

# SELÇUK HUKUK KONGRESİ III 2024

KAMU HUKUKU BİLDİRİLERİ

TAM METİN KİTABI

CİLT II

---

Editörler:

Doç. Dr. Alper UYUMAZ

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin TOKAT

Arş. Gör. Mehmet Cemil TÜRK

Arş. Gör. Murat AÇIL

Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA

Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU



# SELÇUK HUKUK KONGRESİ III 2024

CİLT II

KAMU HUKUKU TAM METİN KİTABI

## Editörler:

Doç. Dr. Alper UYUMAZ - Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin TOKAT - Arş. Gör. Mehmet Cemil TÜRK  
Arş. Gör. Murat AÇIL - Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA - Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU  
Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT - Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK - Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Bu kitapta yer alan çalışmalar yazarının kendi görüşünü yansıtmaktadır, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu görüşlerden sorumlu değildir.

ISBN: 978-625-371-318-8

Basım Sayısı: 1. Baskı, Mart 2024

Yayın No: 598

Beşeri Bilimler

Copyright 2024 NOBEL AKADEMİK YAYINCILIK EĞİTİM DANIŞMANLIK TİC. LTD. ŞTİ.

SERTİFİKA NO.: 40340

*Bu baskının bütün hakları Nobel Akademik Yayıncılık Eğitim Danışmanlık Ltd. Şti.ne aittir.  
Yayınevinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da  
fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltımı ve dağıtımı yapılamaz.*

Genel Yayın Yönetmeni : Nevzat Argun -nargun@nobelyayin.com-

Genel Yayın Koordinatörü : Gülfem Dursun -gulfem@nobelyayin.com-

Sayfa Tasarım : Mehmet Ateş -mehmetates42@gmail.com-

Kapak Tasarım : enna

## Kütüphane Bilgi Kartı

### SELÇUK HUKUK KONGRESİ III 2024

1. Basım, vi + 588s., 16x24 cm. Kaynakça var, dizin yok.

## Genel Dağıtım

### ATLAS AKADEMİK BASIM YAYIN DAĞITIM TİC. LTD. ŞTİ.

**Adres:** Bahçekapı Mh. 2465 Sk. Oto Sanayi Sitesi No.:7 Bodrum Kat, Şaşmaz/ANKARA

**Telefon:** +90 312 278 50 77 - **Faks:** 0 312 278 21 65

**Sipariş:** siparis@nobelyayin.com- **E-Satış:** www.nobelkitap.com – esatis@nobelkitap.com

www.atlaskitap.com – info@atlaskitap.com

**Dağıtım ve Satış Noktaları:** Alfa, Kırmızı Kedi, Arkadaş, D&R, Dost, Kika, Kitapsan, Nezih, Odak, Pandora, Prefix, Remzi

**Baskı ve Cilt:** Ada Matbaacılık Yayın San. Tic. Ltd. Şti. Sertifika No.: 44093

Ostim OSB Mh. 1578 Cd. No.: 21 Yenimahalle/ANKARA1025

# İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	iii
İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUK .....	1
<i>Prof. Dr. Ergin ERGÜL</i>	
KAMU GÖREVLİLERİNİN MALİ SORUMLULUĞU KONUSUNDA ZORUNLU HİZMET SİGORTASI ÖNERİSİ .....	57
<i>Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM</i>	
İSLAM HUKUKUNDA ÜCRETLE KEFALET .....	71
<i>Doç. Dr. Melikşah AYDIN</i>	
PONZİ SİSTEMİ CEZALANDIRILABİLİR Mİ?.....	91
<i>Doç. Dr. Murat AYDIN</i>	
SOSYAL MEDYA VE SOYKIRIMA KIŞKIRTMA: BİR ULUSLARARASI HUKUK DEĞERLENDİRMESİ .....	115
<i>Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ</i>	
ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NA YAPILAN SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI SÖZLEŞMESİ'NİN GAZZE ŞERİDİ'NDE UYGULANMASI BAŞVURUSUNUN, ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN OLASI SONUÇLARI VE ETKİLERİ.....	163
<i>Dr. Öğr. Üyesi Tacettin ÇALIK</i>	
MÜDAHİLİN TEK BAŞINA KANUN YOLUNA BAŞVURMASINA İLİŞKİN DANIŞTAY İÇTİHAHLARI BİRLEŞTİRME KURULUNUN ESAS 2021/4 VE KARAR 2023/1 SAYILI 03.02.2023 TARİHLİ KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME .....	185
<i>Dr. Öğr. Üyesi Asuman ÇAPAR</i>	

ANAYASAL YORUMDA “YAŞAYAN HUKUK” DOKTRİNİ.....	215
<i>Dr. Öğr. Üyesi Pınar DİKMEN</i>	
ANAYASA MAHKEMESİ’NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI BAKIMINDAN DERECE MAHKEMELERİ İLE İLİŞKİSİ.....	241
<i>Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ</i>	
OSMANLI HUKUKUNDA BORÇ İÇİN HAPİS.....	271
<i>Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER</i>	
4483 SAYILI KANUNA GÖRE İZİN VERMEYE YETKİLİ MERCİ İLE ÖN İNCELEME İLE GÖREVLENDİRİLEN KİŞİLERİN GÖREV VE YETKİLERİ305	
<i>Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul ÜNAL</i>	
TEMEL BİR İNSAN HAKKI MI YOKSA BİR LÜKS MÜ? HÜKÜMLÜLERİN İNTERNETE ERİŞİM HAKKININ AİHM KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ.....	329
<i>Arş. Gör. Dr. Ezgi ÇIRAK KARALI</i>	
THE 2nd GLOBAL REFUGEE FORUM: THE ROAD AHEAD.....	359
<i>Res. Asst. PhD. Gökçe KONYALI</i>	
SÖYLER KARARI MUSA KAYA KARARINA KARŞI: MAHPUSLARIN OY HAKKINDA AŞIL(A)MAYAN EŞİK.....	381
<i>Arş. Gör. Dr. Seda ÖZKAN</i>	
İFADE ALMA İŞLEMİNE İLİŞKİN POZİTİF USUL KURALLARI VE İHLALİ.....	401
<i>Dr. Mahmut GÖKPINAR</i>	
KAMU HUKUKU TÜZEL KİŞİLİĞİ KRİTERLERİ ÇERÇEVESİNDE: ‘DARÜLACEZE’ .....	427
<i>Dr. Mücahit GÜLŞEN</i>	

BİLİŞİM SİSTEMLERİ YOLUYLA HAKSIZ ÇIKAR SAĞLAMA (TCK md. 244/4).....	455
<i>Dr. Mustafa LİMONCU</i> .....	455
TOPLUMSAL CİNSİYET VE HUKUK BAĞLAMINDA ÇİFT CİNSİYETLİLERİN ASKERLİK HİZMETİNİ YÜRÜTMESİ .....	485
<i>Arş. Gör. Muhammed Ali AKAY</i>	
BİR SELF-HELP YOLU OLARAK KARŞI ÖNLEMLER VE BU ÖNLEMLERDEN ETKİLENMEYECEK YÜKÜMLÜLÜKLER.....	507
<i>Arş. Gör. Ayla KAYA ÇALIŞKAN</i>	
1982'DEN GÜNÜMÜZE BÜTÜNCÜL ANAYASA TASLAKLARINDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YETKİLERİ ÜZERİNE MÜLAHAZALAR.....	537
<i>Barkın ÖZYURT</i>	
ULUSLARARASI HUKUK BOYUTUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN YASAL DÜZENLEMELERİ .....	561
<i>Amid HACİZADE</i>	
ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA "YABANCILARIN TOPLU SINIR DIŞI EDİLMESİ" KAVRAMININ İNCELENMESİ .....	575
<i>Nazrin RZAYEVA</i>	



# İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE HUKUK

Prof. Dr. Ergin ERGÜL\*

## ÖZET

İklim değışikliği, son yıllarda küresel gündemin önemli konularından biri haline gelmiştir. Zira küresel bir köye dönüşen dünyamızda iklim değışikliği ve bu duruma yol açan insan faaliyetleri, tüm insanlık ailesini ve gelecek nesilleri etkileyen büyük sorunlara yol açmaktadır. Bu geniş kapsamlı ve çok boyutlu sorun, birçok bilimsel disiplinle birlikte, hukuk alanını da etkilemektedir. Hukuk, kuşkusuz iklim değışikliği gibi çok boyutlu küresel sorunlarla mücadelede önemli bir rol oynar. Bu karmaşık sorunun çözümünde sadece hukuki tedbirler yetersiz kalırken, hukukun katılımı olmaksızın da başarı şansı bulunmamaktadır.

Çalışma, iklim değışikliği ve hukuk etkileşimini bütüncül bir bakışla ortaya koymayı amaçlamakta; bu amaç doğrultusunda ulusal ve uluslararası literatür ışığında iklim değışikliği olgusu ile bununla bağlantılı iklim adaleti, iklim davaları ve sürdürülebilirlik gibi kavramların ulusal ve uluslararası hukuku nasıl etkilediğini ele almaktadır. Bunun yanı sıra, iklim istikrarını sağlamayı amaçlayan hukuki düzenlemelerin nitelik, kapsam ve amaçları ortaya konulmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Birliği (AB) bağlamında uluslararası hukuki düzenlemeler yanında, “iklim mevzuatı” olarak ifade edilen karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler de ele alınmaktadır. İklim değışikliğinin anayasası sayılan “BM İklim Değışikliği Sözleşmesi” (BMİDÇS) ve buna dayanan “Paris Anlaşması” ve “AB İklim Yasası” gibi düzenlemeler, çoğunlukla uluslararası çevre hukuku ve ulusal çevre hukukları çerçevesinde ele alınsa da, anayasa hukuku, insan hakları hukuku, idare hukuku, imar hukuku ve ceza hukuku gibi birçok hukuk dalını da etkilemektedir.

Ulusal ve uluslararası ölçeklerde yeni gelişen iklim davaları kategorisi uluslararası ve ulusal yargı mercileri ile insan hakları mekanizmaları önündeki baş-

---

\* Prof. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Türkiye, e-posta: ergin.ergul@ankaramedipol.edu.tr\_ORCID: 0000-0002-6974-6594.

vuruları içerecek şekilde incelenmektedir. Ayrıca geçmişte çevrenin anayasallaşması olgusuna benzer şekilde gelişmekte olan iklimin anayasallaşmasına ve iklim anayasacılığı gelişmelerine dikkat çekilmekte; hâlihazırda anayasalarında iklim ve iklim değişikliği kavramlarına yer veren ülkelerin düzenlemeleri verilmektedir. Son yıllarda artan şekilde “İklim Kanunu” ya da “İklim Değişikliği Çerçeve Kanunu” adları altında çıkarılan ulusal iklim mevzuatı Birleşik Krallık, Almanya, Fransa, İspanya ülke örnekleri üzerinden incelenmektedir. Bu yasalar uluslararası hukuk metinlerine benzer şekilde sera gazı emisyonlarının azaltılması, iklim uyumu ve finansman gibi konuları kapsamaktadır. Bunun yanı sıra karbon vergileri, yenilenebilir enerji hedefleri ve emisyon ticareti sistemleri gibi çeşitli araçları içerebilmektedir. Ayrıca uluslararası alandaki hukuki gelişmelerin iç hukukumuzda yansımaları da ele alınmaktadır. Ardından tüm bu gelişmelerin çevre hukukundan ayrı bir hukuk disiplini olarak iklim hukukunun ortaya çıktığı şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunun cevabı verilmektedir. Son olarak ise iklim değişikliği ve hukuk etkileşimi açısından önümüzdeki süreçte uluslararası ve ulusal hukuk bağlamında geleceğe yönelik öneriler getirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İklim değişikliği, İklim adaleti, İklimin anayasallaşması Çevre ve iklim hukuku.

## CLIMATE CHANGE AND LAW

### ABSTRACT

Climate change has become one of the significant topics on the global agenda in recent years. As our world becomes a global village, climate change and the human activities leading to it pose significant problems affecting the entire human family and future generations. This wide-ranging and multi-dimensional issue affects many scientific disciplines, including the field of law. Law is crucial in combating multi-dimensional global issues like climate change. While legal measures alone are insufficient in solving this complex issue, success is unattainable without the involvement of law.

The study aims to present a holistic view of the interaction between climate change and law; towards this goal, it examines how the phenomenon of climate change and related concepts such as climate justice, climate lawsuits, and sustainability affect national and international law, in light of national and international literature.. The characteristics, scope, and objectives of legal regulations to maintain climate stability are outlined. This includes international legal regula-



tions in the context of the United Nations (UN) and the European Union (EU), as well as regulations in comparative law referred to as "climate legislation." Regulations such as the "UN Framework Convention on Climate Change" (UNFCCC), the "Paris Agreement," and the "EU Climate Law" are primarily considered within the scope of international environmental law and national environmental laws but also affect various branches of law, including constitutional law, human rights law, administrative law, zoning law, and criminal law.

The emerging category of climate litigation on national and international scales is examined, including applications before international and national judicial bodies and human rights mechanisms. Attention is also drawn to the constitutionalization of climate, similar to the past phenomenon of environmental constitutionalization, highlighting developments in climate constitutionalism and the regulations of countries that currently include climate and climate change concepts in their constitutions. Recent national climate legislation, such as "Climate Law" or "Climate Change Framework Law," issued under these titles in countries like the United Kingdom, Germany, France, and Spain, is analyzed. Similar to international legal texts, these laws cover issues like reducing greenhouse gas emissions, climate adaptation, and financing and may include various tools such as carbon taxes, renewable energy targets, and emission trading systems.

The impact of international legal developments on our domestic law is also addressed. The paper then explores whether all these developments can be considered the emergence of climate law as a separate legal discipline from environmental law. Finally, it offers future-oriented suggestions regarding the interaction between climate change and law in the context of international and national law.

**Keywords:** Climate change, Climate justice, Constitutionalization of climate, Environmental and climate law.

## GİRİŞ

İklim değişikliği, günümüzde sıklıkla üzerinde durulan, sayısız bilimsel araştırmaya konu olan ve hükümetlerarası düzeyde en çok tartışılan küresel değişiklik konularının başında yer almaktadır<sup>1</sup>. Küresel bir

---

<sup>1</sup> TÜRKEŞ, Murat: Küresel İklim Değişikliği: Nedenleri, Sonuçları ve İklim Diplomasisi, Bilgin, Adem/Gökkır, Betül/ Erpul, Günay (Editörler), Çevre Diplomasisi ve Türkiye, İmge Yayınevi, Ankara 2023, s.335.

köye dönüşen dünyamızda iklim değişikliği ve bu duruma yol açan insan faaliyetleri, tüm insanlık ailesini ve gelecek nesilleri etkileyen büyük sorunlara yol açmaktadır.

Küresel ölçekteki yayılımı ve etkisi açısından iklim değişikliği, en başta antropologlar, arkeologlar, ekonomistler, genetikçiler, coğrafyacılar, tarihçiler, hukukçular vb. bilim insanlarını disiplinler arası perspektifler eşliğinde harekete geçirmiştir. İklim değişikliğinin yüklerinin gerek ulusal gerek uluslararası planda adaletsiz dağılımı, iklim adaleti kavramını insanlığın gündemine taşımıştır. Tüm çok boyutlu küresel sorunlarla mücadelede olduğu gibi hukuk bu adaletsizliğin giderilmesi ve iklim değişikliğine yol açan sorunlarla mücadelede etkili bir araç olarak görülmektedir.

1970'lerden itibaren, hem uluslararası hem de ulusal hukuk sistemlerinde 'Çevre Hukuku' disiplininin doğuşunu ve 'çevrenin anayasallaşmasını' tetikleyen türden bir gelişme, son yıllarda 'İklim Değişikliği' çevresinde gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, hukuk ve özellikle uluslararası hukukun bu küresel soruna uyum sağlaması gerekliliği baş göstermektedir. Söz konusu gelişmeler, çoğunlukla uluslararası çevre hukuku ve ulusal çevre hukukları çerçevesinde gerçekleşiyor olsa da, anayasa hukuku, insan hakları hukuku, idare hukuku, imar hukuku ve ceza hukuku gibi birçok hukuk dalını da etkilemektedir. Bir yandan, uluslararası düzeyde iklim adaletine yönelik çabalar artarken, diğer yandan anayasalara iklim ve iklim değişikliği kavramlarının dâhil edilmesine, ayrıca müstakil iklim kanunlarının çıkarılmasına şahit olunmaktadır.

Öte yandan uygulamada iklim adaletsizlikleriyle mücadelede önemli rol üstlenen Sivil Toplum Kuruluşları (STK) aracılığıyla ulusal ve uluslararası yargı organları önünde "iklim davaları" denilen bir dava kategorisi ortaya çıkmıştır. Bu davaların bir kısmı başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) olmak üzere uluslararası yargısal organlar önüne taşınmıştır.

Çevre alanında olduğu gibi iklim adaletsizliklerinin giderilmesi, etkilerinin hafifletilmesi bir bütün olarak insanlığın sorunu ve günümüz

neslinin gelecek nesillere karşı ödev ve sorumluluğudur. Bu sorumluluğun yerine getirilmesi için uluslararası dayanışma, ulusal ve uluslararası alanlarda siyasi, ekonomik, hukuki tedbirlerin alınması kaçınılmaz bir gerekliliktir. Bu çok yönlü sorunla mücadele sırf hukuku tedbir ve araçlarla başılamayacağı gibi hukuk devreye alınmadan da başarı şansı bulunmamaktadır.

Bu alanda hukukun rolü özellikle önem taşımaktadır. İklim değişikliği gibi büyük sorunlar, köklü değişimler gerektirir ve bu yüzden de sistem düzeyinde ele alınmalıdır. Değişim için sosyal hareketler, politika ve ekonomi gibi birçok farklı yöneme ihtiyaç vardır. Bu yöntemler arasında hukuk, hem davranışları hem de uzun vadede toplumsal kuralları değiştirebilecek güçlü bir araçtır. Zira hukukun en temel işlevi adaleti sağlamaktır. Adaletsizliğin söz konusu olduğu durumlarda, hukuk bunun hesabını sorabilir ve zamanla toplumda daha büyük değişikliklere yol açabilir.

Türkiye, iklim değişikliği konusundaki iradesini ve kararlılığını, BMİDÇS ve bu Sözleşmenin 2020 sonrası uygulama aracı olan Paris Anlaşması'nı onaylayarak, ayrıca Çevre ve Şehircilik Bakanlığını "Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı" olarak yeniden yapılandırarak göstermiştir. İlerleyen süreçte, uluslararası hukuktaki gelişmelerin ve çevre ve iklim teknoloji ve mekanizmalarının gelişiminin takip edilmesi yanında iç hukukumuzda da mevzuat ve kurumsal çerçevede gereken hukuki ve siyasi uyum adımlarının atılması önem arz etmektedir.

## I. İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ

### A. Kavram, Olgu ve Sorun

BM'ye göre, iklim değişikliği "sıcaklık ve hava modellerindeki uzun vadeli değişiklikleri" ifade eder<sup>2</sup>. BMİDÇS'nin 1. maddesindeki "Tanımlar" bölümünde ise, iklim değişikliği, "doğal iklim değişikliğine ek olarak, insan faaliyetleri sonucu küresel atmosferin bileşimini doğrudan veya dolaylı olarak bozan değişiklik" olarak tanımlanmıştır.

<sup>2</sup> NATIONS UNIS: En quoi consistent les changements climatiques ?<https://www.un.org/fr/climatechange/what-is-climate-change> (Erişim Tarihi: 28.12.2023).

Sosyal, ekonomik, su kaynakları, enerji, tarım ve sanayi alanındaki insan faaliyetlerinde enerji kaynağı olarak ihtiyaç duyulan fosil kökenli enerji kaynaklarının kullanılması sonucunda karbondioksit ve metan gibi sera gazlarının atmosfere salınımı sonucunda atmosferin alt tabakası olan troposferin kimyasal bileşenleri değişmektedir. Buna bağlı olarak iklim değişikliği ve değişkenliği ortaya çıkmaktadır<sup>3</sup>.

Son yıllarda iklim değişikliği, modern hayatın her alanında en çok tartışılan konulardan biri haline gelmiştir. Bu sorun, dünya genelinde ciddi çevresel, ekonomik ve sosyal etkilere neden olarak önemli bir küresel mesele olarak görülmektedir.

Tarih boyunca iklim değişiklikleri doğal süreçlerle meydana gelmiş olsa da, son yıllarda insan faaliyetlerinin iklim değişikliği üzerindeki etkisi giderek daha belirgin hale gelmiştir. Bu durum, insan kaynaklı iklim değişikliklerini dünya çapında artan bir endişe konusu yapmaktadır<sup>4</sup>. Geçmişte, doğal iklim değişimleri insanların sosyoekonomik ve günlük yaşamlarını etkilemekteydi, ancak yaklaşık son 150 yıldır insanlar da doğal olmayan yollarla çevrelerine ve özellikle iklim üzerine etki etmeye başlamıştır<sup>5</sup>.

1950'li yıllardan bu yana iklim değişikliği nedeniyle gözlemlenen birçok olay, binlerce yıl boyunca görülmemiş düzeyde gerçekleşmiştir. Atmosferin, yeryüzünün ve okyanusların ısınması, kar ve buz miktarının azalması ve deniz seviyesinin yükselmesi bu olayların en belirgin örneklerindedir<sup>6</sup>.

İklim değişikliği, aşırı hava olaylarına, ortalama yüzey sıcaklıklarındaki artışa, şiddetli ve düzensiz yağışlara, sel ve heyelanlara, aşırı kuraklıklara ve orman yangınlarına yol açmaktadır<sup>7</sup>. Bu çeşitli iklim olayla-

<sup>3</sup> ŞEN, Zekai: "İklim Değişikliği ve Türkiye", Çevre Şehir ve İklim Dergisi, 1 (1), 2022, s.1.

<sup>4</sup> ROSCHMANN, Christian (Çeviren: Fırat, Engin): "İklim Değişikliği ve İnsan Hakları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70 (2022), s.1157.

<sup>5</sup> ŞEN, s.3.

<sup>6</sup> ARI, İzzet: İklim Değişikliği Kaynaklı Afetlerde Risk yönetimi, Türkiye İçin Kurumsal Politika Önerileri, Karabacak, Hakan (Editör), Uzmanların Kaleminden Farklı Boyutlarıyla Risk ve Risk Yönetimi, Gazi Kitabevi, Ankara 202, s.253.

<sup>7</sup> ARI, s.249.

rının ortak bir sonucu doğal kaynakların kalitesinin zarar görmesi ve biyolojik çeşitliliğin tükenmesidir. Genel olarak, iklim değişikliği dünyadaki yaşam için ciddi bir endişe kaynağıdır. Küresel ısınma mevsimlerin değişmesine ve bunun sonucunda bitki ve hayvan türlerinin zayıflamasına, ekosistemlerin işleyişinin bozulmasına ve türlerin uyum sağlama güçlüklerine yol açmaktadır<sup>8</sup>. Dolayısıyla, küresel ısınmanın, endüstri öncesi döneme (1850-1900) kıyasla 2°C ile sınırlandırılması, iklim sisteminde ani ve geri dönüşümsüz felaketlere yol açabilecek değişikliklerin önlenmesi için gereklidir<sup>9</sup>

İklim değişikliğinin en büyük nedenlerinden biri, sera gazlarının yayılması ve aynı zamanda ozon tabakasının incelmesidir. Bu iki faktör arasında güçlü bir bağlantı bulunmaktadır: Ozon tabakasının incelmesi, aynı zamanda küresel ısınmaya büyük katkı sağlayan temel bir faktördür ve sera gazları da ozon tabakasının incelmeye yol açar. Bunun yanı sıra, azot oksitleri, karbon monoksit ve aerosoller gibi kaynak gazları da ozon tabakasının incelmesinin diğer nedenleridir. Sera gazlarının ve diğer ozon tüketici maddelerin atmosfere salınımı, temel olarak fosil yakıtların kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Diğer yandan, küresel ısınmanın önemli bir nedeni ormansızlaşmadır. Ormanlar, karbondioksiti emen ve parçalayan birer yutak olarak görev yaparken, ormansızlaşma iklim değişikliğine yol açar<sup>10</sup>. Çünkü ormanlar, atmosferdeki karbondioksitin doğal olarak parçalanmasına yardımcı olan karbon depolama görevi görürler. Bu nedenle orman tahribatı da iklim değişikliğine neden olur. Ayrıca, orman tahribatının neden olduğu asit yağmuru, sera etkisi ve ozon tabakasının incelmelerinden sorumlu olan aynı maddeleri içerir<sup>11</sup>.

İklim değişikliği üzerinde etkili olan insan faaliyetlerinden kaynaklanan iki tür olay vardır. Birincisi, tedrici olarak tanımlanabilecek, küresel

<sup>8</sup> **DRIF**, Hana: "La survie de l'État face au changement climatique", *Revue de Droit International D'Assas*, Numéro 3, 2020, s.10.

<sup>9</sup> **KAYA**, Yasemin: "Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek", *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 14 / 54 (Haziran2017), s.89.

<sup>10</sup> **ROSCHMANN**, s.1158.

<sup>11</sup> **CHANDRAN**, Rudra: *Concept of Climate Justice* (September 4, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3686721>, s.2.

ısınmayla bağlantılı olaylardır; bunlar çoğunlukla insan kaynaklı kirlilikten kaynaklanır ve zamanla ilerler (yükselen deniz seviyeleri, ortalama sıcaklıklardaki artış vb.). İkincisi ise, insan faaliyetlerinden kaynaklanan, ekosistemlerin ve iklimin yaşamını önemli ölçüde değiştirebilen aşırı kirlilik olaylarıdır. Bunlara örnek olarak petrol sızıntıları ve nükleer santral patlamaları (Çernobil veya Fukushima gibi) verilebilir. Bu olaylar doğanın “doğal” olgular yoluyla ifade ettiği, insan faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan bozulmalardır<sup>12</sup>.

Günümüzde, iklimle ilgili riskler oldukça önemli olup ekosistemlere, insani sistemlere, insan haklarına, sağlığa, güvenliğe ve çevreye verilen zararı kapsamaktadır. “Küresel İklim Riski Endeksi 2021” çalışmasına göre 2000 ile 2019 yılları arasında iklim değişikliği kaynaklı 475.000’den fazla can kaybı yaşanmış, mali açıdan ise 2,56 trilyon ABD Doları ekonomik kayıp oluşmuştur<sup>13</sup>.

## B. İklim Krizi ve İklim Güvenliği

İklim değişikliği, yerinden edilme, göç artışı ve doğal kaynaklara yönelik rekabet gibi zincirleme etkiler yaratmaktadır. Bu durum, gıda, su ve geçim kaynaklarının güvenliğini daha da kötüleştirme potansiyeline sahiptir. Bunlar, bir ülke veya bölgede gerilimi ve istikrarsızlığı artırabilecek sonuçlar doğurabilir. Ayrıca, iklim değişikliğinin etkileri, mevcut şiddetli çatışmaları daha da kötüleştirir veya bu çatışmaların süresini uzatabilir. Bu durum, iklim eylemlerinin uygulanmasını, barışın kurulmasını ve sürdürülmesini zorlaştırabilir. Bu bağlamda, iklim değişikliği ile ilgili sıklıkla gündeme gelen 'iklim krizi' ve 'iklim güvenliği' gibi kavramlar ön plana çıkmaktadır. Bu kavramlar, BM Kalkınma Programı'nın (UNDP) İklim Sözlüğünde detaylı bir şekilde açıklanmaktadır<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> DRIF, s.10.

<sup>13</sup> BİRPINAR, Mehmet Emin: “Küresel Sorun: İklim Değişikliği Gelişimi, Uluslararası Müzakereler ve Türkiye”, Çevre Şehir ve İklim Dergisi, 1 (1), s.25.

<sup>14</sup> UNDP: Le Dictionnaire du Climat: un guide pratique sur le changement climatique <https://climatepromise.undp.org/fr/news-and-stories/le-dictionnaire-du-climat-un-guide-pratique-sur-le-changement-climatique> (Erişim Tarihi: 15.12.2023). 2023 yılında internet ortamında yayımlanmaya başlanan sözlük Fransızca, İngilizce, İspanyolca ve Arapça versiyonlara sahiptir.

Buna göre; iklim krizi, küresel iklimde meydana gelen veya olması muhtemel ciddi sorunları ifade eder. Hava olaylarının şiddetlenmesi, doğal afetlerin artması, okyanus asitlenmesi, deniz seviyesinin yükselmesi, biyoçeşitlilik kaybı, gıda ve su güvensizliği, sağlık riskleri, ekonomik çalkantılar, nüfus yer değiştirmeleri ve hatta şiddetli çatışmalar, iklim krizinin önemli sorunları arasındadır. 1800'lü yıllardan bu yana dünyanın ortalama sıcaklığı yaklaşık 1,1°C artmış ve bu artış birçok bölgede önemli hasarlara yol açmıştır. Bilim insanları, 1,5°C'nin üzerindeki bir sıcaklık artışının birçok değişikliği geri döndürülemez hale getirebileceğini ve medeniyet için ciddi tehditler oluşturabilecek kritik eşikleri aşacağını tahmin etmektedir. Bu nedenle hükümetlerin, sera gazı emisyonlarını radikal bir şekilde azaltmak, net sıfır emisyon hedefine ulaşmak için bir yol haritası belirlemek, iklim değişikliğinin kaçınılmaz etkilerine uyum sağlamak ve doğal ekosistemleri koruyup rehabilite etmek için acil harekete geçmesi gerekmektedir.

Öte yandan, insan faaliyetleri, son iki yüzyılda Dünya'nın ortalama sıcaklığının yaklaşık 1,2°C artmasına neden olmuştur; bu ısınmanın çoğu 1975'ten bu yana gerçekleşmiştir. Sıcaklık artışlarının insan toplulukları, doğal yaşam ve dünyanın çeşitli bölgelerindeki ekosistemler üzerindeki ciddi etkileri şimdiden görülmektedir. Üç milyardan fazla insan iklim krizine karşı savunmasız bölgelerde yaşamakta ve bu durum düşük gelirli ülkeleri orantısız bir şekilde etkilemektedir.

İklim değişikliği, yaşam ve sağlık üzerindeki en büyük tehditleri oluşturmaktadır. İklim değişikliği, doğrudan yaşamı yok etmese de, insanların yaşam alanlarını ve tarımsal dayanaklarını ortadan kaldırarak, geçim kaynaklarını tehlikeye atmaktadır. Artan sıcaklıklar nedeniyle su kaynakları kurumakta, bitkiler ve otlaklar yok olmakta ve sonuç olarak insanlar açlık nedeniyle hayatlarını kaybetmektedirler<sup>15</sup>

UNDP İklim sözlüğüne göre; "iklim güvenliği" kavramı ise, iklim değişikliğinin ulusal ve uluslararası güvenlik üzerindeki etkilerini ve bu etkilerin yönetilmesini ifade etmektedir. Bu terim, genellikle iklim deği-

---

<sup>15</sup> ROSCHMANN, s.1166.

şikliğinin doğrudan ve dolaylı sonuçlarının - örneğin doğal afetler, gıda ve su kaynakları üzerindeki baskı, göç, sağlık sorunları ve çatışmalar - topluluklar, ülkeler ve bölgeler üzerinde yarattığı güvenlik risklerini kapsamaktadır. Bu kavram, iklim değişikliğinin sadece bir çevre sorunu değil, aynı zamanda karmaşık sosyal, ekonomik ve güvenlik sorunlarına yol açan çok boyutlu bir meydan okuma olduğunu vurgulamaktadır.

İklim değişikliği ve etkenleri, devlet sınırlarını aşan bir nitelik taşıyor ve ayırım gözetmeksizin ülkeleri etkiler. Devlet, kurucu unsuru olduğu ülke ile ilk etkilenen bölge konumundadır. Gerçekte, devleti oluşturan üç temel unsur -ülke, nüfus ve iktidar- iklim değişikliğinin tehditlerine maruz kalmaktadır<sup>16</sup> Nüfus açısından bakıldığında, iklim değişikliği, devletin varlığına ve istikrarına etki eden kartopu etkisi yaratabilir. Özellikle, iklim değişikliği sonucunda ülkede yaşanan yerleşim yerlerinin kaybı, nüfusta önemli demografik değişimlere ve iklim göçlerine yol açabilir<sup>17</sup>.

## II. İKLİM ADALETİ

İklim değişikliği, dünya genelinde adalet sorunlarına yol açan bir sorundur. "İklim adaleti" kavramı, iklim değişikliğinin söz konusu adil olmayan sonuçlarına odaklanmaktadır. Bu terim ilk olarak 1999 yılında kullanılmaya başlanmıştır. Eğer bir politika veya eylem, zengin ülkelere faydalanmasına neden olurken, zararlarını daha fakir ülkeler çekiyorsa, bu politika veya eylem adil olarak kabul edilemez. İklim değişikliği, adaletsizliğe katkıda bulunur, çünkü iklim değişikliğinin etkileri en çok, bu soruna en az katkıda bulunan insanları etkiler. Bu etkiler, iklim değişikliğinin neden olduğu sorunların yükünün daha çok yoksul insanlar üzerine binmesi ve aynı zamanda yakıt yoğun ekonomik kalkınmanın faydalarını görememeleri nedeniyle ortaya çıkmaktadır<sup>18</sup>.

UNDP İklim Sözlüğüne göre; "İklim adaleti", hakkaniyet ve insan haklarını iklim değişikliğiyle ilgili karar alma ve eylem süreçlerinin merkezine yerleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu kavramın bir boyutu, ülke-

---

<sup>16</sup> DRIF, s.10.

<sup>17</sup> DRIF, s.15.

<sup>18</sup> CHANDRAN, s.3.



ler arasındaki iklim krizine ilişkin eşitsiz tarihsel sorumluluğa işaret etmektedir. İklim adaleti, sera gazı emisyonlarını en fazla üreten ve bu faaliyetlerden ekonomik olarak faydalanan ülkelerin, endüstrilerin ve işletmelerin, özellikle en savunmasız topluluklarda iklim değişikliğinin etkilerini hafifletmek için sorumluluk alması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, iklim değişikliğiyle mücadelede, ırk, etnik köken, cinsiyet ve sosyoekonomik durum gibi yapısal eşitsizlikler göz önünde bulundurulurken, sorumlulukların adil bir şekilde dağıtılması gerekmektedir. Bu dağılım, en büyük sorumluluğun iklim krizine en çok katkı sağlayan ve bundan en fazla faydalanan gruplara yüklenmesini gerektirmektedir.

Bu kavram, iklim değişikliğinin adaletsiz sonuçları bağlamında, özellikle sivil toplum ve vatandaşlar tarafından devletlere veya şirketlere karşı yürütülen davalar aracılığıyla gündeme gelmektedir. İklim krizinin ekonomik büyüme, sanayileşme, kapitalizm ve sömürgecilik gibi faktörlerin birleşimi sonucu ortaya çıktığını ve bu bağlamda krizin köklerinde pek çok eşitsizlik ve adaletsizliğin bulunduğunu vurgulamaktadır<sup>19</sup>. Dolayısıyla, iklim değişikliğinin ortaya çıkardığı sosyo-ekonomik eşitsizlikler nedeniyle, iklim adaleti kavramının doğrudan sosyal adalet fikrinden ilham aldığı söylenebilir. Dolayısıyla hukuk, iklim değişikliğinin neden olduğu çevresel ve sosyal adaletsizliklerle mücadelede önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle, iklim değişikliğinin etkilerinin en çok hissedildiği düşük gelirli toplulukların ve gelişmekte olan ülkelerin haklarını koruma konusunda önemlidir.

### III. HUKUKSAL BOYUT

#### A. Genel Olarak

İklim değişikliğine hukuk açısından bakıldığında, bu olgunun hukuka çeşitli açılardan etkilediği görülmektedir. İklim değişikliği olgusu hukuk alanında ilk olarak, yeni hukuki düzenlemelerin yapılması ihti-

<sup>19</sup> UNCU, Baran Alp: Hem İklimi Hem Adaleti Savunan Bir Hareket: İklim Adaleti Hareketi, TESEV değerlendirme Notları, 2020/10, s.2, [https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/baran\\_alp\\_uncu\\_mizanpaj.pdf](https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/baran_alp_uncu_mizanpaj.pdf), (Erişim: 10.2.2024).

yacını ortaya çıkarmıştır. Öncelikle iklim değişikliği alanında bir dizi uluslararası hukuk belgesi kabul edilmiştir. Bu belgelere taraf olan ülkeler iklim değişikliğine karşı mücadele alanında bir dizi taahhüt ve yükümlülük üstlenmişlerdir. Bunu izleyen süreçte taraf ülkeler söz konusu taahhüt ve yükümlülüklerini hayata geçirebilmek için ulusal planda doğrudan ve/veya dolaylı bir uyum mevzuatı oluşturma sürecine girmişlerdir.

İkinci olarak hükümetler ve ulusal yargı mercilerince çevre mevzuatı başta olmak üzere mevcut hukuk kuralları iklim değişikliğinin etkilerini azaltmak ve uyum sağlamak için kullanılmaya başlanmıştır.

Üçüncü olarak ulusal ve uluslararası alanda iklim davaları kategorisi ortaya çıkmıştır. Bu davalar devletler kadar özel sektöre de yöneltilmektedir.

Dördüncü olarak iklim değişikliği uluslararası insan hakları hukuku bağlamında görülmeye ve insan hakları mekanizmalarına başvurulara konu edilmeye başlanmıştır.

Beşinci olarak iklim değişikliği çevre hukukunun ele aldığı konulardan herhangi biri olmaktan çıkarak “çevre ve iklim hukuku” hukuk dalının çevre ve iklim olmak üzere iki ayağından birine dönüşmüştür. Gelecekte bağımsız bir iklim hukukunun ortaya çıkabileceğinin işaretleri de gözlenmektedir.

## **B. Uluslararası Düzenlemeler**

Küresel ölçekte artan sera gazı emisyonları, iklim değişikliği sorununa dikkat çekmiş ve bu bağlamda, ilk olarak 1979 yılında Dünya İklim Konferansları (WMO, 1979) düzenlenmiştir. Özellikle Antarktika'daki ozon tabakasının incilmesi, bu soruna yol açan kimyasalların kullanımının kısıtlanması konusunda acil müdahale gerektirmiş ve 1985 yılında Ozon Tabakasının Korunması için Viyana Sözleşmesi (BM, 1985) imzalanmıştır. Bu sözleşme, çevre ve iklim alanında küresel bağlamda ilk başarılı anlaşma olmuştur.

Bu gelişmeleri takiben, ozon tabakasını incelten maddelerin kullanım ve üretiminin kısıtlanması ve bu konuda sağlıklı bir izleme sisteminin

kurulması amacıyla bir protokol çalışması yapılmış ve 1987 yılında Ozon Tabakasını İncelten Maddelere İlişkin Montreal Protokolü (BM, 1987) kabul edilmiştir.

Uluslararası toplumun iklim değişikliğiyle mücadele çabaları, özellikle 1988 yılında BM Çevre Programı ve Dünya Meteoroloji Örgütü tarafından kurulan Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) ile büyük bir ivme kazanmıştır. IPCC, iklim politikalarının geliştirilmesi için gerekli teknik altyapıyı oluşturmuştur.

Aralık 1990'da BM'nin aldığı bir kararla, küresel iklim değişikliğine yönelik bir çerçeve sözleşmesinin oluşturulması amacıyla Hükümetlerarası Müzakereler Komitesi (INC) kurulmuştur. Yaklaşık 15 ay süren çalışmalar sonucunda, "İklim Değişikliğinin Anayasası" olarak adlandırılan BMİDÇS hazırlanmıştır. 1992 yılında imzaya açılan bu Sözleşme, sera gazı emisyonlarında azaltımı, araştırma ve teknoloji iş birliğini ve sera gazı yutaklarının (ormanlar, okyanuslar gibi) korunmasını hedeflemiştir. BMİDÇS, "ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluklar ve göreceli kabiliyetler" ilkesini, Sözleşme'nin eklerindeki ülke sınıflandırmalarıyla birlikte hayata geçirmiştir.

Sözleşmenin etkin uygulanması için her yıl "Taraflar Konferansı (*Conference of the Parties - COP*) Toplantıları" düzenlenmektedir. 1995 yılında Berlin'de yapılan ilk toplantıdan itibaren bu konferanslardan üçüncüsünde alınan Kyoto Protokolü, sözleşme kapsamında hangi ülkenin ne kadar azaltım yapacağını ve finansman taleplerinin nasıl değerlendirileceğini belirleyen önemli bir karardır. Ayrıca, 2015 yılında Paris'te düzenlenen 21. İklim Değişikliği Taraflar Konferansı (COP21) sonucunda ortaya çıkan Paris İklim Anlaşması, Çerçeve Sözleşmenin 2020 yılı sonrasındaki iklim rejiminin yol haritasını belirleyen bir uygulama aracı olmuştur.

## **1. BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇS)**

### **a. Genel Olarak**

Dünya liderleri, ilk defa 1992'deki Rio Dünya Zirvesi (BM Çevre ve Kalkınma Konferansı) sırasında, iklim değişikliğiyle mücadelenin kurullar, kurallar ve prosedürler aracılığıyla yapılması gerektiğini net bir

şekilde kabul etmişlerdir. Bu toplantıyı takiben, sera gazı emisyonlarını stabilize etmeyi hedefleyen BMİDÇS'yi benimsenmiştir<sup>20</sup>. Sözleşme 21 Mart 1994'te yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın 198 devlet tarafından onaylanması, evrensel bir destek gördüğünün açık bir işaretidir.

İnsan faaliyetlerinin iklim sistemine zararlı etkilerini azaltmak ve bu etkilerle başa çıkmak için uluslararası bir çerçeve oluşturmayı amaçlayan bu Çerçeve Sözleşme, iklim değişikliğiyle mücadelede uluslararası hukukun ilk temellerini atmıştır<sup>21</sup>.

Giriş kısmında devletleri Sözleşmeyi hazırlamaya iten temel gerekçeler olarak şu hususlar vurgulanmaktadır:

- Yeryüzü iklimindeki değişiklik ve bunun zararlı etkileri insanlığın ortak kaygısıdır
- İnsan faaliyetleri atmosferdeki sera gazları yoğunluklarını arttırmakta olup, bu artışlar doğal sera etkisini yükseltmekte ve bu durum yeryüzü sathında ve atmosferde ek bir ortalama sıcaklık artışı ile sonuçlanabilecek ve doğal ekolojik sistemlere ve insanlığa zarar verici etki yapabilecektir,
- Geçmişteki ve günümüzdeki küresel sera gazı salınımında en büyük pay gelişmiş ülkelerden kaynaklanmakta olup, gelişmekte olan ülkelerde kişi başına salınımın halen nispeten düşüktür, ancak bu ülkelerden kaynaklanan küresel salınım payı sosyal ve kalkınma gereksinimlerini karşılamak üzere artacaktır.

Sözleşmenin amacı 2. maddesinde daha sonra taraflar Konferansı tarafından benimsenecek protokol ve anlaşmaları (Kyoto Protokolü ve Paris Anlaşması gibi) da içerecek şekilde formüle edilmiştir. Sözleşme, atmosferdeki sera gazı birikimlerini, iklim sistemi üzerindeki tehlikeli insan kaynaklı etkiyi önleyecek bir düzeyde durdurmayı başarmak için ilk olarak 1990 yılını referans alarak sera gazı salınımı dengelenmesini he-

<sup>20</sup> **KOEHL**, Arnaud/ **HIGHAM**, Catherine: What is climate change legislation? 4 October, 2022, <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/explainers/what-is-climate-change-legislation/> (Erişim Tarihi: 12.1.2024).

<sup>21</sup> **KABOĞLU**, İbrahim / **ÖZALP**, Nihan Yağcı, Çevre Hakkı, Yenilenmiş 4. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul 2021, s.286.

deflemiştir. Bugün bu Sözleşme, insan hakları, mülteci hukuku ve deniz hukuku gibi çok çeşitli alanlarda etkili bir şekilde nüfuz ederek geniş bir etki alanı yaratmaktadır.

## **b. İlkeler**

BMİDÇ'nin öngördüğü temel ilkeleri şunlardır:

*Ortak Fakat Farklılaştırılmış Sorumluluklar:* Bu ilke, Tarafların, iklim sistemini, eşitlik temelinde ve ortak fakat farklı sorumluluklarına ve güçlerine uygun olarak, insanoğlunun günümüz ve gelecek kuşakların yararı için korumalarını, dolayısıyla, gelişmiş taraf ülkelerin iklim değişikliği ve onun zararlı etkileri ile mücadelede öncülük etmelerini vurgular (m.3/1).

*Önleme İlkesi:* Tarafların, iklim değişikliği nedenlerini önceden tahmin etmek, önlemek veya en aza indirmek ve zararlı etkilerini azaltmak için önleyici önlemler almalarına teşvik eder (m.3/1,1. cümle)

*Sürdürülebilir Kalkınma:* Sözleşme, iklim değişikliğiyle mücadelenin, ekonomik kalkınma hedefleriyle uyumlu olması gerektiğini vurgular ve çevresel korumanın sürdürülebilir kalkınmanın temel bir parçası olması gerektiğini belirtir.

“Sürdürülebilir kalkınma”, hem çevre hukuku hem de iklim hukuku alanında temel kavramlardan biri olarak öne çıkmaktadır. Bu kavram, mevcut ihtiyaçların, gelecek nesillerin kendi ihtiyaçlarını karşılama yeteneklerini tehlikeye atmadan karşılanması ilkesine dayanır.

Bu ilke Sözleşmenin “İlkeler” Başlıklı 3. maddesinin 4 ve 5. fıkralarında şöyle dile getirilmiştir:

*Taraflar sürdürülebilir kalkınmayı destekleme hakkına sahiptir ve de desteklemelidirler. İklim sistemini insanların neden olduğu değişikliğe karşı koruma politika ve önlemleri, Tarafların herbirinin özel koşullarına uygun olmalı ve iklim değişikliğine cevap verecek önlemleri almak için ekonomik gelişmenin gerekli olduğu dikkate alınarak, bu politika ve önlemler ulusal kalkınma programlarına entegre edilmelidir.*

*Taraflar, özellikle gelişme yolundaki Taraf ülkelerde sürdürülebilir ekonomik büyüme ve kalkınmaya yol açacak açık ve destekleyici bir uluslararası ekonomik*

*sistemi teşvik etmek ve böylece iklim değişikliği sorunlarıyla daha iyi ilgilenebilmelerini sağlamak için işbirliği yapmalıdır. İklim değişikliğine karşı alınan önlemler, tek taraflı olanlar dahil, keyfi, haksız ayırıcı veya uluslararası ticarete gizli bir kısıtlama oluşturmak açılarından bir vasıta oluşturur nitelikte olmamalıdır.*

Sözleşmenin giriş bölümünde dile getirilen aşağıdaki ifadeler, bu ilkenin önemini pekiştirmektedir.

*“İklim değişikliğine tepkilerin entegre bir şekilde sosyal ve ekonomik kalkınmayla koordineli olması gereğini, gelişme yolundaki ülkelerin sürdürülebilir kalkınmaya ulaşmak ve fakirliği ortadan kaldırmak yönündeki haklı öncelikli ihtiyaçlarını tamamen dikkate almak ve aksinin kalkınma üzerindeki zararlı etkisinden kaçınma gereğini de gözönünde bulundurmak suretiyle onaylayarak,*

*Öncelikle gelişme yolundaki ülkeler olmak üzere, tüm ülkelerin sürdürülebilir sosyal ve ekonomik kalkınmaya ulaşmak için gerekli kaynaklara erişmeye ve gelişme yolundaki ülkelerin bu hedefe yaklaşabilmek için enerji tüketimlerini arttırmaya gereksinimleri olduğunu ve bu gereksinimlerini karşılarken, uygulamayı ekonomik ve sosyal açıdan kârlı kılacak daha etkin enerji kullanımı ve genel ifadeyle sera gazı salınımlarının kontrolü imkânlarını dikkate alacaklarını kabul ederek”,*

*Gelişme yolundaki ülkelerin desteklenmesi:* Sözleşmenin 3. maddesinin 2. fıkrasında vurgulanan bu ilke ülkelerin iklim değişikliğinin neden olduğu etkilere uyum sağlamaları, sera gazı emisyonlarını azaltmaları ve sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşmaları için gereken finansal, teknik ve teknolojik yardımın sağlanmasını ifade eder.

*Çevre Bütünlüğünün Korunması:* Bu ilke, iklim değişikliği mücadelesinde alınan tedbirlerin, doğal çevrenin ve ona bağlı insan topluluklarının sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yaratmamasını gerektirir. Bu, özellikle karbon emisyonlarını azaltma çabalarında, yenilenebilir enerji kaynaklarının geliştirilmesi, ormanların ve diğer doğal karbon yutaklarının korunması ve sürdürülebilir tarım uygulamalarının teşvik edilmesi gibi stratejilerle sağlanabilir.

*Bilimsel Bilginin Rolü:* Bu ilke, kararların, en iyi mevcut bilimsel bilgilere dayanarak alınması gerektiğini vurgular. Bu, politikaların ve tedbirlerin bilimsel araştırmalara ve bulgulara dayanmasını gerektirmekte olup Sözleşmenin 3. maddesinin 4. fıkrasının 3. cümlesinde vurgulanmaktadır.

*Kapsayıcılık:* Bu ilke iklim değişikliği ile mücadele politikalar ve önlemlerinin değişik sosyo-ekonomik bağlamları dikkate almasını, kapsamlı olmasını, ilgili tüm sera gazı kaynaklarını, yutaklarını, haznelerini ve uygulamayı kapsamasını ve bütün ekonomik sektörleri ihtiva etmesini, içermektedir (m.3/4, cümle,4).

*Katılımcılık:* Bu ilke, iklim değişikliğiyle mücadelede tüm ilgili tarafların (hükümetler, özel sektör, sivil toplum ve yerel topluluklar) katılımını ve işbirliğini teşvik eder. Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca ülkeler ulusal düzeyde, maddede sayılan faaliyetlerinde kamu eğitimi ve bilinçlendirilmesi programları geliştirilmesi ve uygulanması; kamunun bilgiye erişmesi; uygun karşı strateji geliştirilmesine kamunun katılımı; bilimsel, teknik ve idarî personelin eğitimi gibi hususlarda katılımcılığı teşvik edeceklerdir.

*Şeffaflık:* BMİDÇS ve özellikle Paris Anlaşması bağlamında şeffaflık ilkesi, üye ülkelerin iklim değişikliğiyle mücadele çabaları hakkında şeffaf, doğru ve karşılaştırılabilir bilgileri düzenli olarak rapor etmelerini gerektirir. Bu ilke, ulusal sera gazı emisyonları, emisyon azaltımı çabaları, iklim değişikliğine adaptasyon eylemleri ve iklim finansmanı gibi alanlarda geçerlidir.

*İşbirliği ilkesi:* Tarafların iklim değişikliği ile mücadele çabalarında veri arşivi geliştirilmesi açık ve doğru bilimsel, teknolojik, teknik, sosyo-ekonomik ve hukukî bilgi alışverişi ile bu konuda öğretim, eğitim ve kamu bilinci oluşturmaya en geniş katılımı sağlamayı teşvik konularında yardımlaşmasını içerir. Bu ilke 3. maddede şöyle ifade edilmiştir: İklim değişikliğine cevap verme çabaları ilgili Taraflarca işbirliğiyle yerine getirilebilir (m.3/4,cümle 5).

Sözleşmenin 4. maddesinin 1. fıkrası Taraf Devletlerin İklim Değişikliği Etki Analizini de içeren bir dizi konuda işbirliği taahhüdünü içer-

mektedir: Sözleşmenin 4. maddesi tarafların “taahhütleri”ne ilişkindir. Bu bağlamda Taraflardan gelişmiş ülkeler ve Türkiye'nin de içinde olduğu Sözleşme EK-I'de yer alan diğer Taraflardan her biri, insan kaynaklı sera gazı salınımlarını sınırlandırarak ve sera gazı yutaklarını ve haznelerini koruyarak ve takviye ederek iklim değişikliğini azaltmak için ulusal politikalar benimseyecekler ve uygun önlemler alacaklardır.

Sözleşmenin en üst düzey organı, 7. maddede düzenlenen Taraflar Konferansıdır. Bu organ, Sözleşme ve Taraflar Konferansı tarafından kabul edilecek tüm hukuki belgelerin uygulanmasını düzenli olarak gözden geçirme ve Sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasını teşvik etme görevine sahiptir. Taraflar Konferansı, gerektiğinde bu amaçla gerekli kararları almakla yetkilidir. En son Taraflar Konferansı (COP 28), BM İklim Değişikliği Konferansı çerçevesinde, 30 Kasım - 12 Aralık 2023 tarihleri arasında Birleşik Arap Emirlikleri'nin Dubai kentinde gerçekleştirilmiştir<sup>22</sup>.

Sözleşmenin 17. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; Taraflar Konferansı, olağan oturumlarından herhangi birinde, Sözleşmeye protokoller kabul edebilir. BMİDÇS Taraflar Konferansları, özellikle 2015 Paris Anlaşması olmak üzere, bazı önemli belgelere öncülük etmiştir.

## 2. Kyoto Protokolü

BMİDÇS'ye Yönelik Kyoto Protokolü<sup>23</sup>, 1997 yılında 3. Taraflar Konferansı sırasında Japonya'nın Kyoto şehrinde kabul edilmiştir. Kyoto'da, devletler iklim değişikliğiyle mücadelede "bağlayıcı hedef ve önlemler" konusunda uzlaşmış, kalkınmış ülkeler iklim değişikliği konusunda sorumluluk üstlenmişlerdir. Protokol, iklim değişikliğiyle mücadelede atı-

<sup>22</sup> Bu Konferansların tam listesi için bkz. <https://unfccc.int/cop28>, (Erişim Tarihi: 21.1.2024).

<sup>23</sup> Protokol terimi, uluslararası hukukta çoğunlukla bir sözleşme ya da anlaşmaya bağlı hukuken bağlayıcı bir belgeyi ifade eder. Protokol 1997 tarihinde imzaya açılıp 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 5/2/2009 tarihli ve 5836 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan bu sözleşme 7/5/2009 tarih ve 2009/14979 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 13 Mayıs 2009 tarih ve 27227 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Türkiye, Katılım belgesinin BM'ye sunulmasıyla 26 Ağustos 2009 tarihinde taraf olmuştur.



lacak adımların netleştirilmesi ve sera gazı emisyonlarının azaltılması konusunda hukuken bağlayıcı hedefler koymasıyla bir ilktir. Protokol, özellikle altı ana sera gazını kapsar: karbondioksit (CO<sub>2</sub>), metan (CH<sub>4</sub>), azot oksit (N<sub>2</sub>O), hidroflorokarbonlar (HFC'ler), perflorokarbonlar (PFC'ler) ve kükürt hekzaflorür (SF<sub>6</sub>). Protokol, bu gazların atmosfere salınımını azaltmayı amaçlamaktadır.

Uluslararası iklim politikasında bir dönüm noktası olan ve gelecekteki anlaşmalar için bir temel oluşturan Protokol'ün temel yenilik ve ilkeleri şunlardır:

*Ortak Fakat Farklılaştırılmış Sorumluluklar:* Protokol, farklı ülkelerin ekonomik ve gelişim seviyelerine göre farklı sorumluluklar taşıdığını kabul eder. Gelişmiş ülkeler, sera gazı emisyonlarını azaltma konusunda daha büyük bir sorumluluk alır.

*Esneklik Mekanizmaları:* Protokol, Emisyon Ticareti, Temiz Kalkınma Mekanizması (CDM) ve Ortak Uygulama (JI) dahil olmak üzere esneklik mekanizmaları sunar. Bu mekanizmalar, ülkelerin maliyet etkin bir şekilde emisyon azaltım hedeflerine ulaşmalarına olanak tanır.

*Hukuki Yükümlülükler:* Protokol, katılımcı ülkeler için hukuken bağlayıcı emisyon azaltım hedefleri belirler.

Tarafların her birinin, 3. maddedeki sayısallaştırılmış salınım sınırlandırma ve azaltım taahhütlerini yerine getirirken, sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmek amacıyla; Ulusal koşullarına uygun olarak, uygulayacakları bir dizi politika ve önlem sayılmıştır.

Sözleşmenin 14. maddesi temiz kalkınma mekanizmasını tanımlanmaktadır. Temiz kalkınma mekanizmasının amacı, Ek-I'de yer almayan Taraflara, sürdürülebilir kalkınmayı gerçekleştirmek ve Sözleşme'nin nihai amacına katkıda bulunmak üzere destek sağlamak ve Ek-I'de yer alan Tarafların 3. maddedeki sayısallaştırılmış salınım sınırlandırma ve azaltım taahhütlerini yerine getirmelerine yardım etmektir.

Kyoto Protokolü, uluslararası iklim değişikliği mücadelesinde önemli bir adımdır, ancak eleştirilere de maruz kalmıştır. En büyük eleştirilerden biri, en büyük emisyon üreticilerinden bazılarının (örneğin, ABD)

protokole tam olarak katılmaması veya yükümlülüklerini yerine getirmemesidir. Ayrıca, gelişmekte olan ülkeler için bağlayıcı emisyon azaltım hedeflerinin olmaması da eleştirilmiştir.

Türkiye, 1997'de Kyoto Protokolü'nün kabul edildiği sırada BMİDÇS'ye taraf olmadığı için, Protokol'ün Ek-B listesinde yer almamış ve sayısallaştırılmış sera gazı emisyon azaltım veya sınırlama yükümlülüklerini tanımlamamıştır.

### 3. Paris Anlaşması

Paris Anlaşması, 2015 yılında Paris'te düzenlenen BM İklim Değişikliği Konferansı'nda (COP21) kabul edilmiş ve 2016 yılında yürürlüğe girmiştir. Anlaşma BMİDÇS'nin uygulanmasını geliştirmek amacıyla, sürdürülebilir kalkınma ve yoksulluğun ortadan kaldırılması çabaları bağlamında iklim değişikliği tehdidine yönelik küresel müdahaleyi aşada belirtilenler aracılığıyla güçlendirmeyi amaçlamaktadır (m.2/1).

Anlaşma BMİDÇS'ye dayanarak, Kyoto Protokolü'nün sona erme tarihi olan 2020 sonrası için iklim değişikliğiyle mücadelenin ana çizgilerini belirlemekte olup iklim kriziyle mücadelede dönüm noktası niteliğindeki bir uluslararası anlaşma olarak görülmektedir.

Anlaşma, sayısal emisyon azaltma hedefleri yerine ortalama küresel sıcaklık artışını belirlemiştir. Anlaşma, küresel ısınmanın 21. yüzyılda 2 derece Celsius'un (°C) çok altında tutulması ve 1.5°C'ye sınırlandırılması çabalarını güçlendirme hedefini koymuştur (m.2/1 (a)). Bu hedefe ulaşmak için 2030 yılına kadar dünya genelinde karbon emisyonlarının yarıya indirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra iklim değişikliğine direnç geliştirme ve düşük emisyonlu kalkınmayı teşvik etme ve finans akışlarını, düşük sera gazı emisyonları ve iklim değişikliğine dirençli kalkınmaya yönelik eğilimle tutarlı hale getirmeyi hedef olarak koymuştur (m.2/1 (b,c)).

Paris Anlaşması, farklı ulusal şartlar ve kapasiteleri dikkate alarak tüm ülkeleri kapsamakta ve küresel ısınmayı sanayi öncesi seviyelere kıyasla 2°C'nin, mümkünse 1.5°C'nin altında tutma hedefine ulaşmak için BMİDÇS'ye taraf her ülkenin yaptığı taahhütler (Ulusal Katkı Beya-

nı - NDC) temelinde, hafifletme, uyum ve finansal yük paylaşımını içermektedir. NDC'ler, her ülkenin iklim değişikliğiyle mücadelede üstlendiği taahhütleri ifade eder ve her beş yılda bir güncellenir. Ancak, bu taahhütlerin tek başına yerel eyleme dönüşmesini garanti etmesi beklemez: NDC'ler çoğu zaman hukuken bağlayıcı olmadığından, taahhütlerine uymayan ülkelerin yön değiştirmeleri (bu taahhütler doğrultusunda harekete geçmeleri veya politika ve stratejilerini bu taahhütlerle uyumlu hale getirmeleri) zorunlu değildir. Bunlar genelde planlanan eylemlerin bir özetini sunarlar, fakat hedeflere ulaşılması için çabaların pratikte nasıl hayata geçirileceğine dair detaylı bilgilerden yoksundurlar. Ayrıca, vatandaşlar, özel sektör ve sivil toplum kuruluşları gibi kilit paydaşların niyetlerini mutlaka yansıtmazlar ve içerikleri genellikle tartışılarak oluşturulmaz. Siyasi hesap verebilirlik, genellikle bağlayıcı ulusal yasalar ve hükümetin düzenleyici işlemlerini ön plana çıkarır, bu da ülkelerin NDC'lerindeki eksiklikleri iklim kanunları ve politikaları aracılığıyla gidermeleri için sağlam bir zemin oluşturur<sup>24</sup>.

Anlaşma, iklim değişikliğiyle mücadelede Tarafların ilgili ulusal mevzuatları doğrultusunda devletin ve çeşitli aktörlerin her seviyede katılımının önemini vurgular. Diğer yandan ülkeler, emisyon azaltma çabaları ve iklim değişikliğine uyum faaliyetleri hakkında düzenli olarak raporlama yapmalıdır.

Anlaşma uyarınca NDC'ler, her dönemde bir öncekine göre daha iddialı hedefler koymalıdır. Bu, "ilkesel ilerleme" olarak bilinir ve küresel emisyonların zamanla azaltılmasını sağlamak amacı taşır. Anlaşma gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin farklı sorumluluk ve kapasiteleri olduğunu kabul etmektedir. Gelişmiş ülkeler, iklim değişikliğiyle mücadele ve uyum çabalarında gelişmekte olan ülkelere finansal destek sağlamayı taahhüt etmekte olup anlaşmanın finansal mekanizması, gelişmiş ülkeler tarafından Yeşil İklim Fonu aracılığıyla sağlanır ve gelişmekte olan ülkelerin finansman ihtiyaçları bu yolla karşılanır<sup>25</sup>. Anlaşma'nın uygulanmasının izlenmesi için geçerli bir raporlama ve gözden geçirme

<sup>24</sup> KOEHL/ HIGHAMEH, Erişim Tarihi: 12.1.2024.

<sup>25</sup> BİRPINAR, s.27.

sistemi mevcuttur. Bu özellikleriyle Anlaşma, "vaat ve izleme" yaklaşımı üzerine kurulmuştur. 2023'ten başlayarak her beş yılda bir, Paris Anlaşması'nın uygulanması ve etkililiği küresel olarak değerlendirilmesi öngörülmüştür.

Anlaşmanın Giriş bölümünde iklim değişikliğinin insan hakları üzerindeki etkisine ve bu konuda alınabilecek önlemlere de vurgu yapması önemlidir: *“İklim değişikliğinin insanoğlunun ortak bir endişe konusu olduğunu ve Tarafların, iklim değişikliğinin ele alınması için eyleme geçerken insan hakları, sağlık hakkı, yerli halklar, yerel topluluklar, göçmenler, çocuklar, engelli bireyler ve hassas durumdaki kişilerin hakları ve kalkınma hakkının yanı sıra toplumsal cinsiyet eşitliği, kadınların güçlendirilmesi ve kuşaklar arası adalet konularına yönelik sorumluluklarına saygı göstermeleri, bunları teşvik etmeleri ve dikkate almaları gerektiğini de göz önünde bulundurarak,..”*

Yine aynı bölümde Anlaşma “iklim adaleti” kavramının önemine de şöyle dikkat çekmektedir: *“Okyanuslar dahil olmak üzere tüm ekosistemlerin bütünlüğünü sağlamanın ve bazı kültürler tarafından Toprak Ana olarak kabul edilen biyolojik çeşitliliği korumanın önemine dikkat çekerek ve iklim değişikliğiyle mücadele için eyleme geçerken “iklim adaleti” kavramının bazıları için önemine dikkat çekerek,”*

### **C. Ulusüstü Düzenleme: Avrupa İklim Yasası**

AB çerçevesinde hazırlanan Avrupa İklim Yasası, 9 Temmuz 2021 tarihinde AB Resmi Gazete'sinde yayımlanarak 29 Temmuz 2021'de yürürlüğe girmiştir. Bu yasa, 2050 yılına kadar iklim bakımından nötr bir ekonomi ve Avrupa'ya ulaşmayı hukuki olarak zorunlu kılan bir temel oluşturmaktadır. Bu amaç, Avrupa Yeşil Mutabakatı<sup>26</sup> çerçevesinde be-

<sup>26</sup> Avrupa Yeşil Mutabakatı (*European Green Deal*), AB'nin 2050 yılına kadar Avrupayı iklim açısından nötr hale getirme hedefine ulaşmak için tasarladığı bir dizi politika ve hukuki düzenlemeyi içeren bir düzenlemedir. AB'nin iklim, çevre ve ekonomik hedeflerine ulaşmak için kapsamlı bir yol haritası sunan bu mutabakat 11 Aralık 2019 tarihinde Avrupa komisyonu tarafından ilan edilmiştir. Komisyon bu mutabakat çerçevesinde 22 Kasım 2023 tarihine kadar toplam 61 konuda aralarında Avrupa İklim Yasası'nın da yer aldığı politika ve hukuk belgesi açıklamıştır. **EUROPEAN COMMISSION:** The European Green Deal, [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en) (Erişim tarihi: 28.1.2024).

lirlenmiş ve 2030 yılına kadar net sera gazı emisyonlarını 1990 düzeylerine göre en az %55 azaltma ara hedefini içermektedir. İklim nötrlüğü, AB üyesi ülkelerin toplamında net sıfır sera gazı emisyonu elde edilmesi demektir. Bu hedef, emisyonların azaltılması, yeşil teknolojilere yapılan yatırımlar ve doğal habitatların korunması sayesinde gerçekleştirilebilir. Yasa, AB'nin bütün politikalarının bu hedef doğrultusunda şekillendirilmesini ve ekonominin her alanının bu sürece katkı sunmasını hedeflemektedir.

Avrupa İklim Yasası, 2050 yılına kadar net sıfır sera gazı emisyonu hedefini yasal olarak bağlayıcı hale getirmektedir. AB kurumları ve üye devletler bu hedefe ulaşmak için gerekli adımları atmaya mecburdur. Ayrıca, Yasa iklim değişikliği konusunda bağımsız bilimsel öneriler sunacak bir Avrupa Bilimsel Danışma Kurulu'nun oluşturulmasını da öngörmektedir<sup>27</sup>.

## D. İklim Davaları

### 1. Genel Olarak

İklim adaleti kavramı, sorumluluk meselesini öne çıkarmaktadır ve son zamanlarda iklim konusundaki hukuki davalara da yansımıştır. Bireyler ve STK'lar, iklim davalarını hükümetlerle şirketleri, iklimi zararlı etkileyen uygulamalarından ötürü sorumlu tutmak amacıyla kullanabilmektedir. Bu bağlamda, "iklim davaları" terimi, sivil toplum kuruluşları, dernekler veya yerel yönetimler tarafından devletlere veya şirketlere karşı mahkemelerde yapılan başvuruları ifade etmektedir.

İklim değişikliğiyle mücadele eden yeni yasalar ve politikalar farklı yaklaşımlar benimsemekte ve hukuki stratejiler de bu doğrultuda evrilmektedir. Halihazırda gözlenen üç önemli iklim davası yönelimi şunlardır:

1. İklim konusunda hükümetleri sorumlu tutmayı amaçlayan davalar, artan sayıda insan haklarıyla ilişkili iddialar içermektedir.

---

<sup>27</sup> EUROPEAN COMMISSION: European Climate Law, [https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-climate-law\\_en](https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-climate-law_en) (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

2. Şirketlere karşı açılan davalar artık sadece petrol ve gaz sektörünü değil, bankaları ve diğer sektörlerdeki şirketleri de kapsamaktadır.
3. 'Yeşil yıkama veya yanıltıcı çevre dostu vaatler temelinde açılan davalar, net sıfır hedefleri veya Paris uyum planları ile gerçekte yaşananlar arasındaki sorumluluk boşluğu konularına dikkat çekmektedir<sup>28</sup>.

Fransız doktrininde bazı yazarlar iklim istikrarının korunmasını talep hakkını, adına iklim eylemi gösterilerinin yapıldığı yeni tür sosyal ve çevresel haklar arasında görmektedir<sup>29</sup>.

Columbia Üniversitesi Sabin İklim Değişikliği Hukuku Merkezi, 2016 yılından bu yana "İklim Değişikliği Davaları Veritabanları" (*Climate Change Litigation Databases*) adı altında bir veritabanı oluşturarak iklim davalarını sınıflandırmakta ve listelemektedir. 2023 yılı raporuna göre, bu veritabanı anayasal ve insan hakları davaları, yeşil yıkama, karbon yakalama, çevresel yönetim tepkileri, iklim taahhütlerine uymama, kabul edilemezlik zorlukları ve savunmaları gibi iklim davalarında gözlemlenen yedi ana konuyu içermektedir. 15 Aralık 2023 itibarıyla, ABD İklim Davaları veritabanında 1,687 dava kayıtlıdır ve bunların 114'ü 2023 yılında açılmıştır. Küresel İklim Davaları Veritabanı'nda ise 853 dava bulunmakta olup bu davaların 70'i 2023 yılında kaydedilmiştir. Bu davalarda verilen kararlar arasında aşağıdakiler dikkat çekmektedir:

-Brezilya Yüksek Mahkemesi Paris Anlaşması'nı bir insan hakları antlaşması olarak kabul ederek, "ulusüstü" statüsü olduğunu belirtmiştir.

-Hollanda'da bir mahkeme petrol ve gaz şirketi Shell'i Paris Anlaşması'na uymaya ve karbon dioksit emisyonlarını 2019 seviyelerinden %45 oranında 2030 yılına kadar azaltması gerektiğine karar vermiştir. Bu, bir

---

<sup>28</sup> **CLIENTEARTH:** How can the law fight climate change? The law is a powerful tool in the climate fight. This is how we use it.<https://www.clientearth.org/latest/news/how-can-the-law-fight-climate-change/> (Erişim Tarihi: 25. 1.2024).

<sup>29</sup> ERGÜL, Ergin: İnsan Hakları Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 106.

mahkemenin özel bir şirketin Paris Anlaşması kapsamında bir yükümlülüğü olduğuna dair ilk karar olması nedeniyle önemlidir.

-Almanya Federal Mahkemesi, Federal İklim Koruma Yasası'nın bazı hükümlerini yaşam ve sağlık haklarıyla uyumsuz bularak reddetmiştir.

-Paris'te bir mahkeme Fransa'nın iklimle ilgili eylemsizliğinin ve karbon bütçesi hedeflerine ulaşamamasının iklimle ilgili ekolojik zararlara neden olduğunu belirtmiştir;

Birleşik Krallık mahkemesi hükümetin, net-sıfır stratejisini onaylarken 2008 İklim Değişikliği Yasası altındaki hukuki yükümlülüklerine uymadığı sonucuna varmıştır<sup>30</sup>.

Bu veri tabanları, ABD de dahil olmak üzere toplam 54 yargı bölgesindeki davaları, 21 uluslararası veya bölgesel mahkeme, yargıç, yarı-yargısal organ ve diğer yargı organlarını, BM'nin özel prosedürlerini ve tahkim mahkemelerini kapsamaktadır. 2023 yılında veritabanına eklenen yeni yargı bölgeleri arasında Estonya, Panama, Portekiz ve Romanya yer almaktadır<sup>31</sup>. Şu ana kadar çoğunlukla Kuzey Yarımküre'de görülen bu davalar, gelişmekte olan ülkelerde ve topluluklarda da artmaktadır, bu da yönetim ve altyapı sistemlerinin gelişimini yansıtmaktadır.

İklim davalarındaki büyük çeşitlilik, bilgi ve deneyim olarak geniş hukuk alanlarının temellerine hâkim olmayı gerektirmektedir. Bu durum, kamu hukuku bilgisi (idare hukuku, anayasa hukuku, insan hakları hukuku vb.) ile özel hukuk (medeni hukuk, ticaret hukuku, şirketler hukuku vb.) bilgisinin yanı sıra ulusal hukuk ile bölgesel hukuk (Avrupa Birliği hukuku) ve uluslararası hukuk bilgisini de kapsamaktadır<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> **UNEP**: Climate litigation more than doubles in five years, now a key tool in delivering climate justice, 27 July 2023, <https://www.unep.org/news-and-stories/press-release/climate-litigation-more-doubles-five-years-now-key-tool-delivering> (Erişim Tarihi:10.2.2024).

<sup>31</sup> **TIGRE**, Maria Antonia/**BARRY**, Margaret: Climate Change in the Courts: A 2023 Retrospective, Sabin Center for Climate Change Law, December 2023, s. 3, [https://scholarship.law.columbia.edu/sabin\\_climate\\_change/212/](https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_change/212/) (Erişim Tarihi: 1.2.2024).

<sup>32</sup> **COURNIL**, Christel: Les grandes affaires climatiques, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et Européen, 2020. Disponible

Dünya nüfusu arasında, hükümetlerarası pek çok girişime ve toplantıya rağmen, uygulamada devletlerin iklim değişikliğiyle mücadeledeki ihmal ve yetersizlikleri, endişe ve hoşnutsuzluğa yol açmaktadır. Bu durum, iklim eylemsizliğine yönelik yargı başvurularının sayısının hızla artmasına neden olmaktadır.

## 2. Ulusal Düzeydeki Davalar

Bu tür davalardaki ilk örnek, 2013 yılında Urgenda Vakfı tarafından Hollanda Hükümetine açılan bir davadır. Bu dava, dünyanın ilk iklim sorumluluğu davası olarak kabul edilerek, dünya çapında diğer davalara ilham kaynağı olmuştur.

Vakıf, hükümetin "tehlikeli iklim değişikliğine neden olan sera gazı emisyonlarını azaltacak yeterli tedbirleri almamasını" gerekçe göstermiştir. O dönemde Hollanda, Avrupa Birliği'ndeki en çok kirletici ülkeler arasında yer almaktaydı. Vakıf, Hollanda'nın 2020 yılına kadar emisyonlarını 1990 seviyelerine kıyasla %25 ila 40 oranında azaltmasını talep etmiştir. Hollanda Hükümeti temyiz savunmalarında, küresel ısınmaya katkısının minimal olduğunu, yürütme organına sera gazı emisyonlarını azaltma konusunda iddia seviyesini artırma yükümlülüğü getirerek, ilk derece mahkemesinin güçler ayrılığı ilkesini ihlal ettiği, böyle bir müdahalenin hükümetin yetkileriyle çatışacağını ve uluslararası iklim değişikliği müzakerelerinin yürütülmesini engelleyeceğini iddia etmiştir. 24 Haziran 2015'te, Lahey ilk derece mahkemesi Urgenda'nın lehine karar vermiş ve bu karar, 9 Ekim 2018'de Lahey istinaf Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. 20 Aralık 2019 tarihinde ise, Hollanda Yüksek Mahkemesi hükümetin temyiz başvurusunu reddederek alt mahkemelerin kararlarını onaylamıştır. Mahkemeler, Hollanda'nın 1990 seviyelerine kıyasla 2020 yılına kadar sera gazı emisyonlarını %25 oranında azaltmak için



tüm uygun önlemleri alması gerektiğine hükmetmiştir<sup>33</sup>. Karar gerekçesinde, iklim değişikliği ile insan haklarının korunması arasındaki bağı güçlendirerek, özellikle Hollanda'nın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi (yaşam hakkı) ve 8. maddesi (özel ve aile hayatına saygı hakkı) ihlal edilerek hukuka aykırı hareket ettiğini, bu maddelerin bir koruma görevi gerektirdiği vurgulanmaktadır<sup>34</sup>.

Neubauer, et al. v. Germany davasında, Şubat 2020'de, bir grup Alman genç, Almanya'nın Federal İklim Koruma Yasası'nı (KSG) Federal Anayasa Mahkemesi'ne taşıyarak, 2030 yılına kadar 1990 seviyelerine göre sera gazlarını %55 azaltma hedefinin yetersiz olduğunu savunmuştur. Davacılar, KSG'nin insan haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. 29 Nisan 2021'de, Federal Anayasa Mahkemesi, KSG'nin 2030 sonrası için yeterli emisyon kesintisi sağlamadığı gerekçesiyle temel haklarla bağdaşmadığına karar vermiş ve yasamanın 2031'den sonraki azaltma hedefleri için net hükümler belirlemesini gerektiğine hükmetmiştir. Bu karar, iklim değişikliğiyle mücadelede önemli bir gelişme olarak kabul edilmektedir<sup>35</sup>.

Grantham İklim Değişikliği ve Çevre Araştırma Enstitüsü ile İklim Değişikliği Ekonomisi ve Politikası Merkezinin 2023 İklim Değişikliği Davaları Küresel Trendler (*Global trends in climate change litigation*) Raporunda Türkiye'den de bir iklim davası yer almaktadır. Buna göre, ulusal öneme sahip bir sulak alan olan Marmara Gölü çevresinde faaliyet gösteren bir balıkçı kooperatifi (S.S. Gölarmara ve Çevresi Su Ürünleri Kooperatifi) hükümete karşı (Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Orman Bakanlığı, Manisa İl Tarım ve Orman Müdürlüğü) dava açmıştır. Davacılar, dava dilekçelerinde hükümetin çeşitli altyapı projeleri için yeterli çevresel etki değerlendirmeleri yapmama ve iklim değişikliğiyle müca-

<sup>33</sup> **DE SCHUTTER**, Olivier, "Changements climatiques et droits humains : l'affaire Urgenda", Revue trimestrielle des droits de l'Homme, vol. 123, no. 3, 2020, s.3.

<sup>34</sup> **COLLIN**, Charlotte: Suite et fin de l'affaire Urgenda: une victoire pour le climat, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/suite-et-fin-de-l-affaire-urgenda-une-victoire-pour-climat>, erişim, 29 janvier 2020, (Erişim Tarihi: 1.2.2024).

<sup>35</sup> **CLIMATE CHANGE LITIGATION DATABASES**: Neubauer, et al. v. Germany, <https://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/> (Erişim Tarihi: 12.2.2024).

dele konusunda uluslararası yükümlülükleri yerine getirmeme nedeniyle gölün bozulmasını ve kurummasını önleyemediğini iddia etmekte ve hükümetin gölü koruyamaması nedeniyle, balıkçılık lisansları için ödeme yapmaktan muaf tutulmaları gerektiğini savunmaktadırlar<sup>36</sup>.

### 3. AB Adalet Divanında Açılan Davalar

AB düzeyinde, Mayıs 2018'de Fransa, Portekiz, Romanya, İtalya, Almanya, İsveç, Kenya ve Fiji'den gelen yaklaşık on aile tarafından, 'Halkın İklim Davası' olarak adlandırılan bir başvuru yapılmıştır. Davacılar, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in, çok yüksek düzeyde sera gazı emisyonlarına izin vermesi nedeniyle Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvuruda bulunmuşlardır.

Davacılar, AB'nin 2030 yılına kadar sera gazı emisyonlarını 1990 seviyelerine kıyasla en az %40 oranında azaltma hedefinin, iklim değişikliği risklerini önleme konusunda yetersiz olduğunu ve yaşam, sağlık, faaliyet ve mülkiyetle ilgili temel hakları koruma açısından da yetersiz olduğunu iddia etmişlerdir. Bu nedenle, AB'den emisyon azaltma hedefini en az %55'e yükseltmesini talep etmişlerdir.

Mayıs 2019'da AB Adalet Divanı, iklim değişikliğini insan haklarına yönelik bir tehdit olarak kabul etmiş ancak davanın usuli nedenlerden dolayı kabul edilemez olduğuna karar vermiştir<sup>37</sup>.

### 4. Uluslararası Mahkemeler ve İnsan Hakları Mekanizmalarına Başvurular

AIHM internet sitesinde yer alan Ocak 2024 tarihli "İklim Değişikliği" Bilgi Notuna (*Fact sheet*)<sup>38</sup> göre, Mahkeme, Devletlerin iklim değişikliği

---

<sup>36</sup> SETZER, Joana, CARHERINE, Higham, Global trends in climate change litigation, the Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Centre for Climate Change Economics and Policy, 2023 [https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wpcontent/uploads/2023/06/Global\\_trends\\_in\\_climate\\_change\\_litigation\\_2023\\_snapshot.pdf](https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wpcontent/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf).

<sup>37</sup> ABATE, RS: Protection of Future Generations: Prior to and during the Anthropocene Era. In: Climate Change and the Voiceless: Protecting Future Generations, Wildlife, and Natural Resources. Cambridge University Press; 2019.

liği karşısında alacakları tedbirler konusunda henüz bir karara varmamıştır. Bu konuyla ilgili üç dava halihazırda Büyük Daire önünde derdesttir. 11 Ocak 2023'te Büyük Daire, önünde bekleyen üç iklim davasına ilişkin usuli bir toplantı düzenlemiştir. Bu toplantıda, yazılı usul aşamasının tamamlanmasının ardından, davaların işlenişinin sözlü aşamasının aşamalı olacağına karar verilmiştir. Verein Klimaseniorinnen Schweiz ve diğerleri ile Carême davalarında bir duruşma 29 Mart 2023 tarihinde gerçekleşmiş ve Duarte Agostinho ve diğerleri davasında bir duruşma, aynı Büyük Daire oluşumu önünde 27 Eylül 2023 tarihinde yapılmıştır. Bu davaların konuları şunlardır:

Başvurucular, bu davalarda, özellikle Devletin yaşamı etkin bir şekilde koruma (Sözleşmenin 2. maddesi) ve özel ve aile yaşamına saygı gösterme (Sözleşmenin 8. maddesi) yükümlülüklerini yerine getirmediğini iddia etmektedirler. Bunun yanı sıra başvurucular –davaya göre değişmekle beraber- ayrıca, Sözleşmenin 6. maddesi (adil yargılanma hakkı) anlamında mahkemeye erişim hakkının ihlali ve Sözleşmenin 2 ve 8. maddeleriyle ilgili etkili bir başvuru yolu olmaması nedeniyle Sözleşmenin 13. maddesi (etkili başvuru hakkı) ile Sözleşmenin 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğini iddia etmektedirler<sup>39</sup>.

23 Eylül 2022 tarihinde BM İnsan Hakları Komitesi, çığır açıcı bir karar alarak Avustralya'nın, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine karşı yerli Torres Boğazı Adalılarını yeterince koruyamadığı için kültürel yaşam haklarını ve özel yaşam, aile ve evlerine keyfi müdahalelerden özgür olma haklarını ihlal ettiğini tespit etmiştir. Komite, Avustralya'nın bu hakları korumak için zamanında ve yeterli önlemler almasının gerekliliğini vurgulamıştır. Çünkü bu koruma eksikliği, uluslararası insan

<sup>38</sup> **CEDH:** “Changement climatique”, Fiche thématique, Janvier 2024, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Climate\\_change\\_FRA](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Climate_change_FRA) (Erişim Tarihi: 10.2.2024).

<sup>39</sup> **ECHR:** Climate Change, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Climate\\_change\\_FRA](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Climate_change_FRA), (Erişim Tarihi: 21.12.2024).

hakları hukuku çerçevesinde, kültürel ve özel yaşam haklarının ihlaline yol açmaktadır<sup>40</sup>.

İklim değişikliğine karşı uyum geliştirilip önlem alınmamasının insan hakları ihlallerine yol açtığına tespiti açısından bir ilk olma özelliğini taşıyan karar bir emsal işlevini görecek ve iklim değişikliğinin kırılgan gruplar üzerindeki etkileriyle ilgili yeterli önlemler alınmadığı takdirde, Komite önüne gelecek bu tip başvuruların sayısında artış olacaktır<sup>41</sup>.

29 Mart'ta 2023'te, BM üye devletleri, devletlerin iklim değişikliği konusundaki yükümlülüklerini açıklığa kavuşturmak için Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) danışma görüşü talep etmeyi kabul eden bir karar aldı. Vanuatu tarafından öncülük edilen ve 130'dan fazla devletin destek verdiği bu karar, oybirliğiyle kabul edilmiştir. BM'nin tarihi olarak nitelendirilen UAD'ye başvuru kararı, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde artan sayıda dava konusu olan iklim değişikliği hakkında başka bir hukuki cephe açmıştır.

Bölgesel düzeyde. Ocak 2023'te de Şili ve Kolombiya, bu konuda İnsan Hakları Amerikan Mahkemesi'ne danışma görüşü başvurusu yapmışlar ve "iklim acil durumu ile insan hakları üzerindeki etki arasındaki yakın bağı" vurgulamışlardır. Bu tür danışma görüşlerinin hukuken bağlayıcı olmamasına rağmen, "son derece önemli" hukuki sonuçları olabilir. Bu mahkemelerin statüsü ve itibarı nedeniyle ulusal mahkemeler, bunların yorum yöntem ve mantığını kendi kararlarına yansıtabilirler<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> **OCHR:** Australia violated Torres Strait Islanders' rights to enjoy culture and family life, UN Committee finds 23 September 2022, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/09/australia-violated-torres-strait-islanders-rights-enjoy-culture-and-family> (Erişim Tarihi: 20.1.2024).

