleri kapsamaktadır. Geniş anlamda düzeltme, tapu kütüğü ve

⁵⁷ Hüseyin Koçak, *Orman Haritalarındaki Teknik Hataların Düzeltilmesi*, [gttp://tapu-kadastro.net](http://tapu-kadastro.net)

⁵⁸ Hüseyin Kocak, *Kadaastro Paftalarının Yenilenmesi*, 2. Baskı, Ankara:Bil Ofset, 2013, s. 124.

⁵⁹ Kardeş ve Adlı s.504

⁶⁰ [Kadimhukuk.com.tr/ makale/tapu-kaydinin-duzeltilmesi-davasi](http://Kadimhukuk.com.tr/makale/tapu-kaydinin-duzeltilmesi-davasi)

⁶¹ Sirmen s. 233

⁶² E. Saba Özmen, Gülşah Sinem Aydın, “Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 88/6 (2014), s. 212-213.

⁶³ Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Ankara:Yetkin, 2015, s. 146.

kat mülkiyeti kütüğünde yapılan yolsuz tescil, terkin, tadil, şerh ve beyanlar değil; aynı zamanda yevmiye defteri, harita, plan ve evrakı müspete üzerinde yapılan yolsuz tescilleri de kapsamaktadır. Düzeltme davası ile davacı lehine bir ayni hak tesis edilemez. Tapu kütüğünde yolsuz tescil edilen ayni hakkın durumunun düzeltilmesiyle aykırılık giderilmiş olur.⁶⁴

Tapu kütüğündeki yanlış kayıtların düzeltilmesi davası mülkiyet hakkına yönelik olduğu için istihkak davası niteliğindedir. Herhangi bir zaman aşımına tabi değildir. Zira tapu sicilindeki haklar mahkeme kararına istinaden geçerliliğini kaybetmemektedir. Ancak mevcut geçersiz durum tespit edilmektedir.

III. TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

A. TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASININ ŞARTLARI

Tapu sicil kaydının düzeltilmesine ilişkin, tapu memurunun resen ve ilgili tarafların muvafakatı dışındaki bütün düzeltmeler için TMK.m.1027 hükümleri gereğince yargı kararına gereksinim duyulmaktadır. Tapu memurunun yaptığı işlemdeki hatadan kaynaklı olmayan, tescil hataları, işlemin dayanağı olan belgelerin hukuki sebepten yoksun belgelerden kaynaklı olması halinde, hakkı zedelenen kişi TMK.m.1025'e göre tapu sicilini düzeltme isteminde bulunabilir. Tescilin sebebe dayanmaması, ehliyetsizlik, şekil şartlarına aykırı, muvazaa, sahte vekâletnameye dayanan işlemlerden kaynaklanan terkin ve tesciller bu davanın açılmasına yönelik şartlar olarak görülür. TMK m.1025 hükümlerine göre, tescil edilen bir ayni hakkın esasına etki eden bir durumun gerçek duruma aykırı bir yolsuz terkin veya tescil işlemlerine yönelik işlemlere karşı açılan davalara vurgu yapmakta ise de TMK.m.1027'de ise yapılan tescil ve terkin işlemlerinin eksikliği bulunmamasına rağmen dayanak kayıtlarını oluşturan belgeler ile tescil arasında bir uyumsuzluk olması durumunda bu davaların açılabileceğini vurgu yapmaktadır.⁶⁵

Tapu sicili ile ilgili düzeltme davaları sadece yolsuz tescil değildir. Bu davaların konusunu, dayanağı aykırı veya eksik hususlarla yapılan, sicilin tescil veya terkine yönelik işlemler ile planlar, şerhler ve beyanlar içinde geçerli olması gerekir. Zira sicilde kayıtlı bir işlemin sicili oluşturan dayanak belgenin birbiriyle uyumlu olmaması durumunda da bu dava açılabilir.

B. TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASININ TARAFLARI

Tapu sicilinin düzeltilmesi davasında “davacı” tapu siciline kayıtlı hakkının maddi ve şekli durumu uyumsuz olan kimsedir. Başka bir ifadeyle, yolsuz tescil nedeniyle zarara uğrama tehlikesine maruz kalabilecek şahıslardır. Herhangi bir ayni hakkı tapu siciline kaydedilmemiş veya yapılan tescilin yanlış yapılmış olması halinde bu şahıslarda tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabilirler.⁶⁶ Tapu sicili dışında bir ayni hak kazanmış kişilerde tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilirler. Tapuda malik olarak kayıtlı olan kişilerin haklarının yolsuz tescile konu

⁶⁴ Ünal ve Başpınar, 2007, s. 306-307.

⁶⁵ Yusuf Can Delipınar, *Geçici Tescil Şerhi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2022, s. 60-61.

⁶⁶ Sirmen, s. 232

olmaları halinde bu kişilerde düzeltme davası açabilir. Tapu sicil kaydında müşterek mülkiyete konu bir taşınmazın her paydaşı kendi payı için ayrı ayrı dava açabilirler. Ancak dava bölünemez olduğu hesabı ile dava açan paydaş diğer paydaşların hakkına yönelik tescil yolsuzluğunu davaya konu etmesi gerekir. Kat mülkiyeti olan bir taşınmazın kaydının düzeltilmesi davasını, kat maliklerinin yetki vermesi halinde yönetici tarafından da açılabilir.⁶⁷

Davalılar ise davanın, gerçek hak sahipleri olmadıkları halde, yolsuz tescil dolayısıyla bir hakkın sahibi olmuş kişilere veya bu kişi ölmüş ise mirasçılarının açılması gerekir.⁶⁸ Tapu sicil düzeltme davasının, sadece malikle sınırlı olmaması gerekir. Aynı zamanda yolsuz irtifak hakkı sahibine ve elbirliği halinde mülkiyete konu taşınmazlarda bölünme söz konusu olmadığı, her bir paydaşın payının tümüne yaygın olduğundan tüm paydaşlara, paylı mülkiyette paydaşlardan birinin payının yolsuz şekilde kütükten silinmişse yine tüm paylı maliklere, bir şerhin süresinin bitiminden sonra şerhin lehtarına dava açılması gerekir. Bu gibi işlemlere örnekler vererek çoğaltabiliriz.⁶⁹

C. TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASINDA İTİRAZ VE DEF'İLER

Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasında, düzeltmeye karşı yapılan itiraz ve defiler, davanın reddini gerektirebilir.⁷⁰ İtiraz, hakkın doğumuna engel durum teşkil eden, hakkın sonlandırılan emarelerin ileri sürülmesidir. Yapılan bir işlemde, Taraflardan birinin temyiz kudretinden yoksunluğunun ya da zamanaşımına tâbi bir şerhin terkinine yönelik olarak ileri sürülen itirazlardır.⁷¹

Dava dosyasının içeriğinde yapılan itirazın anlaşılabilmesi halinde itirazlar, cevap dilekçesiyle veya davacının itirazını ileri sürmediği halde sonraki aşamalarda ve ileri sürülen itirazların mahkemece resen incelenebileceğini belirtmektedir.⁷²

Defi, borçlunun borçlandığı edimin ifasından vazgeçmesi, reddetmesi anlamına gelmektedir. Defi borçluya, yapacağı edimden kaçınma hakkıdır. Defilerin özellikleri, alacak hakkı ve talebe bağlı yetkidir. Hâk olma, sınırlı sayıda olmamaları, maddi hukukla ilgili savunmaya yönelik olması, zaman aşımına tabi olmama diğer özellikleridir. Def'i hakkı yargılamada ileri sürülmesi halinde hâkim tarafından dikkate alınır.⁷³

Ç. TAPU SİCİLİNDE DÜZELTMENİN YAPILIŞ ŞEKLİ

Düzeltilme, tapu kütüğüne kaydın yanlış yazılması halinde, belgelerine uygun olarak düzeltilmesidir. Basit yazım hatalarının, ilgililerin talebi ile tapu müdürlüğünce TKGM.1458 sayılı genelgesi gereğince düzeltme yapılır.⁷⁴

⁶⁷ Seçer, s. 86-87.

⁶⁸ Ertaş, S.187

⁶⁹ Seçer, s. 88-89.

⁷⁰ İrfan Dönmez, *Tatbikatta Tapu İptali Davaları ve Mevzuat ve İlgili Yargıtay İçtihatları*, Ankara, 1964, s. 1.

⁷¹ Seçer, s. 95.

⁷² Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Kanunu C. 1 Genel Hükümler*, 6. Baskı, İstanbul, 1976, s. 52-53.

⁷³ Neslihan Çukardar, *Borç İlişkisinde Def'i ve İtirazlar*, 7. Baskı, Ankara:Yetkin, 2014.

⁷⁴ Tkgm.gov.tr. erişim: 11.10.2024

Basit yazım hataları dışında kalan, yolsuz tescillerin düzeltilmesi, maliklerin muvafakatı ile, yargı yoluna gidilmişse kesinleşmiş mahkeme kararının, düzeltme kadastro kanununun 41. Maddesi gereğince kadastro müdürlüğünce düzenlenecek düzeltme folyesi veya dosyası, yapılacak düzeltme orman müdürlüğü taşınmazlarına aitse, 6831 sayılı kanun uyarınca kadastro ve orman bilir kişilerinin işlem dosyası tapu müdürlüğüne ibraz edilerek işlemlere başlanır.

Bu işlemlerde istenen belgeler ise; başvuru yapılan parselin varsa tapu kaydı, nüfus cüzdanı veya pasaport, temsilci varsa temsil belgesi ve nüfus cüzdanı veya pasaportu, kadastro tespitinde senetsize dayanan tapu kayıtlarında muhtarlık ilmühaberi, zeminde inceleme yapılması gerekiyorsa zemin inceleme tutanağı, tanık beyanları, kadastroca yapılmış teknik hata düzeltilmesi ise dosya ve üst yazı, işlem mahkeme kararına dayanıyorsa kesinleşmiş mahkeme kararı istenir.

Bu aşamadan sonra, gerekiyorsa akitsiz işlem tesis edilir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 41. maddesine göre ise yazılan üst yazı ve düzeltme formu yevmiye defterine kaydedilerek, 6831 sayılı orman kadastrosu düzeltmelerinde de kadastro müdürlüğünün yazısı ve ekindeki düzeltme formu yevmiye defterine kaydedilir. Yevmiye defterine kaydedilen işlemler, malikin kimlik bilgilerine yönelikse, tapu kütüğünün malik hanesinin üstü, eski isim okunaklı olacak şekilde kırmızı kalemle çizilerek üzerine tarih ve yevmiyesi yazılır, alt satıra mürekkepli siyah veya mavi kalemle doğrusu yazılır.⁷⁵

İşlem yüzölçümü' ne yönelik bir işlemse, taşınmazın yüzölçümü hanesi aynı şekilde çizilir, niteliğine yönelikse yine aynı şekilde üstü kırmızı kalemle çizilerek aşağıda ilk boş satıra doğrusu yazılır.

Yapılan düzeltmelerde, silinti, kazıntı ve kayda ek yapılamaz. Düzeltmelerin dayanaklarını oluşturan belgeler ilgili dosyasında saklanır.

Ancak, yapılan tescil esnasında bir harfin veya kelimenin yanlış yazıldığı farkına varılması halinde, bu işlemde yevmiye numarası alınmasına gerek yoktur, yanlışlık tashihler siciline numarası yazılmak suretiyle açıklaması yazılır ilgili memur ve müdür tashihler sicilinde yapılan yanlışlığın nedeni yazılarak ve imza altına alınarak, yanlış kaydın üzeri kırmızı mürekkepli kalemle çizilmek suretiyle alt satıra doğrusu yazılır.⁷⁶

SONUÇ

Tapu kaydındaki düzeltmeler, ayrı ayrı ele alınarak yöntemleriyle birlikte açıklanmıştır. Bu düzeltmeler, sicildeki kaydın gerçeğe aykırı olarak tutulmasından kaynaklanmaktadır. Tapu sicil kaydının basit yazım hatalarından kaynaklanması halinde Tapu müdürlüğünce, res'en diğer tescil yanlışlıklarına dayanıyorsa, ilgililerin muvafakatı ile, mahkeme kararı gerektiren düzeltmelerde mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra düzeltilmesi hususlarına değinilmiştir. Sicildeki kayıtların sadece, aynı hakka dayanan kayıtların yolsuz olması anlamına

⁷⁵Tkgm.gov.tr. erişim: 11.10.2024

⁷⁶Tkgm.gov.tr. erişim: 11.10.2024

gelmemelidir. Aynı zamanda, yolsuz şerh, beyan, tadil, tescil ve diğerk yolsuz kayıtlara değinilmiştir.

Yolsuz tescil, gerçek durumunu yansıtmayan bir tescil anlamındadır. Burada yolsuz tescil, yolsuz şerh, yolsuz beyan, yolsuz yazım yolsuz tescilin konularını kapsamaktadır. Zira yolsuz tescil, düzeltmeyle yanlış durumdan gerçek durumuna getirilir. Tapu sicili kayıtlarının düzeltilmesi hususunda, çeşitli mevzuatları kapsayan geniş bir hukuk yelpazesi mevcut olup, bu mevzuat doğabilecek hukuki hataların en aza indirgemesini amaçlamaktadır.

Tapu mevzuatındaki düzeltmeler ile ilgili tüm konuları kapsamadığı hususlarında oluşan terereddütler mevcut ise de aslında yapılan tüm işlemleri kapsayan, yolsuz tescil kavramı tüm konuları kapsayacak hukuki yelpazeye sahiptir. Zira yolsuz tescilin tanımı, mevcut durumun yanlışlığının doğru olan duruma getirilmesi ile olur. Tapu sicili işlemlerindeki düzeltmelerin tapu müdürlüklerindeki işlemlerle sıkı bir ilişkisi vardır. Tapu müdürlüklerinde düzeltmeye yönelik tüm işlemlerin mutlaka yanlış olan bir tarafının bulanmasından kaynaklanmaktadır. Düzeltmeyle, yanlış bir kaydın doğru haline getirilmesi amaçlanmaktadır. TMK. m.1027'e göre resen düzeltmeyi, basit yazım hatalarıyla açıklaması yetersiz kalmaktadır. Taksitlendirilmiş süreye bağlı, şerh ve beyanlarında bu kapsama alınması gerekmektedir. Zira bu tür şerhler hukuki değeri kaybetmiştir.

Sözleşmeye dayanan düzeltme usulü, taraflarca hazırlanan sözleşme usullerine göre yapılan işlemleri kapsamaktadır. Zira yapılan düzeltmeler ilgililerin irade beyanlarına dayanan düzeltmelerdir.

TMK.m.1025'e göre yapılan düzeltme, kesinleşen mahkeme kararının uygulanması sonucu yolsuz kaydın düzeltilmesidir. Tapu sicilinin düzeltilmesi hususunda genel hüküm ve düzenlemelere sahiptir. literatürde bazın düzeltme şekilleri eleştirilere konu olsa da yolsuz tescil aynı zamanda yolsuz terkin ve beyanları da kapsamaktadır. Yolsuz tescil davasını açabilecek kişiler, hakkı zedelenen aynı hak sahipleri ve sınırlı aynı hakka sahip kişiler olmasının yanında, düzeltmelerin kapsamını yolsuz terkin, yolsuz şerh ve beyanları da içerir. Tapu sicili davalarında iddiasını ispatlaması gereken davacı taraftır. Kendisine dava açılan kişiler, iddiaları çürüterek itiraz ve def'i ile davayı reddettirebilir.

Tapu sicili kaydının düzeltilmesi hususunda mevcut düzenlemelerin geliştirilmesi gerekir. Kurumlara daha geniş sorumluluk ve yetkiler verilerek, bazı hakların zedelenmesinin önüne geçilebilir. Sonuç olarak, Tapu müdürlüklerinin mahkeme kararlarına, resen düzeltmelere, sözleşme gereği yapmış olduğu tescil usullerine değinilerek konu tamamlanmıştır.

KAYNAKÇA

- Akbiyık Cem, “Özellikle Taşınmaz Mallara Yönelik Ketmi Verese Davası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi, 23/3 (2017).
- Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul:Beta, 2009.
- Antalya O. Gökhan ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2016
- Ayan Mehmet, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara:Seçkin.
- Çukardar Neslihan, Borç İlişkisinde Def'i ve İtirazlar, 7. Baskı, Ankara:Yetkin, 2014.
- Delipınar Yusuf Can, Geçici Tescil Şerhi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi,
- Dönmez İrfan, Tatbikatta Tapu İptali Davaları ve Mevzuat ve İlgili Yargıtay İçtihatları, Ankara, 1964.
- Dörtgöz Gürsel Ocal, Tapu İşlemleri, Ankara:Bil Ofset Yayınları, 2014.
- Ertuş Şeref, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir:Meta Basım, 2016.
- Ertuş Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2008.
- Esener Turhan ve Kudret Güven, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara:Yetkin, 2015.
- Güneş Yılmaz, Orman Kadastrounda Vasıf ve Mülkiyet Tayini ve Uygulamadan Kaynaklanan Hatalar, II.Orman-cılıkta Sosyo Ekonomik Sorunlar Kongresi, Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi, 2009.
- Hatemi Hüseyin ve Aydın Aybay, Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul:Vedat, 2014.
- <https://www.gayrimenkulmevzuati.com>
- İmamoğlu M. Altuğ, Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu, Ankara:Sonsöz, 2010
- Kalkan Arif, Tapu Sicilinde Yolsuz Yazım ve Düzeltme, İstanbul:Filiz, 2024.
- Kardeş Selahaddin ve Zeki Adlı, Mevzuatımızda Tapu Kadastro, Ankara:Semih Ofset, 2011.
- Kocak Hüseyin, Kadastro Paftalarının Yenilenmesi, 2. Baskı, Ankara:Bil Ofset, 2013.
- Koçak Hüseyin, Orman Haritalarındaki Teknik Hataların Düzeltilmesi, <http://tapu-kadastro.net>
- Kurt Ekrem, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, İstanbul, 2004.
- Nomer Haluk ve Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, 4. Baskı, İstanbul:Oniki Levha, 2017.
- Oğuzman Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul:Filiz, 2016.
- Saba E. Özmen, Gülşah Sinem Aydın, Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası, İstanbul Barosu Dergisi, 88/6 (2014).
- Saymen Ferit ve Hakkı Elbir, Türk Eşya Hukuku, İstanbul, 1954.
- Seçer Yaren, Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul:Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara:Yetkin, 2016.
- Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 20.05.2014 tarih ve 1458 sayılı genelgesi.tkgm.gov.tr erişim.23.12.2024
Tkgm.gov.tr. erişim: 11.10.2024
- Tkgm.gov.tr.Resmi gazete gov.tr.17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı resmi gazete.Erişim 10.10.2024
- Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Kanunu C. 1 Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul:İstanbul, 1976.
- Ünal Mehmet ve Veysel Bağpınar, Şekli Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara:Yetkin, 2007.
- Yılmaz Zekeriya, Tapu İptali ve Tescil Düzeltme Davaları, Ankara, 2006.

EXTENDED SUMMARY

CORRECTION OF ERRORS IN LAND REGISTRY RECORDS

Haluk Saruhan, Assist. Prof.

Girne American University, haluk_47407@hotmail.com

○ <https://orcid.org/0000-0003-2955-531X>

Rectification in the land registry refers to correcting an incorrect registration to reflect the true situation. It involves rectifying an erroneous record to align with the facts. These corrections can pertain to simple typographical errors or to the rectification of registrations and cancellations that have become outdated or lost their legal validity, resulting in unlawful registrations. Particularly in the latter case, the status of real rights becomes controversial.

As stipulated in Article 1023 of the Turkish Civil Code, third parties who acquire ownership or another real right in reliance on the registration in the land registry in good faith are protected in their acquisitions. Therefore, maintaining the land registry in accordance with reality is crucial for ensuring public order. Despite this, Articles 1025, 1026, and 1027 of the Turkish Civil Code, which address corrections in the land registry, fall short of adequately regulating the matter.

Specifically, Article 1027 grants land registry officials the authority to rectify errors in registry records *ex officio* but restricts this to simple typographical errors, leaving the identification of such errors to the executive branch. While a Land Registry Regulation was issued by the Council of Ministers following the 2017 constitutional amendments, this regulation does not clarify what constitutes such errors. Consequently, issues concerning real rights have been left to the discretion of the administration and, in particular, the registry officials. In practice, registry officials often refrain from taking corrective action due to concerns about adversely affecting real rights and the potential legal consequences, leading to inconsistencies in practice.

This situation results in violations of property rights guaranteed by the Constitution and the European Convention on Human Rights. The inadequacies in the Turkish Civil Code raise significant problems regarding how to address these issues and establish uniformity in practice. This study examines the circumstances under which corrections in the land registry can be made *ex officio* by registry officials without resorting to litigation and how the concept of simple typographical errors can be concretized.

Such a study aims both to address practical deficiencies in implementation and to prevent actions stemming from the errors of officials that could result in state liability, and reduce the unnecessary referral of simple typographical errors to judicial bodies, thereby contributing to procedural efficiency. Furthermore, addressing these deficiencies could prevent property rights violation claims from being brought before the Constitutional Court.

Employing a qualitative methodology, the study draws upon literature review and case law while adopting a comparative approach by examining how the Swiss Civil Code addresses this issue. The Swiss Civil Code provides guidance through its amendments to property law, granting registry officials the authority to make *ex officio* corrections to the land registry in certain cases, including the deletion of legally obsolete records. These changes have facilitated the deletion of some invalid records.

In contrast, Turkish registry officials hesitate to undertake *ex officio* corrections, even in cases of clear legal authority, due to ambiguities in legislative provisions. While the authority to correct simple typographical errors is granted by law, it is not effectively exercised in practice. Additionally, registry officials have limited authority to collect data from relevant public authorities, which further impedes action.

The study concludes that the inadequacies in the Turkish Civil Code and secondary regulations have led to violations of property rights and state liability issues. It recommends expanding the statutory authority of registry officials to enable them to correct records more effectively, thereby facilitating access to material truth. By identifying existing problems and proposing solutions, the study aims to provide guidance for potential legislative amendments.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TEMEL BİR İNSANÎ İYİ OLARAK “OYUN”: OYNAMAK ADİL HUKUKA REHBER OLABİLİR Mİ?

“PLAY” AS A BASIC HUMAN GOOD: CAN PLAY BE A GUIDE TO JUST LAW?

Pirali Çağrı Şensoy*

ÖZ

Adalet iyilerin nasıl dağıtılacağı sorunudur. Bu sorun iki alt soruya ayrılabilir: “Dağıtımın biçimi” ve “iyilerin içeriği”. Rawls’un “adalet ilkeleri” adil bir dağıtım biçimi için yararlı bir yol gösterici olsa da iyilerin içeriğine yönelik düşünceleri eleştiriye açıktır. Bir Rawls eleştirmeni olan Finnis iyiler tartışmasını felsefi bağlama taşımıştır. Finnis’e göre yedi temel insanî iyi vardır, bunlardan birisi de oyundur. Oyun her insan tarafından tecrübe edilebilir. İlk bakışta gayriciddi ve çocuksu bulunsa da oyun felsefe literatüründe derin bir arka plana sahiptir. Huizinga insanı Homo Ludens olarak tanımlamış, ilk insanlardan beri kültürü ve medeniyeti oluşturan temel insanî faaliyetin oyun olduğunu iddia etmiştir. Pek çok filozof oyun temasını ele almış, bazıları dünyayı bir oyun olarak açıklamıştır. Oyunun dünya sembolü olarak ele alınışı Fink’ta zirveye ulaşmıştır. Finnis’te oyun kavramı tüm bu kapsamlı literatüre yaslanmaktadır. Finnis’e göre hukuk ortak iynin nasıl gerçekleştirileceği sorusuna cevap veren otoritedir. Ortak iynin gerçekleştirilmesinin nedeni, dünyanın Tanrı ile dostça oynanan bir oyun olmasında yatmaktadır. Tanrı’nın değer verdiği ortak iyiye değer vererek bizler de oyunda başarılı olabiliriz. İnsan oynayarak ve başkalarını da oyuna dahil ederek ortak iyiyi gerçekleştirir. Bu teorik tartışmalar satranç oyununda somutlaştırılabilir. Satranç bir oyun ve bir dünya sembolüdür. Satrancın eşitlikçi ve kapsayıcı doğasından ilham alınarak dezavantajlı kişileri de dışarıda bırakmadan herkesin oyun oynayarak kendini gerçekleştirmesinin ve kendisini açmasının yolları aranabilir, böylece oynamak adil hukuka rehber olabilir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Felsefesi, Oyun, Adalet, John Finnis, Satranç.

* Arş. Gör. Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı öğrencisi.

0000-0003-3963-2972 piralicagri@gmail.com

Bu çalışmanın ortaya çıkış sürecinde değerleri fikirleriyle çalışmaya katkı sağlayan Sn. Mehmet Nebi BOSTANCI'ya ve Sn. Özgür ÖZTÜRK'e, çalışmayı birkaç defa baştan sona okuyarak yazım hatalarımı gidermeme yardımcı olan sevgili eşim Dr. Rubeyra ŞENGÜN ŞENSOY'a, metin içerisinde de gösterilen yerlerde çalışmaya katkı sağlayan Sn. Doç. Dr. Sercan GÜRLER'e, Berkant PARLAK'a ve Ömer Faruk KALAYCI'ya katkıları için teşekkürlerimi arz ederim.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Justice is the problem of how goods are to be distributed. This problem can be divided into two sub-questions: the “form of distribution” and the “content of the goods.” Although Rawls’s “principles of justice” serve as a helpful guide for a just form of distribution, his thoughts on the content of the goods are open to criticism. Finnis, a critic of Rawls, has brought the discussion of goods into the philosophical context. According to Finnis, there are seven basic human goods, one of which is play. Play is an experience every human has. Although it may initially seem unserious and childish, play has a profound background in philosophical literature. Huizinga defined man as *Homo Ludens* and claimed that the fundamental human activity that has created culture and civilization since the earliest humans is play. Many philosophers have dealt with the theme of play, and some have explained the world as a play. The conception of “play as a world symbol” reaches its peak in Fink. Finnis’s concept of play is based on all this extensive literature. According to Finnis, law is the authority that answers the question of how the common good is to be realized. The reason for realizing the common good lies in the fact that the world is a friendly play with God. By valuing the common good valued by God, we too can succeed in the play. Humans realize the common good by playing and including others in the play. These theoretical discussions can be concretized in the game of chess. Chess is both a game and a symbol of the world. Inspired by the egalitarian and inclusive nature of chess, ways can be sought for everyone, without excluding disadvantaged individuals, to realize and express themselves through play, thereby playing can be a guide to just law.

Keywords: Philosophy of Law, Play, Justice, John Finnis, Chess.

“Der Mensch spielt nur, wo er in voller Bedeutung des Worts Mensch ist, und er ist nur da ganz Mensch, wo er spielt.”¹ Friedrich Schiller

GİRİŞ

Hiçbirimiz bebekliğimizi hatırlayamıyoruz. Hafızamızı zorlarsak belki bebeklikten çıkıp çocukluğa girdiğimiz zamanlardan soluk birkaç anı çağırabiliriz. Buna rağmen şu anda hatırlayamadığımız zamanlarımızdan beri oyun mefhumunu biliyoruz ve tanıyoruz. Schiller’in söylediği gibi oyun oynayarak insanlaştığımızı söylesek yanlış olmaz. Bu yalnızca tekil yaşamlarımızda gözlemlenebilen bir fenomen değildir. En eski insanlardan bugüne kadar kültür ve medeniyetimizi oynayarak var ettik. Şahsî yaşamlarımızda dünyanın yükünü sırtlandıkça artık oyun oynamayı bıraktık, oyunu basit ve gayriciddi bulduk. Nihayet medeniyetimiz erginleştiğinde dünyanın büyüğü bozuldu ve ciddî dünyamızda oyun kayboldu.

Oyun gibi muzip bir kavramın ciddî metinlerde kendisine yer edinmesinin ironik olduğu doğrudur. Fakat Herakleitos’tan Platon’a, Nietzsche’den Heidegger’e pek çok ciddî filozof felsefesinde oyun kavramına yer ayırmıştır. Düşünce tarihi açısından yakın denilebilecek bir dönemde oyun kavramı doğrudan bir felsefî tema olarak gündeme gelmiştir. Johan Huizinga’nın *Homo Ludens*’i [1938] ve Eugen Fink’in *Bir Dünya Sembolü Olarak: Oyun* [*Spiel als Weltsymbol*, 1960] eseri bunlardan ilk akla gelecek olanlarıdır². Bu iki eserin yanında hukuk felsefesi literatüründe yakından tanıdığımız John Finnis de teorisinde oyun kavramına yer ayırmış düşünürlerden biridir.

Finnis oyun kavramını hukuk düşüncesinin gündemine taşıdığı için çalışmamız açısından önemli bir yere sahiptir. Bununla birlikte oyun kavramına hukuk felsefesinde yer veren tek isim Finnis değildir. Finnis’in Yeni Doğal Hukuk Teorisi’ni birlikte geliştirdiği ortakları Germain Gabriel Grisez (1929-2018) ve Joseph M. Boyle (1942-2016) ile Alfonso Gómez-Lobo (1940-2011), Mark Murphy (1968-), Jonathan George Crowe (1979-) ve pratikler fıkriyle birlikte bir yönüyle Alasdair Chalmers MacIntyre (1929-) temel iyiler kataloğu sayan, bu katalogda oyun kavramına yer veren kuramcılardır³. İsmi anılan kuramcılarının fikirleri ve oyun kavramına yönelik yaklaşımları ayrı bir çalışmanın konusu olacak kadar kapsamlıdır. Bunlar arasında en eski tarihli olanı⁴, en büyük ün sahibi olanı ve Türk literatüründe de en çok bilineni

¹ “İnsan ancak kelimenin tam anlamıyla insan olduğu yerde oynar ve ancak oynadığı zaman tam anlamıyla insan olur.”

² Johan Huizinga, *Homo Ludens: Oyunun Toplumsal İşlevi Üzerine Bir Deneme*, çev. Orhan Düz (İstanbul: Alfa, 2023); Eugen Fink, *Bir Dünya Sembolü Olarak: Oyun*, çev. Necati Aça, (Ankara: Dost Kitabevi, 2015).

³ John J. Murray, “The Role of Religion As a Basic Human Good in the Moral Theory of Germain Grisez” (Doctoral Thesis, Maynooth, Ireland, Pontifical University St. Patrick’s Collage, 2009), 13-14; Mark Murphy, “The Natural Law Tradition in Ethics”, içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, Summer 2019 (Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics/>. Doğrudan Finnis’e odaklanmayıp tüm bu literatürü tartışan bir çalışma için bkz. Anthony J. Celano, “Play and the Theory of Basic Human Goods”, *American Philosophical Quarterly* 28,2 (1991): 137-46.

⁴ Murphy, “The Natural Law Tradition in Ethics”.

Finnis'in teorisidir. Bu sebeple çalışmamız ismi sayılan kuramcılar arasında Finnis'e odaklanmaktadır.

Çağdaş hukuk felsefesindeki önemli düşünürlerden birisi olan Finnis geliştirdiği teorisinde aralarında “oyun” da yer alan yedi insanî temel iyiden bahsetmiştir. Finnis'in yedi temel iyisinden birisinin “oyun” olması özellikle oyun kavramının derinliğine aşina olmayan kişilerce garip karşılanmaktadır. Hâlbuki oyun kavramı gelişi güzel seçilmiş değildir ve geniş bir felsefi arka plana sahiptir.

Türk hukuk literatüründe pek çok akademik çalışmada Finnis anılmış ve kendisine atıf yapılmıştır⁵. Buna rağmen bu çalışmalar doğrudan Finnis'in oyun kavramı hakkında fikirlerine odaklanmadığı gibi pek çoğunda “oyun” kavramına yalnızca ismen değinilmiş ya da Finnis'in ifadeleri tekrar edilmekle yetinilmiştir. Yabancı dilde yapılan çalışmalarda Finnis ve oyun kavramları daha çok bir arada incelenmekteyse de yine de Finnis'te oyun kavramı üzerine monografik eser pek yazılmamıştır⁶. Bu yönüyle ve konunun felsefi arka planıyla karşılaştırılarak incelenmesi bakımından çalışmamız özgün bir değer taşımaktadır.

Her ne kadar oyun kavramını hukuk felsefesinin gündemine taşıyan düşünür Finnis olsa da elinizdeki çalışma Finnis'e ve onun hukuk yaklaşımına değil, daha ziyade doğrudan “oyun” kavramına odaklanmaktadır. Diğer bir söyleyişle çalışmamız Finnis'in teorisini tüm yönleriyle ele almak ve bu bütünlük içerisinde oyun kavramının yerini ortaya koymak gibi monografik bir inceleme maksadı taşımamaktadır. Çalışmamızın maksadı “oyun” kavramının kültürel, felsefi ve hukukî görünümünü kapsamlı bir biçimde analiz etmek, oyun kavramının adil bir toplum düzeni inşa ederken bize yol göstericiliğini tartışmaktır. Ayrıca teorik bir çerçevede ilerleyen çalışmamızı somutlaştırmak amacıyla, teoriye paralel pratik bir problem

⁵ Bunun ötesinde Sevtap Metin, Sururi Aktaş ve Nazlı Hilal Demir'in Finnis üzerine monografik makaleleri bulunmaktadır (Sevtap Metin, “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 62,1-2 (2004): 165-207; Sururi Aktaş, “Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* VIII,1-2 (2004): 3-22; Nazlı Hilal Demir, “Yedi Temel İyi ve Kötünün Birlikteliği: John Finnis”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10,2 (2020): 303-47.)

Neil McCormick'in Finnis'in temel eseri olan *Natural Law and Natural Rights* kitabını incelediği çalışması Şule Şahin Ceylan tarafından Türkçeye kazandırılmıştır (Neil McCormick, “Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret (Kitap Değerlendirmesi: John Finnis, Doğal Hukuk ve Doğal Haklar)”, çev. Şule Şahin Ceylan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64,3 (2015): 915-30.)

Bunların yanında 2024 yılı sonlarında Engin Arıkan'ın Finnis'in hukuk felsefesini incelediği bir monografik kitabı yayınlanmıştır Engin Arıkan, *Doğal Hukukta Geleneğe Dönüş* (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2024).

Ayrıca Finnis'in teorisiyle ilişkili olarak tespit edebildiğimiz kadarıyla üç adet tez yazılmıştır (Nursel Tüccar, “John Finnis'in Doğal Yasa Anlayışı” (Yayınlanmış Yüksek Lisans, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013); Ase Tokmak, “John Finnis'in Temel İyiler Kavramı” (Yayınlanmış Yüksek Lisans, Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011); Cennet Uslu, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar” (Yayınlanmış Doktora, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007). Ayrıca Uğur Dinç'in Michael Moore üzerine hazırladığı yüksek lisans tezinde de Finnis'in fikirlerine yer verilmiştir (Bkz. Uğur Dinç, “Michael S. Moore'un Metafizik Realizm Temelli Doğal Hukukçu Yorum Kuramı” (Yayınlanmış Yüksek Lisans, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013).).

⁶ Bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konudaki tek monografik eser Tollefsen'in çalışmasıdır. Bkz. Christopher O. Tollefsen, “The Good of Play in John Finnis's «Natural Law and Natural Rights»”, *Persona y Derecho* 83,1 (2020): 571-90. Ayrıca Finnis'e değil de Yeni Doğal Hukuk Teorisi'nin oyun kavramına odaklanan bir çalışma için bkz. Celano, “Play and the Theory of Basic Human Goods”.

olarak, dezavantajlı kişilerin “oyuna katılması” sorunu ele alınmıştır. Bu da çalışmamızın özgün yönlerinden birisidir⁷.

Bu çalışmada hukuk felsefesinin temel tartışmalarından kaçınmak amacıyla adaletin hukukun zorunlu bir unsuru ve yöneldiği değer olduğu aksiyom olarak kabul edilmiş, belirli bir yaklaşım benimsenerek hukuk ve adalet ilişkisine dair farklı yaklaşımlar çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu aksiyomla ele alınan çalışmanın üç amacı vardır. Bunlardan birincisi adalet tartışmaları içerisinde Finnis’in ve oyun kavramının tekabül ettiği yeri göstermek, ikincisi oyun hakkında kapsamlı bilgi vermek, üçüncüsüye oyun kavramının bize adil bir hukuk için yol gösterici olma imkânını somut bir problem çerçevesinde sorgulamaktır. Bu maksatla çalışmamızı üç bölüme ayırdık.

Daha ayrıntılı bir bölüm planı sunmak gerekirse birinci bölüm adalet ve iyi kavramlarına odaklanmaktadır. Bu bölümde çalışmamızın teorik temelleri açıklanarak “oyun” kavramının hukuk felsefesindeki yeri belirlenmeye çalışılmıştır. Bu maksatla adil dağıtım ve adaletin içeriğine ilişkin çağdaş bir adalet teorisyeni olan John Rawls’un adalet ve iyi teorisi kısaca açıklanmış, Finnis’in Rawls eleştirilerine yer verilmiştir. Rawls’un “ince teori”den yola çıkarak oluşturduğu “toplumsal temel iyiler” teorisi karşısına Finnis’in “insanî temel iyiler” teorisi konumlandırılmış ve bu temel iyilerden birisinin oyun olduğu ifade edilmiştir.

İkinci bölüm tamamıyla oyun kavramına odaklanmaktadır. Bu bölümde ilkin oyun kavramı üzerine önemli çalışmalar yürüten ve bu konuda çokça atıf yapılan Johan Huizinga’nın oyun yaklaşımı açıklanmıştır. Daha sonra Herakleitos, Platon, Schiller, Nietzsche, Heidegger ve Gadamer’de oyun kavramının felsefi anlamı ele alınarak değerlendirilmiştir. Ve nihayet Fink’in oyunu dünya sembolü olarak ele alan yaklaşımı incelenmiştir.

Üçüncü bölümdeyse Finnis’in teorisine geri dönülerek, Finnis’in yaklaşımı içerisinde oyun kavramının yeri belirlenmiştir. Oyun üzerine geliştirilmiş teorik çerçeveyi somutlaştırmak adına satranç oyunu örnek olarak kullanılmıştır. Satrancın Huizinga tarafından ne şekilde ele alındığı ve ne gibi imkânları barındırdığı ayrıntılı olarak ifade edilmiştir. Yine bu bölümde çalışma boyunca ele alınan tüm teorik arka plan tartışma konusu hâline getirilmiş ve somut bir problem olarak dezavantajlı kişilerin oyuna katılımı tartışılmıştır.

⁷ Türk literatüründe Finnis çokça ele alınmış fakat Finnis’te oyun kavramı pek ele alınmamıştır. Diğer taraftan oyunla ilgili, Finnis üzerine olana oranla, daha geniş bir literatür mevcuttur. Fakat bu literatür hukukun dışında kalan alanlardadır ve bu sebeple de içerisinde Finnis’e yer verilmemiştir. Hukuk literatüründe oyun kavramının kendine yer bulduğu tespit edebildiğimiz kadarıyla iki çalışma vardır. Bunlar için bkz. Sercan Gürler, “Oyun ve Hukuk (Huizinga’da Oyun ve Kültürel Görünümleri)”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6,2 (2016): 51-81; Ali Sağlam, “Modern Yargılama Süreçleri Bakımından Hukuk ve Oyun İlişkisine Bir Bakış”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 32,4 (2024): 2895-2910.

I. HUKUKUN YÖNELDİĞİ ADALET VE İYİ

A. ADALETİN BİÇİMİ: ADALETİN İLKELERİ

Hukukçular bugün hâlâ hukukun tanımını aramakla uğraşmaktadırlar⁸. Hukuku tanımlamak niyetinde olan pek çok felsefi ekol mevcuttur. Bu ekoller hukuka farklı epistemolojik perspektiflerden yaklaşmış ve hâliyle pek çok konuda birbirleriyle ihtilafa düşmüşlerdir. İhtilaf konularından birisi -belki de ilki- adaletin hukuk kavramının içinde bir değer olup olmadığı problemidir. Diğer bir tabirle, bir hukuk tanımı yapılacaksa adalet kavramına zorunlu olarak yer verilmesinin gerekliliği hususunda nihaî bir uzlaşmaya varılamamıştır. Adaletle ilişkin yaklaşımlar adeta bir yelpaze niteliği teşkil eder: Bir uçta adaleti hukuk mefhumunun tamamen dışına iten sert pozitivist yaklaşımlar diğer uçta adaleti hukukiliğin geçerlilik şartı olarak gören güçlü doğal hukuk okuması⁹.

Bu görüşleri uzun uzun sayıp açıklamak veya bu fikirler içerisinde doğru olanı ayırt edip bunu kanıtlamanın çalışmamızın kapsam ve mahiyetine uygun olmayacağı giriş bölümünde de ifade edilmiştir. Bizim çalışmada aksiyom olarak kabul ederek ele aldığımız ve Türkiye’de yaygın olan bir yaklaşıma göre¹⁰ hukuk üç boyutlu (tridimensiyonel) bir yapıya sahiptir. Bu boyutlar hukukun sosyal boyutu, normatif boyutu ve değer boyutudur. Bu üç boyuttan herhangi birinin eksik olduğu bir tanım hukuk kavramını açıklamak bakımından eksik olacaktır¹¹. Bu boyutlardan üçüncüsü hukukun değer boyutudur ve hukukun *telosunu* ifade eder. Hukukun *telosu* yani varmak istediği gaye adalettir¹².

⁸ Kant iki asır önce “*hukukçular hâlâ hukukun tanımını aramakla uğraşıyorlar*” demişti (Aktaran Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 429.).

⁹ Katı, dışlayıcı ya da sert pozitivism için bkz. Engin Arıkan, *Sert Pozitivism* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 4. Doğal hukukun güçlü okuması için bkz. Mark C. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2006), 10.

¹⁰ Bu yaklaşım Yasemin Işıktaç tarafından “Yeni Kantçı İstanbul Okulu” olarak ifade edilmektedir. İstanbul Üniversitesi’nde Abdülhak Kemal Yörük ve Rahmi Çobanoğlu ile başlayan doğal hukukçu akım Orhan Münir Çağır ile Yeni Kantçı bir mecraya girmiş, daha sonra Vecdi Aral tarafından sürdürülen gelenek Işıktaç tarafından devralınmıştır (Yasemin Işıktaç, “Yeni Kantçı İstanbul Okulu”, içinde *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, ed. Fethi Gedikli (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 524.). Bu yaklaşım Yeni Kantçı okullar içerisinde Heidegger/Güneybatı/Baden/Alman Değer Felsefesi Okulu ekolünün izlerini barındırmaktadır.

¹¹ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 137; Yasemin Işıktaç, “Bir Hukuk Tanımı Varmenin Zorunluluğu”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, Prof. Dr. Vecdi Aral’a Armağan (2001): 130; Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, 428 vd.