<sup>41</sup> **ALTIPARMAK,** Özlem: BM İnsan Hakları Komitesi'nin "Torres Boğazı Adalıları" Kararı Ne Anlatıyor? İklim Haber, 14 Ekim 2022, <https://www.iklimhaber.org/bm-insan-haklari-komitesinin-torres-bogazi-adalilari-karari-ne-anlatiyor/> (Erişim Tarihi: 21.1.2024).

<sup>42</sup> **ECPA:** Cambio climático y Derecho, martes, abril 25, 2023, <https://ecpamerica.org/es/newsletters/cambio-climatico-y-derecho/> (Erişim Tarihi: 12.1.2024).

## 5. Özel Sektöre Karşı Davalar

İklim davaları, özel sektöre karşı da açılmaktadır. Taleplerin niteliği, hedeflere bağlı olarak farklılık göstermektedir. Başvurucular genellikle devletlerden daha acil, proaktif ve bağlayıcı eylem talep ederken; özel sektörden ise, iklimsel tehlikeler (sıcak hava dalgası, kuraklık, sel vb.) durumunda ortaya çıkan kayıpların (mahsuller, altyapı) tazmin edilmesini veya kıyı bölgelerinde yürütülen ıslah faaliyetlerinin masraflarının karşılanmasını talep etmektedirler.

Özel sektördeki öne çıkan davalar arasında Kasım 2017'de Almanya'da meydana gelen bir olay örnek gösterilebilir. Kasım 2015'te, Peru'nun Huaraz kentinde yaşayan Perulu çiftçi Saúl Luciano Lliuya, Almanya'nın en büyük elektrik üreticisi RWE'ye karşı Almanya Essen İlçe Mahkemesi'nde tazminat ve beyanname talepleriyle dava açmıştır. Lliuya, RWE'nin sera gazı emisyonlarıyla iklim değişikliğine katkıda bulunarak Huaraz yakınlarındaki dağ buzullarının erimesinden ve sonucunda Palcacocha buzul gölünün hacminin artmasından dolayı sorumluluk taşıdığını iddia etmiştir. Mahkeme, RWE'nin iklim değişikliğine katkıda bulunan emisyonların sorumlusu olduğunu kabul etse de, dava Essen İlçe Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak, 30 Kasım 2017'de Hamm Yüksek Bölge Mahkemesi davayı kabul edilebilir bulmuş ve dava kanıt aşamasına geçmiştir. Bu aşama, Lliuya'nın evinin sel veya çamur kaymaları tehdidi altında olup olmadığı ve RWE'nin sera gazı emisyonlarının bu riske katkıda bulunma derecesini belirleyecektir. Bu dava, özel bir şirketin sera gazı emisyonlarından kaynaklanan iklim değişikliği zararları için potansiyel olarak sorumlu tutulabileceğinin tanınması açısından önemli bir hukuki gelişme olarak kabul edilmektedir<sup>43</sup>.

ABD'de, iklim değişikliğinden ve bunun etkilerinden (yükselen deniz seviyeleri ve kıyı erozyonu) sorumlu olmakla ve iklim bilimini kasıtlı olarak itibarsızlaştırmakla suçlanan petrol endüstrisine (*Big Oil*) karşı açılan davalar giderek artmaktadır. Bu davalarda genellikle bu şirketlerin sera gazı emisyonları yoluyla iklim değişikliğine önemli ölçüde kat-

<sup>43</sup> LUCIANO Lliuya v. RWE AG, <https://climatecasechart.com/non-us-case/liiuya-v-rwe-ag/> (Erişim Tarihi: 10.2.2024).

kıda buldukları ve etkilerini hafifletmek için yeterli önlem almadıkları iddia edilmektedir. Ayrıca, bazı davalarda, iklim değişikliği ve ürünlerinin bu konudaki rolü hakkında kamuoyunu ve yatırımcıları yanıltıkları öne sürülmektedir. Bu davalar, fosil yakıt endüstrisinin uzun süredir iklim değişikliğinin olumsuz etkileri konusunda bilgilendirildiği ve bu bilgileri kamuoyu ile paylaşmak yerine, kendi çıkarları doğrultusunda hareket ederek bu bilgileri sakladığı iddialarına dayanıyor. Endüstrinin, iklim değişikliğinin yol açabileceği zararları azaltmak yerine, kamuoyunu yanıltıcı bilgilerle donattığı ve iklim değişikliğinin etkilerini hafife aldığı belirtilmektedir. Bu tür davalar, fosil yakıt şirketlerini ve ilgili lobi gruplarını, iklim krizine katkıda bulunan eylemleri nedeniyle sorumlu tutmayı amaçlamaktadır<sup>44</sup>. ABD Yüksek Mahkemesi 24 Nisan 2023 tarihinde davalı petrol şirketlerin eyalet mahkemelerinin bu davaları görme yetkisi olmadığına ilişkin başvurularını reddederek davacılar lehine kritik bir karar vermiştir<sup>45</sup>.

## E. Ulusal Hukuklar

### 1. İklimin Anayasallaşması

2017 itibarıyla, dünya genelinde 150'den fazla ülke anayasalarına çevre hükümleri eklemiştir. Bu maddeler, bir yandan hukuken zayıf ve ideale yönelik hükümlerden, diğer yandan bireyler ve topluluklar için açıkça tanımlanmış haklarla, net yükümlülükler ve güçlü yargı denetimi ile desteklenenlere kadar geniş bir yelpazede yer almaktadır. Ekvator ve Bolivya Anayasaları gibi bazıları, doğaya doğrudan haklar tanıyarak, in-

<sup>44</sup> **THE GUARDIAN**: Game changing': spate of US lawsuits calls big oil to account for climate crisis, <https://www.theguardian.com/us-news/2023/jun/07/climate-crisis-big-oil-lawsuits-constitution> (Erişim: Tarihi: 10.2.2024).

<sup>45</sup> **THE GUARDIAN**: US supreme court rejects big oil's bid to move Minnesota climate trial, <https://www.theguardian.com/us-news/2024/jan/08/minnesota-big-oil-climate-trial-us-supreme-court#:~:text=The%20US%20supreme%20court%20denied,burning%20coal%2C%20oil%20and%20gas.> (Erişim: Tarihi: 10.2.2024).

san merkezli hak anlayışının ötesine geçip insanın doğal dünya ile ilişkisini daha çok ekosistem merkezli bir bakış açısıyla ele almaktadır<sup>46</sup>.

Birçok ulusal anayasada yer almasının yanı sıra, Ekim 2021 itibarıyla, sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı ilk kez BM İnsan Hakları Konseyi tarafından tanınmıştır. 48/13 sayılı Karar, temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevrenin bir insan hakkı olduğunu tanımış ve BM Üye Devletlerini bu hakkı uygulamak için işbirliği yapmaya çağırmıştır<sup>47</sup>. Böyle bir hakkın tanınması tedrici bir sürecin parçası olarak anlaşılabilirken, bu hakkın ulusal hukuklarca açıkça tanınmadığı ülkelerde çevresel anlaşmazlıkların yargılanmasında yargı organlarını cesaretlendirici etkisi olabilir. Dolayısıyla bu karar devletlerin, mevcut bireysel insan haklarına yönelik çevresel zararların etkilerinden bağımsız olarak, küresel çevreyi ve küresel iklimi koruma görevini insan hakları hukuku alanına sokmanın ilk adımı olarak kabul edilebilir<sup>48</sup>.

Son zamanlarda, karşılaştırmalı anayasa hukukunda, çevre korumasının yanı sıra "iklimin anayasallaşması" adı verilen yeni bir olguya tanık olunmaktadır. İklim kavramı, özellikle güney yarım küredeki ülkelerin anayasalarında yer almaya başlamıştır. Dikkat çekici husus, bunların liberal anayasacılığa bağlı olmayan hukuk sistemleri oluşudur. "İklimin anayasallaşması" terimi, anayasalarda iklim ve iklim değişikliğine ilişkin maddelere yer verilmesini ifade eder. İklim ve iklim değişikliği kavramlarının bir ülkenin en üst hukuk belgesi olan anayasada yer alması, iklim değişikliği ile mücadeleyi bir devletin temel yükümlülükleri arasına sokmakta ve toplumun bu konudaki farkındalığını ve iklim değişikliği ile mücadele çabalarına katılımını artırma açısından önemli bir gelişme oluşturmaktadır.

<sup>46</sup> LEWIS, B.: Constitutional Environmental Rights. In: Environmental Human Rights and Climate Change. Singapore, Springer, 2018) [https://doi.org/10.1007/978-981-13-1960-0\\_3](https://doi.org/10.1007/978-981-13-1960-0_3).

<sup>47</sup> NATIONS UNIS: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/289/50/pdf/g2128950.pdf?token=BNrfXJ1XO5i4SVeuYc&fe=true>, (Erişim Tarihi: 10.2.2024).

<sup>48</sup> GHALEIGH, et al, The Complexities of Comparative Climate Constitutionalism, s.10.

Diğer yandan “iklim anayasacılığı”, çevresel anayasacılığın küresel iklim krizi tarafından yaratılan tehdide yönelik olarak evrilmesini gösteren daha yeni bir harekettir. Ulusal anayasalarda yer alan geniş çevresel korumalar, bazı ülkelerde iklim davalarında zaten kullanılmıştır (örneğin, Neubauer v Almanya davası) ve bu yaratıcı dava kullanımı başka ülkelerde de ortaya çıkabilir<sup>49</sup>.

Günümüzde 11 ülke, hepsi de güney yarım kürede yer alan devletler olmak üzere, anayasalarında iklim veya iklim değişikliğine atıfta bulunmaktadır. Bu sayı, 150’den fazla ülkenin anayasasında yer alan çevre korumasına göre oldukça azdır. Ancak bu sayının zaman içinde artması beklenmektedir. Bu anayasalarda yer alan iklim kavramına dair hükümler, iklim değişikliği konusundaki uluslararası ve yerel çabaları destekleme potansiyeline sahiptir.

Anayasalarında iklim ve iklim değişikliği kavramı içeren söz konusu ülkeler: Cezayir, Bolivya, Fildişi Sahili, Küba, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, Tayland, Tunus, Venezuela, Vietnam ve Zambiya’dır. Görüldüğü üzere, iklim hükümleri içeren anayasalar sayıca az olmasına rağmen, bölgesel olarak yoğunlaşmıştır ve yenidir. Bölgesel bir perspektiften bakıldığında, Latin Amerika’da iklim maddesi olan ülkelerin toplamının yaklaşık %45’i, Afrika’da ise %36’sı bulunurken, Avrupa ve Kuzey Amerika’dan hiçbir ülke bulunmamaktadır. İklim maddesi içeren Anayasaların çoğu yakın tarihlidir - %63’ü son 15 yıl içinde tamamlanmıştır. On bir iklim maddesinden %82’si anayasaların ana metinlerinde yer alırken, geri kalanı başlangıç kısımlarında yer almaktadır<sup>50</sup>.

İklim anayasal hükümlerinin çoğu, geniş ve esnek bir yapıda olup, iklim değişikliğiyle mücadele etmeye veya hedeflenen bir iklim durumuna ulaşmaya genel bir taahhüt içermektedir. Bu tür hükümler, Cezayir, Fildişi Sahili, Küba, Ekvador, Gambiya ve Vietnam gibi ülkelerin anayasalarında yer almaktadır. Örneğin, Fildişi Sahili Anayasası Başlan-

<sup>49</sup> **GHALEIGH**, Navraj Singh, **SETZER**, Joana, **WELIKALA**, Asanga: The Complexities of Comparative Climate Constitutionalism (March 31, 2022). Edinburgh School of Law Research Paper No. 2022/06, s.10.

<sup>50</sup> **GHALEIGH**, et al, s.8.



gıç bölümünde yer alan hüküm, ülkenin iklim korumasına katkıda bulunma taahhüdünü belirtirken<sup>51</sup>, Cezayir'in anayasa önsözündeki hüküm de, iklim değişikliğinin etkileri konusunda bir endişe ve halk adına ifade edilen bir eylem taahhüdünü vurgulamaktadır<sup>52</sup>. 2019 tarihli Küba Anayasası ise daha geniş bir perspektif sunar; sosyalist mirasını ve anti-empyralist, uluslararası taahhütlerini temel alarak, BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin ayrımcılık ve eşitlik ilkeleri aracılığıyla iklim eylemini desteklemekte ve "mantıksız üretim ve tüketim alışkanlıkları-na" karşı bir duruş sergilemektedir<sup>53</sup>.

Bazı anayasalar, örneğin Venezuela'nın anayasası, iklimi diğer doğal kaynaklarla birlikte korunması gerekenler arasında sıralar<sup>54</sup>. Diğer metinlerde, iklim belirli sektörler veya konularla ilgili olarak ele alınır. Örneğin, Bolivya<sup>55</sup>, Küba<sup>56</sup> ve Nepal<sup>57</sup> anayasalarında iklim, tarımla ilgili

<sup>51</sup> Fildişi Sahili (2016): Başlangıç-Gelecek nesiller için iklimin ve sağlıklı bir çevrenin korunmasına ...katkıda bulunmaya olan bağlılığımızı ifade ediyoruz.

<sup>52</sup> Cezayir (2020): Başlangıç § 11- Halk, çevrenin bozulması ve iklim değişikliğinin olumsuz sonuçları konusunda da endişeli kalmakta ve doğal çevrenin korunması, doğal kaynakların rasyonel kullanımı ile gelecek nesiller yararına bu kaynakların korunması konusunda kararlıdır. <https://www.joradp.dz/TRV/FConsti.pdf>,(Erişim Tarihi: 2.2.2024).

<sup>53</sup> **GHALEIGH, et all**, s.10.

<sup>54</sup> Venezuela (1999): Madde 127- Devlet, toplumun aktif katılımıyla kalkınmanın hava, su, toprak, kıyı şeridi, iklim, ozon tabakası ve çevre koşullarının korunduğu kirlilikten arınmış bir çevrede gerçekleşmesini sağlamakla temel bir yükümlülüğe sahiptir ve canlı türler kanunuyla sağlanan özel bir koruma alırlar.

<sup>55</sup> Bolivya (2009): Madde 407-4-“...Devlet politikasının hedefleri aşağıdakilerdir: 4.Tarım ve endüstriyel tarım üretimini doğal afetler, iklimsel, jeolojik ve beklenmedik afetler karşısında korumak.

<sup>56</sup> Küba (2019): Madde 16: Küba Cumhuriyeti, uluslararası ilişkilerini egemenliğini kullanarak ve halkın çıkarlarına uygun olarak antiempyralist ve enternasyonalist ilkelere üzerine kurar. Bu bağlamda:

f) Ortak ancak farklılaşmış sorumlulukların tanınması, daha adil ve eşit bir uluslararası ekonomik düzenin kurulması ve üretim ile tüketimdeki irrasyonel modellerin ortadan kaldırılması yoluyla, insan türünün hayatta kalmasını tehdit eden iklim değişikliğine karşı yanıt verilmesini ve çevrenin korunması ve muhafazasını teşvik eder.

<sup>57</sup> Nepal (2015): Madde 51-12-Ülkenin toprak ve iklim koşullarına uygun gıda üretimini teşvik etmek.

hükümlerde açıkça belirtilmiş; Dominik Cumhuriyeti'nde<sup>58</sup> bölgesel düzenleme ve kaynak yönetimi hükümlerinde; ve Tayland'da<sup>59</sup> su yönetimi ile ilgili ulusal reformlar bağlamında yer almaktadır.

İklim maddelerinin oluşturduğu yükümlülükler açısından, incelenenlerin sadece bazıları, iklim değişikliğiyle mücadele konusunda devlete özel ve açıkça eyleme dönüştürülebilir görevler belirlemektedir. Örneğin, Ekvator'un hükmü, devletin alacağı iklim eylemlerinin yöntemleri açısından geniş kapsamlıdır<sup>60</sup>. Ancak, daha yaygın olanlar, devlete görevler yüklemeyen iklim eylemi için geniş taahhütlerde bulunanlardır. Bu doğrultuda, Zambiya Anayasası iklim değişikliğiyle başa çıkmak için mekanizmalar uygulama taahhütleri yapmakta<sup>61</sup>, Vietnam ise devlete bir görev yüklemeye yerine devlet politikası diliyle benzer taahhütlerde bulunmaktadır<sup>62</sup>.

Anayasal iklim koruması ile bireysel çevresel haklar arasındaki potansiyel bağlantılara rağmen, sadece iki anayasa - Tunus ve Venezuela - iklim hükümleriyle çevresel haklar arasında açıkça bağlantı kurmaktadır. Tunus Anayasası, tüm vatandaşlara iklimin korunmasına katılma

<sup>58</sup> Dominik Cumhuriyeti (2015): Madde 194. Arazi düzenleme planı: Devletin önceliği, ulusun doğal kaynaklarının verimli ve sürdürülebilir kullanımını sağlayan, iklim değişikliğine uyum gerekliliği doğrultusunda, kanun yoluyla formüle edilip uygulanacak bir arazi düzenleme planıdır.

<sup>59</sup> Tayland (2017): Madde 258- "Aşağıdaki sonuçların elde edilmesi için ulusal reformlar yapılacaktır...g) İklimsel ve çevresel değişimle uyumlu her türlü su talebini dikkate alan verimli, sürdürülebilir ve adil bir su kaynakları yönetim sistemine sahip olunmalıdır.

<sup>60</sup> Ekvator (2008) Madde 414- Devlet, sera gazı emisyonlarını, ormansızlaşmayı ve hava kirliliğini sınırlandırarak iklim değişikliğinin etkilerini sınırlamak için yeterli ve çapraz (entegre) önlemler almalıdır; ormanların ve bitki örtüsünün korunması yönünde tedbirler almalı ve afetlere maruz kalan nüfusu korumalıdır.

<sup>61</sup> Zambia (2016): Madde 257- "Devlet, doğal kaynakların kullanımında ve çevrenin yönetiminde... g) iklim değişikliğini ele alan mekanizmaları tesis eder ve uygular.

<sup>62</sup> Vietnam (2013): Madde 63-Devletin bir çevre koruma, doğal kaynakların yönetimi ve makul kullanımı, doğanın ve biyolojik çeşitliliğin korunması politikası vardır. Devlet, doğal afetleri önlemek ve direnmek ve iklim değişikliğine yanıt vermek için girişimlerde bulunur.

hakkı tanırken<sup>63</sup>, Venezuela Anayasasının hükmü bireysel ve kolektif sağlıklı çevre hakkını, devletin nüfusu "özel koruma alanı olarak iklimin olduğu bir kirlilikten arındırılmış çevrede geliştirmek" temel göreviyle bağdaştırmaktadır.

İncelenen Anayasalar, Paris Anlaşması'nın sıcaklık hedeflerine, Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC) raporlarına veya uluslararası iklim rejiminin üç direğine - BMİDÇS, Kyoto Protokolü veya Paris Anlaşması - açıkça atıfta bulunmamaktadır. Ayrıca, kendiliğinden istikrarlı bir iklim hakkına, 'adil geçişlere' veya bağımsız, kanıta dayalı tavsiye ve politika yapımına ilişkin hükümler de henüz yoktur. İklim rejiminin merkezi ilkesi olan farklılık ilkesinin, yukarıda belirtilen Küba dışında, mevcut anayasal hükümlerden eksik olması da dikkate değerdir.

## 2. İklim Değişikliği Mevzuatları

### a. Genel Olarak

İklim değişikliği mevzuatı, genellikle iklim mevzuatı olarak kısaltılır ve iklim değişikliği üzerindeki eylemlere hukuki temel oluşturan hukuki düzenlemeleri ve politikaları içerir. Terim geniş bir şekilde kullanılır ve yasama ve yürütme organları tarafından kabul edilen veya ilan edilen hukuki mevzuatı (kanun, kararname, yönetmelik vs.) ve politikaları kapsayabilir. Bunlar, iklim değişikliği hafifletme, uyum ve afet riski yönetimi kapsamındaki eylemleri ele alır. Hukuki düzenleme ve politikalar farklı sektörlerle uygulanabilir veya tarım, arazi kullanımı, ulaşım, enerji, atık, çevre, turizm, sanayi, binalar, su ve sağlık gibi belirli bir sektöre odaklanabilir. Çerçeve İklim Kanunu" terimi ise ulusal ve uluslararası gündemleri birleştiren iklim yasalarının önemli bir alt kümesini tanımlar. Çerçeve iklim yasaları, aşağıdaki hususlardan bazılarını veya hepsini içerir:

- a. Ulusal iklim değişikliği politikasının stratejik yönünü belirlerler;
- b. Yasama organı tarafından kabul edilirler;

<sup>63</sup> Tunus (2014) : Başlangıç § 5-İklim güvenliğine katkıda bulunma ihtiyacının bilincinde...” ve 45. madde: “Devlet, sağlıklı ve dengeli bir çevre hakkını ve iklim korumasına katılma hakkını garanti eder.

- c. Ulusal, uzun vadeli ve/veya orta vadeli hedefler ve/veya değişim yolları içerirler;
- d. Ulusal düzeyde iklim yönetimi için kurumsal düzenlemeleri belirlerler;
- e. Çok sektörlü kapsama alanına sahiptirler;
- f. Şeffaflık ve/veya hesap verebilirlik mekanizmalarını içerirler<sup>64</sup>.

Bazı uzmanlar, iklim mevzuatını ve politikalarını 'doğrudan' veya 'dolaylı' olarak sınıflandırmışlardır. Doğrudan iklim yasaları, bir şekilde iklim değişikliğiyle mücadele etmeyi ana hedef olarak belirleyen mevzuattır. Dolaylı mevzuat ise farklı bir ana odağa sahip olup hükümetin iklim yanıtına katkıda bulunan bazı önlemleri içermektedir.

Dünya genelinde birçok ülke uluslararası hukuktan kaynaklanan taahhüt ve yükümlülüklerini hayata geçirmek için yol gösterici strateji ve politika belgeleri yanında bağlayıcı hukuki çerçeveler oluşturmaktadır. Bunlar genel de İklim Uyum Kanunu, İklim Değişikliği Hakkında Çerçeve Kanun gibi isimler altında çıkarılmaktadır. Bu tür yasalar çıkaran ülkelerin sayısında son yıllarda önemli artış gözlenmektedir. Söz konusu yasalar, genellikle sera gazı emisyonlarını azaltmayı, yenilenebilir enerji kaynaklarını teşvik etmeyi ve çevresel sürdürülebilirliği artırmayı hedefleyen hükümler içermektedir.

İnternet üzerinde yer alan "Dünya İklim Değişikliği Mevzuatı Sitesi"<sup>65</sup>, her ülkeden 5,000'den fazla mevzuat ve politika belgeleri ile BMİDÇS Sözleşmesi çerçevesindeki NDC'lerin tam metnini içermektedir.

2015-2024 arası çıkartılan bazı kanunlar ve isimleri şöyledir: Finlandiya: 2015 Tarihli İklim Değişikliği Kanunu (Kanun no: 609/2015); Paraguay: 2017 tarihli Ulusal İklim Değişikliği Kanunu (Kanun no. 2017/5875); Peru: 2018 tarihli İklim değişikli Hakkında Çerçeve Kanun (kanun No: 2018/30754); İspanya: 2021 tarihli İklim Değişikliği ve Enerji Geçiş

---

<sup>64</sup> KOEHL/ HIGHAM; Erişim Tarihi: 12.1.2024.

<sup>65</sup> GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE: Climate Change Laws of the World: <https://climate-laws.org/>.

Hakkında Kanun (Kanun no: 7/2021); Fransa: 2021 tarihli "İklim Değişikliğiyle Mücadele ve Etkilerine Karşı Direncin Güçlendirilmesi Hakkında Kanun (Kanun no: 2021-1104); Almanya: 2023 tarihli Federal İklim Uyum Kanunu.

Farklı ülkelerden edinilen deneyimler, yasa ve politikaların formülasyonunda vatandaşları, özel sektörü ve alt ulusal hükümetleri dahil etmenin, siyasi meşruiyetlerini ve uzun vadeli kabulünü artırdığı için etkililiklerine katkıda bulunabileceğini göstermektedir. Özellikle çerçeve kanunlar, iklim değişikliğiyle başa çıkmak için gelişmekte olan ülkelere yatırım düzenlemelerinin uzun vadeli hukuki kesinliğini artırarak finans çekmelerine yardımcı olabilir. Ayrıca, tek politika araçlarından ziyade politika setleri daha verimlidir. Aktörlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak için hesap verebilirlik mekanizmaları esastır<sup>66</sup>.

İki araştırmacı söz konusu veri tabanındaki bilgileri inceleyerek, 2021 yılında mevcut mevzuatın uygulamada ne ölçüde etkili çalıştığını belirlemeyi amaçlayan bir çalışma gerçekleştirmiştir. Araştırmacılara göre; dünyadaki her ülkede en az bir iklim değişikliği mevzuat düzenlemesi mevcut olup, dünya genelinde mevzuat sayısı 1,800'ü aşmaktadır. Bu mevzuat olmasaydı, küresel emisyonlar kesinlikle daha yüksek olurdu, ama ne kadar? İki araştırmacı bu soruya cevap vermek için 1999 ve 2016 yılları arasında 133 ülkede yürürlüğe konulan tüm ulusal iklim mevzuatını incelemişlerdir. Araştırmacılar yeni iklim mevzuatları ile sera gazı emisyonları arasındaki bağlantıyı araştırmak için istatistiksel modelleme kullanmışlar, dünya genelinde 1800'den fazla yasadaki sera gazı emisyonları ile ilgili olmayanları (sıcak hava dalgaları ve sel gibi iklim riskleriyle ilgili mevzuat gibi) dışarıda bırakarak analizlerine 1092 iklim değişikliği mevzuatını dahil etmişlerdir.

Araştırmacılar üç soruyu ele almışlardır:

- Yeni iklim mevzuat düzenlemelerinin sera gazı emisyonları üzerindeki etkileri kısa vadede (3 yıl içinde) ve uzun vadede (3 yıldan fazla) ne olmuştur?

<sup>66</sup> KOEHL/ HIGHAM: Erişim Tarihi: 12.1.2024.

- Bir ülkenin yeni bir iklim mevzuatını uygulama yeteneği, sera gazı emisyonlarının ne kadar azaltmasına yol açmaktadır?
- Emisyonları kesmede hangi tür mevzuat daha etkili olmakta: Kanunlar mı, yoksa yürütme emirleri mi?

Söz konusu çalışmada ulaşılan önemli sonuçlar şunlardır:

- Her yeni yasa, ilk 3 yılda yıllık karbon dioksit emisyonlarını ortalama %0.8, uzun vadede ise %1.8 oranında azaltmıştır.
- Bazı yasa türleri, emisyonları azaltmada diğerlerinden başarılı olmuştur. Bu mevzuatı daha etkili bir şekilde uygulayabilen ülkelerde, uzun vadede emisyonlarda %2.4'lük daha büyük bir düşüş yaşanmaktadır. Dolayısıyla Bir ülkenin iklim değişikliği konusunda yasalara sahip olması yanında bunları ne kadar iyi uygulayabildiği de önem taşımaktadır. Yasaları uygulamada başarı, emisyonları azaltma olasılıklarını artırmaktadır.
- Yalnızca 2016 yılında, iklim mevzuatları sayesinde 5.9 gigaton daha az CO2 salınmış. Bu, o yıl ABD'nin toplam emisyonlarından daha fazla bir rakama karşılık gelmektedir. Bir gigaton, dünyadaki tüm insanların toplam ağırlığının iki katına eşittir.
- 1999'dan 2016'ya (18 yıl) kadar sadece 38 gigaton CO2 tasarrufu sağlanmıştır– bu, dünya genelindeki yıllık CO2 emisyonlarının sadece bir yıllık miktarı. Ve bu mevzuatın diğer sera gazları üzerindeki etkisi daha da düşüktür.
- İklim mevzuatının yaklaşık %40'ı kanunlardan ve %60'ı ise yürütmenin düzenleyici işlemlerinden oluşmakta olup kanunların, emisyonları azaltmanın daha güçlü bir araç olduğu görülmektedir; azalmaların çoğu onların sayesinde gerçekleşmiştir.
- Bazı ülkeler iklim mevzuatı yapmada başarılı – örneğin, Brezilya'nın 28, İspanya'nın 38 yasası mevcuttur! Ancak Brezilya'nın 28

yasasının hepsi çok iyi uygulanmamış ve Brezilya'nın ormansızlaşmayı durdurmasına yardımcı olmamıştır<sup>67</sup>.

## b. Ülke Kanun Örnekleri

Birleşik Krallık'ta 2008 yılında kabul edilen "İklim Değişikliği Kanunu", iklim değişikliği üzerine çerçeve yasaların en erken ve en önemli örneklerinden biridir<sup>68</sup>. Kanun, kabul edildiği itibaren Birleşik Krallığın iklim politikasının odak noktası olmuştur. İklim Değişikliği Komitesi (CCC) gibi bağımsız bir danışma kurulu ile birlikte, uluslararası alanda bir model olarak kabul edilmiştir. Yasanın kabul edilmesinden bu yana, Birleşik Krallık'ta karbon emisyonlarında azalma hızı artmış ve şimdiye kadar belirlenen karbon bütçeleri kolaylıkla karşılanmıştır<sup>69</sup>.

Kanun, uzun vadeli bir emisyon hedefi belirler ve ara hedeflerin belirlenmesini gerektirir. Bunlar, hükümetin yasal olarak başarmak zorunda olduğu beş yıllık karbon bütçeleri olarak ifade edilir. Yasa ayrıca, hükümetin her beş yılda bir iklim değişikliği risk değerlendirmesi yayımlamasını ve risk değerlendirmesine yanıt olarak bir Ulusal Uyum Programı geliştirmesini gerektirir. 2019'da, Kanunun başlıca hedefi, hükümetin net sıfır hedefini yansıtacak şekilde değiştirilmiştir.

Almanya'da "Federal İklim Uyum Kanunu", iklim uyumunu güçlendirmeye yönelik ayrı bir iklim çerçeve yasasıdır. Aynı zamanda doğayı ve ekosistemleri de korumayı hedeflemektedir. Yasaya göre, hükümet, ölçülebilir hedeflere sahip bir önleyici iklim uyum stratejisi hazırlamak zorundadır. Strateji, Su; Altyapı; Arazi ve arazi kullanımı; Sağlık; Ekonomi; Kentsel gelişim; ve bütünleşik yaklaşımlara ilişkin eylem alanlarını kapsamalıdır. Ayrıca, hükümet düzenli olarak bir izleme raporu ya-

<sup>67</sup> **ESKANDER**, Shaikh/ **FANKHAUSER**, Sam: How well do climate laws help reduce global warming? Research article on 2 August, 2021, [https://www.science-journalforkids.org/wp-content/uploads/2021/07/legislation\\_article.pdf](https://www.science-journalforkids.org/wp-content/uploads/2021/07/legislation_article.pdf).

<sup>68</sup> Yasanın güncel metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/27/contents>.

<sup>69</sup> **AVERCHENKOVA**, Alina/**FANKHAUSER**, Sam/ **FINNEGAN**, Jared J: "The impact of strategic climate legislation: evidence from expert interviews on the UK Climate Change Act", *Climate Policy*, 2021: 2, 251-263.

ynlamalıdır. Bu rapor, iklim değişikliğinin gözlemlenen sonuçları ve önleyici iklim uyum stratejisinin hedef başarımlarını hakkında kamuoyunu bilgilendirecektir. İzleme raporu hedeflerin karşılanmadığını ortaya koyduğu takdirde, stratejideki önlemler değiştirilmelidir. Özellikle, yasa ayrıca kamu otoritelerinin iklim uyum hedeflerini disiplinlerarası ve entegre bir şekilde göz önünde bulundurmasını, ayrıca hem meydana gelen hem de öngörülen iklim değişikliği etkileri dikkate almasını gerektirir.

Fransa'da 22 Ağustos 2021 tarihli "İklim Değişikliğiyle Mücadele ve Etkilerine Karşı Direncin Güçlendirilmesi Hakkında 2021-1104 Sayılı Kanun", Devlet Başkanı tarafından benimsenen İklim İçin Halk Meclisi'nin 146 önerisinden bir kısmını yansıtmaktadır. Bu yasa, 2030 yılına kadar sera gazı emisyonlarını %40 oranında azaltmayı ve bu süreci sosyal adalet anlayışıyla yürütmeyi amaçlamaktadır.

Kanun, şu beş ana tema etrafında şekillenmiştir: tüketim ve beslenme, üretim ve çalışma modelleri, ulaşım, konut ve toprakların yapaylaştırılması, yeni bir ekosid suçu. Ayrıca, çevreye zarar verilmesi durumunda uygulanacak cezaları da güçlendirmektedir. Yasa, devletin, 2030 yılına kadar sera gazı emisyonlarını en az %55 oranında azaltma hedefine saygı göstermesini öngörmektedir. Yasaya, yasanın etkilerini sürekli değerlendirecek bir sistem kuran son bir başlık eklenmiştir. İklim için Yüksek Konsey, her yıl ön görülen önlemlerin uygulanmasını ve her üç yılda bir yerel yönetimlerin sera gazı emisyonlarını azaltma ve iklim değişikliğine uyum konusundaki faaliyetlerini değerlendirecektir<sup>70</sup>.

İspanya'da 2021 tarihli İklim Değişikliği ve Enerji Geçişi Hakkında Kanunun amacı 1) İspanya'nın Paris Anlaşması hedeflerine uyumunu sağlamak, 2) İspanyol ekonomisinin karbon salınımını azaltarak dairesel bir modele geçişini kolaylaştırmak, böylece kaynakların rasyonel ve dayanışmacı kullanımını garanti altına almak ve 3) iklim değişikliğinin etkilerine uyumu teşvik etmek ve saygın istihdam yaratan ve eşitsizlikleri

<sup>70</sup> **VIE PUBLIQUE:** <https://www.vie-publique.fr/loi/278460-loi-22-aout-2021-climat-et-resilience-convention-citoyenne-climat> (Erişim Tarihi: 23.4.2024).



azaltmaya katkıda bulunan sürdürülebilir bir kalkınma modelinin uygulanmasını sağlamaktır. Bu yasa, ülkede petrol ve gaz arama ve çıkarma için yeni lisans verilmesini sonlandırmaktadır.

Yasanın 32 ve 33. maddeleri özellikle kredi kuruluşlarına iklim riski raporlama yükümlülüklerini getirmekte ve paralel olarak sürdürülebilir sektörlere yatırımları kolaylaştırmayı amaçlamaktadır<sup>71</sup>.

## 2. Türk Hukuku

1982 Anayasasının hazırlandığı dönemde, henüz dünya çapında gündeme gelmemiş olan iklim ve iklim değişikliği kavramları, Anayasa'da yer almamaktadır. Türkiye'nin henüz bir iklim değişikliği yasası da yoktur. Ancak basına yansıyan açıklamalardan bu konuda siyasi iradenin mevcudiyeti ve İklim Değişikliği Başkanlığının bir hazırlığının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır<sup>72</sup>.

Bununla birlikte, Türkiye halihazırda iklim değişikliği alanında, 2871 sayılı Çevre Kanunu'nun yanı sıra, BMİDÇS ve Paris Anlaşması gibi, Anayasanın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan uluslararası sözleşme ve anlaşmaları iç hukuk kaynakları olarak benimsemiştir. Ayrıca, İklim Değişikliği Başkanlığına ilişkin ve Dışişleri ile Sanayi Bakanlıklarının ilgili birimlerine dair Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile yönetmelik ve tebliğler gibi diğer ulusal düzenlemeler de Türkiye'nin iç hukukunda yer almaktadır.

Öte yandan, Türkiye uluslararası sözleşmelerin gerekliliklerini yerine getirmek amacıyla iklim değişikliği ve küresel ısınmayla mücadele iradesini, Kalkınma Planlarına yansıtarak ve İklim Değişikliği Strateji Belgesi (2010-2023) ile İklim Değişikliği Eylem Planı (2011-2025) gibi politika belgelerini hazırlayarak göstermiştir. Ayrıca, Bakanlık Düzeyinde Çevre Ajansı (2020), İklim Değişikliği Başkanlığı (2021) ve İklim Değişikliği ve Uyum Koordinasyon Kurulu (2021) oluşturulmuştur.

<sup>71</sup> **CLIMATE CHANGE LAWS:** <https://climate-laws.org/document/law-7-2021-on-climate-change-and-energy-transition> (Erişim Tarihi: 23.4.2024).

<sup>72</sup> **AA:** <https://www.aa.com.tr/tr/politika/cumhurbaskani-erdogan-onumuzdeki-donemde-iklim-kanunumuz-meclisimizden-gecirmis-olacagiz/2877413>, 20.04.2023, (Erişim Tarihi: 10.2.2024).

25 Şubat 2021 tarihinde bütün siyasi partilerin ortak kararı ile TBMM Küresel İklim Değişikliği Araştırma Komisyonu kurulmuştur. Komisyon 842 sayfalık çok kapsamlı bir Rapor hazırlamıştır. Raporda toplam; 96 ayrı tespit, 385 teklif geliştirilmiştir.

Raporda; iklim değişikliğiyle mücadelede sera gazı emisyonlarının azaltılması ve iklim değişikliğine uyum için gerekli hukuki ve kurumsal çerçevenin oluşturulması, teknik ve finansal mekanizmalara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi bakımından kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmakta (Tespit 2) olduğu belirtilerek “İklim Değişikliği Kanununun çıkarılması” önerilmektedir.

Yine, Ülkemizin, 1996 yılında Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesine taraf olmasına rağmen, biyolojik çeşitliliğin korunması ile ilgili bir kanuna sahip olmadığı (Tespit 3) vurgulanarak, “Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu’nun çıkarılması önerilmektedir.

Raporda, “Türkiye’nin, Paris Anlaşmasının ve mekanizmalarının; ülkemizin ekonomik ve sosyal kalkınma hakkını engellememesi koşuluyla uygulanması önemlidir” (Tespit 4) tespitine yer verilmiştir.

2871 sayılı Çevre Kanunu, 2020 yılında çıkarılan 7261 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile güncellenerek iklim değişikliğiyle mücadele konusuna yönelik eklemeler yapılmıştır. Bu eklemelerle, sıfır atık uygulamalarının yaygınlaştırılması, döngüsel ekonomi ilkelerinin benimsenmesi ve iklim değişikliğiyle mücadele alanında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nun yetkilendirilmesi sağlanmıştır. Ayrıca, sürdürülebilir çevre hedefleri doğrultusunda çevre etiket sisteminin oluşturulması ve Çevre Fonu gelirlerinin iklim değişikliğiyle mücadelede kullanılması öngörülmüştür.

10 Temmuz 2018 tarihli 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına, iklim değişikliğiyle ilgili iş ve işlemleri yürütme, küresel iklim değişikliğiyle ilgili gerekli tedbirlerin alınması için plan ve politikaların belirlenmesi, çölleşme ve erozyonla mücadele gibi görevler verilmiştir. 29 Ekim 2021 tarihli 85 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bu Bakanlığa bağlı olarak

İklim Değişikliği Başkanlığı kurulmuştur. Bu Başkanlık, Türkiye'nin iklim değişikliğiyle mücadele ve uyum çalışmalarında ulusal ve uluslararası düzeyde politika, strateji ve eylemleri belirlemek, müzakere süreçlerini yürütmek ve kurumlar arası koordinasyonu sağlamakla görevlendirilmiştir.

Bu çerçevede, Türkiye 2053 net sıfır emisyon ve yeşil kalkınma hedeflerine uyum sağlamak ve iklim değişikliğine yönelik azaltım çalışmalarını gerçekleştirmek için çalışmaktadır. Ayrıca, toplumun her kesimine insan ve doğa dostu bir yaklaşımla iklim değişikliği konusunda farkındalık kazandırma görevini üstlenmiştir.

Türkiye, Paris Anlaşması'nın anlaşması kapsamındaki hafifletme ve uyum politikalarının uygulanmasını desteklemektedir. Ayrıca, Avrupa Birliği'ne (AB) katılım sürecinde olan bir ülke olarak Türkiye, AB politikalarını yakından takip etmekte ve iklim değişikliği ile çevre konularında ilgili kazanımlara uyum sağlamak amacıyla mevzuat geliştirmektedir. Türkiye'nin iklim değişikliği politikası, çeşitli sektörel, yerel ve ulusal politika belgeleri, stratejiler ve hafifletme ile uyum üzerine eylem planları ile yapılandırılmıştır.

Türkiye'nin, BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (UNFCCC) ve Paris Anlaşması çerçevesinde sunduğu ilk Ulusal Katkı Beyanı 2021 yılında Glasgow'da gerçekleşen 26. Taraflar Konferansı'nda kabul edilmiştir<sup>73</sup>. 2023'te güncellenen bu belgeye göre Türkiye de, sektörel politikalarını sürdürülebilir ve iklim dirençli kalkınma yönünde yönlendiren genel mevzuat belgeleri arasında şunlar öne çıkmaktadır:

- Çevre Kanunu (1983)
- Enerji Verimliliği Kanunu (2007)
- Florlu Sera Gazlarına İlişkin Yönetmelik (2022)
- Havacılık Faaliyetlerinden Kaynaklanan Sera Gazı Emisyonlarının Takibi Hakkında Yönetmelik (2022)
- Ozon Tabakasını İncelten Maddelere İlişkin Yönetmelik (2017)

<sup>73</sup> **CLIMATE CHANGE LAWS:** [https://climate-laws.org/document/turkiye-updated-1st-ndc\\_81fb?q=T%C3%BCrkiye&c=UNFCCC](https://climate-laws.org/document/turkiye-updated-1st-ndc_81fb?q=T%C3%BCrkiye&c=UNFCCC), (Erişim Tarihi: 31.1.2024).

- Sera Gazı Emisyonlarının Takibine Dair Yönetmelik (2014)
- Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönetmeliği (2017)
- Sera Gazı Emisyonlarının İzlenmesi ve Raporlanması Hakkında Tebliğ (2014)
- Sera Gazı Emisyon Raporlarının Doğrulanması ve Doğrulama Kuruluşlarının Akreditasyonuna Dair Tebliğ (2017)

Aynı belgede, Türkiye'nin iklim eylemini geliştirmek amacıyla hazırlanmakta olan ve mümkün olan en kısa sürede tamamlanması hedeflenen temel mevzuat belgeleri arasında şunlar yer almaktadır:

- İklim Kanunu
- Yerel İklim Değişikliği Eylem Planı Yönetmeliği

2053 yılına kadar net sıfır hedefine ulaşmak, doğal çevreyi korumak ve rekabet gücünü artırmak için kaynak verimli ve sürdürülebilir bir dairesel ekonomi önemlidir. Bu bağlamda, Türkiye'nin "Yeşil Mutabakat Eylem Planı", 16 Temmuz 2021'de 2021/15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile yayımlanmıştır. Dokuz ana başlık altında toplam 32 hedef ve 81 eylemi içeren Eylem Planı, Türkiye'nin sanayilerinin yeşil dönüşümüne ve özellikle ticaret ve sanayi ile ilgili alanlarda önlemler alınmasına odaklanmaktadır. Eylem Planı, İklim Değişikliğiyle Mücadele, Yeşil ve Dairesel Ekonomi, Yeşil Finans, Karbon Sınır Ayarlamaları gibi geniş bir yelpazede alınacak eylemleri içermektedir.

Uluslararası standartlara uygun olarak Türkiye, daha iddialı iklim eylemleri için yatırım fırsatlarını teşvik etmek amacıyla yeşil finansal ekosistemini geliştirmektedir. Finans kurumları, finansal sistemi yeşillendirmede anahtar rol oynamaktadır. Türkiye'de yeşil finansal ekosistemi iyileştirmek için birçok gelişme olmuştur. Bu gelişmelerin en önemlilerinden biri "Sürdürülebilir Bankacılık Stratejik Planı 2022-2025"dir<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> **CLIMATE CHANGE LAWS:** [https://climate-laws.org/documents/turkiye-updated-1st-ndc\\_b2ab?q=&l=turkey&id=turkiye-updated-1st-ndc\\_81fb](https://climate-laws.org/documents/turkiye-updated-1st-ndc_b2ab?q=&l=turkey&id=turkiye-updated-1st-ndc_81fb), (Erişim Tarihi: 31.1.2024).

## F. Bağımsız Bir İklim Hukuku Disiplininden Bahsedilebilir mi?

Günümüzde, kendine has ilke, kavram, kural ve yaklaşımlarıyla bağımsız bir dal olarak kabul edilen çevre hukukunun yanı sıra, iklim hukukundan da bahsedilmeye başlanmıştır. Çevre hukuku, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesiyle ilgili yasal düzenlemeleri içerirken, iklim hukukunun ise iklim değişikliğiyle mücadele alanındaki ulusal ve uluslararası hukuki çerçeveyi ele alması düşünülebilir.

Bu iki dal, enerji hukuku, imar hukuku, deniz ve su hukuku gibi farklı disiplinlerle kesişir. Ancak, mevcut literatürde çoğunlukla iklim değişikliği, çevre hukuku kavramı altında incelenmektedir. Nitekim yabancı uzmanlar da, iklim hukukunun henüz bağımsız bir hukuk dalı olarak tanınmamasının, bu alandaki çalışmaları daha da önemli kıldığını belirtmektedir<sup>75</sup>.

Kanımızca, iklim değişikliğinin çevre hukuku bağlamında giderek daha fazla yer kaplaması, çevre ve iklim hukukunun bir arada ele alınmasını gerektirmektedir. Artık, çevre hukuku doktrinindeki ilke, kavram ve tanımlar ile iklim değişikliği olgusuna yönelik hukuki düzenlemeleri gelişmeleri dikkate alarak, "çevre ve iklim hukuku" başlığını kullanmak daha uygun olacaktır. Çevre ve iklim hukuku disiplini, sürdürülebilir kalkınma bakış açısıyla ulusal çevresel ve iklimsel politikaların uygulanmasında temel araçlardır. Bu hukuk dalı, özel hukuku ilgilendiren yönlerinin yanı sıra kamusal çıkarları koruyan ve devlet müdahalesinin yoğun olduğu bir alan olarak kamu hukukunu da ilgilendirdiğinden karma hukuk dalı olarak görülebilir. Ayrıca, doktrindeki ulusal, bölgesel ve uluslararası çevre hukuku ayrımı<sup>76</sup> artık ortak bir hukuk alanı olarak "çevre ve iklim hukukuna" da uygulanabilir.

Çevre ve iklim hukuku, çevreyi koruma ve iklim değişikliğine yol açan etkenleri kontrol etme amacıyla çeşitli emredici kurallar içerir. Bu kurallar, cezai yaptırımlar, emisyon kuralları, enerji standartları ve yenilenebilir enerjiye yönelik teşvikler gibi çeşitli yollarla uygulanmaktadır.

<sup>75</sup> COURNIL, s.23.

<sup>76</sup> KABOĞLU, ÖZALP, s. 273.

Ayrıca, iklim değişikliği alanında geleneksel olmayan düzenleme türleri ve yumuşak hukuk kuralları da giderek daha fazla kullanılmaktadır. Dolayısıyla İklim hukuku, artık çevre ve iklim hukukunu oluşturan iki alt daldan biri olarak anlaşılmalıdır.

Öte yandan gelecekte iklim değişikliğiyle ilgili özgün sorunlar ve katlanarak artan mevzuat nedeniyle ayrı bir “iklim hukuku” dalının ortaya çıkma ihtimali göz ardı edilmemelidir. Gerçekten de bu konudaki hukuکی düzenlemeler, kurumlar ve ulusal ve uluslararası alandaki yargı içtihatları artış gösterdiğinde iklim değişikliğinin sınır aşan niteliği, bu alanda karşılaşılan özgün zorluklara ve ihtiyaçlara çevre hukukundan da bağımsızlaşmış bir “İklim Hukuku” dalı daha iyi cevap verebilir. Halihazırda hukuksal iklim düzenlemeleri, ulusal ve uluslararası düzeyde, çevre hukukuyla yakından ilişkili olup, geleceğin hukukçuları için iklim değişikliği olgusunu, iklim adaletini ve iklim davalarını çevre hukuku bağlamında kavramalarını sağlayacak bir “Çevre ve İklim Hukuku” dersinin hukuk lisans programlarına zorunlu ders olarak dahil edilmesinde fayda bulunmaktadır.

## SONUÇ

Etkileri tüm dünyada ve insanlığın tamamı üzerinde hissedildiği için, iklim değişikliği, küresel bir olgu olup küresel bir yanıt gerektirir. İnsanlığın önünde somut ve acil bir sorun olan iklim değişiklikleriyle mücadele etmek için ulus devletler, bireyler, şirketler, alt ve üst ulusal siyasi ve idari kurumlar çevreye saygılı iklim projelerini uygulamak için işbirliği yapmalıdır. Bu projeler, çevre ve iklim üzerinde insan kaynaklı olumsuz etkileri azaltmalarına yardımcı olacaktır. Her aktörün kendi iklim adaleti sorumlulukları ve görevleri vardır: emisyon azaltma görevleri, iklim değişikliklerine uyum sağlamada yardım görevleri ve onarım/tazminat görevleri vs.

İklim değişikliğiyle mücadelede hukukun önemi, bu sorunun çevresel, ekonomik, sosyal ve siyasi vs. yönleriyle çok boyutlu bir olgu olduğundan kaynaklanmaktadır. Hukuk, bu çok yönlü soruna bütüncül bir yaklaşım sunarak etkili çözümler üretebilir. Hukukun, iklim değişikliği-

ğiyle mücadelede teşvik edici, düzenleyici ve cezalandırıcı işlevleri söz konudur.

Hukukun bu alandaki rolü, özellikle iklim değişikliğiyle mücadele politikalarını şekillendirmek, sera gazı emisyonlarını azaltma taahhütlerini iç hukukta uygulamaya geçirmek ve iklim değişikliğine bağlı çevresel zararları azaltmak için etkili hukuki düzenlemeler yapmak ile iklim değişikliği nedeniyle oluşabilecek çevresel ve sosyal adaletsizliklerle mücadele etmek olarak özetlenebilir.

Bu konuda hukuk alanında yapılan çalışmalar, hukuki mekanizmaların ve politikaların etkili bir şekilde tasarlanması ve uygulanması yoluyla iklim değişikliğiyle mücadeleyi güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu, hem mevcut hukuki mevzuatı güçlendirmeyi hem de yeni hukuki düzenlemeler ve politikalar geliştirmeyi içermektedir. Nitekim iklim değişikliği olgusu uluslararası alanda bu konuyu ele alan uluslararası hukuk metinlerinin, devletlerin bu alandaki taahhüt ve hedeflerinin başarısını değerlendiren mekanizmaların ulusal planda iklim mevzuatlarının ve kurumlarının oluşturmasını beraberinde getirmiştir.

Hukuk, iklim değişikliğiyle mücadelede çok yönlü bir araç olarak kullanılabilme özelliği taşımaktadır. Hukuk, hukuksal düzenlemeler, uluslararası iş birlikleri, finansal teşvikler ve halkın katılımını artırmak gibi bir dizi yöntemle bu küresel sorunun üstesinden gelmeye katkıda bulunabilir.

Son yıllarda karşılaştırmalı hukukta iklimin anayasallaşması ve iklim anayasacılığı olarak adlandırılan olgunun gelişimine tanık olunmaktadır. Ancak bu olgunun uzun anayasacılık deneyimi olan gelişmiş kuzey ülkelerinde değil de güney ülkelerinde görülmesi analiz edilmesi gereken bir durumdur.

Sürdürülebilir kalkınma ve iklim adaleti kavramı iklim faaliyetlerinin ve düzenlemelerinin odağında yer almaktadır. Giderek genişleyen iklim davaları kategorisi ise iklim değişikliği ile mücadeleyi devletlerin konusu olmaktan çıkarıp, kamuoyunu ve STK'ları de bu mücadelenin bir parçası yapmaktadır. İklim davaları iklim değişikliği ve insan hakları

arasındaki bağlantıyı vurgulamaları nedeniyle çevre ve iklim hukuku ile insan hakları hukuku arasında giderek artması beklenebilecek etkileşimi de tetiklemektedir.

İklim değişikliği ile mücadelede hukukun rolüne ilişkin olarak, hukuki düzenlemelerin ve politikaların etkinliğini ölçmek için kullanılabilir belirlenen kriterler ve göstergelerin geliştirilmesi düşünülmelidir. Bu, hukuki tedbirlerin gerçek dünya etkilerini değerlendirmek ve sürekli iyileştirme için bir temel oluşturabilir.

İklim değişikliği konusunda hukuki düzenlemeler yapılırken, teknolojik inovasyon ve yeşil teknolojilerin teşvik edilmesi hususları dikkate alınmalıdır. Örneğin, yenilenebilir enerji kaynaklarına yatırım yapılmasını teşvik eden politikalar ve yasalar, iklim değişikliğiyle mücadelede önemli bir rol oynayabilir.

İklim değişikliğiyle mücadelede iklim adaleti ve hakkaniyet boyutlarına daha fazla odaklanılmalıdır. Özellikle iklim değişikliğinden en çok etkilenen toplulukların korunması ve desteklenmesi, hukuki düzenlemelerde merkezi bir yer tutmalıdır. Bu, iklim değişikliği politikalarının hem etkili hem de adil olmasını sağlamak için kritik öneme sahiptir.

Uluslararası işbirliği ve eşgüdüm, iklim değişikliğiyle mücadelede hukukun önemli bir unsurudur. Farklı ülkelerin, bölgelerin ve bunları temsil eden uluslararası örgütlerin birlikte çalışması, bilgi ve deneyim alışverişinde bulunması ve iyi uygulamalarını paylaşmaları, küresel ölçekte etkili çözümler geliştirmek için zorunludur.

İklim değişikliği uluslararası insan hakları hukukuyla da yakından ilgilidir. Bu bağlantıyı ilk olarak BM İnsan Hakları Komitesi 2022 yılındaki Torres Adaları/Avustralya başvurusundaki ihlal kararı ile ortaya koymuştur. Bu bağlamda AIHM önüne taşınan ve birisinde Türkiye'nin de davalı olduğu iklim başvurularında Mahkemenin vereceği kararlar iklim değişikliği ve insan hakları hukuku bağlantısının açısından büyük önem taşımaktadır. AIHM'nin AIHS'yi yaşayan bir hukuk belgesi olarak dinamik ve evrimci yöntemle yorumlaması göz önüne alındığında, Bü-



yük Daire önündeki iklim başvurularının bir kısmının ihlal kararı ile sonuçlanması muhtemeldir.

Türkiye, BMİDÇS ve Paris Anlaşması gibi ilgili uluslararası anlaşmalara taraf olarak, sera gazı emisyonlarının azaltılması ve iklim değişikliğinin etkileriyle mücadele konusunda yükümlülük altına girmiştir. Türkiye'de çevre koruma ve iklim değişikliğiyle mücadele, çeşitli yasalarla düzenlenmiştir. Bu yasalar arasında Çevre Kanunu, Enerji Verimliliği Kanunu ve Yenilenebilir Enerji Kanunu gibi düzenlemeler bulunmaktadır. Türkiye, enerji verimliliğini artırma, yenilenebilir enerji kaynaklarını teşvik etme ve karbon salınımını azaltma yönünde adımlar atmıştır. Özellikle yenilenebilir enerji kaynaklarına yapılan yatırımlar, ulusal sera gazı emisyonlarını azaltma stratejisinin önemli bir parçasıdır.

Türkiye BM'ye sunduğu iddialı iklim hedeflerinde bir İklim Yasası taahhüdünde de bulunmuştur. Böyle bir çerçeve kanunun çıkarılması ülkemizde iklim hukukunun gelişmesinde önemli bir aşama oluşturmaktadır. Diğer yandan ülkemizde hep güncel olan yeni Anayasa tartışmaları bağlamında, Anayasanın Başlangıç kısmında iklim konusuna, ayrıca temel haklar bölümünde sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı yanında iklim değişikliğine karşı korunma hakkına da yer verilmesinin değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

- AA:** Cumhurbaşkanı Erdoğan: Önümüzdeki dönemde İklim Kanunu'muzu meclisimizden geçirmiş olacağız, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/cumhurbaskani-erdogan-onumuzdeki-donemde-iklim-kanunumuz-meclisimizden-gecirmis-olacagiz/2877413>, 20.04.2023 (Erişim Tarihi: 10.2.2024).
- ABATE, RS:** "Protection of Future Generations: Prior to and during the Anthropocene Era". In: *Climate Change and the Voiceless: Protecting Future Generations, Wildlife, and Natural Resources*". Cambridge University Press; 2019:43-96.
- ALTIPARMAK, Özlem:** "BM İnsan Hakları Komitesi'nin "Torres Boğazı Adalıları" Kararı Ne Anlatıyor?", İklim Haber, 14 Ekim 2022, <https://www.iklimhaber.org/bm-insan-haklari-komitesinin-torres-bogazi-adalilari-karari-ne-anlatiyor/> (Erişim Tarihi: 21.1.2024).

- ARI**, İzzet: İklim Değişikliği Kaynaklı Afetlerde Risk yönetimi, Türkiye İçin Kurumsal Politika Önerileri, Karabacak, Hakan (Editör), Uzmanların Kaleminden Farklı Boyutlarıyla Risk ve Risk Yönetimi, Gazi Kitabevi, Ankara 202, ss.249-281.
- AVERCHENKOVA**, Alina/**FANKHAUSER**, Sam/ **FINNEGAN**, Jared J: “The impact of strategic climate legislation: evidence from expert interviews on the UK Climate Change Act”, *Climate Policy*, 2021: 2, 251-263.
- BİRPINAR**, Mehmet Emin: “Küresel Sorun: İklim Değişikliği Gelişimi, Uluslararası Müzakereler ve Türkiye”, *Çevre Şehir ve İklim Dergisi*, 1 (1), 20-36
- CEDH**: “Environnement et CEDH”, Fiche thématique, Octobre 2023, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Environment\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_FRA.pdf) (Erişim Tarihi: 20.2.2024).
- CEDH**: “Changement climatique”, Fiche thématique, Janvier 2024, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS\\_Climate\\_change\\_FRA](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Climate_change_FRA) (Erişim Tarihi: 10.2.2024).
- CHANDRAN**, Rudra: Concept of Climate Justice (September 4, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3686721> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3686721> (Erişim Tarihi: 12.1.2024).
- CLIENTEARTH**: How can the law fight climate change? The law is a powerful tool in the climate fight. This is how we use it. <https://www.clientearth.org/latest/news/how-can-the-law-fight-climate-change/> (Erişim Tarihi: 25. 1.2024).
- CLIMATE CHANGE LITIGATION DATABASES**: Neubauer, et al. v. Germany, <https://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany/> (Erişim Tarihi: 12.2.2024).
- CLIMATE CHANGE LAWS**: <https://climate-laws.org/document/federal-climate-adaptation-act-kang-6100?q=US+Climate+Change+Law>, (Erişim Tarihi: 22.1.2024).
- VIE PUBLIQUE**: <https://www.vie-publique.fr/loi/278460-loi-22-aout-2021-climat-et-resilience-convention-citoyenne-climat> (Erişim Tarihi: 23.4.2024).
- CLIMATE CHANGE LAWS**: <https://climate-laws.org/document/law-7-2021-on-climate-change-and-energy-transition> (Erişim Tarihi: 23.4.2024).
- CLIMATE CHANGE LAWS**: [https://climate-laws.org/document/turkiye-updated-1st-ndc\\_81fb?q=T%C3%BCrkiye&c=UNFCCC](https://climate-laws.org/document/turkiye-updated-1st-ndc_81fb?q=T%C3%BCrkiye&c=UNFCCC), (Erişim Tarihi: 31.1.2024).
- COLLIN**, Charlotte: Suite et fin de l’affaire Urgenda: une victoire pour le climat, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/suite-et-fin-de-l-affaire-urgenda-une-victoire-pour-climat>, erişim, 29 janvier 2020 (Erişim Tarihi: 1.2.2024).
- COURNIL**: ChristeL: “Les grandes affaires climatiques, Confluence des droits” [en ligne]. Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen, 2020,

<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>  
(Erişim Tarihi: 1.10.2024).

- DE SCHUTTER**, Olivier: "Changements climatiques et droits humains: l'affaire Urgenda", *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, vol. 123, no. 3, 2020, pp. 567-608.(Erişim Tarihi: 1.2.2024).
- DRIF**, Hana: "La survie de l'État face au changement climatique", *Revue de Droit International D'Assas*, Numéro 3, 2020, ss.10-27.
- ECPA**: "Cambio climático y Derecho", martes, abril 25, 2023, <https://ecpa-mericas.org/es/newsletters/cambio-climatico-y-derecho/> (Erişim Tarihi: 12.1.2024).
- ERGÜL**, Ergin: İnsan Hakları Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- ESKANDER**, Shaikh, **FANKHAUSER**, Sam: "How well do climate laws help reduce global warming?", Research article on 2 August, 2021, [https://www.sciencejournalforkids.org/wpcontent/uploads/2021/07/legislation\\_article.pdf](https://www.sciencejournalforkids.org/wpcontent/uploads/2021/07/legislation_article.pdf).
- EUROPEAN COMMISSION**: The European Green Deal, [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en) (Erişim tarihi: 28.1.2024).
- EUROPEAN COMMISSION**: European Climate Law, [https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-climate-law\\_en](https://climate.ec.europa.eu/eu-action/european-climate-law_en) (Erişim Tarihi: 26.01.2024).
- GHALEIGH**, Navraj Singh, **SETZER**, Joana, **WELIKALA**, Asanga, The Complexities of Comparative Climate Constitutionalism (March 31, 2022). Edinburgh School of Law Research Paper No. 2022/06, <https://ssrn.com/abstract=4071820> (Erişim Tarihi: 12.12.2024).
- GRANTHAM RESEARCH INSTITUTE**: Climate Change Laws of the World: <https://climate-laws.org/> (Erişim Tarihi: 12.1.2024).
- KABOĞLU**, İbrahim, **ÖZALP**, Nihan Yağcı, Çevre Hakkı, Yenilenmiş 4. Baskı, Tekin Yayınları, İstanbul 2021.
- KAYA**, Yasemin: "Paris Anlaşmasını İklim Adaleti Perspektifinden Değerlendirmek", *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 14 / 54 (Haziran2017), ss. 87-106.
- KOEHL**, Arnaud, **HIGHAM**, Catherine: What is climate change legislation? 4 October, 2022, <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/explainers/what-is-climate-change-legislation/> (Erişim Tarihi: 12.1.2024).
- LEWIS**, B. Constitutional Environmental Rights. In: *Environmental Human Rights and Climate Change*. Singapore, Springer, 2018) [https://doi.org/10.1007/978-981-13-1960-0\\_3](https://doi.org/10.1007/978-981-13-1960-0_3) (Erişim Tarihi: 5.1.2024).
- LUCIANO**, Lliuya v. RWE AG, <https://climatecasechart.com/non-us-case/liuya-v-rwe-ag/> (Erişim: Tarihi: 10.2.2024).

**NATIONS UNIS:** En quoi consistent les changements climatiques? <https://www.un.org/fr/climatechange/what-is-climate-change> (Erişim Tarihi: 28.12.2023).

**OCHR:** Australia violated Torres Strait Islanders' rights to enjoy culture and family life, UN Committee finds, 23 September 2022, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/09/australia-violated-torres-strait-islanders-rights-enjoy-culture-and-family> (Erişim Tarihi: 20.1.2024).

**ROSCHMANN, Christian** (Çeviren: Fırat, Engin): "İklim Değişikliği ve İnsan Hakları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70 (2022), ss.1155-1198.

**SETZER, Joana, CATHERINE, Higham,** Global trends in climate change litigation, the Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Centre for Climate Change Economics and Policy, 2023 [https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wpcontent/uploads/2023/06/Global\\_trends\\_in\\_climate\\_change\\_litigation\\_2023\\_snapshot.pdf](https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wpcontent/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf) (Erişim Tarihi: 12.1.2024).

**ŞEN, Zekai:** "İklim Değişikliği ve Türkiye", Çevre Şehir ve İklim Dergisi, 1 (1), 2022, 1-19.

**THE GUARDIAN:** 'Game changing': spate of US lawsuits calls big oil to account for climate crisis, <https://www.theguardian.com/us-news/2023/jun/07/climate-crisis-big-oil-lawsuits-constitution> (Erişim Tarihi: 10.2.2024).

**THE GUARDIAN:** US supreme court rejects big oil's bid to move Minnesota climate trial, <https://www.theguardian.com/us-news/2024/jan/08/minnesota-big-oil-climate-trial-us-supreme-court#:~:text=The%20US%20supreme%20court%20denied,burning%20coal%2C%20oil%20and%20gas> (Erişim Tarihi: 10.2.2024).

**TIGRE, Maria Antonia/BARRY, Margaret:** Climate Change in the Courts: A 2023 Retrospective, Sabin Center for Climate Change Law, December 2023, [https://scholarship.law.columbia.edu/sabin\\_climate\\_change/212/](https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_change/212/) (Erişim Tarihi: 1.2.2024).

**TÜRKEŞ, Murat:** Küresel İklim Değişikliği: Nedenleri, Sonuçları ve İklim Diplomasisi, Bilgin, Adem/Gökkır, Betül/ Erpul, Günay (Editörler), Çevre Diplomasisi ve Türkiye, İmge Yayınevi, Ankara 2023, ss.328-342.

**UNCU, Baran Alp:** Hem İklimi Hem Adaleti Savunan Bir Hareket: İklim Adaleti Hareketi, TESEV değerlendirme Notları, 2020/10, s.2, [https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/baran\\_alp\\_uncu\\_mizanpaj.pdf](https://www.tesev.org.tr/wp-content/uploads/baran_alp_uncu_mizanpaj.pdf) (Erişim: 10.2.2024).

**UNEP:** Climate litigation more than doubles in five years, now a key tool in delivering climate justice, 27 July 2023, <https://www.unep.org/news-and-stories/press-release/climate-litigation-more-doubles-five-years-now-key-tool-delivering> (Erişim Tarihi:10.2.2024).

- UNDP:** Le Dictionnaire du Climat: un guide pratique sur le changement climatique <https://climatepromise.undp.org/fr/news-and-stories/le-dictionnaire-du-climat-un-guide-pratique-sur-le-changement-climatique> (Erişim Tarihi: 15.12.2023).
- VIE PUBLIQUE:** Loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, <https://www.vie-publique.fr/loi/278460-loi-22-aout-2021-climat-et-resilience-convention-citoyenne-climat> (Erişim Tarihi: 23.4.2024).



# KAMU GÖREVLİLERİNİN MALİ SORUMLULUĞU KONUSUNDA ZORUNLU HİZMET SİGORTASI ÖNERİSİ

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM\*

## ÖZET

Kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışlarıyla gerek üçüncü kişi durumundaki bireylere gerekse idareye verdikleri zararlar, çoğu zaman onların malvarlıklarının çok çok üzerinde ortaya çıkmaktadır.

Kamu görevlilerinin görev kusuru nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zararlar, Anayasa'nın 129. maddesi ve DMK'nin 13. maddesi çerçevesinde, idare tarafından karşılanmaktadır. Çünkü ortada görev kusuru vardır. Dolayısıyla, üçüncü kişi en azından mahkemenin hükmettiği oranda zararını idareye karşılatacaktır. Fakat idare, kamu görevlisinin görevsel kusuru nedeniyle bireylere ödediği bu tazminatı ilgili görevliye ödetmek için rücu davası açtığında veya kamu görevlisinin doğrudan idareye verdiği zarar nedeniyle adli yargıda tazminat davası açtığında, elde ettiği ilamlar çoğu zaman kâğıt üzerinde kalmaktadır.

Türk hukuk sisteminde öngörülen kamu görevlisinin mali sorumluluğunu düzenleyen hükümler, amaca hizmet etmekten uzaktır. Çünkü kamu görevlisinin mali sorumluluğu, çoğu zaman kâğıt üzerinde kalmaktadır. Bunu önlemek ve kamu görevlisinin mali sorumluluğunu etkili hâle getirmek için “zorunlu hizmet sigorta sistemi”ne geçilmesi gerekmektedir.

## ANAHTAR KELİMELER

Kamu görevlisi, görev kusuru, tazminat, zorunlu hizmet sigortası rücu davası

## ABSTRACT

The damages caused by public officials to both third parties and the administration by their negligent attitudes and behaviors are often much higher than their assets.

---

\* Prof. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: ramazan.yildirim@selcuk.edu.tr, ORCID: 0009-0003-4062-9057.

Damages caused to third parties by public officials due to their dereliction of duty are compensated by the administration within the framework of Article 129 of the Constitution and Article 13 of the Public Servants Law (DMK). This is because there is a dereliction of duty. Therefore, the third party will be compensated by the administration at least to the extent that the court has ruled. However, when the administration files a recourse case to recover the compensation paid to individuals due to the public official's dereliction of duty, or when the administration files a claim for compensation in the judicial jurisdiction due to the damage caused directly to the administration by the public official, the judgments it obtains often remain on paper.

The provisions in the Turkish legal system regulating the prescribed financial responsibility of public officials are far from serving the purpose. This is because the financial responsibility of public officials often remains on paper. In order to prevent this and to make the financial responsibility of public officials effective, a "compulsory service insurance system" should be introduced.

#### **KEYWORDS**

public official, dereliction of duty, compensation, compulsory service insurance, recourse case

## **GİRİŞ**

Bu bildiride, Kamu görevlilerinin mali sorumluluğunun nedenleri, hukuk düzenimizin getirmiş olduğu sorumluluk sistemi ve bu sorumluluk sisteminin işleyişi ve aksayan yanları ele alınacaktır.

## **I. KAMU GÖREVLİLERİNİN MALİ SORUMLULUĞU**

### **A. Malî Sorumluluk Kavramı**

Günlük hayatta sorumluluk sözcüğü farklı anlamlarda kullanılır. Bazen üstlenilen işin ya da görevin gereklerini bilmek, hissetmek ve bu gereklere uygun olarak hareket etmek zorunluluğu anlamında kullanılır. Bazen de sorumluluk, bir başarısızlığın veya haksız bir eylemin sonuçlarına katlanma gerekliliğini anlatır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 18.



Hukukî anlamda sorumluluk; kısaca kişinin bir işleminin, bir davranışının veya kendisiyle hukukun ilişkilendirdiği bir olayın sonuçlarına katlanması yükümlülüğüdür. Buradaki sonuçlar bireyin yükümlülükleri veya ihlâl ettiği hukuk kurallarına karşılık kendisine uygulanacak yaptırımlar içerisinde değerlendirilmelidir. Çünkü bu durum hukuk öznelere bazen idarî (örneğin disiplin) sorumluluğunu bazen malî sorumluluğunu, bazen de cezaî sorumluluğunu anlatmaktadır. Ancak, idarî sorumluluk ile cezaî sorumluluk bildiri konumuzun dışında olduğu için onlarla ilgili açıklamalarda bulunmayacağız.

Malî sorumluluğa, çoğu zaman, “hukukî sorumluluk” da denmektedir. Böyle denmesinin nedeni, genel olarak hukuk öznelere sorumluluğuna hükmeden adlî yargının, temelde hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri olarak örgütlenmesidir.

Malî (hukukî) olarak sorumluluğun ise, birbirlerinden farklı iki anlamı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, alacaklının borçluya ait mal varlığına zorla başvurarak alacağın yerine getirilmesini sağlama gücünü ifade etmektedir. İkincisi ise, genel davranış kurallarına veya kendisine ait olan bir borca aykırı davranan kişinin, bu eylemi ile verdiği zararın tazmin etme zorunluluğu anlamına gelmektedir. İkinci anlamı ile sorumluluk, tazminat borcunun kaynağını oluşturmaktadır<sup>2</sup>.

Özet olarak hukukî (malî) anlamda sorumluluk, bir kişinin uğradığı bir zararın tazmininin bir başka kişiye yükletilmesine ilişkin bir zorunluluktur. Bir başka tanımlamaya göre ise iki mal varlığı arasında bozulan ekonomik dengenin tekrar kurulmasını amaçlayan ve bunun yaptırım gücünü içine alan hukukî bir kavramdır<sup>3</sup>. Sorumluluk kavramının temelinde yatan düşünce, “herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” prensibine dayanmaktadır.

---

<sup>2</sup> OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2010, s.13- 14.

<sup>3</sup> ATAY, Ethem/ ODABAŞI, Hasan/ GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, 2003, s. 30.

## **B. Kamu Görevlilerinin Mali Sorumluluğunu Gerektiren Durumlar**

Kamu görevlilerinin, üstlendikleri kamu görevlerini yerine getirirken kamu hizmetlerinin ilke ve kurallarına ya da kamu görevlisi olma konumundan doğan borçlarına aykırı davranarak, bazı zararlara yol açma ihtimalleri vardır. Bu doğrultuda kamu görevlilerinin yaptıkları işlem veya eylemler hem kişilere hem de idareye zarar verebilir. Bu açıdan kamu görevlilerinin mali sorumluluklarını ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Bunlar; kamu görevlisinin bireylere karşı mali sorumluluğu ve kamu görevlisinin idareye karşı mali sorumluluğudur.

### **1. Kamu Görevlilerinin Bireylere Karşı Mali Sorumluluğu**

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, bütün kamu görevlileri açısından temel personel kanunudur. Bu nedenle diğer personel Kanunlarının özel olarak düzenlemedikleri konularda, Devlet Mamutları Kanunu uygulanır. Hatta diğer personel kanunlarında, açıkça Devlet Memurları Kanununa yapılan atıflara da rastlamaktayız. Örneğin, 2914 sayılı YÜKSEKÖĞRETİM PERSONEL Kanunu'nun 20. maddesi, *"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır."* hükmünü taşımaktadır. Kamu görevlilerinin görevlerinden kaynaklanan mali sorumluluğu konusunda, personel kanunları genellikle hüküm içermezler, bu konuda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa yapılan atıf gereğince 657 sayılı Kanunun hükümleri uygulanır.

657 sayılı DMK, yürürlüğe girinceye kadar, kamu görevlileri görevini yerine getirirken veya kamusal yetkisini kullanırken bireylere verdiği zararlardan dolayı müteselsil sorumluluk sistemi uygulanıyordu. Bu sorumluluk sisteminde, kamu görevlisi ile idarenin birlikte sorumluluğu ilkesi benimsenmişti. Ancak, bu müteselsil sorumluluk, bir kanunla düzenlenmemiştir<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> YILDIRIM, Ramazan – ÇINARLI, Serkan – AZAK, Kerim, **Türk İdare Hukuku Dersleri**, C.1, 8. Baskı, Ankara, 2023, s.356.

657 sayılı DMK, özelde devlet memurları, genelde kamu görevlileri açısından müteselsil sorumluluk sistemini kaldırmamış; bunun yanında sınırlı bir güvence sistemi getirmiştir. DMK'nin 13. maddesine göre; *"Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır. İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır."* Benzer hükümler, Anayasa'nın 40. ve 129. maddelerinde de bulunmaktadır.

Anayasa'nın ve 657 sayılı DMK'nin getirdiği bu sistem kamu görevlisini hem de memurun işlem veya eylemlerinden zarar gören bireyleri koruyan bir sistemdir. Söz konusu düzenlemeler, öncelikle kamu hizmeti yürütülürken kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan davranışların neden olduğu zararların idare tarafından ödenmesini benimseyerek, zarara uğrayan kişiyi korumaktadırlar. Diğer taraftan da kamu görevlisinden kaynaklanmayan objektif durumdaki hizmet kusurlarından dolayı uğranılan zararların doğrudan idare tarafından karşılanacağını benimseyerek kamu görevlisini korumaktadırlar. Bu düzenlemeler sayesinde bireyler, karşılarında ödeme gücü bulunan idareyi bulmakta; kamu görevlileri ise bireylerin dava açma tehdidinden kısmen de olsa uzaklaşmış olmaktadır.

Kamu görevlilerinin bireylere karşı sorumluluğu üç olasılık açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bunlardan birincisi, kamu görevlilerinin görev kusuru nedeniyle bireylere karşı sorumluluğu, kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen kusurları nedeniyle sorumluluğu, üçüncüsü ise kamu görevlilerinin görevleriyle ilgisi olmayan kişisel kusurlarından sorumluluğudur.

### a. Kamu Görevlilerinin Görev Kusuru Nedeniyle Bireylere Karşı Mali Sorumluluğu

DMK'nin 13. maddesi, memurların hizmetten ayrılamayan görevsel kusurları için açılan tazminat davalarında uygulanmaktadır<sup>5</sup>. Kamu görevlilerinin, sundukları hizmetten ayrılamayan kusurlarına görev kusuru veya görevsel kusur denmektedir. Danıştay'a göre görev kusuru, "... kamu görevlilerinin idarî tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde ancak gene de resmi yetki görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen kusur" dur<sup>6</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde, 13. maddeyi, kamu görevlilerinin kişisel eylem ve kusurlarından dolayı kişiler tarafından aleyhlerine açılacak tazminat davalarını önleyen veya kaldıran bir hüküm olarak görmemişti<sup>7</sup>. Ancak 1982 Anayasası bu alanda yeni düzenlemelere gitmiştir. Bu düzenlemelerden birincisi Anayasa'nın 40. maddesindeki "*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" hükmüdür. İkincisi ise 129. maddesindeki "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, idare aleyhine açılabilir*" hükmüdür. Bu hükümler çerçevesinde, memurların görevsel kusurlarından kaynaklanan tazminat davaları memura karşı değil, ancak idareye karşı açılacaktır.

Bu durumda idare ne yapacaktır? İdare öncelikle kamu görevlisinin görevsel kusuru nedeniyle kendisine karşı bir tazminat (tam yargı) davası açıldığında, bir taraftan kendisini davada savunacak, diğer taraftan da söz konusu tazminat (tam yargı) davasının ilgili kamu görevlisine ihbar edil-

<sup>5</sup> YILDIRIM – ÇINARLI – AZAK, age, s.357.

<sup>6</sup> Danıştay 12. D., E. 1999/1746, K. 1999/ 5376, *Danıştay Dergisi*, S. 103, s. 860.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 75/42, K. 75/62, *AYMKD*, S. 13, s. 389.

mesini mahkemeden isteyecek veya kendisi ilgili kamu görevlisini davadan haberdar edecektir. Böylece, kamu görevlisinin davaya ferî müdahil olmasını sağlayacaktır. İkinci olarak, söz konusu davadan aleyhine tazminata hükmedilmesi koşuluyla, biraz evvel andığımız maddelerin devam eden hükümleri çerçevesinde ilgili kamu görevlisine rücu edecektir<sup>8</sup>. Söz konusu rücu, idarenin görev kusuru işleyen kamu görevlisi aleyhine adlî yargı yerlerinde açacağı bir dava ile olacaktır. Çünkü idarenin, zarara uğrayan bireye ödediği tazminatı, re'sen icra yetkisine dayanarak görev kusuru işleyen kamu görevlisine ödetmesi söz konusu olamaz.

Uygulamada, rücu sistemi çoğu zaman şöyle işlemektedir: Kamu görevlisinin görevsel kusuru nedeniyle aleyhine hükmedilen tazminatı davacıya ödedikten sonra, kamu görevlisini anılan tazminatı kendisine ödemesi için kamu görevlisini yazı ile ödemeye davet eder. Kamu görevlisi ödemeyi yaparsa, rücu tamamlanmış olur. Şayet kamu görevlisi ödemeyi kabul etmez ise, idare kamu görevlisi aleyhine ya ilamsız icra takibine başlayacaktır, ya da doğrudan ihtiyati haciz talebini de içerebilen alacak davası formunda, görevli ve yetkili asliye hukuk mahkemesinde rücu davası açacaktır. İlamsız icra yöntemi benimsendiğinde, kamu görevlisi borca itiraz ederse, ilamsız icra takibi durur. Bu durumda idare itirazın iptali için görevli ve yetkili asliye hukuk mahkemesinde itirazın iptali davası forumunda rücu davasını açacaktır.

Acaba bu rücu sistemi tam olarak işlemekte midir? Özellikle 657 sayılı DMK'nin 13. maddesindeki rücu davaları idarenin takdirine bırakıldığı ve bu takdir yetkisini kullanacak kamu görevlisi ile kusurlu personel çoğu zaman aynı kişi olduğu için, umulduğu gibi olumlu sonuçlar vermemiştir. Rücunun ağır ihmal ve kast ile sınırlandırılması yolundaki yasa koyucunun tavsiyesi ise yargı yerlerince kabul görmemiştir. Sonuç olarak 13. madde dar kapsamlı bir uygulama alanı bulabilmiştir<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan/ GÖNCÜ DÖNER, Munise Seray/ AZAK, Kerim, **Kamu Görevlilerine Rücu Davaları**, Ankara, 2021.

<sup>9</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Konya, 2004, s. 407.

## **b. Kamu Görevlilerinin Hizmetten Ayrılabilen Kusurları Nedeniyle Mali Sorumluluğu**

Kamu görevlilerinin, üstlendikleri kamu hizmetinin gerektirdiği yetkileri kullanırken kin, garez, husumet gibi duygularla hareket etmeleri veya suç işlemeleri durumunda ortaya çıkan kusura, “*hizmetten ayrılabilen kusur*” denmektedir. DMK yürürlüğe girdikten sonra da tıpkı eskiden olduğu gibi kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurlarından dolayı açılan tazminat davalarına adliye mahkemelerinde bakılmıştır<sup>10</sup>.

Hem öğretide hem de yargı kararlarında genel kabul gören görüş, Anayasa’nın 40. ve 129. maddeleri ile 657 sayılı DMK’nin 13. maddesini bir arada değerlendirerek, görev kusuru alanında idarenin aslen sorumlu olduğu alanın, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu aleyhine genişlediği yönündedir. Ancak anılan madde hükümlerindeki görev kusuru nedeniyle idarenin sorumluluğunu, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kin, garez, husumet gibi duygularla hareket ederek, ağır ve hizmetten ayrılabilen kişisel kusurlarını da kapsayacak biçimde yorumlamak, amacı aşan bir yaklaşım olur. Çünkü bu gibi durumlarda kamu görevlileri, kamu hizmetinin çekirdeğini veya amaç unsurunu oluşturan kamu yararını gerçekleştirme hissinden uzaklaşmış olurlar. Kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurları nedeniyle açılacak tazminat davaları, doğrudan kendileri aleyhine, adli yargı içinde yer alan görevli ve yetkili mahkemelerde açılacaktır.

Burada bir konuya daha dikkat çekmek gerekmektedir: O nokta, kamu görevlisinin istihdamında liyakat ilkesine uyulup uyulmadığıdır. Liyakat, etkin, verimli ve rasyonel bir personel rejiminin kurulmasını sağlayan kural ve uygulamalarının bütünüdür<sup>11</sup>. Anayasa Mahkemesi’ne göre liyakat<sup>12</sup>, “...bir göreve layık olmayı, görevin gerektirdiği nitelikleri ve yetenekleri taşımayı ifade eder”. Liyakat, kamu görevine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi ve görevin sona erdirilmesini yetenek esasına dayandırmak ve böylece kamu görevlilerini güvenceye sahip kılmaktır. Li-

<sup>10</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, 34. Baskı, Ankara, 2016, s. 251.

<sup>11</sup> ERYILMAZ, Bilâl, **Kamu Yönetimi**, İstanbul, 2000, s. 257.

<sup>12</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2001/346, K. 2003/63, www.anayasa.gov.tr, 13.02.2006.

yakata ilkesi, kamu hizmetini yerine getirmek için işe alınan kişilerde, görevin ehline teslim edilmesini ifade eder. Liyakat sistemi<sup>13</sup>, toplumda ve idarede eşitliğin, hakkaniyetin, açıklığın, dürüstlüğün, çalışkanlığın, yarışma ve hak etmenin, “hukukî yollardan” hakkını arama ve elde edebilmenin, kişilerin siyasî ve diğer sübjektif yargılardan kendilerini arındırarak “kamu yararı” doğrultusunda kamu hizmetlerine alınmalarını ifade eder. Liyakat sistemi<sup>14</sup>, yansızlık, objektiflik ve fırsat eşitliği ilkelelerinin güç kazanmasına ve yerleşmesine katkıda bulunma etkisine sahiptir. Liyakat sistemine uyulmadan yapılan kamu görevlisi istihdamı, başlı başına bir hizmet kusurudur. Şayet liyakat ilkesine uygun biçimde kamu görevlisi istihdam edilirse, o kamu görevlisi işinin ehli olacağından, kin, garez, husumet gibi hizmetten ayrılabilen ağır kişisel kusur içine düşmez. Bu nedenle, kin, garez ve husumet gibi hizmetten ayrılabilen ağır kişisel kusurlu davranışlar sergileyen kamu görevlilerinin liyakat ilkesine uyulmadan istihdam edilmesi ispatlanırsa, idare mali açıdan hizmet kusuru veya görevsel kusur nedeniyle sorumlu tutulabilir.

### **c. Kamu Görevlilerinin Görevleriyle İlgisi Olmayan Kişisel Kusurlarından Mali Sorumluluğu**

Kamu görevlileri, görevleriyle ilgisi olmayan kişisel eylem veya işlemleri sonucunda bireylere verdikleri zarardan dolayı, özel hukuk hükümlerine göre sorumludurlar. Dolayısıyla herhangi bir kamusal güvenceden yararlanamazlar. Bu nedenle kişiler, memurlar aleyhine adli yargıda dava açabilirler. Örneğin, ev sahibi ile kamu görevlisi arasındaki kira sözleşmesinden veya kamu görevlisinin özel aracıyla giderken hatalı solama nedeniyle trafikte verdiği zararlardan dolayı, kişiler kamu görevlisi aleyhine dava açabilirler.