¹² Adalet değerinin hukukun zorunlu bir unsuru olduğu fikri çokça eleştirilmiştir. Bu eleştirileri iki genel grupta toplamak mümkündür. Birinci eleştiriye göre, adalet kavramı metafiziktir ve olgusal değildir, bu sebeple hukuk biliminin konusuna dahil edilmemelidir. Diğer yaklaşıma göre ise her ideolojide ve hatta her bireyde adalet kavramı farklı bir anlam kazanır, bu sebeple adalet kavramı muğlak ve görecelidir. Aral her iki eleştiriye de karşı çıkar. Aral’a göre bilakis hukuka bilim olma hüviyetini veren adalet değerine yönelimdir (Vecdi Aral, “Hukuku Bilim Yapan Nedir?”, içinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 6. Kitap*, ed. Hayrettin Ökçesiz (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003), 20.). Gerçekten de bu yaklaşıma göre hukukun bir bilim hâline gelebilmesi ampirik hukukî verinin adalet idisiyle irtibatının kurulması ile mümkündür. Adaletin dışlandığı bir yaklaşımda hukuk bilim olma hüviyetini kaybedecektir. Aral’ın rölativist eleştirilere cevabı ise rölativist yaklaşımın değer ile değer yargısını karıştırdığı yönündedir. Adalet bir değer, adaletle dair fikirler ise bir değer yargısıdır (Aral, 20; Vecdi Aral, “Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 40, 1-4 (1974): 547-50.). Bu görüşe göre adalet değeri de diğer insanî değerler gibi (örneğin “güzel” veya “iyi” gibi) tüm toplumlarda kutsal kabul edilir. Ne kadar adaletsiz ve zalim olursa olsun adaleti umursamayan ve kendisine yöneltilen adaletsizlik eleştirilerini kabul eden bir hukuk düzeni düşünülemez. Her

Peki adalet nedir? Adaletin ne olduğu sorusu, cevabı bir çırpıda verilecek kolaylıkta bir soru değildir. Tarih boyunca adaletin ne olduğu sorusuna cevap aranmış buna rağmen herkesi tatmin edebilmiş bir cevap bulunamamıştır. Adalet “iyi değerlerin adil bir şekilde dağıtılması” olarak tanımlanabilir. O hâlde adalet bir biçim ve bir içerikten oluşur. Adaletin biçimi içerikten bağımsız olarak paylaşımın nasıl yapılacağı, içeriğiyle paylaşılması gereken iyilerin neler olduğu sorusunun cevabıdır.

Adil dağıtıma ilişkin ilk kapsamlı incelemeler Aristoteles’le başlamıştır¹³. Aristoteles’in adalete ilişkin yaklaşımı insanlığın ufkunu genişlettiyse de adalete ilişkin son söz Aristoteles tarafından söylenmiş değildir. Ahlak felsefesi veya siyaset felsefesine dair eser telif eden hemen hemen tüm filozofların adalete ilişkin bir bakış açısı taşıdıkları görülmektedir. Çağdaş adalet tartışmalarında ise bir isim özellikle öne çıkmaktadır: John Rawls (1921-2002). Modern siyaset felsefesi tartışmalarının merkezinde Rawls’un 1971 tarihli “*Bir Adalet Teorisi*” [“*A Theory of Justice*”] kitabı yer almaktadır. Diğer tüm adalet teorileri ya bu teoriyi eleştirerek geliştirmeye çalışmış ya da karşısında durmuştur.¹⁴

Rawls geliştirdiği adalet teorisiyle adaletin ilkelerini keşfetmeye çalışmıştır. Bu kapsamda ikincisi kendi içinde ikiye ayrılan iki ilke ortaya koymuştur. Bunlar:

“Birinci ilke: Herkes, herkese özgürlük tanınmasını öngören benzer bir sistemle uyumlu, eşit temel özgürlüklere sahip olmayı öngören geniş çaplı bütüncül bir sistemden eşit düzeyde yararlanma hakkına sahip olacaktır.

İkinci ilke: Toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler,

a) Hem en az avantajlı durumda olanın en fazla yararlanacağı;

b) Hem de adil bir fırsat eşitliği koşulu gereği herkese açık olacak memurluklar ve konumlara bağlı olarak düzenlenecektir.”¹⁵

Rawls’un ortaya koyduğu teoremin değeri eşitsizliklerin meşruiyetini en az avantajlı olanın yararını da göz önüne alarak ortaya koymasından gelmektedir. Bunun anlamı şudur: Klasik fırsat eşitliği düşüncesi eşitsizlikleri adil bir rekabete uygun olarak ortaya çıkmış olması durumunda meşru olarak kabul ediyor, meşru bir şekilde ortaya çıktıktan sonra artık dezavantajlı olanların durumunu dikkate almıyordu. Rawls’un teorisinin değeri ise eşitsizliklerin ancak

hukuk düzeni bir şekilde kendisini adalet değerine dayandırmak çabasındadır. O hâlde görülmektedir ki adalet evrensel bir değerdir. (Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 31.)

¹³ İlk kapsamlı incelemeler Aristoteles’te olsa da Aristoteles’ten önce de söz gelimi Pythagoras adaletin formülünü keşfetmeye çalışmıştır. (Burçin Aydoğdu, “Aristotelesçi Eşitlik Kavramı ve Arkaplanı”, *Hukuk Kuramı* 8,1 (2023): 49.) Aristoteles’in adalet fikirleri ve bu fikirlerin neşet ettiği arka plan için Aydoğdu’nun çalışmasının tamamına bıkabilir.

Aristoteles’in adalet hakkındaki fikirlerini özellikle *Nikomakhos’a Etik* kitabının 5. bölümünde bulmak mümkündür (Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik* (İstanbul: Say Yayınları, 2014), 105-28.). Ayrıca Türk literatüründe Aristoteles’in hukuk anlayışına yönelik monografik bir çalışma için bkz. Buket Özten, “Aristoteles’i Yeniden Düşünmek: Aristoteles’in Hukuk Anlayışı” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022).

¹⁴ Will Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, çev. Ebru Kılıç (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2022), 13; Ülker Yükselbaba, *Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları* (Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 70.

¹⁵ John Rawls, *A Theory of Justice*, Rev. ed. (Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1999), 53. İfadenin çevirisi Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, 77.’den alınmıştır. Ayrıca bkz. Sercan Gürler, *Ahlâk ve Adalet: Çağdaş Ahlâk Felsefesi ve Sorunu* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007), 91.

toplumun bütün üyeleri bundan faydalanacaksa meşru kabul edilebileceği ayrıntısındadır. Zira tüm eşitsizlikler bireylerin çaba ve seçimlerine bağlı değildir. Sözgelimi bir kimsenin engelli¹⁶ olarak dünyaya gelmesinde doğuştan gelen bir eşitsizlik söz konusudur ve bu eşitsizlik toplumsal kaynaklardan yararlanma anlamında da kendisini gösterir. Rawls'un teorisinin kıymeti bu eşitsizliklerin dikkate alınmamasına itiraz etmiş olmasındadır¹⁷.

Rawls adil bir toplum şeması çizerken bir umursamazlık peçesinin ["veil of ignorance"] arkasında olduğumuzu; bu peçenin arkasında cinsiyetimizi, toplumsal sınıfımızı, milliyetimizi veya engel durumumuzu bilemeyeceğimizi hayâl etmemizi ister¹⁸. Böyle bir durumda makul hiç kimse seçimini, toplumsal faydanın maksimize edildiği hâlde birilerinin çok yüksek faydalar elde ederken diğerlerinin eksi duruma düşeceği bir toplum şemasından yana yapmaz. Çünkü Babil Piyangosu'ndan¹⁹ ne çıkacağını kimse bilemez²⁰. Rawls'un paylaşımında en dezavantajlıları da dikkate alma teklifi Nozick gibi katı liberaller dışında oldukça makul karşılanmıştır²¹. Buna karşın Rawls'un bu formülü dağıtımın nasıl yapılacağına ilişkin formel bir yapı teşkil eder. Dağıtıma konu edilecek malların neler olduğuya başka bir tartışma konusudur.

B. ADALETİN İÇERİĞİ: İNSANİ TEMEL İYİLER

Adaletin içeriği yani adil bir düzende dağıtıma konu edilecek iyiler siyaset felsefesinin temel çalışma konuları arasında yer almaktadır. Dağıtıma konu edilecek içerik İngilizcede "*goods*" Türkçede ise "iyi" olarak ifade edilir. İngilizcede "*goods*" kelimesi "*iyi*" kelimesinin çoğulu olmak dışında aynı zamanda "*mal, eşya, satış amaçlı üretilmiş olan*" olarak da kullanılmaktadır²². Türkçede kullandığımız "iyi" kelimesi de etimolojik köken itibarıyla benzer bir ilişkiyi barındırır. İyi kelimesi "edgü" kelimesinin değişimiyle bugünlere gelmiştir. Etimolojik köken

¹⁶ Çalışmamızda hukukî bir kavram olarak "engelli" kavramını kullanıyoruz. Ancak 13 Aralık 2024 tarihinde Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde gerçekleştirdiğimiz ve bu çalışma için ilham kaynağı olan "Herkes için iyi olarak oyun" başlıklı panelde Trabzon Görme Engelliler Sanat Spor Kulübü başkanı ve "görme engelli" satranç sporcusu sayın Özgür Öztürk tarafından sarf edilen "*Bizler görme durumumuzu bir engel olarak tanımlıyoruz. Bir farklılık olarak algılıyoruz. Sizler gözlemlerinizle görüyorsunuz, bizler farklı şekilde...*" ifadelerini okuyucuya aktarmayı ahlâkî bir görev biliyoruz.

¹⁷ Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, 79-82.

¹⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, 118.

¹⁹ Babil Piyangosu metaforu Rawls'a değil, bu metnin yazarına aittir. Gerçekten de klasik liberal fırsat eşitliği Babil Piyangosu'na benzetilebilir. Babil Piyangosu Borges'in fantastik kısa hikâyesinin adıdır. Bu hikâyeye göre Babil'de çok önceleri bir oyun oynanırmış. Katılımcılar belirli bir meblağ ödeyip bir bilet alırlarmış ve bu bilete ödül isabet ederse bu ödülü kazanırlarmış. Buraya kadar bilindik bir piyango hikâyesiyken sonraları oyun kızılmaya başlamış. Ödüllerin artırılması karşılığında az sayıda talihsiz bilet yarışmaya eklenmiş. Bu talihsiz biletlere sahip olan kişiler para cezasıyla cezalandırılmaya karar verilmiş. Bir müddet sonra talihsiz bilete denk gelen yarışmacılar şirkete zarar vermek için cezalarını ödemeyip hapse gitmeyi tercih etmişler. Para cezası işlevsiz kalınca talihsiz biletin isabet ettikleri kişiler için önce doğrudan hapis, sonra ise idam cezası uygulanmaya başlanmış. Zamanla piyango genişleşmiş ve bedava hâle gelmiş. Böylece herkes için piyango çekilmeye, belirli aralıklarla çekilen bu piyangoya göre insanların kaderleri tayin olunmaya başlamış. İdam cezasına çarptırılan da idam cezasını infaz edecek olan da piyango ile belirlenir olmuş. Uzun yıllar sonra şirketin yüzlerce yıl önce yok olduğu söylentileri çıkmaya başlamış. Kimilerine göreyse şirket zaten hiçbir zaman var olmamıştır (Jorge Luis Borges, "Babil Piyangosu", içinde *Ficciones: Hayaller ve Hikâyeler*, çev. Tomris Uyar, İletişim yayınları 463 (İstanbul: İletişim Yayınları, 2017), 87-94.). Hikâyenin anlatmak istediği bizce şudur: Talihe veya Tanrı'ya suç atmak yerine kurmuş olduğumuz düzenden kendimizin sorumlu olduğumuzun farkına varmalıyız.

²⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, 133; Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, 92.

²¹ Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, 146.

²² Cambridge Dictionary, "goods", Dictionary, Cambridge Dictionary, 2025, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/goods>.

olan “edgü” kelimesi mal anlamına gelen “ed” “+gü” yapım ekinin eklenmesiyle oluşmuştur. Dolayısıyla iyi ve mal arasındaki anlam ilişkisi Batı dillerine mahsus olmayıp Türkçemizde de mevcuttur²³.

Dağıtım konu edilecek olan iyilerin [*goods*] neler olduğu sorusu adalet teorilerinin yanında iyi teorilerinin geliştirilmesini gerektirmiştir. Adil paylaşımı formalize eden Rawls adalet teorisiyle ilişkili bir de iyi teorisi geliştirmiştir. Bu kapsamda toplumu düzenlerken denklemine dahil ettiği iyi hayatın içeriğini belirlemek maksadıyla insanî iyileri “toplumsal birincil iyiler” [*social primary goods*] ve “doğal iyiler” [*natural goods*] olmak üzere ikiye ayırmış ve bunlardan yalnızca toplumsal birincil iyileri denklemine dahil etmiştir²⁴. Rawls’un denkleme dâhil ettiği toplumsal birincil iyiler haklar, özgürlükler ve fırsatlar ile gelir ve servet gibi liberal değerlerdir. Diğer bir tabirle Rawls için iyiler [*goods*] kelimenin ekonomik anlamıyla dağıtım konu olacak mallar ve liberal değerler diğer bir ifade ile faydalardır. Bunun dışında kalan sağlık, doğuştan gelen zekâ veya bedensel kuvvetler, kişisel yetenek ve dürtüler doğrudan kişinin kontrolü altında olmadığı için Rawls bunları dağıtım denklemine dahil etmemiştir.

Rawls’un birincil iyiler ile doğal iyiler arasında yapmış olduğu ayrım iki tür iyi teorisi geliştirmesine imkân sağlamıştır. Bunlardan ilki ince iyilik teorisidir²⁵ [*thin theory of the good*]. Rawls’a göre ince teori yalnızca birincil iyileri güvence altına almak amacı taşır. Adalet ve toplumsal düzen ince teoriye göre belirlenir²⁶. Bu noktada Rawls’un adalet teorisinde hakkın iyiye öncelikli olduğuna, Kantçı bir kategorizasyonla içeriksiz bir yapıya sahip olduğuna, dikkat edilmelidir²⁷. Rawls diğer insanî iyileri de kapsayacak geniş küme olan tam iyilik teorisinin [*full theory of the good*] ancak ince teorisin çizdiği sınırlar içerisinde geliştirilebileceğini düşünür.

Rawls’un bu yaklaşımı pek çok eleştiri almıştır. Sözgelimi Kymlica’ya göre Rawls tarafından denkleme dahil edilmeyen doğal eşitsizlikler toplumsal eşitsizliklere sebep olmaktadır. Bu sebeple denklem dışında tutulmamalıdır.

“doğal yeteneklere sahip olanlar, bu yeteneklerinin doğal yararını görmeyi sürdürürler. Engelli olanlara hak etmedikleri halde bundan yoksundurlar. Fark ilkesi, engelli bir insanla aynı toplumsal birincil değerlere sahip olmamı öngörebilir. Ancak engelli bir kişinin ekstra tıbbi ve ulaşım giderleri olacaktır. Tatmin edici bir hayat sürme becerisi hak etmediği ya da kendi tercihlerinden dolayı değil de içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan bir engelle karşılaşmış olacaktır. Fark ilkesi bu engeli ortadan kaldırmaz”.²⁸

Kymlica haklı olarak “*Engelli insanlar, neden ayrımcılığa uğramamayı istemenin yanı sıra dezavantajlarının giderilmesini (tıbbî destek, ulaşım kolaylığı, mesleki eğitim vs.) de istemesinler?*” diye sormaktadır.²⁹ Rawls her ne kadar klasik fırsat eşitliği düşüncesinin ötesine

²³ Ayşegül Gözel, “Orhon Yazıtlarında Edgü Kelimesinin Farklı Bir Kullanımı Üzerine”, *Türkbilgi* 46 (2023): 16. Bu bilgiyi benimle paylaşan Berkant Parlak’a teşekkürü borç bilirim.

²⁴ Rawls, *A Theory of Justice*, 54 vd.

²⁵ Makalenin geriye kalanında “ince teori” olarak anılacaktır.

²⁶ Rawls, *A Theory of Justice*, 348.

²⁷ Yükselbaba, *Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları*, 79-83.

²⁸ Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, 100.

²⁹ Kymlicka’ya göre Rawls’un teorisine “doğal ve toplumsal eşitsizliklerin giderilmesi”ne ilişkin bir ilke eklenmelidir (Kymlicka, 101).

geçebilmişse de insan yalnızca liberal iyilerden ya da maddî terekesinden ibaret bir varlık değildir. Hâliyle insanî talepler de bunlarla sınırlı tutulamazlar. O hâlde adil bir toplumsal şema çizilebilmek için hangi temel insanî iyilerden bahsedebiliriz?

Rawls'a bir eleştiri de çağdaş hukuk felsefecisi John Finnis'ten [1940-] gelmiştir. Bu makalede fikirlerinden oldukça fazla şekilde yararlanacağımız Finnis, Rawls'un ince teorisinin keyfî olduğu düşüncesindedir. Finnis'e göre Rawls demokratik bir tarafsızlık adına adalet ilkelerini özgürlük, fırsat, zenginlik ve özsaygıdan ibaret görmüştür, ancak neden başkaca insanî iyileri bu listenin dışında tuttuğunu tatmin edici bir şekilde açıklamamıştır³⁰. Rawls'un tarafsız ve içeriksiz adalet teorisi herhangi bir dünya görüşünü kayırmamak maksadıyla hareket etmiştir ancak bu durumda cehalete ve bilgiye, çöpe ve sanata duyarsız hâle gelmiştir³¹. Hâlbuki Finnis evrensel bir insan doğasından ve birtakım iyi değerlerden bahsetmenin mümkün olduğu düşüncesindedir³². Yapılan araştırmalar tüm toplumlarda insan hayatının değerine ilişkin bir kaygının olduğunu, kesin bir gerekçe olmaksızın bir başka insanın öldürülmesine hiçbir toplumda izin verilmediğini, cinsel aktivitelerin sınırlandırılmadığı bir toplumun olmadığını veya her toplumda adalet değerine iltifat edildiğini, ölmüş kimselerin cesetlerini çöpe atmak yerine tüm toplumlarda birtakım ritüeller benimsendiğini gösterir³³. Peki o hâlde insanî temel iyi değerler nasıl keşfedilebilir?

Finnis olandan olması gerekenin çıkartılamayacağının düsturuyula insanî iyilerin akıl yürütme veya delillendirmeye değil sezgisel apaçıklıkla bilindiğini söyler³⁴. İnsanî iyiler her insanî faaliyeti bir şekilde altına sokabileceğimiz birer kategori işlevi görür. Bu iyiler ahlâkî değildir, ahlâk öncesidir. Bunlar ayrıca bir neden gerektirmeden kendinden iyidirler. Finnis araçların değil, hayatı yaşanmaya değer kılan ve kendiliğinden insan için iyi olan amaçların peşindedir. Finnis bunu şöyle örneklendirir: Hakikatin anlaşılması için sağlam bir beyin veya zekâ gerekir. Hâlbuki bunlar temel insanî iyiler değildir, zira bunlar araçtır. İnsan için değerli olan şey bilgidir³⁵.

Finnis'a göre insan için yedi adet temel iyi değerden bahsedilebilir. Bunlar sırasıyla *hayat, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyallik (arkadaşlık), pratik makuliyet ve dindir*³⁶. Bu temel değerlerin en önemli özelliği bir araç olmamaları, doğrudan doğruya kendiliğinden amaç olmalarıdır. Örneğin bilgi bir başka amacı gerçekleştirmenin aracı olduğu -sözgelimi daha çok para kazanmaya ya da iktidar elde etmeye yaradığı- için değil sadece bilmek kıymetli bir şey olduğu için değerlidir. Finnis'in ele aldığı anlamda "iyi" olan bilginin amacı kendisidir.

³⁰ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series (New York: Oxford University Press, 2011), 106. Krş. Rawls, *A Theory of Justice*, 381 vd.

³¹ Bkz. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 109.

³² Bununla birlikte şu noktayı hatırlatmakta fayda var ki Finnis iyi değerleri ahlak ve etikten ayırmaktadır. (Bkz. Finnis, 84. Ayrıca bkz. Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi", 166.)

³³ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 83.

³⁴ Finnis, 85-86; Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi", 167-68.

³⁵ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 82.

³⁶ Kullanılan kavramlar orijinal olarak şöyledir: Life, knowledge, play, aesthetic experience, sociability (friendship), practical reasonableness, religion. (Finnis, 86 vd.) Finnis bu listede bazı düzenlemeler ve değişiklik yapmıştır (bkz. Finnis, 446 vd.).

Finnis’te iyiler yalnızca bireyin kendisi için istediği talepler değildir, aynı zamanda Finnis iyiyi başkaları için de ister, bu ikisi arasında bir ayrım yoktur³⁷. Gerçekten de Finnis’in saymış olduğu iyiler anlaşılabilir ve adil bir toplum ideali olarak dikkate alınabilir. Fakat bunlar arasında birisi var ki hemen göze çarpmakta ve konuya yabancı olanlar tarafından garipsenmektedir. Bu kavram “oyun”dur. “Oyun” kavramı çalışmamızın ana temasını oluşturması dolayısıyla bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı ele alınarak açıklanacaktır. Daha sonra Finnis’in oyun kavramına yüklediği anlama geri dönecektir.

II. OYUN NEDİR?

A. OYUN OYNAYAN İNSAN: HUIZINGA’NIN HOMO LUDENS’İ

Oyun hepimizin tecrübe ettiği bir fenomendir. Birazdan görüleceği üzere oyunu çoğu zaman ciddiyetsizlikle ilişkilendiririz ve “çok ciddi” hayatlarımızın karşısında aşağıda görme eğilimindeyizdir. Hâlbuki “oyun” felsefede çokça ele alınan ciddi bir kavramdır.³⁸ Oyun kavramı ele alındığında akla ilk gelen isim Johan Huizinga’dır³⁹ (1872-1945). Huizinga “*Homo Ludens*” adını verdiği eserinde insanı “*Homo Sapiens*” [“akıllı insan”] ya da “*Homo Faber*” [“alet yapan insan”] olarak tanımlamanın yanında “*Homo Ludens*” [“oyun oynayan insan”] olarak da tanımlayabilmemizin mümkün olduğunu iddia etmiştir. Huizinga’nın oyuna yönelik ilgisi, yalnızca oyunun kültürel bağlamda nasıl bir görünüm kazandığını saptamakla sınırlı değildir; onun amacı, oyunu kültür kurucu bir unsur, hatta doğrudan kültürün kendisi olarak değerlendirmek ve bu niteliğini sorgulamaktır.

Huizinga’ya göre “*oyun kültürden daha eskidir*”⁴⁰. Hatta oyun insanlara has bir fenomen değildir, hayvanlar da oyun oynar ve bununla eğlenirler⁴¹. Peki Huizinga’nın kastettiği oyun nasıl bir şeydir, tanımı nedir?

Huizinga oyunun tanımını şöyle yapar:

Oyun belirli zaman ve mekân sınırları içinde özgürce kabul edilen ama mutlak bağlayıcılığı olan kurallar çerçevesinde oynanan, kendi başına bir amacı olan, gerilim ve neşe gibi duygular uyandıran ve “sıradan hayattan farklı olduğu” bilincini uhdesinde taşıyan gönüllü bir etkinlik veya meşguliyettir.⁴²

Huizinga’ya göre oyun irrasyoneldir. Bu anlamda oyunun herhangi bir sebebini veya gayesini aramak abestir. Oyunun amacı kendi içerisinde. Amaç kazanan tarafın galibiyetiyle övünme hakkını elde etmesidir. Belirli bir mekânda ve belirli bir süreyle sınırlı olarak oynanır.

³⁷ Hüseyin Günel, “Normatif Hukuki Pozitivizm ya da Hukuki Pozitivizmin Kıymeti”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (2023): 15.

³⁸ Bu konuda yazılmış kapsamlı bir eser için bkz. Yücel Dursun, *Oyunun Ontolojisi* (Ankara: Doğu Batı, 2019).

³⁹ Huizinga’nın fikirlerine ilişkin özet niteliği taşıyan ve bu çalışmada da yararlandığımız bazı eserleri topluca burada saymak istiyoruz: Gürler, “Oyun ve Hukuk (Huizinga’da Oyun ve Kültürel Görünümleri)”; Sağlam, “Modern Yargılama Süreçleri Bakımından Hukuk ve Oyun İlişisine Bir Bakış”; Dursun, *Oyunun Ontolojisi*.

⁴⁰ Huizinga, *Homo Ludens*, 9.

⁴¹ Huizinga’dan çokça etkilenen bir düşünür olan Gadamer’se “*hayvanlar da oynar*” söyleminin yanlış olduğunu bilakis doğru olanın “*insanlar da oynar*” demek olduğunu yazar. Bu yaklaşıma göre doğal olan oynamaktır, tabiatta her şey oyun hâlinindedir. (Hans-Georg Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, çev. Hüsamettin Arslan ve İsmail H. Yavuzcan, c. 1, Paradigma sanat felsefesi 40 (İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2008), 147.) Aşağıda Gadamer’e tekrar dönecektir.

⁴² Huizinga, *Homo Ludens*, 45.

Bu anlamda oyun içinde yaşadığımız hayatın dışında bir alternatif gerçeklik, geçici bir dünya yaratır. Bu sebeple de insana ciddiyetsiz gözüktür. Hâlbuki oyun gayet ciddi oynanır ve böyle de oynanması gerekir. Spor müsabakalarına ve hatta çocuklar arasında oynanan basit çaplı oyunlara baktığımızda oyunların o kadar ciddiye alındığını görürüz ki taraflar arasında hırgür çıkabildiğine şahit oluruz⁴³. Hatta çoğunlukla ciddiyetsizlik oyunun tadını kaçıtır ve oyunbozanlık hâlini alır⁴⁴. Oyunbozanlıksa sevilmez ve oyunbozanlar dışlanır. Oyun belirli bir kural dâhilinde oynanır. Oyunun kurallılığı bir örüntü yaratır ve bu da oyuna estetik katar. Buna karşın estetik oyunun bir unsuru ya da gayesi değildir. Oyun bir görev ya da zorunluluk olarak değil eğlenmek ve boş vakit geçirmek için özgürce oynanır, değerini buradan alır. Oyun oynamak dünyayı bir süreliğine askıya almaktır. Oyuncu temsil yoluyla olduğundan farklı bir kişi-liğe bürünür ve gerçekte olmadığı bir şeyi oynar.

Huizinga oyunu bu şekilde izah ettikten sonra kültürün oyun niteliğini açıklar. Bunu yaparken oyunun kültür hâline geldiğini iddia etmez, bilakis kültürün başından beri bir oyun olduğunu düşünür. Çarpıcı bir şekilde “*arkaik toplum, tıpkı çocuk veya hayvan gibi, oyun oynamıştır*” der⁴⁵. Oyun alanı, ritüellerde ayin yerine dönüşür. Ritüel gerçekleştirilirken ibadet eden insan çeşitli temsiller yapar ve bu temsil vasıtasıyla doğa güçlerinin yerine geçerek doğa güçlerine nasıl davranmaları gerektiğini gösterir şekilde hareketler yapar. Böylece Tanrılar ve doğa belirli bir eylemi yapmaya zorlanır⁴⁶. Bayram günleri de tıpkı oyun gibi gündelik hayatı askıya alan günlerdir ve belirli bir süre ile sınırlıdır. Huizinga eserinde pek çok ilkel ritüeli ele alarak oyun niteliğini incelemiştir. Huizinga’nın ele aldığı oyun niteliği taşıyan kültürel fenomenler yalnızca ritüellerden ibaret değildir. Huizinga eserinde savaş ve hukuk gibi oldukça ciddi kültür fenomenlerinin de oyun niteliğine sahip olduğunu iddia eder⁴⁷. Yargılamada tarafların giydiği cübbeler, mahkemede tarafların hâkimin ne tarafında duracağı, duruşma salonu içerisinde ne şekilde oturulacağı, hüküm okunurken ayakta dinlenmesi, belirli bir metin okunarak yemin edilmesi ve yemin edilirken tüm duruşma salonunun ayakta durması bugün Türk mahkemelerinde hâlâ uygulanan ritüellerdir ve Huizinga’nın yaklaşımıyla bir çeşit oyundur. Üstelik duruşma ritüeli dışında da yargılama; dilekçe ve delillerin belirli bir usul süresi içerisinde sunulması, belirli delillere başvurulabilir olmasına karşın belirli delillerinse (sözgelimi hukuka aykırı delillerin) kabule şayan görülmemesi, dilekçeler teatisi aşamasında ileri sürülmemiş delilin sonradan ileri sürülebilmesi gibi kurallı, süreli ve belirli bir oyun alanında gerçekleştiren *agonik* bir oyun olarak değerlendirilebilir.

⁴³ Oyun o kadar ciddi olabilir ki neticesinde ölüm gerçekleşebilir. “Ama yine de oyun olarak kalır” (Huizinga, 63.). Huizinga’nın bu fikirlerini aklımıza Testere [2004, Saw] ya da Açlık Oyunları [2012, The Hunger Games] gibi sinema filmleri getirilebilir. Huizinga ise kitap boyunca buna “günlük hayattan” örnekler getirir.

⁴⁴ Aynı doğrultuda fikirler için bkz. Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, 1:142.

⁴⁵ Huizinga, *Homo Ludens*, 31.

⁴⁶ Bu sebeple Platon savaşta düşmanı yenmek için oynayarak ve ibadet ederek Tanrılardan yardım istemeyi öğütler (Platon, *Yasalar*, çev. Furkan Akderin (İstanbul: Say Yayınları, 2021), 254; Huizinga, *Homo Ludens*, 33.). Aşağıda tekrar görülecektir.

⁴⁷ Huizinga’nın fikirlerinin ve özellikle hukukla ilgili görüşlerinin özeti niteliğinde bir çalışma için bkz. Gürler, “Oyun ve Hukuk (Huizinga’da Oyun ve Kültürel Görünümleri)”. Ayrıca Huizinga’nın fikirlerinin modern yargılama sürecine uygulanmasına ilişkin güncel bir çalışma için bkz. Sağlam, “Modern Yargılama Süreçleri Bakımından Hukuk ve Oyun İlişkisine Bir Bakış”.

Modern toplum Weber tarafından “büyüsü bozulmuş” toplum olarak nitelendirilir⁴⁸. Gerçekten de hakemin düdüğü çalmasıyla oyunun bitmesi ve “gündelik hayata” dönülmesi gibi⁴⁹ modern bilimin doğmasıyla bir büyü bozumu gerçekleşmiştir. Böylece modern toplumda oyun niteliği ikincil sıraya itilmiş veya başka bir bakışla oyun daha ciddi oynanmaya başlamıştır. 19. yy.dan itibaren yaşadığımız hayat dışındaki bedensel veya zihinsel oyunlar da spor kılığına bürünerek ciddi bir faaliyete dönüşmüş, bugün devasa sektörler hâlini almıştır. Sportif faaliyetin bu dönüşümüyle -özellikle profesyonelleşmeyle- birlikte spor oyun ruhunu kaybetmiştir. Yalnızca amatör sportif faaliyetlerde hâlen oyun olma hüviyetini sürdürdüğü söylenebilir. Reklamcılık sektörünün sportif faaliyet alanına dahil olması, büyük çaplı turnuvalar düzenlenerek ekonomik kaygıların oyun ruhunun önüne geçtiği bu günlerde oyun, spor alanının dışında kalmaya başlamıştır.⁵⁰ Huizinga’nın ifadeleriyle “*Spor alanında, ismen oyun diye bilinen ama öylesine yüksek bir teknik organizasyon ve bilimsel incelik seviyesine çıktığı için hakiki oyun ruhunun ölme tehlikesiyle karşı karşı[ya] olduğu bir etkinlikten söz ediyoruz*”⁵¹. Huizinga modern insanın artık oynamadığını, oynadığını söylediği yerde ise sahte oyun oynadığını söylemiştir⁵².

B. OYUN ALANI OLARAK DÜNYA: OYUNUN FELSEFİ ANLAMI

Huizinga her ne kadar kültürün bir oyun olduğunu ifade ettiyse de yaptığı incelemelerle oyun mefhumunu kültür biliminin kavramları çerçevesinde ele alıp tartışmıştır⁵³. Buna karşılık oyun kavramının ele alındığı tek bağlam bu değildir. Oyun felsefe için de önemli bir kavramdır.

Felsefe tarihinde oyun kavramına ilk defa Herakleitos’un [M.Ö. 535? - M.Ö. 475] 52. Fragmanında yer alan “*Aion*”⁵⁴ (*zaman*), *dama oynayan bir çocuktur, krallık çocuğundur*”⁵⁵ ifadesiyle rastlanır. Herakleitos’un bu fragmanı oyun üzerine kalem oynatan hemen hemen tüm filozofların yorumlama çabasına girişi bakımından önemlidir. Pek çok düşünür bu sözü açıklamaya çalışmıştır⁵⁶. Oyun kavramına felsefesinde yer veren bir diğer Antik Yunan düşünürü Platon’dur [M.Ö. 428? - M.Ö. 348]. Platon’un oyunla ilgili düşünceleri modern filozoflar tarafından çokça alıntılanmıştır⁵⁷. Yasalar adlı eserinde pek çok defa oyun kavramını ele alan Platon dünya hayatının insan ve tanrılar arasında oynanan bir oyun olduğunu düşünmektedir.

⁴⁸ Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, çev. Taha Parla (İstanbul: İletişim Yayınları, 2004), 214.

⁴⁹ Huizinga, *Homo Ludens*, 23.

⁵⁰ Huizinga, 270.

⁵¹ Huizinga, 273.

⁵² Huizinga, 282.

⁵³ Aslında tam tersi, kültürü oyun bağlamında açıklamıştır.

⁵⁴ Aion kavramının ne kastettiği ya da Herakleitos’un ne demek istediği filozoflar arasında tartışılmıştır. Aion Yunanlılarda Zaman Tanrısı’dır. Bununla birlikte Yunanlıların bir de Kronos adını verdikleri bir Zaman Tanrısı vardır. Aion ile Kronos arasındaki fark şudur: Aion’un ifade ettiği zaman kavramı sürekli, değişmeyen, bu yönüyle döngüsel ve yalnızca akılla kavranabilen bir zamandır. Kronos’un ifade ettiği zaman kavramı ise içinde yaşadığımız varlık dünyasında akıp gitmekte olan lineer zamanı ifade eder (Bkz. Arslan Topakkaya, “Zaman Kavramı Bağlamında Platon-Aristoteles Karşılaştırması”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 13 (2012): 221.).

⁵⁵ Dursun, *Oyunun Ontolojisi*, 23.

⁵⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Dursun, 23 vd.

⁵⁷ Finnis de Platon’un fikirlerine doğrudan atıf yapmış, hatta bazı pasajları uzun uzun aynen alıntılanmıştır. Bu bahse ilgili bölümde döneceğiz.

Tanrı ile insanlar arasındaki bu oyunu ifade ederken taklit ve kukla kavramlarına yer vermiştir: İnsan bir yandan Tanrı'nın oyuncağıdır ancak diğer taraftan kendi iradesine de sahiptir. Tanrılar duyguları kullanarak insanı adeta bir kuklacının kuklayı ipinden çektişirmesi gibi çektişirmektedirler. Bu çektişirmeler insanı bazen erdeme ancak bazen de erdemsizliğe yönlendirir. İnsanlar tüm bu çektişirmelerde duygularına kapılıp bunları takip etmek yerine akla (kentın aklına yani hukuka) dayanarak erdemin yolunu takip etmelidirler. Böylece insanlar Tanrı'yla oynadıkları oyunda iradeleriyle neyi seçtiklerine göre ya bir kukla olacaklar ya da hakikatten pay alacaklardır.⁵⁸

Oyun kavramına felsefesinde yer veren bir diğer düşünür Friedrich Schiller'di (1759-1805). Schiller'in oyunla ilgili ünlü özdeyişine göre “*insan neredede insansa orada oynar ve oynadığı yerde tam insandır*”⁵⁹. Schiller'in oyuna yüklediği anlam Kantçı bir yaklaşım sergiler. Schiller'e göre oynadığımız oyun zorunluluğu ve özgürlüğü bir arada tutma, madde ile içeriği uzlaştıırma oyunudur. Bu sebeple oyun daime “arada” ve “ikilemli” bir yapıya sahiptir.⁶⁰

Felsefesinde oyun kavramına ciddi yer ayırmış ve kendisinden sonra gelen filozofları bu konuda oldukça etkilemiş bir filozof da Friedrich Nietzsche'dir (1844-1900). Nietzsche *Tragedya'nın Doğuşu*'nda [1872, “*Die Geburt Der Tragödie*”] sanatın Apolloncu ve Diyonisosçu ikilikten doğduğunu iddia etmiştir⁶¹. Nietzsche'ye göre oyun da Apolloncu ve Diyonisosçu kuvvetler arasında karşılıklı olarak oynanıyordu. Nietzsche'nin yaklaşımında Apollon tüm yaratıcı güçlerin tanrısıdır, mükemmelliği ifade eder; Diyonissossa dinamizmin tanrısıdır ve yıkıcılığın kaynağıdır⁶². Böylece dünya sahnesi yapıcı ve yıkıcı güçlerin sonsuz oyununun oyun alanı hâline gelir. Sonsuz defa ve sonsuz farklı şekilde yeniden oynanan bu oyunun iyi ya da kötü bir amacı da yoktur. Bu oyunda insanın rolü ise Nietzsche'nin güç istenci fikrinde yatmaktadır. Dursun'un aktardığına göre gücü isteyen insan oyuncak değil oyuncu olma talebinde bulunur ve böylece oyuna katılır⁶³.

Oyun kavramı Martin Heidegger'in (1889-1976) felsefesinde de önemli bir yer tutmaktadır. Heidegger Nietzsche'nin Apolloncu ve Diyonisosçu kuvvetler arasındaki savaşına çok benzer şekilde aydınlık ile gizleme arasındaki bir kavgadan bahseder⁶⁴. Bu kavga hakikatin mücadelesidir. Yeryüzü kendisini kapatır, dünya olarak açılır. Böylece bir oyun alanında yer alırlar.⁶⁵ Oyunsu gizlenme ve açığa çıkma oyunudur. Dursun'un aktardığına göre Heidegger'e göre *Dasein* da varoluşa sahip olarak bu oyun alanı içerisinde yer almakta ve böylece oyuna dahil olmaktadır. Tarihin akışı Hegelci bir diyalektik düzen içerisinde değildir. Akış bulandırıcıdır.

⁵⁸ Platon, *Yasalar*, 48, 253-54. Ayrıca bkz. Dursun, *Oyunun Ontolojisi*, 30-31. Fink Platon'un tüm felsefesini ve genel olarak oyuna yaklaşımını fazla metafizikçi ve oyundan uzaklaştırıcı bulmaktadır. Bu konuya aşağıda dönelecektir.

⁵⁹ Friedrich Schiller, *Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen* (Stuttgart: Reclam, 1983), 63; Dursun, *Oyunun Ontolojisi*, 39.

⁶⁰ Dursun, *Oyunun Ontolojisi*, 33-39.

⁶¹ Friedrich Nietzsche, *Tragedyanın Doğuşu*, çev. Mustafa Tüzel (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2013), 17.

⁶² Nietzsche, 19-22; Dursun, *Oyunun Ontolojisi*, 40.

⁶³ Dursun, *Oyunun Ontolojisi*, 43.

⁶⁴ Martin Heidegger, *Sanat Eserinin Kökeni*, çev. Fatih Tepebaşı (Ankara: De Ki Basım Yayım Ltd. Şti., 2011), 49.

⁶⁵ Heidegger, 58.

Aydınlık aniden kendini gösterir ve sonra geri çeker. *Dasein*’ın oyundaki görevi ise kendini gizleyenin örtüsünü kaldırmaktır⁶⁶. Heidegger’in oyuna ilişkin düşünceleri arasında “*Ayna Oyunu*” [“*Spiegel-Spiel*”] adını verdiği bir kavram da yer almaktadır. Heidegger Aion’un oynadığı oyunun yeryüzü, gökyüzü, tanrısallar ve ölümlüler arasında oynanan bir ayna oyunu olduğunu iddia eder. Bu oyun tüm tarafların kendi oyununu oynarken kendi özünü ve diğerini yansıttığı bir oyundur. Şeyler bu dörtlü arasında dönerek şeyleşir ve varlık böyle bir oyunla açığa çıkar⁶⁷. “*Geriye oyunun hareketlerini duyarak, kendimizin oyuna nasıl boyun eğdiği/yerleştiği (fügen) ve onunla birlikte nasıl oynadığımız (mitspielen) ya da boyun eğip eğmediğimiz/yerleşip yerleşmediğimiz ve oynayıp oynamadığımız sorusu kalır*”⁶⁸.

Ele alacağımız son filozof Hans Georg Gadamer’dir (1900-2002). Gadamer de oyunla ilgilenmiş ve felsefesinde oyuna ciddi bir yer ayırmıştır⁶⁹. Öyle ki temel eseri olan *Hakikat ve Yöntem*’de [1960, “*Wahrheit und Methode*”] sanat eserini anlamının bir yöntemi olarak oyunu önermiştir. Kitabında oyun kavramını irdelediği “*Ontolojik Anlamanın Anahtarı Olarak Oyun*” başlığını taşıyan bir bölüm vardır⁷⁰. Gadamer Huizinga’dan bu konuda çokça etkilenmiş gibi gözükmemektedir. Oyunu benzer şekillerde tanımlar ve Huizinga’ya çokça atıf yapar. Gadamer’e göre “*oyunun kendisinde kutsal olan bir şey vardır*”. Oyunda insan dünya ile olan ilişkisini “*gizemli bir biçimde askıya alır*”, böylece oyunun amacı insan/oyuncu oyunda kendisini unuttuğunda gerçekleşir. Oyun ciddiyetsiz gözükse de son derece ciddi bir etkinliktir ve oyunu ciddiye almayan kişi oyunbozan olarak görülür. Sanat eserinin süjesinin sanatı algılayan insan değil de sanat eserinin kendisi olması gibi oyunun da oynayandan bağımsız bir özü vardır. Oyuncular oyunun açılmasına imkân sağlayan bir araçtır⁷¹. Oyunun hareketi adeta bir dans gibi bir ileri bir geridir. Bu hareket amaçsız ve kendi kendine gerçekleşiyor gibidir. Böylece Gadamer’e göre “*doğa da oynuyor gibi*” değil, “*insan da oynuyor gibi*” dir, zira doğal olan oyunun kendisidir. İnsan oynayarak doğal bir sürece katılır. Oyun, oyuncuya egemen olur ve oyunun tüm cazibesi buradadır. Oyunun gerçek öznesi olarak oyunun kendisi oyuncuyu büyüler ve kendisine râm ederek oyunda tutar. Oyun oyuncuyu ona çeşitli görevler buyurarak büyüler ve görevi başarıyla yerine getirmek oyuncuda ferahlık hissi yaratır.⁷²

⁶⁶ Dursun, *Oyunun Ontolojisi*, 60-68.

⁶⁷ Dursun, 74-80.

⁶⁸ Dursun, 70.

⁶⁹ Gadamer’de oyun kavramını inceleyen ve bu bağlamda video oyunlarını ele alan bir çalışma için bkz. Rahmi Karakuş ve Şerefraz Akyaman, “Oynamak Ciddi Bir İştir: Gadamer Açısından Oyun ve Video Oyunları”, *Beytulhikme An International Journal of Philosophy* 10,1 (2020): 88.

⁷⁰ Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, 1:141.