## **2. Kamu Görevlisinin İdareye Karşı Mali Sorumluluğu**

Daha önce, DMK'nin bütün kamu görevlileri açısından genel kanun olduğunu, diğer personel kanunlarında hüküm bulunmadığı durumlar-

<sup>13</sup> GÜRAN, Sait, **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, İstanbul, 1980, s. 123.

<sup>14</sup> GİRİTLİ/ BİLGİN/ AKGÜNER, age, s. 392.

da, DMK'nin uygulanacağını, bu konuda bazen doğrudan atıfların olduğunu söyledik. Kamu görevlisinin idareye karşı mali sorumluluğunda da aynı ilke geçerlidir. Bir başka deyişle, DMK'nin 12. maddesi Türk personel kanunlarında ayrı bir düzenlemenin olmadığı durumlarda, bütün kamu görevlilerinin idareye karşı mali sorumluluğunun tespit ve tazmini için uygulanır.

DMK'nin 12. maddesine göre; *“Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.*

*Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir.”*

Kamu görevlisinin idareye vereceği zararın özel bir biçimi, memurların üçüncü kişilere verdiği zararlar nedeniyle, idarenin tazminat ödemeye mahkûm edilmiş olması ve bu tazminatı ödemiş olması durumudur. Bu durumda, idarenin kamu görevlisine rücu (dönme) etme hakkı doğar. Ancak bu rücu hakkı, kamu görevlisinin aylığından doğrudan kesinti yaparak değil, adlî yargıda kamu görevlisi aleyhine açılacak bir rücu davasıyla kullanılabilir<sup>15</sup>. Bu durum biraz evvel “Kamu Görevlilerinin Görev Kusuru Nedeniyle Bireylere Karşı Mali Sorumluluğu” alt başlığı altında anlatıldığı için tekrar anlatmayacağız.

Kamu görevlisi nedeniyle idarenin uğradığı zararın bir başka biçimi de, ilgili kamu görevlisinin idare aleyhine sebepsiz zenginleşmesidir. Haklı bir neden olmadan, bir kişinin malvarlığında bir başka kişinin malvarlığının aleyhine ortaya çıkan çoğalmaya, sebepsiz zenginleşme denmektedir. Kişinin malvarlığının azalması gerekirken haklı bir nedene dayanmadan mevcut durumunu koruması da sebepsiz zenginleşme sayılır<sup>16</sup>. Aleyhine sebepsiz zenginleşme gerçekleşen kişinin gerçek kişi

<sup>15</sup> GÜNDAY **Metin:** İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2015, s. 627.

<sup>16</sup> AYAN, **Mehmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, 2020, s. 415.



veya tüzel kişi olması arasında herhangi bir fark yoktur. İdare de nihayetinde kamu tüzel kişilerinden oluşan bir topluluk olduğuna göre, idareyi oluşturan kamu tüzel kişilerinin aleyhine de zaman zaman sebepsiz zenginleşme meydana gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu ihtimallerden en fazlası, idarenin istihdam ettiği kamu görevlisi lehine fakat kendi aleyhine gerçekleşen sebepsiz zenginleşmelerdir. Kamu görevlisi lehine olup idare aleyhine bir sebepsiz zenginleşmeden söz edebilmek için, bir malvarlığı değerinin idarenin malvarlığından çıkıp kamu görevlisinin malvarlığına girmesi gerekir. Bunun dışındaki durumlar, kamu görevlisinin idare aleyhine sebepsiz zenginleşme kavramıyla açıklanamaz

DMK'nin 12. maddesinin metninden de anlaşılacağı üzere idare, kamu görevlisine karşı tazminat alacaklarını re'sen icra yetkisini kullanarak tahsil edemez. İdarenin kamu görevlisinden elde edemediği tazminat isteklerini karşılamak için adli yargı içinde yer alan mahkemelerde tazminat davası açması gerekmektedir. Söz konusu tazminat davaları, "Görevlilerinin Görev Kusuru Nedeniyle Bireylere Karşı Mali Sorumluluğu" alt başlığı altında açıklanan rücu usulüyle aynıdır.

## II. ZORUNLU HİZMET SİGORTASININ GEREKLİLİĞİ

Kamu görevlilerinin kusurlu tutum ve davranışlarıyla gerek üçüncü kişi durumundaki bireylere gerekse idareye verdikleri zararlar, çoğu zaman onların malvarlıklarının çok çok üzerinde ortaya çıkmaktadır<sup>17</sup>. Örneğin, bir polis panzerinin kusurlu kullanılması nedeniyle özel bir petrol istasyonuna çarptığını ve petrol istasyonunda patlama olduğunu düşünelim. Bu olayda hem panzer sahibi idare zarar görmüş hem de istasyon sahibi üçüncü kişi zarar görmüştür. Söz konusu iki zararın toplamı, polis panzerini kusurlu kullanan memurun malvarlığının ve aylığının çok çok üstünde olacaktır.

Kamu görevlilerinin görev kusuru nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zararlar, daha önce açıklandığı üzere Anayasa'nın 129. maddesi ve DMK'nin 13. maddesi çerçevesinde, idare tarafından karşılanmaktadır.

---

<sup>17</sup> YILDIRIM – ÇINARLI – AZAK, age, s.360.

Çünkü ortada görev kusuru vardır. Dolayısıyla, üçüncü kişi en azından mahkemenin hükmettiği oranda zararını idareye karşılatacaktır.

Fakat idare, kamu görevlisinin görevsel kusuru nedeniyle bireylere ödediği bu tazminatı kamu görevlisine ödetmek için rücu davası açtığında veya kamu görevlisinin doğrudan idareye verdiği zarar nedeniyle yahut da kamu görevlisinin idare aleyhine sebepsiz zenginleşmesi durumunda adli yargıda tazminat davası açtığında, elde ettiği ilamlar çoğu zaman kâğıt üzerinde kalacaktır. Çünkü kamu görevlisinin veya onun mirasçılarının mal varlığı, idarenin uğradığı zararı karşılamaya bazen yetmeyecektir.

Bir başka husus ise kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açmak, bazen kamuoyundan büyük tepki alacaktır. Örneğin, bir polis devriye ekibine tahsis edilen bir görev otomobili, devriye esnasında, kullanan polis memurunun hatalı kullanması sonucu uçuruma yuvarlanmış ve içindeki şoförlük yapan polis memuru, yuvarlanmanın etkisiyle felç olmuş, diğerleri de ölmüştür. İçişleri Bakanlığının, ölen polislerin mirasçılarına ödediği tazminat parasını tahsil etmek ve kullanılamaz duruma gelen panzerin bedelini tahsil etmek için şoförlük yapan polise rücu etmesi, kamuoyundan tepki almış ve İçişleri Bakanlığı sonradan rücu davası açmaktan vazgeçmiştir<sup>18</sup>.

Türk hukuk sisteminde öngörülen kamu görevlilerinin mali sorumluluğunu düzenleyen hükümler, amaca hizmet etmekten uzaktır. Çünkü kamu görevlilerinin mali sorumluluğu, çoğu zaman kâğıt üzerinde kalmaktadır. Bunu önlemek ve kamu görevlisinin mali sorumluluğunu etkili hâle getirmek için “zorunlu hizmet sigorta sistemi”ne geçilmesi gerekmektedir. Bu sigorta sayesinde kamu görevlisinin vermiş olduğu zararlar kolaylıkla ve kamunun kıt kaynaklarına zarar vermeden ödenebilecektir.

Türkiye’de zorunlu hizmet sigortasına, “Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, adı altında 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin

<sup>18</sup> <http://www.gazetevatan.com/sehit-yakinina-tazminat-ayibi-124161-yasam/>, E.T.: 04.10.2018.

Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle kısmen geçilmiştir. Ancak yeterli değildir. Çünkü, idarenin istihdam ettiği kamu görevlilerine açacakları genelde tazminat özelde rücu davalarının büyük bir bölümü, anılan kanunla tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların neden olduğu tıbbi kötü uygulamanın neden olduğu tazminat miktarlarının çok çok üstünde olabilmektedir. Örneğin bir askeri pilotun savaş uçağını kasıtlı biçimde kusurlu kullanması neticesinde uçağın bir yerleşim yerine düştüğünü hayal edelim. Bir hekimin bir tıbbi kötü uygulaması neticesinde idarenin önce ödeyip sonra hekime rücu edeceği tazminat miktarının çok çok üstünde olacaktır.

## SONUÇ

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: kamu görevlilerinin mali sorumluluğunu düzenleyen mevzuatımızdaki hükümler, bu sorumluluğun gereklerini yerine getirmekten, bir başka deyişle zarara uğrayanların zararlarını tazmin etmekten uzaktır. Doktrinindeki bu konuya ilişkin eleştirilere kanun koyucu kısmen cevap vererek, 5971 sayılı Kanunla sadece bir kısım sağlık çalışanı için zorunlu mesleki mali sorumluluk sigorta sistemini getirmiştir. Zorunlu mesleki mali sorumluluk sigorta sisteminin kapsamı, dar anlamdaki kamu görevlilerinin tümünü kapsayacak biçimde genişletilmesi için gerekli yasal düzenlemenin en kısa zamanda yapılması gerekmektedir. Bu yasal düzenlemeyi yapma görevi, tüm milletin iradesinin temsil edildiği Gazi Meclis'tedir. Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize teşekkür ederim.

## KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Konya, 2004.  
ATAY, Ethem/ ODABAŞI, Hasan/ GÖKCAN, Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara, 2003.  
AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, 2020.  
ÇINARLI, Serkan/ GÖNCÜ DÖNER, Munise Seray/ AZAK, Kerim, Kamu Görevlilerine Rücu Davaları, Ankara, 2021.  
ERYILMAZ, Bilâl, Kamu Yönetimi, İstanbul, 2000.  
GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 34. Baskı, Ankara, 2016.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2015.

GÜRAN, Sait, Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul, 1980.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993.

YILDIRIM, Ramazan – Çınarlı, Serkan – Azak, Kerim, Türk İdare Hukuku Dersleri, C.1, 8. Baskı, Ankara, 2023.

<http://www.gazetevatan.com/sehit-yakinina-tazminat-ayibi-124161-yasam/>, E.T.: 04.10.2018.

# İSLAM HUKUKUNDA ÜCRETLE KEFALET

Doç. Dr. Melikşah AYDIN\*

## ÖZET

Sözlükte “ilave etmek, boynuna almak, sorumluluk eklemek” gibi anlamlara gelen kefalet kelimesi hukuk ıstılahında ise “bir kimsenin bir borcun veya bir malın istenmesi yahut bir şahsın teslim edilmesi hususlarında bir zimmete başka bir zimmetin eklenmesi” şeklinde tanımlanabilir. Bu açıdan İslam hukukunda kefalet kelimesinin bugünkü bildiğimiz kefalet anlamında kullanılması Hanefi mezhebinin kabul ettiği bir durum iken, Maliki, Şafii ve Hanbeliler ise kefalet kelimesi yerine daha çok “daman” kelimesini kullanmışlardır. Bahsedilen bu üç mezhebin fıkıh kitaplarında mala kefalet yerine “daman” kelimesi, şahsa kefalet yerine ise “kefalet” kelimesi kullanılmıştır.

Tebliğimizin asıl konusunu oluşturan ücretle kefalet konusunda ise klasik dönem İslam hukukçuları arasında bir tartışma söz konusu değilken, özellikle son yüzyıldaki İslam hukukçuları gelişen ticari uygulamaları da gözetererek farklı bakış açıları sunmuşlardır.

Klasik dönemdeki İslam hukukçularına göre kefalet sözleşmesi ivazsız ve teberra (bağış) niteliği taşıyan bir sözleşme olduğu için, kefalet sözleşmesi ile kefil olan kimsenin kefaletin diğer tarafları olan alacaklı ve borçludan yahut sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kimseden ücret alması caiz görülmemiştir. Bu noktada ücretle kefaleti caiz kabul etmeyen İslam hukukçuları dört temel noktada bu görüşlerini temellendirmişlerdir. Birinciye göre, ücretle kefalet bir sözleşme içinde (kefalet sözleşmesi) iki akit yapma anlamı taşır ve bu da hadislerle yasaklanmıştır. İkinci noktaya göre, ücretle kefalet faize yol açar. Üçüncü noktaya göre ücretle kefalet rüşvettir. Dördüncü noktaya göre ise kefalet sözleşmesi teberra (bağış) niteliğinde bir sözleşme olduğu için, bu nitelikteki bir sözleşmede ücret almak caiz değildir.

---

\* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: melikshahaydin@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4077-5025.

Son yüzyıldaki İslam hukukçularından bazıları klasik görüşü savunurken, bazıları bu görüşü savunmakla beraber bazı zorunlu hallerde ücretle kefil olabileceğini, banka teminat mektupları üzerinden bu şekilde bir uygulama yapılabileceğini söylemişlerdir. Bazı İslam hukukçuları ise banka teminat mektuplarının ve bu sebeple yapılacak ücretle kefaletin caiz olduğunu belirtmişlerdir. Onlara göre değişen ticari hayata ve uyum sağlamak adına, eğer cevaz verilmezse ticaret yapmanın kolaylığı ortadan kaybolacaktır. Bu görüş daha çok modern bir bakış açısı sunmaktadır.

İşte bu çalışmada ücretle kefaletin İslam hukukundaki görünümü son dönem İslam hukukçularının görüşleri de değerlendirilerek bir karşılaştırma yapma imkânı sunulmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İslam hukuku, kefalet, ücretle kefalet, banka teminat mektubu, katılım bankası.

## SURETYSHIP FOR FEE IN ISLAMIC LAW

### ABSTRACT

In legal terminology, the term "kefalet," which in the dictionary conveys meanings such as "to add, to take responsibility," is defined as "the addition of one commitment to another commitment in matters of demanding a debt or an item, or the delivery of a person" within the field of law. From this perspective, while the usage of the term "kefalet" in the sense we know today in Islamic law is accepted within the Hanafi school. The Maliki, Shafi'i, and Hanbali schools have predominantly used the term "daman" instead of "kefalet." In the jurisprudential books of these three schools, the term "daman" has been used for material surety instead of "kefalet," and the term "kefalet" has been retained for personal surety.

Regarding the main topic of our presentation, which is suretyship for a fee, while there was no debate among classical Islamic jurists, especially in the last century, Islamic jurists have presented different perspectives, considering evolving commercial practices.

According to classical Islamic jurists, since the suretyship contract is considered gratuitous and characterized by benevolence, it was not deemed permissible for the surety to receive compensation from the other parties to the suretyship contract, namely the creditor, debtor, or any third party not party to the contract.

Islamic jurists who did not deem suretyship for a fee permissible based their views on four fundamental points. Firstly, suretyship for a fee implies making two contracts (the suretyship contract), which is prohibited according to Hadith. Secondly, suretyship for a fee leads to usury. Thirdly, suretyship for a fee constitutes bribery. Fourthly, since the suretyship contract is a gratuitous contract, receiving compensation in such a contract is not permissible.

While some Islamic jurists from the last century uphold the classical view, some assert this view while also suggesting that suretyship for a fee may be permissible in certain obligatory circumstances, such as through bank guarantee letters. Some Islamic jurists affirm the permissibility of bank guarantee letters and thus suretyship for a fee. According to them, if permission is not granted, the ease of conducting trade will diminish, necessitating adaptation to the changing commercial landscape. This viewpoint represents a more modern perspective.

This study aims to evaluate the appearance of suretyship for a fee in Islamic law, taking into account the views of contemporary Islamic jurists, by comparing various perspectives.

**Keywords:** Islamic law, suretyship, suretyship for a fee, bank guarantee letter, Islamic banking.

## GİRİŞ

Kefalet sözleşmesinin genel olarak ivazsız bir sözleşme olduğu kabul edilmiştir.<sup>1</sup> Buradaki ivazdan kastın ne olduğunun tespiti açısından pozitif hukukumuz ile İslam hukuku arasında anlam farkı bulunmaktadır. Pozitif borçlar hukukumuzla göre kefalet sözleşmesinin ivazsız olması kefil ve alacaklının karşılıklı bir borç altına girmemesi anlamındadır. Yani kefalet sözleşmesinde sadece kefilin borç altına girmesi pozitif hukukumuz açısından bu sözleşmesinin ivazsız olmasına sebep olmaktadır.<sup>2</sup>

İslam hukuku açısından ise ivaz başka anlamda kullanılmıştır. Öyle ki, kefalet sözleşmesinde kefalet konusu borcu alacaklıya ödeyen kefilin

---

<sup>1</sup> REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Cem Web Ofset, Ankara, 2013, s. 25-26; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 761.

<sup>2</sup> REİSOĞLU, s. 26; EREN, s. 761.

rücu hakkı bulunmasına rağmen asıl borçluya rücu etmemesi durumunda sözleşmenin ivazsız, rücu etmesi durumunda ise ivazlı olacağı görüşü benimsenmiştir. Bu anlamda kefaletin kefil açısından teberru niteliğinde olup olmaması, sözleşmenin ivazlı veya ivazsız olmasını belirlemektedir.<sup>3</sup>

Ücretle kefalet ise kefalet sözleşmesinde sadece kefilin mi borç altına gireceği yahut kefilin teberruda bulunup bulunmaması durumundan farklıdır. Ücretle kefaletten kastedilen kefalet sözleşmesinde kefil konumunda olan kimsenin bu sözleşmeyi akdetmesi dolayısıyla borçludan bir ücret alıp almamasıdır. Ücretle kefalet konusunda fıkıh kitaplarında genellikle ivaz veya ca'l kelimeleri kullanılmıştır.<sup>4</sup> Son dönem İslam hukukçuları ücretle kefaletin caiz olup olmamasını tartışırken, konuya banka teminat mektubu açısından bakmışlardır. Bankanın, verdiği teminat mektubu dolayısıyla kefil konumuna geldiği ve verdiği mektup karşılığı aldığı ücretin caiz olup olmadığını ücretle kefalet içinde değerlendirmeye almışlardır. Klasik fıkıh kitaplarında ise günümüzdeki bankalar ve teminat mektubu gibi uygulamalar olmadığı için ücretle kefaleti şahsa kefalet içinde değerlendirmişler, şahsa kefaletin ücretle yapılabileceğini tartışmışlardır.<sup>5</sup>

## I. İSLAM HUKUKUNUN KLASİK DOKTRİNİNDE ÜCRETLE KEFALET

İslam hukukçuları genel olarak ücretle yapılan kefaleti geçerli kabul etmezler. Bu görüşün gerekçesi ise, kefalet sözleşmesine konu olan bor-

<sup>3</sup> DEMİR, Halis, İslam Hukuku'nda Kefalet, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1995s. 61; AYDIN, Melikşah, Klasik Dönem İslam Hukukunda Kefalet, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 35-36.

<sup>4</sup> SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, el-Mebcut, ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, C. 20, s. 47; İBN HÜMAM, Kemalüddin Muhammed b. Abdilvahid b. Abdilhamid es-Sivasi el-İskenderi, Fethü'l-Kadir, Daru'l-Fikr, Lübnan, 1970/1389, C. 7, s. 186; DÜSÜKÎ, Muhammed b. Ahmed b. Arfe, Haşiyetü'd-Düsûkî 'alâ Şerhi'l-Kebir, Daru'l-Fikr, Beyrut, ty, C. 3, s. 341; KAHRAMAN, Abdullah, İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı, MÜİFV Yayınları, İstanbul, 2008, s. 269-270.

<sup>5</sup> DEMİR, s. 76-77; BOĞAZ, Şerif, İslam Hukukunda Kefalet ve Katılım Bankacılığı Uygulamaları, Basılamamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 48-49.



cun kefilin kendisi tarafından ödenmesinin söz konusu olması halinde borçluya rücu edebilme hakkının bulunması, ayrıca mala veya şahsa kefalette kefaletle konu olan borcun ödenmesi yahut şahsın teslimi için bir masraf yapmışsa bu masrafını da borçludan talep edebileceği için bunların dışındaki alacağı ücretin, neye karşılık olduğunu sorgulanmasıdır.<sup>6</sup>

Buradaki sorgulanan noktalar kefilin neye karşılık ücrete hak kazanacağı noktasındadır. Ödediği borca yönelik rücu hakkı bulunan kefil, rücuda bulunmazsa bağışta bulunduğu hükmedilir. Bağış dolayısıyla ücret gerekir mi? Yaptığı masrafları rayiç bedel üzerinden alabilen kefile verilecek ücret, borçlunun bir hediyesi mi sayılır? Bu gibi sorular ücretle kefalet yapılması durumunda alınacak ücretin faiz olacağı görüşünün baskın olmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple İslam alimleri kefile verilecek ücretin alacaklı, borçlu yahut bir üçüncü kişi tarafından verilmesinde fark görmeksizin hepsinin caiz olmadığını savunmuşlardır.<sup>7</sup> İslam hukukçularının ücretle kefaletin caiz olmadığına dair görüşlerine verdikleri gerekçeler madde halinde sıralanacak olursa:

- Ücretle kefalet bir sözleşme içinde iki akit yapma anlamı taşımaktadır.
- Faize yol açar
- Rüşvet gibidir
- Kefalet, bağış sözleşmesidir; ancak Allah için yapılır.

Bu gerekçeleri tek tek açıklamak gerekecektir.

## **A. Ücretle Kefaletin Bir Sözleşme İçinde İki Akit Yapma Anlamına Geldiğini Kabul Eden Görüş**

Hz. Peygamber'den rivayet edilen hadislerde şöyle buyrulmuştur: *"Kim bir satış içinde iki satış yaparsa, satıcı için ya bu iki satıştan az olanı var-*

<sup>6</sup> FETAVA-YI HİNDİYYE, (Çeviren: Mustafa Efe), 2. Baskı, Huzur Yayınevi, İstanbul, 2004, C. 6, s. 172. İbn Nüceym'e göre de kefil için bir ücret belirlenmesi geçerli değildir. İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed (Çeviren: Osman Bayder), el-Eşbah ve'n-Nezair, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2022, s. 782.

<sup>7</sup> HARAŞİ, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Ali, eş-Şerhu'l-Haraşi alâ Muhtasarı Halîl, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1317, C. 6, s. 30; FETAVA-YI HİNDİYYE, C. 6, s. 172.

*dır ya da riba (faiz) vardır.”<sup>8</sup>, “Hz. Peygamber bir satış içinde iki satış yapmayı yasakladı.”<sup>9</sup>, “Hem ödünç hem satış, bir satış içinde iki şart, tazmin yükümlülüğü üstlenilmeyen şeyin kârı ve yanında olmayan şeyin satışı helal değildir.”<sup>10</sup> Şafiiler bu hadislerde geçen “bir satış içinde iki satış” yahut “iki şart” ifadelerini “sana bu malı veresiye 2000, peşin 1000 liraya sattım”, “sana evimi, senin de bana atını satman şartıyla sattım” örnekleri ile açıklamışlar, bu şekilde yapılacak satışların geçersiz olacağını söylemişlerdir. Bu örneklerdeki akitlerde belirsizlik ve askıda bırakma söz konusu olduğu için caiz görülmemiştir.<sup>11</sup> Hanbeliler de bu hadisleri gerekçe göstererek bağış sözleşmesi niteliğinde olan kefalet sözleşmesini yaparken ücret almayı şart koşmanın caiz olmayacağını, ücretle kefalette kefalet sözleşmesi ve ücret verme sözleşmesinin bir arada bulunmasından dolayı geçerli kabul edilmeyeceğini söylemişlerdir.<sup>12</sup> Günümüz İslam hukukçularından Kahraman ise ücretle kefalette ikinci bir satım akdinin bulunmadığını, teminat veya tediyeinin bir menfaat karşılığında yapılmasının söz konusu olduğunu belirtmiştir.<sup>13</sup>*

## B. Ücretle Kefaletin Faize Yol Açacağını Söyleyen Görüş

İslam hukukçuları kefalet sözleşmesi sonucunda kefilin alacaklıya ödediği miktarı borçluya rücu hakkının bulunduğu, rücuda bulunmayan kefilin ise borçluya bağışta bulunduğunu kabul etmenin gerekli olduğunu belirtmektedirler. Kefil ödemedede bulunmasına rağmen henüz borçluya rücu etmemişse bu durum kefilin borçluya bir karz (ödünç) verdiği şeklinde yorumlanabilir. Ödünç sözleşmesi ile ilgili olarak ise

<sup>8</sup> EBU DAVUD, Süleyman b. Eş’as es-Sicistani (Çeviren: Necati Yeniçel ve Hüseyin Kayapınar), Sünen-i Ebu Davud, Şamil Yayınları, İstanbul, 1988, *Buyu*, 53.

<sup>9</sup> TİRMİZİ, Ebu İsa Muhammed b. İsa (Çeviren: Abdullah Parlıyan), Sünen-i Tirmizi, Konya Kitapçılık, Konya, 2004, *Buyu*, 18; NESAI, Ebû Abdırrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali (Çeviren: Abdullah Parlıyan), Sünen-i Nesai, Konya Kitapçılık, Konya, 2005, *Buyu*, 73.

<sup>10</sup> EBU DAVUD, *Buyu*, 68; NESAI, *Buyu*, 60, 62.

<sup>11</sup> DÖNDÜREN, Hamdi: İslam Hukukuna Göre Alım-Satımda Kâr Hadleri, İslam Hukuku Külliyyatı Yayınları, Balıkesir, 1984, s. 164.

<sup>12</sup> KAHRAMAN, s. 272; BOĞAZ, s. 50.

<sup>13</sup> KAHRAMAN, s. 273.

Hz. Peygamber'in "Menfaat sağlayan her ödünç faizdir."<sup>14</sup> hadisine göre kefilin bu durumda iken borçludan ücret talep etmesinin yahut en baştan kefaletin ücretle yapılacağına ilişkin kaydın faize yol açacağı görüşü ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla kefilin aldığı bu ücret ödünce karşılık menfaat almaktır ki bu da faizdir.<sup>15</sup> Bazı İslam hukukçuları ise ise ödünç sözleşmesinde akit yapılırken kararlaştırılmamasına rağmen ödünç alan tarafından ödünç verene verilen ücret veya hediye hibe niteliğinde olduğu, bu sebeple bunu almanın müstehap sayılacağı görüşündedir.<sup>16</sup>

### C. Ücretle Kefaletteki Ücretin Rüşvet Olduğunu Söyleyen Görüş

Hanefi hukukçu Serahsi, kefalet sözleşmesinde kefilin aldığı ücretin meşru olmayan bir fazlalık, borçluya karşı yapılan bir iyiliğe karşılık olduğunu ve bu sebeple rüşvet sayılacağını belirtmiştir. Ayrıca alacaklının borca kefil olan bir kimsenin bulunması sebebiyle daha fazla mal almadığını, borçlunun da borcuna birinin kefil olması sebebiyle ek bir ücret ödemeye zorlanmasının caiz olmadığı görüşündedir.<sup>17</sup> Bilmen de şahsa kefaletin bir bedel karşılığında yapılmasının rüşvet olması sebebiyle geçersiz olduğu görüşündedir.<sup>18</sup> Kahraman ise kefaletteki ücretin rüşvet olarak görülmesinin yanlış olduğu görüşünü; rüşvetin tanımının farklı olduğu, rüşvetteki bir hakkın iptali veya bir yanlışın haklı gösterilmesi şartının, kefalet sözleşmesinde verilen ücrette söz konusu olmadığı gerekçelerine dayandırmıştır.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> EBU DAVUD, *Buyu*, 68; NESAI, *Buyu*, 71.

<sup>15</sup> KASANI, Ebu Bekr b. Mesud b. Ahmed, *Bedâ'iu's-Sanâi fi Tertibi's-Şerâi*, Beyrut, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1327-1328, C. 6, s. 15; İBN HÜMAM, C. 7, s. 186; HARAŞI, C. 6, s. 30; DÜSÜKİ, C. 3, s. 341.

<sup>16</sup> Bu görüşü benimseyenler için bkz. KAHRAMAN, s. 274.

<sup>17</sup> SERAHSİ, C. 20, s. 47-48; DEMİR, s. 75; BOĞAZ, s. 49. İbrahim Nehai'den de böyle nakledilmiştir. Öyle ki, sorumluluk üstlenme ancak rıza ile olur. Bir kimse kefil olmaya zorlansa kefilliği geçerli değildir. Kefaletle ücret şartı konulduğunda da kefilin kendisine ücret verilmediğinde rızasının olmadığı ortaya çıkar. Ücret şartı konulmayan kefaletle ise kefilin borç üstlenmeye razı olduğu, dolayısıyla yapılan sözleşmenin de bağlayıcı olduğu ortaya çıkar. SERAHSİ, C. 20, s. 47-48.

<sup>18</sup> BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970, C. 6, s. 249.

<sup>19</sup> KAHRAMAN, s. 275.

Sahabeden rivayet edilen bir olayda “Kuleyb b. Vail, Abdullah b. Ömer’e gelerek ‘Bana haraç borcu olan bir adam geldi, ben de onun borcuna kefil oldum. Daha sonra borçlu bana bir yük atı ve bir elbise hediye etti. Bunları alabilir miyim?’ diye sormuş, Abdullah b. Ömer de ‘Sen ona kefil olmasaydın bunları verir miydi?’ sorusuna ‘Hayır’, cevabını alınca, ‘O zaman bunları alman caiz olmaz’ demiştir.”<sup>20</sup> İşte bu olay ücretle kefil olmanın caiz olmadığına delalet olarak kabul edilmiştir.

#### D. Kefaletin Bağış Sözleşmesi Olduğu ve Ona Karşı Ücret Almanın Caiz Olmadığını Söyleyen Görüş

İslam hukukunda kefalet sözleşmesinin temel niteliğinin teberru (bağış) olduğu sıkça vurgulanmıştır. Bu örneklerle bakacak olursak, İmam Malik “Kefalet, bir çeşit sadakadır.”<sup>21</sup>, İmam Şafii “Kefalet, bir kazanç değil mal harcama vesilesidir. Daman (kefalet anlamında) teberru yahut sırf karşılıksız ödünç vermedir.”<sup>22</sup>, İbn Hümam “Kefalet, adak gibi bir teberru akdidir, bununla Allah’a sevap yahut dostu zordan kurtarmak dışında bir şey kastedilmez.”<sup>23</sup>, İbn Kudame “Kefil (ve damin) çok iyi bilmektedirler ki kefalet karşılığında kendilerine (maddi) bir pay yoktur. Dolayısıyla kefalet adak gibidir.”<sup>24</sup> İfadelerini kullanmışlardır. Yani bütün mezheplerdeki hukukçular tarafından dile getirilerek, kefaletin bağış niteliğine dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla karşılıksız olarak yapılan bu sözleşmeden dolayı ücret almak caiz değildir.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> ABDURREZZAK, Musannef, C. 8, s. 148. Akt. ONUR, Mehmet, İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2017, s. 130.

<sup>21</sup> MALİK B. ENES, Mâlik b. Âmir es-Asbahî el-Medenî, Müdevvene, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1415/1994, C. 4, s. 102-103. Dolayısıyla Malikilere göre kefalette ücret almak caiz değildir. DEMİR, s. 76.

<sup>22</sup> NEVEVÎ, Ebu Zekeriyya Muhiddin Yahya b. Şeref, Ravzatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Muttakin, tah. Zehîr Şâviş, 3. Baskı, Beyrut-Dimeşk-Amman, el-Mektebi'l-İslâmiyye, 1412/1991, C. 4, s. 241-242. Dolayısıyla Şafiilerde de ücretle kefalet caiz değildir. DEMİR, s. 76; ONUR, s. 129.

<sup>23</sup> İBN HÜMAM, C. 7, s. 162.

<sup>24</sup> İBN KUDAME, Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, el-Muğni, Daru'l-Fikr, Beyrut, ty., C. 5, s. 94. Hanbelilerde de ücretle kefalet caiz değildir. DEMİR, s. 76.

<sup>25</sup> DEMİR, s. 76; ONUR, s. 128; BOĞAZ, s. 50.

Günümüz İslam hukukçuları ise kefalet sözleşmesinin bağış niteliğini göz ardı etmemekle beraber bu sözleşmenin ivazlı tarafına da dikkat çekmişlerdir.<sup>26</sup> Kefalet sözleşmesinin ivazlı olma özelliği kefilin kefalet konusu borç için alacaklıya ödediği miktarı borçluya rücu etmek istediğinde ortaya çıkar. Kefalet sözleşmesi ilk kurulduğunda; borcu ödeme ihtimalinde borçluya rücuda bulunacağını kesin olarak düşünen kefil açısından, kefalet sözleşmesinin bağış değil de ivazlı olma özelliği ön plana çıkmaktadır. Günümüz hukukunda da kefalet sözleşmesinin daha çok alacağı teminat amacı daha çok ön plana çıkmakla beraber kefil olan kimselerin de borcu ödemek zorunda kalmamak gibi bir azimlerinin olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

## II. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ALINAN ÜCRETİN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ

İslam hukukçuları ücretle kefaletin caiz olmadığı görüşünü savunmakla beraber yine de kefalet sözleşmesinde öngörülen ücretin akde etkisi, ücretin akit yapıldıktan sonra mı yoksa yapılmadan önce mi istendiği hususuna göre değişmektedir. Öyle ki; caiz olmayan ücret şartı kefalet sözleşmesi yapılmadan önce veya yapılırken şart koşulursa yani “*Şu kadar ücret karşılığı senin borcuna kefil olurum*” şeklindeki bir kayıt caiz olmadığı için buna dayanarak yapılan sözleşme de geçersiz olacaktır. Dolayısıyla hem sözleşme hem de ücret kaydı geçersizdir. Bunun gibi fasit şarta bağlanarak yapılan bir sözleşmede hem fasit şart hem de sözleşme geçersiz olur.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> DEMİR, s. 61; BAKKAL, Ali, “Ücretli Kefalet Sözleşmesi”, Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 5, 1999, s. 14.

<sup>27</sup> SERAHSİ, C. 20, s. 48; İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed, el-Bahru’r-Raik, Şerhu Kenzi’d-Dekaik ve Mintahu’l-Halik ve Tekmiletu’t-Turi, Darul-Kitabi’l-İslami, ty., yy., C. 6, s. 243; AKTAN, Hamza, “Daman”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA), İstanbul, 1993, C. 8, s. 451. Ücret olmaksızın bir malın satılması şartıyla yapılan kefaletin geçerli olduğu belirtilmiştir. Öyle ki, kefalet sözleşmesinde kefil konumundaki kişi, kefalet ile üstlendiği borç karşılığı olarak kefil olduğu kimsenin evini satın almak şartıyla kefil olursa bu anlaşma geçerlidir. SERAHSİ, C. 20, s. 199-200.

Kefalet sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulduktan sonra ücret şartı bulunmamasına rağmen kefilin ücret istemesi halinde ise ücret geçersiz olmakla beraber akdin geçerliliğine bir etkisi bulunmamaktadır. Bu durumda ücret batıl, sözleşme ise geçerlidir.<sup>28</sup>

### **III. GÜNÜMÜZ İSLAM HUKUKÇULARINA GÖRE ÜCRETLE KEFALET**

Günümüz İslam hukukçuları İslami bankalar tarafından da verilen banka teminat mektuplarını hukuki bir zemine oturturken, bankaların verdiği bu teminat mektubunu kefalete, bankaların bu mektubu vermeleri dolayısıyla aldıkları komisyonu da ücretle kefalete benzetmişlerdir. Bu açıdan ücretle kefaletin caiz olup olmadığı konusunda tartışmalar ortaya çıkmış bazı İslam hukukçuları klasik doktrinindeki ücretle kefaletin caiz olmadığı görüşünü savunurken bazıları ücretle kefalete cevaz vermişlerdir. Bu görüşleri savunan alimleri, görüşlerinin gerekçelerini detaylı şekilde açıklamak gerekmektedir.

#### **A. Klasik Doktrinindeki Ücretle Kefaletin Caiz Olmadığı Görüşünü Savunanlar**

İslam hukukunun klasik doktrinindeki ücretle kefaletin caiz olmadığı görüşünü savunan günümüz İslam hukukçularından ilki Abdülkerim Zeydan'dır. Zeydan'a göre Hz. Peygamber'in bir akit içinde iki akdi yasaklayan hadisi, ücretle kefalette söz konusudur. Öyle ki; ücretle kefalette birinci akit kefalet sözleşmesi iken, ikinci akit ise kefile ücret verilmesi veya bağışta bulunulmasına dair sözleşmedir. Aynı zamanda faize yol açtığı için ve ücret (ödül) vermek şartıyla yapılan kefalet caiz görülmediği için, ücretle kefalet caiz değildir. Kefil, sadece kefalet sözleşmesine taraf olması dolayısıyla ücret alamaz.<sup>29</sup>

Klasik doktrini savunan bir diğer günümüz İslam hukukçusu ise Vehbe Zuhaylı'dır. Zuhaylı'ye göre kefalet sözleşmesinin asıl amacı teberrudur (bağış). Bu açıdan hiçbir ücret ve fayda beklenmeksizin yapıl-

<sup>28</sup> KAHRAMAN, s. 277.

<sup>29</sup> ZEYDAN, Abdülkerim, el-Kefale ve'l-Havale fi'l-Fıkhi'l-Mukaran, Mektebetü'l-İslami, Beyrut, 1975, s. 148-149; KAHRAMAN, s. 279-280.

malıdır ki yardımlaşmaya ve hayra sebep olduğu için bu açıdan ibadet sayılsın.<sup>30</sup> Kefil ödediği miktar kadar borçluya rücu hakkı bulunmasından başka, borçlu kendisini sıkıntılardan kurtardığı ve yardımcı olduğu için, daha önceden belirlenmemiş bir hediye kefile verirse kefil bunu alabilir. Ancak borçlu konumunda olan kişi, borcuna kefil bulmak zorunda olsa ve kendisine teberruan kefil olacak kimseyi bulamazsa, ücretle borca kefil olabileceğini belirten kimseyi kefil olarak gösterebilir. Borçlunun zor durumda kalarak ve son çare olarak başvurduğu bu ücretle kefalet sözleşmesi zarureten geçerli olur. Çünkü ücretle kefaleti kabul etmeyip kefil bulamayan ve daha büyük zararlara uğrayabilecek olan borçlunun büyük zarardan korunmak için küçük zarara katlanması gerekecektir. Bu durumlara örnek olarak yurtdışında eğitim, nafaka temini, askerliğin tecili gibi durumlar gösterilebilir. Zuhayli'nin zaruri durumlarda ücretle kefaletle cevaz vermesinin gerekçesi ise ihtiyaç durumunda Kur'an öğretimi, imamlık, müezzinlik gibi ibadetlere ücret alınabileceği görüşüdür. Ayrıca kendisine yönelebilecek bir zulmü defetmek veya kendisine ait olan bir hakka ulaşabilmek amacıyla rüşvet vermenin caiz olabileceği görüşünü de gerekçe göstermektedir. Ancak zarureten izin verilen bu durumlardaki kefile verilecek ücret fahiş olmamalı, kefaletin teberru amacı unutulmamalıdır.<sup>31</sup>

Klasik doktrindeki görüşün bir diğer savunucusu ise günümüz hukukçularından Abdussettar Ebu Gudde'dir. Ebu Gudde'ye göre İslam alimlerinin ücretle kefaletle cevaz vermemelerinin sebebi kefalet akdinin teberru niteliğidir. Kefil, kefalet konusu borcu ödediği durumda bile borçluya rücu hakkı bulunduğu için borçluya karz vermiş kabul edilir. Yani belirli bir süreliğine ödünç verdiği miktarı geri alma hakkına sahip-

<sup>30</sup> ONUR, s. 129. Aralık 1995 tarihinde Cidde'de toplanan İslam Fıkıh Akademisi de 12 numaralı kararında kefaletin iyilik ve yardım amacıyla yapılan bir teberru akdi olduğu için, buna karşılık ücret alınamayacağını söylemişlerdir. ZUHAYLİ, Vehbe, "Finans ve Borsa", 1. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi Kitabı, ed. Mehmet Bayyigit, Kombad Yayınları, s. 295; BAKKAL, s. 11.

<sup>31</sup> ZUHAYLİ, Vehbe, (Çeviren: Heyet), İslam Fıkıhı Ansiklopedisi, ilmi müşavir Mehmet Emin Saraç, Risale Yayınları, İstanbul, 1994, C. 6, s. 289. Benzer bir görüş için bkz. DEMİR, s. 77; BOĞAZ, s. 52.

tir. Karz akdinin ise ücretle yapılmayacağı kabul edildiği için ücretle kefalet de geçerli olamaz.<sup>32</sup>

Halil Günenç de klasik görüşü yani ücretle kefaletin caiz olmadığını savunanlar arasındadır.<sup>33</sup>

## B. Ücretle Kefaleti Caiz Görenler

Klasik doktrinin genel görüşü ve bunların gerekçelerini açıkladıktan sonra diğer görüşe de yer vermek gerekmektedir. Günümüzdeki İslam alimlerinden bazıları kefaletin zamanımızdaki uygulamalarının eskiye göre değiştiğini, eskiden bankalar bulunmazken bugün bankaların teminat mektubu verdiklerini, bunun dışında bireysel olarak kefil olanların ise azaldığını, bankalara duyulan ihtiyaç, bankaların da varlığını sürdürebilmeleri için teminat mektubu verme karşılığında komisyon almaya ihtiyaç duydukları, zamanın değişmesi sebebiyle değişen şartlar dahilinde bankaların yaptığı bu işlemin ücretle kefalet içine sokulması ve bu işlemin de cevazlığına hükmetmenin daha uygun olduğu görüşünü savunmuşlardır. Şimdi bu görüşü savunanları ve bunların gerekçelerini tek tek ele almak daha faydalı olacaktır.

Zekerriyya el-Berri'ye göre klasik doktrindeki ücretle kefaletin caiz olmadığı görüşünün gerekçesi kefaletin teberru amacına dikkat çekilmesi sebebiyledir. Ancak kefil ödediği kısmı borçluya rücu ediyorsa burada bir teberrudan bahsedilemez. Ücretle kefalet konusunda şahsa kefalet ile bankanın verdiği teminat mektubunun farklı olduğunu söyleyen Berri'ye göre İslam hukukuna uygun olarak işlemler yapan bir bankanın, yaptığı işlem için ücret almasını yasaklayan herhangi bir ayet, hadis, icma veya maslahat bulunmamaktadır. Eskiden kefalet, birisinden borç almak isteyen kimseye kefilsiz borç verilmesinin zor olması sebebiyle zenginlerin fakirlere kefil olarak onlara iyilik ve bağışta bulunmaları, onların sıkıntılarını giderdikleri için ahirette sevap ve karşılık bulma ama-

<sup>32</sup> EBU GUDDE, Abdussettar, "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fıkhi'l-İslami, C. 2, s. 1106.

<sup>33</sup> GÜNENÇ, Halil, "Faiz, Finans ve Borsa ile İlgili Bazı Meseleler", 1. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Kongre Kitabı, Konya, 1997, s. 258.



cını taşımaktaydı. Günümüzdeki kefalette ise ticaretin genellikle şirketler aracılığıyla yürütüldüğü şu durumda şirketler veya zengin tacirler bile kefile ihtiyaç duyabilmektedir. Kefalet sadece fakirlerin değil ticaret yapan herkesin ihtiyaç duyduğu bir konuma gelmiştir. Dolayısıyla İslami bankalar, alınacak ücretin caiz olmamasından dolayı teminat mektubu vermezlerse tacirler ve şirketler, ticaret yapmaları için elzem olan bu teminatı diğer faizli bankalardan alma yoluna başvuracaklardır. İslami bankalar teminat mektubu vermezlerse gelişemezler ve İslami finans da bundan kötü etkilenir. Ayrıca İslam alimleri yapılan bir işe karşılık ücret almanın caiz olacağı görüşünderken<sup>34</sup> İslami bankadan teminat alarak ticaret yapabilen ve büyük karlar elde edebilen tacirlerin karından bankanın komisyon almasında sakınca olmaması daha uygundur. Ücretle kefalette ücret almanın caiz olmayacağı genel kuralında açıklanan bu sebeplerle, istihsanen buna cevaz verilmelidir.<sup>35</sup> Berri, değişen zamana göre ve şahsi kefaletle banka kefaletini ayırarak şahsi kefalette ücret alınmasını caiz kabul etmezken banka kefaletinde ise ücret alınabileceğini görüşünü açıklamıştır.

Bekir Ebu Zeyd ise bankaların verdiği vekaletle benzeyen ve maddi karşılığı olan kapalı teminat mektuplarına karşı ücret almanın caiz olduğunu; çünkü burada bankanın yaptığı zorunlu giderlere karşı bir karşılığın bulunduğunu belirtmiştir. Kefaletle benzeyen açık teminat mektuplarına karşılık ücret almanın ise şahsi kefaletle benzediği için caiz olmadığını belirtmiştir.<sup>36</sup>

Hasan Abdullah el-Emin şahsi kefalet ile banka kefaleti arasında fark gözetmeksizin her iki kefalette ücret alınabileceğini belirtmiştir. Emin'in gerekçesi ise Maliki mezhebindeki ücretle kefaletle cevaz vermeyen görüşün bir gerekçesinin doğru olmadığıdır. Maliki mezhebinin görüşüne bakacak olursak; Malikilere göre ücretle kefalet itibara yani kefilin ver-

<sup>34</sup> "Bir şeyin külfetine katlanan onun nimetinden istifade eder." Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, md.85, 87, 88.

<sup>35</sup> EL-BERRİ, Zekeriyye, "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fıkhi'l-İslami, C. 2, s. 1097-1104.

<sup>36</sup> EBU ZEYD, Bekir, "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fıkhi'l-İslami, C. 2, s. 1043-1044.

diği teminat, güvence yahut krediye karşılık ücret almak gibidir. Bu ücret ise bazen haram, bazen mekruh, bazen şartlı olarak helal konumunda olabilir.<sup>37</sup> Malikilerin genel görüşü ise ücretle kefaleti “vacibe karşılık ücret almak” olarak değerlendirmişler ve bu sebeple caiz kabul etmemişlerdir.<sup>38</sup> Emin, Malikilerin bu açıklanan görüşündeki itibarın yani kefalet karşılığı sağlanan güven ve teminatın teberru mu yoksa vacip mi olarak değerlendirilebileceğini tartışmıştır. Daha sonra İslam hukukunda emanet malın korunmasına karşılık ücret alınmasına cevaz verildiğinden bahisle kefaletin de vacip olarak değerlendirilerek emanet mala kıyas edilebileceğini ve kefalet karşılık da ücret alınabileceğini savunmuştur.<sup>39</sup> Emin, bankanın teminat mektubu verirken, kefil olduğu şahıs hakkında bilgi edinmek için oldukça çaba gösterdiğini, zaman ve emek harcadığını, teminat verdiği tutarı geri alırken de birçok sıkıntıya katlandığını, dolayısıyla kefilin bu durumda ücret alabilmesine imkan tanınmasının daha adaletli olduğunu belirtmiştir.<sup>40</sup>

Refik el-Mısri de ücretle kefaleti şahsi kefalet veya banka kefaleti ayırımı gözetmeksizin caiz görenlerdendir. Mısri, itibara karşılık ücret alınmasına cevaz verilmesi sebebiyle ücretle kefaletin de buna benzediğini ve cevaz verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca yapılan bir iş ve verilen bir emek karşılığı olarak ücret alınmasını bütün İslam hukukçularının caiz gördüğünü, kefalet sözleşmesinde kefil konumunda olan kişinin hiçbir emek harcamaması ve iş yapmaması söz konusu ise ücret alamayacağını, banka kefaletinde ise bankanın emek ve zaman harcadığı, dolayısıyla da ücrete hak kazanacağı görüşündedir. Mısri'ye göre bankaların verdiği teminat mektubuna karşılık ücret alamayacağına hükmedilirse bankalar teminat vermekten yani kefil olmaktan kaçınacaklar ve tacirlerin ticaret yapmaları zorlaşacaktır. Günümüzde genellikle bir kişi değil de kurumlar aracılığıyla yapılan kefalet sözleşmesinde

<sup>37</sup> İLÎŞ, Muhammed, Minehu'l-Celil Şerh 'alâ Muhtasarı'ş-Şeyh Halil, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1404/1984, C. 6, s. 229; KAHRAMAN, s. 286.

<sup>38</sup> EL-EMİN, Hasan Abdullah, “Hitabu'd-Daman”, Mecelletü Mecmau'l-fıkhi'l-İslami, C. 2, s. 1051-1052.

<sup>39</sup> EL-EMİN, C. 2, s. 1052.

<sup>40</sup> EL-EMİN, C. 2, s. 1053.

kurumların devamı için insan gücü ve bu sebeple para gerektiği için kurumların harcaacakları miktarlar için ücret alabilmeleri caiz olacaktır.<sup>41</sup>

Ahmed Ali Abdullah da şahsi kefalet ve banka kefaleti ayrımı yapmaksızın ücretle kefaleti caiz görürken gerekçesini ise zamanla değişen şartlar ve ticari örf'e dayandırmaktadır. Abdullah konu ile ilgili çalışmasında ücretle kefalete cevaz vermeyenlerin gerekçelerini şu şekilde açıklamıştır: Klasik doktrindeki görüşü benimseyen günümüz İslam hukukçularına göre banka teminat mektupları açısından kapalı teminat mektupları vekalet sözleşmesine benzetilerek buna karşılık ücret alınmasına cevaz verilmiş, açık teminat mektupları ise kefalete benzetilerek buna karşılık ücret alınmasına cevaz verilmemiştir.<sup>42</sup> Klasik doktrindeki ücretle kefalete cevaz vermeyen alimlerin gerekçelerini tek tek ele alan Abdullah, kefaletin teberru niteliği dolayısıyla ücretle yapılamayacağı görüşünü tartışırken şu ifadeleri kullanır: “Kefaletin bağış niteliği sebebiyle ücret alınamayacağı gerekçesi kesin bir delil değildir. Çünkü kefalet sözleşmesi yapıldığı zaman iyilik niteliğinde ve karşılıksız olarak yapılabileceği gibi tüm insanlara da bu iyiliği yapmaları emredilmemiştir. Asıl olarak bağış niteliğine sahip olan kefalet sözleşmesinde, kendisine ücretsiz olarak kefil olacak birini bulmayan borçlu, ücretle kefil bulma yoluna başvurabilir.<sup>43</sup> Kefalet ivazsız olarak yapılabileceği gibi ivazlı da olabilir. İbn Cüzey, vekalet sözleşmesinin de ücretli veya ücretsiz olarak yapılabileceğini, ücretsiz olduğunda vekil açısından teberru sayılacağını ücretli olduğunda ise icare (kira) sözleşmesi hükmünde olacağını belirtmiştir. İşte kefalet açısından da bu hüküm kıyas edilebilir. Kefaletin ücretsiz olarak yapılması tavsiye edilse de ücret alınırda da buna cevaz verilmesi gerekir.<sup>44</sup> Kefaletin ücretle yapılmasının karza karşılık menfaat sağlaması gerekçesiyle caiz olmadığı görüşüne karşılık ise Abdullah eleştirilerini şu bağlamda dile getirmiştir: Kefalet sözleşmesinin karza

<sup>41</sup> MISRİ, Refik, “Hitabu'd-Daman”, Mecelletü Mecmau'l-fikhi'l-İslami, C. 2, s. 1117-1119.

<sup>42</sup> ABDULLAH, Ahmed Ali, “Cevazu ahzu'l-ecri evi'l-amuleti fi mukabili hitabu'd-daman”, Mecelletü Mecmau'l-fikhi'l-İslami, C. 2, s. 1131.

<sup>43</sup> ABDULLAH, C. 2, s. 1136.

<sup>44</sup> ABDULLAH, C. 2, s. 1137.

benzeyen bir yönü bulunsa bile asıl olarak kefalet bir teminat akdidir. “Menfaat sağlayan her ödünç faizdir” hadisindeki hüküm bu açıdan ücretle kefaletle uygulanmamalıdır. Gerek teberru niteliği ve gerekse karza benzetilmesi gerekçeleri ücretle kefaletle cevaz verilmemesi sonucuna ulaşılması için yeterli gerekçeler değildir. Burada İslam alimleri bu gerekçelerde ziyade kendi dönemlerindeki kefalet uygulamalarına bakmışlar bunun genellikle yakın kimseler arasında ücretsiz olarak yapıldığını görüp, buna karşılık ücret alınmasını ayıp karşılamışlardır. Bu açıdan klasik doktrindeki görüşün temel gerekçesi örf sayılabilir. Öyle ki İslam’ın ilk dönemlerinde vekalet sözleşmesi de teberru akdi niteliğinde sayılarak vekalet karşılık ücret alınmasına cevaz verilmiyordu. Ancak daha sonra zamanla vekilin ücrete hak kazanacağı ve alacağı ücretin de caiz olacağı belirtilmiştir. İşte değişen zaman ve şartlar kefalet sözleşmesi için de geçerli olmakla beraber vekalet gibi kefaletin de ücretle yapılabileceğine cevaz verilmelidir.<sup>45</sup>

Ali Ahmed Salus’un görüşleri ise birkaç madde ile şöyle özetlenebilir:

- Salus, ücretle kefalette şahsi kefalet ve banka kefaletini ayırarak şahsi kefalette ücret alınamayacağını, banka kefaletinde ise ücret alınabileceğini belirtmiştir.
- Eskiden kefalet sözleşmesi şahıslar arasında meydana geliyordu, günümüzde ise kurumlar aracılığıyla yapılmakta; dolayısıyla zamanın değişmesiyle ücretle kefaletle de cevaz vermek gerekir görüşünü eleştiren Salus, eskiden de birçok kefalet çeşidinin bulunduğunu bunların bazılarının da ticari hayatı doğrudan etkilediğini, tacirler arasında uygulandığını belirtmiştir.
- “Vacibe arşı ücret almak caiz değildir” kuralının bazı istisnaları olduğunu belirten Salus, bankaların verdiği teminatlara karşılık ücret alabilmeyi de bu istisnalar içinde değerlendirmiştir. Bu istisnalara örnek olarak ödül vaadi ve vücut (kredi) gibi bazı teberru akitlerini gösterir. Bu akitlerin ücretle yapılmasına bazı Şafii fakihleri cevaz vermişlerdir. Yapılan işle bağlantılı olmak şartını sağladığından yani

<sup>45</sup> ABDULLAH, C. 2, s. 1139.

bankanın teminat verme işinde emek, zaman ve iş gücü harcamasından dolayı teminat mektubu vermesi karşılığında ücret alabileceği söylenebilir. Ayrıca bankanın aldığı bu ücret doğrudan kefalet ile ilgili de değildir.<sup>46</sup>

- Müstakil olmayan yani başka bir sözleşme içinde bulunan teminata yani kefaletle karşılık ücret alınabilir.
- Sırf kefalet sözleşmesi ise, teberru niteliğinde olmakla beraber burada kefilin bir ücret alması caiz değildir.<sup>47</sup>

Son olarak Kahraman da şahsi kefalet ile banka kefaleti ayrımını ücretle kefalet açısından yapmış. Şahsi kefaletle karşı ücret almayı caiz görmezken banka kefaletinde ücret almaya ise cevaz vermiştir. Kahraman, banka kefaletine cevaz vermesinin gerekçesini genel manada değişen sosyal-iktisadi şartlar, örf ve emek-hizmet açısından değerlendirmiştir. Eskiden kefaletin insanlar arasında yardımlaşma ve dayanışma vesilesi olarak görüldüğü için bunlara karşılık ücret almanın ayıp karşılandığını, günümüzde ise insanlara bu konuda yardım etmenin emredilemeyeceği, dolayısıyla ücretsiz kefil bulamayan kimselerin ücretle kefil bulmaya itilmesinin söz konusu olacağını, banka teminat mektubunda lehine kefil olunan kimsenin yaptığı ticaret ile büyük karlar kazanmasının önünün açıldığını ve bankanın da bundan dolayı ücret almasına cevaz verilebileceğini belirtmiştir.<sup>48</sup>

Ücretle kefalet ile ilgili müstakil makalesinde Bakkal ise, ücretsiz kefaletin caiz olmasının ücretle kefaletin caiz olmayacağını göstermediğini, ihtiyaç varsa ücretle kefaletin de yapılabilmesi gerektiğini belirtmiştir. Günümüzde ücretle yapılan kefalet akitlerinin hayırla açıklanamayacağını, ticaretin temel bir ihtiyacı haline geldiğini ve büyük miktarlarda borçların söz konusu olduğunu açıklamıştır.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> SALUS, Ali Ahmed, "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fıkhi'l-İslami, C. 2, s. 1088.

<sup>47</sup> SALUS, C. 2, s. 1095.

<sup>48</sup> KAHRAMAN, s. 297-299.

<sup>49</sup> BAKKAL, s. 12-13.

Ayrıca konu ile ilgili çalışmasında Demir, toplumun durumu değiştiği için maslahata binaen ücretle kefaletle istihansen cevaz verilebileceğini belirtmiştir.<sup>50</sup> Onur da ücretle kefaletin caiz olması gerektiğini, haram olduğunu söyleyenlerin görüşlerinin içtihadı olduğunu belirtmiştir.<sup>51</sup>

## SONUÇ

İslam hukukunda ücretle kefalet özellikle son yıllarda ciddi bir tartışma konusu olmuş, birçok İslam hukukçusu bu konuda görüş bildirip, eserler kaleme almışlardır. Klasik dönemdeki İslam hukukçuları genel olarak kefaletin temel anlamının teberru(bağış) olduğunu ve dolayısıyla ücretle yapılamayacağını, yani ücretle kefaletin caiz olmadığı görüşünü benimsemişlerdir. Günümüzdeki İslam hukukçularından bir kısmı da klasik görüşü kabul etmişler ve bu işlemin ücretle yapılmaya uygun olmadığını belirtmişlerdir. Ancak günümüz hukukçularından bir diğer kısmı ise özellikle katılım bankalarının verdiği teminat mektuplarını ücretle kefaletle benzeterek, katılım bankalarının yaptığı bu işleme bir cevaz yolu aramışlar, sonunda ücretle kefaletin neden caiz olduğunu yahut da caiz olması gerektiğini, özellikle değişen zamanı ve şartları gerekçe göstererek açıklamışlardır. Öyle ki, günümüzde bankaların verdiği teminat mektupları kefaletin bağış amacı dışında verilmektedir. Bu mektup olmadan ticaret yapılamayacaksa ve bu işlem ticaretin bir gerekliliği ise caiz olmalıdır, denmiştir.

## KAYNAKÇA

- ABDULLAH, Ahmed Ali: "Cevazu ahzu'l-ecri evi'l-amuleti fi mukabili hıtabı'd-daman", Mecelletü Mecmau'l-fıkhi'l-İslami, C. 2, s. 1131.
- AKTAN, Hamza: "Daman", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA), İstanbul, 1993, C. 8, s. 450-453.
- AYDIN, Melikşah: Klasik Dönem İslam Hukukunda Kefalet, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- BAKKAL, Ali: "Ücretli Kefalet Sözleşmesi", Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 5, 1999, s. 3-42.

<sup>50</sup> DEMİR, s. 77.

<sup>51</sup> ONUR, s. 131.

- BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970.
- BOĞAZ, Şerif: İslam Hukukunda Kefalet ve Katılım Bankacılığı Uygulamaları, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- DEMİR, Halis: İslam Hukuku'nda Kefalet, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1995.
- DÖNDÜREN, Hamdi: İslam Hukukuna Göre Alım-Satımda Kâr Hadleri, İslam Hukuku Külliyyatı Yayınları, Balıkesir, 1984.
- DÜSÛKÎ, Muhammed b. Ahmed b. Arfe: Haşiyetü'd-Düsûkî 'alâ Şerhi'l-Kebir, Daru'l-Fikr, Beyrut, ty.
- EBU DAVUD, Süleyman b. Eş'as es-Sicistani: (Çeviren: Necati Yeniçel ve Hüseyin Kayapınar), Sünen-i Ebu Davud, Şamil Yayınları, İstanbul, 1988.
- EBU GUDDE, Abdussettar: "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fikhi'l-İslami, C. 2, s. 1106.
- EBU ZEYD, Bekir: "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fikhi'l-İslami, C. 2, s. 1043-1044.
- EL-BERRİ, Zekeriyye: "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fikhi'l-İslami, C. 2, s. 1097-1104.
- EL-EMİN, Hasan Abdullah: "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fikhi'l-İslami, C. 2, s. 1051-1052.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- FETAVA-YI HİNDİYYE, (Çeviren: Mustafa Efe): 2. Baskı, Huzur Yayınevi, İstanbul, 2004.
- GÜNENÇ, Halil: "Faiz, Finans ve Borsa ile İlgili Bazı Meseleler", 1. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Kongre Kitabı, Konya, 1997, s. 257-270.
- HARAŞİ, Ebu Abdillah Muhammed b. Abdillan b. Ali: eş-Şerhu'l-Haraşi alâ Muhtasarı Halîl, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1317.
- İBN HÜMAM, Kemalüddin Muhammed b. Abdilvahid b. Abdilhamid es-Sivasi el-İskenderi: Fethü'l-Kadir, Daru'l-Fikr, Lübnan, 1970/1389.
- İBN KUDAME, Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed b. Muhammed: el-Muğni, Daru'l-Fikr, Beyrut, ty., C. 5, s. 94.
- İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed (Çeviren: Osman Bayder): el-Eşbah ve'n-Nezair, Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2022.
- İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed: el-Bahru'r-Raik, Şerhu Kenzi'd-Dekaik ve Mintahu'l-Halik ve Tekmiletu't-Turi, Daru'l-Kitabi'l-İslami, ty., yy.

- İLİŞ, Muhammed: Minehu'l-Celil Şerh 'alâ Muhtasaru'ş-Şeyh Halîl, Daru'l-Fikr, Beyrut, 1404/1984.
- KAHRAMAN, Abdullah: İslam Borçlar Hukukunda Kefalet Sözleşmesi ve Günümüzdeki Tatbikatı, MÜİFV Yayınları, İstanbul, 2008.
- KASANİ, Ebu Bekr b. Mesud b. Ahmed: Bedâ'iu's-Sanâi fî Tertibi'ş-Şerâi, Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1327-1328.
- MALİK B. ENES, Mâlik b. Âmir es-Asbahî el-Medenî: Müdevvene, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1415/1994.
- MISRİ, Refik: "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fikhi'l-İslami, C. 2, s. 1117-1119.
- NESAİ, Ebû Abdirrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali (Çeviren: Abdullah Parlıyan): Sünen-i Nesai, Konya Kitapçılık, Konya, 2005.
- NEVEVİ, Ebu Zekeriyya Muhiddin Yahya b. Şeref, Ravzatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Muttakîn, tah. Zehîr Şâviş, 3. Baskı, Beyrut-Dimeşk-Amman, el-Mektebi'l-İslâmiyye, 1412/1991.
- ONUR, Mehmet: İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2017.
- REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Cem Web Ofset, Ankara, 2013.
- SALUS, Ali Ahmed: "Hitabu'd-Daman", Mecelletü Mecmau'l-fikhi'l-İslami, C. 2, s. 1088-1095.
- SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, el-Mebcut, ed. Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- TİRMİZİ, Ebu İsa Muhammed b. İsa (Çeviren: Abdullah Parlıyan): Sünen-i Tirmizi, Konya Kitapçılık, Konya, 2004.
- ZEYDAN, Abdülkerim: el-Kefale ve'l-Havale fî'l-Fikhi'l-Mukaran, Mektebetü'l-İslami, Beyrut, 1975.
- ZUHAYLİ, Vehbe: "Finans ve Borsa", içinde: 1. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi Kitabı, ed. Mehmet Bayyigit, Kombad Yayınları, s. 272-310.
- ZUHAYLİ, Vehbe (Çeviren: Heyet): İslam Fikhi Ansiklopedisi, ilmi müşavir Mehmet Emin Saraç, Risale Yayınları, İstanbul, 1994.



# PONZİ SİSTEMİ CEZALANDIRILABİLİR Mİ?

Doç. Dr. Murat AYDIN\*

## ÖZET

Zahmetsizce para kazanmanın bir yöntemi olarak ponzi sistemi uzun yıllardır gündemde olan bir konudur. 1919 yılında yatırımcıları 90 günde yüzde elli kar vereceğine ikna eden Charles Ponzi'den adını almıştır. Ponzi sistemi çoğunlukla işletmecinin, katılımcılara geleneksel yatırımlar yoluyla elde edilemeyen yüksek finansal getiriler vadettiği bir yatırım dolandırıcılığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Sistem genellikle katılımcılara temettü ödemelerini sağlayacak yeterli sayıda yeni yatırımcı bulunamadığı için çökmektedir. Ponzi sistemi ekonomi ile ilgili bir yapıdır. Bu açıdan ekonomik sisteme ilişkin bir korumanın amaçlandığı söylenebilir. Böylece malvarlığı değerlerinin zarar görme ihtimali bulunmaktadır. Ponzi sistemlerinin de rasyonel ve rasyonel olmayan yapıları teorik olarak tartışılmıştır. Rasyonel bir yapıda cezalandırma mümkün görülmemektedir. Sisteme yapılan her giriş önceki üyelerin bir üst basamağa ilerlemesine katkıda bulunur. Piramidin üstüne doğru her yükseliş getirinin artmasını sağlar. Yine ponzi sistemi bazı satış yöntemleri ile benzerlik gösterebilmektedir. Bu kurumların birbirlerinden farkının ortaya konulması cezalandırılabilir eylemlerin tespiti açısından önem taşımaktadır.6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ile piramit satışı/ponzi sistemi yasaklanmış ve cezalandırma açısından Türk Ceza Kanunu'na atıf yapılmıştır. Konunun cezalandırılabilirliği tartışma konusu yapılmıştır. Ancak hangi suç ya da suçlardan dolayı kimlerin cezalandırılabilir olduğu konusu halen sorun oluşturabilmektedir. Ponzi sistemi kurucusu para toplamaya başlasa ve vadettiği ödemeleri zamanında tamamlasa ve sistem çökmeden önce son katılımcının da parasını ödese bu durumda yine herhangi bir suçun varlığından bahsedilebilecek midir? Bu sorunun olumlu cevaplanması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması nasıl olacaktır? Katılımcıların yıllara göre ödemelerinin gerçekleştiği durumlarda;

---

\* Doç. Dr. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: murataydin@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5476-7977.

örneğin ilk üç yıl katılımcı olanlar ödemelerini alırlar, daha sonra sistemin çökmesi nedeniyle diğer katılımcılar herhangi bir ödeme alamazlarsa kurucu dışında diğer katılımcılar fail olarak değerlendirilebilecek midir? Katılımcılardan herhangi birisi kendi alacağını kurtarmak için sistemin çöküşe yaklaştığı bir dönemde bu durumu bilerek yeni katılımcılar temin etmek suretiyle kendi alacağını kurtarırsa ceza sorumluluğu olacak mıdır? Bu ve benzer soruların cevabı ponzi sisteminin cezalandırılabilir olup olmadığına, cezalandırılabilir ise hangi aşamada ve hangi suçtan cezalandırma söz konusu olduğunda ve kimlerin cezalandırılabilir olduğunda gizlidir. Çalışmada bu soruların cevabı aranacaktır.

### **ANAHTAR KELİMELER**

Ponzi sistemi, dolandırıcılık, hile, haksız kazanç, cezalandırılabilirlik, iştirak.

## **CAN THE PONZI-SYSTEM BE PUNISHED?**

### **ABSTRACT**

The Ponzi system as a method of making money effortlessly has been on the agenda for many years. It was named after Charles Ponzi, who in 1919 convinced investors that he would make a fifty percent profit in 90 days. The Ponzi scheme is often characterized as an investment scam in which the operator promises participants high financial returns that cannot be achieved through traditional investments. The system often collapses because there are not enough new investors to ensure dividend payments to participants. The Ponzi scheme is an economic structure. In this respect, it can be said that it aims to protect the economic system. Thus, there is a possibility that asset values may be damaged. The rational and irrational structures of Ponzi systems have also been theoretically discussed. Punishment is not possible in a rational structure. Each entry into the system contributes to the advancement of previous members to the next step. Each rise towards the top of the pyramid increases the return. Again, the Ponzi system can be similar to some sales methods. Determining the difference between these institutions is important in terms of determining punishable acts. The Protection of Consumers Code (No:6502) prohibits pyramid selling/ponzi system and refers to the Turkish Criminal Code in terms of punishment. The punishability of the subject has been discussed. However, the issue of who is punishable for which crime or crimes is still a problem. If the

founder of the Ponzi system starts collecting money and completes the promised payments on time and pays the money of the last participant before the system collapses, is it possible to talk about the existence of any crime in this case? If this question is answered in the affirmative, how will the attempt provisions be applied? In cases where the payments of the participants are realized according to the years; for example, if the participants of the first three years receive their payments, and then the other participants do not receive any payment due to the collapse of the system, can the other participants other than the founder be considered as perpetrators? Will any of the participants be held criminally liable if he/she saves his/her own receivables by recruiting new participants knowing that the system is nearing collapse? The answer to these and similar questions lies in whether the Ponzi system is punishable or not, and if it is punishable, at what stage and for what offense, and who is punishable. The answers to these questions will be sought in this study.

#### **KEY WORDS**

Ponzi scheme, fraud, cheating, unlawful profits, punishability, accomplicity

## **GİRİŞ**

Her dönemde insanlar kolay ve zahmetsiz çok para kazanma yollarını aramışlardır. Bunun için yasal olarak değerlendirilebilecek faiz sistemi, borsa, kripto para, bahis oyunları, piyango gibi yollar tercih edilmekle birlikte; dolandırıcılık, hırsızlık gibi yasa dışı yollar da tercih edilmektedir. Ancak arada kalan bir yöntem olarak ponzi sisteminin değerlendirilmesi gerekmektedir. Sistemi kuran ve dahil olan kişilerin ceza sorumlulukları var mıdır? Ceza sorumluluğundan bahsedilecekse hangi aşamaya kadar katılanların ceza sorumluluğu olacak hangi aşamadan sonra mağdur olarak değerlendirme yapılacaktır? Bu soruların cevaplanabilmesi için sistemin anlaşılması ceza hukuku sistematığında dahil edilebileceği bir yerin olup olmadığı tespit edilmelidir.

### **I. PONZİ SİSTEMİ/ŞEMASI NEDİR?**

Türkiye’de saadet zinciri olarak da adlandırılan ponzi sistemi şematik bir nitelikte olup piramidin üst kısmında bulunan kurucu ve katılımcıla-

rın daha alt kısımlara katılanların katkılarından nemalandıkları bir yapı olarak ifade edilebilir. Yine ponzi sistemi riskin hiç olmadığı ya da çok az olduğu, getirinin ise çok yüksek olacağı beklentisi oluşturulan, katılımcıların yatırdığı paraların bir kısmını sistemi kuran kişinin aldığı, kalan kısmının diğer katılımcılara kar olarak ödendiği bir sistem olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>.

Ponzi sistemi yatırımcılara az riskle çok gelir getirme vaadinde bulunmaktadır<sup>2</sup>. Ponzi sistemi yıkıcı bir girişimcilik sistemi olarak ifade edilmektedir<sup>3</sup>. Sahte yatırımlar olarak da bilinen saadet zincirleri, tarihte büyük finansal sızıntılara neden olmuştur. Adını, 20. yüzyılın başlarında Amerika Birleşik Devletleri'ne göç eden bir İtalyan olan Charles Ponzi'nin, diğer ülkelerdeki indirimli posta cevap kuponlarını satın alıp Amerika Birleşik Devletlerinde nominal değer üzerinden itfa ederek yatırımcılara 45 gün içinde yatırımın %50'sini veya 90 gün içinde %100'ünü geri getirmeyi vaat eden bir plan başlatmasıyla almıştır<sup>4</sup>.

Türk ceza hukuku doktrininde konu zincirleme piramitsel oyunlar şeklinde ele alınmıştır. Konu ev hanımlarının gün sistemine benzetilmiş ve yatırdığı paranın toplu karşılığını alma duygusu ön plana çıkarılmıştır. Ancak ponzi sisteminde katılımcılar, yeni katılımcılar geldikçe piramidin üst kısmına çıkmakta ve sisteme aşağıdan girenlerin getirilerini paylaşmaktadırlar. Burada sistemin bir yerde tıkanmaması ve her sisteme girenin parasını alabilmesi durumunda sorunun olmadığı ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> **KUYUGÖZ**, Latife, Piramit Satış Sistemlerinin Türk Ceza Hukukundaki Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2023, s.13.

<sup>2</sup> **KASİM**, Eley Suzana/ **ZİN**, Norlaila Md/**PADİL**, Hazlina Mohd/ **OMAR**, Normah: "Ponzi Schemes and its Prevention: Insights from Malaysia" Management & Accounting Review, C. 19 S. 3, Aralık 2020, 89-118, s.90.

<sup>3</sup> **BULUT**, Esra: "Klasik Ponzi Girişimcilikten Dijital Ponzi Girişimciliğe: Benzer Taktikler, Farklı Platformlar" Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C.14, S.26, Ocak 2022, 18-54, s.20.

<sup>4</sup> **KASİM/ZİN/PADİL/OMAR**, s.90.

<sup>5</sup> **HAKERİ**, Hakan: "Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", Yargıtay Dergisi, C.27, S.1-2, Ocak-Nisan 2001, 137-172, s.138.

Üye bulma faaliyeti piramidin her aşamasında katkı sağlayacağı için piramidin üst basamaklarına çıkan kişiler aktif olarak faaliyette bulunabilirler.

Sisteme yapılan her giriş önceki üyelerin bir üst basamağa ilerlemesine katkıda bulunur. Piramidin üstüne doğru her yükseliş getirinin artmasını sağlar. Sisteme giriş belirli bir paranın ödenmesi suretiyle olmaktadır. Bu katkı payı şeklinde olabileceği gibi göstermelik ürün satışı suretiyle de gerçekleşebilir. Katılımdan elde edilen gelirler bir havuza aktarılır ve piramitteki pozisyonlara göre dağıtım yapılır<sup>6</sup>. Ponzi sisteminin temelini çok sayıda kişinin para kaybetmesi, az sayıda kişinin ise para kazanmasına dayalı olduğu ve erken dönem katılımcılarının avantajlı konumda olduğu ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Nitekim haklı olarak sisteme alt basamaklardan dahil olan kişilerin sistemin hangi aşamasında dahil olduklarını bilmedikleri için yeni basamak oluşturma ihtimali azaldığı için kaybının olacağı belirtilmektedir<sup>8</sup>.

Ponzi sistemi kendiliğinden devam eden yapıda yapıya katılan kişilerin belirli bir süre sonra piramitten çıkması ile sonuçlanan yapıda olabileceği gibi sistemi düzenleyen bir yapı ile de devam edebilir<sup>9</sup>. İlk türde piramidin üstüne doğru ilerleyen üye sonunda yüklü miktarda kazanç sağlayarak sistemden çıkar<sup>10</sup>. Sistemi organize eden merkezi bir yapının bulunduğu türde ise zincirin bağlılığın devamı ve yeni katılımcı bulunması temin edilir ve katılımcılardan pay alınır<sup>11</sup>.

Ülkemizde 1990'lı yıllarda Titan Saadet Zinciri ile konu gündeme gelmiş, yakın dönemde Çiftlik Bank şeklinde karşımıza çıkmış; 2023 yılında ise Terim Fonu olarak adlandırılan yapı ile bir kesim fahiş gelirler

<sup>6</sup> **AYDIN**, Murat: "Piramit Satış Sistemlerinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.100, Aralık 2014, 461-466, s.462.

<sup>7</sup> **TOKAT**, Hüseyin: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Piramit Satış Sistemleri", Terazi Hukuk Dergisi, C.13 S.146, Ekim 2018, 54-68, s.56.

<sup>8</sup> **TOKAT**, s.56.

<sup>9</sup> **AYDIN**, s.462.

<sup>10</sup> **YAVUZ**, Yasin: "Ticarette Merak Edilenler", Gümrük ve Ticaret Dergisi, S.7, 124-129, s.124.

<sup>11</sup> **AYDIN**, s.462.

elde etmişken, bir kesim ciddi paralar kaybetmiştir. 2009 yılında Amerikalı yatırım danışmanı Bernard Madoff'un 65 milyar dolarlık saadet zinciri içeren 11 federal suçtan 150 yıl hapis cezasına çarptırılması, bu tür yatırım ve menkul kıymet faaliyetlerine ilişkin kamu, yatırımcı ve finans sektörü farkındalığını arttırmış ve konu dünya çapında da dikkat çekmiştir<sup>12</sup>.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 80/1. maddesinde Piramit Satış Sistemleri başlığı altında piramit satışı/ponzi sistemini tanımlamıştır. Buna göre: "Piramit satışı; katılımcılarına bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymak karşılığında, sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşuluyla bir para veya malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kısmen diğer katılımcıların da koşullara uygun davranmasına bağlı kılan, gerçekçi olmayan veya gerçekleşmesi çok güç olan kazanç beklentisi sistemidir".

6502 sayılı kanununun 80/2. Maddesinde piramit satış sisteminin kurulması, yayılması ve tavsiye edilmesi yasaklanmıştır. Yasağa aykırılık halinde ise nasıl davranılacağı aynı kanununun 77/17. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: "Bu Kanununun 80 inci maddesine aykırı olarak piramit satış sistemini başlatan, düzenleyen veya toplantı, elektronik posta veya diğer birçok kimsenin de katılımını sağlamaya elverişli yöntemlerle yayan veya böyle bir sistemin diğer bir şekilde yayılmasını ticari amaçlarla destekleyenler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır". Kanun doğrudan TCK'ya atıf yapmış olmasına rağmen herhangi bir madde metni belirlememiştir. Bu açıdan suçun TCK'da belirlenen suç tiplerine muhtemel uyum bakımından konunun tespiti gerekecektir. Konu aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

Ponzi sistemi gerçek ürün veya hizmetlerin belirli bir sistematikle pazarlama programına dahil edilmesi, katılımcılara gelecekte ödeme veya

---

<sup>12</sup> JORY, R. Surendranath/ PERRY, Mark J.: "Ponzi Schemes: A Critical Analysis", [https://www.researchgate.net/publication/228292946\\_Ponzi\\_Schemes\\_A\\_Critical\\_Analysis#fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/228292946_Ponzi_Schemes_A_Critical_Analysis#fullTextFileContent) (Erişim tarihi:18.02.2024).

hizmet vaadi içerek dolandırıcılık sistemi olarak tanımlanmaktadır<sup>13</sup>. Ancak burada kimler fail kimler mağdur, dolandırıcılık hangi aşamada ortaya çıkacak soruları akla gelmektedir ki aşağıda bu konu detaylı olarak ele alınacaktır.

Ponzi sistemine şöyle bir örnek verilebilir. Kurucu 100000 dolar karşılığında katılımcıya yıl sonunda 120000 dolar vereceğini söyler, yıl içinde bulduğu ikinci katılımcıya ise 120000 dolar karşılığı 144000 dolar vereceğini söyler ondan aldığı 120000 doları ikinci katılımcıya verir. Böylece kurucu 10000 dolar kazanmış olur. Burada ponzi sisteminin yöneticisi ya yatırım yaparak vadettiği miktarları elde etmek zorundadır bu durumda süreklilik sağlanabilirse sistem tıkanmayacaktır ya da sistem tıkanacak ve birileri zarara uğrayacaktır<sup>14</sup>.

Organizatörün planı başlatmak için 100000 dolara ihtiyacı vardır. Bunun için 50000 dolar verecek iki yatırımcı bulur ve yıllık yüzde 20 getiri taahhüt eder ve yıl sonunda 120000 dolar ödemesi gerekir. Bu ödemeyi yapabilmesi için ilk yıl 120000 dolar toplaması gereklidir. Bunun için her biri 40000 dolar verecek üç yatırımcıya ihtiyaç duyar ve onlara da yıllık yüzde 20 getiri taahhüt eder. Organizatörün bu kişilerin her birine de ikinci yıl sonunda 48000 dolar ödemesi gerekir. Ödemeyi yapabilmesi için üç yeni yatırımcıdan 48000 dolar toplamalıdır. Bu yeni yatırımcılara da yıl sonunda 57600 dolar ödemesi gerekir. Kurucu organizatör üçüncü yılın sonunda 172800 dolar ödeme yapmalıdır. Burada ponzi organizatörü ilk 100000 doları elde eder. Finansman ihtiyacı her yıl ana para ve getiri miktarı oranında geometrik olarak artar. Sınırlı servet dikkate alındığında zaman içinde daha fazla yatırımcıya ihtiyaç duyulur. Bu sonsuz bir sermaye arzı gerektirdiği için de sistem eninde sonunda çöker. Kaldı ki yukarıda ortaya konulan varsayımda herhangi bir dönemde yatırımcı sayısının bir eksik olduğu anda sistem yine çökecektir<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> SERT SÜTÇÜ, Selin: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.80 Hükmüne Göre Piramit Satışlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, 2016, S:3, 2515-2529, s.2516.

<sup>14</sup> JORRY/PERRY, s.2.

<sup>15</sup> JORRY/PERRY, s.6.

Ponzi sisteminin bir başka türü Bernie Madoff şeması şeklinde karşımıza çıkar. Burada yatırımcı ile ponzi şeması arasındaki sözleşme faiz ödeme ya da anaparayı ödeme vaadini içermemektedir. Sabit getiriden ziyade fonların yatırımından elde edilen gelirlerin ya da zararların paylaşılması vaadi söz konusudur<sup>16</sup>.

Ponzi sistemi çok katlı pazarlama yöntemlerinden farklılık arz etmektedir. Çok katlı pazarlama yöntemi bir firma ile nihai tüketici arasında köprü vazifesi yapan kişilerin faaliyette bulunduğu bir sistemdir. Burada sisteme katılan girişimci pazarlanacak ürünün sahibi olan firmanın ürünlerini kendisi kullanmakta, potansiyel tüketicilere tanıtım ve tavsiye yapmakta, sipariş toplamakta, topladığı siparişleri firmaya bildirerek ürünlerin nihai tüketiciye ulaşmasını sağlamaktadır. Burada bir doğrudan satış sistemi söz konusudur. Bu sistemde müşteriye ulaşım kolaylaştırılmakta, katılımcılar belirli ürünleri pazarlayarak belirli bir komisyon ya da kar payı karşılığında satış yapmaktadırlar<sup>17</sup>. Yukarıda izah edildiği üzere Ponzi sisteminde ise ya farazi bir ürün bulunmakta ya da hiç ürün bulunmadan sisteme dahil olmak için bir ücret ödenmektedir. Bu açıdan gerçek mal satışı ve kar payı paylaşımı içeren çok katlı pazarlama yöntemlerinin ponzi sisteminden farklı olduğunu belirtilmektedir<sup>18</sup>.

Ponzi sistemine özelliğini veren hususlar olarak; sistemi yürüten bir kuvvet, yeni katılımcı bulma zorunluluğu, sistemin belirli bir aşamada tıkanması, katılımcıların katıldıkları aşamayı bilmemeleri, katılımcıların kolay kazanç elde etme isteği gösterilmektedir<sup>19</sup>.

## II. PONZİ SİSTEMİ CEZALANDIRILABİLİR Mİ?

Ponzi sistemleri yukarıda da izah edildiği üzere katılımcıların yüksek kar elde etmek üzere dahil olduğu bir piramit sistemini ifade etmektedir. Konu 6502 sayılı kanunda yasaklanmış, TCK'ya atıf yapılmıştır. An-

<sup>16</sup> WİNTERS, Spencer A.: "The Law of Ponzi Payouts" Michigan Law Review, C.111, S.1, Ekim 2012,119-144, s.125.

<sup>17</sup> KARAMAN, Davut: "Çok Katlı Pazarlama Sistemi Üzerine Antalya İlinde Bir Uygulama", İnsan&İnsan, Y. 6, S.21, Yaz 2019, 553-572, s.555.

<sup>18</sup> AYDIN, s.462. Konuya ilişkin ayrıca bkz. TOKAT, s.57 vd.

<sup>19</sup> HAKERİ, s.140-141.



çak hangi hükme istinaden failin cezalandırılması gerektiği konusunda bir netlik oluşmamıştır. Bu durumun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Hatta eylemin cezalandırılabilir olup olmadığı dahi tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. İfade etmemiz gerekir ki; 6502 sayılı kanunda herhangi bir yasak veya TCK'ya yapılan bir atıf olmasa bile ponzi sistemlerinin suç teşkil eden içeriğinin bulunması halinde TCK hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir.

Yukarıda belirtilen örneklerde olduğu gibi ponzi sistemi kurucusu para toplamaya başlasa ve vadettiği ödemeleri zamanında tamamlasa ve sistem çökmeden önce son katılımcının da parasını ödese bu durumda yine herhangi bir suçun varlığından bahsedilebilecek midir? Bu sorunun olumlu cevaplanması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması nasıl olacaktır?

Yine katılımcıların yıllara göre ödemelerinin gerçekleştiği durumlarda; örneğin ilk üç yıl katılımcı olanlar ödemelerini alırlar, daha sonra sistemin çökmesi nedeniyle diğer katılımcılar herhangi bir ödeme alamazlarsa kurucu dışında diğer katılımcılar fail olarak değerlendirilebilecek midir?

Bu ve benzer soruların cevabı ponzi sisteminin cezalandırılabilir olup olmadığına, cezalandırılabilir ise hangi aşamada ve hangi suçtan sonra cezalandırma söz konusu olduğunda gizlidir. Bu kısımda bu soruların cevabı aranacaktır.

### **A. Genel Olarak**

Bir hareketin suç olarak değerlendirilebilmesi için sosyal zararlı ve sosyal tehlikeli olmasının yanında hukuki değer ihlaline de neden olması gerekmektedir. Ponzi sistemi ekonomi ile ilgili bir yapıdır. Bu açıdan ekonomik sisteme ilişkin bir korumanın amaçlandığı söylenebilir. Böylece malvarlığı değerlerinin zarar görme ihtimali bulunmaktadır. Burada genele yönelik potansiyel bir zarar riskinin bulunduğu, zarar gören sayısının çok olabileceği ifade edilmektedir<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> KUYUGÖZ, s.58.

<sup>21</sup> HAKERİ, s.143.

Ponzi sisteminin cezalandırılmasına gerek bulunmadığını ifade eden görüşte, ponzi sisteminde kazanç tesadüfi olsa da kaybın tesadüfi olmadığı, nitelikli gerekli katılımcı sayısının sağlanması ile kaybın olmayacağı savunulmaktadır. Buna karşılık ponzi sistemlerinde zarar görme tehlikesinin yanı sıra serbest ticaretin olumsuz etkileneceği; herkesin kendi katılımcısını garanti etmeye çalışması durumunda sistemin çökeceği, sosyal ve etik bakımında da bu sistemin kınanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>22</sup>.

Ancak saadet zinciri olarak değerlendirilen ponzi sistemlerin birçok türü olması dolayısıyla kolaylıkla bir cezalandırılabilirlikten bahsedilemeyecektir. Teorik olarak bir hükümet veya kuruluş rasyonel ponzi sistemi şeklinde bir düzen tesis edebilir<sup>23</sup>. Rasyonel ponzi oyunlarında bireyler veya şirketler diğerlerinden borç alarak bazı taraflara fon ödemektedirler. Kusursuz öngörü varsayımında, ponzi sisteminde eksik bilgiye veya borç verenlerin irrasyonelliğine dayalı planları dışladığından belirli şartlar altında sistemin sonsuza kadar devam etme ihtimali teorik olarak tartışılmıştır. Tüm ana para geri ödemelerinin ve faizlerinin sonsuza kadar çevrildiği, yani yeni borç ihracı ile finanse edildiği politikaya rasyonel ponzi sistemi denilmektedir<sup>24</sup>. Yine tüm ponzi sistemlerinin dolandırıcılık amacıyla kurulmadığı gerçek ticari faaliyetler yürüttüğü de ifade edilmektedir<sup>25</sup>.

Rasyonel sistem dışında ponzi sisteminde oyuna dahil olanlar sistem hakkında yeterli bilgiye sahip olamamakta ve para kazanma hırsı ile hareket etmektedirler. Bu yönüyle katılımcıların bilgisizliği ve tecrübesizliğinin kullanılması, sistem hakkında yeterli ve aydınlatıcı bilgilerin verilmemesi ya da gizlenmesi ve katılımcıların kayıp riskleri dolayısıyla cezalandırmanın gerekli olduğu ifade edilmektedir<sup>26</sup>. Yine ponzi sisteminde kumarda olduğu gibi kişinin malvarlığını riske atması söz konu-

<sup>22</sup> Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **HAKERİ**, s.144.

<sup>23</sup> **JORRY/PERRY**, s.2.

<sup>24</sup> **O'CONNELL**, Stephen A./**ZELDES**, Stephen P., "Rational Ponzi Games," *International Economic Review* Cilt:29, Sayı: 3, Yıl: 1988, 431-450, s.431.

<sup>25</sup> **WINTERS**, s.122.

<sup>26</sup> **HAKERİ**, s.145.

su olduğu için cezalandırmanın gerekli olduğu yönünde bir gerekçe olarak ortaya konulmaktadır<sup>27</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere 6502 sayılı kanun TCK'ya atıf yapmış olsa da hangi suç tipi ponzi sistemine uygulanabilir sorusunun cevabı aranmalıdır. Genel olarak ağırlıklı bakış açısının dolandırıcılık suçunu oluşturduğu yönündedir<sup>28</sup>. Ayrıca yetkili olmayan kişilerin fon toplayarak kar taahhüt etmeleri Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesine de aykırılık teşkil edebilecektir. Özellikle dolandırıcılık suçunun oluşmadığı halde Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesi ön plana çıkacaktır.

Ponzi sisteminde net kazananlar ve net kaybedenler olarak iki kısım karşımıza çıkar. Net kazananlar sistemin çökmesi ile hem anaparalarını alan hem de üzerine kazanç elde eden kişileri ifade eder. Net kaybedenler ise sadece anaparalarını ya da anaparalarından daha az miktarı alan kişiler olarak tanımlanmaktadır<sup>29</sup>. Burada ise dolandırıcılık suçunun varlığının kabulü halinde net kazananlar olarak tanımlanan kişiler fail olarak mı yoksa mağdur olarak mı değerlendirilecektir sorunu karşımıza çıkacaktır.

## B. Dolandırıcılık ve Ponzi Sistemi

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ponzi sistemlerinde ilk akla gelen dolandırıcılık suçu olmaktadır. Yargıtay'da bu sistemi dolandırıcılık olarak değerlendirmektedir<sup>30</sup>. Bazı yazarlar özellikle hile kavramı üzerinde durmaktadırlar<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> HAKERİ, s.145.

<sup>28</sup> AYDIN, s.463; SERT SÜTÇÜ, s.2516; TOKAT, s.55.

<sup>29</sup> WINTERS, s.125-126.

<sup>30</sup> "Sanık, evren organizasyon adı ile iştirakçilere gönderdiği broşürde birlikte gönderilen listenin birinci sırasındakine 15 lira ve ayrıca (evren organizasyon) adresine 7,5 lira gönderilmesi halinde listenin 1. sırasına gelindiğinde toplam 10.935 lira kazanabileceği" vaadinde bulunmuştur. "Her ne kadar broşürde katılanlara yönelik olarak sistemi aksatmadan sürdürmeye çalışmak şeklinde bir uyarma varsa da, uygulamada bunu sonuna değin düzenli sürdürmenin olanaksızlığı, böyle bir parayı oyuna katılanların tamamının kazanmasına yer vermeyeceği, tertibi kuranın bunu garanti edeceğine değin bir koşul da ileri sürülmemiş olmasına göre, vaadin aldatici nitelikte bulunduğu ve sonuç olarak hile ve sania unsuru taşıdığı açık olup eline liste ve broşür gelenlerin, bu vaade kanarak oyuna katılmış oldukları, sanığın bundan menfaat ve hatta 35 günde kuruma 13.400 lira kadar haksız bir kâr sağladığı bilirkışice saptanmış bulunduğundan eylem

*dolandırıcılıktır” 6. C.D. 04.11.1971, 6032/5940 Aktaran HAKERİ, s.163; “Somut olay yukarıda değinilen hususlar ışığında ele alınıp değerlendirildiğinde; Hakan Kenan'ın T..... Uluslararası Bilgi İşlem ve Matematiksel Kazanç Sistemleri Ticaret Danışmanlık Hizmetleri.” adı ile sistemi kurup, para toplamak ve organizasyonda görev alacak kişileri saptadığı, kurucu olarak kendisine T.... ve Türkiye Direktörü payesini verdiği, lüks yerlerde yemekli ve müzikli toplantılar düzenlediği, toplantıya katılanların kendi araçlarıyla toplantıya katılmaları ve toplantıdan hemen sonra yine araçlarıyla kimse ile görüşmeden ayrılmalarının sağlandığı, yapılan konuşmalarla 26 ülkede organize oldukları, iflas etmelerinin sözkonusu olmayacağı şeklinde telkinde bulunduğu, üyelere gizlilik anlaşması imzalatıldığı, kabul başvurusunda uluslararası bir yapılandırma içinde olduklarını gösterecek şekilde DATA ADMINISTRATION SERVICES DAS AG Merkezi Zug-İsviçre tarafından yönetilen T..... INTERNATIONAL.” başlığını kullandıkları, gizlilik anlaşması ile organizasyon hakkında kişilerin birbirlerini bilgilendirmeleri engellenip, konuşulanların gizli kalmasının sağlandığı, konuşmacılara çeşitli matematiksel tablolar ve işlemlerle üye olduklarında çok para kazanacakları yönünde telkin ve açıklamalarda bulunduğu, kendi servetlerinden örnekler verilerek bu sistemin çok kazançlı bir sistem olduğu düşüncesinin katılanların zihninde oluşturulduğu, üye olmaya karar verilenlere hemen form imzalatılarak alkışlarla, t.....lı olduğu belirtilerek tebrik edildiği ve kendisine lider ünvanı verildiği, tahsil edilen paraların T....., Direktör, sistem müdürü, sistem müdür yardımcısı, sistem danışmanı, sistem yöneticisi, lider ve data arasında paylaştırıldığı, bu şekilde katılımcının inceleme ve araştırma eğiliminin etkisiz hale getirildiği, bu organizasyon içinde H. Kenan'ın T... ve direktör, Fevzi Barbaros'un İstanbul sistem müdürü, Ahmet Hakan'ın İzmir sistem müdürü Serdar'ın sistem müdür yardımcısı, Levent, Rene ve Thorsten'in data adına toplantılara katılıp, bu kuruluş adına faaliyet yürüttükleri, üye kayıtlarını tuttukları ve kuryelik yaptıkları; bu sanıkların eylem birliği içerisinde hile ve desiselerle mağdurların fikri faaliyetlerini etkiledikleri, onlarda psikolojik bir körlük yarattıkları, matematiksel işlem ve tablolarla üyelere hatalı bir inanç meydana getirdikleri, çok para kazanılacağı vaadi, yüksek volümlü müzik, devamlı alkışlarla katılımcıların sağlıklı düşünme yeteneğinin ortadan kaldırıldığı, oluşan hatalı inanç ve kanaatla devamının sağlandığı, belirtilen sanıkların, toplantıya katılmalarından üye olunmasına kadar ki zaman içerisinde ustaca hazırlanmış mizansen ve yalanlarla mağdurları kandırdıkları, kullanılan hile ve desisenin mağdurların buldukları subjektif durum nazara alındığında kandırıcı nitelikte olduğu, sanıkların gerçek durumu açıklamadıkları zira, sistem gereği zincirin halkaları genişledikçe üye temin etmenin zorlaşacağı, belli bir müddet sonra üye temininin imkansız hale geleceği ve sistemin bu aşamada çökeceği, son üye olanların bu işleyiş içerisinde para kazanma olanağının bulunmadığı, bu durumun bilinçli olarak gizlendiği, bu eylemler nedeniyle mağdurlar zarara uğratarak sanıkların haksız kazanç elde ettikleri, bir kısım mağdurların başlangıçta ödedikleri katılım bedelini daha sonra kendilerinin de üye bulmak suretiyle zararlarının giderilmiş olmasının sanıklar açısından oluşan suç ortadan kaldırmayacağı, bu şekilde sanıkların eylemlerinin hukuki boyutları çıkıp cezai sorumluluğu gerektiren dolandırıcılık suçu niteliğini aldığı anlaşılmıştır” CGK, 24.11.1998, 6-280/359; “www..... isimli saadet zinciri organizasyonunun internet sitesinde faaliyet gösterdiği, bu organizasyonun Türkiye’de yaklaşık 320.000 üyesinin olduğu ve hiçbir ticari şirkete bağlı olmadığı, internet üzerinden üyelik hesaplarıyla takip edildiği ve üyelik sözleşmesinin olmadığı... Emniyet Müdürlüğü Mali Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğüne ya-*

Dolandırıcılık suçu TCK m.157’de düzenlenmiştir. Buna göre: “Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası verilir”. Bu kapsamda dolandırıcılıktan bahsedilebilmesi için:

- Hileli davranışla kişinin aldatılması,
- Mağdur veya başkasının zarar görmesi,
- Fail veya başkasının yarar sağlaması, gerekmektedir.

Failin kastının hileli davranışları sergilediği anda mağdurun aldatılması, mağdurun veya başkasının zarar görmesi ve kendisinin veya başkasının yarar sağlaması yönünde olması gerekmektedir<sup>32</sup>. Fail başta hileli bir harekette bulunmamış, ticari faaliyet amacıyla hareket etmiş ve bu anda zarar verme ve menfaat elde etme amacından uzak bir düşüncede ise dolandırıcılık suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Katılımcıda oluşturulan kazanç tasavvurlarının piyasa şartlarının iyi gözlenmemesinden kaynaklı gerçekleştirilememesi dolandırıcılık olarak değerlendirilemez<sup>33</sup>.

---

*pılan ihbar ve şikayetler sonucu 141 kişi hakkında soruşturma yürütüldüğü, sağlıklı ve şeffaf kayıtları bulunmayan kayıt ve belgeleri denetime açık olmayan, aslında üyeleri kandırmaya ve haksız kazanç sağlamaya yönelik internet üzerinden faaliyet gösteren bir organizasyon olduğunun tespit edildiği, sanıkların bir işhanında bu site üzerinden pazarlama işi yaptıkları, sanık ...'nın katılan ...'e aynı işi yapması halinde getirdiği müşterilerden komisyon alacağını ve para kazanabileceğini ancak işe girerken 1.600 Dolar vermesi gerektiğini söyleyip ikna ettiği, ...in diğer katılan ...'a durumu anlattığı ve sanıklara ait işyerine giderek ...in 1.600, Kenan'ın ise 1.140 Doları sanık ...'ya verdikleri, geçen süre içerisinde herhangi bir mal verilmediği, kazanç ödemesi yapılmadığı, katılanların paralarını geri ödenmesini istemelerine karşın iade edilmediği, sanıkların bu organizasyona üye olarak katılanlardan haksız menfaat temin ettikleri, bu suretle sanıkların üzerilerine atılı dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia edilen olayda; sanıklar savunması, katılanlar ve tanık beyanları, emniyet müdürlüğü araştırması, tutanaklar, uzlaşma sağlanmadığına dair rapor ile dosya kapsamından sanıkların üzerine atılı suçu işlediğine yönelik mahkeme kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” 15. C.D. 03.06.2020 2018/5932-2020/4510, Aktaran KUYUGÖZ, s.69.*

<sup>31</sup> HAKERİ, s.146; AYDIN, s.463.

<sup>32</sup> TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2022, s.918; Konuya ilişkin ayrıca bkz. AKBULUT, Berrin: “Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.30, S.4, 2267-2301, s.2284 vd.

<sup>33</sup> AKBULUT, s.2276.

Fail başta ticari amaçlı ve iyi niyetli hareket etmesine rağmen daha sonra topladığı paraları kötüye kullanmışsa bu durumda yine dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir. Örneğin fail fonları topladıktan sonra suç işleme iradesini oluşturmuş olsa ve fonları kullansa dolandırıcılıktan bahsedilemeyecek TCK m.155 çerçevesinde güveni kötüye kullanma suçu söz konusu olabilecektir. Yine fon toplayan kişi fon topladığı katılımcılara detaylı olarak sistemin yapısından bahsetmişse hilenin varlığından ve dolayısıyla da dolandırıcılık suçunun varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır<sup>34</sup>.

Doktrinde kendiliğinden devam eden ponzi sistemlerinde dolandırıcılık suçunun gerçekleşme ihtimalinin zayıf olduğu, daha çok bir organizatörün yürüttüğü ponzi yapılarında dolandırıcılık ihtimalinin yüksek olduğu ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

Dolandırıcılığın varlığını kabul halinde yukarıda da izah ettiğimiz gibi failin başlangıçta bu niyetle hareket etmiş olması ve hileli davranışlarda bulunması gerekmektedir. Burada hileli harekette bulunan kişi ponzi sisteminin kurucusu veya tepesindeki kişiler olabileceği gibi ara katmandaki hatta en alt katmandaki kişiler de olabilecektir. Önemli olan failin sistemin çökeceğini bilmesi, haksız kazanç düşüncesi ile hatta kendi kayıplarını karşılamak düşüncesi ile hareket etmesidir. Yani ponzi sisteminin kurucusu/yöneticisi çöküşe rağmen işlemlerine devam ediyorsa dolandırıcılıktan bahsedilebileceği gibi, sisteme çökme aşamasında katılan kişilerden birisi kendi yatırımlarını kurtarmak amacıyla başka katılımcıların girmesini sağlamak için hileli hareketlere başvuruyorsa yine dolandırıcılıktan bahsedilebilecektir. Söz gelimi sistemin çok iyi işlediği, çok mantıklı yatırımlarla yüksek kazançlar elde ettiği ve zamanında temettüleri dağıttığı şeklinde beyanlar ve belgeler ile katılımcının sisteme girmesinin sağlanması dolandırıcılık suçu açısından hile unsuru oluşturabilecektir. Bunu hangi aşamada kimin yaptığının bir önemi bulunmamaktadır.

---

<sup>34</sup> HAKERİ, s.146.

<sup>35</sup> HAKERİ, s.147.

Ponzi sisteminin kurucusu, yöneticisi ya da katılımcısı birisini yatırıma yönlendirirken sistemi tüm ayrıntıları ile izah etmişse bu durumda hilenin varlığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır<sup>36</sup>. Bu açıdan katılımcı izah edilen riskleri göz önüne alarak yatırımcı oluyorsa hilenin varlığından bahsedilemeyeceği için dolandırıcılık suçundan da bahsedilemeyecektir<sup>37</sup>. Ancak risklerin varlığı hususunda sessiz kalmak suretiyle katılımcıların iradelerinin fesada uğratılması halinde ihmal suretiyle gerçekleşen bir hilenin varlığından bahsedilebilecektir<sup>38</sup>. Burada ceza sorumluluğundan bahsedilmemesi için katılımcılara tüm riskler konusunda bilgi vermek, aşama konusunda bilgi vermek gerekmektedir. Ayrıca katılımcının tüm bu riskleri göze alarak sisteme dahil olması gerekmektedir.

Ponzi faaliyetlerinde dolandırıcılık kastıyla hareket eden faillerin bir grup insanı yatırım konusunda ikna etmesi, yüksek bir getiri oranı vadetmesi, başlangıçta vaatlerini yerine getirerek güven tesis etmesi söz konusudur<sup>39</sup>. Failin bu yönde kastının tespit edilmesi şartıyla başlangıçta taahhüt ettiği miktarı ödemesi halinde, eğer bir gelir elde etmeden güven vermek amacıyla ödeme yapması söz konusu ise teşebbüs aşamasında kalmış dolandırıcılık söz konusu olacaktır. Eğer fail kendisi sisteme katılan diğer kişilerden elde ettiği getirilerle vadettiği ödemeleri yapmış ve menfaat temin etmişse bu durumda tamamlanmış dolandırıcılık söz konusu olacaktır.

<sup>36</sup> Nitekim TİTAN olayı olarak adlandırılan davada her ne kadar Yargıtay CGK dolandırıcılık suçunun varlığını kabul etmişse de CGK 24.11.1998, 6-280/359 sayılı dosyasında "Yargıtay C. Başsavcılığı 12.10.1998 gün ve 82433 sayı ile;1- Şikayetçilerin T..... isimli kuruluşun, yakınlarının ve arkadaşlarının aracılığıyla hafta sonu yapılan toplantılarına katıldıkları, görevli kişilerce kendilerine sistemin işleyişi hakkında bilgi verildiği, üye getirdikleri ölçüde para kazanacaklarının başvuru formunda açıklandığı, istedikleri takdirde belirtilen parayı hibe ederek sisteme katıldıkları,kabul başvurusunda belirtilen koşulların ayrıntılı düzenlendiği, gizlilik anlaşmasının sistemin tanıtıldığı kişilere imzalatıldığı, üye olma amacı taşımayan kişilere başvuru formunun imzalatılmadığı, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki boyutta değerlendirilmesi gerektiği, dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı, bu suçtan BERAATLERİNE, karar verilmesi gerektiği" yönünde mütalaa vermiştir.

<sup>37</sup> Aynı yönde HAKERİ, s.167 vd; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.885.

<sup>38</sup> Bkz. TCK m.157 gerekçesi. Ancak konunun gerekçede değil kanun metninde yer alması gerektiğine ilişkin eleştiriler için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.875.

<sup>39</sup> JORRY/PERRY, s.8.

Ponzi sistemlerinde çoğunlukla katılımcılar diğer üyelerden soyutlanarak bağlantı kurmaları engellenmektedir. Katılımcıların ikna edilmesi amacıyla düzenlenen toplantılarda gerçek ötesi algılar oluşturulmaktadır. Katılımcı olacak kişide kaybetme olasılığının olmadığı kanaati uyandırılmaktadır. Bu durumlarda hilenin varlığı baştan ortaya çıkmaktadır ve dolandırıcılık suçu değerlendirilebilecektir<sup>40</sup>.

Ponzi sisteminin kurucusu veya yöneticisi olmayan sisteme sonradan katılan kişinin hileli hareketi olmadan bir başkasını sisteme dahil etmesi ve kar payı alması durumunda onun açısından dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir<sup>41</sup>. Yeni katılımcılar temin etmesi durumunda bu içeriğe ilişkin bilgisinin bulunmaması halinde sistemin yetkilileri veya kurucuları açısından dolaylı faillik düşünülebilecektir. Sistemin katılımcısı katılmadan sonra sistemin çökeceği konusunda bilgi sahibi olur, sistem yöneticisi veya kurucusu tarafından başka katılımcılar bulması durumunda parasını kurtaracağını öğrenerek bir başkasını sisteme dahil ederse dolandırıcılık suçunu işlemiş olacaktır. Bu durumda katılımcıyı başka katılımcı bularak parasını kurtarmaya yönlendiren yönetici veya kurucu ise azmettiren olarak sorumlu tutulabilecektir.

Ponzi sisteminde katılımcı olarak mağdur konumunda olan kişinin daha sonra fail olarak değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği konusunda bir kişinin hem fail hem mağdur olamayacağı görüşü ileri sürülmüştür<sup>42</sup>. Bu görüşe katılmamızın mümkün olmadığını ifade etmemiz gerekir. Ponzi sisteminde A'nın B'yi sisteme dahil etmesi durumunda B mağdur olabilir. B'nin de C'yi sisteme dahil etmesinde C mağdur B fail konumunda olacaktır. Burada farklı hareketler ve farklı hukuki yararlar-

<sup>40</sup> MAVİŞ, Volkan: "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C.1,2015, 597-626, s.621-622.

<sup>41</sup> "Sanığın ... kurulan organizasyonda direktör, sistem müdürü, sistem müdür yardımcısı, sistem danışmanı, sistem yöneticisi gibi aktif görev üstlenmediği, organizasyona sonradan para ödeyerek katılıp grup lideri sıfatını aldığı dosyada mevcut "23.11.1997 tarihli Titan Kabul Başvurusundan" anlaşıldığından ... yönetici grubunda olmaması nedeniyle sistemin işleyişinden sorumlu tutulamayacağı ve şikayetçiye otomobilini gösterip bu sistemden kazandığı şeklindeki beyanının hile ve desise boyutlarına ulaşan kandırıcı nitelikte bulunmadığı ..."11.CD, 23/10/2003, 2002/9613-2003/7268.

<sup>42</sup> KUYUGÖZ, s.71.



rın ihlali söz konusu olduğu için her bir hareketin ayrı değerlendirilmesi gereklidir. Sonuç olarak ilk olayda mağdur olan B, daha sonraki olayda fail olarak değerlendirilebilecektir.

TCK m.157 gerekçesinde hile unsuruna ilişkin icrai veya ihmali surette gerçekleştirilen hilenin dolandırıcılık suçunu oluşturacağı ifade edilmiştir. Ponzi sistemleri açısından da katılımcıların iyi kar verdiğini düşünerek sisteme dahil olmalarına sessiz kalınması durumunda kurucu ve yöneticiler açısından ihmali surette bir hileli hareketin varlığı kabul edilebilecektir.

Sisteme dahil olan her bir mağdur için sistemin kurucusu/yöneticisi ayrı ayrı dolandırıcılık faaliyeti gerçekleştirmiş kabul edilebilir<sup>43</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus TCK m.43/2 çerçevesinde tek bir hareketin yapılıp yapılmadığı noktasında karşımıza çıkacaktır. Tek bir konuşma ile birden fazla kişiye hileli harekette bulunup para yatırmasını sağlayan sistem yöneticisi tek bir dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulacak cezası TCK m.43 çerçevesinde arttırılacaktır. Yine aynı kişinin farklı zamanlarda aldatılarak tek suç işleme kararı kapsamında parasının alınması durumunda da TCK m.43/1 çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır. Ancak farklı zamanlarda farklı kişilere yönelik hileli hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda içtima hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Yargıtay da bu durumda her bir mağdur için ayrı ayrı cezalandırmanın uygun olduğunu ifade etmiştir<sup>44</sup>.

Dolandırıcılık suçunu işlemek maksadıyla ponzi sistemi işletilmesi durumunda TCK m.158 kapsamında nitelikli dolandırıcılık söz konusu olabilecektir. Özellikle dinî inanç ve duyguların istismar edilmesi sure-

<sup>43</sup> AYDIN, s.465.

<sup>44</sup> "...Somut olayda bir organizasyon içerisinde yer alan sanıklar genel bir saik birliği altında, Titan organizasyonunu gerçekleştirdikten sonra mağdurlarla ayrı ayrı ve uzun zaman aralıklarıyla anlaşmalar yapmışlar, bu tarihlerde kendi yararlarına olarak mağdurlardan haksız çıkar sağlamışlardır. Bu durumları değerlendiren Yerel Mahkeme sanıkların şikayetlerine karşı eylemlerini ayrı, bağımsız suçlar kabul ederek haklarında içtimali hükümlerini uygulamıştır. Yerel Mahkemenin değerlendirilmesinde ve takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığı gibi bu belirlemeler karşısında TCY.nın 80. maddesinin tartışılmadığından da bahsedilemez..." CGK, 24.11.1998, 6-280/359.

tiyle, kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle, bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle, basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, tacir veya şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında; kooperatif yöneticilerinin kooperatifin faaliyeti kapsamında, serbest meslek sahibi kişiler tarafından, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güvenin kötüye kullanılması suretiyle, kişinin, kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtması veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle işlenmesi suretiyle, kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatmak suretiyle, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte ya da örgüt faaliyeti çerçevesinde ponzi sistemi vasıtasıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkündür.

### **C. Bankacılık Kanunu ve Ponzi Sistemi**

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesinde: "Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belge, ilân ve reklamlarında veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda banka adını ya da banka gibi faaliyet gösterdikleri ya da banka gibi mevduat veya katılım fonu topladıkları izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir" şeklinde dü-

zenleme yapılmıştır. Özellikle son dönemlerde gündemde olan “Seçil ERZAN” olayında kar vaadi ile mevduat kabulü ve fon toplanması, bu faaliyetler yapılırken bir bankanın adının kullanılması doğrudan 5411 sayılı kanun uygulanmasını gündeme getirmiştir. Olay kapsamında bankada gizli bir fon olduğu, yüksek getiri sağladığı ve ünlü kişilerin de bu fona katıldığı ifade edilmiştir<sup>45</sup>.

Ponzi sistemi yukarıda da tanımlandığı üzere yatırım toplama ve gelir dağıtma vaadi çerçevesinde şekillendiği için 5411 sayılı kanuna aykırı olarak mevduat kabul etme, fon toplama faaliyetleri cezalandırılabilir. Dolandırıcılık kastı ile hareket edilmemiş olsa dahi bizzat fon toplanması bu suçu oluşturacaktır. Ancak failin dolandırıcılık kastı ile aynı zamanda fon toplaması durumunda failin sorumluluğunun nasıl belirleneceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Burada içtima ilişkin bir görüşe göre TCK m.44 çerçevesinde fikri içtima hükümlerine göre belirleme yapılmalıdır<sup>46</sup>. Böylece dolandırıcılık TCK m.158 kapsamında nitelikli dolandırıcılık olarak değerlendirilebiliyorsa fail sadece ağır olan TCK m.158’den sorumlu tutulacaktır. İçtima konusunda diğer görüş birden fazla neticenin bulunduğu durumlarda fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir<sup>47</sup>. Bu görüş dikkate alındığında TCK m.158 kapsamında dolandırıcılık ile 5411 sayılı kanunun 150. maddesi kapsamında da mevduat kabul edilmesi ya da katılım fonu toplanması ayrı neticeler olarak değerlendirileceği için her iki hükümden ayrı ayrı cezalandırma gerekecektir. Kanaatimizce fon toplanması ya da mevduat kabulü bağımsız bir fiil, dolandırıcılık kastı ile hileli hareketlerde bulunmak farklı bir fiil olduğu için her iki hükümden ayrı ayrı cezalandırma mümkündür. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TCK m.158 kapsamında dolandırıcılık kastı olmasa dahi 5411 sayılı kanunun 150. Maddesi kapsamında cezalandırmanın mümkün olduğu

<sup>45</sup> <https://www.bbc.com/turkce/articles/c6p60q92vn3o> (Erişim tarihi:14.02.2024).

<sup>46</sup> Konuya ilişkin bkz. **ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2022, s.709 vd.; **AKBULUT**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2023, s.1043 vd; **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2023, s.543 vd.

<sup>47</sup> **HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, s.603 vd.

dikkate alındığında iki hükümden ayrı ayrı ceza vermenin ceza adaleti açısından da yerinde bir sonuç olduğu ifade edilebilir.

## SONUÇ

Ponzi sistemi çerçevesinde katılımcılardan sermaye toplanması ve getiri vadedilmesi her ne kadar 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunu'nun 80. maddesi ile yasaklanmış ve cezalandırılabilirliğe ilişkin aynı kanunun 77/17. maddesinde TCK'ya atf yapılmış olsa da ceza hukuku açısından sistemin cezalandırılabilirliği sorunludur. Özellikle dolandırıcılık suçu açısından başlangıçta dolandırıcılık kastının varlığının tespiti oldukça güçtür. Daha sonra oluşan bir kastla toplanan fonların fail tarafından amacına aykırı kullanılması da söz konusu olabilir ki bu durumda da güveni kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Ancak failin baştan dolandırıcılık kastı ile mi hareket ettiği yoksa sonradan güveni kötüye kullanma kastının mı oluştuğu sorusu net bir şekilde cevaplanamayacaktır. Yine kurucu veya yönetici sıfatı taşımayan, ancak katılımcı olup başka katılımcıların sisteme dahil edilmesini sağlayan kişinin ceza sorumluluğu açısından da bir belirsizlik söz konusudur. Çalışmada ele alındığı üzere ponzi sistemine daha sonra dahil olanların; sistemin işleyişi, aşaması, sonuçları konusunda bilgilendirilmeleri dolandırıcılık suçunun oluşumunu engelleyecektir. Yine rasyonel ponzi sistemlerinin dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

6502 sayılı kanunun TCK'ya atf yapmasının hukuki bir etkisi bulunmamaktadır. Yasaklanmış ponzi sisteminin kurulmasına rağmen TCK kapsamında bir suçun varlığı söz konusu değilse söz konusu atfın bir anlamı olmayacaktır. Ponzi sistemi kurulmasına ve TCK kapsamındaki suçlardan herhangi birisinin oluşmamasına rağmen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesi çerçevesinde kanuna aykırı olarak fon toplanmasından dolayı failin ceza sorumluluğu doğabilecektir. Bu düzenleme de dikkate alındığında 6502 sayılı kanunun 77/17. Maddesinde yer alan hükmün etkisizliği daha net anlaşılabilir.

Çalışmada detaylı olarak izah edildiği üzere ponzi sistemleri hem ekonomik sistem açısından hem de kişisel malvarlığı değerleri açısından

risk oluşturmaktadır. Bu yönüyle bizatihi sistemin kurulmasında cezalandırmaya layık bir haksızlığın varlığından bahsedilmesi mümkün olduğu için bağımsız bir düzenlemeyle ceza tayin edilmesi gerekmektedir<sup>48</sup>. Ayrıca ara katılımcıların cezalandırılabilirliğinin de netleştirilmesi açısından kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu düzenleme TCK kapsamında olabileceği gibi özel kanunlarda da olabilir.

Konuya ilişkin örnek olarak Avusturya Ceza Kanunu'nun Zincir veya Piramit Oyunları başlıklı 168a maddesi<sup>49</sup> konuya örnek olarak verilebilir. Buna göre: "(1) Katılımcılara, aynı koşullar altında bu sisteme veya ilgili bir sisteme başka katılımcıların eklenmesi koşuluyla bir hisse karşılığında maddi bir avantaj beklentisi sunulan ve maddi avantajın elde edilmesinin tamamen veya kısmen diğer katılımcıların koşullu davranışlarına bağlı olduğu bir kar beklentisi sistemini (zincir veya piramit oyunu) işleten herhangi bir kişi,

1.(sistemi) harekete geçirir veya düzenler veya

2.toplantılar, broşürler veya çok sayıda katılımcı toplamaya uygun başka herhangi bir yolla yayar veya

3. böyle bir sistemin yaygınlaştırılmasını ticari olarak teşvik ederse, sistemin yalnızca hayır amaçlı olarak düzenlenmesi veya yalnızca küçük miktarlarda bahis oynanması gerekmeyeceği takdirde, altı ayı aşmayan bir hapis cezasına veya 360 günlük ceza birimini aşmayan bir para cezasına çarptırılır.

(2) Suç işlemek suretiyle çok sayıda kişiye ciddi zarar veren kişi üç yıla kadar hapis cezasına çarptırılır".

Benzer şekilde Türk hukuk sistemi açısından da ponzi sistemlerinin cezalandırılmasına yönelik somut bir düzenlemenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu çerçevede önce sistemin tanımlanması daha sonra da cezalandırılması gereken fiillerin neler olduğunun tespiti kanunilik ve

<sup>48</sup> Doktrinde de ayrı bir ceza normu bulunması gerektiğine ilişkin bkz. **HAKERİ**, s.169, **MAVİŞ**, s.622 vd.

<sup>49</sup> Madde orijinal metni için bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/168a> (Erişim tarihi:18.02.2024).

belirlilik ilkesinin sağlanması açısından yerinde olacaktır. Bu kapsamda sisteme ilişkin olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 80/1. maddesinde yer alan tanımın kanunilik ilkesi açısından sorun yaratmayacağı düşüncesindeyiz. Aynı kanununun 77/17. maddesinde yer alan ceza hükmünün şu şekilde düzenlenmesinin sorunu çözecek nitelikte olduğunu düşünmekteyiz. "Piramit satış sistemini başlatan, düzenleyen, yöneten, tanıtımını yapan, katılımcı toplayan kişiye altı aydan iki yıla kadar hapis ve ikibin güne kadar adli para cezası verilir. Sadece piramit satış sistemine dahil olan kişiye üç aydan bir yıla kadar hapis ve beşyüz güne kadar adli para cezası verilir". Normun içeriğinde ceza hükmünün yer alması ve bağımsız bir suç olması sağlanacaktır. Böylece TCK'da hangi suçun olduğu konusundaki tereddütler giderilecek ve ara katılımcıların cezalandırılabilirliği sağlanacaktır. Yine norm içinde adli para cezasına yer verilerek ekonomik suçluluk niteliğindeki ponzi sisteminin ekonomik yöntemle cezalandırılması sağlanacak ve caydırıcılığı arttırılacaktır. Yine sistemin bağımsız bir suç olması sağlanarak buradan elde edilen kazançların müsaderesinin yolu açılacaktır.

## KAYNAKÇA

**AKBULUT**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2023.

**AYDIN**, Murat: "Piramit Satış Sistemlerinin Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.100, Aralık 2014, 461-466.

**BULUT**, Esra: "Klasik Ponzi Girişimcilikten Dijital Ponzi Girişimciliğe: Benzer Taktikler, Farklı Platformlar" Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C.14, S.26, Ocak 2022, 18-54.

**HAKERİ**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022.

**HAKERİ**, Hakan: "Zincirleme-Piramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", Yargıtay Dergisi, C.27, S.1-2, Ocak-Nisan 2001, 137-172.

<https://www.bbc.com/turkce/articles/c6p60q92vn3o> (Erişim tarihi:14.02.2024).

<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/168a> (Erişim tarihi:18.02.2024).

**JORY**, R. Surendranath/ **PERRY**, Mark J.: "Ponzi Schemes: A Critical Analysis", [https://www.researchgate.net/publication/228292946\\_Ponzi\\_Schemes\\_A\\_Critical\\_Analysis#fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/228292946_Ponzi_Schemes_A_Critical_Analysis#fullTextFileContent) (Erişim tarihi:18.02.2024).

**KARAMAN**, Davut: "Çok Katlı Pazarlama Sistemi Üzerine Antalya İlinde Bir Uygulama", İnsan&İnsan, Y. 6, S.21, Yaz 2019, 553-572.

- KASİM**, Eley Suzana/ **ZİN**, Norlaila Md/**PADİL**, Hazlina Mohd/ **OMAR**, Normah: "Ponzi Schemes and its Prevention: Insights from Malaysia" *Management & Accounting Review*, C. 19 S. 3, Aralık 2020, 89-118.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara 2023.
- KUYUGÖZ**, Latife, *Piramit Satış Sistemlerinin Türk Ceza Hukukundaki Yeri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2023.
- MAVIŞ**, Volkan: "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C.1,2015, 597-626.
- O'CONNELL**, Stephen A./**ZELDES**, Stephen P., "Rational Ponzi Games," *International Economic Review Cilt:29*, Sayı: 3, Yıl: 1988, 431-450.
- ÖZGENÇ**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Ankara 2022.
- SERT SÜTÇÜ**, Selin: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.80 Hükümüne Göre Piramit Satışlar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, 2016, S:3, 2515-2529.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 20. Baskı, Ankara 2022.
- TOKAT**, Hüseyin: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümlerine Göre Piramit Satış Sistemleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13 S.146, Ekim 2018, 54-68.
- WINTERS**, Spencer A.: "The Law of Ponzi Payouts" *Michigan Law Review*, C.111, S.1, Ekim 2012,119-144.





# SOSYAL MEDYA VE SOYKIRIMA KIŞKIRTMA: BİR ULUSLARARASI HUKUK DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ\*

## ÖZET

Sosyal medya platformları günümüzde etkin bir iletişim aracı olarak yer almaktadır. Sosyal medya iletişim amacıyla etkin olarak kullanılmasının yanı sıra nefret söylemi ve propagandanın yayılması yoluyla soykırımı açabilecek çatışmaların tırmanması için katkı sağlayan bir rol üstlenebilir. Kitle iletişim araçlarının geçmişte yaşanan zulümlerde oldukça etkili olduğu uluslararası mahkemeler tarafından daha önceki kararlarında kabul edilmiştir. Sosyal medya platformları ise benzersiz bir zorluk yaratmaktadır. Bu bildiri sosyal medya platformları ile soykırım arasındaki karmaşık ilişkiyi araştırmayı amaçlamaktadır. Bu bildirinin ana araştırma sorusu ise sosyal medya platformları soykırımı kışkırtmak için kullanıldığında sorumluluğun kime ait olacağını tespit edebilmektir. Sosyal medya platformlarının ulusötesi niteliği inkâr edilemez. Sosyal medya şirketlerinin merkezleri veya altyapılarının bulunduğu birimler farklı ülkelerde yer almaktadır. Bu gerekçelerle sorumluluğun hangi ülkeye atfedileceğini belirlemek zaruridir. Soykırım yasağı doğrultusunda sosyal medya şirketlerinin merkezinin bulunduğu ana devletin gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu tartışılmalıdır. Ana devletin sorumluluğun kapsamının neler olduğu bu bildiride tartışılacaktır. Potansiyel olarak sosyal medya platformunun merkezinin bulunduğu ana devlet soykırım gibi global konularda olumsuz etkileri azaltma yükümlülüğü altındadır. Bu amaçla ana devlet sosyal medyaya kısıtlamalar getirebilir. Şiddet ve vahşete teşvik eden zararlı içeriklerin daha fazla insana ulaşmasını engellemek için sosyal medya platformundaki içerikler düzenlenebilir. İfade özgürlüğü ve sosyal medya platformlarında nefret söylemi ile şiddete teşvikin önlenmesi arasındaki hassas dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Myanmar ekseninde gündeme gelen bu tartışma doğrultusunda ulus-

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: berkantakkus91@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6652-2512.

lararası iş birliği ve teknolojik çözümler soykırımı teşviki önlemek için incelenmelidir. Roma Statüsü, Soykırım Sözleşmesi ve uluslararası mahkemelerin içtihatları uyarınca, soykırımı teşvik bir sorumluluk şekli değil, suçtur. Sosyal medya şirketleri uluslararası cezai sorumluluğa tabi olarak kabul edilmese dahi sosyal medya şirketi çalışanlarının soykırımı teşvik suçuna iştirak edebilmeleri mümkündür. Bu doğrultuda kurumsal yapıda yer alan şirket çalışanlarının sorumluluğuna gidilebilir. Roma Statüsü açısından suç ortaklığı için gerekli olan suçun manevi unsuru eğer soykırımı teşvik suçu bir sosyal medya kampanyası ekseninde gerçekleştiriliyorsa bilgidir. Uluslararası ceza hukuku açısından soykırımı teşvik içeren dezenformasyonun önlenmesi amacıyla reform gerekliliği kaçınılmazdır.

**Anahtar Kelimeler:** Soykırım, Uluslararası Ceza Hukuku, Uluslararası Sorumluluk, Sosyal Medya, Roma Statüsü

## **SOCIAL MEDIA AND INCITEMENT TO GENOCIDE: A REVIEW OF INTERNATIONAL LAW**

### **ABSTRACT**

Social media platforms are an effective means of communication today. In addition to being used effectively for communication purposes, social media can play a contributory role in the escalation of conflicts that may lead to genocide through the spread of hate speech and propaganda. It has been recognised by international courts in previous judgements that mass media have been highly effective in past atrocities. Social media platforms pose a unique challenge. This symposium proceeding aims to explore the complex relationship between social media platforms and genocide. The main research question of this symposium proceeding is to determine who bears responsibility when social media platforms are used to incite genocide. The transnational nature of social media platforms cannot be denied. The headquarters or infrastructure of social media companies are located in different countries. For these reasons, it is necessary to determine to which country the responsibility should be attributed. In line with the prohibition of genocide, it should be argued that the home state where the social media companies are headquartered is obliged to take the necessary measures. The scope of the responsibility of the home state will be discussed in this symposium proceeding. Potentially, the home state where the social media platform is headquartered has an obligation to mitigate negative im-

pacts on global issues such as genocide. To this end, the home state may impose restrictions on social media. Content on the social media platform could be regulated to prevent harmful content that incites violence and atrocities from reaching more people. A delicate balance between freedom of expression and the prevention of hate speech and incitement to violence on social media platforms needs to be monitored. In line with this debate centred on Myanmar, international cooperation and technological solutions should be examined to prevent incitement to genocide. Under the Rome Statute, the Genocide Convention and the jurisprudence of international courts, incitement to genocide is a crime, not a mode of liability. Even if social media companies are not recognised as subject to international criminal liability, it is possible that employees of social media companies may participate in the crime of incitement to genocide. In this direction, the employees of the company in the corporate structure may be held responsible. In terms of the Rome Statute, the mental element of the crime required for complicity is information if the crime of incitement to genocide is carried out on the basis of a social media campaign. In terms of international criminal law, reform is inevitable in order to prevent disinformation that includes incitement to genocide.

**Keywords:** Genocide, International Criminal Law, International Responsibility, Social Media, Rome Statute

## GİRİŞ

Son on yılda iletişimde bir devrim yaşandığını gözlemleyebiliyoruz. Bunun en önemli boyutlarından biri de sosyal medya olgusudur. Sosyal medya desteği harekete geçirmek, anlatıları yaymak, bilgi operasyonları düzenlemek ve hatta gerçek dünyada askeri operasyonları koordine etmek için mükemmel bir kanal haline gelmiştir<sup>1</sup> ve neredeyse dünyadaki tüm siyasi hareketleri koordine etmek için en güçlü araçlardan biri durumundadır. Sosyal medyadaki içerik, kontrol veya sansürden, hatta nitelik denetiminden kaçınan araç ve yöntemlerle düzenlenebilir. Bu durum, özellikle sosyal medyanın toplumsal huzursuzluğu körüklemek için kullanıldığı durumlarda, sosyal medyanın kitlesel kullanımıyla ilgili

---

<sup>1</sup> BIALY, Beata: "Social Media: From Social Exchange to Battlefield", *Cyber Defense Review*, C. 2, S. 2, 2017, s. 75.

artan sayıda soruna yol açmaktadır. Sosyal medyanın kitlesel kullanımının bir sonucu olmayan yeni veya devam eden hiçbir çatışma yoktur. “Arap Baharı” ya da Fransa’daki daha güncel “Mouvement des gilets”, kitlesel bir protestocu grubunu organize etmek için sosyal medya kullanımından güç almıştır. Sonuç olarak, büyük ve sıkı bağlantıları olmayan gruplar, koordineli eylemleri gerçekleştirebilirler.<sup>2</sup> Sosyal medya askeri operasyonları desteklemek için de kullanılmıştır.<sup>3</sup>

Sosyal medyanın kitlesel kullanımının içsel bir unsuru da manipülasyon(lar)a açık olmasıdır. Bu popüler hareketleri kontrol etmek, özellikle de internette takipçiler arasında dağıtılan içeriğin doğru olmasını sağlamak açısından zordur.<sup>4</sup> Son yıllarda sosyal medya yalnızca toplumsal huzursuzluk ve veri manipülasyonu için bir kanal haline gelmekle kalmamış, aynı zamanda nefret söyleminin yayılması için de kullanışlı bir kanal oluşturmuştur. Sosyal medya hukuk doktrininde soykırımı kışkırtma olarak tanımlanan kavram için bir araç olarak yer almaya başlamıştır. Son birkaç yıl içerisinde sosyal medyanın soykırım amacıyla kullanıldığına dair en az iki yaygın tartışma örneği yaşanmıştır. Bunlardan ilki IŞİD ve Yezidiler, ikincisi ise Myanmar’daki Rohingya nüfusu vakasıdır.

Bu bildiri IŞİD (veya DAESH) tarafından Yezidi nüfusuna karşı sosyal medya kullanımını analiz etmektedir. Yezidi vakasında, sosyal medya faaliyetlerinin belirli koşullar altında soykırımı kışkırtma kapsamına girip girmeyeceğine dair daha genel bir soru incelenecektir. Bu genel mesele birkaç unsura ayrılmıştır. İlk olarak IŞİD’in sosyal medyadaki faaliyetlerinin ölçeği ve doğası ortaya konmaktadır. Ardından, örtüşen kavramlar ve yasal düzenlemeler, örneğin aynı içeriğin nefret söylemi, terö-

<sup>2</sup> **SHIRKY**, Clay: “The Political Power of Social Media Technology, the Public Sphere, and Political Change”, *Foreign Affairs*, C. 90, S.1, 2011, s. 35.

<sup>3</sup> **SHALLCROSS**, Neil: “Social Media and Information Operations in the 21st Century”, *Journal of Information Warfare*, C. 16, S. 1, 2017, s. 2.

<sup>4</sup> **MASTROMAURO**, Matthew: “Pre-trial Prejudice 2.0: How YouTube Generated News Coverage Is Set to Complicate the Concepts of Pre-trial Prejudice Doctrine and Endanger Sixth Amendment Fair Trial Rights”, *Journal of High Technology Law*, C. 10, S. 2, 2010, s. 291.

rizme teşvik ve/veya soykırımı kışkırtma oluşturabileceği akılda tutularak incelenmektedir. Daha sonra, kışkırtmaya ilişkin içtihatları bazı kavramlar, özellikle Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından karara bağlanan medya davaları perspektifinden yeni medyaya uygulanacaktır. Son olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ülkelerinde IŞİD davasını destekleyen internet soykırım kışkırtıcılarına özellikle dikkat çekilerek, IŞİD'in sosyal medya faaliyetlerine katılan kişilerin cezai sorumluluğu sorunu ele alınacaktır.

## I. SOYKIRIMIN ÖNLENMESİ: HUKUK SİSTEMİ

Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair 1948 tarihli Sözleşme (Soykırım Sözleşmesi) 1. maddesinde taraf devletlere genel yükümlülükler getirerek, "Sözleşmeciler Devletler, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu teyit eder" şeklinde belirtmektedir. Taraf devletlere getirilen bu yükümlülük, suçun *hostis humani generi* yani insanlığın düşmanı karakterini oluşturmaktadır. Soykırım suçu için evrensel yargı yetkisinin mevcut olduğu Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından *Prosecutor v. Ntuyahaga* davasında da teyit edilmiştir. Bu nedenle Sözleşme, tüm taraf devletlere aşağıdaki hususlarda yasal bir yükümlülük getirmektedir ve mümkün olan her türlü soykırımla mücadele etmeyi amaçlamaktadır. Soykırım Sözleşmesi 2. madde soykırımı şöyle tanımlamaktadır:

"Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur:

- a) Gruba mensup olanların öldürülmesi;
- b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;
- c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek;
- d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;
- e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek."

Ağustos 2014'te Yezidi nüfusu 2. maddenin (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerinde yasaklanan fiillerden mağdur olmuştur.<sup>5</sup> Bu bölümde ele alınan temel soru şudur: Soykırım Sözleşmesi 2. maddede atıfta bulunulan hangi eylemler cezalandırılabilir?

Sadece fiziksel olarak yok etmek mi cezalandırılmalıdır? Yoksa Soykırım Sözleşmesi 3(c)'de öngörüldüğü üzere doğrudan soykırımı kışkırtma ve sosyal medya alanında yürütülen, soykırım işlemeye alenen teşvik<sup>6</sup> de dahil olmak üzere diğer biçimler de cezalandırılmalı mıdır? Bu konu, özellikle IŞİD'in internet operasyonunun niteliği ve ölçeği göz önünde bulundurulduğunda, salt sosyal medya faaliyetlerinin uluslararası hukuk tarafından yasaklanmış eylemler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin önemli soruları gündeme getirmektedir.

## II. SOYKIRIMA KIŞKIRTMA: NEDENSELLİK BAĞI

Kışkırtma konusu, suçun nedenselliği ile ilgili bir soruyu gündeme getirmektedir. Kışkırtma sadece tahrik edilen suç gerçekleştiğinde mi cezalandırılmalıdır? Sosyal medya söz konusu olduğunda bu husus özellikle önem arz etmektedir. Çoğu zaman, siber alandaki kışkırtmanın doğası gereği, söz konusu suçla bölgesel bir bağlantı ya çok azdır ya da hiç yoktur. Ancak suçun önlenmesi perspektifinden bakıldığında, basit kışkırtma olgusu cezalandırılmalıdır. Bu mantık silsilesi, soykırımı yönelik aleni ve doğrudan kışkırtmayı yasaklayan uluslararası mahkemelemler tarafından da teyit edilmiştir.

*Akayesu* davasında da belirtildiği üzere, soykırım işlemeye teşvik, başarılı olsa da olmasa da cezalandırılmalıdır.<sup>7</sup> Benzer bir mantık *Nahimana* davasında da teyit edilmiş, Mahkeme soykırımı kışkırtma suçunun

<sup>5</sup> Human Rights Council Report, Thirty-Second Session on Human Rights Situations That Require the Council's Attention, "They came to destroy": ISIS Crimes Against the Yazidis, A/HRC/32/CRP.2, 15 June 2016, s. 28.

<sup>6</sup> 1948 Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opened for signature 9 December 1948, Art. II, 78 UNTS 277 (entered into force 12 January 1951).

<sup>7</sup> **TIMMERMAN**, Wibke: "The Relationship between Hate Propaganda and Incitement to Genocide: A New Trend in International Law Towards Criminalization of Hate Propaganda?", *Leiden Journal of International Law*, C. 18, S. 2, 2005, s. 267.

oluşması için sözlerle fiil arasında illiyet bağı bulunmasının gerekli olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, kışkırtma sonucunda soykırımın işlendiğine dair bir kanıtı gerek olmadığı için altını çizmiştir.<sup>8</sup>

Soykırımı kışkırtmanın hukuki niteliği *Medya Davası*'nda Temyiz Dairesi tarafından teyit edilmiştir.<sup>9</sup> Azmettirme suçları, sırf hareket suçu olarak bilinir. Başka bir deyişle, sözler uygun bağlamda söylendiğinde suç işlenmiş olur. Şiddet açısından herhangi bir sonuç olması gerekmez.<sup>10</sup> Nedensellik bir soykırımı kışkırtma suçunun unsurudur.<sup>11</sup>

### A. Soykırımı Kışkırtma: Doğrudan ve Aleni

Soykırım Sözleşmesi'nin sorumluluk gerekliliklerini yerine getirmek için, soykırımı neden olmak için özel bir niyetin olması ve kışkırtmanın doğrudan ve aleni olması gerekmektedir.<sup>12</sup> Kışkırtma terimi, Cambridge sözlüğüne göre bir kimseyi hoş olmayan veya şiddet içeren bir şey yapmaya veya hissetmeye teşvik etmek anlamına gelmektedir.<sup>13</sup> Kışkırtma teriminin anlamı *Kajelijeli* kararında şu şekilde açıklanmıştır:

Anglo-Sakson hukuk sisteminde, suç işlemeye tahrik, suç fiilen işlenmesin ya da işlenmesin, tehdit ya da diğer baskı biçimlerinin kullanılması da dahil olmak üzere, bir başkasını suç işlemeye teşvik etmek ya da ikna etmek olarak tanımlanmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemleri, doğrudan ve aleni tahriki, konuşma, bağırma veya tehdit yoluyla ya da di-

<sup>8</sup> The Prosecutor v Nahimana et al., ICTR-99-52-A, A Ch (28 November 2007), para 986.

<sup>9</sup> FYFE, Shannon: "Tracking Hate Speech Acts as Incitement to Genocide in International Criminal Law", Leiden Journal of International Law, C. 30, S. 2, 2017, s. 538.

<sup>10</sup> RENIERIS, Elizabeth: "Combating Incitement to Terrorism on the Internet: Comparative Approaches in the United States and the United Kingdom and the Need for International Solution", Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, C.11, S. 3, 2009, s. 682.

<sup>11</sup> GORDON, Gregory, Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation Fruition, 1. Baskı, Oxford 2017, s. 16. Gordon, nedenselliğin gerekli bir unsur olmadığına dikkat çekerek, ilk bakışta (*prima facie*) davayı ortaya çıkarmak için savcının kışkırtmanın soykırımı sonuçlandırmasını kanıtlamasına gerek olmadığını belirtmiştir.

<sup>12</sup> BENESCH, Susan: "Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide", Virginia Journal of International Law, C. 48, S. 3, 2008, s. 493.

<sup>13</sup> Collins Cobuild çevrimiçi sözlük için bkz., <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/incite> (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

ğer herhangi bir görsel işitsel iletişim aracıyla bir başkasını, suç veya kabahat işlemeye doğrudan tahrik etmeye yönelik bir eylem olarak tanımlanan tahrik biçimini varsayarak cezalandırmaktadır.<sup>14</sup>

Doğrudan ve aleni teriminin anlamı daha sonra uluslararası ceza mahkemeleri, özellikle de Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. *Akayesu* davasında Mahkeme şunu belirtmiştir: Kışkırtmanın doğrudan unsuru, kışkırtmanın doğrudan bir şekle bürünmesi ve özellikle bir başkasını suç teşkil eden bir eylemde bulunmaya kışkırtması anlamına gelir ve sadece belirsiz veya dolaylı bir imadan daha fazlası doğrudan kışkırtma teşkil eder.<sup>15</sup>

*Nyiramasuhuko* davasında ise Mahkeme şunları belirtmiştir: Soykırım işlemeye doğrudan kışkırtma, konuşmanın Statü madde 2 (2)'de belirtilen bir eylemi işlemeye doğrudan bir çağrı olmasını gerektirir. Bu çağrı, belirsiz veya dolaylı bir öneriden daha fazlası olmalıdır ve bir sanık, doğrudan soykırım işlenmesi çağrısında bulunmayan nefret söylemine dayanarak bu suçtan sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte, bir konuşma soykırım işlemeye yönelik açık bir çağrı içermese bile, konuşma belirli bir bağlamda muğlak olarak değerlendirilmediği sürece, belirli bir bağlamda soykırım işlemeye doğrudan kışkırtma oluşturabilir. Konuşmanın gerçek anlamını belirlemek için, hedef kitle tarafından nasıl anlaşıldığını incelemek faydalı olabilir. Ruanda bağlamında, neyin soykırım işlemeye doğrudan kışkırtma teşkil ettiğini belirlerken Kinyarwanda dilinin kültü ve nüansları dikkate alınmalıdır.<sup>16</sup>

*Kajelijeli* davasında alenilik unsuru üzerinde durulmuştur ve Mahkeme şu ifadelere yer vermiştir: Soykırım işlemeye kışkırtmanın alenilik unsuru, kışkırtmanın nerede gerçekleştiği ve hedef kitlenin seçkin ya da sınırlı olup olmadığı gibi tahrik koşullarına bakılarak değerlendirilir. *Akayesu*'da olduğu gibi, eylem çağrısı, kamuya açık bir yerde çok sayıda

<sup>14</sup> The Prosecutor v. Kajelijeli, ICTR-98-44A-T (1 December 2003), para. 555.

<sup>15</sup> The Prosecutor v. Akayesu, Judgment ICTR-96-4-T (2 September 1998), para. 557.

<sup>16</sup> The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al., Trial Judgment ICTR-98-42-T (24 June 2011), para. 5986.



kişiye ya da radyo veya televizyon gibi kitle iletişim araçları yoluyla genel kamuoyu üyelerine yapılmalıdır.<sup>17</sup>

*Nyiramasuhuko* davasında halkı kışkırtmanın niteliği ve kapsamı da açıklığa kavuşturulmuştur: Temyiz Dairesi, bu suçun aleniyet unsurunu tartışırken, Mahkeme önünde soykırım işlemeye doğrudan ve alenen kışkırtmadan dolayı verilen tüm mahkumiyet kararlarının, büyük ve tamamen halka açık toplantılarda yapılan konuşmaları, medya tarafından yayılan mesajları ve geniş bir kamusal alanda halka açık bir seslendirme sistemi aracılığıyla yapılan iletişimlerini içerdiğini belirtmiştir.

Temyiz Dairesi, soykırımı aleni kışkırtmanın kitlesel iletişimle ilgili olduğunu teyit eden Soykırım Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarını (*travaux préparatoires*) dikkate almıştır. Buna karşılık, *travaux préparatoires*, konuşmalar, özel toplantılar veya mesajlar gibi daha ince iletişim biçimleri olarak anlaşılan özel kışkırtmanın Sözleşme'den özellikle çıkarıldığını göstermektedir.<sup>18</sup>

Son cümle özellikle önemli görünmektedir. Mevcut çevrimiçi iletişim genellikle özel ya da gizli değildir; yani özel bir kışkırtmayla sonuçlanmaktadır. Sosyal medya paylaşımları ve beğeniler binlerce hatta milyonlarca kişiye ulaşabilmektedir. Twitter veya Facebook gibi bir platformdaki neredeyse sınırsız sayıdaki takipçiden bahsetmeye bile gerek yoktur. Bu açıdan bakıldığında, sosyal medya kanalları aracılığıyla sağlanan bilgiler kesinlikle doğrudan ve aleni olarak değerlendirilebilir.

## B. Soykırımı Kışkırtma Teknikleri

Shannon Fyfe, geleneksel, alışılmış kelime kullanılarak, soykırım kışkırtma tekniklerine bir örnek olarak sözlü baskıya ilişkin çeşitli gözlemlerde bulunmuştur.<sup>19</sup> Richter ayrıca, farklı kışkırtma tekniklerine daha ayrıntılı bir şekilde işaret etmektedir:

<sup>17</sup> The Prosecutor v. Kajelijeli, ICTR-98-44A-T (1 December 2003), para. 850; The Prosecutor v. Akayesu, Judgment ICTR-96-4-T (2 September 1998), para. 851.

<sup>18</sup> The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al., Trial Judgment ICTR-98-42-T (24 June 2011), para. 5986.

<sup>19</sup> FYFE, s. 531.

1 İnsanlıktan çıkarma - failer tarafından nefret, aşağılama ve tiksinti duyguları uyandırmak için kullanılan bir yöntem.<sup>20</sup>

2 Şeytanlaştırma - failerin kendi kişisel talihsizlikleri veya grubunun talihsizlikleri için hedefi suçlaması ve/veya belirli bir gruba karşı korku duygularını kışkırtması.

3 Gayrimeşrulaştırma - diğer grubun varlığını veya geçmişini inkar etme, ve/veya hedefi aşırı suç teşkil eden eylemlerle suçlamak.

4 Dezenformasyon - kötülemek amacıyla yanlış veya kısmi bilgi sunmak.

5 İnkâr - tarihi gerçekleri inkar etmek veya geçmişteki zulümleri reddetmek.

6 Tehditler - gruplara veya bireylere acı, yaralanma, hasar veya diğer düşmanca eylemlerde bulunma niyeti beyanları.

7 Tanınmış soykırım şiddeti faillerinin rol model olarak gösterilmesi suretiyle terörün yüceltilmesi (teröristlerin şehit olarak anılması veya teröristlerin ailelerine maddi tazminat ödenmesi gibi).<sup>21</sup>

Soykırımı kışkırtma veya nefret suçlarının her ikisinde de aynada suçlama olarak bilinen ve suçun failinin mağdurları tam da failin yaptığı şeyle suçlamaya çalıştığı bir teknik kullanılmaktadır. Bu sinsi teknik Ruanda Soykırımı'nda büyük bir etkiyle kullanılmıştır.<sup>22</sup> Örneğin, Ruanda Soykırımı öncesinde Hutu aşırılık yanlısı siyasetçi Leon Mugesera yaptığı kötü şöhretli bir konuşmada şunları söylemiştir:

Hamamböceği anlamına gelen inyenzi adı verilen ve aynı zamanda insanlıktan çıkmayı temsil eden bu insanlar şimdi bize saldırmak için

---

<sup>20</sup> **GORDON**, Gregory: Freedom of Expression, Hate Speech, and Incitement to Terrorism and Genocide: Resonances and Tensions, Bayefsky, Anne/Blank, Laurie (Editörler), Incitement to Terrorism, The Hague 2018, s. 16.

<sup>21</sup> **RICHTER**, Elihu: "Incitement, Genocide, Genocidal Terror, and the Upstream Role of Indoctrination: Can Epidemiologic Models Predict and Prevent?", Public Health Reviews, C. 39, S. 1, 2018, s. 14.

<sup>22</sup> Aynada suçlama, kişinin düşmanlarını, onlara karşı işlemeyi planladığı suçların aynısını işlemekle, planlamakla veya işlemeyi arzulamakla yanlış bir şekilde suçladığı bir uygulamadır. **MARCUS**, Kenneth: "Accusation in a Mirror", Loyola University Chicago Law Journal, C. 43, S. 2, (2012), s. 358.

yola çıktılar. Size söylüyorum ve yalan söylemiyorum, bizi yok etmek isteyen onlar. Sadece bizi yok etmek istiyorlar. Başka hiçbir amaçları yok. Onlar bizi yok etmek için gelene kadar gerçekten bekleyecek miyiz?<sup>23</sup> Bu konuşma, örgütü soykırım planları yapan bir kişi tarafından yapılmıştır. Yani bu, aynadaki klasik bir suçlamadır.

### C. Soykırımı Kışkırtma ve Nefret Söylemi

Nefret söylemi ile soykırımı kışkırtma arasında bir ayrım vardır. Bu husus Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Medya Davası*'nda belirtilmiştir.<sup>24</sup> Aynı zamanda, soykırımı kışkırtma, kesinlikle nefret söylemi ile örtüşmektedir. Aynı ifadeler kullanılabilirdiğinden her iki saldırgan dil biçimine de atfedilebilir. Benesch'e göre nefret söylemi aşağıdaki durumlarda soykırımı kışkırtma olarak değerlendirilebilir: Konuşma dinleyiciler tarafından bir soykırım çağrısı olarak anlaşılmıştır. Konuşmacının dinleyiciler üzerinde otoritesi veya etkisi vardır ve dinleyiciler soykırım yapma kapasitesine sahiptir. Ayrıca ek sorular da yöneltilmelidir: Mağdur adayları yakın zamanda bir şiddet olayına maruz kaldılar mı? Konuşma sırasında karşıt görüşler hala mevcut muydu? Bu görüşleri kamuoyu önünde ifade etmek hala güvenli miydi? Konuşmacı söz konusu mağdurları insanlık dışı olarak mı tanımladı yoksa onları kendi soykırımlarını planlamakla mı suçladı? Dinleyiciler konuşmadan önce benzer mesajlar almışlar mıydı?<sup>25</sup>

Tüm bu unsurlar, bazı söylemlerin sadece nefret söylemi olarak değil, aynı zamanda ve belki de öncelikle soykırımı teşvik olarak değerlendirilmesi için sağlam bir zemin oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bir yorum yapılması gerekmektedir. Benesch'in koşulları geleneksel medya ortamına uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Bu nedenle bazı değişiklikler önerilebilir. Örneğin konuşmacının dinleyiciler üzerinde otoritesi veya etkisi olması ve dinleyicilerin soykırım yapma kapasitesine sahip olması, yeteneği, popülerliği ve tanınırlığı Hutu soykırım girişimi tarafından

<sup>23</sup> Mugesera v. Canada [2005] 2 s.c.R. 100, 2005 scc 40 app. ill, |i8.

<sup>24</sup> The Prosecutor v Nahimana et al., ICTR-99-52-A, A Ch (28 November 2007), para 986.

<sup>25</sup> BENESCH, s. 498.

kullanılan popüler ve etkili şarkıcı Simon Bikindi'nin geçmişine dayanmaktadır.<sup>26</sup> Günümüzde, özellikle de sosyal medya alanında, izleyici üzerindeki bu otorite veya etki meselesi farklı bir anlama sahip olabilir. Bu durum, Simon Bikindi gibi bir ses sanatçısının kitlesel popülaritesinin bir sonucu olmak zorunda değildir; bunun yerine, Bikindi gibi etkili olmayan ancak sadece belirli bir platformda influencer olarak bilinen biri de teşvik eden ve teşvik edilen arasındaki bireysel bağlantı nedeniyle ortaya çıkabilir. Benesch'in diğer tüm noktaları sosyal medya ortamının gerçekliğine kolaylıkla uyarlanabilir.

### III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Olası bir karşı argüman, bir ana devletin (home state, kaynak devlet) ulusötesi sosyal medya şirketlerinden, başka bir devlette sosyal medya erişimini kısıtlamalarını talep etmesinin, hedeflenen devletteki ifade özgürlüğünü ihlal edeceğidir. Bu bildiri doğrudan ana devlet veya diğer devletlerdeki ifade özgürlüğünü tartışmamaktadır. Sosyal medyanın doğası, kısıtlamaların belirli hesaplarla veya coğrafi bölgelerle sınırlı kalmasına izin vermektedir ve bu hesaplar devam eden kışkırtmayla anlamlı bir şekilde bağlantılı olmadıkça, diğer ülkelerdeki kişilerin konuşmalarını sınırlamaz. Bununla birlikte, bölgesel odak noktası ne olursa olsun, ifade özgürlüğü dikkate alınması gereken önemli bir insan hakları ilkesidir. Böyle bir itirazın haklı olması halinde, önerilen karşı tedbir, devletin uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülük ve görevlerini ihlal edeceğinden hukuka aykırı olacaktır.<sup>27</sup> İfade özgürlüğüne getirilen her türlü kısıtlama, ilgili insan hakları belgelerine tam olarak uygun şekilde gerekçelendirilmelidir.<sup>28</sup> İfade özgürlüğünün mutlak olmadığını, başkalarının haklarını korumak veya kamu düzeni ve ulusal güvenliği korumak için gerektiğinde kısıtlamalara tabi olduğunu unut-

<sup>26</sup> The Prosecutor v Simon Bikindi, ICTR-01-72-A (2 December 2008).

<sup>27</sup> International Law Commission Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

<sup>28</sup> United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. (2019). Report on online hate speech (UN Doc. A/74/486). United Nations s. 13.

mamak önemlidir.<sup>29</sup> Rabat Eylem Planı ifade özgürlüğünün önemini kabul ederken, devletleri bazı ifade kategorilerinin düzenleme gerektirdiğini kabul etmeye çağırılmaktadır.<sup>30</sup> Dolayısıyla, uluslararası insan hakları hukuku ifade özgürlüğünün önemini kabul etmekle birlikte, bu özgürlük mutlak değildir. Bunun yerine, devletler ifade özgürlüğüne ilişkin kaygıları ayrımcılık, düşmanlık veya şiddete teşvikle mücadele etme yükümlülükleriyle dengelemelidir.<sup>31</sup> Benzer şekilde, İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme kapsamında, devletlerin ayrımcılık, düşmanlık veya şiddete teşvik teşkil eden ulusal, ırksal veya dini nefreti savunan söylemleri yasaklamakla yükümlü olduğunu tespit etmiştir.<sup>32</sup> Bölgesel insan hakları mahkemeleri de ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini ileri sürmüşlerdir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bir davacının Yahudi kişilere karşı düşmanlık duyguları yaratmayı amaçlayan anti-Semitik materyaller yayınlamakla ifade özgürlüğünü kötüye kullandığına karar vermiştir.<sup>33</sup> Bu davada Rusya, Ivanov'un konuşmasının sınırlandırılabilirliğini, sınırlandırmanın başkalarının haklarını korumak için gerekli olduğunu tespit etmiştir.

Her ne kadar AİHM, İnsan Hakları Komitesi'nin daha önce reddettiği bir doktrin olan takdir marjı doktrini<sup>34</sup> kapsamında devletin konuşma kısıtlamalarına ilişkin kararlarına daha fazla saygı gösterme eğiliminde

<sup>29</sup> United Nations General Assembly. (1966). International covenant on civil and political rights. In Treaty series. (Vol. 999). United Nations, General Assembly resolution 2200A (XXI) Art. 19(3)(a-b).

<sup>30</sup> United Nations High Commissioner for Human Rights. (2013). Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4). United Nations s. 26.

<sup>31</sup> United Nations High Commissioner for Human Rights. (2013). Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4). United Nations s. 20.

<sup>32</sup> United Nations General Assembly. (1966). International covenant on civil and political rights. In Treaty series. (Vol. 999). United Nations, General Assembly resolution 2200A (XXI) Art. 20(2).

<sup>33</sup> Pavel Ivanov v. Russia App No 35222/04 (ECtHR, 20 February 2007).

<sup>34</sup> United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. (2019). Report on online hate speech (UN Doc. A/74/486). United Nations.

olsa da, bu durum buradaki temel insan hakları argümanlarını zayıflatmamaktadır.<sup>35</sup>

Takdir marjı doktrini, hangi tür söylemlerin yasaklanabileceği konusunda devletler arasında bir anlaşmazlık olduğunda daha fazla takdir yetkisi tanımaktadır.<sup>36</sup> Bununla birlikte, soykırım kışkırtıcılığı söz konusu olduğunda, bunun temel bir uluslararası yükümlülük olduğu göz önünde bulundurulduğunda anlamlı bir yakınlaşma olmalıdır.

Sınırlamalar soykırım durumunda daha da güçlü bir destek bulabilir. Soykırım Sözleşmesi uyarınca, devletler andlaşma yükümlülüklerini yerine getiren yasalar çıkarmalıdır;<sup>37</sup> bu yükümlülük Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin nefret söylemi hükümlerine de yansımıştır.<sup>38</sup> Bu tür kısıtlamalar, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin gerekliliklerine uygun olduğu, meşru bir amaç için gerekli olduğu ve bu amaçla orantılı olduğu sürece, uluslararası insan hakları hukuku kapsamında izin verilebilir.<sup>39</sup> Uygun yasama süreçleri yoluyla çıkarılan ve sosyal medya platformlarının geçici olarak hedefli bir şekilde kısıtlanmasına izin veren yasalar bu kriterleri karşılamaktadır. Bu nedenle, bu tür tedbirlerin uluslararası insan haklarına sıkı sıkıya bağlı kalınarak uygulanmasını sağlamak önemli olmakla birlikte, bu standartlar burada tartışılan kısıtlamaların önünde temel bir

<sup>35</sup> **BAKIRCIOGLU**, Önder: "The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases", *German Law Journal*, C. 8, S. 7, 2007, s. 726.

<sup>36</sup> **BELIVEAU**, Anne: "Hate Speech Laws in the United States and the Council of Europe: The Fine Balance Between Protecting Individual Freedom of Expression Rights and Preventing the Rise of Extremism and Radicalization Through Social Media Sites", *Suffolk University Law Review*, C. 51, S. 4, 2018, s. 575.

<sup>37</sup> United Nations General Assembly. (1948). Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. In Treaty series (Vol. 78). United Nations, General Assembly resolution 260 A (III) Art. 5.

<sup>38</sup> United Nations General Assembly. (1966). International covenant on civil and political rights. In Treaty series. (Vol. 999). United Nations, General Assembly resolution 2200A (XXI) Art. 20.

<sup>39</sup> **DOMINO**, Jenny: "Crime as Cognitive Constraint: Facebook's Role in Myanmar's Incitement Landscape and the Promise of International Tort Liability", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 52, S. 2, 2020, s. 167.

engel teşkil etmemektedir.<sup>40</sup> Gerçekten de, yaşam hakkı, eşitlik ilkesi ve ifade özgürlüğünün birbiriyle bağlantılı doğasını vurgulayarak, kışkırtmanın önlenmesi, kışkırtmanın hedef aldığı kişilerin yaşam hakkını ve eşitlik ilkesinin korunması için gereklidir.<sup>41</sup>

Ruanda soykırımı sırasında radyo sinyallerinin engellenmesi, bir sosyal medya platformunda kışkırtma vakalarında orantılılık ve gereklilik sorularını değerlendirmek için yararlı bir örnek sunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri de dahil olmak üzere bazı devletler, Ruanda soykırımı sırasında radyo sinyallerinin engellenmesine şüpheyle yaklaşmış olsa da, bu durum Sovyetler Birliği'nin ifade özgürlüğünü hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırmak için kışkırtma istisnasını kullanma girişimlerine tepki olarak gelişen insan hakları anlayışındaki tarihsel farklılıklardan kaynaklanmıştır. Ancak değişen siyasi iklim ve soykırımın ciddiyeti göz önüne alındığında, soykırımın devam ettiği veya yakın olduğu durumlarda telsiz karıştırmanın yasal olabileceği konusunda bir fikir birliği oluşmaya başlamıştır.<sup>42</sup> Ruanda soykırımında radyonun rolüne ilişkin sosyal bilimler araştırmaları, radyonun şiddeti kışkırtmada anlamlı bir rol oynadığını defalarca gösterdiğinden, bu tür bir eylemin önemini ve uygunluğunu daha da vurgulamaktadır.<sup>43</sup>

Her ne kadar bazıları radyo sinyallerinin karıştırılmasının yasallığı konusunda, özellikle de başka bir devletin iç işlerine yasadışı bir müdahale olabileceği konusunda endişelerini dile getirmiş olsalar da, bu gibi durumlarda bu endişeler yersiz görünmektedir. Telsiz karıştırmaya şüpheyle yaklaşanlar bile soykırım kışkırtıcılığının aşırı bir durum oldu-

<sup>40</sup> United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. (2019). Report on online hate speech (UN Doc. A/74/486). United Nations s. 13.

<sup>41</sup> United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. (2019). Report on online hate speech (UN Doc. A/74/486). United Nations s. 4.

<sup>42</sup> METZL, Jamie: "Rwandan Genocide and the International Law of Radio Jamming", *American Journal of International Law*, C. 91, S. 4, 1997, s. 646.

<sup>43</sup> STRAU, Scott: "What is the Relationship Between Hate Radio and Violence? Rethinking Rwanda's Radio Machete", *Politics & Society*, C. 35, S. 4, 2007, s. 609-637.

ğunu belirtmişlerdir.<sup>44</sup> Sosyal medya kısıtlamalarının ilave hassasiyeti bu endişeleri daha da hafifletmektedir. Örneğin, sosyal medya kısıtlamaları bireysel hesaplarla veya coğrafi bölgelerle sınırlandırılabilir. Böyle bir karar duruma göre şekillenecektir. Örneğin çoğu bireyin sosyal medya platformuna erişimini korurken, kışkırtmaya karışanların hesapları kısıtlanarak daha fazla esneklik sağlanacaktır. Bu yaklaşım uluslararası insan hakları hukuku kapsamında bir gereklilik olan orantılı bir müdahaleye olanak tanır.<sup>45</sup>

Yeni medya çağında kışkırtma konusu tartışılırken, bunun ifade özgürlüğü ile korunduğu, her şeyin bulanık olduğu, yönetilmesinin çok zor olduğu ve demokrasinin temel taşlarından birini korumak adına daha yumuşak bir yaklaşım benimsememiz gerektiği ileri sürülebilir.

AİHM birçok kez şiddete teşvik edilmesine karşı çıkmıştır. *Hizb ut-Tahrir ve Diğerleri/Almanya* davasında AİHM, İsrail'i yok etmek için şiddet kullanılmasını, yani aktif cihat ile İsrail'de intihar saldırıları düzenlenmesini savunan İslamcı bir derneğin faaliyetlerinin yasaklanmasına atıfta bulunmuştur. Dernek, İsraili sakinlerin sürgün edilmesi veya öldürülmesi ile İsrail devleti hükümetlerinin devrilmesi çağrısında bulunuyordu. Mahkeme'ye göre, derneğin yaklaşımı, ifade özgürlüğünü Sözleşme'nin değerlerine, özellikle de uluslararası çatışmaların barışçıl çözümüne ve insan hayatının kutsallığına olan bağlılığa açıkça aykırı amaçlar için kullanılmaktadır.<sup>46</sup> AİHM için derneğin amaçları Sözleşme tarafından korunmamaktadır ve korunmamalıydı. Mahkeme'nin bu tespiti *Kasymakhunov ve Sayba-talov/Rusya* davasında da teyit edilmiştir.<sup>47</sup> Başvuran, Rusya'da terör örgütü olarak yasaklanan Hizb ut-Tahrir al-Islami'nin ideolojisini yaymaktaydı ve yeni üyeler topluyordu. Örgüt,

<sup>44</sup> KARNELL, Aaron: "Counteracting Hate Radio' in Africa's Great Lakes Region: Responses and Lessons", *Journal of International Communication*, C. 8, S. 1, 2002, s. 123.

<sup>45</sup> United Nations General Assembly. (1966). International covenant on civil and political rights. In *Treaty series*. (Vol. 999). United Nations, General Assembly resolution 2200A (XXI) Art. 19(3).

<sup>46</sup> Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany App no.31098/08 (ECtHR, 12/06/2012).

<sup>47</sup> Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia App No 26261/05 and 26377/06 (ECtHR, 14 March 2013).



cihat ve şeriata dayalı İslami yönetimi yüceltmektedir. AİHM'ne göre, bu tür siyasi fikirlerin yayılması 17. madde yasağı kapsamına girmektedir.

AİHM'nin *Belkacem/Belçika* kararında da çok benzer bir çizgi teyit edilmiştir.<sup>48</sup> Bu davada Mahkeme, başvuranın haksız yere para ve hapis cezasına çarptırıldığı iddiasının kabul edilemez olduğunu beyan etmiştir. Sharia4Belgium örgütünün lideri ve sözcüsü olan başvuran, YouTube videolarında gayrimüslim gruplarla ilgili yaptığı açıklamalar nedeniyle ayrımcılığa, nefrete ve şiddete teşvikten mahkûm edilmiştir. Mahkeme'ye göre, bu nefret dolu saldırı hoşgörü, toplumsal barış ve ayrımcılık yapmama değerleriyle bağdaşmamaktadır.<sup>49</sup> Ayrıca, Mahkeme'nin görüşüne göre, cihadı ve şeriati savunan ve bunu tesis etmek için şiddet çağrısında bulunan sözler nefret söylemi olarak kabul edilebilir.<sup>50</sup>

Bu yaklaşım, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan AİHS tarafından desteklenmektedir. AİHM birçok davada ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığını ve 17. maddenin temel özgürlüklerin kötüye kullanılmasına karşı mücadele etmek için makul bir araç sağladığını kabul etmiştir. AİHM çoğunlukla nefret söylemi ile ilgilenmiş, ancak *argumentum a maiori ad minus'a* atıfta bulunarak soykırımı kışkırtmanın bir tür nefret söylemi olduğunu ve AİHS kapsamında ifade özgürlüğü tarafından korunmadığını açıkça belirtmiştir.

#### IV. GELENEKSEL VE SOSYAL MEDYADA SOYKIRIMA DOĞRUDAN VE ALENİ KIŞKIRTMA OLARAK İŞİD PROPAGANDASI

Günümüzde geleneksel ve sosyal medyayı birbirinden ayırmak oldukça zordur. Birbirleriyle son derece bağlantılılar. IŞİD'in en popüler propaganda dergilerinden biri olan Dabiq, PDF formatında yayınlanmış ve daha sonra çeşitli bilgi kanalları ve yöntemleri aracılığıyla yayılmıştır.

<sup>48</sup> *Belkacem v. Belgium* App no. 34367/14 (ECtHR, 20 July 2017).

<sup>49</sup> *Belkacem v. Belgium* App no. 34367/14 (ECtHR, 20 July 2017), par 33.

<sup>50</sup> BUYSE, Antoine: "Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 63, S. 2, 2014, s. 494.

Derginin popülerliği özellikle sosyal medya platformları kullanılarak arttırılmıştır. Burada tartışılması gereken soru, IŞİD propagandası ve sosyal medya faaliyetlerinin soykırıma yönelik doğrudan ve aleni bir itham olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

IŞİD'in kökenleri Ürdünlü cihatçı Ebu Mus'ab el-Zerkavi'ye kadar uzanmaktadır. Zerkavi 1990'ların sonunda Afganistan'a gitmiş ve burada El Kaide liderleriyle tanışmıştır. ABD işgalinden sonra Irak'a kaçan Zerkavi burada tanınmış bir cihatçı komutan haline gelmiştir. Onun alametifarikası savaştı olmayanlara karşı, özellikle de Şii ibadet yerlerini hedef alan saldırılardır.<sup>51</sup> Ebu Ömer el-Bağdadi komutasındaki örgütler de Yezidiler gibi diğer dini gruplara karşı saldırılarını sürdürmüştür. IŞİD'in Yezidilere yönelik gelecekteki tutumunun bir göstergesi, 2007 yılında Kuzey Irak'ta yaklaşık 800 Yezidi'nin ölümüne neden olan ortak bombalı araç saldırılarıdır.<sup>52</sup> IŞİD, İslami siyasi düşüncede Cihadi-Selefilik olarak bilinen bir akımla özdeşleşen bir örgüttür. Bu ideolojiye bağlılık birkaç kez açıkça ileri sürülmüştür; örneğin IŞİD lideri Ebu Ömer el-Bağdadi tüm Sünnilere ve Cihadi-Selefilik'in (el-Selefiyye el-Cihadiyye) gençlerine çağrıda bulunmuştur.<sup>53</sup>

Bunzel'e göre Selefilik, farklı putperestlik biçimlerinin (şirk) ortadan kaldırılması ve Allah'ın Birliğinin (tevhid) onaylanması için verimli bir zemin sunmaktadır. Selefi propagandanın/inançların bir parçası olarak, kendilerini tek gerçek Müslümanlar olarak görmektedirler ve büyük putperestlik olarak adlandırılan şeyleri uygulayanları İslam'ın dışında bulmaktadırlar. IŞİD özellikle Yezidilere karşı düşmanca bir tutum sergilemiştir, zira Yezidiler taşlara, azizlere, mezarlara vb. tapınan, mürted

<sup>51</sup> TOMUSCHAT, Christian: "The Status of the Islamic State under International Law", Die Friedens-Warte, C. 90, S. 3, 2015, s. 224.

<sup>52</sup> NATIONAL CENTER OF EXCELLENCE FOR ISLAMIC STUDIES: University of Melbourne, ISIS (Islamic State of Iraq and Syria): Origins, Ideology, and Responses by Mainstream Muslim Scholars – A Resource for Community Leaders, Melbourne 2016, s. 1.

<sup>53</sup> BUNZEL, Cole: From Paper State to Caliphate: The Ideology of the Islamic State. Brookings Project on U.S. Relations with the Islamic World Analysis, Washington 2015, s. 7.

ve gerçek dinden kaçmış kişiler olarak görülmektedir.<sup>54</sup> IŞİD'in Yezidilere yönelik zulmünün gerekçesi bu nedenle dini bir karakter taşımaktadır.