⁷¹ Sözgelimi satranç oyunu böyledir. Oyun kurallarıyla oyuncuyu kendini açmaya zorlar. Böylece estetik bir görünüm de kazanır. Satranç oyuncusu satrancın estetik görünümünü açığa çıkartır ve böylece satrancın satrançlaşmasına bir araçtan ibarettir. Bu aracı olma durumu iradesiz mekanizmanın aracılığı gibi değildir. Oyuncu özgür iradesiyle oyunun açığa çıkmasında rol sahibidir. Kendi karakterine göre agresif ve fedalı bir oyun stili olabilir ya da savunmacı ve profilaktik oynayabilir. Satranç her oyuncuda farklı, kişiye özgü bir görünüm kazanır. Bunun bir benzerini şiir yazarken tecrübe ederiz. Özellikle vezinli bir şiir yazan şair çoğu zaman şiirin kendini yazdırdığını tecrübe eder. Şair şiirin tek başına yaratıcısı değil, adeta şiirin doğduğu rahim olmak işlevi görür. Buradaki fikirlerimiz Gadamer’in fikirleriyle ve çokça etkilendiği hocası Heidegger’in *Dasein*’a yüklediği açığa çıkartıcı anlamla birlikte okunduğunda bir bütünlük arz eder.

⁷² Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, 1:142-51.

İsmi sayılan filozofların oyunla ilgili görüşleri bunlardan ibaret değildir. Yine ismini anmadığımız ve oyun kavramına felsefesinde yer veren pek çok filozof vardır. Biz çalışmanın kapsamını dikkate alarak bahsimize burada son veriyoruz. Yalnız tüm akademik yaşamı boyunca oyun kavramı üzerine eserler veren Fink'in yaklaşımını bir sonraki başlık altında biraz daha ayrıntılı olarak ele almak istiyoruz.

C. DÜNYA SEMBOLÜ OLARAK OYUN: EUGEN FINK'TE OYUN⁷³

Çalışmamız boyunca “oyun” kavramının pek çok anlamı olduğunu gördük. Bu anlamlardan ilki temel anlamıyla -yani çocukların oynadığı anlamıyla- oyundur. Oyun denildiğinde bu temel anlam daima akılda tutulmalıdır. Çünkü oyuna yüklenen diğer tüm anlamlar bu temel anlamı muhafaza etmekte, temel anlamdaki oyunun özelliklerini sembol veya tartışma konusu yapmaktadır. Bu bakımdan tüm yaklaşımlar için en saf ve temel hâliyle oyunun özelliklerinin geçerli olduğu hatırdan çıkartılmamalıdır.

Oyunu dünya sembolü gören Fink'te de durum böyledir. 1905 ve 1975 yılları arasında yaşamış olan Alman filozof Eugen Fink Freiburg'da Husserl'in asistanı olarak çalışmış, hayatının bir dönemini Heidegger'in yakın çevresinde geçirmiştir. Yaklaşımında Husserl fenomenolojisinin ve Heidegger varoluşçuluğunun etkilerini görmek mümkündür. Fink kültürü bir oyun olarak açıklayan Huizinga'dan farklı olarak oyunun ontolojisi üzerinde önemle durmuş, oyunun felsefi bir tema olduğunu kanıtlamaya çalışmıştır.

Fink her şeyden önce oyun üzerine ciddiyetle konuşmanın oyunbozanlık olacağını söyler. Çünkü Huizinga'nın da tespit ettiği gibi her ne kadar oyun çok ciddi oynansa da ikircikli bir tavırla aynı zamanda ciddiyetin karşısında durur. O hâlde oyun hakkında katı bir ciddiyet bir çelişki ve oyunbozanlık olur⁷⁴. Bu sebeple Fink oyuna dair fikirlerini oldukça edebî bir anlatımla ve bol nükteli bir üslupla kaleme almıştır.

Fink'e göre bugün oyun ciddiyetin karşısında durur. İnsanlar tüm maddî ve manevî işler peşinde koştururken mola vermek niyetiyle oyun oynuyorlar gibidir. Tıpkı günlük faaliyete uyku molası verilmesi zorunluluğu gibi günlük koşturmaya oyun molası verilir. Bu anlamda oyun hayatı tamamlar. Adeta bir tatile çıkmak, bir teneffüs gibidir. Bu sebeple de psikiyatrlar oyun ve spor aktivitesini salık verirler. Hâlbuki modern insanın oyunu böyle bir karşıtlık içerisinde anlaması Fink'e göre oyunu özü itibarıyla anlamının önünde engeldir. Çünkü böyle bir yaklaşımla oyun menüdeki bir sos, bir baharat gibi hayatın karanlığını renklendirme göreviyle sınırlandırılmış olur. Böyle bir görev üstlenen oyun artık sahte bir oyundur. Fink bugün “*yetişkinlerin yaşamı[nın], delişmen bir varoluşun şen şakrak zarafetinden pek bir iz taşıyor*”⁷⁵ gibi gördüğünü söyler. Yetişkinlerin ciddi yaşamlarında oyunun kaybolduğunu, yalnızca çocuklarda bir varoluş sahası olarak oyunun hâlâ varlığını sürdürdüğünü iddia eder. Çünkü çocuk oyununu masumane ve maskesiz oynar, oynarken oynadığını bilir ve kurguladığı

⁷³ Eugen Fink'e dikkatimi çeken ve tüm çalışmam konusunda beni motive eden Sn. Doç. Dr. Sercan GÜRLER'e teşekkürlerimi arz ederim.

⁷⁴ Eugen Fink, “Mutluluğun Vahası: Oyunun Ontolojisi Üzerine Düşünceler (1957)”, içinde *Bir Dünya Sembolü Olarak: Oyun*, kitap editörü Eugen Fink, çev. Necati Aça (Ankara: Dost Kitabevi, 2015), 10.

⁷⁵ Fink, 13.

yalanla dürüst bir ilişki kurar, buna karşılık yetişkinlerse pek ciddî işlerini yaparken maskeler arkasında oynarlar.⁷⁶

Hålbuki oyun insan varoluşunun hayati önemde bir parçası ve temel bir fenomenidir. “İnsan özü gereği ölümlüdür, özü gereği işçidir, özü gereği savaşçıdır, özü gereği sevicidir ve özü gereği oyuncudur”⁷⁷ ve “Ancak ve ancak, ‘varlığı içinde varlığının derdine düşmüş’ [...]”⁷⁸ bir canlı ölebilir, çalışabilir, mücadele edebilir, sevebilir ve oynayabilir”⁷⁹. Dolayısıyla her insanın bedensel yaşamının son bulacak olmasına karşın *Dasein*’ın ölüme-doğru-varlık olması gibi her insan belirli faaliyetlerde bulunur yalnızca *Dasein*, yani otantik varoluşunun ve ölüme doğruluğunun farkında olan insan, oyuncudur.

Fink çok ilginç bir paradoksa dikkat çekmektedir. İnsan daima yoldadır ve mutluluğun [Eudaimonia] peşindedir, böylece hayatı bir görev olarak algılar. Buna rağmen kaçınılmaz bir şekilde ölüme yazgılıdır. İnsanın tüm amacı dünyevî yaşamı anlamlandırmaktır; ölmek, eylemek, mücadele etmek, sevmek gibi bütün insanî faaliyetler bu “asıl amaca” yönelir. Çelişki şudur ki, insanın en temel fenomenlerinden birisi olan oyun asıl amacı amaçlamaz. Dahası oyun tabiatı itibarıyla kendi dışında hiçbir amacı amaçlamaz, kendi dışında bir amacın aracısı olarak kullanıldığında -örneğin sağlık veya belirli bir kabiliyeti kazanmak için yapıldığında- bir anda sahteleşir ve egzersize dönüşür. Dolayısıyla oyun diğer tüm insanî faaliyetlerin karşısında durur.⁸⁰

Oyunun ontolojik yapısını inceleyen Fink oyunun bir “-mış gibi” yapma olduğunu söyler. Dünyevî bir fenomen olan odun parçası oyunun içerisinde bir arabaya ya da bir bebeğe dönüşebilir. Oyuncu oynarken odun parçasının araba olmadığını bilir ancak yine de arabaymış gibi davranır. Fink’e göre bu patolojik olmasa da bir çeşit şizofrenidir. Oyuncu oynayarak bir çeşit gerçekliği örtmekte ve kendisini bir başka gerçeklikte açmaktadır. Böylece oyuncu kendi yarattığı hayalî dünyasının efendisi olur.⁸¹ Fink’in bu fikirleri akla Oğuz Atay’ın oyun kavramına geniş yer ayırdığı *Tutunamayanlar* romanını getirebilir. Romanda Selim hayatı kendince bir oyun olarak kavrar, bu oyunun kurallarını kendisi koyar. Sözgelimi bu kurguda evlenmek oyunbozanlık yapmaktır. Selim’in yakın arkadaşı Turgut evlendiğinde oyunbozanlık yapmış olur. Selim’in ölümünden sonra Turgut kendi hayatının bir oyun olduğunu, gerçek hayatınsa Selim’in kurguladığı oyun olduğunu fark ederek tekrar oyuna dahil olmaya çalışır. Oyun dünyası gündelik dünyaya alternatif olan bir dünya yaratır. Her iki dünya da birbirine göre bir oyun ve oyunbozanlıktır. Şahin’in ifade ettiği gibi “*Selim her ne kadar Turgut’u oyunbozanlıkla suçlasa da kendisi de bir oyunbozandır. [...] gerçekte oyunu iç içe geçtiği bir dünyada*

⁷⁶ Fink, 12-14.

⁷⁷ Fink, 14.

⁷⁸ Fink burada Heidegger’e atıf yapıp ismini zikrediyor, biz akışın insicamını bozmamak adına “(Heidegger)” ifadesini çıkarttık.

⁷⁹ Fink, “Mutluluğun Vahası”, 15.

⁸⁰ Fink, 14-17.

⁸¹ Fink, 18-23.

*Selim, kendi kurguladığı oyunun haricindeki, başkalarına göre gerçek olan hayat oyununda bir oyunbozandır*⁸².

Fink'in fikirlerine dönecek olursak, tüm bu anlattıklarımız sebebiyle oyunu antropolojik bir fenomen olarak ele almakla tam olarak aydınlatmak mümkün değildir⁸³. Oyun bir yaratıdır, bu yaratının ürünü oyun evrenidir. Bu evren esasında hiçbir şey değildir ama yine de oyun oynarken bu evrenin içinde yaşanır. Bununla birlikte oyunun dünyası dışımızdaki dünyadan farklı değildir. Çünkü insanın dünyayla ilişkisi bir odun parçasının dünyayla olan ilişkisi değildir. Fink'in ifadesiyle "*Dünyaya açıklık insana özgü değildir. Bilakis: İnsan dünyaya açıklığa özgüdür*"⁸⁴. Oyunda arabaya dönüşen odun dış dünyamızın bir nesnesidir aynı zamanda. Dolayısıyla oyunun dünyası öznel bir dünya değildir. Satranç tahtasında neticede odun veya plastik figürler vardır fakat tahta, her iki oyuncunun (ve hatta izleyicilerin) ortak olarak paylaşabildiği nesnel bir dünyadır. Böylece insan odunu yakacak yaptığı gibi bir araba ya da vezir de yapar ve oyun bir dünya sembolü hâline gelir. Tıpkı oyun dünyasının içindeki tekil şeylerin (oyuncakların) birer sembol olarak ortaya çıkması gibi. Böylece Fink Herakleitos veya bir önceki başlıkta anılan filozoflar gibi oyunu bir dünya sembolü olarak ortaya koymuş olur.⁸⁵

Fink'e göre modern insanın hayata bakışı, rekabetçi yaklaşımı ve oyunu salt bir mola olarak ele alışı oyun kavramının özünü kaçırmasına sebebiyet vermektedir. Fink'in tüm iddiası Platon'dan beri geldiğini Kant'ta zirvesini bulduğunu düşündüğü duyulur ve düşünülür dünya ikiliğini reddetmeye yöneliktir. Ona göre Tanrılara ve doğallığa en uzak olduğumuz çağ içinde bulunduğumuz çağdır⁸⁶. İnsanın Tanrısal olana mesafeli olması, dünyaya da mesafeli olmasına sebebiyet verir. Hâlbuki insan Tanrı ve hayvan arasında bir varlık olarak hayvanlaşmaktan uzaklaşma ve Tanrı'ya ulaşma gayesi güder. Üstelik Tanrısal olanla ve dünyayla mesafeli olmak oyunla da mesafeli olmayı getirmiştir. Fink metafizikçiliği ve bir şekilde rasyonalizmi eleştirir, presokratik bir ontolojik anlayış benimser, dünyayı oyunla kavramaya çalışır. Oyun temel bir insan fenomeni olarak pek çok filozofa göre dünyayı sembolize etmektedir. Herakleitos ve Nietzsche gibi bazı filozoflar dünyanın özünün oyun olduğunu iddia etmişlerdir. Aynı şekilde Fink'e göre de oyun dünyanın sembolüdür. İnsan oynayarak varoluşunu deneyimleme ve varlığını devam ettirme şansına sahip olur.⁸⁷

Toparlamak gerekirse Fink oyunu sembolik anlamda ele almaktadır. Fink'in oyunu sembolik olarak ele alışı oyunun temel anlamını dışlamamaktadır ve hatta bilakis bu temel anlamdan türemektedir. Fink'in bizi davet ettiği yer temel anlamıyla oyundur. Çünkü Fink'e

⁸² Yunus Şahin, "Oğuz Atay'ın Eserlerinde Oyunun Varoluşsal İşlevi", *Dede Korkut: Uluslararası Türk Dili ve Edebiyatı Araştırmaları Dergisi* 6,14 (2017): 159. Oyun kavramı çerçevesinde bu roman başta olmak üzere pek çok edebî anlatıya dikkatimi çeken ve ilgili literatüre ilişkin akademik çalışmaları bana ulaştıran Ömer Faruk Kalaycı'ya katkıları için teşekkür ederim.

⁸³ Fink, "Mutluluğun Vahası", 23. Burada Fink'in kastettiği Huizinga'nın yaklaşımıdır.

⁸⁴ Fink, *Oyun*, 71.

⁸⁵ Fink, "Mutluluğun Vahası", 24-28.

⁸⁶ Fink, *Oyun*, 199.

⁸⁷ Bakınız ve karşılaştırınız Saime Say, "Eugen Fink'in Oyun Kavramı" (Yüksek Lisans Tezi, Adana, Çukurova Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Felsefe Grubu, 2021), 120-27.

göre “*çocuklar gibi olmadığımız sürece cennete giremeyiz*”⁸⁸. Öyleyse oyun hem temel anlamıyla insanî bir iyi hem de dünyayla ilişkimizi kurmamızda bir semboldür.

III. HUKUKA YOL GÖSTERİCİ OLARAK OYUN

A. TANRI’YLA DOSTÇA OYNAMAK: FINNIS’TE OYUNUN ANLAMI

İlk bölümde adalet tartışmalarına ve insanî iyi kavramının anlamına değindik. İkinci bölümdeyse oyun kavramının mahiyetini kavramaya çalıştık. Gördük ki oyun ciddî bir temadır. Şimdi tüm bu saydıklarımızdan sonra iyi ve oyun kavramlarını bir araya getirerek oyunun insanî temel iyilerden birisi olduğunu söyleyen Finnis’e geri döneceğiz.

John Finnis hâlâ aramızda olan önemli hukuk filozoflarından birisidir. 1940 yılında Avusturalya’da dünyaya gelen Finnis 1962’de Oxford’da hukuk lisans eğitimi aldı ve 1989 ile 2010 yılları arasında yaklaşık 20 yıl kadar Oxford Üniversitesi’nde Hukuk Felsefesi profesörü olarak çalıştı. İlgi alanı hukuk felsefesinden etik ve metafizik gibi geniş bir alana yayılmaktadır. Finnis literatürde doğal hukukçu görüşleriyle öne çıkmaktaysa da klasik doğal hukuktan farklı bir yaklaşım benimsediği kabul edilmektedir⁸⁹. Finnis’in doğal hukuk yaklaşımı “Yeni Doğal Hukuk Teorisi” olarak anılmaktadır. Bu teori Thomist (Thomas Aquinas’ın yaklaşımına dayanan) doğal hukuk teorisinin yeniden canlandırılmasını hedeflemektedir. Finnis’in bu teori-deki ortakları Germain Grisez⁹⁰ ve Joseph Boyle’dır. Her üç düşünürün de ortak özelliği Katolik Hristiyan dinî inancına sıkıca bağlı olmaları ve teorilerinde bu inancın etkilerinin görülmesidir.⁹¹

Biz bu başlık altında Finnis’in temel iyilerden birisi olan “oyun”dan ne anladığını ifade etmeye çalışacağız.

Finnis oyunu temel bir değer olarak ele aldığı paragrafında şu ifadelere yer vermiştir:

“İnsan refahının üçüncü temel yönü oyundur. İnsani değerleri analiz eden bir tür ahlakçı bu temel değeri gözden kaçırabilir, ancak bir antropolog insan kültüründeki bu büyük ve indirgenemez unsuru gözlemlemekte başarısız olmayacaktır. Daha da önemlisi hepimiz, yalnızca kendisi için keyif alınan, kendi ötesinde bir amacı olmayan performanslara katılmanın anlamını kavrayabiliriz. Bu performans yalnız ya da sosyal, zihinsel ya da fiziksel, yorucu ya da rahat, yüksek düzeyde yapılandırılmış ya da nispeten informal, geleneksel ya da biricik olabilir. Herhangi bir insan faaliyetine, hatta kanun tasarılarına bile oyun unsuru girebilir, ancak her zaman analitik olarak 'ciddi' bağlamından ayırt edilebilir [. Ve] bazı faaliyetler, girişimler ve kurumlar tamamen veya öncelikle saf oyundan ibarettir. O halde oyun, hem kendi değerine sahiptir hem de kendiliğinden değerdir.”⁹²

⁸⁸ Fink, “Mutluluğun Vahası”, 28.

⁸⁹ Metin, “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi”, 165-66.

⁹⁰ Grisez hakkında hazırlanmış bir doktora tezi için bkz. Murray, “The Role of Religion As a Basic Human Good in the Moral Theory of Germain Grisez”.

⁹¹ Bu teori her ne kadar Finnis’in yaklaşımını anlamak açısından önemliyse de biz bu çalışmada uzun uzadıya Finnis’in fikirlerini ele almayacağımızdan daha ayrıntılı bir tafsilata burada yer vermiyoruz. Daha ayrıntılı bilgiler için bkz. Patrick Lee, “The New Natural Law Theory”, içinde *Natural Law Ethics*, ed. Tom Angier, Cambridge Companions to Philosophy (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 87. Bu yaklaşım hakkında önemli bir kaynak olarak bkz. Christopher O. Tollefsen, “New Natural Law Theory | Natural Law, Natural Rights, and American Constitutionalism”, erişim 05 Nisan 2025, <https://www.nlnrac.org/contemporary/new-natural-law-theory.html>.

⁹² Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 87.

Finnis'in bu paragrafı ele alırken Huizinga'dan oldukça fazla etkilendiği göze çarpmaktadır. Özellikle Finnis'in oyunu "*kendisinin ötesinde bir anlamı olmayan*" bir etkinlik olarak değerlendirmesi kendi yaklaşımı açısından önemlidir⁹³. Diğer taraftan Finnis -Huizinga'ya atıfla- kanun tasarısı gibi modern insan için ciddi olan faaliyetlere bile oyun unsurunun tesir ettiğini ancak bazı oyunlarınsa saf oyun olduğunu tespit etmiş, neticede oyunun "*kendi değerine sahip olduğunu*" ifade etmiştir.

Finnis her ne kadar inançlı bir Hristiyan olarak tanınsa da doğal hukuk yaklaşımını laik bir zemine oturtma gayretiyle hareket etmiş, insanî temel iyileri de böyle bir yaklaşımla açıklamıştır. Yine de birçok kitabının son sayfalarını teolojik / felsefi bir yaklaşımla kaleme almış, felsefesini muhakkak inançlarıyla buluşturmuştur⁹⁴.

Finnis için oyun pek çok başka Hristiyan yazar gibi teolojik / felsefi bir anlama tekabül etmektedir⁹⁵. Kitabının pek çok yerinde oyun kavramına yer veren Finnis nihayet oyun kavramının kendi felsefesindeki esas değerini kitabın son sayfalarında ortaya koymuştur⁹⁶. Bu bölümde özellikle dört temel iyi üzerinde durulur. Bunlar dostluk, pratik makullük, oyun ve dindir⁹⁷. Finnis'in peşinde olduğu soru "*neden toplumun ortak iyiliğine hizmet etmeliyim*" sorusudur. Hukuk böylece temellendirilebilir çünkü hukuk sisteminin amacı ortak iynin korunması ve gerçekleştirilmesidir⁹⁸. Tüm temel iyiler toplum yaşamının içinde görünür olur. Fakat ortak iyiliğin nasıl gerçekleştirileceği hususunda insanların ihtilafa düşmesi pek olasıdır. Bu sebeple hukuka ihtiyaç vardır. Hukuk otoritesini ortaya koyarak ortak iyiliğin nasıl gerçekleştirileceğini belirler.⁹⁹ O hâlde hukuk sistemine ihtiyaç vardır. Ne var ki hukuk sisteminin bu

⁹³ Finnis burada Huizinga'dan oldukça etkilenmiştir. Bölüm notlarında (Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 98.) Huizinga'dan doğrudan alıntı yaparak şu pasaja yer verir: "*Oyunun biçimsel özelliklerini özetleyen bir oyun tanımı yapacak olursak şöyle diyebiliriz: 'Ciddi olmadığı' için gayet bilinçliçe 'sıradan' hayatın dışında duran ama aynı zamanda oyuncuyu tamamen içine çeken serbest bir etkinlik. Oyun her tür maddi çıkar ve yarardan arınmış bir etkinliktir. Bu etkinlik belirli kurallar doğrultusunda da uygun zaman ve mekân sınırları içinde ve bir düzen dâhilinde icra edilir.*" (Huizinga, *Homo Ludens*, 26.)