IŞİD ideolojisi geleneksel ve sosyal medya yorumlarının bir karışımı yoluyla yayılmıştır ve video klipler ile filmlerin kullanımıyla da desteklenmiştir. Tikrit 2014 yılında ele geçirilmeden önce, IŞİD hem geleneksel hem de geleneksel olmayan yollarla yayılan Yeni adlı bir film yayınlamıştır. Filmde Iraklı askerlerin toplu katliamının yanı sıra Şii camilerinin ve dini objelerin yıkımı da gösterilmektedir.<sup>55</sup> Dabiq'te Yezidi soykırımına yönelik doğrudan ve aleni kışkırtmalar bulunabilir. Kıyametten Önce Köleliğin Yeniden Canlanması başlıklı bir makale<sup>56</sup> yukarıda belirtilen Richter kategorilerinin birçoğunu yerine getirmiştir. Makale düşmanı satanist ve şeytana tapanlar olarak adlandırmaktadır ki bu da insanlıktan çıkarma, gayri meşrulaştırma ve dezenformasyondur.<sup>57</sup> Ayrıca Yezidilere yönelik doğrudan ve aleni tehditler içermektedir. Yezidiler, Yahudiler ve Hıristiyanların aksine, din değiştirmekten veya ölümden kaçınmak için ödenmesi gereken bir vergi olan cizye ödemelidirler. IŞİD, Yezidi erkeklerin doğrudan öldürülmesi çağrısında bulunurken, bir başka paragrafta Yezidi kadınların köleleştirilmesi çağrısında bulunmaktadır. Bu köleleştirme çağrısı ve savaş ganimeti olarak adlandırılan kişiler, Yezidi kadınları nesneleştirmiş ve insanlıktan çıkarmıştır.

Yakalandıktan sonra Yezidi kadın ve çocuklar, İslam Devleti'nin Sincar operasyonlarına katılan savaşçıları arasında şeriata göre paylaştırılmış, kölelerin beşte biri de hums savaş ganimeti olarak paylaştırılmak üzere İslam Devleti'nin otoritesine devredilmiştir.<sup>58</sup> Çeşitli forumlarda propagandanın yayılmasına ilişkin sosyal medya tweetlerinin, bağlantı-

<sup>54</sup> BUNZEL, s. 8.

<sup>55</sup> AKIL, Hatem: "Cinematic Terrorism: Deleuze, ISIS and Delirium", Journal for Cultural Research, C. 20, S. 4, 2016, s. 368.

<sup>56</sup> DABIQ: "The Revival of Slavery Before the Hour", Dhul-Hijjah, C. 4, S.1, 2014, s. 14.

<sup>57</sup> EL-NASHAR, Mohamed: "Cooking the Meal of Terror' Manipulative Strategies in Terrorist Discourse: A Critical Discourse Analysis of ISIS Statements", Terrorism and Political Violence, C. 34, S. 1, 2022, s. 164.

<sup>58</sup> DABIQ, s. 15.

ların ve diğer verilerin sayısını kesin olarak belirlemek zordur. Ancak, sadece bir web sitesi olan (JustPaste.it) IŞİD içeriğinin tamamını barındırmaktadır. İnternet sitesi kışkırtmadan yüzlerce infazın fotoğraflarına kadar geniş bir içeriğe sahiptir. İnternet sitesi 2014 yılında ayda yaklaşık 2.5 milyon tekil kullanıcıya sahiptir ve bu da her ay yaklaşık 6 milyon oturum anlamına gelmektedir.<sup>59</sup> Bu durum IŞİD propagandasını açıkça kamuya açık hale getirmiştir. Dahası, IŞİD'in kışkırtması doğrudandır ve alenidir.

### A. Işid Bağlantılı Kışkırtmaların Cezalandırılması

Kışkırtmanın cezalandırılması, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne dayanan genel cezalandırma kavramına atıfta bulunmaktadır. Soykırım ve soykırım yasağı *jus cogens* bir nitelik kazanmıştır. Soykırım yasağının önleyici niteliği, Sözleşme'nin 3. maddesinde öngörülen tüm fiillerin cezalandırılmasını gerektirmektedir. Kışkırtmanın cezalandırılması manevi bir unsur gerektirir. Yani, soykırım işlemeye doğrudan ve alenen tahrikten suçlu bulunan bir kişi; ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesine neden olma niyetine sahip olmalıdır. Bu niyet, özel kast (*dolus specialis*) ve suçun manevi unsuru (*mens rea*) şartlarını yerine getirmektedir.<sup>60</sup> Gordon'a göre, soykırıma kışkırtma davalarında manevi unsur (*mens rea*) ikili bir yapıya sahiptir: Birincisi teşvik etme, kışkırtma niyeti, ikincisi ise soykırımın kendisini işleme niyetidir.<sup>61</sup> Bununla birlikte, soykırım suçu vakalarında daha önce tartışılan nedensellik meselesi göz önünde bulundurulduğunda, soykırımı işlemeye yönelik (kişisel) niyet olmaksızın tahrik bile cezalandırma için zemin hazırlar. Bu bağlamda belirleyici faktör, mesajın hedeflenen alıcılarının genel kamuoyuna ait olmasıdır ki bu da belirsiz bir grup insana hitap edilmesini gerektirir. Bu

<sup>59</sup> **BADAR**, Mohamed: The Cognitive and Linguistic Implications of ISIS Propaganda Proving the Crime of Direct and Public Incitement to Commit Genocide, Dojčinović, Predrag (Editör), Propaganda and International Criminal Law From Cognition to Criminality, London 2019, s. 35.

<sup>60</sup> **FYFE**, s. 536.

<sup>61</sup> **GORDON**, s. 16.

durumda sosyal medya ve internet ortamı tartışmasız bir gerçektir. Suçun manevi unsuru uyarınca, failin başkalarını doğrudan ve alenen soykırım yapmaya teşvik etme niyetiyle hareket etmesi gerekir ki; bu da kendi tarafında soykırım niyeti olduğunu varsayar.<sup>62</sup>

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, bu suçun doğası gereği belirsiz olduğuna, yani herhangi bir soykırım eylemi gerçekleşmemiş olsa bile cezalandırılabilir olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla, cezalandırma perspektifinden bakıldığında, soykırım işlemeye doğrudan ve alenen tahrik suçundan mahkûmiyet, tahrik ile müteakip herhangi bir suç arasında bir bağlantının (nedensellik bağı) kanıtlanmasını gerektirmez. Peterson'a göre bu durum, Soykırım Sözleşmesi'ni hazırlayanların üzerinde anlaşabildiklerinin ötesine geçmektedir. Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında (*travaux préparatoires*), soykırımı kışkırtmanın başarılı olup olmadığına bakılmaksızın suç sayılması gerektiğine dair başlangıçtaki önerme görüşmelerin sonunda terk edilmiştir.<sup>63</sup> Ancak, uluslararası ceza mahkemelerinin soykırımın gelişimi ve önlenmesine ilişkin kararları ışığında, Sözleşme'yi hazırlayanlar tarafından benimsenen bu katı yaklaşım artık geçerli değildir.

Altıncı Komite toplantısı sırasında Polonya delegasyonu, kışkırtmada hayati bir unsurun suçun işlenmesine elverişli bir atmosfer yaratılması olduğunda ısrar etmiştir.<sup>64</sup> Başarısız bir tahrikin bile cezalandırılması, böyle bir atmosferin yaratılmasını açıkça engellemektedir. Bu görüş şaşırtıcı bir şekilde Sovyetler tarafından da desteklenmiştir ve soykırımın bastırılması, ırkçı nefrete tahrikin yanı sıra soykırım tekniklerini geliştirmeye yönelik çalışma ve araştırma gibi çeşitli hazırlık veya ön eylemlerin yasaklanmasını da içermelidir görüşündedirler.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> PETERSON, Ines: International Criminal Liability for Incitement and Hate Speech, Böse, Martin/Bohlander, Michael/Klip, André/Lagodny, Otto (Editörler), Justice Without Borders: Essays in Honour of Wolfgang Schomburg, The Hague 2018, s. 337.

<sup>63</sup> PETERSON, s. 337.

<sup>64</sup> TIMMERMAN, s. 269.

<sup>65</sup> SCHABAS, William: Genocide in International Law: The Crime of Crimes, 2nd edition, Cambridge 2009, s. 72.

IŞİD propagandasının dili açıktır. Yezidilerin yok edilmesi çağrısında bulunan çok güçlü ifadeler, makul şüphelere çok az yer bırakmaktadır. Bu tür ifadeler, IŞİD'e, gerekli *mens rea* ile ilgili olan bir suçun manevi unsurunu atfetmeyi mümkün kılmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 30. maddesi şunları öngörmektedir:

"2. Bu maddenin amaçları bakımından, bir şahsın aşağıdaki durumlarda kasten hareket ettiği varsayılır: (a) hareketle ilgili olarak, şahsın hareket içinde olmayı amaçlaması; (b) netice ile ilgili olarak, şahsın o neticeye sebep olmayı amaçlaması veya neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğinin farkında olması.

3. Bu maddenin amacına uygun olarak bilgi, hareketin olağan sonucu olarak bir durumun mevcut olduğunun veya bir sonuç doğuracağıının farkında olunması demektir. Bilmek ve bilerek kavramları buna göre yorumlanır."<sup>66</sup>

Bu durum, *dolus directus* (failin suç teşkil eden fiilin zararlı sonuçlarını öngörmesi ve bu sonuçları doğurmak istemesi) ve *dolus indirectus* (failin suç teşkil eden fiilin bazı ek sonuçlarını bir olasılık ya da sadece bir ihtimal olarak öngörmesi ve bu sonuçları doğurmak istediği ya da arzuladığı şey bu olmasa da doğurması) olarak bilinen durumu, *dolus eventualis* hariç olmak üzere, yerine getirmektedir.<sup>67</sup> Bu sözler, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından *Nahimana* davasında belirtildiği üzere, *Coalition pour la Defense de la Republique* (CDR) üyeleri "tubatsembatsembe" (veya onları yok edelim) sloganları atarken sanıklar tarafından açık şiddet çağrılarının yapıldığı durumu kapsamaktadır.<sup>68</sup> Dolayısıyla IŞİD tarafından yapılan benzer çağrılar sadece yasaklanmamalı, aynı zamanda suç sayılmalıdır.

<sup>66</sup> Rome Statute of the International Criminal Court 17 July 1998, 2187 UNTS 90 (last amended 2010).

<sup>67</sup> VYVER, Johan: "The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law", University of Miami International & Comparative Law Review, C. 12, S. 1, 2004, s. 63.

<sup>68</sup> TIMMERMAN, s. 269.

## **B. Diğer Sosyal Medya Faaliyetleri: Bir Kışkırtma Biçimi Olarak Kopyala-Yapıştır, Paylaşma veya Beğenme**

Bir kullanıcı tarafından gönderi yapmak, bir hikâye oluşturmak, yorum yapmak, bir içeriğe bağlantı vermek veya sadece çevrimiçi bir fotoğraf koymak anlamına gelmektedir. Genellikle, gönderinin hukuki statüsü farklı sosyal medya platformları arasında benzerdir. Sosyal medya kullanıcısı içeriğin sahibidir (istediği zaman içeriği kaldırabilir). Ceza hukuku açısından bakıldığında, belirli bir içeriğin paylaşılması gerçek kişiye atfedilebilir. Bir gönderi bilgisayarlar ya da botlar tarafından paylaşılmadığı sürece, bu durum daha fazla cezalandırılacak suçun manevi unsurunu gerektirir. IŞİD'e katılan gönüllüler arasında önemli sayıda kadın bulunmaktadır (yaklaşık 550). Birçok başarısız IŞİD gelini, sosyal medya hesaplarında hicret etme isteklerini paylaştıkları için yakalanmıştır.<sup>69</sup>

Sosyal medya aracılığıyla iletişim kurmanın tüm biçimleri, ister paylaşma, ister beğenme, ister takip etme olsun, suçun manevi unsurunu karşılıyor gibi görünmektedir. Tüm bu biçimlerde kullanıcı görüşlerini ya da inançlarını alenen duyurmaktadır. Belirsiz bir grup insan tarafından görülebilecek olan IŞİD içeriğini beğenmek çok alenidir. Sadece sözde Facebook arkadaşları değil, aynı zamanda gönderi sahibinin arkadaşlarının arkadaşları da beğenilerini görebilir, yorum yapabilir veya paylaşabilir. Bu da temelde, nefret içerikli bir yorum ya da soykırımı teşvik içeren bir içeriğin, örneğin radyo ya da televizyondan pek de farklı olmayan bir şekilde kamuya açık olarak yayınlanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu tür bir eylem, Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinde öngörülen kamusal ve doğrudan eylem gerekliliklerini karşılamaktadır. Doğal olarak, sosyal medya platformlarının soykırımı suç ortağı olarak cezai sorumluluğu sorusu da çok ilginçtir.

Bu görüş paylaşım biçimleri, daha önce bahsedilen Benesch testi kullanılarak analiz edilebilir. Büyük nüfuz sahibi bir kişinin -Simon Bikindi

---

<sup>69</sup> PERESIN, Anita: "Fatal Attraction: Western Muslimas and ISIS", Perspectives on Terrorism, C. 9, S. 3, 2015, s. 34.

tipi bir kişilik- soykırım içerikli paylaşımlar yaptığını ya da filmleri beğendiğini hayal etmek mümkündür. Böyle bir senaryoda, bu tür eylemlerin uluslararası ve/veya iç hukuk kapsamında cezalandırılacak, soykırıma kasıtlı bir teşvik biçimi olarak değerlendirilmesi makul görünmektedir.

Şu anda, büyük etkiye sahip bir kişi yerine, basitçe influencer ya da fenomen olarak bilinen etkileyenlerimiz bulunmaktadır. Bu kişi kategorisi Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından tanınan kategoriye yansıtmaktadır. Sonuç olarak, bir kişinin özellikle ünlü olması gerekmemektedir, yani Simon Bikindi tipi bir popülerlik şart değildir. Sadece takipçilerinin hayatları üzerinde bir etkiye sahip olmak yeterlidir. Böyle bir durumda kişi sadece bir internet mücahidi değil, aynı zamanda bir soykırım kışkırtıcısı ve dolayısıyla 1948 Soykırım Sözleşmesi'nin ihlalin-den sorumlu olabilir.

## V. ULUSÖTESİ ŞİRKETLER VE ANA DEVLETLER

Sosyal medyanın düzenlenmesi gerektiğine dair kanıtlar artmakla birlikte, sosyal medya şirketlerinin ulusötesi yapısı bunu uluslararası hukuk açısından zor bir süreç haline getirmektedir. Özellikle uzmanlar, geleneksel devlet merkezli uluslararası hukuk sisteminin sosyal medya şirketleri de dahil olmak üzere ulusötesi şirketlere uygulanmasının zorluğuna dikkat çekmiştir.<sup>70</sup> Uluslararası hukuk kapsamında ulusötesi şirketlerin sorumluluğu bu bildiride odak noktası olmasa da, kısa bir tartışmayı hak etmektedir.

Çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlallerindeki rolü konusunda artan bir farkındalık olmasına rağmen, bağlayıcı bir ticari insan hakları andlaşması yoktur.<sup>71</sup> Çok uluslu şirketler ile uluslararası insan hakları

<sup>70</sup> **DURUIGBO**, Emeka: "Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges", *Northwestern Journal of International Human Rights*, C. 6, S. 2, 2008, s. 226; **DOMINO**, Jenny: "Crime as Cognitive Constraint: Facebook's Role in Myanmar's Incitement Landscape and the Promise of International Tort Liability", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 52, S. 2, 2020, s. 169.

<sup>71</sup> **MCCONNELL**, Lee: "Assessing the Feasibility of a Business and Human Rights Treaty", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 66, S. 1, 2017, s. 144.



hukuku arasındaki ilişki tartışmalıdır.<sup>72</sup> Bazı yazarlar, Soykırım Sözleşmesi'nin gerçek veya tüzel kişiler arasında ayırım yapmadığına dikkat çekerek kurumsal kişiliğe odaklanarak bu zorluğu aşmaya çalışmıştır.<sup>73</sup> Bu görüş için tartışmalar devam etse de kabul görmektedir.<sup>74</sup>

İşletmelerin insan hakları uygulamaları büyük ölçüde Birleşmiş Milletler'in *İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri* gibi bağlayıcı olmayan normatif çerçeveler aracılığıyla düzenlenmiştir.<sup>75</sup> Ancak bu çerçevelerin uyumluluğun sağlanması için yeterli olup olmadığı belirsizdir.<sup>76</sup> Örneğin, Avrupa Komisyonu, çok uluslu sosyal medya şirketleri de dahil olmak üzere bilişim teknoloji şirketlerini düzenlemek için bir davranış kuralları kullanmaktadır, ancak bunun etkinliği sorgulanmaktadır.<sup>77</sup> Daha genel olarak, insan hakları yaklaşımları sosyal medya platformlarının yayınlanan içeriği düzenlemesi için bir yol sunabilirken, moderasyonun şirketlere bırakılması, geniş standartların belirli kurallara nasıl çevrilebileceğine dair soruları gündeme getirmekte ve çok uluslu şirketlerin yeterli değişiklik yapmadan insan hakları dilini benimseme riskini açık bırakmaktadır.<sup>78</sup>

Sosyal medya şirketleri içerik denetleme politikaları geliştirme konusunda ilerleme kaydetmiştir. Çok uluslu sosyal medya şirketlerinin kendi platformlarında yayınlananları, dahili olarak geliştirilen kurallara

---

<sup>72</sup> **DURUIGBO**, s. 223.

<sup>73</sup> **KELLY**, Michael: "Prosecuting Corporations for Genocide under International Law", *Harvard Law & Policy Review*, C. 6, S. 2, 2012, s. 347.

<sup>74</sup> **CLAPHAM**, Andrew: *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006, s. 6.

<sup>75</sup> United Nations. (2011). *Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations "protect, respect and remedy" framework*. United Nations HR/PUB/11/04.

<sup>76</sup> **RAMASASTRY**, Anita: "Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability", *Journal of Human Rights*, C. 14, S. 2, 2015, s. 258.

<sup>77</sup> **ALKIVIADOU**, Natalie: "Hate Speech on Social Media Networks: Towards a Regulatory Framework?", *Information & Communications Technology Law*, C. 28, S. 1, 2019, s. 34.

<sup>78</sup> **SANDER**, Barrie: "Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights Based Approach to Content Moderation", *Fordham International Law Journal*, C. 43, S. 4, 2020, s. 1005.

bağlı denetim sistemleri aracılığıyla düzenledikleri içerik denetimi, sosyal medya içeriğinin nasıl düzenleneceğine dair tartışmalara öncülük eden bir cevap olarak ortaya çıkmıştır.<sup>79</sup> Bu yaklaşımlar 2000'lerin ortalarından bu yana Facebook, Twitter ve YouTube gibi şirketlerin kurallarını yerel bağlamlara hitap edecek şekilde netleştirmesi, kuralların uygulanmasında tutarlılığı artırması ve uygulama için gereken personel ve yapıları genişletmesiyle önemli ölçüde gelişmiştir.<sup>80</sup>

Oluşturulan sistemler, ifade özgürlüğü kavramlarına uyan piyasa odaklı bir çözüm olarak savunulsa da kusurları yok değildir. Sosyal medya şirketleri, devletlerin vatandaşlarına karşı sorumlu olduğu gibi kullanıcılarına karşı sorumlu olmadığından, içerik denetimi önemli hesap verebilirlik sorunlarını gündeme getirmektedir.<sup>81</sup> Dolayısıyla, bu yaklaşım bazı çözümler sunsa da, kimin sorumlu olduğuna dair temel soruyu ele almamakta ve moderasyonu hukukun değil özel şirket politikasının bir meselesi olarak bırakmaktadır.

## A. Ana Devletler

Bir başka yaklaşım ise ana devletlerin sorumluluklarına odaklanmaktadır. Bu yaklaşım basit bir gerçeği kabul etmektedir: Çok uluslu şirketlerin kurulduğu devletler, çok uluslu şirketlerin yükümlülüklerinden bağımsız olarak, kendi yetki alanları sayesinde kurumsal davranışları düzenlemek için benzersiz bir konuma sahiptir.<sup>82</sup> Bu yargı yetkisinin uyruklu ilkesinden kaynaklanır. Çok uluslu şirketin kurulduğu devlet, çok uluslu şirketin uyuşuğu olarak hizmet eder ve devlete yargı yetkisi sağlar.<sup>83</sup>

<sup>79</sup> **DASKAL**, Jennifer: "Speech Across Borders", *Virginia Law Review*, C. 105, S. 8, 2019, s. 1637.

<sup>80</sup> **KLONICK**, Kate: "The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech", *Harvard Law Review*, C. 131, S. 6, 2018, s. 1631.

<sup>81</sup> **KLONICK**, s. 1669.

<sup>82</sup> **BROECKER**, Christen: "Better the Devil You Know: Home State Approaches to Transnational Corporate Accountability", *NYU Journal of International Law and Politics*, C. 41, S. 1, 2008, s. 161.

<sup>83</sup> **SECK**, Sara: *Conceptualizing the Home State Duty to Protect Human Rights*, Buhmann, Karin/Roseberry, Lynn/Morsing, Mette (Editörler), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities*, London 2011, s. 29.

Sistem devletlerin kendi topraklarında yerleşik çok uluslu şirketleri düzenleme yükümlülüklerine ilişkin daha derin varsayımlardan kaynaklanmaktadır. Her ne kadar insan hakları hukuku genel olarak devletleri firmalarının ülke dışı davranışlarını düzenlemekle yükümlü kılmassa da, *BM Yol Gösterici İlkeleri* devletlerin bunu yapmasının yasak olmadığını belirtmektedir.<sup>84</sup> Gerçekten de bu ilkeler, ana devletlerin ülke dışı davranışlar için insan hakları beklentileri belirlemeleri için güçlü politika nedenleri olduğunu belirtmektedir.<sup>85</sup> Buradan hareketle, özellikle devlet organlarının eylemlerinden fayda sağlayan firmalar için yasal yükümlülük argümanları geliştirilebilir. Gerçekten de ev sahibi devletin hesap verebilirliği kapsamında, devletlerin bir devlet organının eylemlerinden yararlanan herhangi bir kuruluşun davranışından sorumlu olduğu savunulmaktadır.<sup>86</sup> Bu yaklaşım, ev sahibi devletlerin insan haklarına uyumu sağlama sorumluluğuyla bağlantılıdır ancak ana devletler ve ev sahibi devletler arasında sıklıkla farklılaşan kapasiteler de kabul edilmelidir.

Ana devletin yükümlülüklerine odaklanmak, çok uluslu şirketlerin insan hakları yükümlülükleri olup olmadığı sorusunu bir kenara bırakmaktadır. Bu yaklaşım, çok uluslu şirketlerin yasal yükümlülüklerden muaf olduğu anlamına gelmez. Şirketlerin tüzel kişiler olarak uluslararası hukuk kapsamında yükümlülükleri olabileceği belirtilebilir.<sup>87</sup> Bunun yerine şirketlerin sorumluluğunu oluşturmak, devlet yükümlülüklerine odaklanan başka bir tamamlayıcı hesap verebilirlik düzeyi sağlar.

Ana devlet, birçok uluslu şirketin kurulduğu yer olabileceği gibi, yabancı iştirakler söz konusu olduğunda, yatırımın kaynaklandığı devlet de olabilir. Finansman, ihlalin doğrudan nedeni olmasa da, çok uluslu

---

<sup>84</sup> United Nations. (2011). Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework. United Nations HR/PUB/11/04, s. 3.

<sup>85</sup> United Nations. (2011). Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework. United Nations HR/PUB/11/04, s. 4.

<sup>86</sup> SECK, s. 50.

<sup>87</sup> KELLY, s. 347.

şirketi destekler finansman olmadan ihlal gerçekleşemez. Ana devletin eylemleri çok uluslu şirketin faaliyet göstermesi için gerekli olduğundan, devlet insan hakları ihlallerini önlemek ve düzeltmekle yükümlüdür.<sup>88</sup> Böylelikle şirketlerin kolayca minimize edemeyeceği bağlayıcı standartlar yaratılarak kurumsal sosyal sorumluluk yaklaşımlarının sakıncaları önlenir. Bu nedenle, ana devlet sorumluluğu, devletlerin yurt dışındaki çok uluslu şirket davranışlarını düzenlemeleri için bir yol sunar.

## B. Soykırım Yasağı ve Devlet Sorumluluğu

Ana devletin sorumluluğundan yola çıkan bu bildiri, çok uluslu sosyal medya şirketleri üzerinde yargı yetkisi olan devletlerin, bazı durumlarda, sosyal medya platformları başka bir devlette soykırımı kışkırtmak için kullanıldığında harekete geçmek zorunda olduklarını savunmaktadır. Bu yükümlülük, tüm devletlerin soykırım suçunu önlemesini gerektiren soykırım yasağının doğasından kaynaklanmaktadır ve *Devlet Sorumluluğu Maddeleri* kapsamında yasal bir yanıt veya karşı önlemdir.<sup>89</sup> İlerleyen bölümlerde, bu iki hukuk kurumu ana devletin sorumluluğu ilkesiyle birlikte ele alındığında, devletlere sosyal medyanın soykırım kışkırtıcılığı için kullanılmasını önleme yükümlülüğünü ve çerçevesini nasıl sağladıklarına dair bir tartışmaya geçmeden önce ele alınmaktadır.

## C. Soykırım Yasağı

Soykırım yasağı, soykırımın tanımını ve yasaklanmasını ortaya koyan Soykırım Sözleşmesi'nde kodifiye edilmiştir.<sup>90</sup> Sözleşme, tarafların soykırımı önlemek, faillerini cezalandırmak, kendi yetki alanları içinde soy-

<sup>88</sup> SECK, s. 51.

<sup>89</sup> International Court of Justice. (2007). Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024), s. 165; International Law Commission. (2001). Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (Erişim Tarihi: 10.03.2024), Md. 48-54.

<sup>90</sup> 1948 Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opened for signature 9 December 1948, Art. II, 78 UNTS 277 (entered into force 12 January 1951).

kırımı suç saymak ve soykırımı müdahale etmek için Birleşmiş Milletler ile birlikte çalışmak için çalışmalarını gerektirmektedir.<sup>91</sup> Bu haliyle Sözleşme içeriğinin büyük bir kısmında uluslararası teamül hukukunun kabul edilen pozisyonunu kodifiye etmektedir.<sup>92</sup>

Aslında, sözleşmeye taraf olmayan devletler bile cezalandırma ve önleme ikiz görevleriyle bağlıdırlar. UAD, soykırım yasağının *jus cogens* bir norm olduğunu, mutlak ve evrensel yükümlülükler içerdiğini defalarca tespit etmiştir.<sup>93</sup> Bu nedenle, tüm devletler soykırımı ilişkin teamül hukuku yasaklarıyla bağlıdır. *Jus cogens* normların doğası gereği, uygulanması tüm devletleri ilgilendirir, çünkü tüm devletler bu normların ihlalinden zarar görür ve her devletin normu uygulamak için adım atmakta çıkarı ve yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>94</sup>

#### **D. Harekete Geçme Sorumluluğu: *Jus Cogens* İhlalleri, Devletin Sorumluluğu ve Karşı Önlemler**

Eğer tüm devletler soykırımı önlemekle yükümlüyse ve bu yükümlülük uluslararası toplumun tüm üyeleri için geçerliyse, devletler bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak için ne yapabilirler? Burada iki faktörü göz önünde bulundurmak önemlidir: Devletin soykırımı önlemek için harekete geçme konusundaki göreceli kapasitesi ve bir devletin elinden gelen çabayı göstermesine rağmen soykırımı önleyememesi halinde sorumlu tutulamayacağını kabul edilmesi. Devletin bir olayı etkileme kapasitesinin belirlenmesindeki temel husus, *jus cogens* normunun ihlali karşısında bile devletin sadece yasal yetkisi dahilindeki

<sup>91</sup> TAMS, Christian: Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary, London 2014, s. 39.

<sup>92</sup> International Court of Justice. (1970). Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024), s. 161.

<sup>93</sup> International Court of Justice. (1951). Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. <https://www.icj-cij.org/en/case/12/advisory-opinions> (Erişim Tarihi: 10.03.2024), s. 34.

<sup>94</sup> WOUTERS, Jan: "The Prohibition of Genocide as a Norm of Jus Cogens and its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide", International Criminal Law Review, C. 5, S. 3, 2005, s. 409.

yollarla tepki verebileceğinin kabul edilmesidir ki bu da söz konusu devletler arasındaki ilişkiye bağlı olarak değişebilir.<sup>95</sup> Ana devletin hesap verebilirliği kavramı göz önünde bulundurulduğunda, bir devletin yükümlülükleri; yerine getirmesi için gerekli olması halinde, o devletin yetki alanında yerleşik ya da önemli bir varlığı olan işletmeleri düzenleme yükümlülüğünü de içerebilir.<sup>96</sup>

Bir devletin *jus cogens* ihlali karşısında harekete geçme sorumluluğunu belirlemek için dört kriter önerilmiştir:<sup>97</sup> Bu kriterler; devlet ile muhtemel failer arasındaki siyasi ve ekonomik bağlar, coğrafi yakınlık, karşı önlemlerin başarı şansı olması için temasların düzenliliği ve failere zamanında ulaşma kabiliyetidir. Son kriter ise devletlerin yasal güçleri, özellikle de devlet ile muhtemel failer arasında benzersiz andlaşma hakları veya yasal yükümlülüklerin varlığıdır.

Bu kriterlere bağlı olarak, bir devlet, başka bir devletin yükümlülüklerini yerine getirmemesine karşılık olarak, yasal bir yanıt veya karşı önlemler yoluyla harekete geçme hakkına sahip olabilir.<sup>98</sup> Uluslararası hukukun emredici bir normunun ihlali durumunda, devletler zarar görmüş olsun ya da olmasın, bireysel olarak ya da uluslararası toplumun bir parçası olarak karşılık verebilirler. Daha da önemlisi, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olan herhangi bir devlet bir yükümlülüğün yerine getirilmemesini sona erdirmek amacıyla başka bir taraf devletin sorumluluğuna başvurabilir.<sup>99</sup>

Verilecek tepki değişiklik gösterebilir. Devletler diplomatik baskı ya da yaptırım uygulamakla yükümlü olabilirler ancak aynı zamanda ka-

<sup>95</sup> **GATTINI**, Andrea: "Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment", *European Journal of International Law*, C. 18, S. 4, 2007, s. 701.

<sup>96</sup> **BROECKER**, s. 161.

<sup>97</sup> **TAMS**, s. 52.

<sup>98</sup> International Law Commission. (2001). Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (Erişim Tarihi: 10.03.2024), Md. 49-54.

<sup>99</sup> International Court of Justice. (2020). Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024), s. 41.

muoyunu harekete geçirmeye çalışmaları ya da daha iyi konumdaki devletleri harekete geçmeleri için motive etmeleri de beklenebilir.<sup>100</sup> Sosyal medyanın rolü göz önünde bulundurulduğunda, etkileme kapasitesinin anlamı, bir devletin söz konusu soykırımıyla ilgili olduğu ölçüde sosyal medya kullanımının potansiyel zararını yasal olarak etkileme, düzenleme veya başka bir şekilde hafifletme yeteneği olarak anlaşılabilir.<sup>101</sup> Bu nedenle, devletlerin sorumluluk düzeyi farklılık gösterebilir. Herhangi bir devlet harekete geçmekle yükümlü olsa da, söz konusu sosyal medya şirketi üzerinde anlamlı bir yargı yetkisine sahip olanlar, özellikle yönetim merkezinin veya kilit alt yapı bileşenlerinin bulunduğu devletler, bu durumlarda özel bir yük taşırlar.

Özel olarak etkilenmeyen üçüncü taraf devletlerin, bir *erga omnes* yükümlülüğün ihlali karşısında, ihlale yanıt olarak yasal hale getirilen hukuka aykırı eylemlere karşı önlem almaları halinde, devlet sorumluluğu hukukunun sarsılacağına belirtmek önemlidir.<sup>102</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun *Devletin Sorumluluğu Maddeleri'ni* hazırlarken belirttiği üzere, konuyla ilgili devlet uygulaması sınırlıdır ve uluslararası hukuk da benzer şekilde belirsizdir.<sup>103</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu özellikle, üçüncü taraflara karşı önlemler alma hakkının tanınmasına ilişkin üç hususa dikkat çekmiştir: Yaygın bir temsili devlet uygulamasının olmaması, tutarlı bir uygulamanın olmaması ve hukuk olarak kabul edilen bir uygulamanın olmaması.<sup>104</sup> Aynı zamanda bu tespit, devlet uygula-

<sup>100</sup> TAMS, s. 53.

<sup>101</sup> International Court of Justice. (2007). Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024), s. 429.

<sup>102</sup> DAWIDOWICZ, Martin: Third-Party Countermeasures In International Law. Cambridge 2017, s. 4.

<sup>103</sup> International Law Commission. (2007). Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, commentaries thereto. In Yearbook of the International Law Commission - 2001 (Vol. 2, Part 2). United Nations Publication, madde 54, paragraf 3-6.

<sup>104</sup> International Law Commission. (2006). Yearbook of the International Law Commission 2000 (Vol. 2, Part 2). United Nations Publication. [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/2000\\_2009.shtml](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/2000_2009.shtml) (Erişim Tarihi: 10.03.2024), s. 356.

masının genişliğini hesaba katmadığı ve *opinio juris*'i yanlış temsil ettiği için eleştirilmiştir.<sup>105</sup>

Devletlerin yükümlülüğün ihlalini sona erdirmek için her türlü yasal tedbiri alabileceği tartışmasızdır.<sup>106</sup> Aynı zamanda, akademisyenler ile Uluslararası Hukuk Komisyonu, devlet uygulamalarının karışık olduğunu ve üçüncü taraf devletlerin daha önce evrensel olarak borçlu olunan yükümlülüklerin ihlaliyle karşılaştıklarında karşı önlemlere başvurduklarını belirtmiştir.<sup>107</sup> Devlet uygulamaları, üçüncü taraf devletlerin bazen karşı önlemler uygulamasına izin verildiği iddiasını destekleyebilir.<sup>108</sup> Özellikle, soykırım yasağının mutlak niteliği göz önünde bulundurulduğunda, soykırımı karşılık olarak barışçıl karşı önlemler alınması zorunlu olabilir.<sup>109</sup> Bir ana devletin kendi sınırları içindeki bir şirket üzerinde yargı yetkisi kullanmasının bir karşı önlem değil, yerel devlet otoritesinin yasal bir uygulaması olduğu ileri sürülebilir. Aksi takdirde, devletlerin insan hakları ihlallerine karşılık olarak, zarar gören devlet olmasalar bile, karşı önlemlere başvurdukları tarihsel örnekler bulunmaktadır ve bu gibi durumlarda böyle bir karşılık geçerli bir karşı önlem olabilir.<sup>110</sup> Bu gerekçeler dikkate alındığında, burada tasavvur edilen karşılık muhtemelen *Devletin Sorumluluğu Maddeleri* kapsamında hukuka uygun bir karşılıktır ve eğer değilse, devlet uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda hukuka uygun bir karşı önlem olabilir. Soykırım yasağı kapsamında devletler soykırımı önlemekle yükümlüdür. Sosyal medyanın üçüncü taraf bir devlette soykırımı teşvik etmek için kullanıldığı durumlarda, ana devletlerin yükümlülükleri, üzerinde yargı yetkisine sahip oldukları çok uluslu sosyal medya şirketlerini kısıtlamalarını veya düzenlemelerini gerektirebilir.

<sup>105</sup> DAWIDOWICZ, s. 5.

<sup>106</sup> BIRD, Annie: "Third State Responsibility For Human Rights Violations", *European Journal of International Law*, C. 21, S. 4, 2010, s. 896.

<sup>107</sup> BIRD, s. 899.

<sup>108</sup> DAWIDOWICZ, s. 383.

<sup>109</sup> LONGOBARDO, Marco: "Genocide, Obligations Erga Omnes, and The Responsibility to Protect: Remarks on A Complex Convergence", *The International Journal of Human Rights*, C. 19, S. 8, 2015, s. 1207.

<sup>110</sup> DAWIDOWICZ, s. 5.



## E. Ana Devletlerin Harekete Geçme Görevi

Ana devletin sorumluluğu kapsamında, bir devletin, merkezi kendi sınırları içinde bulunan veya başka bir şekilde mevcut olan çok uluslu şirketleri, suç teşkil eden eylemler başka bir devlette gerçekleşiyor olsa bile düzenleyebileceği açıktır.<sup>111</sup> Dahası, eğer devletler insan hakları ihlallerine yol açan şirket davranışlarını düzenlemek için harekete geçebiliyorlarsa, soykırımın mutlak olarak yasaklandığı göz önüne alındığında, soykırımın işlenmesine yardımcı olan davranışları da düzenleyebilecekleri akla yatkındır. Soykırımı önleme yükümlülüklerini yerine getirmek için devletlerin, ülkelerinde kurulu veya merkezi bulunan çok uluslu sosyal medya şirketlerini düzenlemeleri gerekebilir. Birçok uluslu sosyal medya şirketinden bireysel hesapları kısıtlamasını talep etmekten, risk altındaki bölgede platformuna erişimde daha geniş kısıtlamalar talep etmeye kadar değişebilen bu tür müdahaleler, ana devletin sorumluluğu ve *Devlet Sorumluluğu Maddeleri* çerçevesinde yasal ve dava edilebilir hale getirilir.

Önleme yükümlülüğü de dâhil olmak üzere soykırım yasağı mutlaktır. Buna göre, devletler uygun ve mümkün olan her türlü yasal yolla soykırımı önlemekle yükümlüdür. Dahası, soykırım *jus cogens* bir yasak olduğu için, bu yükümlülük tüm devletler için bağlayıcıdır.<sup>112</sup> Bu durum göz önüne alındığında, devletlerin ihlali telafi etme kapasitesine sahip bir devletin bunu yapmasını bekleme hakkı olabilir. Bu nedenle, yükümlülük, buna karşılık gelen bir eyleme geçme görevi oluşturur.<sup>113</sup> Buna göre, devletler soykırımın kendisi kadar soykırımın teşvik edilmesini de önlemekle yükümlüdür, çünkü kışkırtma soykırım suçuyla ilgili olarak kodifiye edilmiş yasak bir eylemdir.<sup>114</sup> Bu nedenle, bir devletin eylemi

<sup>111</sup> BROECKER, s. 161.

<sup>112</sup> GIBNEY, Mark: "Genocide And State Responsibility", *Human Rights Law Review*, C. 7, S. 4, 2007, s. 767.

<sup>113</sup> TOOPE, Stephen: "Does International Law Impose A Duty Upon the United Nations to Prevent Genocide?", *McGill Law Journal*, C. 46, S. 1, 2000, s. 193.

<sup>114</sup> United Nations General Assembly. (1948). Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. In Treaty series (Vol. 78). United Nations, General Assembly resolution 260 A (III), madde. 3(c).

tamamen durdurabilmesi gerekmez: Eğer tahriki önleme ihtimali varsa, yasağın diğer ihlallerini önleme kabiliyetine bakılmaksızın bunu yapmalıdır. Yükümlülüğün içeriğinin devletler arasında farklılık göstereceğini kabul etmek önemlidir. Siyasi veya ekonomik bağlar, coğrafi yakınlık etkenlerinin önleme yükümlülüğünün nasıl uygulanacağını etkileme kabiliyetleri göz önüne alındığında, devletlere sunulan yasal seçenekler<sup>115</sup> ana devletlerin harekete geçme yükümlülüğünün var olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Yükümlülüğün tesis edilmesi hangi yanıtların yasal ya da uygun olduğunu belirlemez. Bu noktada *Devlet Sorumluluğu Maddeleri'ne* dönmek ve hangi yasal yanıtların veya karşı önlemlerin kabul edilebilir olabileceğine ilişkin çıkarımlarını değerlendirmek faydalı olacaktır. *Devlet Sorumluluğu Maddeleri* uyarınca, emredici bir normun ihlaliyle karşılaştıklarında, devletler bireysel olarak zarar görseler de görmeseler de bunu sona erdirmek için harekete geçebilirler.<sup>116</sup> Bu ihlale karşılık olarak, zarar görmemiş bir devlet, ihlal eden devlette uyumu teşvik etmek için yasal eylemler ve olası karşı önlemler alabilir.<sup>117</sup>

Sosyal medya soykırımı kışkırtmak için kullanıldığında, ana devlet harekete geçme hakkına sahip olacaktır. Başka bir devlette sosyal medya erişimini kısıtlayan ana devletin eylemi, bir karşı önlem olmasa bile yasal bir yanıt olarak kabul edilebilir. Ana devletin hesap verebilirliği yoluyla insan haklarına uyulmasını sağlamak, kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi yasağının ihlal edilmesini önler, çünkü eylemin kendisi devlet sınırlarını aşmaz ve bunun yerine ana devlet içindeki yasal bir kuvvet kullanımını yansıtır. Bu durumda, sınırları içinde bulunan işletmelerin davranışlarını düzenleyen bir devlet bulunmaktadır.<sup>118</sup> Bu tür kısıtlamaların coğrafi ve zamansal olarak sınırlandırılabilmesi, müdahalenin yasallığını daha da güçlendirerek üçüncü taraf devletlere zarar vermemesini sağlamaya yardımcı olur.<sup>119</sup> Böyle bir kısıtlama, insan

---

<sup>115</sup> TAMS, s. 52.

<sup>116</sup> WOUTERS, s. 409.

<sup>117</sup> BIRD, s. 896.

<sup>118</sup> BROECKER, s. 178.

<sup>119</sup> WOUTERS, s. 414.

hakları hukukuna uygun olarak, bir ifade biçimine getirilen yasal bir sınırlama olarak ölçülü ve orantılı olacaktır. Müdahale bir devletin soykırımı teşvik etme kabiliyetini derhal azaltmayı hedefleyecek ve yasal bir müdahalenin tüm gerekliliklerine sahip olacaktır.

## VI. NASIL ÇALIŞABİLİR?

Harekete geçme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, sosyal medya aracılığıyla kışkırtma yapıldığına karar verme yetkisinin kime ait olduğu sorusu ortada durmaktadır. Yükümlülük ana devletlere aittir ve karar onlar tarafından verilebilir. Ancak bir tarama mekanizması olmaksızın bu durum siyasi çıkarlar için istismar edilebilir. Bu endişeler göz önünde bulundurularak, bu bildiride, bir durumun burada açıklanan türden bir eylemi gerektirip gerektirmediğine karar vermek için yerel ve uluslararası mekanizmalar için bazı olasılıklar tartışılmaktadır. Tartışılan yasal yükümlülüklerin nasıl işlevsel hale getirileceği sorusunu çözme iddiasında bulunulmayacaktır. Bunun yerine amaç, yapılabilecek bazı yolları ve bu seçeneklerin karşı karşıya olduğu bazı fırsatların yanı sıra zorlukları vurgulamaktır. Bu hususlardan bazılarının, göreceli yararları ve riskleri de dahil olmak üzere, daha uzun bir tartışması sonuç bölümünde yer almaktadır.

### A. Yerel Mekanizmalar

Seçeneklerden biri de kararı söz konusu devletlere bırakmaktır. Bu durumda kısıtlamalar, bir devletin Dışişleri Bakanlığı'nın veya benzer bir kurumun bir sosyal medya platformunda kışkırtma yapıldığına dair kararını takip edebilir. Devlet daha sonra çok uluslu sosyal medya şirketinin faaliyetlerini sınırlandırmaya zorlayan bir yasal düzenleme yapabilir ya da mahkeme kararı veya benzeri bir tedbir talep edebilir. Devletler ayrıca bireylerin veya sivil toplum kuruluşlarının, örneğin internet hizmet sağlayıcılarına veya çok uluslu sosyal medya şirketlerine karşı hukuk davası açmasına izin vererek, yardım için doğrudan mahkemelere başvurulmasına izin verebilecek mevzuatı da değerlendirebilir.<sup>120</sup> Dev-

---

<sup>120</sup> SLOSS, David: "Section 230 and the Duty to Prevent Mass Atrocities", Case Western Reserve Journal of International Law, C. 52, S. 1, 2020, s. 211.

letler, vahşet durumlarını izlemek ve gerektiğinde harekete geçilmesini tavsiye etmekle görevli bir uzman komitesi kurmayı düşünerek ne zaman ve nasıl harekete geçileceği konusunda değerli bir rehberlik sağlayabilir.

## B. Uluslararası Mekanizmalar

Kararlar ana devlete bırakılırsa, siyasi kazanç için istismar edilebilirler. Ne yazık ki Soykırım Sözleşmesi, bir durumun eylem gerektirip gerektirmediğini belirleyebilecek bir andlaşma organına sahip değildir. Bir çözüm, BM Güvenlik Konseyi (BMGK) ya da BM İnsan Hakları Konseyi'nin, soykırımın gerçekleşiyor olabileceği ve sosyal medyanın kışkırtma için kullanılıyor olabileceği durumlara ilişkin tavsiye niteliğinde görüşler yayınlayabilecek bir çalışma grubu kurması olabilir.

BMGK'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasındaki birincil sorumluluğu göz önüne alındığında liderlik etmesi gerektiği savunulabilir.<sup>121</sup> Aynı zamanda, BMGK'nin etkinliğine ilişkin endişeler, özellikle de daimi üyelerinin vetoları bunu zorlaştırabilir. BMGK bu sorumluluğu yerine getiremezse, BM Genel Kurulu harekete geçebilir. İnsan haklarına odaklanan BM İnsan Hakları Konseyi böyle bir organ için doğal bir yuva olabilir.

Tespit yapıldıktan sonra, ana devletler yerel kurumlar aracılığıyla uyumu sağlayabilir. Bu da önemli bir soruyu gündeme getirmektedir: Bir devlet bu süreçte ne zaman harekete geçebilir? BM İnsan Hakları Konseyi veya başka bir organın neyin kışkırtma teşkil ettiğine ve sosyal medya kullanımının bu eşiği ne zaman aştığını belirlemeye yönelik standartlara karar vermesi gerekebilir. Akademisyenlerin de belirttiği gibi, kışkırtmanın her iki bileşeni konusunda da kafa karışıklığı vardır: Özel kasıt gerekliliği ile doğrudan ve aleni ifadesinin anlamı.<sup>122</sup> Soykırı-

<sup>121</sup> United Nations. (1945). Charter of the United Nations. 1 UNTS XVI. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024), madde 24.

<sup>122</sup> SASLOW, Brendan: "Public Enemy: The Public Element of Direct and Public Incitement to Commit Genocide", Case Western Reserve Journal of International Law, C. 48, S. 1, 2016, s. 437.

mı önleme yükümlülüğünü tetiklemek için ne tür davranışların gerekli olduğu konusunda açıklığa ihtiyaç vardır.

BM İnsan Hakları Konseyi de hangi tepkilerin ne zaman uygun olacağını belirlemek için iyi bir konuma sahip olabilir. Bireysel hesapların askıya alınmasından devlet çapında kapatmaya kadar bir dizi eylemin sosyal medyanın kışkırtma amacıyla kullanılma kabiliyetini sınırlayabileceğini belirtmek önemlidir. Az sayıda hesabın en büyük riski oluşturduğu durumlarda, hedefli askıya almalar önleme ve ifade özgürlüğü arasında en iyi dengeyi sağlayabilir. Bununla birlikte, diğer durumlarda örneğin hesaplar tepkinin mümkün olduğundan daha hızlı bir şekilde oluşturulmaktaysa daha geniş kısıtlamalar gerekli olabilir. BM İnsan Hakları Konseyi hangi tepkilerin ne zaman uygun olacağına dair standartlar geliştirebilir.

### C. Uygulama Sorunları

Uygulama basit bir süreç olmayacaktır. Özellikle, hangi devletin (veya devletlerin) ana devlet olarak kabul edileceği sorusu tartışmaya ve hatta manipülasyona açık olacaktır. Kurumlar vergisi ile ilgili son tartışmaların gösterdiği gibi, çok uluslu şirketler devlet düzenlemelerinden kaçınmak için merkezlerini başka bir yere taşıyabilirler ve taşımaktadırlar.<sup>123</sup> Çok uluslu sosyal medya şirketlerinin de sorumluluktan kurtulmak için benzer bir şey yapabilecekleri, merkezlerini yükümlülüklerin asgari düzeyde uygulanmasını vaat eden devletlere taşıyabilecekleri düşünüldüğünde, neyin ana devleti oluşturduğu ve hangi devletlerin yargı yetkisini kullanabileceği sorusunu dikkate almak önemlidir.

Her ne kadar çok uluslu şirketler düzenlemeden kaçmaya çalışsalar da, ana devletin hesap verebilirliği kavramı o kadar kolay manipüle edilemez. Daha da önemlisi, bir yönetim merkezinin konumu hangi devletin ana devlet yükümlülüklerine sahip olduğunu belirlemenin belki de en kolay yolu olsa da, tek yolu değildir. Örneğin Seck, hangi devletlerin sorumlu olabileceğinin belirlenmesinde finansmanın nereden geldiğinin

---

<sup>123</sup> DILLON, Sara: "Tax Avoidance, Revenue Starvation and the Age of the Multinational Corporation", *The International Lawyer*, C. 50, S. 2, 2017, s. 327.

dikkate alınmasının önemine dikkat çekmiştir.<sup>124</sup> Benzer şekilde, bir çok uluslu şirketin sunucular ve yönlendiriciler de dahil olmak üzere önemli fiziksel altyapıya sahip olduğu devletler de bölgesel yargı yetkisini kullanabilir.

Almanya'nın yeni NetzDG yasası başka bir çözüm sunmaktadır. NetzDG, şirketin merkezinin nerede olduğuna bakılmaksızın Almanya'da iki milyondan fazla kullanıcısı olan sosyal medya platformlarını düzenlemektedir. Yasaya göre, sosyal medya platformları açıkça hukuka aykırı olan içerikleri 24 saat içinde kaldırmak zorundadır ve yılda 100'den fazla şikayet alan şirketler içerik moderasyon uygulamaları hakkında iki yılda bir rapor sunmak zorundadır.<sup>125</sup> Almanya, adresini kullanıcılara göre düzenleyerek, yurt dışında yerleşik büyük çok uluslu şirketler üzerinde önemli bir düzenleyici güç uygulayabilir. Devletler de benzer yasaları benimseyerek çok uluslu şirketlerin yargı yetkisinden kaçınmak için seçici olarak yer değiştirme riskini daha da azaltabilir.

Son olarak, bir BM organının kurulması veya ulusal mevzuatın kabul edilmesi önemli ölçüde zaman alabilir ve siyasi irade gerektirmektedir. Dolayısıyla, bu mekanizmalar önemli ve takip edilmeye değer olmakla birlikte, acil bir çözüm değildir. Ancak, uluslararası bir organ kurulduğunda veya ulusal mevzuat kabul edildiğinde, mekanizmalar gelecekte kullanılmak üzere hazır olacaktır. Elbette, herhangi bir uluslararası mekanizma, BM insan hakları sisteminde yaygın hale gelen yığılmaları önlemek amacıyla, ortaya çıkan durumlara hızlı bir şekilde yanıt verebilmesini sağlamak için uluslararası toplumdaki yeterli desteği almalıdır. Bununla birlikte, kışkırtma ve soykırıma dar bir şekilde odaklanan bir organ, muhtemelen daha geniş insan hakları kurumlarına göre daha az zorlanacaktır.

---

<sup>124</sup> SECK, s. 29.

<sup>125</sup> HE, *Danya*: "Governing Hate Content Online: How the Rechtsstaat Shaped the Policy Discourse on the Netzdg in Germany", *International Journal of Communication*, C. 14, S. 1, 2020, s. 3754.

## SONUÇ

Dünyanın değiştiği aşikâr olmakla birlikte, iletişim alanında gerçek bir devrimle karşı karşıyayız. Bu devrimin hayati unsurlarından biri de özgür ve rahatsız edilmeden iletişim kurma arzusundan doğan sosyal medyadır. Ancak, sosyal medya üzerindeki kontrol eksikliği onun en büyük günahı haline gelmiştir. Gerçek bir kontrol olmaksızın faaliyet gösteren kişiler, nefret söylemi ve diğer kanunsuzluk biçimleri için alan yaratmaktadır. Yasaları çiğneyenlere karşı gerçekten etkili bir yasal prosedürün olmaması, sosyal medyayı Hyde Park'ta barışçıl bir Bay Jekyll olarak değil, kötü Bay Hyde olarak kullanmak isteyen herhangi bir kişi için benzeri görülmemiş güvenli limanlar yaratmaktadır.

Sosyal medyada veya daha genel olarak siber uzayda işlenen soykırım kışkırtıcılığını kovuşturmak için yasal yollar vardır. Yukarıda tartışıldığı üzere, internet üzerinden yapılan kışkırtmalar Soykırım Sözleşmesi, ilgili anlaşmalar ve teamül hukuku tarafından sağlanan tüm gereklilikleri yerine getirebilir. Facebook ve diğer sosyal medya platformlarının kontrolsüz doğası hala en büyük zorluktur. Karmaşık yargı yetkisi sorunları, sosyal medyaya ilişkin yerel düzenlemelerin eksikliği ile birleştiğinde, eşi benzeri görülmemiş bir cezasızlığa yol açmaktadır. Bununla birlikte, mevcut iç hukuk mekanizmaları evrensel yargı yetkisinin desteğiyle bir çözüm sağlayabilir.

Sosyal medya kullanımı ile kışkırtma büyük olasılıkla büyüyen bir olgu olacaktır. Daha katı politikalara kesinlikle ihtiyaç vardır. Soykırımı teşvikten korunmak için yerel yasal rejimlere dayalı, kültürler arası duyarlı bir koruma sağlanmasına ihtiyaç vardır. Facebook veya Twitter gibi dünya çapındaki ve JustPaste.it gibi yerel iletişim platformu operatörlerine baskı yapılmalıdır. Etkili bir önlem alınmaması ifade özgürlüğünün (ve sınırlarının) daha da yozlaşmasına yol açabilir. Daha sonra soykırımlar sosyal medya kullanılarak tetiklenebilir ve düzenlenebilir.

Teknoloji geliştikçe, sosyal medya daha önce radyo ve televizyonun üstlendiği rollerin çoğunu üstlenmeye başlamıştır. Sosyal medya platformları, hükümet yetkililerinden sıradan vatandaşlara kadar herkese,

potansiyel olarak büyük bir kitlenin hızlı ve ucuz bir şekilde iletişim kurmasını sağlamaktadır. Sosyal medya büyük bir potansiyele sahip olsa da, çok daha karanlık amaçlara hizmet edebileceği de açıktır. Rohingya krizinin de gösterdiği gibi, sosyal medya soykırımı kışkırtmak, kitlesel zulümleri teşvik ve koordine etmek için kullanılabilir. Asıl soru şudur: Eğer bunun mümkün olduğunu biliyorsak, soykırımı kışkırtmayı önlemekten kim sorumludur?

Bu bildiri, ana devletlerin rolünü vurgulayarak bu soruyu ele almıştır. Uluslararası hukuka göre, tüm devletler ellerindeki uygun yasal araçları kullanarak soykırımı önlemekle yükümlüdür. Çok uluslu sosyal medya şirketleri üzerinde yargı yetkisine sahip olan ana devletler özel bir sorumluluk taşımaktadır. Ana devletler, bu tür platformlar soykırımı teşvik etmek için kullanıldığında sosyal medya erişimini kısıtlamakla yükümlü olabilir; bu tür tedbirler soykırım yasağının ihlaline karşı yasal bir yanittir. İfade özgürlüğüne ilişkin geçerli endişeler olsa da, orantılı olduğu ve insan hakları standartlarına saygı gösterdiği sürece bu tür bir müdahale yasaklanamaz. Elbette bu yaklaşım, böyle bir teklifin endişesiz olduğu anlamına gelmez. Sosyal medyada kısıtlamalar için ne zaman harekete geçilmesi gerektiği ve kısıtlamalara ne zaman ihtiyaç duyulduğuna kimin karar verebileceği soruları gündeme gelmektedir. Bu bildiri bu sorulara cevap aramak yerine, geleceğe yönelik değerlendirme alanlarını ortaya koymak hedeflenmiştir. Seçeneklerden biri, ana devletlerin durumları izlemek ve uygun olduğunda kısıtlamalar uygulamak için mekanizmalar oluşturmasıyla bağlantılı yerel bir yaklaşımdır. Bu yöntemin tercihi, BMGK'nin tıkanmasını önleyerek daha hızlı yanıtlar verilmesini sağlayabilir. Bununla birlikte, tamamen yerel bir mekanizma, bu tür araçları siyasi kazanç için kullanabilecek ağırlıklı olarak zengin, Batılı devletlere önemli bir güç verebilir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası bir mekanizmanın çeşitli faydaları bulunmaktadır.

Araştırmaya değer bir fikir şudur BM uzman komitesinin oluşturulması. Bu yaklaşım, geçmişteki başarılarıyla dikkat çeken Özel Prosedür-



ler sistemine benzer olabilir. Sistem zorluklarla karşılaşmış olsa da, konu alanlarında değerli denetim, danışma, tavsiye veya izleme işlevleri sağlamıştır. Bu işlevler tam da burada hayal edildir. Uygun olduğunda eylemleri izleyebilen ve tavsiyelerde bulunabilen bir uzman grubu. Böyle bir mekanizma doğrudan BM İnsan Hakları Komitesi aracılığıyla kurulabileceği gibi, örneğin Soykırımı Önleme Özel Danışmanı Ofisi ile koordinasyon halinde BMGK aracılığıyla da oluşturulabilir. Böyle bir mekanizma, eylem gerektiren bir durum olduğunda devletleri bilgilendirebilecektir. Devletler daha sonra kendi yetki alanlarındaki çok uluslu sosyal medya şirketlerine ilişkin komitenin tavsiyelerini yerine getirebileceklerdir. Bireysel bir pozisyon yerine bir komite formatı, soykırım ve insan hakları hukukunun yanı sıra siber operasyonlarla ilgili hukuk ve şirketler ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki de dahil olmak üzere bu gibi soruları yönetmek için gereken geniş kapsamlı uzmanlığı en iyi şekilde oluşturabilir. Bununla birlikte, uluslararası bir organ ihlallere yavaş yavaş yanıt verebilir ve BM insan hakları sistemindekine benzer yığıllarla karşılaşabilir.

Gelecekteki araştırmalar bu iki seçeneğin göreceli avantaj ve dezavantajlarının yanı sıra başarı olasılıklarını da değerlendirebilir. Örneğin, her iki seçenek için de siyasi irade nasıl oluşturulabilir? Uygunluk ve etkinlik, güçle ilgili kaygılarla nasıl dengelenmelidir? Meşruiyet nasıl sağlanacaktır? Yerel bir mekanizma büyük güçlerin bir aracı olarak görülebilir mi? Eğer öyleyse, bu sistemin başarısı ya da başarısızlığı için ne anlama gelebilir? Bunlar gelecekteki araştırmaların ele alabileceği sorulardan sadece bazılarıdır.

Hangi sistem benimsenirse benimsensin, sosyal medya ve kışkırtma sorununun ortadan kalkmayacağı açıktır. Devletlerin bu zorluğa uygun şekilde yanıt verebilmesi için, kendi devletlerine dönmeleri ve bu devletlerin soykırım yasağı kapsamında belirli durumlarda harekete geçme yükümlülüklerini göz önünde bulundurmaları gerekebilir. Bu bildiri tartışıldığı üzere, bu tür eylemler *Devlet Sorumluluğu Maddeleri* kapsamında uygun bir yanıt ve soykırımı önlemenin gerekli bir bileşeni olabilir. Bu yükümlülüğün en iyi şekilde nasıl uygulanacağı, eylemsizli-

ğın etkileri feci olabileceğinden, üzerinde önemle durulmayı hak eden bir sorudur.

## KAYNAKÇA

1948 Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, opened for signature 9 December 1948, Art. II, 78 UNTS 277 (entered into force 12 January 1951).

**AKIL**, Hatem: "Cinematic Terrorism: Deleuze, ISIS and Delirium", *Journal for Cultural Research*, C. 20, S. 4, 2016, s. 366-379.

**ALKIVIADOU**, Natalie: "Hate Speech on Social Media Networks: Towards a Regulatory Framework?", *Information & Communications Technology Law*, C. 28, S. 1, 2019, s. 19-35.

**BADAR**, Mohamed: *The Cognitive and Linguistic Implications of ISIS Propaganda Proving the Crime of Direct and Public Incitement to Commit Genocide*, Dojčinović, Predrag (Editör), *Propaganda and International Criminal Law From Cognition to Criminality*, London 2019.

**BAKIRCIOGLU**, Önder: "The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases", *German Law Journal*, C. 8, S. 7, 2007, s. 711-733.

**BELIVEAU**, Anne: "Hate Speech Laws in the United States and the Council of Europe: The Fine Balance Between Protecting Individual Freedom of Expression Rights and Preventing the Rise of Extremism and Radicalization Through Social Media Sites", *Suffolk University Law Review*, C. 51, S. 4, 2018, s. 565-588.

*Belkacem v. Belgium* App no. 34367/14 (ECtHR, 20 July 2017).

**BENESCH**, Susan: "Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide", *Virginia Journal of International Law*, C. 48, S. 3, 2008, s. 486-528.

**BIALY**, Beata: "Social Media: From Social Exchange to Battlefield", *Cyber Defense Review*, C. 2, S. 2, 2017, s. 69-90.

**BIRD**, Annie: "Third State Responsibility For Human Rights Violations", *European Journal of International Law*, C. 21, S. 4, 2010, s. 883-900.

**BROECKER**, Christen: "Better the Devil You Know: Home State Approaches to Transnational Corporate Accountability", *NYU Journal of International Law and Politics*, C. 41, S. 1, 2008, s. 159-217.

**BUNZEL**, Cole: *From Paper State to Caliphate: The Ideology of the Islamic State*. Brookings Project on U.S. Relations with the Islamic World Analysis, Washington 2015.

**BUYSE**, Antoine: "Dangerous Expressions: The ECHR, Violence and Free Speech", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 63, S. 2, 2014, s. 491-503.

- CLAPHAM**, Andrew: *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006.
- DABIQ**: "The Revival of Slavery Before the Hour", *Dhul-Hijjah*, C. 4, S.1, 2014, s. 1-15.
- DASKAL**, Jennifer: "Speech Across Borders", *Virginia Law Review*, C. 105, S. 8, 2019, s. 1605-1666.
- DAWIDOWICZ**, Martin: *Third-Party Countermeasures In International Law*. Cambridge 2017.
- DILLON**, Sara: "Tax Avoidance, Revenue Starvation and the Age of the Multinational Corporation", *The International Lawyer*, C. 50, S. 2, 2017, s. 275-328.
- DOMINO**, Jenny: "Crime as Cognitive Constraint: Facebook's Role in Myanmar's Incitement Landscape and the Promise of International Tort Liability", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 52, S. 2, 2020, s. 143-197.
- DOMINO**, Jenny: "Crime as Cognitive Constraint: Facebook's Role in Myanmar's Incitement Landscape and the Promise of International Tort Liability", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 52, S. 2, 2020, s. 143-197.
- DURUIGBO**, Emeka: "Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges", *Northwestern Journal of International Human Rights*, C. 6, S. 2, 2008, s. 222-261.
- EL-NASHAR**, Mohamed: "Cooking the Meal of Terror' Manipulative Strategies in Terrorist Discourse: A Critical Discourse Analysis of ISIS Statements", *Terrorism and Political Violence*, C. 34, S. 1, 2022, s. 155-175.
- FYFE**, Shannon: "Tracking Hate Speech Acts as Incitement to Genocide in International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law*, C. 30, S. 2, 2017, s. 523-548.
- GATTINI**, Andrea: "Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment", *European Journal of International Law*, C. 18, S. 4, 2007, s. 695-713.
- GIBNEY**, Mark: "Genocide And State Responsibility", *Human Rights Law Review*, C. 7, S. 4, 2007, s. 760-773.
- GORDON**, Gregory: *Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation Fruition*, 1. Basıkı, Oxford 2017.
- GORDON**, Gregory: *Freedom of Expression, Hate Speech, and Incitement to Terrorism and Genocide: Resonances and Tensions*, Bayefsky, Anne/Blank, Laurie (Editörler), *Incitement to Terrorism*, The Hague 2018.
- HE**, Danya: "Governing Hate Content Online: How the Rechtsstaat Shaped the Policy Discourse on the Netzdg In Germany", *International Journal of Communication*, C. 14, S. 1, 2020, s. 3746-3768.
- Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany* App no.31098/08 (ECtHR, 12/06/2012).  
<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/incite> (Erişim Tarihi: 09.03.2024).

- Human Rights Council Report, Thirty-Second Session on Human Rights Situations That Require the Council's Attention, "They came to destroy": ISIS Crimes Against the Yazidis, A/HRC/32/CRP.2, 15 June 2016.
- International Court of Justice. (1951). Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. <https://www.icj-cij.org/en/case/12/advisory-opinions> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).
- International Court of Justice. (1970). Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).
- International Court of Justice. (2007). Case concerning the application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024)
- International Court of Justice. (2020). Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar). <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).
- International Law Commission Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (Erişim Tarihi: 09.03.2024).
- KARNELL**, Aaron: "Counteracting Hate Radio' in Africa's Great Lakes Region: Responses and Lessons", *Journal of International Communication*, C. 8, S. 1, 2002, s. 111–126.
- Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia* App No 26261/05 and 26377/06 (ECtHR, 14 March 2013).
- KELLY**, Michael: "Prosecuting Corporations for Genocide under International Law", *Harvard Law & Policy Review*, C. 6, S. 2, 2012, s. 339–367.
- KLONICK**, Kate: "The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech", *Harvard Law Review*, C. 131, S. 6, 2018, s. 1599–1670.
- LONGOBARDO**, Marco: "Genocide, Obligations Erga Omnes, and The Responsibility to Protect: Remarks on A Complex Convergence", *The International Journal of Human Rights*, C. 19, S. 8, 2015, s. 1199–1212.
- MARCUS**, Kenneth: "Accusation in a Mirror", *Loyola University Chicago Law Journal*, C. 43, S. 2, 2012, s. 357-393.
- MASTROMAURO**, Matthew: "Pre-trial Prejudice 2.0: How YouTube Generated News Coverage Is Set to Complicate the Concepts of Pre-trial Prejudice Doctrine and

- Endanger Sixth Amendment Fair Trial Rights”, *Journal of High Technology Law*, C. 10, S. 2, 2010, s. 289-356.
- MCCONNELL**, Lee: “Assessing the Feasibility of a Business and Human Rights Treaty”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 66, S. 1, 2017, s. 143-180.
- METZL**, Jamie: “Rwandan Genocide and the International Law of Radio Jamming”, *American Journal of International Law*, C. 91, S. 4, 1997, s. 628-651.
- NATIONAL CENTER OF EXCELLENCE FOR ISLAMIC STUDIES**: *University of Melbourne, ISIS (Islamic State of Iraq and Syria): Origins, Ideology, and Responses by Mainstream Muslim Scholars – A Resource for Community Leaders*, Melbourne 2016.
- Pavel Ivanov v. Russia App No 35222/04 (ECtHR, 20 February 2007).
- PERESIN**, Anita: “Fatal Attraction: Western Muslims and ISIS”, *Perspectives on Terrorism*, C. 9, S. 3, 2015, s. 21-38.
- PETERSON**, Ines: *International Criminal Liability for Incitement and Hate Speech*, Böse, Martin/Bohlander, Michael/Klip, André/Lagodny, Otto (Editörler), *Justice Without Borders: Essays in Honour of Wolfgang Schomburg*, The Hague 2018, s. 337.
- RAMASASTRY**, Anita: “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability”, *Journal of Human Rights*, C. 14, S. 2, 2015, s. 237-259.
- RENIERIS**, Elizabeth: “Combating Incitement to Terrorism on the Internet: Comparative Approaches in the United States and the United Kingdom and the Need for International Solution”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, C.11, S. 3, 2009, s. 673-709.
- RICHTER**, Elihu: “Incitement, Genocide, Genocidal Terror, and the Upstream Role of Indoctrination: Can Epidemiologic Models Predict and Prevent?”, *Public Health Reviews*, C. 39, S. 1, 2018, s. 1-22.
- Rome Statute of the International Criminal Court 17 July 1998, 2187 UNTS 90 (last amended 2010).
- SANDER**, Barrie: “Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights Based Approach to Content Moderation”, *Fordham International Law Journal*, C. 43, S. 4, 2020, s. 939-1006.
- SASLOW**, Brendan: “Public Enemy: The Public Element of Direct and Public Incitement To Commit Genocide”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 48, S. 1, 2016, s. 417-450.
- SCHABAS**, William: *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2nd edition, Cambridge 2009.
- SECK**, Sara: *Conceptualizing the Home State Duty to Protect Human Rights*, Buhmann, Karin/Roseberry, Lynn/Morsing, Mette (Editörler), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities*, London 2011.

- SHALLCROSS**, Neil: "Social Media and Information Operations in the 21st Century", *Journal of Information Warfare*, C. 16, S. 1, 2017, s. 1-12.
- SHIRKY**, Clay: "The Political Power of Social Media Technology, the Public Sphere, and Political Change", *Foreign Affairs*, C. 90, S.1, 2011, s. 28-41.
- SLOSS**, David: "Section 230 and the Duty to Prevent Mass Atrocities", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 52, S. 1, 2020, s. 199-212.
- STRAU**, Scott: "What is the Relationship Between Hate Radio and Violence? Rethinking Rwanda's Radio Machete", *Politics & Society*, C. 35, S. 4, 2007, s. 609-637.
- TAMS**, Christian: *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*, London 2014.
- The Prosecutor v Akayesu, Judgment ICTR-96-4-T (2 September 1998).
- The Prosecutor v Nahimana et al., ICTR-99-52-A, A Ch (28 November 2007).
- The Prosecutor v Simon Bikindi, ICTR-01-72-A (2 December 2008).
- The Prosecutor v. Kajelijeli, ICTR-98-44A-T (1 December 2003).
- The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al., Trial Judgment ICTR-98-42-T (24 June 2011).
- TIMMERMAN**, Wibke: "The Relationship between Hate Propaganda and Incitement to Genocide: A New Trend in International Law Towards Criminalization of Hate Propaganda?" *Leiden Journal of International Law*, C. 18, S. 2, 2005, s. 257-282.
- TOMUSCHAT**, Christian: "The Status of the Islamic State under International Law", *Die Friedens-Warte*, C. 90, S. 3, 2015, s. 223-244.
- TOOPE**, Stephen: "Does International Law Impose A Duty Upon the United Nations to Prevent Genocide?", *McGill Law Journal*, C. 46, S. 1, 2000, s. 187-194.
- United Nations General Assembly. (1948). Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. In *Treaty series* (Vol. 78). United Nations, General Assembly resolution 260 A (III).
- United Nations General Assembly. (1966). International covenant on civil and political rights. In *Treaty series*. (Vol. 999). United Nations, General Assembly resolution 2200A (XXI).
- United Nations High Commissioner for Human Rights. (2013). Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (UN Doc. A/HRC/22/17/Add.4). United Nations.
- United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. (2019). Report on online hate speech (UN Doc. A/74/486). United Nations.
- United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. (2019). Report on online hate speech (UN Doc. A/74/486). United Nations.

- United Nations. (1945). Charter of the United Nations. 1 UNTS XVI. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf> (Erişim Tarihi: 10.03.2024).
- United Nations. (2011). Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework. United Nations HR/PUB/11/04.
- VYVER**, Johan: “The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law”, *University of Miami International & Comparative Law Review*, C. 12, S. 1, 2004, s. 57-149.
- WOUTERS**, Jan: “The Prohibition of Genocide as a Norm of Jus Cogens and its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide”, *International Criminal Law Review*, C. 5, S. 3, 2005, s. 401-416.





# ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NA YAPILAN SOYKIRIM SUÇUNUN ÖNLENMESİ VE CEZALANDIRILMASI SÖZLEŞMESİ'NİN GAZZE ŞERİDİ'NDE UYGULANMASI BAŞVURUSUNUN, ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN OLASI SONUÇLARI VE ETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Tacettin ÇALIK\*

## ÖZET

Filistin direniş grubu Hamas'ın silahlı kanadı El Kassam Tugayları tarafından 7 Ekim 2023 tarihinde başlatılan Akşa Tufanı operasyonuna karşılık olarak İsrail tarafından başlatılan Demir Kılıçlar Operasyonu kapsamında İsrail Gazze Şeridi'ne yönelik saldırılara hala devam etmektedir. İsrail tarafından Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 51. maddesi kapsamında yürütüldüğü iddia edilen Demir Kılıçlar Operasyonu, çok ağır insani felakete yol açmıştır. İsrail tarafından BM İnsan Hakları Raportörleri'nin de ifade ettiği üzere insanlığa karşı suç, savaş suçları ve soykırım suçu gibi çok ağır suçlar işlenmektedir. İsrail'in Gazze'deki uygulamalarını Güney Afrika'daki eski apartheid uygulamalarına benzeten Güney Afrika, Filistin'e tam destek vererek İsrail ile ilişkileri askıya almış ve ülkesindeki İsrail Büyükelçiliği'ni kapatmıştır.

Güney Afrika, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'ye taraf olmanın getirdiği "soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması" yükümlülüğüne uygun olarak Sözleşme'ye taraf olan İsrail'in Gazze Şeridi'nde gerçekleştirdiği eylemlerin derhal durdurulmasını da içeren geçici tedbir talepleri ile İsrail aleyhine "soykırım" suçlamasıyla 29 Aralık 2023 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı'na bir başvuru yapmıştır. Bu başvuruda Güney Afrika, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'ye taraf bir

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana-bilim Dalı, e-posta: tcalik@pau.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7096-9851.

Devlet olarak, Mahkeme'den, son derece acil bir konu olarak, Mahkeme'nin esasa ilişkin bu davayı karara bağlamasını beklerken, Soykırım Sözleşmesi tarafından korunan bir grup olarak Filistin halkına yönelik kısaca şu hususlarda geçici tedbirler alınmasını da talep etmiştir: İsrail'in Gazze'ye yönelik askeri operasyonlarını derhal askıya alması; İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak Filistin halkına karşı soykırımı önlemek için yetkileri dahilindeki tüm makul önlemleri alması; İsrail'in Soykırım Sözleşmesi'nde tanımlanan ve soykırım suçunu oluşturan eylemleri işlemekten kaçınması; İsrail'in Gazze halkının zorla yerinden edilmesini önlemesi; İsrail'in yakıt, barınma, kıyafet, hijyen malzemeleri, tıbbi malzemeler de dahil olmak üzere insani yardıma erişiminin sağlanması konusunda gerekli tedbirleri alması; İsrail'in soykırım teşkil edecek eylem iddialarına ilişkin delillerin imhasını önlemek ve muhafazasını sağlamak için etkili önlemler alması; bu amaçla, İsrail Devleti'nin söz konusu delillerin korunması ve muhafaza edilmesine yardımcı olmak amacıyla bilgi toplama heyetlerinin, uluslararası yetkililerin ve diğer kuruluşların Gazze'ye erişimini reddedecek veya başka bir şekilde kısıtlayacak şekilde hareket etmemesi; İsrail'in Mahkeme önündeki uyuşmazlığı ağırlaştıracak, uzatacak veya çözümünü zorlaştıracak hiçbir eylemde bulunmaması. 11-12 Ocak 2024 tarihlerinde yapılan duruşmalarda taraflar iddia ve savunmalarını ortaya koymuştur. Mahkeme'nin en kısa süre içerisinde geçici tedbir talebine ilişkin kararını uluslararası toplumunda baskısı nedeniyle Filistin lehine vermesi beklenmektedir. Birleşmiş Milletler'in temel yargı organı niteliğini taşıyan Mahkeme'nin verdiği kararlar kural olarak uyuşmazlığın tarafı devletler açısından bağlayıcıdır. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 94. maddesi, bir davanın taraflarından birinin Divan'ın kararına uymaması halinde, diğer tarafın Güvenlik Konseyi'ne başvurabileceğini belirtmektedir. Fakat Güvenlik Konseyi'nin bu konuda alacağı kararlarda daimî üyelerin veto yetkisinin bulunması, Divan kararlarının uygulanması işlevsiz kılacak durumlardan birisidir. Her ne kadar Divan'ın vereceği geçici tedbir kararlarının uygulanabilirliği konusunda tereddütler olsa da Divan'ın İsrail'in saldırıları askıya alması yönünde vereceği kararlar, İsrail'in destekçisi olan devletlerin geri adım atmasına ve İsrail'in yalnızlaşmasına yol açacaktır. Bu çalışmada Divan'ın vereceği olası geçici tedbir kararlarının sonuçları ve etkileri ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Adalet Divanı Geçici Tedbir Kararı, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme, Aksa Tufanı Operasyonu, Demir Kılıçlar Operasyonu, Hamas-İsrail Savaşı

## **THE POTENTIAL CONSEQUENCES AND EFFECTS OF THE APPLICATION TO THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW**

### **ABSTRACT**

Within the scope of Operation Iron Swords, which was launched by Israel in response to the Al-Aqsa Flood operation launched on 7 October 2023 by the Al-Qassam Brigades, the armed wing of the Palestinian resistance group Hamas, Israel continues to attack the Gaza Strip. Operation Iron Swords, allegedly conducted by Israel under Article 51 of the United Nations Charter, has caused a humanitarian catastrophe. As stated by the UN Human Rights Rapporteurs, Israel is committing grave crimes such as crimes against humanity, war crimes and genocide. South Africa, which likened Israel's practices in Gaza to the former apartheid practices in South Africa, suspended relations with Israel and closed the Israeli Embassy in its country by giving full support to Palestine.

On 29 December 2023, South Africa filed an application with the International Court of Justice against Israel on charges of "genocide", requesting provisional measures, including the immediate cessation of Israel's actions in the Gaza Strip, in accordance with its obligation to "prevent and punish genocide" as a party to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. In this application, South Africa, as a State party to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, requested the Court, as a matter of the utmost urgency, while awaiting the Court's determination of this case on the merits, to take provisional measures against the Palestinian people as a group protected by the Genocide Convention, namely: Israel to immediately suspend its military operations against Gaza; Israel to take all reasonable measures within its powers to prevent genocide against the Palestinian people in accordance with its obligations under the Genocide Convention; Israel to refrain from committing acts that constitute the crime of genocide as defined in the Genocide Convention; Israel to prevent the forced displacement of the people of Gaza; Israel to take the necessary measures to ensure access to humanitarian aid, including fuel, shelter, clothing, hygiene items, medical supplies; Israel to take effective measures to prevent the destruction and preserve evidence

of alleged acts constituting genocide; to this end, the State of Israel should not act to deny or otherwise restrict access to Gaza to fact-finding missions, international authorities and other organisations to assist in the preservation and conservation of such evidence; Israel shall not take any action that would aggravate, prolong or complicate the settlement of the dispute before the Court. During the hearings held on 11-12 January 2024, the parties presented their claims and defences. It is expected that the Court will issue its decision on the request for interim measures in favour of Palestine as soon as possible due to the pressure from the international community. The decisions of the Court, which is the main judicial organ of the United Nations, are binding on the States parties to the dispute. Article 94 of the Charter of the United Nations provides that if a party to a case fails to comply with a decision of the Court, the other party may appeal to the Security Council. However, the veto power of the permanent members in the decisions to be taken by the Security Council on this issue is one of the situations that will render the implementation of the Court's decisions dysfunctional. Although there are doubts about the enforceability of the Court's interim measures, the Court's decision to order Israel to suspend the attacks will lead to the withdrawal of Israel's supporters and the isolation of Israel. In this study, the consequences and effects of the Court's possible interim measures will be analysed.

**Key Words:** International Court of Justice Interim Measures, 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Operation Aqsa Flood, Operation Iron Swords, Hamas-Israel War

## GİRİŞ

Filistin direniş grubu Hamas'ın silahlı kanadı El Kassam Tugayları tarafından 7 Ekim 2023 tarihinde başlatılan Aksa Tufanı operasyonuna karşılık olarak İsrail tarafından başlatılan Demir Kılıçlar Operasyonu kapsamında İsrail Gazze Şeridi'ne yönelik saldırılara hala devam etmektedir. İsrail tarafından Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 51. maddesi kapsamında yürütüldüğü iddia edilen Demir Kılıçlar Operasyonu, çok ağır insani felakete yol açmıştır. İsrail tarafından BM İnsan Hakları Raporörleri'nin de ifade ettiği üzere insanlığa karşı suç, savaş suçları ve soykırım suçu gibi çok ağır suçlar işlenmektedir. İsrail'in Gazze'deki uygulamalarını Güney Afrika'daki eski apartheid uygulamalarına ben-

zeten Güney Afrika, Filistin'e tam destek vererek İsrail ile ilişkileri askıya almış ve ülkesindeki İsrail Büyükelçiliği'ni kapatmıştır. Daha sonra Güney Afrika, 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme<sup>1</sup> (Bundan sonra Soykırım Sözleşmesi olarak anılacaktır)'ye taraf olmanın getirdiği "soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması" yükümlülüğüne uygun olarak Sözleşme'ye taraf olan İsrail'in Gazze Şeridi'nde gerçekleştirdiği eylemlerin derhal durdurulmasını da içeren geçici tedbir talepleri ile İsrail aleyhine "soykırım" suçlamasıyla 29 Aralık 2023 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı'na bir başvuru yapmıştır. 11-12 Ocak 2024 tarihlerinde yapılan geçici tedbir taleplerine ilişkin duruşmalarda taraflar iddia ve savunmalarını ortaya koymuştur. Divan, 26 Ocak 2024 tarihinde geçici tedbir talebine ilişkin kararını vermiştir. Divan bu kararlar davanın esasına girmeksizin, yani Soykırım Sözleşmesi'nin ihlal edilip edilmediği hususunu incelemeksizin, Güney Afrika'nın talep ettiği bazı hususlarda geçici tedbirlerin alınmasını kararlaştırmıştır. Divan'ın 26 Ocak 2024 tarihinde vermiş olduğu geçici tedbirlerle ilişkin kararının çeşitli yönleri ile incelenmesi gerekmektedir.

## I. Mahkemenin Yargı Yetkisine İlişkin Değerlendirme

Mahkeme vermiş olduğu geçici tedbirlere ilişkin kararında, ilk olarak bu uyuşmazlıkla ilgili yargı yetkisinin doğup doğmadığını incelemiştir. Mahkeme yargı yetkisi konusunda Soykırım Sözleşmesi'nin 9. maddesi<sup>2</sup> ve UAD Statüsü'nün<sup>3</sup> 36. maddesinin 1. paragrafına<sup>4</sup> atıfta bulunmuştur. Divan, Güney Afrika ve İsrail'in Soykırım Sözleşmesine taraf olduğunu ve her ikisinin de Sözleşmenin 9. maddesine veya başka her-

<sup>1</sup> Sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Documan/2312020093827bm\\_11.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Documan/2312020093827bm_11.pdf), Erişim Tarihi, 05.02.2024.

<sup>2</sup> "Sözleşmeciler Devletler arasında, bu Sözleşmenin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya 3. maddede belirtilen fiillerin herhangi birinden bir Devletin sorumluluğu ile ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı önüne götürülür."

<sup>3</sup> Statünün Türkçe tam metni için bkz. <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-sozlesmeler/birlesmis-milletler-andlasmasi-ve-milletlerarasi-adalet-divani-statusu.doc>, Erişim Tarihi, 05.02.2024.

<sup>4</sup> "Divanın yetkisi tarafların kendisine tevdi edecekleri bütün işlerle Birleşmiş Milletler Andlaşmasında veya yürürlükte olan andlaşma ve andlaşmalarda tahsisen derpiş olunan hallere şamildir."

hangi bir hükmüne herhangi bir çekince koymadığını tespit etmiştir. Bu bakımdan hem İsrail'in hem de Güney Afrika'nın Soykırım Sözleşmesi hükümleri ile bağlı olduğu açık olup, 9. madde hükümleri her iki devleti de bağlayacaktır.

Bu tespitin ardından Divan, Güney Afrika'nın şikâyet ettiği belirli eylem ve ihmaller üzerinde konu bakımından yargı yetkisinin olup olmadığını incelemiştir. Bu kapsamda öncelikle Divan'ın yargı yetkisinin doğması için, Soykırım Sözleşme'nin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesiyle ilgili bir uyumsuzluğun varlığı gerekir. Bu hususu irdeleyen Divan, Güney Afrika'nın Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda İsrail'i soykırım yapmakla suçlayan beyanlarını ve İsraili yetkililerin soykırım iddialarını reddeden açıklamalarını ortaya koymuştur. Divan'a göre, İsrail'in Gazze'de işlediği iddia edilen belirli eylem veya ihmallerin, İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelip gelmediği konusunda taraflar arasında açıkça karşıt görüşler vardır. Dolayısıyla Divan, Soykırım Sözleşmesinin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesine ilişkin taraflar arasında bir uyumsuzluğun varlığı için, *prima facie* yeterli kabul etmiştir. Yine Divan, İsrail tarafından Gazze'de işlendiği iddia edilen fiil ve ihmallerin en azından bazılarının Soykırım Sözleşmesi hükümleri kapsamına girebileceğini kabul etmiştir<sup>5</sup>. Bu kabul ile Divan, *prima facie* davayı görme yetkisini haiz olduğuna karar vererek bir sonraki aşama olan ve kararın asıl konusunu oluşturan geçici tedbir taleplerinin incelenmesine geçmiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Divan geçici tedbir taleplerini karara bağlarken, davanın esasına dair yetkisinin bulunduğu tamamen ikna olmak zorunda değildir. Divan, daha önceki içtihatlarına da uygun olarak<sup>6</sup>, yalnızca başvuran tarafından dayanılan hükümlerin *prima facie*

<sup>5</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf>, Erişim Tarihi, 05.02.2024), par. 19-30.