⁹⁴ Bu noktada, Finnis'in laik temelli doğal hukuk anlayışı ile devamında ele alacağımız dinî yaklaşımlarının tutarlı bir okumasını yapmanın nasıl mümkün olacağı sorusu gündeme gelebilir. Finnis ahlaki ve hukukî argümanlarının zeminini tamamıyla laik bir akıl yürütmeye, dinî terminolojiye yer vermeden inşa eder. Sözelimi olguları, olguları mümkün kılan nedenleri ve nedensellik zincirini devam ettirerek Aristotelesçi bir akıl yürütmeye nedensiz neden olarak "D"yi ele alır (Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 382 vd.). Burada "D" gibi bir sembol tercih etmesi, Tanrı veya başkaca bir dinî kavramı kullanmaktan kaçınarak akıl yürütmesini dinî terminolojiden arındırma çabasından kaynaklanmaktadır (Bkz. McCormick, "Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret", 925-26; Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 387 vd.) Finnis'in sisteminde hukukun inşası için laik akıl yeterli. Fakat laik akıl sınırlı yapısı dolayısıyla her türlü pratik soruyu cevaplayamaz ve dinî akla ihtiyaç duyar. Bu noktada Finnis için dinî akılla laik aklın bir uyum içerisinde olduğu söylenebilir. Dinî akıl laik temelin üzerine oturarak cevapsız kalan pratik sorunlara çözüm sağlar. Yani Finnis teorisini içeriksiz mantıksal bir formülasyonla (D ile) kurduktan sonra bu zeminin üstüne çıkarak D'nin Tanrı olduğunu söyler. Tüm bunların ardından oyun kavramı da -Huizinga'da olduğu gibi- laik akıl yoluyla kavrandığında insanî bir iyiyi ifade ederken diğer taraftan -Platon'da olduğu gibi- Tanrı ile dostça oynamaya işaret eden dinî bir anlam kazanır.

⁹⁵ Celano, "Play and the Theory of Basic Human Goods", 138.

⁹⁶ Tollefsen, "The Good of Play in John Finnis's «Natural Law and Natural Rights»", 579.

⁹⁷ Tollefsen, 581.

⁹⁸ "Ortak iyi" kavramı Aquinas'ın felsefesinde merkezî önemi haiz bir kavramdır. Finnis da bu geleneği sürdürerek "ortak iyi" fikrini kendi hukuk felsefesinin merkezine oturtmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arıkan, *Doğal Hukukta Geleneğe Dönüş*, 19 vd ve 22 vd.

⁹⁹ Günel, "Normatif Hukuki Pozitivizm ya da Hukuki Pozitivizmin Kıymeti", 15.

iyileri ihlâl etmesi de bizde adaletsizlik duygusu yaratır, bu anlamda Finnis’in hukuk için amaç olarak belirlediği “ortak iyi” aynı zamanda hukukun sınırındır.¹⁰⁰

Peki, er ya da geç insanlar öleceği ve toplumlar dağılacağı hâlde neden toplumun ortak iyiliğini desteklemek gereksin? Bu sorunun cevabını Finnis nedensiz neden olarak Tanrı’da bulur. Tanrı temel iyileri açıklamak için gerekli olan nedendir. Ona göre ortak iyilik desteklenmelidir, çünkü Tanrı dostumuzdur ve dostlar, dostluğun bir gereği olarak, dostlarının değer verdikleri şeye değer verirler. Dostunun değer verdiği değer vermek için başka bir neden aranmaz.¹⁰¹ İnsanın yalnızca Tanrı’ya iman etmesi yetmez, ayrıca aktif olarak diğer insanların iyiliği için de çalışması gerekir¹⁰². Gerçekten de dostluk fedakârlık ve ihtimam ister. Dostluk çok kuvvetli bir bağdır, dost dostu için canını ortaya koyabilir. Ama dostu için canını verebilecek dost, özensizlik gördüğünde dostluğunu sonlandırmaktan çekinmez. Bu yönüyle de dostluk son derece titizlik gerektiren çok kırılabilir ve hassas bir bağdır.

Tüm bunlardan sonra Finnis yaratılışın anlamını ve özelde de konumuz açısından hukuku Tanrı’yla iş birliği yapma oyunu olarak değerlendirir. Finnis’in buradaki fikirleri oldukça Platoncudur. Hatırlanacak olursa Platon insanın Tanrı’nın oynacağı olarak duyguları vasıtasıyla tıpkı kuklalar gibi çekiştirildiğini, buna karşın duyguların değil de aklın peşine giderek Tanrı ile bir oyun oynayabileceğini söylemişti. Finnis Platon’un paragrafını uzun uzun aynen alıntılarmaktadır¹⁰³. Böylece Platon’un yaklaşımından yararlanarak hem oyun iyisini hem de pratik makullüğü açıklama imkânı bulur. Tanrı ile oynanan bu oyunun kendi ötesinde bir amacı yoktur. İnsan bu oyunu oynamak suretiyle Tanrı ile dost olur, Tanrı’nın dostu olarak O’nun iyi gördüklerini iyi olarak görür ve bu uğurda çabalarlar. İnsan Tanrı ile oyun oynarken Tanrı’ya bir iyilik yapamaz çünkü Tanrı hiçbir şeye ihtiyaç duymaz ve hiçbir şeyden yoksun değildir.¹⁰⁴ İnsana düşen arkadaşça ve hatta oyunbaz bir şekilde Tanrı’yla ilişki kurmanın yollarını aramak, böylece Tanrı’yla dost olmaktır¹⁰⁵. Finnis oyunla ilgili son olarak şunları söylemektedir:

“Oyun da artık daha iyi anlaşılabilir. [Oyun] işle, sorumluluklarla, hayatın ciddi şeyleriyle karşılaştırılmalıdır. Ancak, son tahlilde, gerçekten ciddi olan tek bir oyun vardır. Duygularımızın ötesine geçen bir anlayış aradığımız böyle bir 'son tahlilde', 'yaşamın ciddi şeyleri', hatta korkunç acılar bile, yalnızca insan iyiliğini yaratan ve destekleyen Tanrı’nın oyununun iyi oynanmasına katkıda bulundukları ya da bu oyuna dahil oldukları ölçüde gerçekten ciddidirler.”¹⁰⁶

Görüldüğü gibi ikinci bölümde uzun uzadıya ele aldığımız oyun kavramıyla Finnis’in oyun kavramı paralellik arz etmektedir. Oyun özünde gayriciddi bir fenomendir ve hatta

¹⁰⁰ Metin, “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi”, 184. Bununla birlikte Finnis adil olmayan hukukun hukuk olma vasfını yitireceği yönündeki güçlü doğal hukukçu okumayı kabul etmemektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Metin, 185 vd.

¹⁰¹ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 404-7. Finnis burada, metnin içerisinde çokça yer alan Aristotelesçi bir yaklaşıma sahiptir. Finnis’in dostluğa yüklediği anlam Aristoteles’le aynıdır. Krş. Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, 171. Ayrıca bkz. Tollefsen, “The Good of Play in John Finnis’s «Natural Law and Natural Rights»”, 577.

¹⁰² Arıkan, *Doğal Hukukta Geleneğe Dönüş*, 132.

¹⁰³ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 408.

¹⁰⁴ Finnis, 409. Ayrıca bkz. Tollefsen, “The Good of Play in John Finnis’s «Natural Law and Natural Rights»”, 582; Celano, “Play and the Theory of Basic Human Goods”, 138.

¹⁰⁵ McCormick, “Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret”, 926.

¹⁰⁶ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 410.

ciddiyetin zıddı olarak ele alınır. Buna rağmen ironik bir şekilde hayatın sembolü olarak oyun esasında çok ciddi bir şeydir. Zaten hiçbir oyun kendisine laubali davranılmasını kabullenmez. Dünya hayatı Finnis'e göre kendi içinde ciddi bir oyundan ibarettir. Üstelik çektiğimiz korkunç acılar bile oyunun bir parçasıdır. Aquinas'ın kötülüğü insan karakterinin ve erdemlerinin ortaya çıkması için gerekli bir sınav olarak görmesiyle Finnis'in fikirleri uyum içerisinde gözükmemektedir¹⁰⁷. Huizinga'dan hatırlanacak olursa, her oyun sınanmayı gerektirir ve neticede oyunda tek bir sorunun ortaya çıkması hedeflenir: “Başarabilecek miyim?”. İnsan karşılaştığı kötülüklere sabrederek ve iyilikten taraf olarak bu oyunda başarılı olmaya çalışır. Bu oyunda Tanrı ile uyumlu olmak temel gayedir.¹⁰⁸ Böylece Finnis “Tanrı ile uyum” olarak dinin insanî bir değer olduğu sonucuna vararak projesini tamamlar¹⁰⁹.

Finnis'in oyun kavramına yönelik çeşitli yaklaşımlar ve eleştiriler geliştirilmiştir. Bunlardan en önemlisi kuşkusuz Murphy'nin eleştirisidir. Murphy oyun kavramına yer verilip “çalışma” kavramının atlanması bir eksiklik olarak değerlendirmiştir. Bu eleştiriyi doğrudan Finnis'e değil tüm Thomist geleneğe yöneltmiştir¹¹⁰. Murphy'e göre insan emeği ve çalışma da oyun gibi temel bir insanî iyi olarak sayılmalıdır. Bu bakımdan kendi listesinde temel iyileri sayarken yalnızca oyundan değil “oyunda ve çalışmada mükemmellik”ten bahsetmiştir¹¹¹. Murphy'e göre çalışma ve oyun zıtlık içerisinde anılsa da esasında birbirini tamamlayıcı aktivitelerdir. Birisi ciddi diğeri gayri ciddi olarak her ikisi de performans sergilenmesine ve mükemmelliğe yani başarıya odaklanan aktivitelerdir. Bu bakımdan insan yalnızca Homo Ludens değil hem de Homo Faber olarak nitelendirilmelidir.¹¹² Bu eleştiriler Finnis'te de bir karşılık bulmuş gibidir. Finnis listesinin alternatif versiyonlarında “oyun” [Play] kavramına alternatif olarak “ustalıkla icra” [skilful performance]¹¹³ kavramına da yer vermiştir¹¹⁴. Kanaatimizce Murphy'nin eleştirisinin Finnis'te oyun kavramının çalışmamız bağlamında da ele alınan sembolik yönünü dikkate almadığı söylenebilir.

Crisp de Finnis'in teorisinde oyun kavramına yönelik kısa bir değerlendirme yapmıştır. Crisp'e göre Finnis'te iki tür oyun anlayışı bir arada bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre oyun oynamanın kendisi temel anlamıyla da kıymetli bir şeydir çünkü oyun oynamak

¹⁰⁷ Arıkan, *Doğal Hukukta Geleneğe Dönüş*, 133.

¹⁰⁸ Metin, “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi”, 204.

¹⁰⁹ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 410. Ayrıca Metin'in dikkat çektiği gibi Finnis'a göre bir ateist için de din temel bir iyidir Çünkü Finnis içinde yaşadığımız düzenin ötesinde bir düzen için kaygı duyduğumuzu, kendisinin din diye ifade ettiği kavramın bu kaygı olduğunu vurgular (Bkz. Metin, “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi”, 174; Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 89-90.) Finnis dini geniş anlamda ele almakta ve daha çok anlam arayışı manası yüklemektedir (Günel, “Normatif Hukuki Pozitivizm ya da Hukuki Pozitivizmin Kıymeti”, 15.). McCormick de aynı doğrultuda “benim gibi dini bilinmezlik [agnostik] bakış açısından başlayan birisini, lüzumsuz bir inanç-yokluğuyla duraksatmamaktadır. Onun yerine, şüphe derecesini tartarak sonlanmakta ve bunu, evvelden inanç-yokluğuna karşı yaptığından daha ciddi şekilde gerçekleştirmektedir” demektedir (McCormick, “Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret”, 926.).

¹¹⁰ James Bernard Murphy, “A Natural Law of Human Labor”, *American Journal of Jurisprudence*, 39 (1994): 71.

¹¹¹ Mark C. Murphy, *Natural Law and Practical Rationality*, Cambridge Studies in Philosophy and Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 111.

¹¹² Murphy, 111-14.

¹¹³ Bu kavram Arıkan tarafından “hüner gösterebilmek” olarak karşılanmıştır (Arıkan, *Doğal Hukukta Geleneğe Dönüş*, 58.). Şunu da ilave etmek gerekir ki Arıkan Finnis'ta temel iyileri sayarken bizim kullandığımız içerisinde “oyun” kavramı yer alan listeyi değil “hüner gösterebilmek” kavramının yer aldığı listeyi kullanmıştır.

¹¹⁴ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 448.

kendinden başka bir amaç taşımaz. Finnis oyunu bir araç olarak değil, doğrudan bir amaç olarak görmektedir. Bu yönüyle oyun iyisi ilk bakışta hedonizmi andırmaktadır. Ancak diğer taraftan oyun yalnızca hazzla değil aynı zamanda bir zorlukla mücadele etmeye ve başarılı olmaya da vurgu yapmaktadır. Bu da Finnis’in yaklaşımında oyunun yalnızca hedonistik olmadığı, bir oyunun başarı hedeflenerek gayet keyifsiz de oynanabileceğini göstermektedir. Finnis’in örnek verdiği yasa metninin hazırlanması tam da böyle bir oyuna örnektir.¹¹⁵ Kanaatimizce Crisp’in analizi Murphy’le paralellik arz etmektedir. Bu analize bizce bir de sembolik anlayışı eklemek gerekir. Zira oyunun Finnis’teki bir katmanı da Tanrısal oyunla ilişkilidir. Finnis’e göre hayat da neticede bir oyundur ve kendi dışında bir amaç barındırmaz. Oyunun amacı oynayıp eğlenmektir. Fakat oyunu oyunbozan bir şekilde değil, dostça ve kurallarına uygun oynamak gerekir. Çünkü oyun oynarken Tanrı ile dostluk hâlindeyizdir. Tanrı ile dostça oynanan bu oyunun gereği olarak ortak iyiliğin desteklenmesi gerekir ki adalete yönelmiş olan hukuk düzeni de zaten tam olarak bu anlama gelir.

B. BİR OYUN VE BİR İMKÂN OLARAK SATRANÇ

Oyuna yönelik tüm teorik arka plandan sonra teoriyi somutlaştırmak amacıyla insanlar arasında muhtemelen en çok bilinen ve akademik metinlerde (özellikle de hukuk metinlerinde) kendisine en çok atıf yapılan oyunu örnek olarak ele almak istiyoruz: Satranç.

Satranç bir oyun olma özelliklerinin tamamını taşır. Bu sebeple Huizinga *Homo Ludens* kitabında da satranç oyununa çokça yer vermiştir. Huizinga’ya göre satranç gözle görülür güzellikten yoksun ve kültürel açıdan da verimsiz bir oyundur¹¹⁶. Satranç bilmeyen insanlar satranç tahtasını izlemek yerine kuğuları izlemeyi tercih edebilir, ancak buna rağmen satranç izleyenleri coşturma yeteneğine sahiptir.¹¹⁷ Çünkü oyunun bütün unsurlarını içinde barındırır. Evvela satranç oyunun ciddiyetini göstermek bakımından güzel bir örnektir. Zira satranç oyuncularını oyunu büyük bir ciddiyetle oynarlar ve kazancın getirdiği istemsiz gülümsemeler dışında müstehzi bir gülümsemeye asla sahip olmazlar.¹¹⁸ Oyun belirli bir mekânda oynanır ve bu alan kutsal bir alandır. Satranç da oyunun oynandığı kutsal bir alan olan satranç tahtasına sahiptir.¹¹⁹ Maçın başlaması için taraflardan birisi saati başlatır ve o anda tahta büyümlü bir yer hâline gelir. Bu alan öyle kutsaldır ki oyuncuların hamle yapmak dışında bu alana değmemeleri gerekir. Eğri duran bir taşı düzeltmek maksadıyla olsa bile ancak “*j’adoube*” ya da “*düzeltiyorum*” demek suretiyle bu alana girilebilir. Bir oyunun yegâne amacı kazanmaktır ve satrançta kazanılan zafer bunun en saf örneğidir.¹²⁰ Ve yine Huizinga’ya göre oyunlar ciddiyete bürünüp oyun olma vasfını kaybetmişlerdir ve bu ilk olarak satranç gibi yalnızca aklî olan oyunlarda

¹¹⁵ Roger Crisp, ed., *The Oxford handbook of the history of ethics*, Oxford handbooks (Oxford: Oxford University Press, 2013), 29.

¹¹⁶ Huizinga’nın ele aldığı bağlamda bu ifade doğrudur. Fakat aşağıda görüleceği gibi satranç kendine has geniş bir kültüre sahiptir.

¹¹⁷ Huizinga, *Homo Ludens*, 71.

¹¹⁸ Huizinga, 16.

¹¹⁹ Huizinga, 35.

¹²⁰ Huizinga, 75.

gerçekleşmiştir¹²¹. Huizinga tarafından oyun unsuru olarak sayılan fakat doğrudan satranca atıf vermediği başka unsurları da satranç bünyesinde bulmak mümkündür. Örneğin her oyunda olduğu gibi satrançta da oyunun amacı galip olmak, galibiyet neticesinde kendini yüceltmektir¹²². Yine oyun bir mücadele ya da bir temsildir¹²³. Satranç için her ikisi de geçerlidir. Satrançta karşı tarafla bir üstünlük mücadelesine girilir ve oyuncu hem kendi taşlarını geliştirerek hem de rakibin taşlarının gelişimini baltalayarak rakibe üstünlük kurmaya çalışır ve nihayetinde amaç mücadele sonunda rakibi köşeye sıkıştırmaktır. Aynı zamanda oyuncu kendisini bir hükümdar veya bir komutan yerine koyar ve en doğru stratejiyi benimseyerek, yeri geldiğinde taşlarını feda ederek rakibine üstün gelmeye çalışır. Bir oyun kurallı bir yapıya sahip olmalıdır. Bu açıdan satranç en iyi örnektir çünkü hiçbir oyunun kuralları hukuk kitaplarında satranç kuralları kadar kendisine yer bulamamıştır. Huizinga oyunun amacının estetik olmadığı hâlde yine de kurallı yapısı itibarıyla çoğu zaman estetik zevk verdiğini ifade eder. Bu fikir Finnis'te de aynen mevcuttur.¹²⁴ Oyunun bu özelliği de satranç için geçerlidir. Gerçekten satranç oynayanlar karşılaştıkları kombinezon ve taktiklerle estetik bir tecrübe yaşarlar. Bunun bir görünümü olarak Stefan Zweig Satranç kitabının başkahramanı Dr. B.'ye satrancı övdürürken “ama satranca oyun demekle, haksız bir kısıtlama yapmış olmuyor mu insan? Satranç aynı zamanda bir bilim, bir sanat değil mi”¹²⁵ dedirtmektedir. Yine eski dünya şampiyonlarından Anatoly Karpov da “satranç her şeydir: sanat, bilim ve spor” demiştir¹²⁶.

Satranç nedir? Satranç, 16 adet siyah ve 16 adet beyaz taşla 64 kare üzerinde önceden belirlenmiş bir zaman temposuna tâbi olunarak oynanan, tarafların hamlelerini sırayla yaptıkları, her bir hamlede taşların kendine has belirli manevralar yapabildiği, amacın karşı tarafın şahını köşe kısıtılarak (mat ederek) galibiyet elde etmek olduğu bir strateji oyunudur. Satrancın ilk ne zaman ve hangi toplum tarafından icat ettiği bilinmemektedir. Bununla birlikte satrancın kökenine dair efsaneler milattan önce 2'nci yüzyıla kadar uzanmaktadır. Bu efsanelerde satrancın bir teselli ve zihni meşgul eden düşüncelerden kurtulma aracı olarak ortaya çıktığı gibi ilginç ortak bir tema mevcuttur.¹²⁷ Gerçekten de satrancın zihni meşgul ederek gündelik hayatı askıya alan bir yapısı vardır. Bu oyunu oynayan kişiler yaratıcı bir konsantrasyon

¹²¹ Huizinga, 271. Gerçekten de özellikle bilgisayarların gelişmesi satranç oyununda köklü tartışmalar yaratmıştır. Eski dünya şampiyonlarından Bobby Fischer ünlü bir röportajında bilgisayarların satranç oyununa dahil edilmesinin insan yaratıcılığını öldüreceğini ve satrancın sonunu getireceğini iddia etmiştir (Röportaj metni için bkz. “Bobby Fischer (1972 World Chess Champion) On Why Chess is a Lousy Game and How to Save It | Qualia Computing”, erişim 31 Ocak 2025, <https://qualiacomputing.com/2022/07/25/bobby-fischer-1972-world-chess-champion-on-why-chess-is-a-lousy-game-and-how-to-save-it/>). Esasında Fischer'in ifade etmeye çalıştığı ile Huizinga'nın ifadeleri aynı kaygıdan kaynaklanmaktadır.

¹²² Gary Alan Fine, “Sticky Cultures: Memory Publics and Communal Pasts in Competitive Chess”, *Cultural Sociology* 7,4 (2013): 405. Huizinga'da da oyunun amacının galibiyet ve övünmektir. “Bütün oyunlarda çok önemli bir husus söz konusudur: Oyuncu başkalarının karşısında başarıyla övünebilmelidir” (Huizinga, *Homo Ludens*, 74.).

¹²³ Huizinga, *Homo Ludens*, 26.

¹²⁴ Huizinga, 17; Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 87-88.

¹²⁵ Stefan Zweig, *Satranç*, çev. Ayça Sabuncuoğlu (İstanbul: Can Yayınları, 2012), 21. Zweig'in oyun kavramını kısıtlama olarak görmesi kanaatimizce Huizinga'dan habersiz olduğunu gösteriyor.

¹²⁶ Aktaran: Antony Puddephatt ve Gary Alan Fine, “Chess as Art, Science, and Sport”, içinde *A Companion to Sport*, ed. David L. Andrews ve Ben Carrington (Wiley, 2013), 390.