<sup>6</sup> Bu kararlara örnek olarak bkz. Avena Davası (Meksika-ABD), 2003; *Kağıt Fabrikaları Davası (Arjantin-Uruguay)*, 2006; Kuvvet Kullanımının Yasallığı (Sırbistan ve Karadağ v. Belçika), 1993; Soykırım Sözleşmesi Başvurusu (Bosna Hersek-Yugoslavya), 1993.

yargı yetkisinin tesis edilebileceği bir temel oluşturması halinde geçici tedbirlere işaret edebileceğini, ancak davanın esasına ilişkin olarak yargı yetkisine sahip olduğu konusunda kendisini kesin bir şekilde tatmin etmesi gerekmediğini açıkça ifade etmiştir<sup>7</sup>.

Gerçekten de Soykırım Sözleşmesi'nin bir gereği olarak Sözleşme'ye taraf her Devletin, Sözleşme kapsamındaki *erga omnes partes* (tüm taraflara yönelik) yükümlülüklerine uymadığı iddiasını tespit etmek ve bu ihlallere son vermek amacıyla, Divan önünde dava açmak da dahil olmak üzere, başka bir taraf Devletin sorumluluğuna başvurabilmesi mümkündür. Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olan tüm Devletlerin, Sözleşme'de yer alan yükümlülükleri yerine getirme taahhüdünde bulunarak, soykırımın önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılmasını sağlamak konusunda ortak bir çıkarı olduğu unutulmamalıdır<sup>8</sup>. Gerek her iki devletin de Sözleşme'nin 9. maddesi ile bağlı olması, gerekse iki devlet arasında Sözleşme'nin hükümlerinin ihlali konusunda bir ihtilafın varlığı göz önünde bulundurulduğunda, Güney Afrika tarafından Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiasıyla İsrail aleyhine Uluslararası Adalet Divanı'na dava açması mümkündür ve Divan'ın, *prima facie* yargı yetkisinin varlığına ilişkin tespit kararı kanaatimizce yerindedir.

## II. Divan'dan Korunması İstenen Haklar ve Bu Haklar ile Talep Edilen Önlemler Arasındaki Bağlantı

Güney Afrika, 1948 Soykırım Sözleşmesi'ne taraf bir Devlet olarak, Divan'dan son derece acil bir konu olarak, Divan'ın esasa ilişkin bu davayı karara bağlamasını beklerken, Soykırım Sözleşmesi tarafından korunan bir grup olarak Filistin halkına yönelik özetle şu hususlarda geçici tedbirler alınmasını da talep etmiştir:

<sup>7</sup> Ancak Divan, Başvuran tarafın talep ettiği geçici tedbirlerin *prima facie* yargı yetkisine dayandırılacağı bir durum yoksa, geçici tedbir kararı vermemelidir. SHAW Malcolm N.: *International Law*, 8. Edition, Cambridge University Press, 2017, s. 830.

<sup>8</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 33.

- İsrail'in Gazze'ye yönelik askeri operasyonlarını derhal askıya alması;
- İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak Filistin halkına karşı soykırımı önlemek için yetkileri dahilindeki tüm makul önlemleri alması;
- İsrail'in Soykırım Sözleşmesi'nde tanımlanan ve soykırım suçunu oluşturan eylemleri işlemekten kaçınması;
- İsrail'in Gazze halkının zorla yerinden edilmesini önlemesi;
- İsrail'in yakıt, barınma, kıyafet, hijyen malzemeleri, tıbbi malzemeler de dahil olmak üzere insani yardıma erişimin sağlanması konusunda gerekli tedbirleri alması;
- İsrail'in soykırım teşkil edecek eylem iddialarına ilişkin delillerin imhasını önlemek ve muhafazasını sağlamak için etkili önlemler alması;
- bu amaçla, İsrail Devleti'nin söz konusu delillerin korunması ve muhafaza edilmesine yardımcı olmak amacıyla bilgi toplama heyetlerinin, uluslararası yetkililerin ve diğer kuruluşların Gazze'ye erişimini reddedecek veya başka bir şekilde kısıtlayacak şekilde hareket etmemesi;
- İsrail'in Mahkeme önündeki uyuşmazlığı ağırlaştıracak, uzatacak veya çözümünü zorlaştıracak hiçbir eylemde bulunmaması.

İlk olarak belirtmek gerekir burada talep edilen geçici tedbir kararları ile Divan bağlı değildir. Divan bu talep edilen tedbirlerin yanı sıra şartların gerektirdiği diğer tedbirleri alabileceği gibi, bu talep edilen tedbirlerin dışında tamamen farklı tedbirler de alabilir<sup>9</sup>. Geçici tedbir kararı verilmesi hususunda takdir yetkisi tamamen Divan'a bırakılmıştır. Geçici tedbir kararlarının temel amacı, esasa ilişkin karara kadar, bir davada tarafların talep ettiği ilgili hakların korunmasıdır. Divan, daha sonra taraflardan birine ait olduğuna karar verebileceği hakları alacağı geçici

---

<sup>9</sup> Uluslararası Adalet Divanı Kuralları, m. 75/2; UAD Kurallarının tam metni için bkz. <https://www.icj-cij.org/rules>, Erişim Tarihi, 06.02.2024.



tedbirlerle korumak zorundadır<sup>10</sup>. Bu nedenle, Divan bu yetkisini ancak, bu tür tedbirleri talep eden tarafın ileri sürdüğü hakların en azından makul olduğuna ikna olması halinde kullanabilir. Ayrıca, korunması talep edilen haklar ile talep edilen geçici tedbirler arasında bir bağlantı bulunmalıdır<sup>11</sup>. Görüldüğü üzere, Divan Güney Afrika'nın korunmasını istediği hakların gerçekten var olup olmadığına kesin olarak karar vermek zorunda değildir.

Başvuru konusu olayda Güney Afrika, Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin soykırım eylemlerinden, soykırım girişiminden, soykırım işlemeye doğrudan ve alenen teşvikten, soykırımda suç ortaklığından ve soykırım işlemek için komplo kurmaktan korunma haklarına sahip olduğunu; Sözleşme'nin bir grubun veya grubun bir bölümünün yok edilmesini yasakladığını, Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin bir gruba mensup olmaları nedeniyle Sözleşme tarafından korunduğunu, bu başvuru ile Gazze'deki Filistinlilerin haklarının yanı sıra Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki kendi haklarını da korumayı amaçladığını savunmaktadır<sup>12</sup>.

Başvuruda Güney Afrika, Divan önündeki delillerin *“soykırım eylemlerine ilişkin makul bir iddiayı haklı çıkaracak bir davranış kalıbını ve ilgili niyeti tartışmasız bir şekilde gösterdiğini”*; özellikle *“öldürme, ciddi bedensel ve zihinsel zarar verme, grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açacak yaşam koşullarına maruz bırakma ve grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler uygulama”* eylemlerinin soykırım kastıyla işlendiğini; İsrail'in soykırım niyetinin askeri saldırıları yürütme şekinden, Gazze'deki açık davranış modelinden ve İsraili yetkililerin Gazze Şeridi'ndeki askeri operasyonla ilgili olarak yaptıkları açıklamalardan anla-

<sup>10</sup> Bu yönde bkz. UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme Kapsamındaki Soykırım İddiaları (Ukrayna-Rusya Federasyonu), 16 Mart 2022 tarihli Geçici Tedbir Kararı, (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220316-ord-01-00-en.pdf>, Erişim tarihi, 05.02.2024), s. 223, par. 50.

<sup>11</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 35-36.

<sup>12</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 37.

şıldığını; İsrail Hükümeti'nin bu tür soykırım kışkırtmalarını kınama, önleme ve cezalandırma konusundaki kasıtlı başarısızlığının başlı başına Soykırım Sözleşmesi'nin ağır bir ihlalini teşkil ettiğini iddia etmektedir<sup>13</sup>.

Güney Afrika'nın bu iddialarına karşılık İsrail, geçici tedbirler aşamasında, Divan'ın bir davada taraflarca iddia edilen hakların makul olduğunu tespit etmesi gerektiğini, ancak "*iddia edilen hakların makul olduğunu beyan etmenin yeterli olmadığını*"; ayrıca, korunması istenen hakların olası ihlali sorunu da dahil olmak üzere, olgu iddialarını somut olay bağlamında değerlendirmesi gerektiğini; Gazze'deki çatışma için uygun yasal çerçevenin Soykırım Sözleşmesi değil, uluslararası insancıl hukuk olduğunu savunmuştur. Bununla birlikte, İsrail savunmasında, şehir savaşlarındaki sivil kayıpların soykırım eylemlerinin değil, yasal gücün istenmeyen sonuçları olabileceğini; Güney Afrika'nın gerçekleri çarpıtığını ve Gazze'de operasyonları yürütürken zararı hafifletme ve insani yardım çabalarının, soykırım niyeti iddialarını ortadan kaldırdığını; İsraili yetkililerin açıklamalarının "*en iyi ihtimalle hata*" ve "*hükümet politikasına uygun olmayan söylemler*" olduğunu; İsrail Başsavcısı'nın "*diğerlerinin yanı sıra sivillere kasıtlı olarak zarar verilmesi çağrısında bulunan her türlü açıklamanın kışkırtma suçu da dahil olmak üzere cezai bir suç teşkil edebileceği*"ne ilişkin bir açıklama yaptığını; Divan'ın geçici tedbirleri değerlendirirken Güney Afrika ve İsrail'in ilgili haklarını dengelemesi gerektiğini; meşru müdafaa hakkının mevcut durumun herhangi bir değerlendirmesinde kritik öneme sahip olduğunu ileri sürmüştür<sup>14</sup>.

Bu iddialar doğrultusunda geçici tedbir kararı ile korunmak istenen hakları tespit etmeye çalışan Divan, Soykırım Sözleşmesi kapsamında korunan grup üyelerinin hakları, Sözleşmeye taraf olan Devletlere dü-

<sup>13</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 38.

<sup>14</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 39-40.

şen yükümlülükler ve herhangi bir Taraf Devletin, başka bir Taraf Devletin *bu Sözleşmeye uymasını* isteme hakkı arasında bir korelasyon olduğunu ifade etmiştir<sup>15</sup>. Bu kapsamda Divan, Gazze'de yaşayan Filistin halkının sözleşme kapsamında korunan grup üyesi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini tespit etmiştir. Divana göre, Güney Afrika tarafından işlendiği iddia edilen eylemlerin Soykırım Sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu eylemleri gerçekleştirenlerin niyetinin, belirli bir grubun en azından önemli bir bölümünü yok etmek olmalıdır. Soykırım suçunun doğası gereği, Sözleşme'nin bir bütün olarak amacı grupların kasıtlı olarak yok edilmesini önlemek olduğundan, hedeflenen kısmın, grubun bütünü üzerinde etki yaratacak kadar önemli olması gerekmektedir<sup>16</sup>. Bu kapsamda Divan, Filistin halkının ayrı bir "*ulusal, etnik, ırksal veya dini grup*" oluşturduğunu ve Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesi anlamında korunan bir grup gibi görüldüğünü; Birleşmiş Milletler kaynaklarına göre Gazze Şeridi'ndeki Filistin halkının 2 milyondan fazla kişiden oluştuğunu, dolayısıyla Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin bu korunan grubun önemli bir bölümünü oluşturduğunu ifade etmiştir<sup>17</sup>.

Bu tespitin ardından Divan, Birleşmiş Milletler İnsani İlişkiler Koordinasyon Ofisi (OCHA)'nin raporları doğrultusunda, 7 Ekim 2023 tarihli saldırının ardından İsrail tarafından yürütülen askeri operasyonun çok sayıda ölüm ve yaralanmanın yanı sıra evlerin büyük ölçüde yıkılmasına, nüfusun büyük çoğunluğunun zorla yerinden edilmesine ve sivil altyapıda büyük hasara yol açtığını, Gazze Şeridi'ne ilişkin rakamlar ba-

<sup>15</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 43; UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Gambiya-Myanmar), 23 Ocak 2020 tarihli Geçici Tedbir Kararı, ICJ Raporları 2020, s. 20, par. 52.

<sup>16</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 44.

<sup>17</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 45.

ğimsiz olarak doğrulanamamakla birlikte, 24 Ocak 2024 tarihindeki son bilgiler ışığında 25.700 Filistinlinin öldürüldüğünü, 63.000'den fazla yaralanmanın rapor edildiğini, 360.000'den fazla konutun yıkıldığını veya kısmen hasar gördüğünü ve yaklaşık 1,7 milyon kişinin ülke içinde yerinden edildiğini ortaya koymuştur. Yine Divan, Birleşmiş Milletler İnsani İlişkilerden Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı'nın, Dünya Sağlık Örgütü'nün, Birleşmiş Milletler Yakın Doğu'daki Filistinli Mültecilere Yardım ve Bayındırlık Ajansı (UNRWA) Genel Komiseri'nin Gazze'deki krizin vahametine ilişkin açıklama ve raporlarını ve İsrail Savunma Bakanı Yoav Gallant, İsrail Cumhurbaşkanı Isaac Herzog ve İsrail Enerji ve Altyapı Bakanı Israel Katz tarafından Filistinlilere yönelik soykırımı teşvik eden açıklama ve söylemlerini gerekçe göstererek Güney Afrika tarafından talep edilen hakların en azından bazılarının makul olduğu sonucuna varmak için yeterli kabul etmiştir<sup>18</sup>. Görüldüğü üzere, Divan, Gazze'deki Filistinlilerin soykırım eylemlerinden ve Soykırım Sözleşmesi'ndeki yasak eylemlerden korunma hakkının ve Güney Afrika'nın İsrail'in Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uymasını isteme hakkının varlığına ve makul olduğuna karar vermiştir.

Bir sonraki aşamada Divan, Güney Afrika tarafından iddia edilen makul haklar ile talep edilen geçici tedbirler arasında bir bağlantı bulunup bulunmadığını irdelemiştir. Bu bağlantıyı göstermek adına Güney Afrika, özellikle, ilk altı geçici tedbirin İsrail'in Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uymasını sağlamak için talep edildiğini, son üç tedbirin ise Divan önündeki yargılamanın bütünlüğünü ve Güney Afrika'nın iddialarının adil bir şekilde karara bağlanmasını sağlama hakkını korumayı amaçladığını iddia etmektedir. Buna karşı İsrail, talep edilen tedbirlerin geçici olarak hakları korumak için gerekli olanın ötesine geçtiğini ve bu nedenle korunmak istenen haklarla hiçbir bağlantısı olmadığını; diğerlerinin yanı sıra, özellikle Güney Afrika'nın talep ettiği birinci ve ikinci tedbirlerin verilmesinin Divan'ın içtihadını tersine çeviri-

<sup>18</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 46-54.

receğini, çünkü bu tedbirlerin “Soykırım Sözleşmesi uyarınca yargı yetkisinin kullanılmasında bir karara temel oluşturamayacak bir hakkın korunması için” olacağını iddia etmektedir. Fakat Divan, kanaatimizce haklı olarak Güney Afrika tarafından Soykırım Sözleşmesi kapsamında ileri sürülen hakların en azından bazılarının makul olduğunu; Güney Afrika tarafından talep edilen geçici tedbirlerin en azından bir kısmının, doğası gereği, mevcut davada Soykırım Sözleşmesi temelinde ileri sürdüğü makul hakları, yani Gazze'deki Filistinlilerin soykırım eylemlerinden ve Sözleşme'deki ilgili yasak eylemlerden korunma hakkını ve Güney Afrika'nın İsrail'in Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uymasını isteme hakkını korumayı amaçladığını; dolayısıyla, Güney Afrika tarafından iddia edilen ve Mahkeme tarafından makul bulunan haklar ile talep edilen geçici tedbirlerin en azından bir kısmı arasında bir bağlantı bulunduğunu ifade etmiştir<sup>19</sup>.

### III. Telifisi Mümkün Olmayan Zarar Riski ve Aciliyet Değerlendirmesi

UAD Statüsü'nün 41. maddesi gereği, Divan adli yargılamaya konu olan haklara telifisi mümkün olmayan zararların verilmesi veya söz konusu hakların göz ardı edilmesinin telifisi mümkün olmayan zararlara yol açması halinde, geçici tedbir kararı alma yetkisine sahiptir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, bu yetki yalnızca bir aciliyet (*urgency*) durumu söz konusu olduğunda kullanılacaktır. Burada aciliyet ifadesi ile kastedilen, talep edilen haklara telifisi mümkün olmayan bir zarar verilmesi yönünde gerçek ve yakın bir riskin mevcut olmasını ifade eder. Başka bir deyişle aciliyet şartı, telifisi mümkün olmayan bir zarara yol açabilecek eylemlerin davanın esası hakkında nihai kararını vermeden önce “*her an gerçekleşebileceği*” durumlarda sağlanmış olur. Bu sebeple Divan, esas hakkında yargılamaya geçmeden önce böyle bir riskin olup olmadığını mutlaka değerlendirmelidir<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 56-59.

<sup>20</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarih-

Divan Başvuru ile ilgili aciliyet durumunun değerlendirmesini yaparken ilk olarak Güney Afrika'nın iddialarını ortaya koymuştur. Güney Afrika, her gün ortalama 247 Filistinlinin öldürülmesi, 629 Filistinlinin yaralanması ve 3.900 Filistinlinin evinin hasar görmesi veya yıkılması gibi günlük istatistiklerin, aciliyetin ve telafisi mümkün olmayan zarar riskinin açık bir kanıtı olduğunu; Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin İsrail'in devam eden kuşatması, Filistin halkına yeterli yardımın ulaştırılamaması ve bombardıman altında gelen sınırlı yardımın dağıtılmasının imkansızlığı gibi nedenlerle açlık, susuzluk ve hastalık nedeniyle ölüm riskiyle karşı karşıya olduğunu; İsrail'in Soykırım Sözleşmesi ihlallerinin kontrolsüz kalması halinde, yargılamanın esas aşaması için delil toplama ve muhafaza etme fırsatının ciddi şekilde baltalanacağını iddia etmiştir<sup>21</sup>.

Buna karşın mevcut davada telafisi mümkün olmayan gerçek ve yakın bir zarar riski bulunduğunu reddeden İsrail, özellikle Gazze'deki Filistinli sivillerin var olma hakkını tanımaya ve sağlamaya yönelik somut tedbirler aldığını ve almaya devam ettiğini ve Gazze Şeridi genelinde insani yardım sağlanmasını kolaylaştırdığını; bu bağlamda, Birleşmiş Milletler Dünya Gıda Programı(WFP)'nin yardımıyla, günde 2 milyondan fazla ekmek üretme kapasitesine sahip bir düzine fırının yakın zamanda yeniden açıldığını; Gazze'nin iki boru hattıyla kendi suyunu sağlamaya devam ettiğini, büyük miktarlarda şişelenmiş su dağıtımını kolaylaştırdığını ve su altyapısını onardığını ve genişlettiğini, tıbbi malzeme ve hizmetlere erişimin arttığını ve özellikle altı sahra hastanesi ile iki yüzer hastanenin kurulmasını kolaylaştırdığını ve iki hastanenin daha inşa edilmekte olduğunu; sağlık ekiplerinin Gazze'ye girişinin kolaylaştırıl-

---

li Geçici Tedbir Kararı, par. 61; UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme kapsamındaki Soykırım İddiaları (Ukrayna-Rusya Federasyonu), 16 Mart 2022 tarihli Geçici Tedbir Kararı, s. 226, par. 65-66.

<sup>21</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 63.

dığını ve hasta ve yaralıların Refah sınır kapısından tahliye edildiğini; çatışmaların kapsam ve yoğunluğunun azaldığını iddia etmiştir<sup>22</sup>.

7 Ekim 2023 tarihinden sonra İsrail tarafından yürütülen askeri operasyonun, diğerlerinin yanı sıra, on binlerce ölüm ve yaralanmaya, evlerin, okulların, tıbbi tesislerin ve diğer hayati altyapının tahrip edilmesine ve büyük ölçekte yerinden edilmeye neden olduğunu, söz konusu operasyonun halen devam ettiğini ve İsrail Başbakanının 18 Ocak 2024 tarihinde savaşın "*daha uzun aylar süreceğini*" açıkladığını hatırlatan Mahkeme, Gazze Şeridi'ndeki birçok Filistinlinin en temel gıda maddelerine, içme suyuna, elektriğe, temel ilaçlara veya ısınmaya erişimi olmadığını ve Gazze Şeridi'ndeki sivil nüfusun son derece savunmasız olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, DSÖ'nün Gazze Şeridi'nde doğum yapan kadınların yüzde 15'inin komplikasyon yaşayacağını ve tıbbi bakıma erişimin olmaması nedeniyle anne ve yeni doğan ölüm oranlarının artmasının beklendiğini ortaya koyan raporuna atıf yapan Divan, tüm bu şartlar altında, Gazze Şeridi'ndeki feci insani durumun Divan'ın esas hakkındaki nihai kararını vermeden önce daha da kötüye gitme riskinin ciddi olduğunu vurgulamıştır. Buradan anlaşılacağı üzere, Divan telafisi mümkün olmayan zarar riskinin ve gerçek, yakın bir aciliyetin doğduğunu kabul etmiştir. Ayrıca İsrail'in durumun kötüleşmesi için aldığı iddia ettiği tedbirleri teşvik eden Divan, bu tedbirleri gerçek ve yakın aciliyet durumunu ortadan kaldırmak için yeterli görmemiştir<sup>23</sup>.

#### **IV. Divan'ın Alınmasını Kararlaştırdığı Tedbirler ve Geçici Tedbir Kararlarının Niteliği**

Divan, Güney Afrika'nın taleplerini de göz önünde bulundurarak bazı geçici tedbirlerin uygulanmasını kararlaştırmıştır. Daha önce de vur-

<sup>22</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 64.

<sup>23</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 70-74.

gülandığı üzere, Divan Güney Afrika'nın talepleri ile bağlı değildir. Burada takdir yetkisi tamamen Divan'a aittir. Güney Afrika dokuz tedbir talebinde bulunmuş olmasına karşın, Divan altı tane tedbirin uygulanmasına karar vermiştir. Divan'ın verdiği tedbir kararlarını kısaca şu şekilde sıralayabiliriz<sup>24</sup>:

1. İsrail Devleti'nin Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, Gazze'deki Filistinlilerle ilgili olarak, bu Sözleşmenin II. maddesi kapsamına giren aşağıdaki fiillerin işlenmesini önlemek için yetkisi dahilindeki tüm tedbirleri alması:
  - a. Grup üyelerinin öldürülmesi;
  - b. Grup üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;
  - c. Grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açacak yaşam koşullarının kasten uygulanması; ve
  - d. Grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler uygulanması;
2. İsrail Devleti'nin, ordusunun yukarıdaki 1. maddede belirtilen eylemleri gerçekleştirmemesini derhal sağlaması;
3. İsrail Devleti'nin, Gazze Şeridi'ndeki Filistinli grup mensuplarına yönelik doğrudan ve aleni soykırım kışkırtıcılığını önlemek ve cezalandırmak için gücü dahilindeki tüm tedbirleri alması;
4. İsrail Devleti'nin, Gazze Şeridi'ndeki Filistinlilerin karşı karşıya kaldığı olumsuz yaşam koşullarının giderilmesi için acilen ihtiyaç duyulan temel hizmetlerin ve insani yardımın sağlanmasını mümkün kılacak acil ve etkili tedbirleri alması;
5. İsrail Devleti'nin, Gazze Şeridi'ndeki Filistinli grup üyelerine karşı Soykırım Sözleşmesi'nin II. ve III. maddeleri kapsamındaki eylemlere ilişkin iddialarla ilgili delillerin yok edilmesini önlemek ve korunmasını sağlamak için etkili tedbirler alması;

<sup>24</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 86.



6. İsrail Devleti'nin, bu Kararın yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde, bu Kararı uygulamak için alınan tüm tedbirler hakkında Mahkeme'ye bir rapor sunması.

Divan'ın verdiği bu tedbir kararları her ne kadar yerinde olsa da Divan, Güney Afrika'nın "*askeri operasyonların derhal askıya alınmasına*" ilişkin en önemli tedbir talebini değerlendirmeye almamıştır. Esasında uluslararası toplumun büyük bir kısmının beklentisi Divan'ın İsrail'in askeri operasyonlarını durdurması yönünde tedbir kararı vermesiydi. Fakat Divan, İsrail Devleti'nin Gazze içindeki ve Gazze'ye yönelik askeri operasyonlarını derhal askıya alması yönündeki talebine ilişkin herhangi bir değerlendirme dahi yapmamıştır. Aslında Divan daha önce benzer nitelikteki, Ukrayna ile Rusya Federasyonu arasındaki Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme kapsamındaki Soykırım İddiaları'na ilişkin 16 Mart 2022 tarihli Geçici Tedbir Kararı'nda Rusya Federasyonu'nun, 24 Şubat 2022 tarihinde Ukrayna topraklarında başlattığı askeri operasyonları derhal askıya alması gerektiğine karar vermiştir. Ukrayna'ya ilişkin askeri operasyonları derhal durdurma şeklinde bir tedbir kararı almasına rağmen, Ukrayna'dakine benzer yıkımlara neden olan İsrail'in gerçekleştirdiği operasyonlara yönelik bu yönde bir tedbir kararı almaması Divan'ın aldığı kararın güvenilirliğine gölge düşürmektedir.

Mahkeme'nin vermiş olduğu bu tedbir kararlarının dört tanesine İsrail tarafından atanan *ad hoc* yargıç Barak tarafından karşı oy kullanılmış, yukarıda belirtilen 3. ve 4. tedbir kararlarına ise olumlu oy kullanılmıştır. Özellikle 3. ve 4. tedbir kararlarına *ad hoc* yargıç Barak tarafından olumlu oy kullanılması, İsrail'in savunmalarında da ileri sürdüğü soykırım kışkırtıcılarının cezalandırılması ve acil temel hizmetleri sağlamaya yönelik tedbirlerin alındığı yönündeki tezlerini desteklemeyi amaçladığını göstermektedir. Buna karşın Ugandalı yargıç Sebutinde ise, bütün tedbir taleplerine, İsrail Devleti ile Filistin halkı arasındaki uyuşmazlığı esasen ve tarihsel olarak siyasi bir uyuşmazlık olarak nitelendirdiği için olumsuz oy kullanmıştır.

Divan tarafından İsrail'in uygulaması için verilen geçici tedbir kararlarının niteliğine bakıldığında, söz konusu kararların tıpkı esas hakkında kararlar gibi söz konusu kararların muhatapları için bağlayıcı olduğu görülmektedir. Divanın geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olup olmadığı sorunu, ilk defa Divan tarafından, LaGrand davasında tartışılmış ve karara bağlanmıştır<sup>25</sup>. Söz konusu kararda Divan, UAD Statüsü'nün 41. maddenin temel amacının, Divan önündeki bir uyuşmazlığın taraflarının ilgili haklarının korunmaması nedeniyle Divan'ın görevlerini yerine getirmesinin engellenmesini önlemek olduğunu vurgulamıştır. Madde nin bu amacı göz önünde bulundurulduğunda, geçici tedbir alma yetkisinin, bu tedbirlerin bağlayıcı olmasını gerektirdiği sonucu çıkmaktadır. Zira söz konusu yetki, koşullar gerektirdiğinde, Divan'ın esas hakkındaki nihai kararıyla belirlenen tarafların haklarını koruma ve bu haklara hanel gelmesini önleme gerekliliğine dayanmaktadır. Madde kapsamında belirtilen geçici tedbirlerin bağlayıcı olmaması, söz konusu maddenin amacına ve hedefine aykırı olacaktır<sup>26</sup>.

Divan, verdiği geçici tedbir kararında, Statü'nün 41. maddesi uyarınca geçici tedbirlere ilişkin kararlarının bağlayıcı etkiye sahip olduğunu ve dolayısıyla geçici tedbirlerin muhatabı olan taraflar için uluslararası hukuki yükümlülükler doğurduğunu açık bir şekilde ifade etmiştir<sup>27</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki Divan, daha önce Rusya'nın Ukrayna'ya gerçekleştirdiği saldırıları durdurması gerektiği yönündeki geçici tedbir kararında da kararlarının bağlayıcılığı vurgusunu yapmasına rağmen, Rusya Ukrayna'ya gerçekleştirdiği saldırıları durdurmamıştı. İşte bu tür durumlarda başvurulabilecek tek yol vardır. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 94. maddesine göre, bir davanın taraflarından birinin Divan'ın kararına uymaması halinde, diğer taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilecektir.

<sup>25</sup> SHAW, s. 832.

<sup>26</sup> UAD, LaGrand Kararı (Almanya-ABD), 2001, 26 Haziran 2001 tarihli Kararı, par. 102, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/104-19990303-ORD-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi, 06.02.2024.

<sup>27</sup> UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, par. 83.

Fakat Güvenlik Konseyi'nin bu konuda alacağı kararlarda daimî üyelerin veto yetkisi vardır. Daimi üyelere birisi olan Rusya kendisine karşı karar alınmasını engellemiştir. Şimdi de eğer bu geçici tedbir kararlarına İsrail uymazsa ve bu sebeple Güvenlik Konseyi'ne başvurulursa, İsrail aleyhine bir yaptırım kararı alınmasını engelleyecek İngiltere ve ABD daimi üyeler arasında yer almaktadır. Bu durum söz konusu tedbir kararının etkinliğine gölge düşürmektedir.

## SONUÇ

Her ne kadar Divan'ın vereceği geçici tedbir kararlarının uygulanabilirliği konusunda tereddütler olsa da Divan'ın verdiği tedbir kararı, İsrail'in destekçisi olan devletlerin geri adım atmasına ve İsrail'in yalnızlaşmasına yol açacaktır. Çünkü, Soykırım Sözleşmesi'nde getirilen soykırım yasağı, bir jus cogens ve uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı niteliği taşıdığı için bu Sözleşme'ye taraf olsun ya da olmasın bütün devletler soykırımdan kaçınma ve soykırımı önleme yükümlülüğü altındadır. Bu bakımdan İsrail'e bu süreçte destek veren devletlerin dikkatli olması gerekir. Eğer ilerleyen süreçte Divan, İsrail'in eylemlerinin Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiğini kabul ederse, dolaylı olarak İsrail'i destekleyen başta ABD, İngiltere, Fransa gibi devletler de İsrail'e destek vererek Sözleşme'yi ihlal etmiş kabul edilebileceklerdir. Hatta bu günlerde Güney Afrika'nın, İsrail'i destekleyen ABD ve İngiltere'ye karşı Uluslararası Adalet Divanı'nda yeni bir başvuru yapabileceğine ilişkin iddialar ortaya atılmaktadır<sup>28</sup>.

Divan'ın, verdiği geçici tedbir kararının, davanın esasını ile ilgilenme yetkisi veya başvurunun kabul edilebilirliği veya esasını ile ilgili herhangi bir soruna hiçbir şekilde hâle getirmediğini Kararda birkaç defa vurgulamak suretiyle, *"verilen bu tedbir kararlarının İsrail'in soykırım işlediğinin kabulü anlamına gelmediği"* ve *"verilen bu kararlarda ifade edilen argümanların davanın esasını etkilemeyeceği"* mesajını uluslararası topluma vermeye

<sup>28</sup> İddialar için bkz. <https://www.aa.com.tr/en/africa/south-african-lawyers-preparing-lawsuit-against-us-uk-for-complicity-in-israels-war-crimes-in-gaza/3109201>, Erişim Tarihi, 07.02.2024.

çalıştığı kanaatindeyiz. Gerçekten de Divan'ın verdiği geçici tedbir kararları davanın esası bakımından bir örnek teşkil etmez. Divan, geçici tedbir kararında gerek kişi bakımından gerekse konu bakımından yargı yetkisine ilişkin prima facie bir değerlendirme yapmıştır. Bu yüzden esas hakkında vereceği kararda, bu hususları daha detaylı bir şekilde mecburen yeniden inceleyecektir.

Söz konusu geçici tedbirler İsrail-Hamas savaşını belki yakın vadede durdurmayacak olsa da artık İsrail bu savaşı insancıl hukuk zemininde yürütmek zorunda kalacaktır. İsrail'in bundan sonra işleyeceği her insancıl hukuka aykırı eylem daha sonra Divan önünde yürütülecek davalarda kanıt olarak karşısına çıkabilecektir. Bu açıdan geçici tedbir kararları belki saldırıları durdurmayacak, ama İsrail en azından yürüteceği operasyonlarda insancıl hukuk kurallarına riayet etmek zorunda kalacaktır.

Son olarak esasında soykırım suçu niteliği gereği insanlığa karşı işlenen en ağır suçların başındadır. İkinci Dünya savaşı döneminde özellikle Yahudilere karşı işlenen soykırım suçu uluslararası toplumun bu konuda ders çıkarmasını sağlamış ve 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi hazırlanmıştır. Bu Sözleşme'nin hazırlanmasında temel etken Yahudilerin uğradığı soykırım olduğu düşünüldüğünde, soykırımın mağduru olmuş bir toplumun başka bir topluma soykırım yapmakla suçlanıyor olması ahlaki bir çelişki barındırır. Kanaatimizce esas hakkında yürütülen yargılamanın seyrini İsrail'in bundan sonraki tavırları belirleyecektir. Eğer İsrail, insancıl hukuk kurallarını görmezden gelip aynı şekilde Gazze'ye yönelik saldırılarını sürdürmeye devam ederse, ortaya çıkacak yeni delillerle birlikte İsrail'in Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiği yönünde bir karar çıkabilecektir. Ama eğer İsrail bu geçici tedbir kararlarına uygun hareket ederse, Divan İsrail'in eylemlerindeki soykırım niyetinin ispatlanamaması sebebiyle İsrail'in Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal etmediğine karar verecektir.

## KAYNAKÇA ve İNTERNET KAYNAKLARI

- SHAW Malcolm N.: *International Law*, 8. Edition, Cambridge University Press, 2017.
- <https://www.aa.com.tr/en/africa/south-african-lawyers-preparing-lawsuit-against-us-uk-for-complicity-in-israels-war-crimes-in-gaza/3109201>, Erişim Tarihi, 07.02.2024.
- [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm\\_11.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093827bm_11.pdf), Erişim Tarihi, 05.02.2024.
- <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-sozlesmeler/birlesmis-milletler-andlasmasi-ve-milletlerarasi-adalet-divani-statusu.doc>, Erişim Tarihi, 05.02.2024.
- <https://www.icj-cij.org/rules>, Erişim Tarihi, 06.02.2024.
- UAD, Gazze Şeridi'nde 1948 Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'nin Uygulanması Başvurusu, (Güney Afrika-İsrail), 26.01.2024 tarihli Geçici Tedbir Kararı, (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf>, Erişim Tarihi, 05.02.2024).
- UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme Kapsamındaki Soykırım İddiaları (Ukrayna-Rusya Federasyonu), 16 Mart 2022 tarihli Geçici Tedbir Kararı, (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20220316-ord-01-00-en.pdf>, Erişim tarihi, 05.02.2024).
- UAD, LaGrand Kararı (Almanya-ABD), 2001, 26 Haziran 2001 tarihli Kararı, par. 102, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/104-19990303-ORD-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi, 06.02.2024.



**MÜDAHİLİN TEK BAŞINA KANUN YOLUNA  
BAŞVURMASINA İLİŞKİN DANIŞTAY İÇTİHA TLARI  
BİRLEŞTİRME KURULUNUN ESAS 2021/4 VE KARAR  
2023/1 SAYILI 03.02.2023 TARİHLİ KARARINA  
İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME \***

**Dr. Öğr. Üyesi Asuman ÇAPAR\*\***

**ÖZET**

Yargılama sürecinde kullanılmakta olan usullerinden birisi olan davaya müdahale usulü 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılan konular arasında bulunmaktadır. Müdahale konusu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 65 ila 69. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 68. maddesinde müdahilin yanında katıldığı tarafın yararına olan, onun açıklamalarına ve işlemlerine aykırı olmayan işlemleri yapabileceği belirtilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda müdahilin tek başına kanun yoluna başvurup başvurmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Davaya müdahale eden üçüncü kişinin, yanında katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmaması durumunda, tek başına kanun yoluna gidip gidemeyeceği konusunda tartışma bulunmaktadır. Bu konudaki içtihat farklılığının giderilmesi amacıyla Danıştay İctihatları Birleştirme Kurulu toplanmış ve çelişen içtihatları, yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı olmamak şartıyla müdahilin tek başına kanun yoluna başvurabileceği yönünde birleştirmiştir.

Söz konusu içtihadı birleştirme kararı, idari yargı uygulamasındaki çelişkili kararlara son verecektir. Bununla birlikte başka hukuki sorunların doğması

---

\* Bu bildiri 05-07.02.2024 tarihlerinde düzenlenen 3. Selçuk Hukuk Kongresi'nde, 06.02.2024'te aynı başlıkla sözlü olarak sunulan özet bildirinin genişletilmiş halidir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana-bilim Dalı Merkez /SİVAS. E-posta: acapar@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7870-0811.

muhtemel görünmektedir. Kanımızca bu karar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki atıf yapılan düzenlemelere aykırıdır. Birleştirilen içtihat ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun lafzına ve amacına aykırı bir karar ortaya çıkmıştır. Müdahilin tek başına kanun yoluna başvurusu, kimi durumlarda yanında katıldığı tarafın aleyhine sonuçlar doğurabilir. Birleştirilen içtihat müdahilin iradesi, yanında katıldığı tarafın iradesinden üstün tutulmuştur. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinde müdahilin iradesini, yanında katıldığı tarafın iradesinden üstün tutacak bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay da kendi hakkında hüküm verilmediği sürece müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunmadığına karar vermektedir. Diğer yandan, olması gereken hukuk bakımından değerlendirildiğinde, adil yargılanma ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı gibi ilkeler yalnızca yargılamanın taraflarına tanınmış ilkeler değildir. Bu ilkeler uyarınca, yanında katıldığı taraf kanun yoluna başvurmasa da müdahile tek başına kanun yoluna başvurma hakkının tanınması gerekir. İchtihadı birleştirme kararı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri arasındaki çelişkinin giderilmesi için müdahale konusu, idari yargılama usulünün kendine özgü özellikleri göz önünde tutularak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça düzenlenmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Davaya Müdahale, Müdahilin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Hak Arama Hürriyeti.

**AN ANALYSIS OF THE COUNCIL OF STATE ASSEMBLY ON THE  
UNIFICATION OF CONFLICTED JUDGEMENTS' DECISION  
(FILE NR. 2021/4, DECISION NR. 2023/1, DATE 03.02.2023)  
REGARDING THE INTERVENER'S RIGHT TO RESORT TO  
LEGAL REMEDIES INDEPENDENTLY**

**ABSTRACT**

The intervention procedure, which is one of the methods used in the legal procedures during the judicial process, is one of the subjects referred to in the Administrative Judicial Procedure Law Nr. 2577 and the Code of Civil Procedure Nr. 6100. The subject of intervention is regulated in Articles 65 - 69 of the Code of Civil Procedure. Article 68 of the Code of Civil Procedure stipulates that



the intervener may perform acts in favor of the participating party but not contrary to their statements and actions.

There is no clear regulation in the Code of Civil Procedure regarding whether the intervener can independently resort to legal remedies. There is an ongoing debate on whether the third party intervening in the judicial process considers seeking legal remedies independently when the participating party does not resort to legal remedies. To resolve the disparity in precedents on this subject, the General Assembly on the Unification of Judgments of the Council of State convened and consolidated conflicting precedents by specifying that *the intervener may independently resort to legal remedies* unless they clearly contradict the transactions and statements of the intervener.

This decision on the unification of judgments will put an end to conflicting decisions in the practice of administrative justice. However, there might be other legal issues arising. In our opinion, this decision is inconsistent with the referenced provisions of the Code of Civil Procedure. The unified precedent conflicts with both the wording and the purpose of the Code of Civil Procedure. The intervener's independent recourse to legal remedies may, in some cases, lead to negative consequences for the participating party. In the unified precedent, the will of the intervener is considered superior to the will of the participating party. However, there is no provision in the relevant articles of the Code of Civil Procedure that holds the will of the intervener superior to the will of the participating party. The Court of Cassation ruled that the intervener has the right to independently resort to legal remedies only if no judgment has been rendered against them. On the other hand, considering what should be from the legal aspect, principles such as the right to a fair trial and the right to be heard are not principles granted solely to the parties in the trial. According to these principles, even if the participating party does not resort to legal remedies, the intervener should be granted the right to seek legal remedies independently. To eliminate the contradiction between the unified precedent and the provisions of the Code of Civil Procedure regarding this subject, intervention should be explicitly regulated in the Administrative Judicial Procedure Law Nr. 2577 by considering the unique characteristics of administrative judicial procedure law.

**Keywords:** Intervention in Trial, Intervener's Right to Resort to Legal Remedies, Right to be Heard, Right to Fair Trial, Right to Legal Remedies.

## GİRİŞ

Davaya müdahale kurumu usul hukukunda kullanılmakta olan kurumlardan birisidir. Davaya müdahale kurumunu izah ederken 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda<sup>1</sup> (HMK) “müdahale” kavramı kullanılmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda<sup>2</sup> (İYUK) ise bu kurumu ifade etmek için “üçüncü şahısların davaya katılması” ifadesi kullanılmıştır. Bu çalışmada idari yargılama usulü bakımından “müdahale” kavramının kullanılması tercih edilmiş olup ayrıca açıklama yapılmayan hallerde “müdahale” kavramı ile “fer'i müdahale” kurumu kasdedilmektedir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun Esas (E.) 2021/4, Karar (K.) 2023/1 sayılı 03.02.2023 tarihli kararı<sup>3</sup> ile müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunup bulunmadığı konusunda mahkeme içtihatlarındaki aykırılığın giderilmesi gündeme getirilmiş ve bu konudaki çelişkili içtihatlar, yanında katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmadığı durumlarda “yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına açıkça aykırı olmamak şartıyla müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkı bulunduğu” yönünde birleştirilmiştir.

Danıştay içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı olup 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun<sup>4</sup> 40/4. maddesi uyarınca bunlara “Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır”. Bu nedenle verilen içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda idari yargıda, yanında katıldığı tarafın açıklamalarına ve işlemlerine açıkça aykırı olmamak kaydıyla müdahilin tek başına yapacağı kanun yolu başvuruları değerlendirilmeye alınacaktır. Danıştayın bu İçtihadı Birleştirme Kararı ile yargı içtihatlarındaki aykırılık son bulacak olsa da teorideki tartışmanın son bulmayacağı değerlendirilmektedir.

Bu çalışma ile Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun E. 2021/4 ve K. 2023/1 sayılı 03.02.2023 tarihli kararının, HMK'nin ilgili hükümleri

<sup>1</sup> Resmi Gazete (RG), 04.02.2011, Sayı (S.) 27836.

<sup>2</sup> RG, 20.01.1982, S. 17580.

<sup>3</sup> RG, 25.05.2023, S. 32201.

<sup>4</sup> RG, 20.01.1982, S. 17580

ve olması gereken hukuk açısından incelenmesi hedeflenmiştir. Bu kapsamda çalışmada kavram açıklamasından sonra konuya ilişkin teorik görüşlere genel olarak değinilerek, söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı, atıf yapılan ilgili mevzuat ve olması gereken hukuk çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. GENEL OLARAK DAVAYA MÜDAHALE KURUMU

Davaya müdahale kurumu görülmekte olan bir davada, hakkı davanın sonucundan etkilenecek kimsenin, kendi hukuki yararını korumak amacıyla davanın tarafı olmadan, davayı kazanmasında fayda göreceği tarafın yanında ve ona yardım ederek davaya katılmasına imkan veren hukuki bir kurumdur.<sup>5</sup>

Davaya iki türlü müdahale söz konusu olup birisi fer'i müdahale diğeri ise asli müdahaledir. Bir dava hakkında verilen hüküm kural olarak davanın tarafları açısından maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmekle birlikte bazı durumlarda üçüncü kişileri de dolaylı olarak etkileyebilir. Bu taktirde o kişinin davaya katılmasında hukuki yararı bulunmaktadır. Üçüncü kişi burada davaya bir taraf gibi katılmayıp taraflardan birinin yardımcısı olarak onun yanında davaya katılır. Bunu sağlayan kuruma fer'i müdahale kurumu denir.<sup>6</sup> Bir diğer deyişle hukuki durumu açılmış ve halen görülmekte olan bir davadan etkilenebilecek olan üçüncü kişinin, davayı kazanmasında yararı olan taraf yanında yer alarak, ona hukuki yardım ve destek sağlamasına fer'i müdahale denir.<sup>7</sup>

Asli müdahale ise yargılamanın konusu olan hak ya da şey üzerinde kısmen veya tamamen hak iddia eden üçüncü kişinin, hüküm verilmeye değin bu durumu ileri sürerek, aynı mahkemede, yargılamanın taraflarına karşı dava açmasına denir. Asli müdahale davası, asıl yargılamayla birlikte yürütülür ve karara bağlanır (HMK madde 65). İdari yargıla-

<sup>5</sup> Danıştay 6. Dairesi, E. 2020/9881, K. 2021/1264, 04.02.2021, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.12.2023).

<sup>6</sup> KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt (C.) 4, 6. Baskı, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001, sayfa (s.) 3451.

<sup>7</sup> TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 564.

ma usulünde asli müdahale kurumunun kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır.<sup>8-9</sup>

HMK'den önce uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda "asli müdahale" kurumuna yer verilmemiş, fer'i müdahale ile fer'i müdahilin davadaki durumu 53-58. maddelerinde düzenlenmiştir. Fakat burada "müdahale" kavramı "fer'i müdahale" olarak belirtilmemiş, bu nitelendirme doktrininde ve yargı içtihatlarında kabul edilmiştir.<sup>10</sup>

Davaya müdahale hükümlerinin uygulanabilmesi için görülmekte olan bir davanın bulunması, müdahilin davanın tarafı sıfatına sahip olmaması, davaya katılmada hukuki yararının olması, taraf ve dava ehliyetine sahip olması ile incelemenin sona ermemiş olması aranmaktadır.<sup>11</sup>

Müdahil yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasına yardım ederek ilerde kendisine karşı dava açılmasına ya da kendisinin dava açmak zorunda kalmasına engel olmaktadır. Bu bakımdan fer'i müdahil usul ekonomisine katkı sağlamaktadır. Bunun yanı sıra müdahil tarafların elinde bulunmayan ya da bilmediği delilleri mahkemeye vererek uyumsuzluğun daha iyi açıklığa kavuşmasını sağlayarak, gerçeğe uygun karar verilmesini kolaylaştırmaktadır.<sup>12</sup>

Müdahale kurumu HMK'de 65 ila 69. maddeler arasında düzenlenmiştir. HMK madde 66'da "*Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı*

<sup>8</sup> KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2022, s. 479.

<sup>9</sup> İdari yargıda asli müdahalenin olabileceği yönündeki görüş için bakınız (bkz.) Danıştay 6. Dairesi, E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.4.2017, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.12.2023). Asli müdahalenin idari yargıda mümkün olamayacağı yönündeki görüş için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023, s. 720.

<sup>10</sup> Danıştay 6. Dairesi, E. 2017/915 K. 2017/2524, 12.04.2017, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.12.2023).

<sup>11</sup> KURU, s. 3453-3457; KALAFAT, Ahmet, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer'i Müdahale)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 73, 2007, s. 200,201; KARSLI, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 298-299; KALABALIK, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 289.

<sup>12</sup> PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 173.

*bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabilir*" ifadesi ile müdahilin davanın tarafı olmadığı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Davaya müdahale edenin yanında katıldığı tarafa yardımcı olmak amacıyla, taraf yanında yer alacağı belirtilmiştir. Böylelikle müdahilin hareket alanı belirlenmiştir.

"Fer'î müdahilin durumu" başlığı altında HMK'nin 68. maddesinde; "(1) Müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir. (2) Mahkeme, katıldığı noktadan itibaren, taraflara bildirilen işlemleri müdahile de tebliğ eder" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Bu hükümde müdahilin yapabileceği işlemlerin bir nevi sınırları belirlenmiştir. HMK'de yapılan bu düzenlemelerden müdahale kurumunun amacının müdahilin iradesine öncelik vermek olmadığı anlaşılmaktadır. HMK'nin bu düzenlemesinde müdahilin iradesinin, yanında katıldığı tarafın iradesinden üstün tutulacağına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır.

Müdahale isteminde bulunan üçüncü kişi, müdahale nedenini ve bunun dayanaklarını, yanında katılmak istediği tarafı belirten bir dilekçeyle mahkemeye müracaat eder. Müdahale dilekçesi, davanın taraflarına tebliğ edilir. Mahkeme, gerek görmesi halinde taraflarla birlikte üçüncü kişiyi de dinlemek üzere davet eder. Davet edilenler gelmeseler bile müdahale talebi hakkında karar verilir (HMK madde 67). Fer'î müdahilin yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasında menfaati varsa, hukuki yararının bulunduğu kabul edilir. Aksi durumda fer'î müdahale isteminin reddine karar verilir.<sup>13</sup>

İstinaf ve temyiz aşamalarında fer'î müdahale talebinde bulunulması mümkün değildir. HMK'nin 357/1. maddesinde istinaf mahkemesine müdahale talebinde bulunulamayacağı belirtilmiştir.<sup>14</sup> Fakat hükmün üst mahkeme tarafından bozulması/kaldırılması durumunda tahkikat

<sup>13</sup> TOSUN, Mustafa/ TAN, Emre, "İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından İnceleme)", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 846.

<sup>14</sup> TANRIVER, s. 567; PEKCANITEZ ve diğerleri (vd.), s. 173.

ve yargılama yeniden yapılacağından bozmadan/kaldırmadan sonra da davaya müdahale edilebilir. Bu durumda mahkemenin bozmaya uyması ile bir taraf aleyhine oluşan usule ilişkin kazanılmış haklar davaya müdahale eden için de geçerlidir.<sup>15</sup>

İdari yargıda dava karara bağlanana kadar tahkikat süreceği için dava sonuçlanıncaya kadar üçüncü kişinin fer'î müdahil sıfatıyla davaya müdahalesi mümkündür. Dava sonuçlandıktan sonra kanun yolu aşamasında davaya müdahale mümkün değildir. Fakat üçüncü kişi ilk derece yargılamasında müdahale talebinde bulunmuş, bu istem reddedilmiş ise bu aşamada müdahale isteminde bulunulması ve istemin yerinde görülmesi durumunda ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması/bozulması lüzumu ortaya çıkabilir.<sup>16</sup> Bir diğer deyişle dava derdest olduğu sürece, karar verinceye kadar davaya müdahale talebinde bulunulması mümkündür.<sup>17-18</sup> Fer'î müdahil davaya katıldığı andan itibaren, birtakım usuli işlemleri yaparak yanında katıldığı tarafa yardım edebilir.<sup>19</sup>

Müdahilin de katıldığı asıl davada taraflar hakkında hüküm kurulmaktadır. Tarafla rücu ilişkisinde fer'î müdahilin, asıl davadaki uyumsuzluk hakkında hatalı karar verildiği iddiası dinlenilmez. Fakat müdahil, kendisine zamanında ihbar yapılmadığından dolayı davaya geç katıldığını ya da yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma olanaklarını kullanmasını engellediğini veya kendisince bilinmeyen iddia ve savunma olanaklarının, tarafın ağır kusuru nedeniyle kullanılmadığı iddiasıyla yanında katıldığı tarafın dava sürecini hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir (HMK madde 69).

<sup>15</sup> KURU, s. 3454.

<sup>16</sup> GÜNDAY, Metin, İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 406.

<sup>17</sup> AKYILMAZ vd., s. 725; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, C. 2, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 797.

<sup>18</sup> Hukuki yararının bulunması kaydıyla davaya müdahalenin kanun yolu dahil her aşamada yapılabileceğine ilişkin Danıştay kararları için bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2015/6176, K. 2016/625, 09.03.2016; Danıştay 13. Dairesi, E. 2014/1265, 30.12.2014, aktaran AKYILMAZ vd., 2023, s. 725.

<sup>19</sup> GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 398.

Bu kapsamda Yargıtay kural olarak müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunmadığını kabul etmektedir. Yargıtaya göre müdahil yalnızca kendisi hakkında hüküm kurulduğu zaman tek başına temyize gidebilir. Fakat fer'i müdahale isteği reddedilmişse, yanında katıldığı taraf temyize gitmese bile fer'i müdahil temyiz isteminde bulunabilir.<sup>20</sup>

Alman hukukunda asıl tarafın kanun yoluna gitmemesi halinde fer'i müdahilin kanun yoluna başvurabileceği tartışmasız kabul edilmektedir. Zira asıl tarafın hareketsiz kalması, onun kanun yoluna başvuru hakkından feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Asıl taraf feragat etmediği sürece fer'i müdahilin tek başına kanun yoluna gidebileceği kabul edilmektedir.<sup>21</sup> Asıl tarafın kanun yoluna gitme hakkından açıkça feragat etmesi durumunda, fer'i müdahilin de artık kanun yoluna gitmesi mümkün değildir.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> YHGK, E 1986/11143, K 1987/259, 01.04.1987: “Kararı temyiz hakkı taraflara ait bir yetki olduğundan müdahil yalnız başına kararı kural olarak temyiz edemez. Katıldığı tarafla birlikte, başka bir anlatımla katıldığı taraf temyiz isteğinde bulunduğu takdirde fer'i müdahil de temyiz isteğinde bulunabilir. Ancak fer'i müdahale isteği mahkemece reddedilmiş ise katıldığı taraf temyiz etmese bile fer'i müdahil kararın fer'i müdahale isteğinin reddine ilişkin kısmını temyiz edebileceği gibi, müdahil hakkında hüküm kurulmayacağı yolundaki usul kuralına aykırı hareket halinde de fer'i müdahil hükmün kendisine ilişkin kısmına karşı katıldığı taraf temyiz etmese bile temyiz isteğinde bulunabilir.”, (Legalbank, Erişim Tarihi: 10.12.2023). Yargıtayın müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkının olmadığı yönündeki örnek kararları için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/160, K. 2017/1370, 15.11.2017; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2024/1329, K. 2014/985, 26.11.2014; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2011/987, K. 2011/10959, 15.09.2011; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2019/918, K. 2020/4599, 30.09.2020; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2016/9187, K. 2016/7677, 03.10.2016, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/#>, Erişim Tarihi: 10.12.2023). Yargıtayın kararın müdahili de kapsayacak şekilde verilmesi durumunda müdahilin tek başına kanun yoluna gidebileceğine işaret eden kararları için bkz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2019/1644, K. 2020/4077, 14.09.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/#>, Erişim Tarihi: 10.12.2023). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2004/15038, K. 2005/12515, 19.12.2005; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2005/6336, K. 2006/1899, 13.02.2006; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2003/14131, K. 2004/2579, 17.02.2004, (Legalbank, Erişim Tarihi: 12.12.2023).

<sup>21</sup> PEKCANITEZ, Hakan, “İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar tahlili)”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, s. 593; PEKCANITEZ, Hakan/ MERİÇ, Nedim, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 308-398.

<sup>22</sup> PEKCANITEZ/ MERİÇ, s. 325.

## II, MÜDAHALE KURUMUNUN İDARİ YARGIDAKİ GÖRÜNÜMÜ

İYUK'ta üçüncü kişilerin davaya müdahalesi konusu ayrıca düzenlenmemiştir. Müdahale konusunda İYUK'un 31. maddesinde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Bu Kanun, HMK ile yürürlükten kaldırılmış ve mevzuatta mülga 1086 sayılı Kanun'a yapılan atıfların, HMK'nin bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.<sup>23</sup> İYUK'ta madde 31'de HMK'ye atıf yapılan konular arasında "üçüncü şahısların davaya katılması" ve "davanın ihbarı" da bulunmakta olup, davanın ihbarının mahkeme, hakim ya da Danıştay tarafından resen yapılacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda yukarıda belirtilen HMK hükümleri, yapılan atıf nedeniyle idari yargılama usulünde müdahale kurumunda uygulanacaktır. Bununla birlikte bu hükümlerin nasıl uygulanacağı konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır.

Bu konuda bir görüş müdahale tek başına kanun yoluna başvuru hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>24</sup> Buna göre; müdahilin taraf olmadığı doğru olmakla birlikte yanında katıldığı tarafın haklarına sahip olması gerekmektedir. Davayı değiştirmemek ve yeni iddia ve savunmalar ileri sürmemekle birlikte müdahil, yanında katıldığı tarafın yararlanacağı hakları kullanabilmeli, temyiz gibi müracaat yollarına başvurabilmelidir.<sup>25</sup> İdari yargılama usulünde her ne kadar resen araştırma ilkesi geçerli olsa da idarenin yetersiz savunma yapması ya da eksik bilgi belge sunması durumunda müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkının tanınmaması, davanın idare lehine sonuçlanmasında menfaati olan müdahilin hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelir.<sup>26</sup> Hukuk devletinin gereği olarak müdahilin tek başına kanun

<sup>23</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 2021/4, K. 2023/1, 03.02.2023.

<sup>24</sup> GÜNDAY, s. 407; ERKUT Celal, "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2003, s. 97-98; PEKCANI-TEZ/ MERİÇ, s. 321.

<sup>25</sup> ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1960.

<sup>26</sup> AKYILMAZ vd., s. 727.



yoluna başvurması gerekmektedir.<sup>27</sup> Müdahil, asıl tarafın yardımcısı olup yanında katıldığı tarafın davayı kazanması için iddia ve savunmasını ileri sürerken, delil sunma ve kanun yoluna başvurma konusunda ona yardımcı olmaktadır. Asıl tarafın süresi içinde temyiz yoluna başvurmaması, hareketsiz kalması, müdahilin tek başına hükmü temyiz edememesi anlamına gelmez. Müdahil asıl tarafın ihmal ettiği, yapmadığı işlemleri yaparak ona yardımcı olabilir. Asıl tarafın unuttuğu ya da ihmal ettiği işlemleri müdahil tek başına yapabilirse, asıl tarafın davayı kazanması mümkün olabilir. Müdahil asıl tarafın davayı kazanmasını amaçlamaktadır. Bunu ise yanında davaya katıldığı tarafın yapmadığı ya da ihmal ettiği işlemleri yaparak sağlayabilir.<sup>28</sup>

Diğer görüş ise müdahilin yanında katıldığı tarafın iradesine uygun işlemleri yapabileceğini, tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunmadığını ileri sürmektedir.<sup>29</sup> Asıl taraf temyiz etmese bile müdahilin kendisiyle ilgili kısmı tek başına temyiz edebileceği, istinafa götürebileceği görüşü de mevcuttur.<sup>30</sup>

### **III. DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULUNUN E. 2021/4 VE K. 2023/1 SAYILI, 03.02.2023 TARİHLİ KARARI**

Müdahilin yanında katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmaması halinde tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunup bulunmadığı konusunda Danıştay dava daireleriyle kurulları arasında varlığı ileri sürülen içtihat farklılığı sebebiyle Danıştay Başkanı tarafından Danıştay

---

<sup>27</sup> BERK, Kahraman, "İdari Yargıda 'Müdahilin' Temyiz Hakkı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, S. 10-11-12, Aralık 2000, s. 1130.

<sup>28</sup> PEKCANITEZ, s. 594.

<sup>29</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 317; KARAVELİOĞLU, Celal, Açıklamalı İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s. 1235; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 797; KURU, s. 3477; NOHUTÇU, Ahmet, İdari Yargı, 1. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara 2010, s. 320.

<sup>30</sup> KARSLI, s. 300; PEKCANITEZ vd., s. 175; İdari yargıda müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkı konusunda ayrıntılı inceleme için bkz. AKSOYLU, Özge, "İdari Yargılama Hukukunda Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurma Hakkı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2020, s. 55- 117.

İçtihatları Birleştirme Kuruluna başvurulmuş, başvuru üzerine inceleme yapılarak çelişkili içtihatların birleştirilmesine karar verilmiştir.

Danıştay 6. ve 10. Dairesinin, yanında katıldığı taraf davayı kanun yoluna götürmese de müdahilin kanun yoluna götürebileceği yönünde vermiş olduğu birtakım kararları bulunmaktadır. Buna göre müdahilin davaya katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmaması durumunda yapmış olduğu kanun yolu başvurusunun incelenmemesi adil yargılanma hakkının, hak arama hürriyetinin ve mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına gelecektir.<sup>31</sup>

Danıştay 2., 8. ve 12. Dairesinin verdiği bazı kararlarda ise müdahilin yanında katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmaması durumunda tek başına kanun yoluna götüremeyeceği şeklinde kararlar verilmiştir. Bu kararlarda genel olarak müdahilin davanın asıl tarafına sağlanan tüm haklara sahip olduğunun söylenemeyeceği, asilin davayı devam ettirmeme iradesine rağmen müdahilin davayı devam ettirmesine imkan bulunmadığı, bu durumda müdahilin yanında katıldığı tarafla birlikte hareket etme şartının sağlanmadığı, verilen kararda kural olarak müdahil hakkında hüküm kurulmadığı, müdahilin yanında katıldığı tarafa yardımcı olabileceği, adil yargılanma ilkesinin de buna imkan vermediği belirtilmektedir.<sup>32</sup>

Danıştay Başsavcısı, usulen içtihadın birleştirilmesine gerek bulunduğu belirterek esasa ilişkin görüş bildirmiştir. Buna göre; idari yargıda uygulanmakta olan müdahale türü fer'i müdahale olup, müdahil ne taraftır ne de tarafın temsilcisidir. Müdahil davacı ya da davalı olma-

<sup>31</sup> Örneğin bkz. Danıştay 6. Dairesi, E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017; Danıştay 6. Dairesi, E. 2015/11509, K. 2019/258, 15.01.2019; Danıştay 6. Dairesi, E. 2016/4080, K. 2020/9310, 13.10.2020; Danıştay 6. Dairesi, E. 2018/2480, K. 2021/440, 26.01.2021; Danıştay 10. Dairesi, E. 2018/4172, K. 2019/6922, 21.10.2019; Danıştay 10. Dairesi, E. 2019/8032, K. 2020/1336, 12.05.2020, aktaran Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 2021/4, K. 2023/1, 03.02.2023.

<sup>32</sup> Örneğin Bkz. Danıştay 12. Dairesi, E. 2021/3244, K. 2021/1746, 29.03.2021; Danıştay 13. Dairesi, E. 2020/263, K. 2020/320, 05.02.2020; Danıştay 13. Dairesi, E. 2022/673, K. 2022/657, 24.02.2022; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2020/1828, K. 2020/1524, 21.09.2020, aktaran Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 2021/4, K. 2023/1, 03.02.2023.

yıp, kendisi adına hukuki himaye talep etmemektedir, yalnızca kendi menfaati sebebiyle yanında katıldığı tarafa yardım etmektedir. Yargılama sonucunda verilecek karar sadece davanın taraflarına yöneliktir. Davaya müdahale kurumu yargılama sonunda verilecek hükmün müdahili olumsuz etkilemesini engellemeyi ve yanında katıldığı tarafın davayı kazanmasını hedeflemektedir. Davada taraf olmayan ve hakkında hüküm kurulmayan, sadece yanında katıldığı tarafa yardımcı olabilen ve onunla hareket edebilen müdahilin idari yargıda tek başına kanun yollarına gitmesine hukuken imkan yoktur. İdari yargıda görülen davaların önemli bir bölümü üçüncü kişileri de etkilemekte olup sadece hak arama hürriyetine dayanarak zorunluluk bulunmadığı halde müdahile kendi başına kanun yoluna başvurma hakkının tanınması, müdahalenin kapsamının ve yetkilerinin belirlenmesi konusunda, hukuki belirlilik ve makul sürede yargılanma gibi konularda sorunlara neden olacaktır. Diğer yandan idari yargılama usulünde geçerli olan resen araştırma ilkesi uyarınca hakim iddia ve savunmada ileri sürülen maddi bulguların gerçeğe uygun olup olmadığını araştırmalı, delillerin takdiri, tarafların değinmediği hususların tespiti gibi konularda kendiliğinden araştırma yapmalıdır. Bu minvalde müdahilin yanında katıldığı taraf hareketsiz kalsa bile verilen kararda hakim, resen araştırma ilkesini uygulayarak karar vermelidir. İdari yargıda kişisel menfaatlerden hangisinin hukuken haklı olduğu meselesinden ziyade idarenin hukuka, kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine uygun davranıp davranmadığı incelenmektedir. İdarenin işleminin hukuka uygun olduğu tespit edilirse, kişisel menfaatlerin ihlal edilmiş olması davanın sonucunu değiştirmeyecektir. Yargıtay içtihatlarında da müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkının tanınmadığı görülmektedir.<sup>33</sup>

Başsavcı görüşünde Anayasa Mahkemesi (AYM) kararına atıf yapılmıştır. 12.09.2018 tarih ve 2015/10572 Başvuru Nolu Fernas İnşaat A.Ş. kararında AYM, müdahile temyiz hakkının tanınmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddi-

---

<sup>33</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 2021/4, K. 2023/1, 03.02.2023.

asını yerinde görmemiştir. Şöyle ki; taraf olan asılın davayı devam ettirmeme iradesinin varlığına rağmen müdahile bu yönde bir hakkın tanınmasına ilişkin anayasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle müdahile tek başına kanun yoluna başvurma hakkının verilmemesi durumunda, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiası geçerli değildir.<sup>34</sup>

Danıştay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, oy çokluğu ile vermiş olduğu kararında çelişkili içtihatların, “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 vermiştir. Buna göre; hak arama hürriyeti herkesin yargı organları önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olması anlamına gelip, davaya müdahalenin amacı taraf sıfatına sahip olmayan ama yargılama sonucunda hak ya da menfaati etkilenebilecek olan kişilere hakkını koruyabilme fırsatının tanınmasıdır. Anayasa’nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkının öznesi “herkes” olarak belirtilmiş olup, taraf gibi tüm korumalardan yararlanması mümkün olmasa da müdahilin de hakkaniyete uygun yargılanma, mahkemeye erişim, hukuki dinlenilme ve yargısal korunma talebi gibi haklardan yararlanabilmesi gerekir. HMK’de müdahilin tek başına kanun yoluna başvuruda bulunup bulunmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari yargıda müdahilin sadece yanında katıldığı tarafın işlemleriyle bağlı olması adaletsiz bazı sonuçlara neden olabilir. Müdahale kurumu idari yargının özellikleri göz önünde tutularak, idari yargının amacı, işlevi, idari yargıya hakim olan temel ilkelerle kanun yollarına başvurunun etkileri ve sonuçları ilgili usul hükümleriyle birlikte değerlendirilerek idari yargıya göre yorumlanmalıdır. Müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkının tanınması kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından da önem taşır. Bu çerçevede tarafların işlemlerine ve açıklamalarına aykırı olmayan

<sup>34</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 2021/4, K. 2023/1, 03.02.2023.

her türlü usuli işlemi yapma yetkisi tanınan müdahile, verilen karara karşı tek başına kanun yoluna başvuru imkanının tanınması adil yargılanma hakkının temini bakımından gereklidir. Diğer yandan yanında katıldığı tarafın feragat, kabul ya da vazgeçme gibi aksi yönde iradesinin varlığı durumunda müdahilin bu iradeye aykırı bir şekilde kanun yoluna başvuru imkanı bulunmamaktadır. Müdahilin tek başına kanun yoluna başvurması durumunda ilgili tarafın kanun yolu aşamasından haberdar edilmesi gerekir.<sup>35</sup>

İçtihadı Birleştirme Kararı oy çokluğu ile verilmiş olup kararda karşı oy görüşleri sunulmuştur. Usule ilişkin karşı oy görüşünde içtihatlar arasında farklılık bulunsa da yargılamanın genel seyrinde gidilmesi durumunda istikrarlı içtihadın ortaya çıkacağı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine lüzum olmadığı belirtilmiştir. Zira içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı olduğu için mahkemelerin konu hakkında somut olay adaletinin tesisi amacıyla kullanabileceği takdir yetkisini kısıtlayacaktır. Diğer karşı oy görüşünde davaya müdahale talebinin kabul edilebilmesi için hukuki yarar şartı yeterli görülmele birlikte idari yargıda dava açabilmek için tam yargı davalarında kişisel hak, iptal davalarında ise menfaat ihlali şartı gerekmekte olup bu koşulların müdahil bakımından aranmadığı, iki ayrı kurum için aranmakta olan hukuki yarar şartlarının birbirini karşılamadığı, bu durumda müdahilin ancak kendisinin menfaat ihlali ya da hak ihlali koşulunun sağlandığı, dava ehliyetini karşıladığı bir davada kanun yoluna başvuru hakkına sahip olacağı ileri sürülmüştür. Diğer bir karşı oy görüşünde ise müdahile başvuru imkanı tanıyan açık bir hüküm olmadığı, aksine müdahilin yalnızca yanında katıldığı tarafın açıklamalarına ve işlemlerine aykırı olmayan her türlü usul işlemini yapabilmesinin kurala bağlandığı, davanın tarafı olmayan ve dava neticesinde hakkında hüküm kurulmayan müdahile, taraf iradesine aykırı bir şekilde tek başına kanun yoluna gitme hakkının tanınmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 2021/4, K. 2023/1, 03.02.2023.

<sup>36</sup> Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E. 2021/4, K. 2023/1, 03.02.2023.

#### **IV. KARARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME**

Müdahilin tek başına kanun yoluna gitme hakkının olup olmadığı konusunda temel çıkış noktası İYUK'taki atıf nedeniyle HMK'nin müdahaleye ilişkin hükümleridir. Bu nedenle varılacak sonucun buradaki düzenlemelere aykırı olmaması gerekir. Fakat olması gereken hukuk bakımından ayrı bir tartışma yapılabilir. Bu bakımdan verilen İçtihadı Birleştirme Kararı öncelikle HMK hükümleri çerçevesinde, sonrasında olması gereken hukuk bakımından değerlendirilecektir.

##### **A. HMK Hükümleri Bakımından Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı**

Söz konusu Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı doktrinde eleştirilmiştir. Candan, verilen İçtihadı Birleştirme Kararına birtakım eleştiriler yöneltilmektedir. Yazara göre bu karar bazı hukuki sorunlar içermektedir. Öncelikle kanuni düzenlemeler bakımından müdahilin kanun yoluna başvuruda bulunabileceğine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca Kurulun birleştirdiği içtihatlar bir kanun hükmünün farklı yorumlanmasına dayanmamaktadır. Bu nedenle Kurul yürürlükteki kanun hükümlerinde olmayan bir usul hukuku kurumunu idari yargı sistemine getirmektedir. Böyle bir tasarruf kanun koyucunun yetki alanına müdahale niteliği taşımaktadır. Bir diğer husus müdahilin katılımı olmaksızın davanın yeteri kadar aydınlatılamayacağı iddiası, idari yargıda geçerli olan resen araştırma ilkesi ile uyuşmamaktadır. Zira müdahil olmasa da hakim görevi gereği her türlü araştırmayı ve incelemeyi yapmakla yetkili ve görevlidir. Müdahile sırf davanın sonucundan etkilendiği gerekçesiyle kanun yoluna başvuru hakkı tanınması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira idari yargı alanında davanın tarafı ve müdahil olmasa bile davanın sonucundan etkilenebilecek pek çok kişi bulunabilir. O vakit bunlara da kanun yoluna başvuru hakkının tanınması gerekir. Adil yargılanma hakkı taraflar bakımından öngörülmüş bir hak olup müdahil davanın tarafı değildir. Müdahile Anayasa'da açıkça tanınmamış bir hakkın temini amacı, kanunda olmayan bir usul kurumunun içtihatla getirilmesini haklı kılmamaktadır. Bu nedenle Kurul kararı

kanunen bağlayıcı ama hukuki dayanakları sağlam olmayan bir karar olarak değerlendirilmiştir.<sup>37</sup>

Candan'ın bu konudaki eleştirilerine katıldığımız bazı hususlar bulunmaktadır. Bununla birlikte yazarın kanuna dayanmayan bir usul getirilmesi nedeniyle *kanun koyucunun faaliyet alanına girildiği* eleştirisine iştirak etmemekteyiz. HMK'de müdahale konusunu düzenleyen kendisine atıf yapılan kanun hükümleri bulunmakla birlikte, müdahilin tek başına kanun yoluna gidip gidemeyeceğine ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. Fakat konuya ilişkin hukuki sorun mevcut kanun hükümlerinin yorumlanması suretiyle çözümlenebilecek niteliktedir. Kanımızca burada kanunun lafzi anlamından ve amacından müdahilin tek başına kanun yoluna gidemeyeceği çıkarımı yapılabilir. Müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunduğunu kabul edebilmek için açık kanuni düzenleme gerekir. Çünkü hüküm davanın tarafları hakkında kurulmaktadır, kural olarak müdahil bakımından hüküm kurulmamaktadır. Kanun koyucu taraf olmayan üçüncü kişiye kanun yoluna başvuru hakkını tanımak isteseydi bunu açıkça belirtirdi. Üstelik idari yargılama usulünde resen araştırma ilkesinin geçerli olması, müdahile tek başına kanun yoluna başvurma hakkının tanınmamasına gerekçe olarak ileri sürülemez.

Müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunup bulunmadığı konusunda, Danıştay Başsavcısının görüşünde belirttiği ve karşı oy görüşünde belirtilen hususlara çoğunlukla katılmaktayız. Müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hakkının olmadığı yönündeki görüşe hukuki dayanak olarak ilgili mevzuattaki düzenlemeler gösterilebilir. Bu konuda mevzuatta açık bir yasaklama bulunmasa da kanunun amacı ve lafzi yorum çerçevesinde kanun koyucunun müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkı tanımadığı çıkarımı yapılabilir.

İçtihadı Birleştirme Kararında ifade edilen, tarafın bir işlemi yapmadığı ama müdahilin bu işlemi yaptığı durumlarda çelişkinin var olmadığı

---

<sup>37</sup> CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 1120-1121.

ğ ı yorumuna her zaman katılmak mümkün değildir. Bir kere tarafların hareketsiz kaldığı bazı hallere kanun koyucu bu hareketsizliğe sonuç bağlamış olup ilgili tarafın kanun yoluna başvuru hakkı ortadan kalkar.

HMK'nin 68. maddesi uyarınca müdahil, yanında katıldığı tarafın işlemlerine ve açıklamalarına aykırı olmayan usuli işlemleri yapabilir ve onun yararına uygun olan iddia ve savunmaları ileri sürebilir. Bu durumda verilen İçtihadı Birleştirme Kararı burada belirtilen iki hükmü de ihlal edebilecek niteliktedir.

Kanun yoluna başvuru süresi içinde bu hakkın kullanılmaması durumunda müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkının verilmesi, bazı durumlarda davalı idarenin iradesinin yerine özel hukuk kişilerinin geçmesi anlamına gelir ki bu durum hem idari yargı tekniğine uygun değildir, hem de müdahale hükümlerine uygun değildir.<sup>38</sup> Bu durumda söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı başka hukuki sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Müdahile tek başına kanun yoluna başvurma hakkının verilmesi kanunda açıkça belirtilmediği halde onun iradesinin, yanında katıldığı tarafın iradesinden daha üstün tutulması anlamına gelecektir. Diğer yandan yargılamanın uzamasından doğan külfetlere davanın tarafları katlanmak durumunda kalacaktır. Bu durum kimi zaman makul sürede yargılanma hakkının ihlali sonucunu da doğurabilir.

Diğer yandan kanunda açık hukuki dayanak olmaksızın müdahile böyle bir yetkinin verilmesi hükmü kanun yoluna götürme konusunda taraflara tanınmış olan taleple bağıllık, hukuki belirlilik ve makul sürede yargılanma ilkesinin ihlali anlamına gelebilir. Her ne kadar hükmü kanun yoluna götürmeme hali açık bir feragat olmasa da ortada *zımni bir irade açıklaması* vardır. Müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkının tanınması ile bu irade açıklamasına aykırı bir başvuru hakkı tanınmış olacaktır. Müdahile bu hakkın tanınması, yanında katıldığı tarafın *kanun yoluna gitmeme iradesine* aykırı bir tutum olacaktır. Elbette ki

<sup>38</sup> Danıştay 6. Dairesi, E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.4.2017, karşı oy görüşü, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.12.2023).



hükmün üst mahkemede incelenmesinde tarafların birtakım hukuki yararları bulunmaktadır. Fakat uygulamada gerek idarelerin gerekse özel hukuk kişilerinin çeşitli sebeplerle hükmü kanun yoluna götürmek istemediği, kararı kesinleştirmek istediği kimi durumlar görülmektedir.

HMK'nin 68. maddesinde müdahilin işlemlerini sınırlama bakımından yanında katıldığı tarafın yararına *açıkça aykırılık* şart koşulmamışken, İçtihadı Birleştirme Kararında müdahile kanun yoluna başvuru hakkının kısıtlanabilmesi için yanında katıldığı tarafın işlem ve açıklamalarına *açıkça aykırı olmama* kriteri getirilmiştir. Bu durumda aykırılığın açıkça anlaşılmadığı hallerde müdahilin tek başına kanun yoluna başvurabilme hakkının olduğu kabul edilmelidir ki bu sonuç kanun koyucunun amacına aykırılık oluşturur.

Danıştayın bu kabulü ile müdahilin hareket alanını Yargıtaydan daha genişlettiği görülmektedir. Yargıtay müdahilin kendisi hakkında hüküm kurulması veya müdahale talebinin kabul edilmemesi durumunda tek başına kanun yoluna başvuru hakkının bulunduğunu kabul ederken, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında yanında katıldığı tarafın açıklamalarına ve işlemlerine açıkça aykırı olmamak kaydıyla müdahilin tek başına kanun yoluna gidebileceğini kabul etmiştir.

Üstelik HMK tasarısının fer'i müdahaleyi düzenleyen hükümlerine ilişkin madde gerekçesinde; *"fer'î müdahil, taraf yardımcısı olması sebebiyle, tarafa rağmen bir işlem yapamayacaktır"*<sup>39</sup> ifadesi ile fer'i müdahilin hareket alanı belirlenmiştir. Ayrıca *"Müdahilin, tarafın yardımcısı olması sebebiyle, onun işlem ve açıklamalarına aykırı işlem yapması müdahillik konumuyla bağdaşmayacaktır"* ifadesi kullanılmıştır.<sup>40</sup>

Müdahile davada tanınan hareket serbestisi, yanında katıldığı tarafın işlem ve isteklerine aykırı olmayan birtakım usuli işlemlerle sınırlıdır. Müdahil yanında katıldığı tarafın iradesine ve yararına aykırı usuli işlemler yapamaz. Oysa müdahilin tek başına kanun yoluna başvuru hak-

<sup>39</sup> <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.02.2024).

<sup>40</sup> <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-18a2-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6100#step-2>, (Erişim Tarihi: 01.02.2024).

kını kullandığı tüm durumlarda bu şartı sağlamak mümkün olmayabilir. Somut olayda müdahilin tek başına kanun yoluna gittiği bazı durumlarda, yanında katıldığı tarafın menfaatine uymayan haller ortaya çıkabilir. Bunu her zaman önceden tespit etmek mümkün değildir. Bu durumda HMK düzenlemesine aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Örneğin açılan tam yargı davasında, davalı idarenin kanun yoluna başvurmaması durumunda, onun yanında davaya katılan kendisine rücu edilmesi ihtimali bulunan müdahilin davayı kanun yoluna götürmesi ile kesin hükme ulaşma süresi uzayacağı için davalı idarenin ödeyeceği kanuni faiz miktarı ve dava masrafları artabilir. Kimi durumlarda ise kesin hükme daha kısa sürede ulaşma ile elde edilecek fayda daha fazla olabilir. Paranın hızlı değer kaybettiği, kanuni faiz oranlarının değer kaybını karşılamadığı zamanlarda davacının bir an evvel alacağı tazminata ulaşmak istemesine rağmen davacı yanında davaya katılan müdahilin<sup>41</sup> hükmü tek başına kanun yoluna götürmesi buna misaldir. Böylelikle müdahil, tek başına kanun yoluna başvurmakla yanında katıldığı tarafın aleyhine bir işlem yapmış olur. Böyle bir ihtimalin doğması ise HMK'de aranan şartlarla bağdaşmamaktadır. Üstelik ilgili taraf kanun yoluna başvurmada yararı olduğunu görürse, muhtemelen kanun yoluna gidecektir. İlgili tarafın kendi aleyhine işlem yapması hayatın olağan akışına uygun değildir. Bu nedenle müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkının tanınması ile HMK'nin lafzına ve amacına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Diğer yandan söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında müdahilin kanun yoluna başvuru dilekçesinin yanında katıldığı tarafa tebliğ edilmesi öngörülmüştür. Müdahilin dilekçesini tebliğ aldıktan sonra ilgili tarafın, kanun yoluna gitmek istemediğini bildiren bir dilekçe sunması halinde nasıl bir yol izleneceği sorunu ortaya çıkacaktır. Burada uygulamada bazı mahkemeler müdahilin kanun yoluna başvuru işlemini tarafın iradesine açıkça aykırı bir işlem olarak yorumlarken, diğer mahkemeler müdahilin kanun yoluna başvuru dilekçesini kabul edip kanun

<sup>41</sup> Davacı yanında davaya katılan müdahil konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. AKSOYLU, s. 84. ve devamı.

yolu sürecini başlatabilir. Bu durumda içtihadı birleştirme kararı ile amaçlanan uygulama birliği gerçekleşmeyebilir.

Müdahile tek başına kanun yoluna başvurma hakkının tanınması gerektiği yönündeki görüşlerin bir kısmı, kanun yoluna başvurulmasının unutulması ya da mücbir sebepler nedeniyle başvurulmaması halinde bunun yararlı olacağını ifade ederek, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkına müdahilin de sahip olduğu fikrini zikretmektedir. Tarafların hükmü kanun yoluna götürmeyi unutmaları ihtimali bulunmakla birlikte görülme olasılığının çok sık olmayacağı söylenebilir. Öncelikle davasını karar aşamasına kadar takip eden tarafın, hüküm verildikten sonra kendi aleyhine verilen hükmü kanun yoluna götürmesi -başvuru şartlarının sağlanması kaydıyla- tabî bir durumdur. Dolayısıyla unutmama durumu çok ender rastlanabilecek bir hal olarak ifade edilebilir. Diğer yandan unutmama hali olsa bile herkes kendi kusurunun neticelerine katlanmakla yükümlüdür. Bu neticeler, kanunda açıkça tanınmayan yetkilerin müdahile tanınması ile ortadan kaldırılmamalıdır. Bir diğer deyişle müdahale kurumunun kullanılmasında amaç, tarafların kusurlu davranışının neticelerini ortadan kaldırmak olmamalıdır. Mücbir sebeplerle kanun yoluna gidilememesi durumunda ise eski hale getirme kurumunu devreye sokucu düzenlemeler yapılmalıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde unutmama ya da mücbir sebeplerle kanun yoluna gidememe hali, açık kanuni dayanak olmaksızın tek başına müdahile kanun yoluna gitme hakkı tanımada gerekçe oluşturmamaktadır.

## **B. Olması Gereken Hukuk Bakımından Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı**

Müdahilin tek başına kanun yoluna gidemeyeceğine ilişkin birtakım Danıştay kararları HMK'nin lafzına ve amacına uygundur. Bu konudaki Yargıtay kararları ile de uyumludur. Fakat bu husus verilen kararları başka açılardan tartışmaya engel değildir. Çünkü adli ve idari yargı düzenlerinde müdahillerin uyuşmazlığın esasından etkilenme dereceleri farklılık gösterebilmektedir.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> KAPLAN, s. 484.

Üçüncü kişilerin davaya müdahalesi, özel hukuktan ayrı anlaşılması ve uygulanması gereken, idari yargının temel ilke ve özelliklerinin göz önünde tutulmasını gerektiren bir usul hukuku kurumudur. İdari yargının tek ve son hedefi, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmek değildir. İdari yargı aynı zamanda idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamayı hedeflemektedir.<sup>43</sup> Bu nedenle konunun olması gereken hukuk açısından da değerlendirilmesi gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir". 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde ise; "Hak arama hürriyeti" başlığı altında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" ifadesi düzenlenmiştir. Bu maddeyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü, kendisi temel bir hak özelliği göstermekle birlikte, diğer temel hakların ve özgürlüklerin korunmasını ve bunlardan gereken şekilde yararlanılmasını sağlayan en etkili teminatlardan biridir.<sup>44</sup>

Adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi için yalnızca makul süre içinde, bağımsız ve tarafsız mahkemede aleni yargılamanın yapılması yeterli olmaz. Aynı zamanda yargılamanın hakkaniyete uygun olması gerekir. Hakkaniyete uygun yargılama otonom yorum kapsamında her olay bakımından ayrı değerlendirilebilir. Bununla birlikte çekişmeli yargılama, silahların eşitliği, gerekçeli karar hakkı, duruşmada hazır bulunma gibi birtakım haklar bu hakka girmektedir.<sup>45</sup> Bu kapsamda adil yargılanma hakkının unsurlarını genel itibarıyla makul sürede davanın

<sup>43</sup> YASİN, Melikşah, "İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale", İÜHFM, C. LXIX, S. 1 -2, 2011, s. 439.