¹²⁷ Bkz. Harry Golombek, *A History of Chess* (London: Routledge and Kegan Paul, 1976), 10. Golombek'in tahminine göre satranç oyunu bu kadar eski bir oyun değildir ve miladı yaklaşık 1500lerdir (Golombek, 11.).

seviyesine yükselerek öz-bilinçlerini kaybeder ve oyunun akışı içinde gündelik gerçeklikten ayrılırlar¹²⁸. Bunu fark etmek Zweig’in şaheserinin neden “Satranç” temalı olarak yazıldığını anlamaya yardımcı olabilir. Hatırlanacak olursa Nazi rejimi tarafından bir otele kapatılan Dr. B. burada tecrit edilmek suretiyle psikolojik bir işkenceye maruz bırakılmaktaydı. Bir gün sorgu odasına giderken bir kitap fark etmiş, onu gizlice almış ve odasına döndüğünde bu kitabın satranç maçlarını analiz eden bir kitap olduğunu görmüştü. Oradaki maçları okumuş, ezberlemiş, defalarca analiz etmiş, böylece zihnini meşgul ederek işkencelere direnebilmiştir. Zweig kitabında Dr. B.’ye şunları söylüyor:

“Hem çok eski hem de yepyeni, düzeneği hem mekanik hem de hayal gücüne bağlı, hem sabit geometrik bir alanla sınırlı hem de bileşimleri sınırsız, hem sürekli gelişen hem de kısır, hiçbir şeye götürmeyen bir düşünme, hiçbir şeyi hesaplamayan bir matematik, yapıtları olmayan bir sanat, maddesi olmayan bir mimari, bununla birlikte varlığıyla bütün kitap ve yapıtlardan daha dayanıklı olduğu su götürmez, bütün halklara ve bütün zamanlara ait olan tek oyun; can sıkıntısını öldürmesi, zihni açması, ruhu canlandırması için hangi Tanrı’nın onu yeryüzüne gönderdiğini kimse bilmez. Başlangıcı ve sonu nerededir? Her çocuk onun temel kurallarını öğrenebilir, her acemi onda şansını dener, ama yine de bu değişmez dar karenin içinde özel ustalar yaratır satranç, [...] otuz iki taşı bir oraya bir buraya, bir ileri bir geri oynatarak hayatının zaferini kazanmaya çalışan kıvrak zekâlı bir insanın yaşamını kafada canlandırmak ne kadar güç, ne kadar olanaksızdı; bu insanın yeni bir oyuna başlarken piyon yerine atı yeğlemesi olay yaratır ve bir satranç kitabının ufakık bir köşesinde adının geçmesiyle ölümsüzlüğe ulaşmasını sağlar; bu insan, bu akıl insanı, aklını kaçırmadan on, yirmi, otuz, kırk yıl boyunca bütün düşünme gücünü tekrar tekrar aynı gülünç amaca yöneltir: bir tahtanın üzerinde tahta bir şahı köşeye sıkıştırmak!”¹²⁹

Gerçekten satranç oyuncularını günlük hayattan alternatif bir gerçekliğe geçirme kudretine sahiptir. Satrancın sunduğu alternatif gerçeklik hem Huizinga’nın tarif ettiği gibi oyun-dayken gerçek dünyanın zaman ve mekân olarak askıya alındığı bir oyun dünyasına geçmek anlamına hem de satrancın yarattığı kültürün “ciddi” kültürümüzün karşısına alternatif olarak kurgu bir kültür koyması anlamına gelir. Fine’a göre toplumun bir oyun olarak ele alınması gibi bazen de oyunlar birer topluluk inşa ederler. Satranç derinliği ve tarihi süreci itibarıyla kültür yaratan oyunlardandır.¹³⁰

Satrancı örnek olarak seçmemizin sebebi nedir? Satranç kuşkusuz ki en mükemmel oyun değildir. Herkese hoş gelen bir oyun olmadığı ve satranç oyuncularının genelde “nerd” olarak görüldüğü de bir gerçektir¹³¹. O hâlde neden satrancı bir imkân olarak ifade ediyoruz? Esasında satrancın imkânı basit yapısında gizlidir. Zira satranç henüz dört-beş yaşlarında rahatlıkla öğrenilebilir. Buna rağmen tüm ömür verilse yine tüketilemeyecek bir derinliğe sahiptir. Bunun dışında satranç oynamak için satranç taşlarına bile ihtiyaç yoktur, çok basit olan notasyon bilgisine sahip olan her oyuncu biraz ustalaştıktan sonra herhangi bir malzemeye ihtiyaç duymadan zihninden¹³² satranç oynayabilir. Yine satranç bedensel bir kabiliyet gerektirmez. Bu sebeple bedensel engeller satranç oynamanın önünde engel değildir. Satranç oynamanın önündeki tek bedensel engel görme engeli gibi gözüktüğü hâlde görme engelliler de

¹²⁸ Puddephatt ve Fine, “Chess as Art, Science, and Sport”, 392.

¹²⁹ Zweig, *Satranç*, 22-23.

¹³⁰ Fine, “Sticky Cultures”, 399. Aynı doğrultuda bkz. Puddephatt ve Fine, “Chess as Art, Science, and Sport”, 391.

¹³¹ Garri Kasparov ve Mig Greengard, *How Life Imitates Chess* (London: Arrow Books, 2008), 14.

¹³² Bu usulde oynamaya “blindfold” ya da “körleme” adı verilir. Bu usulde herhangi bir tahta olmadan tarafların notasyon (taşların ve karelerin adını içeren satranç dili) marifetiyle oynamaları mümkündür.

kendilerine mahsus tahtalarıyla veya zihinden satranç oynayabilmektedirler. Böylece satranç ayrıca bir kategoriye ayırma ihtiyacı olmadan kadın veya erkek, çocuk veya yaşlı, zengin veya fakir, beden tamlığı olan veya olmayan herkesin karşı karşıya gelebildiği tek spordur. Satranç bu özelliğiyle bize bir adalet pratiği imkânı vermektedir.

Satrancın oyun temel iyisini tecrübe etmek bakımından her insan için bir imkân olduğunu iddia ediyoruz. Zihin sağlığına sahip olan her insan satranç oynayabilir. Aynı zamanda insanı sıradan gündelik hayattan kopararak alternatif bir gerçekliğe taşımak bakımından satranç oldukça başarılı gözükmektedir¹³³. Diğer taraftan satrancın oyunun tüm unsurlarını barındırması bakımından bir oyun pratiği olduğu böylelikle sembolik anlamda hayat oyunu için bir anlayış kazanma yolu olduğu söylenebilir. Gadamer oyunun öznesinin oyunun kendisi olduğunu, insanın oyunun sadece açığa çıkartıcısı olduğunu söylüyordu. Gerçekten de satranç oyunu çoğu zaman kendini açığa çıkartıyor gibidir. Belirli bir satranç konumunda oynanacak sayısız alternatif mevcuttur. Oyuncu her hamlesiyle alternatiflerden birisini seçerek o oyunu ortaya çıkartır. Neticesinde sınırlı sayıda karede, sınırlı sayıda ve kısıtlı hamle imkânı olan taşlarla oynanan oyunlar çoğunluklu beş veya on hamlelik teorik açılış evresinden sonra özgün bir oyun hâline gelir ve hiçbir oyun bir diğerini tekrar etmez. Böylece satranç kendini açığa çıkarır. Oynanmakta olan oyun ihtimaller havuzu içerisinde orada duruyordur ancak iki rakip birlikte sayısız ihtimalin arasından o özgün oyunu bulur ve çıkartır. Satranç oynamak suretiyle oyuncu da kendisini açığa çıkartır. Satranç oyuncuyu sınar ve oynanan oyun oyuncusunun karakterinin bir yansıması hâline gelir. Kimisi açık konumlarda taktik imkânlar kovalarken kimisi kapalı konumlarda stratejiler geliştirir. Kimisi saldırgandır, taşlarını kuvvetli bir saldırı için feda etmekten çekinmez; kimisinin önceliği ise savunmadır. Böylece her bir satranç oyununda hem satrancın kendisi hem de satranç oyuncusu açığa çıkar, kendine bir varlık zemini bulur. Tüm bunların yanında satranç belki de şans faktörünü en çok dışlayan spordur. Tüm oyun boyunca harika oynayan bir oyuncu maç sonunda hırsına ve heyecanına kapılıp hata yaparsa tek bir hata sebebiyle oyunu kaybeder ve özgürce yaptığı bu hatadan dolayı kendisinden başka kimseyi suçlayamayacağını bilir. Satrancın bu doğası sanat yapıtlarında da kendisini gösterir. Sinemanın en ünlü satranç motifi hiç kuşkusuz Ingmar Bergman'ın 1957 tarihli Yedinci Mühür ["The Seventh Seal"] filmindedir. Bu filmde ölüm kendisine geldiğinde başkarakter olan şövalye ölümü satranç maçına davet eder. Zaman kazanmak için davet edilen oyunun satranç olması tesadüf değildir. Çünkü satranç özgürlüğü ve Tanrı-insan ilişkisini en iyi simgeleyen oyundur. Gibson'a göre *"satranç, hepsi serbest ve dolayısıyla öngörülemez olan*

¹³³ Gerçekten satranç, oyuncularına öyle bir alternatif gerçeklik yaratır ki bu sebeple büyük bir tutku hâlini alır. 1984 yılında Anatoly Karpov ve Garry Kasparov arasında oynanan dünya şampiyonluğu final maçında Karpov'un 10 kilo kaybetmesi ve defalarca kez fenalaşıp hastaneye kaldırılması, eski bir dünya şampiyonu olan Mihail Tal'in ölümünden bir ay evvel yatmak zorunda olduğu hastaneden kaçarak satranç turnuvalarına katılması ve bu turnuvada Kasparov'u yenmesi, dünya şampiyonluğunu Sovyetlerden Amerika'ya taşıyarak millî kahraman hâline gelen Bobby Fischer'in Amerika ambargosunu delerek Boris Spassky ile 1992'de oynadığı maç sonucu ömrü boyunca kaçak yaşamak zorunda kalması satranç tutkusunun psikolojide yarattığı etkileri göstermektedir. 2024 yılı sonlarında oynanan bir turnuvada 55 yaşındaki büyükusta Vasil İvançuk'un kaybettiği bir hızlı satranç maçı sonrasında hüüngür hüüngür ağlaması ise bu tutkunun güncel bir fenomenidir. Hatırlayınız, Zweig'in kitabında Dr. B.'nin satranç oyunu esnasında travmalarının nüksetmesi, gerçeklik ile zihni dünya arasındaki ayrımı yitirmeye başlaması ve bu durumdan kurtulabilmek için maçı terk etmesi de bu fenomenin edebiyattaki yansıması olarak görülebilir. Bu ilginç fenomenler psikologların ilgisini çekmiş ve bu alanda pek çok akademik inceleme yapılmıştır.

*muazzam sayıda olası seçeneği oyuna sokar; yine de oyunun ritmi, olası hamlelerin kombinasyonlarını ve rakibinin psikolojisini mükemmel bir şekilde kavrayan bir oyuncunun kazanacağı şekildedir*¹³⁴. Bu ilişki ilk defa Bergman tarafından kurulmuş değildir. İsveçli ressam Albertus Pictor’un 1480-1490 yılları arasında yaptığı ve Täby Kilisesi’nde bulunan “*Ölüm Satranç Oynuyor*” [*Death Playing Chess*] isimli tablosu ölümü satranç oynarken tasvir etmektedir. Ve bu tablo İsveçli yönetmen Bergman’a da esin kaynağı olmuştur. Bu anlamda satranç oyunları arasında belki de en varoluşçusudur.

Tüm bunların yanında satranç “oyun” dışındaki temel iyiler için de bir imkân olarak görülebilir. Satranca yönelik (açılış, taktik, strateji, oyun sonu gibi) bilgilere sahip olmak insana mutluluk verir. Üstelik bu bilgi insanın günlük yaşamına hiçbir katkısı olmayan, salt oyunun içerisinde bir anlam ifade eden bir bilgidir. Yine de bu bilgiye sahip olmak tam da Finnis’in ifade ettiği gibi bilmenin kendiliğinden bir değer olması sebebiyle insana iyi hissettirir. Satranç oynamak arkadaşlık iyisini tecrübe etmeye de imkân sağlar, satranca gönül verenler arasında ortak bir dil ve kültür gelişir, kişi bu kültüre dahil olarak yalnızlığından kurtulur. Ve tabii satranç sanatsal bir yöne de sahiptir. Satranç oyununda ortaya çıkan kombinezonlar çoğu zaman satranç oyuncusuna veya izleyicisine bir estetik tecrübe yaşatır.

Böylece satranç temel iyileri tecrübe etmek ve temel iyiler vasıtasıyla sembolik hayat oyununa dair farkındalık kazandırmak bakımından herkese imkân sunmaktadır. Rawls insanların toplumsal temel iyiler bakımından eşitlenebileceğini düşünüp diğer iyileri ihmal ederken satrancın oyun temel iyisinde insanları eşitlemek imkânı Rawls’a Finnisçi bir cevap gibidir.

C. HİÇBİR ENGEL TANIMADAN HERKESİ OYUNA KATMAK

Nihayet bu başlık altında şimdiye kadar ele aldığımız konulara bütünlüklü bir bakış geliştirmeye, teorik olarak ele aldığımız konuları bir problem çerçevesinde somutlaştırmaya çalışacağız. Bunun için Finnis’in Rawls’un ince teorisine itirazına dönmemiz gerekiyor. Finnis’in Rawls’a yönelttiği eleştiri oldukça haklıdır. “İnsan” denilen muammanın bir tanımını yapmak oldukça zordur. Herhalde kimsenin karşı çıkmayacağı tek insan tanımı “*insandan doğan insandır*” şeklinde yapılacak şekli/biçimsel bir tanımdır. Bu şekli tanım da biyo-teknoloji alanındaki son gelişmelerle birlikte geçerliliğini kaybetme tehlikesi altında gözüküyor. Yine de herhangi bir maddî/içerikli tanımın insanı tanımlamak için yeterli olmadığını görüyoruz. İnsan düşünen canlıdır denildiğinde nöroloji ve zooloji alanındaki bilimsel keşifler bize gösteriyor ki diğer canlılar da düşünceye sahiptir. Yine insan çalışan, alet yapan canlıdır dediğimizde bu tanım da insanı diğer canlılardan ayıramıyor. Dahası bu tanımlar diğer canlılardan insanı ayıramadığı gibi bazı hastalıklara sahip insanlar için de geçerli olmamak bakımından kendi kümesi içindeki elemanları ifade etmeye de muvaffak olamıyor. Böylece *efradını cami ayyarını mânî* bir insan tanımını ortaya koymak mümkün gözüküyor. Yukarıda görüldüğü gibi Huizinga insanın oyun oynayan canlı olduğunu söylemiştir ancak Gadamer oyun oynamanın doğal olduğunu bilakis insanın oyun oynayarak doğaya katıldığı eleştirisini yapmıştır. Belki Gadamer’in bu eleştirisinden yola çıkarak Huizinga’nın tanımını baş aşağıya çevirmek ve “*insan*

¹³⁴ Arthur Gibson, *The Silence of God: Creative response to the films of Ingmar Bergman* (New York: Harper & Row, 1969), 30.

ciddileşebilen bir canlıdır” demek mümkündür. Fakat hangi tanım doğru olursa olsun insan yalnızca temel özgürlüklerden, fırsatlardan, gelir ve servetten ibaret bir varlık değildir. Bu anlamda insan toplumunu ve hukuk düzenini Rawls’un veya diğer liberal teorisyenlerin anladığı gibi toplumsal temel iyilerden ibaret teşekkül ettirmek eksik olacaktır. Bir hukuk teorisinin insan haklarına yönelik yaklaşımı insanı tüm yönleriyle kuşatacak bir genişliğe sahip olmalıdır.

Rawls gayet insanî bir noktadan hareket etmekte ve toplumumuzu umursamazlık peşesinin ardından inşa etmeyi teklif etmektedir. Bu teklif, toplumsal düzeni; beden tamlığına sahip olmakla iktidar sahibi olanların, bedensel veya zihnî eksikliklere sahip kişilere kibirli bir lütfu ya da ihsanıyla değil; beden tamlığına sahip olmanın olumsuzluğunun ve bu niteliğin her an kaybedilebilme ihtimalinin farkındalığıyla inşa etme teklifi olarak okunabilir. Üstelik Rawls adalet idealine yönelik çok önemli bir adım da atarak eşitsizlikleri ancak dezavantajlı olanların faydasına olmak kaydıyla meşru kabul etmiştir. Rawls’un eksik kaldığı nokta eşitliği yalnızca toplumsal birinci iyiler adını verdiği liberal değerlerden ibaret görmesidir. Hâlbuki adalet idealine yönelmiş doğru bir hukuk sisteminin herkesi oyuna dahil etmesi gerekir. Burada oyun kavramını hem felsefî anlamıyla yani hayat oyununu ya da Tanrı’yla oynanan oyunu kastedecek şekilde hem de kültürel ve temel anlamıyla sırf eğlenmek ve boş vakit geçirmek için oynanan oyunu kastedecek şekilde kullanıyoruz. Zaten yukarıda bu ikisinin birbirinden ayrılamaz ve birbiri içinden çıkan kavramlar olduğu görülmüştü.

Engelli haklarına yönelik farkındalık son yıllarda oldukça artmıştır. Yine de yapılan çalışmalar ve hak talepleri çoğunlukla Rawls’un ince teorisi nazarıyla ele alınmaktadır. Elbette engelli kişilerin istihdamı, toplumsal hayata katılımı ve temsili dikkate değer taleplerdir ve zaten bu taleplerin olumlu karşılanıyor olması gerekir. Fakat engelli haklarını Rawls’un ince teorisi ile ele almak kısıtlı bir yaklaşım olacaktır. Engelli kimselerin oyun, estetik tecrübe, arkadaşlık gibi temel insanî iyilere her insan gibi hakkı ve ihtiyacı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu öyle bir imkândır ki yatağa bağımlı ve hiçbir beden fonksiyonunu kullanamayan hasta kişiler bile bugünkü teknolojik imkânlarla gözlerini kullanarak bilgisayar kullanabilmekte ve dolayısıyla oyun iyisiyle irtibatını sürdürebilmektedirler. Ve yatağa bağımlılık dahil olmak üzere her türlü engeli aşabilecek, insanı temel bir iyi olan oyun iyisiyle buluşturabilecek ve içinde bulunduğu durumdan kopartarak başka diyarlara götürebilecek bir potansiyel oyun vardır, o da satrançtır. Finnis’in temel iyiler teorisinin böyle bir farkındalık oluşturmaya katkısı bile adaletle yönelmiş hukuk düzeni için önemli bir adım olarak görülebilir.

SONUÇ

Kuşkusuz toplum ve insanlık var oldukça adil bir hukuk düzeni arayışı da olacaktır. Adil hukuk düzeni için yalnızca adil bir dağıtımın nasıl yapılacağını biçimsel olarak ortaya koymak yeterli değildir. Aynı zamanda dağıtımın konu olacak iyilerin neler olduğuna ilişkin içerikli bir adalet teorisi geliştirmek gerekir. Rawls adil dağıtım için dezavantajlıların durumuna dikkat çekerek adil hukukun formuna önemli bir katkı sunmuştur. Buna rağmen dağıtımın konu olacak insanî iyileri tek yönlü bir insan anlayışından türetmesi dolayısıyla adil hukukun içeriğine ilişkin fikirleri eksik kalmış ve eleştirilmiştir. Rawls’un eleştirmenlerinden birisi de Finnis’tir. Elbette Finnis’in temel insanî iyiler olarak saymış olduğu liste tartışmaya açıktır. Zaten Finnis

de akademik kariyeri boyunca listesinde çeşitli revizyonlar yapmıştır. Buna rağmen Finnis hukukçular arasında insana dair bir hakikati yakalayan ilk kişi olmuş gibi gözüküyor, o hakikat insanın oyun oynayan bir varlık [Homo Ludens] oluşudur.

Bizce adil bir hukuk düzeni insana dair felsefi bir yaklaşıma sahip olmalıdır. Neticede hukukun öznesi de nesnesi de insandır. O hâlde insan varoluşunun anlamını ihmâl ederek adil bir hukuk sistemi inşa etmek mümkün değildir. Zaten ciddiye alınabilecek tüm hukuk felsefesi yaklaşımları bunu açıkça söylese de gizlese de bir insan felsefesine sahiptir. Tam bu noktada Finnis’in “temel insani iyi” olarak hukuk felsefesi tartışmalarına kattığı “oyun” kavramı insan hayatına ve varoluşuna anlam katmada bizim için yol gösterici olabilir. Kadim kültürlerde insanın kendisini keşfetmesi öğütlenmiş ve hakikatin insanın kendi içinde olduğu sıklıkla vurgulanmıştır. Bunun için hemen hemen her kadim kültürde “*kendini tanı*” şeklinde bir öğütlerle karşılaşmak mümkündür. Schopenhauer insanın kendisine yabancı olduğunu, çeşitli durumlarda altında sınındıkça kişinin tıpkı bir yabancıyı tanır gibi kendisini tanıyabileceğini söylemiştir. Çalışmamız boyunca ele aldığımız tüm felsefi yaklaşımlar bize gösteriyor ki oyun kendini ve dünyayı tanımanın bir yoludur. Oyunun bir hediyesi olarak temsil vasıtasıyla kendimizi farklı rollere sokarız. Bir hayvan, bir dev, bir kral veya bir tren rolüne bürünüp bu rol altında kendimizi açığa çıkartma imkânı buluruz. Böylece farklı varoluş durumlarını tecrübe ederek dünyanın açılmasını sağlarız. Belki de böylelikle Kierkegaard’ın sorusuna cevap verebilir ve Tanrı’nın bizimle ne kastetmiş olabileceğini anlayabiliriz. Çiçeğin topraktan başını kaldırarak açılması gibi insan da edimde bulunarak diğer bir tabirle oynayarak açılır. Her insanın oynamaya ihtiyacı ve hakkı vardır. Dahası yalnızca oyuncu olarak değil izleyici olarak da oynamak mümkündür. Bir başkasının oyunuyla varoluşun bir başka imkânını tanırız. Bu bilgelik insanların en temizleri olan çocuklarda mevcuttur. Çocuklar oyun alanı çevresinde bulunan yaşlılarını tanımasalar bile oyuna davet ederler, böylelikle hem dostluk geliştirir ve arkadaş olurlar hem de kendileri için daha güzel bir oyun ortaya koyma imkânı bulurlar. Oyuna katılan herkes kendi varlığının ve geniş anlamda tüm varoluşun açılması için bir imkândır. O hâlde yalnızca oynamamız değil, herkesi oyuna katmak için çabalamamız gerekir. Böyle bir bakışla diyebiliriz ki: Oyunbozanlık yapmadan, herkesin oyunda eğlenmesinin ve kendini keşfetmesinin yollarını arayarak adil bir toplum inşa edebiliriz. Adil toplum, herkesin oyuna katıldığı bir toplumdan başka bir şey değildir.