<sup>44</sup> AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, 14.1.2015, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 02.01.2024).

<sup>45</sup> ÇAYAN, Gökhan, Adil Yargılanma Hakkı, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2016, s. 109.

sonuçlandırılması, aleniyet ilkesi ve duruşma yapılması, yargılama sürecinin adil olması ve gerekçeli karar ilkesi, bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesi ile etkin bir şekilde mahkemeye başvurma hakkı gibi unsurlar oluşturmaktadır.<sup>46</sup>

Adil yargılanma ilkesi yalnızca davanın tarafları bakımından tanınmış bir ilke değildir. Bu nedenle müdahilin kendi haklarını ve menfaatlerini ilgilendiren davada yanında katıldığı tarafın kanun yoluna gitmemesi durumunda kanun yoluna başvurabileceğinin kabulü adil çözümdür.

AYM vermiş olduğu bir kararında; kanun yoluna başvuru ile yargı organlarınca verilen kararların kural olarak diğer bir yargı organı tarafından denetlenmesine fırsat tanınarak daha güvenceli bir yargı hizmeti sunulduğunu, adil yargılanma hakkının kanun yoluna başvuru hakkını da kapsadığını belirtmiştir.<sup>47</sup>

Hukuki dinlenilme hakkı yargısal bir temel hak olarak adil yargılanma hakkı, iddia ve savunma hakkıyla birlikte değerlendirilen, insan onuru ve eşitlik ilkesinden kaynaklanan hukuk devletinde bulunması gereken bir haktır. Bu hakkın ihlali anayasal bir hakkın ihlali anlamına gelecektir.<sup>48</sup> Hukuki dinlenilme hakkı da müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkının tanınmasını gerektirmektedir.

Hukuki dinlenilme hakkı yargılamada taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasında etkili olmaktadır. Özellikle şekli hukuk kuralları konurken belli menfaat dengelerinin belli aşamalarda korunması hedeflenmiştir. Hukuki dinlenilme hakkının gereği gibi kullanılmaması bu menfaat dengesini bozacak, yargılama sonunda adil bir karara ulaşmak mümkün olmayacaktır.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> ÇİFTÇİ, Erhan, "Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Adil Yargılanma İlkesi ve İdari Yargı", *Danıştay Dergisi*, S. 106, Y. 33, 2003, s. 86-96.

<sup>47</sup> AYM, E. 2014/164, K. 2015/12, 14.1.2015, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 02.01.2024).

<sup>48</sup> ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 60.

<sup>49</sup> ÖZEKES, s. 66.

*“Hukuki Dinlenilme hakkı” HMK’nin 27. maddesinde; “(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. (2) Bu hak; a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, b) Açıklama ve ispat hakkını, c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir” şeklinde düzenlenmiştir.*

Görüldüğü üzere burada müdahilin hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Müdahilin tek başına kanun yoluna başvurma hakkının hukuki dinlenilme hakkı bakımından varlığı gerekli bir hak olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte buradaki düzenleme HMK’nin müdahaleye ilişkin özel düzenlemeleri karşısında müdahile tek başına kanun yoluna gitme hakkını tanıyıcı nitelikte değildir. Bir diğer deyişle hukuki dinlenilme hakkı kapsamında yapılan bu düzenlemeler HMK’de düzenlenen müdahale hükümleri karşısında müdahile doğrudan kanun yoluna başvuru hakkı tanınabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Belirtildiği üzere bu konuda açık kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

Hukuki dinlenilme hakkı kapsamında müdahile davaya katıldığı andan itibaren, katıldığı taraf aleyhine olmamak kaydıyla kendi lehine işlemler yapabilme, iddia ve savunma vasıtaları sunabilme yetkisi HMK’de tanınmıştır. Böylelikle hüküm verilinceye değin müdahile ilgili hukuki imkanları kullanmasına fırsat tanınmakta, verilen hükümde müdahilin ileri sürmüş olduğu hususlar ve deliller de değerlendirmeye alınmaktadır. Bu nedenle müdahilin davaya katılmasından itibaren ileri sürülebilecek argümanlar, hüküm verilirken hakim tarafından göz önünde tutulmaktadır.

Müdahilin tek başına kanun yoluna başvurusu konusunda önem taşıyan bir diğer hak mahkemeye erişim hakkıdır. Bu hak bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürebilmeyi ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmeyi ifade eder. AİHS’in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde, mahkemeye erişim hakkı açıkça düzenlenmemiş olsa da 6/1’deki *“herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda*

*karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek hakkı...*" ifadeleri ve hakkın doğası gereğince, adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim hakkını da içerdiğinin kabulü gerekir. Kişinin mahkemeye müracaatını engelleyen ya da mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir diğer ifadeyle mahkeme kararını önemli derecede etkisizleştiren kısıtlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.<sup>50</sup>

Mahkemeye erişim hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre sözleşmenin 6. maddesinin sadece bir bölümünü oluşturmaktadır. Mahkemeye erişim hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için haklarına müdahale edilen kişilerin kesin ve açık bir şekilde bu işleme itiraz edebilmeleri gerekir. Diğer yandan bu kural sadece açılmış bir dava bakımından değil haklarının kanuna aykırı olarak çiğnendiğini düşünen, adil yargılanma hakkına uygun şekilde mahkeme önünde itiraz etme imkanı olmayan herkes bakımından geçerlidir.<sup>51</sup>

Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkı ya da başka bir ifadeyle hukuk davası açma hakkının, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasının sadece bir yönünü oluşturduğu, mahkemeye erişim hakkının etkin olabilmesi için haklarına müdahale edilen kimselerin kesin ve açık bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesi, bunun mahkemece incelenmesi ve tartışılabilmesi gerektiği gerekçesiyle, İYUK'un 31. maddesinin mahkemeye erişim hakkını doğrudan etkilediğine işaret etmiştir.<sup>52</sup> Menemen Minibüsçüler Odası hakkında yapılan idari işlemler konusunda açılan iki ayrı davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk davada temyiz aşamasında kısıtlı savunma yapabilmesi ve esas hakkındaki görüşlerini dile getirememesi, ikinci davadaysa kendisine davanın ihbarı yapılmayarak dava dışında kalması ve davalı Valilikçe kanun yoluna başvurulmaması sebepleriyle, kendisini savunamadığı sonucuna ulaşarak, başvuranın mahkemeye eri-

<sup>50</sup> AYM, Başvuru No: 2012/791, 07.11.2013, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 02.01.2024).

<sup>51</sup> ŞİMŞEK, Tacettin, "İdari Yargıda Davalı Yanında Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvuruda Bulunma Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 134, 2018, s. 210.

<sup>52</sup> Danıştay 6. Dairesi, E. 2020/9881, K. 2021/1264, 4.2.2021, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), Erişim Tarihi: 01.12.2023).

şim hakkından mahrum bırakıldığına ve AİHS'in 6/1. maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>53</sup>

Bu açıklamalar çerçevesinde çalışma konusu İçtihadı Birleştirme Kararının HMK'nin lafzi düzenlemelerine aykırı, ama olması gereken hukuk bakımından yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle İçtihadı Birleştirme Kararı ile kanımızca ortaya HMK'nin lafzına ve amacına ters, ama olması gereken hukuk bakımından adil bir sonuç ortaya çıkmıştır. Sorun birtakım HMK hükümlerinin idari yargı alanındaki ihtiyacı tam olarak karşılayamamasından kaynaklanmaktadır. İdari yargı alanında verilen mahkeme kararlarının gerek iptal davaları bakımından gerekse tam yargı davaları bakımından davanın tarafları haricinde üçüncü kişilerin haklarını ve menfaatlerini etkilemesi durumu söz konusu olabilir. Bu durumda müdahilin hareket alanının kısıtlanması, birtakım usuli işlemleri tek başına yapmasına müsaade edilmemesi adil yargılanma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelebilir. Bu konudaki en makul çözüm müdahilin tek başına kanun yoluna gidebileceği konusunda açık kanuni düzenleme yapılmasıdır. HMK'nin ilgili hükümlerinin lafzı ve amacıyla, idari yargı alanında ortaya çıkacak uygulama arasındaki farklılığın giderilmesi için müdahale kurumunun İYUK'ta açıkça düzenlenmesi gerekir.

## SONUÇ

HMK'nin ilgili düzenlemeleri uyarınca müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına uygun olan iddia ve savunmaları ileri sürebilir, onun işlemlerine ve açıklamalarına aykırı olmayan usuli işlemleri yapabilir. Kanımızca yanında katıldığı taraf kanun yoluna başvurmama iradesi gösterdiği halde müdahilin tek başına kanun yoluna başvurması, bugünkü haliyle HMK madde 68'de belirtilen koşulları ihlal edebilecek niteliktedir.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararının İYUK'ta atıf yapılmış olan HMK'nin müdahale kurumuna ilişkin hükümleri bakımından kanununun

<sup>53</sup> Danıştay 6. Dairesi, E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.4.2017, (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.12.2023).



lafzına ve amacına aykırı bir karar olduğunu değerlendirmekteyiz. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında müdahilin iradesi yanında katıldığı tarafın iradesinden üstün tutularak, ilgili tarafın arzu etmediği bir neticeye sebebiyet verilmektedir. Diğer yandan müdahilin tek başına kanun yoluna gitmesi, kimi durumlarda yanında katıldığı tarafın menfaatlerine aykırı sonuçlar doğurabilir. Buna rağmen içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcı olduğu göz ardı edilmemelidir.

Olması gereken hukuk açısından bakıldığında müdahile tek başına kanun yoluna başvuru hakkının tanınması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Her ne kadar hüküm davanın tarafları hakkında kurulsun da verilen karardan müdahil de etkilenebilmekte, onun üzerinde de kesin hükmün birtakım etkileri ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle kabul edilen içtihat ile HMK'nin lafzı arasında ortaya çıkan aykırılığın, kanun koyucu tarafından açık bir şekilde çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Her ne kadar idari yargılama usulünde resen araştırma ilkesi uygulanmakta olsa da idari yargının kendine özgü ilkeleri göz önünde tutularak müdahale kurumunun idari yargıda ayrıca düzenlenerek uygulanması, bu konuda ortaya çıkan sorunların çözümü için atılması gereken bir adım olarak varlığını devam ettirmektedir.<sup>54</sup> Bu bağlamda dava ya müdahale kurumu idari yargının özellikleri göz önünde tutularak İYUK'ta açıkça düzenlenmelidir.

## KAYNAKÇA

- AKSOYLU, Özge: "İdari Yargılama Hukukunda Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurma Hakkı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2020, s. 55- 117.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2023.
- BERK, Kahraman: "İdari Yargıda 'Müdahilin' Temyiz Hakkı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 74, S. 10-11-12, Aralık 2000, s. 1120-1131.
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

---

<sup>54</sup> TÜRK, Ender, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında İdari Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, 112.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- ÇAYAN, Gökhan: Adil Yargılanma Hakkı, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul 2016.
- ÇİFTÇİ, Erhan: “Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Adil Yargılanma İlkesi ve İdari Yargı”, Danıştay Dergisi, S. 106, Y. 33, 2003, s. 77-97.
- ERKUT, Celal: “İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2003, s. 87-103.
- GÖRGÜN, Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut: İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, C. 2, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- GÜNDAY, Metin: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- KALAFAT, Ahmet: “İdari Yargılama Usulü Kanunu’na Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer’i Müdahale)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 73, 2007.
- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2022.
- KARAVELİOĞLU, Celal: Açıklamalı İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016.
- KARSLI, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 4, 6. Baskı, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001.
- NOHUTÇU, Ahmet: İdari Yargı, 1. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara 2010.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- PEKCANITEZ Hakan: “İdari Yargıda Fer’i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar tahlili)”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001, s. 591-601.
- PEKCANITEZ, Hakan/ MERİÇ, Nedim: Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- ŞİMŞEK, Tacettin: “İdari Yargıda Davalı Yanında Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvuruda Bulunma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 134, 2018, s. 177-216.

- TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, C. 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- TOSUN, Mustafa/ TAN, Emre: "İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından İnceleme)", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 827-877.
- TÜRK, Ender: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında İdari Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi" Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (2013), 99-113.
- YASİN, Melikşah: "İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale", İÜHFİM, C. LXIX, S. 1 -2, 2011, s. 439-452.



# ANAYASAL YORUMDA “YAŞAYAN HUKUK” DOKTRİNİ

Dr. Öğr. Üyesi Pınar DİKMEN\*

## ÖZET

“Yaşayan hukuk” doktrini, İtalyan anayasa yargısında ortaya çıkmış olup İtalyan anayasa yargıçlarının anayasal yorumda sıklıkla başvurduğu bir formüldür. Bu doktrinin, Amerika Birleşik Devletleri menşeli “hukuki realizmin”, anayasa yargısındaki bir yansıması olduğu iddia edilmektedir. Mahkeme içtihatlarının yürürlükteki hukukun en önemli kaynaklarından biri olduğu bu sistemde realizm taraftarları, “hukukun ne olduğu” sorusunu – en basit tabir ile kendisi de sosyolojik ve ideolojik vb. bir varlık olan ve bu unsurlardan beslenen yargıcın verdiği kararlar olarak cevaplandırır. Dolayısıyla esasında hukuk, yaşayan bir varlık olan ve belirli bir sosyallikten beslenen yargıcın kelimadır.

Yaşayan hukuk doktrini ise bir normun anayasaya uygun olup olmadığı sorusuna cevap arayan yargıcın, bu normun anlamını ortaya çıkarırken, normun toplumda kazandığı anlamın; toplumsal realitenin dikkate alınmasını öngörür. Daha net bir ifade ile, bu teoriye göre, yürürlüğe giren ve belirli bir vakaya uygulanan norm, bu süre içinde muayyen bir anlam kazanır; bu anlam, bu normu uygulayan diğer mahkemelerin yorumu ile adeta yaşayan bir varlık gibi beslenir. Bu noktada anayasa yargıcını, norm denetimi esnasında normun özellikle yüksek yargı makamları tarafından verildiği anlamı da dikkate alarak bir karar verir ve gerekçesini bunun üzerine inşa eder. Burada esasında anayasa yargıcının, anayasal normları yorumlama tekelinden vazgeçerek, bu normun toplumdaki karşılığı ile daha esaslı bir ilişkide olan yargıçların yorumunu da dikkate alması sağlanmaktadır; bu doktrin sayesinde anayasa yargıcını, norma yasa koyucu tarafından tanınan anlamın dışında, normun günlük hayatta kazandığı anlamla daha doğrudan ilişkide olan yargı makamlarının yorumunu da göz

---

\* Doktor Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, dikmenpnar@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7123-3109.

önüne alarak bir anayasaya uygunluk denetimi yapmaktadır. Böylece anayasa yargıcı ve diğer yargıçların yorumları arasında bir armoni sağlandığı gibi, normun uygulamada anayasaya aykırı hâle geldiğinin tespiti sayesinde, anayasanın üstünlüğü temin edilmektedir.

Bu cihetle çalışmada, yaşayan hukuk doktrini tanıtılacak ve anayasa yargısında başvurulan diğer yorum yöntemleri, doktrinler ve teorilerle benzeşen ve ayrışan yönleri, doktrinün uygulandığı temel içtihatlar çerçevesinde ortaya konulacaktır. Ek olarak Türk Anayasa Mahkemesinin kararlarında bu doktrinün izleri sürülecektir. Böylece anayasal yorum literatürüne yeni bir bakış açısı kazandırılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasal Yorum, Hukuki Realizm, Yaşayan Anayasa, Yaşayan Hukuk, Yorum Yöntemleri.

## THE DOCTRINE OF “LIVING LAW” IN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

### ABSTRACT

The doctrine of “living law” emerged in the Italian constitutional judiciary and is a formula frequently used by Italian constitutional judges in constitutional interpretation. It is claimed that this doctrine is a reflection of “legal realism”, originating from the United States of America, in constitutional jurisdiction. In this system, where court precedents are one of the most important sources of current law, supporters of realism answer the question of “what is law”, - in the simplest terms - as the decisions made by the judge, who is also a sociological and ideological etc. entity and fed by these elements. Therefore, in essence, law is the word of the judge, who is a living being and nourishes from a certain sociality.

The doctrine of living law is that the judge who seeks an answer to the question of whether a norm is constitutional or not, while revealing the meaning of this norm, considers the meaning that the norm has gained in society; It requires taking social reality into account. More precisely, according to this theory, the norm that comes into force and is applied to a specific case acquires a certain meaning within this period; This meaning is nourished like a living entity by the interpretation of other courts that apply this norm. At this point, the constitutional judge makes a decision during the constitutional review, taking into account the meaning of the norm, especially given by the higher judicial

authorities, and builds his justification on it. Here, the constitutional judge essentially gives up his monopoly on interpreting constitutional norms and has a more fundamental understanding of the norm’s reflection in society. It is ensured that the interpretation of the judges involved are also taken into account. Thanks to this doctrine, the constitutional judge carries out a constitutionality review taking into account the interpretation of the judicial authorities, which is more directly in relation with the meaning of the norm in daily life, in addition to the meaning given to the norm by the legislator. Thus, a harmony is achieved between the interpretations of the constitutional judge and other judges, and the supremacy of the constitution is ensured by determining that the norm has become unconstitutional in practice.

**Keywords:** Constitutional Interpretation, Interpretation Methods, Legal Realism, Living Constitution, Living Law

## GİRİŞ

Anayasa yargıcı bir normun anlamını ortaya çıkarmaya çalışırken, çeşitli yorum yöntemleri ve kaynaklardan beslenir. Yargıç bu aşamada -örneğin- normu yaratan iradenin tercihine bağlı kalabileceği ve bu tercihi araştırabileceği gibi<sup>1</sup> toplumdaki ve normun yürürlükte bulunduğu hukuk sistemindeki değişimleri de dikkate alabilir. Bu sonuncu tercih bizleri “dinamik yorum yöntemine” götürür. Dinamik yorum, en genel tanımıyla, bir normun anlamının zamanla değişebileceği realitesine yaslanır ve yargıca bu normun zamanla kazandığı yeni anlamı tespit etme ödevi yükler<sup>2</sup>. Dinamik yorum yöntemlerinden biri olan ve İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından oluşturulan “yaşayan hukuk doktrini” (*dottrina del diritto vivente*), normun zamanla kazandığı yeni anlamı belirlerken, normun uygulayıcılarının yorumunu dikkate alır. Yaşayan hukuk, resmî olarak yürürlükte olan hukukun, uygulanışını ifade eder<sup>3</sup>. Yaşayan hukuk doktrini; kitaptaki yasa ile uygulamadaki yasa arasında bir ayrım olduğunu savunur ve yasa ile onun uygulandığı realiteyi

1 “Genetik yorum” hakkında daha fazla bilgi için bkz. **ODER**, Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul 2010, s. 81. vd.

2 **ODER**, s. 225.

3 **ZAGREBELSKY**, Gustavo: “La doctrine du droit vivant”, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. 2-1986, 1988, s. 61.

uyumlu bir şekilde birleştirmeyi gerektirir<sup>4</sup>. Daha farklı bir ifade ile yaşayan hukuk doktrini, yasayı “eylem” hâlindeki biçimi ile telakki eder<sup>5</sup> ve bu doktrinde “normun kazandığı anlam” ifadesi ile kastedilen, bu normun mahkeme kararlarındaki uygulamasıdır. Doktrinin hareket noktası, bir normun günlük hayata dâhil olarak; yaşamaya başladığı realitesidir. Hakikaten de bir hukuk kaidesi her yorumlanışında ve uygulanışında adeta “nefes alıp vermektedir”<sup>6</sup>. Bu doktrin ekseninde gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi ise normun lafzı göz önüne alınarak değil, yaşayan; nefes alan normun tatbik ediliş biçimi dikkate alınarak yapılır. Anayasa yargıcı normun kullanıldığı bağlamı da gözetir. Bir norm, lafzı ve kabul edilme amacı ile birlikte okunduğunda anayasaya uygun olabilir, ancak günlük hayatta bambaşka bir anlama -hatta anayasaya aykırı bir anlama- sahip olabilir. İşte bu noktada “yaşayan hukuk doktrinine” başvuran anayasa yargıcı, pratiği de göz önüne alarak, anayasanın üstünlüğünün ve anayasal ilkelerin yalnızca kâğıt üzerinde saygı duyulan ilkeler olmasını engelleyebilir. En önemlisi doktrin sayesinde anayasal hükümlerin yorumlanması, diğer yargı makamları ve yargıçların katıldığı bir fonksiyona bürünür. Anayasa yargıcı ve diğer yargıçlar arasında eşgüdümlü bir armoni sağlanır.

<sup>4</sup> Hatta Yazar’a göre bu doktrin bir ihtimal yargıcın ruh hâlini de dikkate almayı gerektirir. **PARDINI**, Jean-Jacques: “Réalisme et contrôle des lois en Italie”, Cahier du Conseil constitutionnel, No. 22 (Dossier : Le Réalisme en droit constitutionnel), Juin 2007, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/realisme-et-contrôle-des-lois-en-italie#i\\_realisme\\_et\\_norme\\_legislative\\_le\\_%3C%3C\\_droit\\_vivant\\_%3E%3E](https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/realisme-et-contrôle-des-lois-en-italie#i_realisme_et_norme_legislative_le_%3C%3C_droit_vivant_%3E%3E) (Erişim Tarihi: 03.03.2014), s. 3.

<sup>5</sup> **PARDINI**, s. 3. Yaşayan hukuk doktrininde norm soyut olarak değil, yargıçların günlük hayatta onu uygulayış biçimlerine göre ele alınır (**PERLO**, Nicoletta: “La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un ‘barrage contre le Pacifique’ ?”, Revue française de droit constitutionnel, Vol. 3, No. 95, 2013, s. 721).

<sup>6</sup> **GÖNENÇ**, Levent/ **KONTACI**: Ersoy, “Yaşayan Anayasa 2003 ve 2004 Yılları Anayasa Gelişmeleri” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 61, 2005, s. 107. Türk literatüründe Gözler ise 1998 tarihli bir makalesinde, anayasanın “yaşayan bir varlık” olmayacağını savunmuştur. Yazara göre anayasaların katı olması, onlara istikrar kazandırmaktadır. Bu sebeple katı bir anayasanın “yaşadığını” kabul etmek, anayasalcılık kavramı ile çelişmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. (**GÖZLER**, Kemal: “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, Anayasa Yargısı, C. 15, 1998, s. 163).



Bu genel girişten sonra doktrinin daha iyi anlaşılabilmesi için çalışmada öncelikle, hüküm ve uygulama arasındaki farklılaşmaya odaklanarak, hukukun tatbik ediliş biçimini ve buna neden olan dinamikleri etüt konusu edinen ve bu yönü ile yaşayan hukuk doktrininin anlaşılmasına katkı sağlayacak hukuki realizm" -bilhassa Amerika Birleşik Devletleri (Amerika) menşeli hukuki realizm- akımına değinilecektir. Ardından yaşayan hukuk doktrini genel hatlarıyla açıklanarak benzeri; formül, teori ve yorum yöntemleri ile karşılaştırılacaktır. En sonunda, Türk Anayasa Mahkemesi kararları bu doktrin ışığında okunmaya çalışılacaktır. Böylece anayasa yargıcının kararlarında faydalanabileceği bu önemli doktrin aydınlatılacak ve literatüre yeni bir bakış açısı kazandırılacaktır.

## I. YAŞAYAN HUKUK DOKTRİNİNE BİR GİRİŞ OLARAK REALİZM AKIMI

Bir başlangıç noktası olarak belirtmek gerekir ki, idealistler hukuk için ne yapılması gerektiği ile uğraşırken realistler ise hukuk adına ne yapılmakta olduğunun tespiti ile ilgilenir<sup>7</sup>. İşte bu önerme, realizmin gerçekçiliğini vurgular. Realistleri belirli bir müşterekte birleştiren çeşitli noktalar olmakla birlikte konu açısından asıl önemli olan karakteristikleri, hukukun mahkeme kararı ile yaratıldığına ilişkin inançları ve toplumun hukuktan daha hızlı bir şekilde değiştiği; topluma hizmet etmekle mükellef olan hukukun da toplumun hâlihazırdaki gerekliliklerine uyup uymadığının sürekli olarak kontrol edilmesi hususundaki ısrarlarıdır<sup>8</sup>. Ancak en önemlisi, hukuk sistemindeki yerleşmiş kaide ve kavramlara duydukları şüphe<sup>9</sup>.

Hukukta realizm akımı Kuzey Amerika ve İskandinav Yarımadası olmak üzere iki farklı coğrafyadan beslenmektedir<sup>10</sup>. Çalışmanın konu-

<sup>7</sup> GÜRKAN, Ülker, Hukuki Realizm Akımı, Ankara 1967, s. 27.

<sup>8</sup> GÜRKAN, s. 31.

<sup>9</sup> GÜRKAN, s. 32; İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Sosyolojisi, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 23.

<sup>10</sup> Amerikan realizmi yapılagelmekte olan hukuka yoğunlaşmışken, İskandinav realizmi ise tenkitlerini büyük ölçüde hukukun metafizik kaynaklarına yöneltmiş durumdadır (WAKS, Raymond (Çeviren: Arkan, Engin), Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, İstanbul 2015, s. 148). Amerikan realizmi kaidelere karşı şüphe duyarken, İskandinav realizmi metafizik öğelere karşı şüphe duymaktadır (Waks, s. 148). Amerikan ve İskandinav realizmini aynı potada birleştiren şeyin "adalet" gibi soyut kavramlara duydukları şüphe olduğu ifade edilmektedir (WAKS, s. 149).

sunu oluşturan yaşayan hukuk doktrinini anlamada, Amerikan hukuki realizminin önemli bir enstrüman olduğunu belirtmek gerekir<sup>11</sup>. Bu cihetle doktrini anlayabilmek için, Amerikan realizmini ana hatlarıyla açıklamak önemlidir. Ancak kendisi başlı başına bir bağımsız bir çalışmanın konusunu oluşturan Amerikan realizminin yalnızca ana hatlarına ve konuyu aydınlatan yönlerine odaklanılacaktır.

Genel hatlarıyla Amerikan realizmi için hukuksal faaliyet, bir davada çıkacak sonuçların tahmin edilebilmesidir<sup>12</sup>; bu akımın taraftarları, yukarıda da belirtildiği üzere, normun kendisine şüphe ile yaklaşır<sup>13</sup>. Bu çerçevede Amerikan realist akımının baş temsilcilerinden olan Oliver Wendell Holmes'a göre hukuk esasında, mahkemelerin verdiği kararlardır<sup>14</sup>. Verilen kararların arkasında ise beşerî bir tabiata ve zaafılara sahip bir varlık olarak "yargıçlar" yer almaktadır<sup>15</sup>. Daha açık bir ifade ile bu kararların arkasında yer alan yargıçların da birer birey olduğunu ve bu durumlarının alınan kararları etkileyeceğini savunmuşlardır<sup>16</sup>. Realistlere göre, yargıçlar bir davada önce kendi siyasi ve ahlaki beğenilerine göre karar verirler ardından bu karara, hukuki bir kılıf bulurlar<sup>17</sup>. Buna göre realistler, belirli bir kararın neden belirli bir yönde çıktığı hususu aydınlatılırken, o karara konu olan mevzuata değil, yargıcın o kararı vermesine neden olan faktörlere bakılması gerektiğini savunurlar<sup>18</sup>.

Genel olarak realizmin yaşayan hukuk doktrinini besleyen evrimci bir vechesi bulunmaktadır. Şöyle ki; uygarlığın ilerlemesi sonucu top-

<sup>11</sup> Daha fazla bilgi için bkz. **PARDINI**.

<sup>12</sup> **İŞIKTAÇ**, s. 23.

<sup>13</sup> **İŞIKTAÇ**, s. 23.

<sup>14</sup> **HOLMES JR.**, Oliver Wendell (Çeviren: Berk Özçelik): "Hukukun İstikameti", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, Sayı 1, 2022, s. 563. Türkbağ'a göre Holmes'un bu yaklaşımı, hukuku belirli bir vaka karşısından yargıçların takınacakları tutuma indirgemektedir (Daha fazla bilgi için bkz. **TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi: "Amerikan Hukuku Realizm Akımı", İÜHFM C. LVIII, S. 1-2, s.87).

<sup>15</sup> **GÜRKAN**, s. 28.

<sup>16</sup> Daha fazla bilgi için bkz. **LLEWELLYN**, Karl N.: "Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound", Harvard Law Review, Vol. 44, No. 8, (Jun., 1931), s. 1222.

<sup>17</sup> **DWORKIN**, Ronald (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi), Hakları Ciddiye Almak, Ankara 2007, s. 24.

<sup>18</sup> **LEITER**, Brian: "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", Ethics, Vol. 111, No. 2 (January 2001), s. 284.

lumdaki menfaatler ağı ve toplumdaki ilişkiler daha karmaşık bir durum aldıkça, bu durum hukuk kurallarına ve eski önermelere karşı bir şüphe duyulmasına neden olur<sup>19</sup>. Nitekim 20. yüzyılın ilk çeyreğinde gelişen ve Amerikan realizmini ortaya çıkaran koşullardan birinin, o dönemde hızlı bir şekilde değişen ve gelişen Amerikan toplumuna mevcut norm sisteminin “dar gelmesi” olduğu vurgulanmaktadır<sup>20</sup>.

Amerikan realistlerine göre bilinen anlamı ile hukukun kaynağını oluşturan; yasalar, tüzükler, içtihatlar bir hukuk düzeninde sanılan öneme sahip değildir. Bunun sebebi yazılı; kâğıt üzerindeki kaideler ile gerçek kaidelerin birbirlerinden farklı oluşunda yatmaktadır<sup>21</sup>. Yine Amerikan realistlerine göre yargıçlar belirli bir karar verirken “sosyal faydayı” sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla yargıçlar bu faydayı gerçekleştirmek için toplumun beklentilerindeki değişimin farkında olmalı ve bu beklentilere cevap veren şekilde hüküm kurmalıdır<sup>22</sup>.

Dolayısıyla “yorum faaliyeti” realizmde oldukça önemlidir. Nitekim, Amerikan realizminden esinlenerek oluşturduğu “realist yorum teorisinde” Michel Troper, klasik realizme göre hakiki yasa koyucunun parlamento değil, o yasanın yorumlayıcısı, örneğin bir yüksek mahkeme olduğunu savunmaktadır. Hatta bu argümandan, esas anayasa koyucunun da anayasa mahkemesi olduğu sonucuna dahi ulaşılabilir<sup>23</sup>. Troper’a göre yürürlükte olan hukuku anlamak için yargıcın tatbik ettiği

<sup>19</sup> GÜRKAN, s. 28.

<sup>20</sup> TÜRKBAĞ, s. 82.

<sup>21</sup> TÜRKBAĞ, s. 88. Amerikan realistlerinin hukuk ve yargıç kararları arasında kurdukları ilişkinin temel sebeplerinden birinin, Anglo-Amerikan hukukunda hukukun kaynağı olarak içtihadın oynadığı önemli rol (GÜRKAN, s. 35.) olduğunu unutmamak gerekir.

<sup>22</sup> Daha fazla bilgi için bkz. ÇADAK, Şerife Sümeyra: “Amerikan Realizminde Sosyal Fayda Anlayışının Evrimci Yorum ile Beraber Değerlendirilmesi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 3, Issue 4, 2018, s. 5-7. Bu çerçevede realistler, benzer bir vakada farklı yönde karar verebileceğini prensipte kabul ederler. Bunun böyle olmasında “sosyal bir fayda” olduğu sürece, içtihat değişikliği muhtemeldir (ÇADAK, s. 8-9).

<sup>23</sup> TROPER, Michel (Çeviren: Ergüden, Işık), Hukuk Felsefesi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 110. Türk Anayasa Mahkemesinin de realist yorum teorisine başvurduğu yönünde bkz. EREN, Abdurrahman: “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, Anayasa Yargısı, C. 32, S. 1, 2016, s. 255).

normu anlamak gerekir<sup>24</sup>.Yorum faaliyetinde odak, hukuk metninden ziyade, yorumcunun iradesine kaymaktadır<sup>25</sup>. Troper'ın realist teorisinde, konu açısından en önemli nokta ise bir normun geçerliliğinin de yargıcın yorumundan kaynaklanıyor olmasıdır<sup>26</sup>. Bu tespitten, yaşayan anayasa hukuku doktrini ile bir bağlantı pekâlâ kurulabilir çünkü yaşayan hukuk doktrininde de yasanın anayasaya aykırı olup olmadığı belirleyici olan şey, yasanın sosyal gerçekliğe sağladığı uyumdur<sup>27</sup>.

Sonuç olarak realistlere göre hukuk, metne indirgenemez. Özellikle Amerikan realizminden de görüleceği üzere hukuk; mahkeme kararlarıdır ve kararlar, belirli bir sosyallikten etkilenen ve kararlarında toplumdaki dinamikleri dikkate alarak karar veren yargıcın kelimidir. Realistlerin yürürlükteki hukuk kaidelerine duyduğu şüpheyi bir kenara bırakırsak, yaşayan hukuk doktrininin anlaşılmasını sağlayacak en önemli argüman, hukukun dinamik bir şekilde toplumdaki realiteden beslenmesi; hüküm ve uygulama arasındaki ayrışmadır öyle ki bu ayrışma yaşayan hukuk doktrinine başvuran anayasa yargıcını, hükmü değil uygulamayı esas almasına kadar götürmektedir.

Özetle, Amerikan realizminde yargıç karar verirken sosyal faydayı sağlamakla yükümlüdür. Bu cihetle, yaşayan hukuk doktrinine başvuran anayasa yargıcı, yasanın sosyal bağlamını da dikkate almaktadır<sup>28</sup>. Nitekim bu esasında bir anayasal gereklilik olarak da karşımıza çıkabilir; anayasa yargıcı anayasal ilkelere etkili ve yerinde yanıt verebilmek için yasanın uygulanmasından doğacak<sup>29</sup> ekonomik ve sosyal bağlamı dikkate aldığı<sup>30</sup>, anayasanın üstünlüğünü de temin etmiş olacaktır.

<sup>24</sup> TROPER, s. 46.

<sup>25</sup> Troper'ın yorum teorisini de içeren şekilde "bir irade işlemi olarak yorum" kavramı hakkında bkz. BOYAR, Oya, Anayasal Yorum Giriş, İstanbul 2021. s. 40.

<sup>26</sup> GÖZLER, Realist Yorum Teorisi, s. 215.

<sup>27</sup> Yasa ve sosyal gerçeklik arasındaki uyum için bkz. PARDINI, s. 4.

<sup>28</sup> Daha fazla bilgi için bkz. PARDINI.

<sup>29</sup> Makalenin yazıldığı tarihte Fransa'da henüz yalnızca *a priori* denetim yürürlükteydi. Dolayısıyla bu sebeple yazar, yasanın "uygulanmasından doğan" yerine "uygulanmasından doğacak" ifadesini kullanmayı tercih etmiştir.

<sup>30</sup> RIBES, Didier: "Le réalisme du Conseil constitutionnel", Cahier du Conseil constitutionnel, No. 22 (Dossier : Le Réalisme en droit constitutionnel), Juin 2007,

Bir başka ifade ile anayasa özü ve sözü ile ancak yasa, toplumsal realiteye uygun olarak uygulandığında etkililik kazanır.

## II. YAŞAYAN HUKUK DOKTRİNİNİN TEMEL VEÇHELERİ

### A. Benzer Dinamizme Sahip Kavramlar ve Yaşayan Hukuk Doktrini

“Yaşayan hukuk” doktrini, ismi ile müsemma olduğu üzere bir dinamizm barındırmaktadır. Hem hukukun dinamik yönünü imgeleyen diğer teoriler ile karıştırılmaması hem de doktrinin daha iyi anlaşılması için bu teoriler hakkında karşılaştırmalı bir bilgi sunumu önemlidir<sup>31</sup>.

Yaşayan hukuk doktrini ile karşılaştırılabilecek en önemli kavram, kendisi de Amerikan literatüründe doğmuş olan “yaşayan anayasa” kavramıdır. En genel tanımı ile “yaşayan anayasa” doktrinine göre anayasa, toplumun değerleri ve şartları ile birlikte gelişmektedir<sup>32</sup>. Yaşayan anayasa doktrininin tam karşısında yer alan Amerikan “özgüncülük” (*originalism*) akımı, anayasanın, asli kurucu iktidarın iradesine bağlı kalarak yorumlanmasını savunurken<sup>33</sup>, yaşayan anayasa doktrini, toplumdaki dinamizmin anayasaya yansıdığını ve mevcut anayasanın bu değişime göre yorumlanması gerektiğini savunur. Bir anayasanın “yaşayan” bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmek, anayasanın formel değişiklikler dışında da değişebileceğini kabul etmek anlamına gelmekte-

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-realisme-du-conseil-constitutionnel> (Erişim Tarihi: 03.03.2024), s. 2.

<sup>31</sup> Türk literatüründe, “yaşayan hukuk” kavramı yerine “yaşayan kanun” kavramının kullanıldığı da gözlemlenmektedir (Örn bkz. **FENDOĞLU**, Hasan Tahsin: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2013, s. 38).

<sup>32</sup> **TOBIN**, Alex: “The Warren Court and Living Constitutionalism”, *Indiana Journal of Law and Social Equality*, Vol. 10, Issue 1, 2022, s. 223.

<sup>33</sup> Özgüncülük akımına ilişkin terim tartışmaları hakkında daha fazla bilgi için bkz. **SOLUM**, Lawrence B.: “Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 113, Issue 6, 2019, s. 1250 vd. Amerikan özgüncülüğüne, “başlangıçtaki amaçlar ekolü” de denmektedir (**PAULUS**, Andreas L.: “Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması”, *Anayasa Yargısı*, C. 29, No. 1, 2013, s. 26).

dir<sup>34</sup>. Buna göre anayasal sistemdeki değişimi anlamaya çalışmak için, anayasa metninin ötesine; teamüllere, geleneklere ve ortak hukuka (*common law*) bakmak gerekir<sup>35</sup>. Belirli bir hukuki uyumsuzluğu karara bağlarken yargıç; sosyal realiteye, anayasalcılığın telosuna, şeylerin tabiatına ve anayasanın amacına önem vermelidir<sup>36</sup>. Nitekim kimi kararlarında bizzat bu yorumu benimseyen Amerikan Yüksek Mahkemesi, Hickok'un değişiyile Anayasa'yı modern şartlara göre – deyim yerindeyse- bükmektedir<sup>37</sup>.

Anayasal bir yorum yöntemi anlamı dışında “yaşayan anayasa” kavramına ayrıca Loewenstein'da rastlanılmaktadır. Bir anayasanın iktidarı sınırlama yeterliliğini “nominal anayasa” (*nominal constitution*) kavramından hareketle açıklamaya çalışan yazar, nominal anayasaların var olan anayasal düzeni oluşturduğunu ancak sınırlamadığını belirtir. Öte yandan yaşayan anayasalar, var olan anayasal düzeni kurmakla kalmaz, o anayasal sistemdeki yöneticilerin ve yönetenlerin sadakatle saygı duydukları bir belge hâline dönüşür. Yöneticiler değil, anayasa siyasal süreci yönetir<sup>38</sup>.

İnsan hakları literatürüne temas edildiğinde ise İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından oluşturulmuş olan “yaşayan belge”

<sup>34</sup> STRAUSS, David A.: “Do We Have a Living Constitution?”, *Drake Law Review*, Vol. 59, 2011, s. 975.

<sup>35</sup> HICKOK JR., Eugene W: “The Birth of Living Constitution”, *Colonial Law*, Vol. 14, 1984, s. 12.

<sup>36</sup> FENDOĞLU, Hasan Tahsin: “Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı”, *Adalet Dergisi*, S. 69, 2022, s. 24.

<sup>37</sup> HICKOK JR., s. 6. Şirin, yaşayan anayasa teorisinin savunucularından olan Felix Frankfurter'ın perspektifinden faydalanarak, bu teorisinin anlaşılması açısından önemli olan şu örneği verir: Amerikan Yüksek Mahkemesi, köleliğin kaldırılmasından sonraki dönemde, Anayasa'da yer alan hükümleri yorumlarken, artık “köleliğin kaldırılmış olduğu” olgusunu dikkate alarak yorumlamıştır. Daha fazla bilgi için bkz. ŞİRİN, Tolga, Caddeler Yalnız Otomobillerin Değildir: Toplanma Özgürlüğünün Kısa Tarihi, Dikmen, Pınar/Işık, Göksu/ Yağcı Başer, N. Betül (Editörler), İnsan Hakları Seminerleri Dizisi 28 Aralık 2020-26 Mayıs 2021 (çevrimiçi) SCPO Marmara, İstanbul 2023, s. 164.

<sup>38</sup> TURHAN, Mehmet, *Anayasal Devlet*, Ankara 1997, s. 16-17; LOEWENSTEIN, Karl: “Living” Constitution: Shadow and Substance, Blondel, J. (Editör), *Comparative Government*, London 1969, s. 145 vd.

(*living instrument*) kavramı dikkat çekmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi gibi İHAM da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin “yaşayan bir belge”; olduğunu kabul etmektedir<sup>39</sup>. İHAM, Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin, Sözleşme’nin yazıldığı dönemdeki anlamlarından ziyade, “günümüz standartlarında” kazandığı anlama ve Sözleşmeci devletler arasında bu standartların ne ölçüde ortak ya da paylaşılmış bir şekilde kabul edildiğini dikkate almaktadır<sup>40</sup>. Bu çerçevede Mahkemeye göre, Sözleşme’nin “yaşayan” nitelikteki tabiatı, Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında günümüzdeki koşulların yanı sıra ulusal ve uluslararası hukukun evrim geçirmekte olan normlarını da dikkate almayı gerektirir<sup>41</sup>. Bu çerçevede Sözleşme’nin 2. maddesinin lafzında, yaşama hakkının sınırlandırılmasına bir gerekçe olarak izin verilen “ölüm cezasının”, “yaşayan belge” doktrini çerçevesinde fiilen Sözleşme’ye aykırı hâle gelmesi kaydedilmelidir<sup>42</sup>.

Çalışmanın konusunu oluşturan “yaşayan hukuk” terimi ile adaş<sup>43</sup> ve hatta onun sahip olduğu anlama en yakın anlama sahip kavrama hukuk sosyoloğu Eugen Ehrlich’te rastlanılmaktadır. Ehrlich, yaşayan hukuk (*lebende Recht*) kavramını, hukuki önermelerde ortaya konmamış olsa bi-

<sup>39</sup> İHAM bu kavramı ilk kez, 1978 tarihli *Tyner-Birleşik Krallık* kararında kullanmıştır. Buna göre: “Mahkeme ayrıca, ... Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğunu ve günümüz koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini anımsamalıdır.” (İHAM, *Tyner-Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5856/72, 25.04.1987, para. 31).

<sup>40</sup> LETSAS, George: The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy, Føllesdal, A./Peters B./Ulfstein, G. (Editörler), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context. Studies on Human Rights Conventions*, 2013, s. 108-109.

<sup>41</sup> İHAM, *Demir ve Baykara-Türkiye*, Başvuru No. 34503/97, 12.11.2008, para. 68.

<sup>42</sup> İHAM, *Al-Saadoon ve Mufdhi – Birleşik Krallık*, Başvuru No. 61498/08, 02.03.2010, para. 116-118; Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. DİKMEN, Pınar: “Umut Hakkı” Kapsamında Güncel Gelişmeler”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2015, s. 197-198.

<sup>43</sup> “Yaşayan hukuk” terimi aynı zamanda Helenistik dönemdeki yöneticilerin, yasanın – hatta ilahi yasanın- somutlaşmış biçimi olduğunu vurgulamak için de kullanılmıştır. Nitekim Romalı Stoacı düşünür Gaius Musonius Rufus’a göre, iyi bir kralın hakikatte “yaşayan bir hukuk” olması bekleniyorsa, bu Kral’ın sözünde ve icraatında hatasız ve mükemmel olması, büyük önem taşır. Daha fazla bilgi için bkz. KLASSEN, William: “The King as ‘Living Law’ with Particular Reference to Musonius Rufus, *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, Vol. 14, No. 1, 1985, s. 63, 65 ve 69).

le, yaşamın kendisine hâkim olan hukuk olarak tanımlamaktadır<sup>44</sup>. Buna göre Ehrlich, yaşayan hukuk ile hükmi hukuk arasında ayırım yapmaktadır<sup>45</sup> ve ona göre bu temel yasa bilinmediği ve dikkate alınmadığı müddetçe bir toplumun herhangi bir yasal düzenlemesinin ya da yargı kararının hakikaten etkili olduğundan söz edilemez<sup>46</sup>.

Görüldüğü üzere, ortaya konulan bu kavramların ortak özelliği, “hüküm” yani yürürlükte olan hukuk kaidesini aşan, toplumun ihtiyaçlarına ve evrimine göre belirlenen başkaca bir düzenlemenin varlığını açıklıyor olmalarıdır. Özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesinin tatbik ettiği “yaşayan anayasa” kavramı ve İHAM tarafından oluşturulan “yaşayan belge” doktrini, çalışmanın konusunu oluşturan “yaşayan hukuk” kavramı ile, hüküm ile onun yorumlanması arasındaki önlenemez ayrımı nitelendirmeleri noktasında oldukça benzerlik göstermektedir. Filvaki doktrinindeki kimi yazarlar da anayasal normun uygulayışındaki realizmi, “yaşayan anayasa”; yasanın uygulayışındaki realizmi ise “yaşayan hukuk” doktrini ile özdeşleştirirler<sup>47</sup>.

## B. Yaşayan Hukuk Doktrininin Tatbik Edilişi

Hatırlanacağı üzere realizme göre normatif önermeler, karmaşık bir dizi sosyal realite tarafından belirlenmektedir. Bu çerçevede realizme göre yasayı uygulayan otorite; yargıç, bu yasayı uygularken kendini çeşitli sosyal faktörlerden; ekonomik, psikanalitik ve psikolojik faktörlerden bağışık tutamaz<sup>48</sup>. Hatta yaşayan; beşerî bir varlık olarak yargıcın,

<sup>44</sup> EHRlich, Eugen, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Massachusetts 1936, s. 487.

<sup>45</sup> AKBAŞ, Kasım: “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, İÜHFİM, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 66.

<sup>46</sup> Daha fazla bilgi için bkz. O'DAY, James F: “Ehrlich’s Living Law Revisited-Further Vindication for a Prophet without Honor”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 18, Issue 1, 1966, s. 211. Peki yaşayan hukuk nasıl tespit edilebilir? Ehrlich’e göre mevzuata, yasalara, yargı kararlarının ötesine bakılmalı (O'DAY, s. 211-212), birçok şeyin yanında; hayatın bizzat kendisi, ticari ilişkiler, gelenek ve görenekler ve organizasyonlar gözlemlenmelidir (EHRlich, s. 487).

<sup>47</sup> Daha fazla bilgi için bkz. HOURQUEBIE, Fabrice: “Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs”, *Les cahiers de la justice*, Vol. 1, No. 1, 2022, s. 12; PARDINI, s. 5.

<sup>48</sup> PARDINI, s. 2.



ideolojik ya da politik tercihlerinin de kararı etkileyebileceği iddia edilir<sup>49</sup>. İşte bu önermenin kabulü de “yaşayan hukuk” doktrinini anlamamızı sağlar. Yaşayan hukuk doktrininde yargıcın karar verirken etkilendiği faktör olan; “norma diğer yargıçlar tarafından kazandırılan günlük anlam”, Amerikan realizminde yargıcın etkilendiği faktörler spektrumuna aittir.

Yasanın kazandığı bu anlam önce içtihatların sonrasında ise kamu yönetiminin ve toplumsal grupların uygulamasıyla inşa edilmiştir<sup>50</sup>. Bir mevzuat hükmü ile ona anlam vererek onu besleyen toplumsal bağlam arasında bir ilişki bulunmaktadır<sup>51</sup>. Nitekim bu doktrinin mucidi<sup>52</sup> İtalyan Anayasa Mahkemesine göre:

*“Eğer doğruysa ki – bu önerme doğrudur- hukuk yaşamında yasama ilkesine etkililik değerini veren şey; normların soyut olarak sabit görüldükleri değil, bunları somut ve etkili kılmak için çabalayan yargıcın normların günlük işlerde uygulandığı şekliyle var oldukları yönündeki sürekli bir içtihat yorumudur.”<sup>53</sup>*

Bu doktrinin tatbik edilmesi sonucunda; hüküm (*disposizione*) ve yorum sonucunda oluşan norm (*norma*) olmak üzere ikili bir ayırım ortaya çıkmaktadır<sup>54</sup>. Yaşayan hukuk doktrininin nasıl tatbik edildiğine daha yakından bakılacak olursa, İtalyan anayasa yargısında bu doktrine “ön referans prosedürü” içinde; “düzeltici karar” (*sentenza correzione*) ve “yorumlayıcı karar” (*sentenza interpretativa*) prosedürlerinde başvurulmaktadır<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Bu hususa dair bkz. **SCHAUER**, Frederick: “Legal Realism Untamed”, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, No. 2012-38, May 22, 2012, <https://ssrn.com/abstract=2064837> (Erişim Tarihi: 03.03.2024), s. 2.

<sup>50</sup> **PARDINI**, s. 7. Nitekim aşağıda daha detaylı olarak açıklanacağı üzere bu doktrine başvuran Macar Anayasa Mahkemesi, “yargı uygulaması” dışında hükümet yetkililerinin normu uygulamasını da denetlemektedir (**SÓLYOM**, László: “The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy. International Sociology”, Vol. 18, No.1, 20103, s. 150).

<sup>51</sup> **PARDINI**, s. 7

<sup>52</sup> **DE VISSER**, Maartje, Constitutional Review In Europe: A comparative Analysis, Oxford and Portland, Oregon 2014, s. 286.

<sup>53</sup> Aktaran **ZAGREBELSKY**, s. 56.

<sup>54</sup> **GROPPI**, Tania: “The Italian constitutional court: Towards a multilevel system of constitutional review.”, J. Comp. L, Vol. 3, No. 2, 2008, s. 106; **DE VISSER**, s. 287.

<sup>55</sup> **DE VISSER**, s. 287.

Düzeltici karar prosedüründe<sup>56</sup> Mahkeme, kendisine dosyayı tevdi eden yargıcın vakaya konu olan hükmü “hatalı” yorumladığını, bu hatalı yorumun hükmün daha etkili ve yaygın bir yorumuna göre, yani yaşayan hukuka göre yeninden ayarlanması gerektiğine karar verebilir<sup>57</sup>. Yaşayan hukuk doktrininin tatbik edildiği esas prosedür olan yorumlayıcı karar prosedüründe ise bir yargıç tarafından öne sürülen “anayasallık sorunu” karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, vakayı karara bağlayacak yargıç tarafından hükme verilen anlamı kabul etmez ve kendisi başkaca bir yorum önerir ya da ikinci bir ihtimal olarak bizzat yorumu yani “*norma*”yı anayasaya aykırı bulur<sup>58</sup>. Görüldüğü üzere burada yasa hükmü, yaşatılmakta, anayasaya aykırı bulunan ise onun yorumlanması olmaktadır<sup>59</sup>. Örneğin İtalyan Anayasa Mahkemesi, lafzı ile birlikte ele alındığına şekli eşitliği temin eden ancak toplumsal gerçeklikte, yasanın muhataplarının sosyal ve ekonomik koşulları nedeniyle, ayrımcı uygulamalara mahal veren yasa hükümlerini, anayasaya aykırı bulabilmektedir<sup>60</sup>.

Bu doktrinin Anayasa Mahkemesi ve diğer mahkemelerin bir armoni ile bir arada yaşamasını sağlamak için tasarlandığı belirtilmektedir<sup>61</sup>. Anayasa Mahkemesi yaşayan hukuk doktrinine başvurarak, anayasa yargıcını ile diğer yargı mercileri arasında iş birliğinin gelişmesine katkıda bulunmaktadır<sup>62</sup>. İtalyan Anayasa Mahkemesi, normun Yargıtay ve genel mahkemelerin yargıçları tarafından yorumlanışının anayasaya uy-

<sup>56</sup> Bu karar prosedüründe Anayasa Mahkemesi için esasına girmeden yalnızca bir yorum faaliyeti yapmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. **GROPPI**, s. 107.

<sup>57</sup> **DE VISSER**, s. 287.

<sup>58</sup> **DE VISSER**, s. 287.

<sup>59</sup> **DE VISSER**, s. 287.

<sup>60</sup> Bener şekilde İtalyan Anayasa Mahkemesi, İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98. maddesi uyarınca, “herkese” tanınan ihtiyati tedbir hakkına başvurabilmek için ödenen depozitonun, “yoksulların bir haktan yararlanmasını engelleme” etkisine sahip olduğu realitesini dikkate alabilmektedir (**PARDINI**, s. 26).

<sup>61</sup> **DE VISSER**, s. 289.

<sup>62</sup> Conférence des Cours constitutionnelles européennes: XIIème Congrès, Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes: Rapport de la Cour constitutionnelle de la République italienne, Mai 2002, Bruxelles ([https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/XII\\_Conferenza\\_Bruxelles\\_2002.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XII_Conferenza_Bruxelles_2002.pdf), (Erişim Tarihi: 03.03.2024), s. 13.

günlük denetimine konu olduğunu, çünkü normun hukuk düzeninde “yaşadığını” açıkça ifade etmektedir<sup>63</sup>. Bu ifadeden de görüleceği üzere anayasanın yorumlanmasına, normu günlük ilişkilere bizzat uygulayan ve bu açıdan norm ile doğrudan bir ilişki içinde bulunan yargıçlar da katılmaktadır. Groppi’nin tespitine göre yaşayan hukuk doktrinine başvurulması ile Anayasa Mahkemesi ile özellikle Yargıtay ve Danıştay arasında zımni bir bölümü oluşmakta, her bir yargı makamı diğerinin yorumunu tasdik etmektedir<sup>64</sup>.

Bu kapsamda eklemek gerekir ki, hukuki uyumsuzluklarda bir yasanın onlarca farklı yorumu olabilir. Bu “farklı yorumlar”, kendiliğinden “yaşayan” niteliğine haiz olmazlar. Bir yorumun, yaşayan hukuk olarak kabul edilmesi için bu yorumun “baskın” ve “konsolide” olmuş bir yorum olması gerekir<sup>65</sup>. Daha farklı ifade ile “yaşayan hukuk” hâlihazırda bir olayda somut bir şekilde uygulanmış olan bir yasanın artık “yerleşmiş” olan yorumudur<sup>66</sup>.

Belirtmek gerekir ki yaşayan hukuk doktrinine Macar Anayasa Mahkemesi de başvurmaktadır<sup>67</sup>. İtalyan anayasa yargıçları gibi Macar anayasa yargıçları da, bir yasanın birden fazla yorumlanış biçimi bulunduğu durumlarda, yasanın genel mahkemeler tarafından uygulanan hâlini de dikkate alır; yasa metnini değil, genel mahkemeler tarafından uygulanan “anlamı” denetler<sup>68</sup>: 1991 tarihli bir kararında bu kavrama ilk kez

<sup>63</sup> Sentenze 350/1997 of 13 November 1997; Aktaran **DE VISSER**, s. 286.

<sup>64</sup> **GROPPİ**, s. 105. Anayasayı yorumlamada son sözün Anayasa Mahkemesine ait olduğu yönündeki karşıt görüş için bkz **GARLICKI**, Lech: “Constitutional courts versus supreme courts”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 1, 2007, s. 55.

<sup>65</sup> *Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, s. 12.

<sup>66</sup> **PARDINI**, s. 6.

<sup>67</sup> Macar Anayasa Mahkemesinin, İtalyan Anayasa Mahkemesinden esinlendiği belirtilmektedir (**SÓLYOM**, s. 145). Benzer şekilde Ermenistan Anayasa Mahkemesinin de doktrini uyguladığı yönünde bkz. [https://www.venice.coe.int/Web-Forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/Web-Forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e), s. 45). De Visser ise Polonya Anayasa Mahkemesi kararlarında da yaşayan hukuk doktrininin izlerinin görülebileceğini iddia etmektedir (**DE VISSER**, s. 289). Öte yandan bu doktrin son yıllarda gerek İtalyan gerekse Macar Anayasa Mahkemesi nezdinde ikincil bir yorum yöntemi niteliğine bürünmüştür (**DE VISSER**, s. 288; **PACZOLAY**, s. 319).

<sup>68</sup> **PACZOLAY**, Péter: “Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?”, *Anayasa Yargısı*, C. 25, S. 1, 2009, s. 318.

başvuran Macar Anayasa Mahkemesi yasaların “ölü” olmadığını ifade edecektir<sup>69</sup>.

Doktrinin Macar anayasal sisteminde tatbik edilişi, İtalya’daki ile birçok yönden benzerlik göstermektedir. İlk olarak bir normun her farklı yorumu değil, “sabit” bir yorumu “yaşayan hukuk” teşkil eder. Macar Anayasa Mahkemesi bu durumu şu şekilde gerekçelendirmektedir: Bir den çok anlamı olan bir norm, diğer mahkemeler tarafından istikrarlı bir şekilde uygulanan bir mana kazandıysa, bu mana dikkate alınarak bir karara varılması gerekir<sup>70</sup>. İkincisi, anayasayı yorumlama tekeli artık Anayasa Mahkemesine ait olmaz. Hatta öyle ki, bu doktrine başvurulduğu durumlarda, yasaı yorumlama faaliyeti esas olarak diğer mahkemelere ait bir niteliğe bürünecektir<sup>71</sup>.

Benzer şekilde Fransız Anayasa Konseyinin de somut norm denetimi kararlarında, yaşayan hukuk doktrininden esinlendiği, bu doktrinden ilham alarak verdiği kararlarında diğer mahkemelerin ilgili normu tatbik ediş biçimini de dikkate aldığı ve yasanın günlük hayattaki yorumlanışını anayasaya uygunluk ya da aykırılık kararının bir gerekçesi hâline getirdiği kaydedilmelidir<sup>72</sup>.

### III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE YAŞAYAN HUKUK DOKTRİNİ

Türk Anayasa Mahkemesinin verdiği “yorumlu ret kararları” yaşayan hukuk doktrinini çağırıştır niteliktedir. “Yorum kaydı altında anayasaya uygun” kararlar olarak nitelendirilen bu kararlarda, yasanın anayasaya uygunluğu, belirli bir yorum kaydına bağlanmıştır<sup>73</sup>. Anaya-

<sup>69</sup> PACZOLAY s. 318.

<sup>70</sup> PACZOLAY, s. 319. Bu ifadeden de anlaşıldığı kadarıyla henüz yürürlüğe giren; yeni uygulanan yasalar açısından yaşayan hukuk doktrinine başvurmak olası değildir (PACZOLAY, s. 319).

<sup>71</sup> PACZOLAY, s. 318.

<sup>72</sup> Örn bkz. CC, Décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010; MAZIAU, Nicolas: “Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l’expérience italienne et possibilités d’évolution en France”, *Recueil Dalloz*, No. 8, 2011, s. 529 vd.

<sup>73</sup> KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı - Avrupa Modeli ve Türkiye*, 4. Baskı, İstanbul 2007, s. 142.

sa Mahkemesi, anayasaya uygun olup olmadığı hususunda tereddüt bulunan yasa hükmüne anayasaya uygun bir anlam atfederek, ilgili hükümü, iptal edilme yaptırımından kurtarır<sup>74</sup>. Yorumlu ret kararları esasında “anayasaya uygun” yorum yönteminin bir sonucudur<sup>75</sup>. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin “yorumlu ret kararlarında”, eğer bu karar somut norm denetimi sonucunda verildiyse, işin doğası gereği, itiraz yoluna başvuran mahkemenin norma daha önceden kattığı bir yorum faaliyeti bulunmaktadır<sup>76</sup>. Bu açıdan, kendisi de bir anayasaya uygun yorum yöntemi olan yaşayan hukuk doktrini ile yorumlu ret kararlarının benzeştiği kabul edilebilir. Her hâlükârda ortada, yorum yolu ile yaşatılmaya çalışılan bir yasa hükmü bulunmaktadır. Ancak yaşayan hukuk doktrininde ilke olarak yorumlanan olgunun, bir yasanın tatbik ediliş biçimi olduğu hatırlanmalıdır. Örneğin İtalyan Anayasa Mahkemesi bir kararında, İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun azami tutukluluk sürelerini düzenleyen 303. maddesinin yorumlanırken, Anayasa’nın 3. (eşitlik ilkesi) ve 13. maddelerinin (özgürlük ve güvenlik hakkı) dikkate alınarak yorumlanması gerektiğine karar vermiş, İtalyan Yargıtayı ise doğrudan İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun, Anayasa Mahkemesi tarafından “yorumlanış biçiminin” anayasaya aykırı olduğunu iddia ederek, Anayasa mahkemesine başvurmuştur<sup>77</sup>. Öte yandan Türk Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararları, yaşayan hukuk doktrinine başvurulunabilecek bir kapı aralamaktadır.

<sup>74</sup> GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2021, s. 1378

<sup>75</sup> KANADOĞLU, O. Korkut, Anayasa Mahkemesi, İstanbul 2002, s. 242. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1991 tarihli kararında, anayasaya uygunluk denetimine tabi tuttuğu normun, ancak dinsel nitelikteki kılık ve kıyafeti serbest bırakmayacak şekilde yorumlanması durumunda anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. AYM, E.1990/36, K. 1991/8, K.T. 09.04.1991.

<sup>76</sup> Örn bkz. AYM, E. 2009/42, K. 2011/26, K.T. 26.01.2011. Türk Anayasa Mahkemesinin verdiği yorumlu ret kararlarının detaylı bir analizi için bkz. YÜKSEL, İsmail, Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı, Ankara 2013, s. 81 vd. Ayrıca bkz. AYM, E. 1984/8, K. 1984/10, K.T. 20.09.1984; Karara dikkat çeken GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 1378.

<sup>77</sup> GARLICKI, s. 56.

Biz yaşayan hukuk doktrinini, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>78</sup> (TCK) 299. maddesinin tatbik edilişi üzerinden okumaya çalışacağız: TCK'nin 299. maddesine göre “Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Söz konusu yasa hükmü, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş ve Anayasa Mahkemesi 2016 tarihli ilgili itiraz kararında, hükmü anayasaya uygun bulmuştur<sup>79</sup>. Mahkeme söz konusu yasa hükmünün, Cumhurbaşkanının saygınlığı yanında, Devlet'in saygınlığını da korumayı amaçladığını ve Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altına alınmış olan “ifade özgürlüğünün” sınırlandırılmasına haklı bir gerekçe teşkil ettiği ifade etmiştir<sup>80</sup>. Mahkemeye göre kamu görevini yerine getiren kişilerin, kendilerine yöneltilen eleştiriler karşısında daha hoşgörülü olmaları gerektiği kabul edilse bile, ifade özgürlüğü hiç kimseye hakaret etme hakkı vermemektedir<sup>81</sup>. Kararda Mahkeme, itiraz kararına konu olan yasa hükmünün konuluş amacına odaklanmış ancak bu yasa hükmünün uygulamada nasıl tatbik edildiği ile ilgili bir yorum yapmamıştır. İşte bu noktada birçok kararında yorumlu ret tekniğinden faydalanmış olan ve bu cihetle anayasaya uygun yorum tekniğine aşına olan Anayasa Mahkemesinin “yaşayan hukuk doktrinine” başvurmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu ihtimalde anayasa yargıcının, söz konusu hükümlü ilgili olarak daha farklı bir sonuca ulaşması mümkün olabilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Şirin'in de tespit ettiği üzere, kararın verildiği tarihten sonra; 2017 yılında gerçekleşen anayasa değişikliğinin<sup>82</sup> bir sonucu olarak Parlamenter rejimdeki Cumhurbaşkanının konumu değişmiş ve yeni rejimde artık politik bir yönü olan ve politik kararlar alan kısaca “tarafsız olmayan” bir Cumhurbaşkanı profili ortaya

<sup>78</sup> Kanun No. 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, 12/10/2004 tarihli 25611 sayılı Resmî Gazete.

<sup>79</sup> AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, K.T. 14.12.2016.

<sup>80</sup> AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, K.T. 14.12.2016, para. 16 vd.

<sup>81</sup> AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, K.T. 14.12.2016, para. 19.

<sup>82</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6771, Kabul Tarihi: 21.01.2017, 11.02.2017 29976 sayılı Resmî Gazete.

çıkmıştır<sup>83</sup>. Ek olarak Anayasa’nın 148. maddesi uyarınca icra edilen bireysel başvuru kararlarından da tespit edildiği üzere TCK’nin 299. maddesi yargı mercileri tarafından Anayasası’nın 26. maddesinde korunmakta olan “ifade özgürlüğünü” ihlal edecek bir şekilde uygulanmaktadır<sup>84</sup>. Burada bir parantez açarak belirtmek gerekir ki Macar sisteminde de, anayasa şikâyeti vasıtası ile anayasaya aykırı hâle gelmiş bir uygulama, yaşayan hukuk doktrini çerçevesinde gündeme getirilmektedir<sup>85</sup>. En önemlisi, TCK 299. madde lafzı ve uygulaması ile İHAM’ın 2021 yılında Türkiye aleyhinde verdiği *Vedat Şorli -Türkiye* kararında da eleştirilmiştir durumdadır<sup>86</sup>.

Sonuç olarak, Anayasa’nın 152/4. maddesinde<sup>87</sup> itiraz yoluna başvuru için getirdiği “on yıllık denetim yasağını” akılda tutarak<sup>88</sup>, şu soruyu sormak yerinde olur: TCK 299’un uygulamada kazandığı muayyen ve yerleşmiş anlamı, anayasaya; anayasal temel hak ve özgürlükler rejimi-

<sup>83</sup> **ŞİRİN**, Tolga, “Majestelerini incitme” suçu, T24, 26.10.2021, <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/majestelerini-incitme-sucu,32943> (Erişim Tarihi: 03.03.2024). Nitekim 2017 değişikliği sonucunda Anayasa’nın 101. maddesinin son fıkrasında yer alan 101 inci maddesinin son fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişiği kesilir” ifadesi ilga edilmiştir.

<sup>84</sup> Örn bkz. AYM, *Yaşar Gököğlü Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2017/6162, K.T. 08.06.2021; AYM, *Şaban Sevinç Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2016/36777, K.T. 26.05.2021; AYM, *Diren Taşkıran Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2017/26466, K.T. 26.05.2021; AYM, *Atilla Yazar ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2016/1635, K.T. 05.07.2022.

<sup>85</sup> **PACZOLAY**, s. 319.

<sup>86</sup> İHAM, *Vedat Şorli – Türkiye*, Başvuru No. 42048/19, 19.10.2021, para. 43 vd.

<sup>87</sup> 152/4. madde şu şekildedir. “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünü Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”

<sup>88</sup> Şirin, İHAM’ın *Vedat-Şorli* kararındaki ihlal tespitinin, 10 yıllık denetim yasağını zımnen ilga ettiğini savunmaktadır (Bkz. **ŞİRİN**, “Majestelerini incitme” suçu). Sezer ise Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği bir ret kararı sonucunda denetime tabi tutulan normun anlamının dolaylı yoldan değişebileceğine ve bunun süre yasağını etkileyebileceğine işaret etmektedir (**SEZER**, Abdullah, *Anayasa Yargısında Güvence İstikrar İkilemi: On Yıllık Norm Denetimi Yasağı* (1982 Anayasası M. 152/Son), İstanbul 2022, s. 183). Sezer’in bu tespitinden hareketle, itiraz kararına konu olarak anayasaya uygun bulunan TCK 299’un gerek 2017 değişikliği gerekse bireysel başvuru kararları neticesinde anlamının değişmiş olduğu ve on yıllık denetim yasağına tabi olmadan yeniden Anayasa Mahkemesinin önüne iletilebileceği savunulabilir.

ne uygun mudur? Burada cevabın, yukarıdaki bilgiler ışığında, menfi olacağı kanaatinde olduğumuzu belirtelim. Bu durumda eğer anayasa yargıcı -hipotetik olarak- Cumhurbaşkanlığı makamının, 2017 anayasa değişikliği neticesinde politik bir veçheye bürünmüş olmasına rağmen Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca Devlet'in birliğini temsil etme fonksiyonuna ağırlık veriyor ve TCK 299'u ayakta tutmak istiyorsa, realist bir tavırla bu yasa hükmünün realitede, günlük hayatta kazandığı anlamı inceleyebilir ve hükmün Anayasa'nın 26. maddesine uygun şekilde yorumlanmasını talep edebilir. Böyle bir tercih, uygulamada anayasaya aykırı gelmiş yasa hükümlerinin<sup>89</sup> de anayasaya uygun yorumlanmasına ve anayasanın üstünlüğünün sağlanmasına hizmet edecektir.

## SONUÇ

Zorkin'e göre hukuki bir metin, yazarının iradesinden saparak en sonunda kendi hayatını yaşamaya başlar<sup>90</sup>. Bu olgununun anayasal yorum literatüründeki karşılıklarından birini, "yaşayan hukuk doktrini" oluşturmaktadır. Doktrin, hüküm ve uygulanış arasındaki ayırmadan doğmuş olup karşılaştırmalı anayasa yargısında başvurulan bir yorum yöntemi hâlini almıştır. Hükme şüphe ile bakan realizm akımı ile yakından ilişkilidir. Bilhassa Amerikan realizminde vurgulandığı üzere, yargıç bir normu tatbik ederken, o normun sosyal hayattaki etkisini de gözetmelidir, yargıç belirli bir sosyallikten beslenmeli ve hüküm kurarken toplumun dinamiklerini kollamalıdır. Yaşayan hukuk doktrininde bu dinamizm, yargıcın günlük hayatta belirli bir normu uygulayışına karşılık gelir.

Hukukun metne indirgenemeyeceği olgusu, bir yorum yöntemi olarak yaşayan hukuk doktrininin yanı sıra literatürde; yaşayan anayasa,

<sup>89</sup> Örneğin Anayasa'nın 34. maddesinde tanınan "toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının" uygulayıcısı olan 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun (Kanun No. 2911, Kabul Tarihi: 06.10.1983, 08.10.1983 tarihli 18185 sayılı Resmî Gazete) lafzıyla bağdaşmayan şekilde kısıtlayıcı bir biçimde tatbik edilmesi bu hususa önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bu hakkın Türkiye'deki uygulaması hakkında bkz. **ŞİRİN**, Toplanma Özgürlüğünün Kısa Tarihi, s. 164-166.

<sup>90</sup> **ZORKIN**, Valery: "Çağdaş Küresel Dünyada Medeniyet Gelişiminin Anayasal Temeli", Anayasa Yargısı, C. 23, S. 1, 2007, s. 298.



yaşayan belge vb. kavramlarla açıklanmaya çalışılmaktadır. Kendi içinde bir dinamizm barındıran ve hukukun toplumun dinamiklerini gözetmesi gerekliliğini karşılayan bu kavramlar, yaşayan hukuk doktrininin uygulanmasını haklı kılar.

Bir metin lafzıyla birlikte okunduğunda anayasaya uygun bir anlama sahip olabilir öte yandan yargı yerlerinin uygulamasında ya da günlük hayatın realitesinde, anayasaya aykırı bir anlama bürünebilir. Yaşayan hukuk doktrini bu noktada yargıcın yardımına koşarak, anayasal ilkelere etkili bir şekilde uygulanmasını sağlar. Öte yandan toplumsal realiteyi norma yansıtma örtüsü altında, yargıç hükmünü kurarken hukuk ötesinde yer alan siyasi mülahalalara başvurarak, anayasaya saygı ilkesinden sapmamalıdır<sup>91</sup>.

Türk Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında başvurduğu “yorumlu ret kararları”, yaşayan hukuk doktrinine benzerlik göstermektedir. Nitekim her iki formül de, normun sahip olduğu farklı yorumların anayasaya uygun şekilde yorumlanmasını ve normun hayatta kalmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla yaşayan hukuk doktrini benzeri bir formüle zaten aşına olan Anayasa Mahkemesi bu doktrini etkin bir şekilde kullanarak, uygulamada anayasaya aykırı şekilde tatbik edilen yasaların, anayasaya uygun yorumuna katkı sunabilir.

## KAYNAKÇA

**AKBAŞ**, Kasım: “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, İÜHFİM, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 53-72.

**BOYAR**, Oya: Anayasal Yoruma Giriş, İstanbul 2021.

Conférence des Cours constitutionnelles européennes: XIIème Congrès, Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l’interférence, en cette matière, de l’action des juridictions européennes: Rapport de la Cour constitutionnelle de la République italienne, Mai 2002, Bruxelles ([https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/XII\\_Conferenza\\_Bruxelles\\_2002.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/XII_Conferenza_Bruxelles_2002.pdf), (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

<sup>91</sup> Realizm hakkındaki bu tespit için bkz. **RİBES**, s. 1.

- ÇADAK**, Şerife Sümeýra: "Amerikan Realizminde Sosyal Fayda Anlayışının Evrimci Yorum ile Beraber Değerlendirilmesi", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 3, Issue 4, 2018, s. 1-30.
- DE VISSER**, Maartje: *Constitutional Review In Europe: A comparative Analysis*, Oxford and Portland, Oregon 2014.
- DİKMEN**, Pınar: "Umut Hakkı" Kapsamında Güncel Gelişmeler", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 195-209.
- DWORKIN**, Ronald (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi): *Hakları Ciddiye Almak*, Ankara 2007.
- EHRlich**, Eugen: *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Massachusetts 1936.
- EREN**, Abdurrahman: "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", Anayasa Yargısı, C. 32, S. 1, 2016, s. 231-301.
- FENDOĞLU**, Hasan Tahsin: "Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı", Adalet Dergisi, S. 69, 2022, s. 15-44.
- FENDOĞLU**, Hasan Tahsin: "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2013, s. 23-49.
- GARLICKI**, Lech: "Constitutional Courts versus Supreme Courts", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 1, 2007, ss. 44-68.
- GÖNENÇ**, Levent/ **KONTACI**, Ersoy: "Yaşayan Anayasa 2003 ve 2004 Yılları Anayasa Gelişmeleri" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 61, 2005, s. 117-181.
- GÖZLER**, Kemal: "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, C. 15, 1998, s. 207-243.
- GÖZLER**, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Bursa 2021.
- GROPPI**, Tania: "The Italian constitutional court: Towards a multilevel system of constitutional review.", *J. Comp. L*, Vol.3, No. 2, 2008, s. 100-117.
- GÜRKAN**, Ülker: *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara 1967.
- HICKOK JR**, Eugene W: "The Birth of Living Constitution", *Colonial Law*, Vol. 14, 1984, s. 6-12.
- HOLMES JR.**, Oliver Wendell (Çeviren: Berk Özçelik): "Hukukun İstikameti", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, Sayı 1, 2022, s. 559-579.
- HOURQUEBIE**, Fabrice: "Libre propos sur le juge constitutionnel et les valeurs", *Les cahiers de la justice*, Vol. 1, No. 1, 2022, s. 7-14.
- IŞIKTAÇ**, Yasemin: *Hukuk Sosyolojisi*, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- KABOĞLU**, İbrahim Ö.: *Anayasa Yargısı - Avrupa Modeli ve Türkiye*, 4. Baskı, İstanbul 2007.

- KANADOĞLU**, O. Korkut: Anayasa Mahkemesi, İstanbul 2002.
- KLASSEN**, William: "The King as 'Living Law' with Particular Reference to Musonius Rufus, *Studies in Religion/Sciences Religieuses*, Vol. 14, No. 1, 1985, s. 63-71.
- LEITER**, Brian: "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", *Ethics*, Vol. 111, No. 2 (January 2001), s. 278-301.
- LETSAS**, George: The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy, Føllesdal, A./Peters B./Ulfstein, G. (Editörler), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context. Studies on Human Rights Conventions*, 2013, s. 106-141.
- LOEWENSTEIN**, Karl: "Living" Constitution: Shadow and Substance, Blondel, J. (Editör), *Comparative Government*, London 1969.
- LLEWELLYN**, Karl N.: "Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound", *Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 8, (Jun., 1931), s. 1222-1264.
- MAZIAU**, Nicolas: "Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolution en France", *Recueil Dalloz*, No. 8, 2011, s. 529-535.
- O'DAY**, James F.: "Ehrlich's Living Law Revisited-Further Vindication for a Prophet without Honor", *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 18, Issue 1, 1966, s. 210-231.
- ODER**, Bertil Emrah: Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul 2010.
- PACZOLAY**, Péter: "Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm mü?", *Anayasa Yargısı*, C. 25, S. 1, 2009, s. 313-320.
- PARDINI**, Jean-Jacques: "Réalisme et contrôle des lois en Italie", *Cahier du Conseil constitutionnel*, No. 22 (Dossier : Le Réalisme en droit constitutionnel), Juin 2007, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/realisme-et-contrôle-des-lois-en-italie#i\\_realisme\\_et\\_norme\\_legislative\\_le\\_%3C%3C\\_droit\\_vivant\\_%3E%3E](https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/realisme-et-contrôle-des-lois-en-italie#i_realisme_et_norme_legislative_le_%3C%3C_droit_vivant_%3E%3E) (Erişim Tarihi: 03.03.2014).
- PAULUS**, Andreas L.: "Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması", *Anayasa Yargısı*, C. 29, No. 1, 2013, s. 21-47.
- PERLO**, Nicoletta: "La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un 'barrage contre le Pacifique' ?", *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 3, No. 95, 2013, s. 717-734.
- RIBES**, Didier: "Le réalisme du Conseil constitutionnel", *Cahier du Conseil constitutionnel*, No. 22 (Dossier : Le Réalisme en droit constitutionnel), Juin 2007, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil->

constitutionnel/le-realisme-du-conseil-constitutionnel (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

**SCHAUER**, Frederick: "Legal Realism Untamed", Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, No. 2012-38, May 22, 2012, <https://ssrn.com/abstract=2064837> (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

**SEZER**, Abdullah: Anayasa Yargısında Güvence İstikrar İkilemi: On Yıllık Norm Denetimi Yasağı (1982 Anayasası M. 152/Son), İstanbul 2022.

**SOLUM**, Lawrence B.: "Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate, Northwestern University Law Review, Vol. 113, Issue 6, 2019, s. 1243-1296.

**SÓLYOM**, László: "The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy. International Sociology", Vol. 18, No.1, 20103, s. 133-161.

**STRAUSS**, David A.: "Do We Have a Living Constitution?", Drake Law Review, Vol. 59, 2011, s. 973-984.

**ŞİRİN**, Tolga: Caddeler Yalnız Otomobillerin Değildir: Toplanma Özgürlüğünün Kısa Tarihi, Dikmen, Pınar/Işık, Göksu/ Yağcı Başer, N. Betül (Editörler), İnsan Hakları Seminerleri Dizisi 28 Aralık 2020-26 Mayıs 2021 (çevrimiçi) SCPO Marmara, İstanbul 2023, s. 155 - 166.

**ŞİRİN**, Tolga, "Majestelerini incitme" suçu, T24, 26.10.2021, <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/majestelerini-incitme-sucu,32943> (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

The European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission): Study on individual access to constitutional justice - Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session, Venice, 17-18 December 2010, [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e) (Erişim Tarihi: 03.03.2024).

**TOBIN**, Alex: "The Warren Court and Living Constitutionalism", Indiana Journal of Law and Social Equality, Vol. 10, Issue 1, 2022, s. 221-256.

**TROPER**, Michel (Çeviren:Ergüden, Işık): Hukuk Felsefesi, 2. Baskı, Ankara 2019.

**TURHAN**, Mehmet: Anayasal Devlet, Ankara 1997.

**TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi: "Amerikan Hukuku Realizm Akımı", İÜHFM C. LVIII, S. 1-2, s.79-95.

**WAKS**, Raymond (Çeviren: Arıkan, Engin): Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, İstanbul 2015.

**YÜKSEL**, İsmail: Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı, Ankara 2013.

**ZAGREBELSKY**, Gustavo: "La doctrine du" droit vivant", Annuaire international de justice constitutionnelle, Vol. 2-1986, 1988, s. 55-77.

**ZORKIN**, Valery: "Çağdaş Küresel Dünyada Medeniyet Gelişiminin Anayasal Temeli", Anayasa Yargısı, C. 23, S. 1, 2007, s. 295-306.

- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Kanun No. 2911, Kabul Tarihi: 06.10.1983, 08.10.1983 tarihli 18185 sayılı Resmî Gazete.
- Türk Ceza Kanunu, Kanun No. 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, 12/10/2004 tarihli 25611 sayılı Resmî Gazete.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 6771, Kabul Tarihi: 21.01.2017, 11.02.2017 29976 sayılı Resmî Gazete.
- AYM, E. 1984/8, K. 1984/10, K.T. 20.09.1984.
- AYM, E.1990/36, K. 1991/8, K.T. 09.04.1991.
- AYM, E. 2009/42, K. 2011/26, K.T. 26.01.2011.
- AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, K.T. 14.12.2016.
- AYM, *Atilla Yazar ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2016/1635, K.T. 05.07.2022.
- AYM, *Diren Taşkiran Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2017/26466, K.T. 26.05.2021.
- AYM, *Şaban Sevinç Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2016/36777, K.T. 26.05.2021.
- AYM, *Yaşar Gökoğlu Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2017/6162, K.T. 08.06.2021.
- CC, Décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010.
- İHAM, *Al-Saadoon ve Mufdhi – Birleşik Krallık*, Başvuru No. 61498/08, 02.03.2010.
- İHAM, *Demir ve Baykara-Türkiye*, Başvuru No. 34503/97, 12.11.2008.
- İHAM, *Tyrer-Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5856/72, 25.04.1987.
- İHAM, *Vedat Şorli – Türkiye*, Başvuru No. 42048/19, 19.10.2021.



# ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI BAKIMINDAN DERECE MAHKEMELERİ İLE İLİŞKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ\*

## ÖZET

Bireysel başvuru usulü hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli ve etkili bir mekanizmadır. Bu mekanizmanın işlerliğini sağlama yetkisi 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği gerekçesiyle olağan kanun yollarının tüketilmesinin ardından kendisine yapılan bireysel başvuruları incelemekte ve karara bağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin esas incelemeye girerek ihlal tespit ettiği başvurularda tazminat, yeniden yargılama ve yapılması gerekenlere hükmetme (ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gönderme kararı) şeklinde kararlar verdiği görülmektedir. Bu çalışma bu karar türleri arasında ihlalin mahkeme kararından kaynaklanması durumunda Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden yargılamaya hükmedilmesi ve bu kararın icrası üzerine yoğunlaşmaktadır.

Bireysel başvuru usulünün kullanılmasında olağan kanun yollarını tüketme gerekliliği ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklanma olasılığını artırmıştır. Özellikle son dönemlerde Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklandığını tespit ettiği durumlarda yeniden yargılamaya hükmetmesi Anayasa Mahkemesi-derece mahkemeleri arasında bazı anlaşmazlıkların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Anayasa Mahkemesince tespit edilen bir ihlal neticesinde verilebilecek kararlar kimi zaman derece mahkemeleri tarafından kendi görev alanlarına yönelik bir müdahale olarak algılanabilmekte ve Anayasa Mahkemesi kararlarını yerine getirmekten kaçınabilmektedirler. Dere-

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD, e-posta: cansuolmez@selcuk.edu.tr, ORCID 0000-0003-3998-3692.

ce mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını yerine getirmekte direnç göstermesi bu kararların bağlayıcılığının sorgulanmasına yol açmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğuna ilişkin anayasal ve yasal dayanaklar hukuk sistemimiz içerisinde mevcuttur. Anayasa'nın 153.maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin nitelikte olduğu, kararların yasa, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığı açıkça hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi'nin 6216 sayılı Kuruluş Kanunu'nun 66.maddesine göre, Mahkeme kararlarının kesin nitelikte ve bağlayıcı olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bu düzenlemelerden çıkan önemli bir sonuç çalışmada da ele alınacağı üzere Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı organlarını da bağladığıdır. Bu anlamda özellikle tartışmalı hale gelen bağlayıcılık sorununun öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik başvurabileceği usullerin açıkça kanunda hatta Anayasa'da düzenlenmesi ile giderilebileceği mümkünse de aynı zamanda Anayasa Mahkemesi ile derece mahkemeleri arasında öngörülen usulleri yerine getirmek konusunda işbirliğinin sağlanması önemli bir gelişme olarak görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Derece Mahkemeleri, Kararların Kesinliği, Kararların Bağlayıcılığı

## **THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE COURTS OF FIRST INSTANCE IN TERMS OF THE BINDING FORCE OF THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON INDIVIDUAL APPLICATION**

### **ABSTRACT**

The individual application procedure is an important and effective mechanism for the protection of rights and freedoms. The Constitutional Court was authorised to ensure the functioning of this mechanism by the constitutional amendment in 2010. The Constitutional Court examines and decides on individual applications submitted to it after exhaustion of ordinary legal remedies on the grounds that a fundamental right and freedom guaranteed by the Constitution and the European Convention on Human Rights has been violated. It is observed that the Constitutional Court renders decisions in the form of compensation, retrial and ordering what needs to be done (referral decision for the elimi-



nation of the violation and its consequences) in applications where the Constitutional Court finds a violation by entering into the substantive examination. This study focuses on the retrial decision of the Constitutional Court in cases where the violation is caused by a court decision and the execution of this decision.