Çalışmamız oyun kavramının temel ve sembolik iki anlamı olduğunu ortaya koymuştur. Oyunun temel anlamı eğlenmek için oynanan oyundur. Bu kendiliğinden değerli bir şeydir ve kendi dışında bir amaç taşımaz. Oyunun bir de sembolik anlamı vardır. Bu sembolik anlam temel anlamını dışlamamaktadır. Sembolik anlamıyla oyun varoluşun bir oyun olduğunu, kâinatın her zerresinin tıpkı oyun gibi açıldığını ve neticede insanın da kendini var edecek her edimle açıldığını göstermektedir. Çalışmamız boyunca savunduğumuz “herkesi oyuna katmak” tabiri açıkça söylemek gerekirse herkesi hayata katmak ve herkesin varoluşunu açmasına imkân sunmak demektir.

Biz çalışmamızda tam da oyun kavramının ironik doğasına uygun bir tavır olacağını düşünerek bir oyunla adalet gibi çok ciddi bir meseleyi bir arada açıklamaya çalıştık. Bunun için oyun kavramını daha iyi anlamak ve oyun kavramının etrafında yürütülen adalet

tartışmasını somutlaştırmak amacıyla bir imkân olarak satranç oyununu tercih ettik. Satranç insanı sıradan dünyadan uzaklaştırmaya yarayan ve tek amacı kendi içinde olan bir oyundur. Satranç yarattığı kültürle birlikte gündelik olanın karşısına alternatif bir kurgu ve gayriciddi bir gerçeklik koyar. Böylece satranç Finnis'te temel iyi olarak yer alan ve her biri kendiliğinden değerli olan oyun, estetik tecrübe ve sosyallik için bir imkân taşır. Aynı zamanda satranç basit yapısı itibarıyla her yaştan, her toplumsal sınıftan insanın karşı karşıya gelebildiği, hiçbir bedensel engel tanımadan birbirlerine meydan okuma imkânı sağlayan bir oyundur. Bu yönüyle bir eşitlik provasıdır. Böylece tüm teorik arka plan ışığında yürüttüğümüz tartışma çerçevesinde adil bir toplumsal düzen inşa ederken yalnızca liberal değerlerden hareket etmenin eksik olacağı mütalaa edilmiştir. Dezavantajlı kişilerin Rawls'un toplumsal temel iyileri dışında da gayet temel ve insanî talepleri olabileceği ve bunları sağlamanın imkânlarını aramak gerekebileceği görülmüştür. Dezavantajlı kişiler de dahil olmak üzere hepimiz satranç masasının başında hatalarımızın ve tercihlerimizin kendimizden başka sorumlusu olmadığını bildiğimiz bir mesuliyeti üstlenerek eşitleniriz. Her bir tercihimizle kişiliğimizi satranç tahtası üzerinde var ederiz. Satranç -veya genel anlamıyla oynamak- her birimizin hayata ve topluma katılabileceği, dezavantajlara sahip olsak ya da olmasak da hatalarımızın mesuliyetini üstlenebileceğimiz ve toplumun tüm kesimlerinin katılımına açık ve hatta katılımını destekleyici bir özgürlükler ortamına örneklik teşkil etmesiyle adil bir hukuk sistemi için yol gösterici olabilir.

Dünyaya geldiğimizde bu dünyayı tanımıyorduk, hâlâ tanımıyoruz. Çeşitli oyunlar oynayarak dünyayı öğrendik, hâlâ oynamaya ve öğrenmeye devam ediyoruz. Dünyayı tanımanın tüm ciddi ve tumturaklı yollarının yanında ve ötesinde oyunla da dünyayı ve kendimizi keşfetmek için bir imkân bulabiliriz. Her açan çiçek, her doğan çocuk ve oyuna katılan her arkadaş bir umut ve başlı başına iyi bir şeydir. Kimseyi dışarıda bırakamayız. Ve belki oynadıkça dünyanın da bir oyun ve eğlenceden ibaret olduğunu kavrayabilir, birbirimizin oyununa tecavüz etmemeyi öğrenebiliriz.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi. “Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. VIII/1-2 (2004): s. 3-22.
- Aral, Vecdi. “Hukuk Felsefesinde Değer Rölativizmine Karşı Değer Objektivizmi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 40/1-4 (1974): s.521-52.
- Aral, Vecdi. “Hukuku Bilim Yapan Nedir?” içinde *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 6. Kitap*, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2003: s. 17-22.
- Aral, Vecdi. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Arıkan, Engin. *Doğal Hukukta Geleneğe Dönüş*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2024.
- Arıkan, Engin. *Sert Pozitivizm*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Aristoteles. *Nikomakhos’a Etik*. çev. Furkan Akderin, İstanbul: Say Yayınları, 2014.
- Aydoğdu, Burçin. “Aristotelesçi Eşitlik Kavramı ve Arkaplanı”. *Hukuk Kuramı* 8, 1 (2023): 31-65.
- Borges, Jorge Luis. “Babil Piyangosu”. İçinde *Ficciones: Hayaller ve Hikâyeler*, çeviren Tomris Uyar, İstanbul: İletişim Yayınları, 2017, s. 87-94.
- Cambridge Dictionary. “goods”. Dictionary. Cambridge Dictionary, Erişim 31 Ocak 2025. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-turkish/goods>.
- Celano, Anthony J. “Play and the Theory of Basic Human Goods”. *American Philosophical Quarterly* 28, 2 (1991): 137-46.
- Crisp, Roger, ed. *The Oxford Handbook of the History of Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Demir, Nazlı Hilal. “Yedi Temel İyi ve Kötünün Birlikteliği: John Finnis”. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10/2 (2020): s. 303-347.
- Diñç, Uğur. “Michael S. Moore’un Metafizik Realizm Temelli Doğal Hukukçu Yorum Kuramı”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Dursun, Yücel. *Oyunun Ontolojisi*. Ankara: Doğu Batı, 2019.
- Fine, Gary Alan. “Sticky Cultures: Memory Publics and Communal Pasts in Competitive Chess”. *Cultural Sociology* 7/4 (2013): p. 395-414.
- Fink, Eugen. “Mutluluğun Vahası: Oyunun Ontolojisi Üzerine Düşünceler (1957)”. içinde *Bir Dünya Sembolü Olarak: Oyun*, çev. Necati Aça, Ankara: Dost Kitabevi, 2015: s. 9-30.
- Fink, Eugen. *Bir Dünya Sembolü Olarak: Oyun*. çev. Necati Aça. Ankara: Dost Kitabevi, 2015.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Gadamer, Hans-Georg. *Hakikat ve Yöntem*. Çev. Hüsamettin Arslan ve İsmail H. Yavuzcan. Cilt 1. İstanbul: Paradigma Yayıncılık, 2008.
- Gibson, Arthur. *The Silence of God: Creative Response to the Films of Ingmar Bergman*. New York: Harper & Row, 1969.
- Golombek, Harry. *A History of Chess*. London: Routledge and Kegan Paul Press, 1976.
- Gözel, Ayşegül. “Orhon Yazıtlarında Edgü Kelimesinin Farklı Bir Kullanımı Üzerine”. *Türkbilgi*, 46 (2023): s. 15-20.
- Günel, Hüseyin. “Normatif Hukuki Pozitivizm ya da Hukuki Pozitivizmin Kıymeti”. *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28 (2023): s. 3-47.

- Gürler, Sercan. "Oyun ve Hukuk (Huizinga'da Oyun ve Kültürel Görünümleri)". *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (2016): s. 51-81.
- Gürler, Sercan. *Ahlâk ve Adalet: Çağdaş Ahlâk Felsefesi ve Sorunu*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- Heidegger, Martin. *Sanat Eserinin Kökeni*. çev. Fatih Tepebaşı. Ankara: De Ki Basım Yayım, 2011.
- Huizinga, Johan. *Homo Ludens: Oyunun Toplumsal İşlevi Üzerine Bir Deneme*. çev. Orhan Düz. İstanbul: Alfa, 2023.
- İşıktaç, Yasemin. "Bir Hukuk Tanımı Vermenin Zorunluluğu". *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan Özel Sayısı (2001): s. 127-32.
- İşıktaç, Yasemin. "Yeni Kantçı İstanbul Okulu". İçinde *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, ed. Fethi Gedikli. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014: s. 517-539.
- İşıktaç, Yasemin. *Hukuk Felsefesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Karakuş, Rahmi ve Şerefraz Akyaman. "Oynamak Ciddi Bir İştir: Gadamer Açısından Oyun ve Video Oyunları". *Beytulhikme* 10/1 (2020): s. 79-104.
- Kasparov, Garri ve Mig Greengard. *How Life Imitates Chess*. London: Arrow Books, 2008.
- Kymlicka, Will. *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*. Çeviren Ebru Kılıç. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2022.
- Lee, Patrick. "The New Natural Law Theory". İçinde *Natural Law Ethics*, ed. Tom Angier. Cambridge: Cambridge University Press, 2019: 73-91.
- Maccormick, Neil. "Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret (Kitap Değerlendirmesi: John Finnis, Doğal Hukuk ve Doğal Haklar)". Çeviren Şule Şahin Ceylan. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 64/3 (2015): s. 915-930.
- Metin, Sevtap. "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 62/1-2 (2004): s. 165-207.
- Murphy, Mark C. *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- Murphy, Mark C. "The Natural Law Tradition in Ethics". İçinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editör Edward N. Zalta, Summer 2019. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics/>.
- Murphy, Mark C. *Natural Law and Practical Rationality*. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Murray, John J. "The Role of Religion As a Basic Human Good in the Moral Theory of Germain Grisez". Doctoral Thesis, Pontifical University St. Patrick's Collage, 2009.
- Nietzsche, Friedrich. *Tragedyanın Doğuşu*. Çeviren Mustafa Tüzel. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2013.
- Özten, Buket. "Aristoteles'i Yeniden Düşünmek: Aristoteles'in Hukuk Anlayışı". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Platon. *Yasalar*. Çeviren Furkan Akderin. İstanbul: Say Yayınları, 2021.
- Puddephatt, Antony ve Gary Alan Fine. "Chess as Art, Science, and Sport". İçinde *A Companion to Sport*, editör David L. Andrews ve Ben Carrington, 390-404. Wiley, 2013.
- Qualia Computing. "Bobby Fischer (1972 World Chess Champion) On Why Chess is a Lousy Game and How to Save It | Qualia Computing". Erişim 31 Ocak 2025. <https://qualiacomputing.com/2022/07/25/bobby-fischer-1972-world-chess-champion-on-why-chess-is-a-lousy-game-and-how-to-save-it/>.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*. Rev. ed. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1999.

- Sağlam, Ali. “Modern Yargılama Süreçleri Bakımından Hukuk ve Oyun İlişkisine Bir Bakış”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 32/4 (2024): s. 2895-2910.
- Say, Saime. “Eugen Fink’in Oyun Kavramı”. Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Schiller, Friedrich. *Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen*. Stuttgart: Reclam, 1983.
- Şahin, Yunus. “Oğuz Atay’ın Eserlerinde Oyunun Varoluşsal İşlevi”. *Dede Korkut: Uluslararası Türk Dili ve Edebiyatı Araştırmaları Dergisi* 6/14 (2017): s. 154-167.
- Tokmak, Ase. “John Finnis’in Temel İyiler Kavramı”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Tollefsen, Christopher. “The Good of Play in John Finnis’s «Natural Law and Natural Rights»”. *Persona y Derecho* 83/1 (2020): p. 571-590.
- Tollefsen, Christopher O. “New Natural Law Theory | Natural Law, Natural Rights, and American Constitutionalism”. Erişim 05 Nisan 2025. <https://www.nlnrac.org/contemporary/new-natural-law-theory.html>.
- Topakkaya, Arslan. “Zaman Kavramı Bağlamında Platon-Aristoteles Karşılaştırması”. *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 13 (2012): 219-232.
- Tüccar, Nursel. “John Finnis’in Doğal Yasa Anlayışı”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Uslu, Cennet. “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar”. Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Weber, Max. *Sosyoloji Yazıları*. çev. Taha Parla. İstanbul: İletişim Yayınları, 2004.
- Yükselbaba, Ülker. *Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Zweig, Stefan. *Satranç*. çev. Ayça Sabuncuoğlu. İstanbul: Can Yayınları, 2012.

EXTENDED SUMMARY

“PLAY” AS A BASIC HUMAN GOOD: CAN PLAY BE A GUIDE TO JUST LAW?

Pirali Çağrı Şensoy, RA.

Recep Tayyip Erdogan University, piralicagri@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-3963-2972>

One of the prominent thinkers in contemporary legal philosophy is John Finnis. In his theory, Finnis identifies seven fundamental human goods, one of which is "play." The inclusion of play among these goods is often met with skepticism, particularly by those unfamiliar with the concept. However, play is not arbitrarily chosen; it has a broad philosophical background. In Turkish legal literature, Finnis is frequently cited, and some monographic studies and theses focus on his work. However, these works do not specifically examine play. In international literature, studies engage more extensively with Finnis's concept of play, yet no monographic work solely addresses this topic.

To avoid fundamental debates in legal philosophy, this study assumes that justice is both an essential element of law and its primary aim. Discussions on the relationship between law and justice are thus excluded. Based on this assumption, the study has three objectives: first, to identify Finnis's and play's place within justice debates; second, to provide a comprehensive analysis of play; and third, to explore whether play can guide the pursuit of a just legal system.

This study does not comprehensively analyze Finnis's legal approach but focuses on "play." Rather than examining Finnis's entire theory, it seeks to read the cultural, philosophical, and legal dimensions of play as a guiding principle for a just social order. To illustrate this, participation in play by disadvantaged individuals is examined as a practical problem, making this study unique.

Law consists of three dimensions: social, normative, and value-dimension. It is directed toward justice, which all societies and legal systems respect. However, justice is difficult to define, requiring both formal analysis of distribution methods and substantive analysis of what is distributed. Aristotle was the first to comprehensively study justice's form. In modern justice theories, John Rawls is central. He critiques classical equal opportunity doctrine and includes disadvantaged individuals in his justice framework. However, Rawls's theory relies on the "thin theory of the good" and seeks equality through "social primary goods" within a liberal framework. Finnis

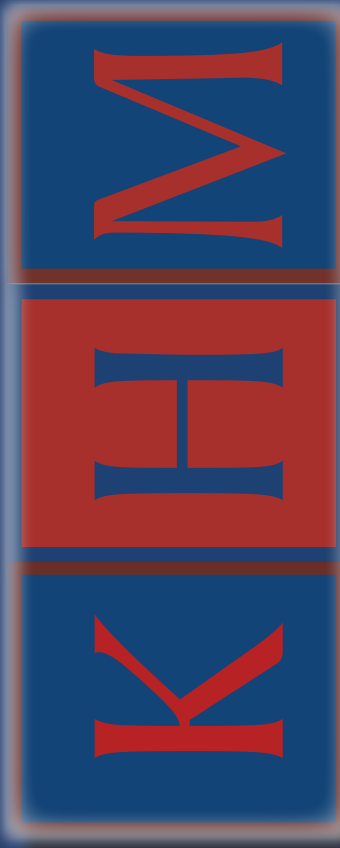
challenges this, arguing that fundamental goods go beyond social primary goods and includes play among them.

Play is a crucial theme in cultural and philosophy studies . Johan Huizinga, a key figure in this area, argues that play is not merely a cultural phenomenon but that culture itself is a form of play. He analyzes social institutions through this perspective. Philosophically, play relates to the meaning and purpose of life. Philosophers such as Heraclitus, Plato, Schiller, Nietzsche, Heidegger, and Gadamer—examined in this study—interpret life as a form of play. They propose that the world is a divine or cosmic game in which humans participate, engaging with both the world and themselves. Eugen Fink further develops this interpretation, seeing the world as a symbol of play.

Finnis, a leading figure in contemporary natural law, attributes a similar meaning to play. His central question is: "Why should I serve the common good?" He argues that God takes pleasure in human service to the common good. According to Finnis, friends value what their friends value, and to be God's friends, we must serve the common good. Play, in this context, is both a means of engaging with life's meaning and cultivating a relationship with God. At the same time, play is inherently valuable, pursued solely for enjoyment. Its philosophical meaning does not negate its intrinsic nature.

To further understand play and its relevance to justice, this study examines chess as an illustrative example. Chess detaches individuals from ordinary life and has an intrinsic purpose. It creates an alternative reality, fostering a playful and non-serious domain. Chess embodies Finnis's fundamental goods, including play, aesthetic experience, and sociability. Additionally, chess is accessible to people of all ages and social classes, allowing competition without physical limitations, making it a rehearsal for equality.

Through this discussion, the study concludes that constructing a just social order cannot rely solely on liberal values. Disadvantaged individuals may have fundamental human needs beyond Rawls's "social primary goods," and exploring ways to accommodate these needs is necessary. By integrating Finnis's concept of play into justice theory, this study highlights the importance of a broader understanding of fundamental goods in pursuing a just society.



CİLT / VOLUME 5
SAYI / ISSUE 1

• Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK, Ar. Gör. Sümeyye ERKALAN ÇOŞKUNSU ve Selin PARLAK
Türk ve İngiliz Hukukunda Kooperatifler ve Denetimi
Co-Operatives and Auditing in Turkish and English Law

• Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER
Kamusal Mekan ve Kamusallığın Dönüşümü
Transformation of Public Space and Publicity

• Dr. Öğr. Üyesi Mahmut EYLAN ve Öğr. Gör. Fatima KANDEMİR ERGÜN
Öğrenci Disiplin Hukukunda Zamanaşımı Müessesesi
Prescription in Student Disciplinary Law

• Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YORULMAZ
Yargıtay Kararları Işığında Sendika Şube Genel Kurulunun İptali Davalarında Taraf
Party in Cases of Annulment of the General Assembly of a Union Branch in the Light of Judicial Decisions

• Dr. Öğr. Üyesi Güray TÜRKER
Terekenin Tespiti İstemi ve Mirasın Hükmen Reddinin Tespiti Davasının Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun T. 22.09.2010 E. 2010/2-379 K. 2010/413 Sayılı Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi
Assessment of the Claim for the Determination of the Inheritance and the Lawsuit for the Determination of the Judicial Disclaim of the Inheritance within the Scope of the Decision of the Supreme Court General Assembly of Civil Chambers Numbered 22.09.2010 E.2010/2-379 K. 2010/413

• Dr. Öğr. Üyesi Gülen SOYARSLAN AKDEMİR
Uluslararası ve Ulusal Yönlüyle Organ Ticareti Suçu
The Crime of Organ Trafficking in National and International Contexts

• Dr. Eray ACAR
İnterlaken Süreci ve Daha Geniş Takdir Marjı Talebinin AİHM Kararlarına Yansımaları
Interlaken Process and the Reflections of the Wider Margin of Appreciation Claims on the ECHR Judgements

• Doç. Dr. Yasemin DURAK
Kat Mülkiyetinde Giderlerin ve Avansların Güvence Altına Alınması
Securing Expenses and Advances in Condominium Ownership

• Dr. Umut ACUN
Hacayoluyla Gerçekleştirilecek Uluslararası Taşımalarda Kural Tanımaz Yolcuya Müdahale
Measures to be Taken Against Unruly Passengers in International Carriage by Air

• Dr. Öğr. Üyesi Berkan HAMDEMİR
Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarında İhlal edilen Mülteci ve Sığınmacı Temel Hak ve Hürriyetleri
Fundamental Rights and Freedoms of Refugees and Asylum Seekers Violated in Individual Application Decisions of the Constitutional Court

• Prof. Dr. Ahmet AKMAN ve Dr. Mustafa ÜNAL
Regülasyon Kurulu Olarak Hisbe
Hisbah as a Regulation Institution

• Arş. Gör. Oğuzhan Mehmet ŞAHİN
Cicero ve Augustinus'ta İnsan Doğası ve Devlet
Human Nature and the State in Cicero and Augustine

• Dr. Efe Can KARABULUT
Ceza Adaleti Sisteminde Aktüeryal Risk Değerlendirme Araçları: COMPAS Örneği Üzerinden Bir Tartışma
Actuarial Risk Assessment Tools in the Criminal Justice System: A Discussion Through the Example of COMPAS

• Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL
2547 Sayılı Kanun Kapsamında Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması
Criminal Investigation of Higher Education Personnel under the Higher Education Law No: 2547

• Yrd. Doç. Dr. Haluk SARUHAN
Tapu Sicilinde Yanlışlıkların Düzeltilmesi
Correction of Errors in Land Registry Recorders

• Arş. Gör. Pırali Çağrı ŞENSOY
Temel Bir İnsani İyi Olarak "Oyun": Oynamak Adil Bir Hukuka Rehber Olabilir mi?
"Play" as a Basic Human Good: Can Play Be a Guide to Just Law?