The requirement to exhaust ordinary legal remedies in the use of the individual application procedure has increased the possibility of the violation arising from court judgements. Especially in recent times, the Constitutional Court's decision to order retrial in cases where the violation is caused by court decisions has led to some disputes between the Constitutional Court and the trial courts. Decisions that may be rendered as a result of a violation detected by the Constitutional Court may sometimes be perceived by the courts of first instance as an interference in their jurisdiction and they may refrain from fulfilling the decisions of the Constitutional Court. The resistance of the courts of first instance to fulfil the decisions of the Constitutional Court leads to the questioning of the binding nature of these decisions.

There are constitutional and legal grounds for the binding nature of the decisions of the Constitutional Court in our legal system. Article 153 of the Constitution clearly stipulates that the decisions of the Constitutional Court are final and binding on the legislative, executive and judicial organs, administrative authorities, real and legal persons. Likewise, according to Article 66 of the Constitutional Court Establishment Law No. 6216, it is emphasised that the decisions of the Court are final and binding on the legislative, executive and judicial organs of the state, administrative authorities, real and legal persons. As will be discussed in this study, an important conclusion that emerges from these regulations is that the decisions of the Constitutional Court are also binding on the judicial organs. In this sense, it is possible that the problem of bindingness, which has become particularly controversial, can be resolved by explicitly regulating the procedures that the Constitutional Court can apply to eliminate the violation and its consequences in the law or even in the Constitution, but at the same time, it is seen as an important development to ensure cooperation between the Constitutional Court and the courts of first instance in fulfilling the prescribed procedures.

**Key Words:** Constitutional Court, Individual Application, Trial Courts, Finality of Decisions, Binding Decisions

## GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruları inceleme ve karara bağlama yetkisinin tanınması hak ve özgürlüklerin etkili biçimde korunması açısından önemli bir gelişmedir. Bireysel başvurunun olağan kanun yollarının tüketilmesinin ardından başvurulabilen bir mekanizma olması hak ve özgürlüklerin korunması öncelikle idari makamların ve diğer yargı organlarının görevli olduğunu ortaya koymaktadır. Bireysel başvuru sürecinde bir kabul edilebilirlik kriteri olarak kabul edilen olağan kanun yollarını tüketme şartı, Anayasa Mahkemesi önüne gelen başvuruların büyük bir kısmının mahkeme kararlarından kaynaklanmasına yol açmaktadır<sup>1</sup>. Bu durumun bir neticesi olarak bireysel başvuru usulünde verilen pek çok ihlal kararının muhatabı derece mahkemeleri olmaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuru usulünün yürürlüğe girmesi Anayasa Mahkemesi'nin derece mahkemeleri ile diyalog geliştirmesini zorunlu hale getirmiştir<sup>2</sup>.

Anayasa Mahkemesi ile derece mahkemeleri arasında kurulan bu zorunlu diyalogda, özellikle görev alanlarının belirsizliğinden kaynaklanan bazı sorunlar yaşanmaktadır<sup>3</sup>. Bu sorunların başında, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı verdiği başvurularda yeniden yargılamaya hükmetmesi halinde derece mahkemelerinin bu kararı yerine getirmekte bir direnç oluşturmaları gelmektedir. Derece mahkemeleri bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama kararlarını reddetmekte, gereğini yerine getirmekten kaçınmakta yahut kararı geç uygulamayı

<sup>1</sup> **URAL**, Sami Sezai, "Bireysel Başvurunun Anayasa Mahkemesi ve Diğer Yüksek Mahkemeler Arasındaki İlişkiye Etkisi", Erdal Abdulkakimoğulları, Mübariz Yolçiyev, Yalçın Şahinkaya (Editörler), Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, Cilt 1, Ekim 2012, s.791.

<sup>2</sup> **GÖZTEPE ÇELEBİ**, Ece, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, C. 33, 2016, s.94.

<sup>3</sup> **AYDIN**, Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, C. XV, S. 4, 2011, s.161; **ÖZBEY**, Özcan, Türk Hukuku'nda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.345.

tercih etmektedir. Bu durum başvurucunun mağduriyetini ortadan kaldırmamakta kimi zaman da yeni bir hak ihlaline sebep olmaktadır<sup>4</sup>. Derece mahkemelerinin, Anayasa Mahkemesi kararlarını yerine getirmek konusunda gösterdiği bu direnç, Mahkeme'nin verdiği ihlal kararlarının bağlayıcılığını ve bağlayıcılığının kapsamını belirleme ihtiyacı ortaya çıkarmaktadır. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda verdiği ihlal kararlarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü olanların atacakları adımların sınırlarını belirlemek mümkün olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve kapsamı bakımından hukukumuzda anayasal ve yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa m. 138'de ilgili mercilerin mahkeme kararlarına uymakla yükümlü oldukları ayrıca mahkeme kararlarını değiştiremeyecekleri ve kararların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını özel olarak düzenleyen m.153'te Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları, idari merciler, gerçek ve tüzel kişiler bakımından bağlayıcı olduğu belirtilmektedir. Mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi ve tam olarak icra edilmesi kararların bağlayıcılığının bir gereğidir. Dolayısıyla mahkeme kararlarına uymak takdiri bir durum değil bir zorunluluk içermektedir. Bu anlamda mahkeme kararları icrai bir güce sahiptir<sup>5</sup>.

## **I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İHLALE HÜKMETTİĞİ DURUMLARDA VERDİĞİ KARAR TÜRLERİNE GENEL BİR BAKIŞ**

Anayasa Mahkemesi kabul edilebilirlik incelemesini geçen bir başvuru hakkında esas inceleme aşamasına geçmektedir. Mahkeme esas incelemede başvurucunun Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edi-

<sup>4</sup> GÜMÜŞAY, Ramazan, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s.66.

<sup>5</sup> GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s.438.

lip edilmediğine dair bir inceleme yapmaktadır<sup>6</sup>. Mahkeme, esas incelemenin neticesinde kamu gücü tarafından gerçekleştirilen işlem, eylem ya da ihmalden doğan bir ihlalin bulunmadığına kanaat getirirse başvurunun ilgili hak ve özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermektedir. Bu karar, aynı zamanda hak ve özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen kamu gücü işleminin, Anayasa'ya uygunluğunu ve Anayasa'nın ihlal edilmediğini tespit eden bir karardır. Bir ihlalin bulunmadığı yönünde Anayasa Mahkemesi kararının uygulanması için herhangi bir şey yapmaya gerek yoktur. Çünkü ihlalin olmadığı yönündeki kararın doğuracağı bir yenilik yoktur. Bu durumun tespiti halinde başvurunun başvurusu reddedilmektedir<sup>7</sup>.

Anayasa Mahkemesi esas inceleme neticesinde kamu gücü işlemi, eylemi ya da ihmalinin bir ihlale sebebiyet verdiğini tespit ederse başvurunun hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir. Bu durum kamu gücü tarafından gerçekleştirilen işlem, eylem ya da ihmalin Anayasaya uygun olmadığı, kamu gücünün anayasal yükümlüğüne aykırı davrandığı ve dolayısıyla Anayasa'nın ihlal edildiğinin tespiti anlamına gelmektedir. Mahkemenin esas bakımından yaptığı inceleme neticesinde verdiği ihlal kararlarının yasal dayanağı 6216 sayılı Kanun'un m.50/1 ve m.50/2'dir. Maddenin 1. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespitinin ardından verebileceği kararlara ilişkin genel bir düzenleme niteliğinde iken, 2. fıkra ihlalin derece mahkemelerinin kararlarından kaynaklanmış olması halinde Anayasa Mahkemesinin verebileceği kararları düzenlemektedir.

6216 sayılı Kanun'un m. 50/1'de yer alan "yapılması gerekenlere hükmetme" ifadesinin kapsam itibariyle geniş yorumlanabilecek bir ifade olduğunu kabul etmek gerekir. Bu ifadenin tazminat, yeniden yargılama ve genel mahkemelerde dava açma yolunun gösterilmesini kapsadığı gibi bu ihlali giderecek şekilde başka tedbirleri de içermesi mümkündür<sup>8</sup>. İhlalin devamlılığının söz konusu olduğu durumlarda kamu

<sup>6</sup> Anayasa m. 148/3; 6216 sayılı Kanun m. 45/1.

<sup>7</sup> **GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2021, s.1297.

<sup>8</sup> **AYDIN**, s.161.

gücü tarafından gerçekleştirilen ihlale sebebiyet veren işlem, eylem ya da ihmalin durdurulması yönünde bir karar alması mümkündür. Bu durumda Mahkeme'nin geçici tedbir kararı alması söz konusudur. Tespit edilen ihlal sona ermiş ise ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıran önlemlerin alınması gerekliliği ortaya çıkar. Mahkeme bu durumda mümkünse durumun eski hale getirilmesine yönelik tedbirlere başvurmaktadır. Eski hale getirmenin mümkün olmadığı takdirde tazminat yöntemi ile mağduriyeti gidermeye yönelik karar alabilmektedir. Mahkeme ayrıca aynı türden bir ihlalin tekrar gerçekleşmesini engellemek için ne tür tedbirlerin alınması gerektiğini kararında belirtebilmektedir<sup>9</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetme kararının içerik itibarıyla bazı sınırlamalara tabi olduğu görülmektedir. 6216 sayılı Kanun'un m. 50/1 hükmünde ifade edildiği gibi bu sınırlar; yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemeyeceği şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal olduğu yönünde verdiği karar tespit edici niteliktedir. Bunun bir neticesi olarak Mahkeme, ihlale neden olan idari işlemin iptaline karar verememektedir. Aynı şekilde Mahkeme'nin ihlal kararı aracılığıyla derece mahkemesinin kararını ortadan kaldırması ve onun yerine geçerek yeni bir hüküm tesis etmesi mümkün değildir<sup>10</sup>. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken husus, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespit ettiği bir başvuruda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedebileceğidir.

## **A. Yeniden Yargılama Kararları ve İcrası**

### **1. Genel Olarak**

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bir bireysel başvuruda temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin mahkeme kararından kaynaklandığını tespit ederse dosyayı yeniden yargılama yapması için ilgili mahkemeye göndermektedir. Yeniden yargılama kararları, sadece ihlalin bir mahkeme

---

<sup>9</sup> DOĞRU, Osman, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.92.

<sup>10</sup> DOĞRU, s.92.

kararından kaynaklandığı durumlarda verilebilmektedir. Anayasa m.148/4 ve 6216 sayılı Kanun m.49/6 düzenlemeleri Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkeme kararından kaynaklanan ihlal iddiasına ilişkin yaptığı incelemeler bakımından bir sınır getirmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararından kaynaklanan bir ihlal incelemesinde başvurusunun temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağını belirlemelidir. Kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapma yetkisine sahip değildir.

6216 sayılı Kanun'un m.50/2 hükmünden anlaşılacağı üzere, yeniden yargılama kararı, ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda ve başvurusunun yeniden yargılama yapılmasında hukuki bir yararının bulunması halinde verilebilmektedir<sup>11</sup>. Hukuki yarar şartı, ihlalin ve sonuçların giderilmesinde yeniden yargılama ya da tazminat seçeneklerinden hangisine hükmedileceğinin belirlenmesinin bir şartıdır<sup>12</sup>. Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama yapıldığında ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkacağı kanaatinde ise yeniden yargılama kararında başvurusunun hukuki bir yararı olduğundan bahsedilebilir. Anayasa Mahkemesi örneğin; adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair yapılan bir bireysel başvuruda adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiş olsa idi derece mahkemesi farklı bir hüküm verebilirdi kanaatinde ise yeniden yargılama kararı verebilecektir<sup>13</sup>. Ancak yeniden yargılama yapılmış olsa dahi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmayacağı kanaatinde ise, başvurusunun ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararlarını gidermek amacıyla tazminata ya da tazminatın miktarının belirlenmesi amacıyla genel mahkemelerde dava açılmasına hükmedebilecektir<sup>14</sup>. Anayasa Mahke-

<sup>11</sup> DOĞRU, s.94; ÇELİK, Yeşim, Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.208.

<sup>12</sup> GÜMÜŞAY, Ramazan, "Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak "Yeniden Yargılama" Kararı ve İcrası", EBYÜHFD, C. XXII, S. 1-2, 2018, s.104.

<sup>13</sup> DOĞRU, s.94.

<sup>14</sup> ŞAHBAZ, İbrahim, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s.116.

mesi'nin bireysel başvuru kararları incelendiğinde hangi durumlarda hukuki yararın mevcut olduğu hangi durumlarda olmadığına ilişkin herhangi bir belirleme yapmadığı görülmektedir. İhlal kararlarında hukuki yararın mevcut olduğu<sup>15</sup> gerekçesiyle yeniden yargılama yapılmasına ya da hukuki yararın bulunmadığı gerekçesiyle yeniden yargılama dışındaki diğer tedbirlere<sup>16</sup> karar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi, ihlal tespit ettiği bir başvuruda ihlalin yeniden yargılama yolu ile ortadan kaldırılabileceğine hükmettiğinde, dosyayı ilgili mahkemeye göndermektedir. "İlgili mahkeme" ifadesi mevzuat tarafından somutlaştırılmamış bir ifadedir. Gerçekte birden fazla ilgili mahkemenin mevcut olduğu düşünüldüğünde asıl ilgili mahkemenin neresi olduğu konusu tartışmaya açık bir konudur. Örneğin, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmış ve kendi kararını vermişse ilgili mahkeme ilk derece mahkemesi mi istinaf mahkemesi mi olacaktır?<sup>17</sup> Bu soruya verilecek cevabın net olmaması ilgili mahkemenin tespiti noktasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bir görüşe göre, temel hak ve özgürlüğü ihlal eden karar, ilk derece mahkemesinin kararını Anayasaya uygun hale getirmeyen üst derece mahkemesinin verdiği karardır. Bu durumda ilgili mahkeme, nihai kararı vermiş olan mahkemedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi dosyayı nihai kararı veren mahkemeye göndermelidir<sup>18</sup>. Başka bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi, dosyayı, esas incelemeyi yaparak hak ihlali iddiasını değerlendiren ilk derece mahkemesine göndermelidir. Çünkü temyiz merci sınırlı bir inceleme yapmaktadır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama kararı ile dosyayı temyiz merciine gönderdiğinde temyiz merciin yapacağı yeniden yargılama, ihlale sebep olan kararın ortadan kalkmamasına yol açabilecektir. Ancak ilk derece mahkemesinin Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararını dikkate alarak yapacağı yeniden inceleme eski kararının olumsuzluklarını ortadan kaldırmaya

<sup>15</sup> Örnek karar için bkz. *Burçin Alptekin*, B. No: 2018/13643, 20.9.2023, §64.

<sup>16</sup> Örnek karar için bkz. *Esat Talha Tursun*, B. No: 2018/10885, 14.12.2023, §20.

<sup>17</sup> **GÖZLER**, s.1299.

<sup>18</sup> **DOĞRU**, s.94-95.

yönelik olacaktır<sup>19</sup>. Üçüncü bir görüş, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılamaya hükmetmesi durumunda ihlal hangi mahkemenin karardan kaynaklanıyorsa dosyanın o mahkemeye gönderilmesi gerektiği yönündedir<sup>20</sup>. Buna göre, ihlal ilk derece mahkemesi kararından kaynaklanmışsa dosyanın ilk derece mahkemesine, ihlal temyiz mahkemesi kararından kaynaklanmışsa temyiz mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Başka bir görüşe göre, ilgili mahkeme ifadesinden ihlal ve sonuçlarını ortadan kaldırmak üzere yeniden yargılamayı gerçekleştirecek olan görevli ve yetkili mahkemeyi anlamak gerekir. Bu görüşe göre, Kanun'a "ilgili mahkeme" ibaresi yerine "yeniden yargılama yapmakla görevli mahkeme" ifadesinin konulmasının yararlı olacağı düşünülmektedir<sup>21</sup>.

Uygulamada Anayasa Mahkemesi'nin ilk kararlarında "ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, yeniden yargılama yapılmak üzere kararın ilgili Mahkemeye gönderilmesi"<sup>22</sup> şeklinde bir ifadeye yer verdiği, sonraki süreçte "ihlal kararının bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ... Mahkemesine gönderilmesi"<sup>23</sup> şeklinde ilgili mahkeme ifadesini somutlaştırmayı tercih ettiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili mahkemeyi belirlerken bir değerlendirme yapmamakta sadece yeniden yargılama yapacak mahkemenin hangisi olduğunu belirtmektedir<sup>24</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama kararı verdiği bireysel başvurularda ilgili mahkemeyi çoğunlukla ilk derece mahkemesi olarak belirlediği görülmektedir. Nadiren dosyanın yeniden yargılama yapmak üzere

<sup>19</sup> **KORKMAZ**, Ramazan, Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.197-198.

<sup>20</sup> **ŞAHBAZ**, s. 78. Özbey ise ihlal, bir usul hukuku hatası sonucu meydana gelmiş ise yeniden yargılama kararı en alt derece mahkemesine; içerik olarak yanlış bir hukuki değerlendirmeden meydana gelmiş ise yargı yolundaki üst düzey temyiz merciine gönderilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak somut durumun özelliğine göre tam tersi ihtimallerin de gerçekleşebileceğinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. **ÖZBEY**, s.424-426.

<sup>21</sup> **GÖZLER**, s.1299.

<sup>22</sup> Örnek karar için bkz. *Faik Gümmüş*, B. No: 2012/603, 20.02.2014, §69.

<sup>23</sup> Örnek karar için bkz. *Osman Sofu*, B. No: 2014/208, 08.11.2017; *Delil İldan (2)*, B. No:2020/6636, 16.11.2023; *Cemil Turhan*, B. No: 2017/34192, 2.11.2023; *Şerafettin Can Atalay (2)* [GK], B. No: 2023/53898, 25.10.2023 vb.

<sup>24</sup> **GÜMÜŞAY**, Yeniden Yargılama Kararlarının İcrası, s.106.



üst derece mahkemelerine gönderildiği kararlara rastlamak da mümkündür<sup>25</sup>. Doktrinde dosyanın hangi mahkemeye gönderileceğine karar verirken usul ekonomisinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

## 2. Yeniden Yargılama Kararlarının İcrası

Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılamaya hükmettiği bireysel başvurularda ilgili mahkemenin yeniden yargılama kararına uyması, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir<sup>27</sup>. Anayasa Mahkemesi kararı üzerine derece mahkemelerinin yeniden yargılama yapması bir yükümlülük olduğundan herhangi bir talebe ihtiyaç duymaksızın yeniden yargılamanın re'sen gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada yeniden yargılama talep üzerine gerçekleştirilmektedir<sup>28</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama kararı verdiği durumlarda öncelikle derece mahkemesinin ihlale sebep olan önceki kararını kaldırması daha sonra ihlalin sonuçlarını gidermek için gerekli işlemleri yapması gerekmektedir<sup>29</sup>. Bu açıdan derece mahkemelerinin "yeniden yargılama" kararına direnmesinin mümkün olmadığı söylenebilir<sup>30</sup>. Hatta yeniden yargılamayı gerçekleştirilen merci, Anayasa Mahkemesi kararının yanlış olduğu kanaatinde olsa dahi, ihlal kararına paralel bir hüküm tesis etmesi gerekir<sup>31</sup>. Bu durum, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının bir gereğidir. Yeniden yargılamayı gerçekleştiren derece mahke-

<sup>25</sup> Örnek karar için bkz. *Ali Diren Başvurusu*, B. No: 2015/13108, 18.04.2018, §73-74.

<sup>26</sup> **GÖZTEPE ÇELEBİ**, s.95-96.

<sup>27</sup> **DÖNER**, Ayhan, "Anayasa Mahkemesi'nde Görülen Davalar", Efrail Aydemir, Yusuf Memiş, Ahmet Cemal Ruhi, Sema Güleç Uçakhan, Çilem Bahadır, Mutlu Dinç (Editörler), Hukuk Davaları, C. 1, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.516; **DOĞRU**, s.94; **KARAN**, s.30.

<sup>28</sup> **KARAN**, s.191.

<sup>29</sup> *Mehmet Doğan [GK]*, B. No: 2014/8875, 7.6.2018; Sinan Baran, B. No: 2015/11494, 11.6.2018; *Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayımlı Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2015/11961, 11.6.2018.

<sup>30</sup> **EKİNCİ**, Hüseyin, "Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü", Musa Sağlam (Editör), Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti" HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara, 2011, s.156.

<sup>31</sup> **KORKMAZ**, s.199.

mesinin her durumda önceki kararının aksi yönde bir karar vermesini beklemek her zaman mümkün olmayabilir. Somut olayın özelliklerine göre, derece mahkemesinin yeniden yargılama sonucunda ilk kararı ile aynı yönde veyahut ilk kararının aksi yönde bir hüküm tesis etmesi mümkündür. İhlalin ilk yargılamadaki bir usul hatasından veya yerine getirilmeyen usuli bir eksiklikten kaynaklanması durumunda yeniden yargılama esnasında derece mahkemesinin ihlale sebep olan usul hatalarını gidermesi, eksiklikleri gidermesi halinde ilk kararı ile aynı yönde bir karar vermesi oldukça muhtemeldir<sup>32</sup>. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında derece mahkemesinin ilk kararının aksi yönde bir karar vermesi gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi “...ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerektiğine” hükmetmiştir<sup>33</sup>.

Yeniden yargılamada derece mahkemesi iki farklı şekilde hareket edebilmektedir. Birinci ihtimalde, derece mahkemesi yeniden yargılama sonucunda ihlal ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde bir karar vermektedir. Dolayısıyla bu durumda Anayasa Mahkemesi kararına uygun hareket etmiş olmaktadır. İkinci ihtimalde, Anayasa Mahkemesi’nin ihlal tespit etmesi halinde hükmettiği karara uymayarak kararında direnebilmektedir. Bu durumda derece mahkemesi ihlal ve sonuçlarını ortadan kaldırmadığı gibi yeni bir ihlale daha sebebiyet vermektedir<sup>34</sup>. Bu ihtimalde Anayasa Mahkemesi’nin izleyeceği yol üzerinde görüş farklılıkları bulunduğu söylenebilir. Bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi ikinci kez yeniden yargılama kararı vermemeli diğer tedbirlere

<sup>32</sup> ŞAHBAZ, s.114.

<sup>33</sup> Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7.6.2018, § 60; Sinan Baran, B. No: 2015/11494, 11.6.2018, §53; Mustafa Nihat Behramoğlu ve Güneş Basım Yayıncılık Organizasyon ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2015/11961, 11.6.2018, §68.

<sup>34</sup> Alişül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7.11.2019.

(örneğin tazminata) hükmetmelidir<sup>35</sup>. İkinci görüş ise derece mahkemesinin Anayasa Mahkemesi kararına direnmemesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesi'nin başvuru lehine sadece tazminata hükmetmesi yeterli değildir. Derece mahkemesinin Anayasa Mahkemesi kararına direnmesi yeni bir hak ihlali ortaya çıkaracağından, Anayasa Mahkemesi'nin ikinci kez yeniden yargılama kararı verebilmesi bununla birlikte şartlar uygunsa tazminata da hükmetmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>36</sup>.

Uygulamada yeniden yargılama kararlarının icrası derece mahkemeleri tarafından Anayasa Mahkemesi kararlarının hiç uygulanmaması, gereği gibi uygulanmaması veya geç uygulanması şeklinde gerçekleşebilmektedir<sup>37</sup>.

### **a. Yeniden Yargılama Kararlarının Hiç Uygulanmaması**

Yeniden yargılama kararının hiç uygulanmaması derece mahkemesi tarafından yeniden yargılama kararının ve talebinin reddedilmesi ya da kararın uygulanmasının ihmal edilmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir. Yeniden yargılama kararlarının hiç uygulanmaması sık karşılaşılan bir durum olmamakla birlikte derece mahkemelerinin son zamanlarda Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarını uygulamaya yönelik direnç gösterdikleri dikkat çekmektedir.

Şerafettin Can Atalay başvurusunda<sup>38</sup> başvuru, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bireysel başvuruya konu olan olayda, başvuru, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından görülen davada, "Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs" suçundan hapis cezası almış, karara yönelik istinaf başvurusu ve tahliye talebi Bölge Adliye Mahkemesi kararıyla reddedilmiştir. İlgili kararın Yargıtay 3. Ceza Dairesinde temyiz incelemesi

<sup>35</sup> ÖZBEY, s.422; EKİNCİ, s.157.

<sup>36</sup> GÜMÜŞAY, s.66.

<sup>37</sup> KARAN, s.203.

<sup>38</sup> Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25.10.2023.

devam ederken başvuru 2023 genel seçimlerinde milletvekili olarak seçilmiştir. Başvurucu, milletvekili seçilmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığından yararlandığını Anayasa'nın 83. maddesi gereğince durma kararı verilmesini ve tahliye edilmesini talep etmiş ancak talebi reddedilmiştir. Yapılan bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi, yaptığı inceleme neticesinde yasama dokunulmazlığı kazanmış olan başvuru sahibinin tutukluluğunun sürdürülmesi sebebiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca tutukluluğun sona erdirilmemesi ve yargılamaya devam edilmesi ile başvuru sahibinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu olan ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklandığını tespit etmiştir (§ 116).

Anayasa Mahkemesi "*başvurucu hakkında tespit edilen hak ihlallerinin sonlandırılması ve sonuçlarının ortadan kaldırılması kapsamında (i) Yeniden yargılama işlemlerine başlanması, (ii) Mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması ve ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması, (iii) Başvurucunun hükümlü statüsünün sona erdirilmesi, (iv) Yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi işlemlerinin yerine getirilmesine*" hükmetmiştir. Bu hüküm çerçevesinde dosya, ihlalin ve sonuçların ortadan kaldırılması amacıyla yeniden yargılama yapmak üzere İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Derece mahkemesi ise Anayasa Mahkemesi'nin kararında tespit edilen ihlallerin kendi kararına ilişkin olmadığı gerekçesiyle dosyayı ilgili Yargıtay 3. Ceza Dairesi'ne göndermiştir<sup>39</sup>. Yargıtay 3. Ceza Dairesi "*Anayasa Mahkemesi'nin Şerafettin Can Atalay'ın bireysel başvurusu hakkında 25.10.2023 tarihli ihlal kararına hukuki değer ve*

<sup>39</sup> İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. Maddesine dayanarak "*Anayasa Mahkemesince verilen bireysel başvuruya konu ihlal kararı Mahkememizin kararına ilişkin olmayıp, Yargıtay ilgili Ceza Dairesince verilen tahliye talebinin reddi kararına ilişkin olduğu, dosyanın ilgili Daire önünde bulunduğu sırada başvuru sahibinin milletvekili seçildiği ve bireysel başvuruya konu ihlalin bu Dairenin kararından kaynaklandığı, ayrıca bireysel başvuru yapıldıktan sonra ilgili Ceza Dairesince dosyanın esastan incelendiği ve karara bağlandığı, bu sebeple oluşan yeni hukuki durum karşısında Yargıtay 3. Ceza Dairesince yeni bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğu*" gerekçesiyle dosya 03.11.2023 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmiştir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi E. 2023/12611, K. 2023/6359, Tarih. 08.11.2023.

*geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle, bu bağlamda Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmamakla; keza Şerafettin Can Atalay hakkında verilen mahkumiyet kararının temyizi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucu 28.09.2023 tarihinde Dairemizin 2023/12611 esas 2023/6359 sayılı kararı ile onanarak kesinleşen ve infazı kabil bir hükmün mevcudiyeti karşısında; Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına uyulmamasına" yönelik bir hüküm tesis etmiştir.*

Yeniden yargılama kararlarının uygulanmasının reddedilmesine ilişkin bir diğer örnek Kadri Enes Berberoğlu kararıdır<sup>40</sup>. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, başvurucunun milletvekili seçilmesine rağmen infaz aşamasına geçilmesi ile Anayasa m.67 kapsamında güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının aynı zamanda da m.19'da güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiş, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, yeniden yargılama yapılmasına yönelik Anayasa Mahkemesi kararının yerindelik denetimi kapsamına girdiği bu nedenle yeniden yargılama yapılmasına yer olmadığı kararını vermiştir.

Her iki karar bakımından dikkat çeken önemli bir nokta Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama kararı ile usul kanunlardaki yargılamanın yenilenmesi kurumları arasında bir karışıklık yaşanmasıdır. Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama kurumunda tarafların talepte bulunmasına gerek olmadığı ve mahkemenin yeniden yargılama sebebi hususunda herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığını kabul etmektedir. Ancak derece mahkemeleri yeniden yargılama ile yargılamanın yenilenmesi arasında fark olduğu görüşünü kabul etmeyerek CMK'da düzenlenen yargılamanın yenilenmesi usulüne göre hareket etmektedirler. Bu tartışma esasında 6216 sayılı Kanun'un m.50/2 hükmünün anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğü 2011/59 Esas ve 1.3.2012 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında da ele alınmıştır<sup>41</sup>. Buna göre, "Kanun'un 50. mad-

<sup>40</sup> Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17.9.2020.

<sup>41</sup> AYM, E.2011/59, K.2012/34, 01.03.2012.

desinin (2) numaralı fıkrasıyla Anayasa Mahkemesine yeniden yargılama yapılmasını isteme yetkisi verildiği, Anayasa'nun 148. maddesinde Mahkemenin bireysel başvurularda yetkisinin sadece insan hakları ihlallerinin tespitiyle sınırlı olduğu, Anayasa'da, bireysel başvuru kararlarıyla ilgili bir düzenleme yapılmadığı halde Kanunla kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki tanınarak Anayasa Mahkemesine, diğer mahkemelerin üzerinde, Anayasanın 138. maddesine aykırı olarak Kanunla emir ve talimat verme yolunun açıldığı ayrıca yeniden yargılamanın kanun koyucu tarafından dikte ettirildiği ve dayatıldığı, oysa yeniden yargılamanın da Anayasanın 36. maddesi kapsamında bir hak arama yolu olduğu ve bu hakkın kullanılmasının 36. maddede hakkı ihlal edilen taraflara tanındığı, bu nedenle kanun koyucu tarafından bu hakkın Kanunla Anayasa Mahkemesine bırakılmayacağı, Kanunla Mahkemeye böyle bir görevin verilemeyeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36., 138. ve 148. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür". Kararda Kanun'un m.50/2 hükmü ile Anayasa Mahkemesi'ne ihlal olup olmadığı yönünde inceleme yapma ve ihlalin ortadan kalkması için talebe bağlı olmadan yeniden yargılama yönünde karar verme yetkisinin tanındığı anlaşılmaktadır. İlgili madde nin ilk cümlesinde, "Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir" ifadelerine yer verdikten sonra, son cümlesinde, "**Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir**" düzenlemesinin özellikle "**yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme**" ifadesinin, derece mahkemelerine yeniden yargılama yapıp yapmama konusunda bir takdir yetkisi tanımadığı şeklinde yorumlanması mümkündür. Dolayısıyla Kanun'un m.50/2 son cümlesindeki açık düzenlemeye rağmen, yeniden yargılamaya yer olmadığı şeklinde 14. Ağır Ceza Mahkemesi'nin verdiği kararın bu düzenlemeye aykırı olduğu görülmektedir<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> EREN, Abdurrahman, "Anayasa Mahkemesinin Kadri Enis Berberoğlu Kararı ve Hukuki Sonuçları", [http://www.kanuniesasi.com/2020/10/18/anayasa-mahkemesinin-kadri-enis-berberoğlu-kararı-ve-hukuki-sonuçları/#\\_ftn34](http://www.kanuniesasi.com/2020/10/18/anayasa-mahkemesinin-kadri-enis-berberoğlu-kararı-ve-hukuki-sonuçları/#_ftn34), (Erişim Tarihi 25.02.2024).

Yeniden yargılama kararının icrası üzerine yaşanan bu tartışmaların özünde yasal düzenleme sorununun olduğu söylenebilir. Bu hususla ilgili olarak 6216 sayılı Kanun'un m.50/2 hükmünün uygulanması açısından bazı sorunlar bulunmaktadır. Bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmesine rağmen Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermemiştir. Anayasa Mahkemesi kararında m.50/2'de öngörülen "yeniden yargılama" ile CMK' da öngörülen "yargılamanın yenilenmesi" kurumlarının birbirinden farklı olduğu şeklinde bir yorum yapmıştır. CMK'nun m.318 /1 hükmüne göre, *"Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü verilen mahkemeye sunulur. Bu mahkeme, istemin kabule değer olup olmadığına karar verir"*. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama için talebi gerekli görmemesi ve derece mahkemelerinin istemin kabule değer olup olmadığını değerlendirmeden, yeniden yargılama kararını uygulamak durumunda olduğu görüşüne karşılık, derece mahkemeleri bu tarz bir yorumun "yerindelik denetimi" olduğunu ifade ederek, CMK 318/1 kapsamında talebin kabule değer olup olmadığını değerlendirme hususunda takdir yetkilerinin olduğunu kabul etmektedirler. Anayasa Mahkemesi m.50/2 hükmüne dayanarak yaptığı yorumla mahkemelerin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde ne tür tedbirler alınacağını belirleme yetkisine sahip olduğunu kabul ederken, bu durum derece mahkemeleri tarafından Anayasa Mahkemesi'nin diğer mahkemeler üzerinde "süper temyiz mahkemesi" olduğu yönünde bir algı oluşmasına neden olmakta ve kendi yetki alanlarının ve takdir yetkilerinin korunmasına yönelik bir direnç göstermelerine yol açmaktadır. Bu konuda 6216 sayılı Kanun'un m.50/2. hükmü ile CMK'nın ilgili hükümleri yeniden düzenlenmesinin sorunun çözümüne katkı sağlayacağı ortadadır<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> EREN, Abdurrahman, "Anayasa Mahkemesinin Kadri Enis Berberoğlu Kararı ve Hukuki Sonuçları", [http://www.kanuniesasi.com/2020/10/18/anayasa-mahkemesinin-kadri-enis-berberoğlu-kararı-ve-hukuki-sonuçları/#\\_ftn34](http://www.kanuniesasi.com/2020/10/18/anayasa-mahkemesinin-kadri-enis-berberoğlu-kararı-ve-hukuki-sonuçları/#_ftn34), (Erişim Tarihi 25.02.2024).

### **b. Yeniden Yargılama Kararlarının Gereği Gibi Uygulanmaması**

Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılamaya hükmetmesi durumunda derece mahkemeleri kimi zaman yeniden yargılamayı gerçekleştirmekte ancak kararı gereği gibi uygulamamaktadır. Başka bir ifadeyle derece mahkemeleri görünüşte bir yeniden yargılama gerçekleştirmektedirler. Yeniden yargılama kararının gereği gibi uygulanmaması kararın eksik uygulanması şeklinde ortaya çıkabilmektedir<sup>44</sup>. Yeniden yargılama kararlarının gereği gibi uygulanmamasına ilişkin örnek kararlardan biri Tayfun Cengiz kararıdır<sup>45</sup>. Başvurucu, üyesi olduğu sendikanın göreve gelmeme çağrısına uyararak göreve gelmediği için hakkında uyarma cezası verilmiştir. Sendikal faaliyetlere katılması nedeniyle hakkında verilen cezanın toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın m.51 kapsamında güvence altına alınan sendikal haklarının ihlal edildiği ve yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir. Derece mahkemesi, başvurusunun yeniden yargılama talebini reddetmiş, temyize giden karar Danıştay tarafından bozulmuştur. Ancak derece mahkemesi kararında direnmiştir. Bu olayda derece mahkemesi yeniden yargılama kararını gereği gibi uygulamamıştır.

Bir diğer örnek karar Ayşe Yılmaz kararıdır<sup>46</sup>. Başvurucu, üyesi olduğu sendikanın ülke çapında yaptığı göreve gelmeme çağrısına uyararak göreve gelmemiş bunun üzerine hakkında uyarma cezası verilmiştir. Başvurucu, verilen cezanın toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin anayasal haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ihlal tespitinin ardından ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir. İlk derece mahkemesi disiplin cezaları iptal etmesine rağmen idarenin itirazı üzerine dosya Bölge İdare Mahkemesi'ne gitmiştir. İdarenin itirazı reddedilmiş,

<sup>44</sup> KARAN, s.202.

<sup>45</sup> Tayfun Cengiz, B. No: 2013/8463, 18.9.2014, §65.

<sup>46</sup> Ayşe Yılmaz, B. No: 2013/8805, 06.01.2015.



bunun üzerine idare karar düzeltme talep etmiştir. Bölge İdare Mahkemesi'nin nihai kararı ile karar kesinleşebilmiş ve yeniden yargılama kararının gereği yerine getirilebilmiştir<sup>47</sup>.

### **c. Yeniden Yargılama Kararlarının Uygulanmasının Geciktirilmesi**

Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama kararları sonrasında derece mahkemeleri yeniden yargılamaya başlamakta ancak bu durum uzun bir yargılama sürecini beraberinde getirebilmektedir. Bu duruma yönelik 6216 sayılı Kanun'un m.50/2 hükmünde yeniden yargılamayı gerçekleştiren mahkemenin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar vereceği düzenlenmiştir. Yeniden yargılamayı gerçekleştirecek mahkemenin rahatlıkla dosya üzerinden karar verebileceği durumlarda duruşma açılması yeniden yargılama kararlarının uygulanmasını geciktirebilmektedir<sup>48</sup>.

Derece mahkemelerinin yeniden yargılamayı gerçekleştirirken ivedilikle, dosya üzerinden, ihlal ve sonuçları ortadan kaldıracak şekilde bir yol izlemesi gerekir<sup>49</sup>. Bu durum Anayasa'nın m.153'deki "*Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcıdır...*" düzenlemesinin bir gereğidir. Yeniden yargılama, derece mahkemelerinin yargılamayı yenilemesi anlamına gelmekte ise de derece mahkemelerinin tüm usuli işlemleri en baştan yapması anlamına gelmemektedir. Diğer yandan adil yargılanma hakkının unsurları olan duruşmalı yargılama, avukatla temsil, silahların eşitliği gibi usuli hakların ihlali söz konusu olduğunda bu ihlallerin dosya üzerinden yapılacak yeniden yargılama ile giderilmesi pek mümkün olmadığından duruşma yapılması gerekli olmaktadır<sup>50</sup>.

Yeniden yargılama kararlarının uygulanmasının geciktirilmesine ilişkin örneklerden biri Neriman Polat kararıdır<sup>51</sup>. Başvurucu, başvurusun-

<sup>47</sup> Adana Bölge İdare Mahkemesi E.2016/380, K. 2016/10, Tarih 30.09.2016.

<sup>48</sup> **KARAN**, s.208.

<sup>49</sup> **GÖZLER**, s.1087.

<sup>50</sup> **İNCEOĞLU**, Sibel, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.290.

<sup>51</sup> *Neriman Polat*, B. No: 2012/1223, 5.11.2014.

da süresinde havale yoluyla gönderdiği temyiz posta masrafının kaleminde teslim edilmediği gerekçesiyle temyiz dilekçesinin reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuru konusu, başvurunun süresinde havale yoluyla gönderdiği temyiz posta masrafının kaleminde teslim edilmediği gerekçesiyle temyiz dilekçesinin reddedilmesidir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvurunun incelenmesi neticesinde başvurunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini tespit ederek, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere kararın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir. Yeniden yargılama başvurusu üzerine önce dosya ile ilgili herhangi bir işlem yapılmamış sonrasında başvuruda bulunan mahkemenin kapatılması gerekçesiyle dosya görülememiştir. Dosya başka bir mahkemeye devredildiğinde dosya bulunamamış ve yapılan arama neticesinde dosyanın Yargıtay'da olduğu ortaya çıkmıştır. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılama kararının uygulanması geciktirilmiş<sup>52</sup>.

## B. Tazminat Kararları ve İcrası

6216 sayılı Kanun'un m.50/2 hükmüne göre, Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama yapılmasında hukuki bir yarar bulunmayan hallerde başvuru lehine tazminata hükmedebilmektedir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 79/1-b başvuru lehine "uygun" bir tazminata hükmedilebileceğini düzenlemektedir. Tazminat kararları yasama, yürütme ve yargının icrai veya ihmali işlem ve eylemleri bakımından verilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi başvurunun talepleri ile bağlı olduğundan başvurunun maddi/manevi tazminat talebinde bulunması gerekmektedir. Mahkeme başvurunun tazminat talebinde bulunmadığı başvurulara re'sen tazminata hükmetmemektedir<sup>53</sup>. Başvuru başvurusunda tazminat talebinde bulunmuş ancak daha sonra bu talebinden feragat

<sup>52</sup> KARAN, s.208.

<sup>53</sup> Murat Narman, B. No: 2012/1137, 2.7.2013, §75: "Başvuruda Anayasa'nın 19.maddesinin üçüncü ve yedinci fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvuru, herhangi bir tazminat talebinde bulunmamıştır. Bu nedenle bu hususta hüküm tesisine yer olmadığına karar verilmesi gerekir."

etmişse Anayasa Mahkemesi tazminata hükmetmemektedir<sup>54</sup>. Ancak Mahkeme başvuru tarafından tazminat talep edilse dahi ihlal tespit ettiği bir başvuruda tazminat yerine yeniden yargılamaya hükmedebilmektedir<sup>55</sup>. Anayasa Mahkemesi başvuru talebiyle tazminat miktarından fazlasına da hükmetmemektedir. Mahkeme uygun gördüğü tazminata hükmetmek açısından geniş bir takdir yetkisine sahiptir<sup>56</sup>.

Anayasa Mahkemesi başvuru tarafından tazminat talep edilmesi halinde tazminat miktarının tespit edilmesi ayrıntılı bir incelemeyi gerektiriyorsa 6216 sayılı Kanun'unun m.50/2 ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün m.79/1-c düzenlemeleri gereğince başvurucuya genel mahkemelerde dava açma yolunu göstermektedir. Bu durumda başvuru ilki derece mahkemelerinde tazminat talebiyle ayrı bir dava açması gerekecektir. Anayasa Mahkemesi'nin tazminatın ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi durumunda hesaplama kaçınılması makul olmakla birlikte bireysel başvuru aşamasını ve olağan kanun yollarını tüketen bir başvuru ihlal kararının ardından tekrar derece mahkemelerinde dava açma yoluna sevk edilmesi mağduriyetin giderilmesi sürecini uzatmaktadır<sup>57</sup>.

### C. Yapılması Gerekenlere Hükmetme Kararı ve İcrası

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespitinde bulunduğu bir bireysel başvuruda yapılması gerekenlere hükmetme yani ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gönderme kararı vermesi de mümkündür<sup>58</sup>. 6216

<sup>54</sup> *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25.6.2014, §125: "Başvurucu, başvuru dilekçesinde gördüğü maddi ve manevi zararların tazminini talep etmiş; 13.02.2013 tarihli dilekçe ile ise maddi ve manevi tazminat talebinden feragat ettiğini bildirmiştir. Dolayısıyla bu konuda bir karar verilmesine gerek bulunmamaktadır."

<sup>55</sup> *Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20.3.2014, §67: "Başvurucu tarafından manevi tazminat talebinde bulunmuş olmakla beraber, yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi nedeniyle, başvuru talebinin reddine karar verilmesi gerekir."

<sup>56</sup> **KARAN**, Ulaş, Öğretimde ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası (Norm Denetimi İle Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Üzerinde Bir İnceleme), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.61.

<sup>57</sup> **KARAN**, s.66.

<sup>58</sup> **KANADOĞLU**, Korkut, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.238.

sayılı Kanun'un m.50/1'e göre "Esas inceleme sonunda başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez." Anayasa Mahkemesi'nin İçtüzüğü m.79/2'ye göre "Bölüm kararında, gerekli görüldüğü takdirde Kanununun 50nci maddesinin birinci fıkrası doğrultusunda ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırabileceği hususunda yapılması gerekenler belirtilir."

Anayasa Mahkemesi'nin yapılması gerekenlere hükmetme kararı yeniden yargılama ve tazminat kararlarından farklılaşmaktadır. Yeniden yargılama kararlarında muhatap derece mahkemeleri iken, tazminat kararlarında muhatap Maliye Bakanlığı'dır. Yapılması gerekenlere hükmetme kararının muhatabı ise mahkemeler, idari makamlar hem de savcılıklar olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ihlali ve sonuçları ortadan kaldırması için kararı bir mahkemeye göndermesi durumunda mahkeme tespit edilen ihlali ortadan kaldıran bir karar almakla yükümlüdür. Bu karar aynı zamanda ilgili mahkeme, idari makam ve savcılık tarafından yerine getirilmelidir. Anayasa Mahkemesi uygulamada ihlal kararı verdiği bireysel başvurularda ihlal ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağına dair somut belirleme yapmamaktadır. Bu durumda muhataplara bir takdir alanı bırakmaktadır. Ancak kimi zaman kararın yerine yetirilmesi amacıyla muhatapların yapması gerekenlere açık veya zımni olarak hükmetmektedir<sup>59</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin ve sonuçların nasıl ortadan kaldırılacağını gösterdiği örnek kararlardan biri Şahin Alpay kararıdır. Anayasa Mahkemesi başvuru neticesinde "Kararın bir örneğinin Anayasa Mahkemesinin icra edilmemiş olan Şerafettin Can Atalay (2) kararı ile eldeki başvuruya ilişkin Şerafettin Can Atalay (3) kararında tespit edilen hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince başvuruçunun yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi şeklindeki işlemlerin yerine getiril-

---

<sup>59</sup> KARAN, s.219.

mesi için anılan mahkemeye (E.2021/178) gönderilmesine" karar vermiştir<sup>60</sup>. Bir başka kararında "Kararın bir örneğinin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmak üzere Afyonkarahisar Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine" karar vermiştir<sup>61</sup>.

## II. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI, KAPSAMI VE HUKUKİ SONUÇ DOĞURMA ANI

### A. Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı

2010 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruları inceleme ve karara bağlama yetkisi tanınırken bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı ve icrası konusunda Anayasa'nın m.153 hükmünde bir düzenleme yapılmamıştır. Genel olarak norm denetimine ilişkin hususlara yer veren m. 153'te Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin nitelikte ve bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmaktadır. Ancak ilgili maddenin bireysel başvuru kararlarını kapsayacak şekilde değiştirilmemesi bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığı açısından Anayasa Mahkemesi'nin diğer kararlarından farklı bir yoruma tabi tutulup tutulamayacağı hususunda bazı soru işaretlerini akıllara getirmiştir. Bireysel başvuruya ilişkin yasal düzenlemelerde konuya ilişkin bir istisna getirilmemesi, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini yerine getirirken verdiği yargısal kararların<sup>62</sup> tümü için m.153'ün uygulama alanı bulacağını göstermektedir<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15.3.2018, §89: "Başvurucunun tutukluluk durumu hâlen devam etmektedir (bkz. § 21). İncelenen başvuruda tespit edilen ihlalin niteliği dikkate alındığında bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurucunun tutukluluk durumunun sona erdirilmesi dışında bir imkân kalmadığı değerlendirilmiştir. Bu nedenle başvurucunun tutukluluk durumunun sona erdirilmesi suretiyle ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın Mahkemesine gönderilmesi gerekir." "Kararın bir örneğinin başvurucunun tutukluluk hâlinin sona erdirilmesi suretiyle ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2017/112) gönderilmesine karar vermiştir." Hüküm Fıkrası C.

<sup>61</sup> Ahmet Aşık, B. No: 2017/27330, 26.5.2021, Hüküm Fıkrası C.

<sup>62</sup> Yüce Divan kararları bunun dışındadır. Anayasa m. 149/9 gereğince "Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir."

<sup>63</sup> GÖZTEPE ÇELEBİ, s.96.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları Mahkeme'nin diğer yargısal nitelikteki kararları gibi maddi ve şekli bakımdan kesin hüküm niteliğindedir. 6216 sayılı Kanun'un m.48/4 ile m.66/1; Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün m.81/3 düzenlemelerine göre, Genel Kurul, bölümler ve komisyonlarca verilen kararlar kesindir. Kabul edilebilirlik veya esas bakımından denetim aşamasında verilen kararlar bu niteliğe sahiptir. Bu düzenlemelerden bireysel başvuru neticesinde verilen kararların şekli anlamda kesin hüküm niteliğinde oldukları anlaşılmaktadır<sup>64</sup>. Yalnızca Komisyon Başraportörlüğü tarafından verilen idari ret kararları itiraza tabiidir ki bunlar yargısal nitelikte kararlar olmadığı için bu kararlara karşı itiraz yolu açık tutulmuştur. İtiraz üzerine verilen Komisyon kararları Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.66/3 gereğince kesindir.

Bireysel başvuru kararlarının maddi anlamda kesin nitelikte olmaları kararların bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Maddi anlamda kesinlik yargı kararlarının içeriğinin verilecek kararlar bakımından belirleyici olması anlamına gelmektedir<sup>65</sup>. Başka bir ifadeyle maddi anlamda kesinlik aynı uyumsuzluğun yeni bir dava konusu yapılamamasını ifade eder<sup>66</sup>. Anayasa Mahkemesi kararlarının maddi anlamda kesin olması verdiği kararların sadece ihlalden sorumlu olan kamu gücü açısından değil, benzer bir ihlal gerçekleştirme ihtimali olan diğer anayasal organlar ve kişiler açısından da hüküm doğurmasıdır<sup>67</sup>.

## **B. Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığının Kapsamı ve Hukuki Sonuç Doğurma Anı**

Norm denetiminde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararları bakımından "*geriye yürümezlik*" prensibi kabul edilmektedir. Bu prensibe göre, iptal kararları yürürlüğe girmeden önce kesinleşen mahkeme kararları iptal kararlarından etkilenmemektedir. Ancak bireysel başvuru usulünde bazı farklılıklar söz konusudur. Bireysel başvuruya

<sup>64</sup> GÖZTEPE ÇELEBİ, s.100.

<sup>65</sup> KARAN, s.128.

<sup>66</sup> GÖZLER, s.1345.

<sup>67</sup> KANADOĞLU, s.262.

konu olan idari işlemin veya yargısal bir kararın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi mümkün olmasa da yeniden yargılama kararlarının geçmişte derece mahkemeleri tarafından verilen kararları etkilediği söylenebilmektedir. Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin kararlarını bozmamakta veya ortadan kaldırmamakta ancak kesin hüküm niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Yargılamayı Anayasa Mahkemesi bizzat gerçekleştirmemekte, derece mahkemesi tarafından yapılmasını sağlamaktadır. Bu açıdan bireysel başvuru neticesinde verilen ihlal kararlarının bir anlamda geriye yürüme etkisi olduğu görülmektedir<sup>68</sup>.

Bireysel başvuru kararlarının hukuki sonuç doğurma anının tespiti önemlidir. Zira bu andan itibaren ilgili mercilerin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereğini yerine getirmesi gerekir<sup>69</sup>. 6216 sayılı Kanun'un m.50/3 hükmüne göre *"Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir"*. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m.81/5'te Resmi Gazete' de yayımlanacak kararlar; Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, bireysel başvuru kararları başvuru sahiplerine ve Adalet Bakanlığı'na tebliği ile hukuki sonuç doğurmaktadır. Kanunda bireysel başvuru kararlarının internet sitesinde yayımlanması öngörülmüştür. Kararların Resmi Gazete' de yayımlanması istisnai bir durumdur.

Anayasa Mahkemesi'nin bazı ihlal kararları yeniden yargılama veya ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla derece mahkemelerine gönderilmektedir. Derece mahkemelerine gönderme işleminin bir tebliğ işlemi olarak değerlendirilmesi halinde kararın derece mahkemelerine ulaştığı anda hukuki sonuç doğuracağı söylenebilecektir<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> KARAN, s.130.

<sup>69</sup> GÜMÜŞAY, s.27.

<sup>70</sup> KARAN, s.132.

## SONUÇ

Bireysel başvuru usulünde başvurular olağan kanun yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi önüne geldiğinden Anayasa Mahkemesi ile derece mahkemeleri zorunlu olarak bir muhataplık ilişkisi içerisine girmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları neticesinde yasama ve yürütme organları ile karşı karşıya gelmesi istisnai bir durum teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespit ettiği başvurularda yeniden yargılamaya hükmetmesi durumunda kararın muhatabı doğrudan derece mahkemeleri olmaktadır. Yeniden yargılama kararı neticesinde bu kararın derece mahkemeleri tarafından uygulanması Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının bir gereğidir. Buna rağmen zaman zaman derece mahkemelerinin yeniden yargılama kararlarını uygulamayı doğrudan reddettikleri, kararın gereğini yerine getirmediği veya kararı daha uzun bir zaman dilimi içerisinde uyguladıkları görülmektedir. Bu uygulamalar, başvurucunun bireysel başvuru aracılığıyla mağduriyetini gidermek yerine yeni ihlallerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu noktada derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulamakta gösterdiği direncin önemli bir sebebi de usul kanunlarda öngörülen yargılamanın yenilenmesi ile yeniden yargılama kurumlarını farklı şekilde yorumlamalarıdır. Yeniden yargılama kararı sonrasında derece mahkemeleri bu kararı uygulayıp uygulamama yönünde bir takdir yetkisine sahip olduklarını kabul etmektedirler. Ancak Anayasa Mahkemesi Anayasa m.153 gereğince bireysel başvuru kararlarının bağlayıcı olduğunun ve muhataplar tarafından kararın gereğinin yerine getirilmesini kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için derece mahkemelerinin yapacağı işlemleri tek tek saymayı tercih etmektedir. Bu noktada derece mahkemeleri kendilerine takdir alanı bırakmayan zorunluluk içeren bu tür kararların yeniden yargılamayı anlamsız hale getirdiğini ileri sürmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi derece mahkemeleri adına doğrudan karar almaya yetkili süper temyiz mercii haline gelmektedir. Anayasa Mahkemesi ve derece mah-



kemeleri arasında uyumsuzluğa neden olan bu sorunun giderilmesi için yeniden yargılama – yargılamanın yenilenmesine yönelik mevzuatlardaki çelişki ve boşlukların giderilmesi gerekmektedir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesi önerilebilir<sup>71</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gereği gibi uygulanmasını sağlamak amacıyla Anayasa Mahkemesi içerisinde izleme birimi kurulması yönünde düşünceler ileri sürülmüş<sup>72</sup> olmasına rağmen doktrinde Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını düzenleyen Anayasa m.153 hükmünün bireysel başvuruya ilişkin kararların icrasına ilişkin kurumsal bir yapılanmanın gereksiz olduğu ifade edilmiştir<sup>73</sup>. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi kararlarının icra edilmediği örneğin tazminatın ödenmediği veya yeniden yargılamanın gerçekleştirilmediği durumlarda iç hukukta çeşitli mekanizmaların olduğu bu nedenle kararların icrasını denetleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç olmadığı vurgulanmıştır<sup>74</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarının icrasını denetleyecek bir mekanizmaya sahip olmaması kararların muhataplarına önemli bir sorumluluk yüklemektedir. Kararların bağlayıcılığının anayasal bir niteliğe sahip olması muhatapların kararları uygulaması yönünde bir önkoşuldur. Ancak kararların uygulanmasına yönelik mutlak bir güvence sağlamamaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının muhataplar açtı-

<sup>71</sup> EREN, Abdurrahman, AYM' nin Şerafettin Can Atalay Kararının Değerlendirilmesi, <http://www.kanuniesasi.com/2023/11/10/aymnin-serafettin-can-atalay-kararinin-degerlendirilmesi/>, (Erişim Tarihi 27.02.2024).

<sup>72</sup> ADALI, Sacit, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnfazı", Journal of Business Economics and Political Science (JOBEPS), Vol.1, No.1, 2012, s.7. Bu öneriye ihtiyatlı yaklaşmak açısından Göztepe, "Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince böyle bir uyarı mekanizmasının kurulması ya da etkili şekilde işletilmesi mümkün görünmemektedir. Bunun da ötesinde ikazın gerçek bir icra gücü olmadığı sürece AYM'nin devlet organları nezdindeki prestijini zedelemesi ve etkisinin azalması olasılığının dikkate alınması gerektiğini" ifade etmektedir. GÖZTEPE, s.112-113.

<sup>73</sup> GÜRSELER, İzzet Güneş, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", Anayasa Yargısı Dergisi, C.33, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016, s.119.

<sup>74</sup> AÇIKGÜL, Hacı Ali, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", Anayasa Yargısı Dergisi, C.33, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016, s.130.

sından uygulanması ve içselleştirilmesi hususunda Mahkeme'nin kamu organlarının işbirliğine ihtiyacı duyduğu söylenebilir.

## KAYNAKÇA

- AÇIKGÜL**, Hacı Ali: "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016, s.127-132.
- ADALI**, Sacit: "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnfazı", *Journal of Business Economics and Political Science (JOBEPS)*, Vol.1, No.1, 2012, s.1-8.
- AYDIN**, Öykü Didem: *Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, C. XV, S. 4, 2011, s.121-170.
- ÇELİK**, Yeşim: *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- DOĞRU**, Osman: *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- DÖNER**, Ayhan: "Anayasa Mahkemesi'nde Görülen Davalar", Efrail Aydemir, Yusuf Memiş, Ahmet Cemal Ruhi, Sema Güleç Uçakhan, Çilem Bahadır, Mutlu Dinç (Editörler), *Hukuk Davaları*, C. 1, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 467-556.
- EKİNCİ**, Hüseyin: "Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü", Musa Sağlam (Editörler), *Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti" HUKAB Sempozyum Serisi 1*, Ankara, 2011, s.137-159.
- EREN**, Abdurrahman: "Anayasa Mahkemesinin Kadri Enis Berberoğlu Kararı ve Hukuki Sonuçları", [http://www.kanuniesasi.com/2020/10/18/anayasa-mahkemesinin-kadri-enis-berberoglu-karari-ve-hukuki-sonuclari/#\\_ftn34](http://www.kanuniesasi.com/2020/10/18/anayasa-mahkemesinin-kadri-enis-berberoglu-karari-ve-hukuki-sonuclari/#_ftn34), (Erişim Tarihi 25.02.2024).
- EREN**, Abdurrahman: *AYM'nin Şerafettin Can Atalay Kararının Değerlendirilmesi*, <http://www.kanuniesasi.com/2023/11/10/aymnin-serafettin-can-atalay-kararinin-degerlendirilmesi/>, (Erişim Tarihi 27.02.2024).
- GÖZLER**, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- GÖZLER**, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2021.
- GÖZTEPE ÇELEBİ**, Ece: "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, C. 33, 2016, s.93-118.
- GÜMÜŞAY**, Ramazan: *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019.
- GÜMÜŞAY**, Ramazan: *Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak "Yeniden Yargılama" Kararı ve İcrası*, *EBYÜHFD*, C. XXII, S. 1-2, 2018, s.93-143.

- GÜRSELER**, İzzet Güneş: "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrasına İlişkin Düzenlemeler ve Kurumsal Yapılanma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016, s.119-125.
- İNCEOĞLU**, Sibel: *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- KANADOĞLU**, Korkut: *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- KARAN**, Ulaş: *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası (Norm Denetimi İle Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme)*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- KORKMAZ**, Ramazan: *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- ÖZBEY**, Özcan: *Türk Hukuku'nda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- ŞAHBAZ**, İbrahim: "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar", *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2011, s.71-127.
- URAL**, Sami Sezai: *Bireysel Başvurunun Anayasa Mahkemesi ve Diğer Yüksek Mahkemeler Arasındaki İlişkiye Etkisi*, Erdal Abdulkakımoğulları, Mübariz Yolçiyev, Yalçın Şahinkaya (Editörler), *Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı*, Cilt 1, Ekim 2012.

### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

- Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25.6.2014.
- Ahmet Aşık*, B. No: 2017/27330, 26.5.2021.
- Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20.3.2014.
- Ali Diren Başvurusu*, B. No: 2015/13108, 18.04.2018.
- Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7.11.2019.
- AYM, E.2011/59, K.2012/34, 01.03.2012.
- Ayşe Yılmaz*, B. No: 2013/8805, 6.1.2015.
- Burçin Alptekin*, B. No: 2018/13643, 20.9.2023.
- Cemil Turhan*, B. No: 2017/34192, 2.11.2023.
- Delil İldan (2)*, B. No:2020/6636, 16.11.2023.
- Esat Talha Tursun*, B. No: 2018/10885, 14.12.2023.
- Faik Gümmüş*, B. No: 2012/603, 20.02.2014.
- Kadri Enis Berberoğlu (2)* [GK], B. No: 2018/30030, 17.9.2020.
- Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7.6.2018.
- Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7.6.2018.
- Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2.7.2013.

*Mustafa Nihat Behramođlu ve Gūneş Basım Yayım Organizasyon ve Ticaret Ltd. Őti.*, B. No: 2015/11961, 11.6.2018.

*Neriman Polat*, B. No: 2012/1223, 5.11.2014.

*Osman Sofu*, B. No: 2014/208, 08.11.2017.

*Sinan Baran*, B. No: 2015/11494, 11.6.2018.

*Şahin Alpay (2) [GK]*, B. No: 2018/3007, 15.3.2018.

*Şerafettin Can Atalay (2) [GK]*, B. No: 2023/53898, 25.10.2023.

*Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18.9.2014.

# OSMANLI HUKUKUNDA BORÇ İÇİN HAPİS

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER\*

## ÖZET

Hukuk sistemleri uyumsuzlukları çözenin yanı sıra mahkeme kararlarının ve sözleşmelerin yerine getirilmesi görevini de ifa ederler. Bu amaca ulaşmak için hukuk tarihinde borçlunun mallarına el konulması, borçlunun hapsi, hatta borçlunun köleleştirilmesi gibi çeşitli zorlama vasıtalarının kullanıldığı bilinmektedir. İslam hukukçuları tarafından borçluya borç için eziyet edilmesi ve borçlunun köleleştirilmesi kabul edilmezken, ödeme gücü olduğu halde borcunu ifa etmeyen borçlunun tazyik hapsine tabii tutulabileceği çoğunlukla kabul edilmiştir.

Osmanlı, İslam hukukunun Hanefi yorumuna uygun bir hukuk sistemi hayata geçirmiştir. Bu sistemde alacalı olduğunu iddia eden kişi kadıya başvurur ve yargılamaya sonunda alacaklı olduğu sabit olur ise borçluya borcunu ödemesi tembih edilirdi. Çoğunlukla borçlular bu karardan sonra makul sürede borçlarını ifa ederlerdi. Kadı kararına rağmen borcunu ifa etmeyen kişiler hakkında alacaklının talebi ile haciz, iflas veya tazyik hapsi gibi alacağın tahsiline yönelik işlemlere başvurulmuştur.

Osmanlı uygulaması incelendiğinde borçlunun hapsi konusunda İslam hukukuna bağlı, ancak kendine özgü bir uygulama geliştirildiği söylenebilir. Osmanlı kadı sicillerinden borç için hapis uygulamasının etkili bir şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Borcundan dolayı hapsedilen kişilerin, alacaklının talebi ile veya kefil ve rehin gibi ek teminatlar alınarak serbest bırakıldığı kayıtlarda görülmektedir. Kadıya borçlunun ödeme gücü olmadığı yönünde bir itiraz yapılması üzerine yapılan incelemede bu durum ispat edilirse borçlu hapisten kurtulabilmesi de mümkündür. Ayrıca borçlunun borcundan dolayı hapsedilmesi akrabalarını hatta aynı dinden veya milletten olan kişileri borçluya yardım etme konusunda harekete geçirerek ona yardımcı olmaya yönlendirdiği yine kayıtlardan anlaşılmaktadır.

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, e-posta: iulker@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5953-6772.

Tanzimat döneminde de borç için hapis uygulaması devam etmiştir. Çıkarılan icra hukukuna dair düzenlemelerde bu konuda hükümler bulunmaktadır. 1879 İcra Kanunu hükümlerine göre iki nedenle borçlunun hapsi mümkündür. Birincisi borcu ödemeyen, kefil de göstermeyen ve kaçma şüphesi olan borçlunun hapsidir. İkinci sebep ise alacaklı tarafından borçlunun ödeme kudretinde olduğu ispat edilen borçlunun mahkeme reisinin kararı ile hapsidir. 1914 İcra Kanunu'nda ise borçlunun hapsi konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. 132. maddede firar edeceği anlaşılan borçlunun hapsi düzenlenmiştir. Ayrıca bu kanunla ödeme emri tebliğ edilen borçluya icra dairesine müracaat ederek ödeme gücü, mali durumu ve borcun miktarıyla uyumlu bir ödeme planı sunması konusunda yükümlülük getirilmiş bu bildirim yükümlülüğüne uymayan veya sunduğu ödeme planına uygun ödeme yapmayan borçluların icra reisinin kararı ile hapsi düzenlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı Hukuku, Borç, Hapis, Alacaklı, Borçlu

## IMPRISONMENT FOR DEBT IN OTTOMAN LAW

### ABSTRACT

In addition to resolving disputes, legal systems also fulfill the duty of executing court decisions and contracts. It is known that various means of coercion such as confiscation of the debtor's property, imprisonment of the debtor, and even enslavement of the debtor have been used in the history of law to achieve this goal. While Islamic jurists do not accept the torture and enslavement of the debtor for debt, it is generally accepted that a debtor who does not pay his debt despite his ability to pay can be subjected to compulsory imprisonment.

The Ottoman Empire implemented a legal system in accordance with the Hanafi interpretation of Islamic law. In this system, the person claiming to be a creditor would apply to the qadi and if it was confirmed at the end of the trial that he was a creditor, the debtor would be ordered to pay his debt. Mostly, debtors were paying off their debts within a reasonable time after this decision. Those who failed to fulfill their debts despite the kadi's decision could be subjected to seizure, bankruptcy or compulsory imprisonment upon the request of the creditor.

When the Ottoman practice is analyzed, it can be said that the practice of debtor's imprisonment was developed in accordance with Islamic law but was

unique. It is understood from the Ottoman qadi records that the practice of imprisonment for debt was effectively implemented. It is seen in the records that people who were imprisoned due to their debts were released upon the request of the creditor or by obtaining additional guarantees such as guarantors and pledges. If an objection was made to the qadi stating that the debtor was not able to pay and this situation was proven in the examination, the debtor could be released from prison. In addition, it is understood from the records that the imprisonment of the debtor for his debt leads his relatives and even people of the same religion or nationality to mobilize and help the debtor.

The practice of imprisonment for debt continued during the Tanzimat period. There are provisions on this subject in the regulations regarding enforcement law. According to the provisions of the 1879 Enforcement Law, the debtor's imprisonment is possible for two reasons. The first is the imprisonment of a debtor who does not pay the debt, does not show a guarantor, and is suspected of escaping. The second reason is the imprisonment of the debtor, who is proven by the creditor to be capable of paying, by the decision of the court president. Significant changes were made in the 1914 Enforcement Law regarding the imprisonment of the debtor. Article 132 regulates the imprisonment of the debtor who is understood to escape. In addition, with this law, the debtor, to whom a payment order has been notified, is obliged to apply to the enforcement office and present a payment plan compatible with his ability to pay, his financial situation and the amount of the debt. Debtors who do not comply with this notification obligation or do not make payments in accordance with the payment plan submitted are regulated by the decision of the chief enforcement officer.

**Key Words:** Ottoman Law, Debt, Imprisonment, Creditor, Debtor

## GİRİŞ

İnsanlar arasındaki çoğu uyuşmazlığın temelinde verilen sözlerin yerine getirilmemesi bulunmaktadır. Bu nedenle hukuk sistemlerinde toplumsal düzeni tesis etmek, verilen sözlere ve mahkeme kararlarına uymayanları buna zorlamak için çeşitli müeyyideler düzenlenmiştir. Tarih boyunca borçlunun mallarına ve kazancına el konulması gibi mali zorlamaların yanı sıra zorla çalıştırılması, hapsedilmesi ve köleleştirilmesi gibi bedeni zorlama yöntemlerinin hukuk sistemleri tarafından uygu-

lanmıştır.<sup>1</sup> Günümüz icra iflas hukukunda kural olarak borçlunun malen sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Hukukçular tarafından gümmünüzde borç için hapis uygulamasına son verildiği dile getirilse de<sup>2</sup> yasal düzenlemeler ışığında icra hukukunda belirli durumlarda halen disiplin ve tazyik hapsinin uygulanması söz konusudur.<sup>3</sup>

## I. İSLAM HUKUKUNDA BORÇLUYA YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren İslam hukukunu esas alan bir hukuk sistemini benimsemiş ve zamanla İslam hukukunun iç dinamiklerinden yararlanarak kendine özgü bir yapı ortaya koymuştur.<sup>4</sup> Osman-

- 
- <sup>1</sup> Sümerlerde sözleşmelerine uygun davranmayanlara resmi makamlar tarafından müdahale ediliyordu. Alacaklı, borçlu hakkında takibat başlatarak çift hayvanları dışında mallarını haczedebiliyor, belirli şartlarda borçluyu köle olarak satabiliyordu. **OKANDAN**, Recai, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul 1951, s. 112; **KOZAK**, İbrahim Erol, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, Konya 2015, s. 43. Roma hukukunda borç ödenmediği zaman alacaklının borçlunun şahsına el koyma hakkı vardır. **KOSCHAKER**, Paul, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (Haz. Kudret Ayiter), Ankara 1977, s. 185. Uygurlarda babasının borcu için evladın rehin olarak verilmesi, alacaklının kendi işinde veya onun uygun göreceği bir işte çalıştırılması meşru kabul edilmiş ve bu işleme tutugluk denilmiştir. **AVCI**, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 2023, s. 54; bu konuda örnek bir vesika için bkz: **ALTUNBAŞ**, Ali, "İslamiyet Öncesi Türklerde Hukuk", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 23, Gaziantep 2022, s. 27. Diğer medeniyetlere ilişkin örnekler için bkz: **KOZAK**, s. 43, 82, 121, 220, 403.
- <sup>2</sup> **AŞIK**, İbrahim-**ORUÇ**, Yakup-**TOK**, Ozan-**SARAÇ**, Ömer Faruk, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2022, s. 35; **ARSLAN**, Ramazan-**YILMAZ**, Ejder-**TAŞPINAR** Ayvaz, *Sema-HANAĞASI* Emel, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2020, s. 38.
- <sup>3</sup> İcra İflas Kanununa göre disiplin ve tazyik hapsini gerektiren suçlar şunlardır: Alacaklıyı zarara sokma kastıyla mevcudu azaltma suçu (İİK m. 331), aczine kendi fiiliyle sebebiyet verme veya vaziyetinin fenalığını bilerek ağırlaştırma suçu (İİK m. 332), ticari işletme yöneticisinin işletme borçlarını ödememe suçu (İİK m. 333/a), üzerinde hapis hakkı olan eşyayı kaçırma veya gizleme ile tahliyesi gereken taşınmazı işgal ettirme suçu (İİK m. 335), ticareti terk hükümlerine uymama suçu (İİK m.337/a), gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu (İİK m. 338/1), icra dairesince teslim edilen taşınmaz veya gemiye tekrar girme suçu (İİK m. 342), menfaat karşılığı artırmadan çekilme veya artırmaya katılmama suçu (İİK m. 345/b), mal beyanında bulunmama suçu (İİK m. 76), asgari ücretin üzerindeki gelirden borcu ödeme yükümlülüğüne uymama suçu (İİK m. 338/2), mal ve kazançtaki artışı bildirmeme suçu (İİK m. 339), borç ödeme taahhüdünü ihlal suçu (İİK m. 340), nafaka yükümlülüğünü ihlal suçu (İİK m. 344). Detaylı bilgi için bkz: **COŞKUN**, Mahmut, *İcra-İflas Suçları*, Ankara 2021; **ERCAN**, İsmail, *İcra ve İflas Suçları*, Ankara 2023.
- <sup>4</sup> **CİN**, Halil-**AKGÜNDÜZ**, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2012, s. 198; **AVCI**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 136; **AYDIN**, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2022, 65; **ÖZBILGEN**, Erol, *Osmanlı Hukukunun Yapısı*, İstanbul 1985, s. 45.



lı hukuk uygulamasında yer alan borç için hapis uygulamasının temelle-ri İslam hukukuna dayanmaktadır. Bu nedenle Osmanlı uygulamasına geçmeden önce İslam hukukunda konu ile ilgili bilgilere değinmek gerekmektedir.

Söze bağlılık ilkesi İslam hukukunun da önemli ilkelerinden biridir. İslam hukukunun asli kaynaklarında bu ilke önemle vurgulanmıştır.<sup>5</sup> İslam hukuku söze bağlılık ilkesine riayet için öngörülen manevi müeyyidelerin yanı sıra maddi müeyyideler de düzenlemiş ve sözünü yerine getirmeyeni buna zorlamak, bu yönde verilmiş mahkeme kararlarını infaz etmek yargı görevinin bir parçası olarak görülmüştür. İslam tarihinde başta Hz. Peygamber olmak üzere Hulefâ-yı Râşidîn de devlet başkanlığının yanı sıra yargılama görevini yerine getirmişler ve vermiş oldukları hükümleri infaz etmişlerdir.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> “Antlaşma yaptığınız zaman, Allah’a karşı verdiğiniz sözü yerine getirin. Allah’ı kendinize kefil kılarak pekiştirdikten sonra yeminlerinizi bozmayın. Şüphesiz Allah, yaptıklarınızı bilir.” Nahl, 16/91, *Kur’ân-ı Kerîm Meâli*, çev. Halil Altuntaş – Muzaffer Şahin, Ankara 2009, s. 296; Bu ayeti kerimede tarafların anlaşma yaparak vermiş oldukları sözlerin aynı zamanda Allah’a verilen bir söz olduğu belirtilerek insanlara bu sözleri yerine getirmeleri emredilmektedir. Kur’an tefsirlerinde bu ayet ile getirilen hükmün her türlü meşru sözleşme ve vaadi kapsadığı belirtilmektedir. **KARAMAN**, Hayreddin-**GÜMÜŞ**, Sadrettin-**ÇAĞRICI**, Mustafa-**DÖNMEZ**, İbrahim Kâfi, *Kur’an Yolu Tefsiri*, C. 3, Ankara 2000, s. 436.

“... verdiğiniz sözü de yerine getirin. Çünkü söz (veren sözünden) sorumludur.” İsra, 17/34; “Bu ayetin muhtevasına, alış-veriş, ortaklık, yemin, nezir, sulh ve nikâh gibi bütün ahidler girer. Bu hususta sözün özü şudur: Ayetin muktezasına göre, iki kimse arasında geçen ve yapılan her akid ve ahde, o iki kişinin, akid ve ahidlerinin gereğine göre, bağlı kalmaları ve gereğini yerine getirmeleri icâb eder. Ahde ve akde bağlı kalmamayı gerektirecek ayrı bir delil (husus) bulunursa, bu durum müstesna. O halde, bu ayetlerin gereği, içinde karşılıklı anlaşma bulunan her alış-verişin ve ortaklığın doğru olduğuna hükmetmedir. Bu nas, ahde ve akde vefa göstermek gerektiğine delâlet eden diğer naslarla da kuvvetlenir.” **Fahrüddin Er-Râzi** (ö. 606/1210), *Tefsir-i Kebir Mefâtihu’l-Gayb*, (Çev. Suat Yıldırım-Lütfullah Cebeci-Sadık Kılıç), C. 14, Ankara 1992, s. 475-476.

“..onlar (müminler) ki, emanetlerine ve verdikleri sözlere riâyet ederler...” Mü’minun, 23/8. Ayette müminleri muhatap alarak ahde vefa ilkesinin hayata geçirilmesini emretmesi, bu ilkenin Müslümanın vasıfları arasında sayılması bu hususa İslam’ın verdiği önemi vurgulamaktadır.

Enes b. Mâlik (ö. 93/711) Resûlullah’ın her hutbesinde muhakkak değindiği bir hususu aktarmaktadır. Buna göre Hz. Peygamber “Emaneti olmayan kimsenin imanı yoktur; ahde vefa göstermeyen kimsenin de dini yoktur.” **Ahmed b. Hanbel** (ö. 241/855), *el-Müsned*, C. 20, Beyrut 2001, s. 423; **Beyhaki**, Ebû Bekr Ahmed b. el-**Hüseyn** (ö. 458/1066), *Şuabü’l-îmân*, C. 4, Beyrut 2000, s. 78.

<sup>6</sup> **ATAR**, Fahrettin, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul 2017, s. 26.

Hız. Peygamberin yargılama faaliyetlerinin bir bölümünü icra hukukuna ilişkindir. Bu kapsamda cebri icranın etkili olabilmesi için ödeme gücü olan ve temerrüde düşmüş olan bazı borçluların hapsedilmesine ilişkin karar verdiğine dair rivayetler bulunmaktadır.<sup>7</sup> Hız. Peygamber ve Hız. Ebu Bekir döneminde İslam devletinin bir hapishanesi yoktu ancak Hız. Peygamber borçluyu tazyik için, alacaklısının gözetimine teslim ettiği bir olay kaynaklarda aktarılmaktadır.<sup>8</sup> Bize ulaşan bilgiler incelendiğinde Hız. Peygamber'in hâkim sıfatı ile alacağın tahsiline yönelik aşamaları bizzat yürüttüğü görülmektedir. İslam bir yandan ödeme gücü olmayan borçluya süre verilmesinin büyük bir manevi mükafat kaynağı olduğunu belirtirken<sup>9</sup>, bir yandan da zengin olduğu halde borcunu

<sup>7</sup> Şah Veliyyullah Dihlevî (ö. 1239/1824), *Hüccetullâhî'l-Bâliğa İslâm Düşüncesinin İlkeleri*, (Çev: Mehmet Erdoğan), C. 2, İstanbul 2003, s. 352-353; Atar, *Fahrettin, İslam İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul 1990, s. 112; Amr b. eş-Şerîd'in babasından, Rasûlullah (sav.)'ın şöyle buyurduğu rivayet edilmiştir: "Varlıklı bir kimsenin borcunu ödemeyi geciktirmesi (alacaklıya ondan) şikâyetçi olmayı ve (hâkime de) onu cezalandırmayı meşru kılar." Buhârî, *İstikraz*, 13; Nesâî, *Büyük*, 100; İbn Mâce, *Sadakat* 18; Bazı alimler, "bu hadiste geçen "yuhillu ırzahû" cümlesi "Ona sertçe çıkışabilir" anlamına gelir, "ve ukûbetehu" cümlesi de "hapsedilebilir" anlamına gelir." şeklinde yorumlamışlardır. **Ebu Davud** Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (ö. 275/889), *Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi*, (Çev. Necati Yeniel-Hüseyn Kayapınar), C. 13, İstanbul 1989, s. 226.

Sünen-i Ebu Davud'da bu hadisin açıklamasında şu bilgiler verilmiştir: "Hattâbî; bu hadis-i şerif, maddî imkânı olduğu halde borcunu bile bile geciktiren kimsenin borcunu ödemesi için hapsedileceğine; fakirliğinden dolayı borcunu zamanında ödemeyen bir kimsenin hapsedilemeyeceğine delâlet etmektedir," der. Ayrıca Hattâbî, bu hususta âlimler arasındaki farklı görüşlere şöylece işaret etmektedir: "Kadı Şüreyh (ö. 80/699)'e göre; borcunu zamanında ödemeyen kimse fakir olsun zengin olsun, borcunu ödeyinceye kadar hapsedilir. Yani bu mevzuda borçlunun fakir olmasıyla zengin olması arasında bir fark yoktur. Rey taraftarları da bu görüştedirler. İmam Mâlik'e göre; borcunu zamanında ödemeyen bir fakir bu borcundan dolayı hapsedilmez, ona sadece borcunu ödemesi için mühlet verilir. İmam Şafî'ye göre ise; borçlunun zahiri haline bakılır, eğer fakir görünüyorsa hapsedilmez, fakat zengin görünüyorsa kendisine borcunu derhal ödemesi teklif edilir. Eğer borcunu öderse serbest bırakılır, ödemekten kaçmırsa borcunu ödeyinceye kadar hapsedilir." **Ebu Davud**, C. 13, s. 226.

<sup>8</sup> "Dâvud ve İbn Mâce'nin Hermâs b. Habîb'den rivayetine göre, babası Halid'e şöyle demiştir: Borçlumu Nebî (a.s.)'a götürdüm. Nebî (a.s.) bana; "Onun yakasına sarıl," buyurdu. Sonra şöyle sordu: "Ey Benî Temim'in kardeşi esirine ne yapmayı diliyorsun?"; İbn Mâce'nin bir rivayetinde: Sonra ertesi gün bana rastladı ve "Esirine ne yaptın ey Benî Temim'in kardeşi?" diye sordu." Ebu Dâvud, *Akziye*, 29; İbni Mâce, *Sadakat*, 18; **Seyyid Sâbık**, *Fıkhu's-Sünne*, (ter. Mehmet Yılmaz), C. 4, İstanbul 2015, s. 235.

<sup>9</sup> "Kim darda kalan borçluya zaman tanırsa veya alacağının tamamını veya bir kısmını borçluya bağışlarsa Allah o kimseyi kayamette hiçbir gölgenin olmadığı günde kendi arzının gölgesinde göl-

ödememenin zulüm ve haksızlık olduğunu bildirmiştir.<sup>10</sup> Böylece İslam icra hukukunun hukuki temellerinin yanı sıra ahlaki ve dini boyutunu da tesis edilmiştir.

İslam hukukunun klasik tasnifinde icra iflas hukuku konularının müstakil bir başlık altında ele alınmadığı, bu konuların çoğunlukla muamelat başlığı içinde yer alan dava, kaza, iflas, hacir, bey, rehin gibi bölümlerde zikredildiği görülmektedir.<sup>11</sup> İslam hukukunun uygulandığı toplumlar incelendiğinde din, ahlak ve hukukun etkisi ile insanların çoğunlukla kendi arzuları ile hukuk kurallarına uygun olarak yaşadıkları sözlerine ve akitlerine sadık kaldıkları görülmektedir. Bu yapı içerisinde nadir de olsa borcunu ödemeyen kişiler için son çare olarak hukuk sistemine başvurulmuştur.<sup>12</sup>

İslam hukukunun asli kaynaklarında belirtilen hükümleri değerlendiren İslam hukukçuları borcunu ödemeyen borçluya uygulanacak müeyyideler açısından “ödeme gücü olan borçlu” ve “ödeme gücü olmayan borçlu” şeklinde ikili bir ayırım yapmışlardır.<sup>13</sup> İslam alimlerinin çoğunluğu Kur’an-ı Kerim’de “Eğer borçlu darlık içinde ise, bir kolaylığa ulaşıncaya kadar mühlet vermek gerekir...”<sup>14</sup> hükmü gereğince ödeme gücü olmayan borçluya herhangi bir icra müeyyidesi uygulanmayacağını onlara süre verilerek borcu ödeyecek mal kazanmaları beklenmesi gerektiğini dile getirmişlerdir.<sup>15</sup>

---

gelendirecektir.” **Tirmizî** (ö. 279/892), *Sünen-i Tirmizi Tercemesi*, (Haz. Abdullah Parlıyan), C. 1, Konya 2004, s. 349.

<sup>10</sup> İbn Ömer (ra.)’den rivâyete göre, Rasûlullah (sav.) şöyle buyurdu: “Zengin borcunu geciktirmesi haksızlık ve zulümdür. Kim de parası ödenmek üzere inkânı olan bir kimseye havale edilirse ona müracaat etsin, bir satışta iki satış yapma durumuna düşmesin.” Müslim, *Müskât*, 7; Ebû Dâvûd, *Büyü’*, 10.

<sup>11</sup> **CİN-AKGÜNDÜZ**, s. 408; **ATAR**, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 96.

<sup>12</sup> **KARAMAN**, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. 2, İstanbul 2016, s. 497.

<sup>13</sup> **Serahsî** Şemsüleimme (ö. 483/1090), *Mebûsât*, (Haz. Mustafa Cevat Akşit), C. 16, İstanbul 2008, s. 131; **İbn Rüşd** (ö. 520/1126), *Bidayetü’l Müctehid ve Nihayetü’l Muktesid*, (Haz: Vecdi Akyüz), C. 3, İstanbul 2015, s. 276; **ATAR**, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 37.

<sup>14</sup> Bakara 2/280.

<sup>15</sup> **Mevsilî** Abdullah b. Mahmûd (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr*, (Çev: Hüsâmettin Vanlıoğlu vd.), İstanbul 2015, s. 137; İbn Rüşd C. 3, s. 276; Sahnûn, İmam Malik’in bu konudaki görüşünü şöyle aktarmaktadır: “Bize göre hür bir kimse iflas ettiği zaman Allah Teala’nın indirdiği

Borcu ödemeye güç yetirebildiği halde borcunu ödemeyen borçlu için uygulanacak müeyyideler konusunda İslam alimleri arasında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.<sup>16</sup> Ancak çoğunluğun görüşüne göre borcunu ödemeyen kişinin hem malvarlığına hem de şahsına yönelik icra tedbirlerine başvurulabilir. Bu kapsamda haciz, hapis, hacir, seyahatin sınırlandırılması başvurulabilecek icra müeyyideleri arasındadır. Ancak mezhepler bu müeyyidelerin hangi sıra ile uygulanacağı konusunda farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır.<sup>17</sup>

İslam hukukunun klasik dönem uygulamasında alacağını tahsil edemeyen bir kişinin hâkime başvurması üzerine önce gerçekten bir alacağı olup olmadığına dair bir yargılama yapılıyordu. İddiaları cevaplaması için borçlu huzura çağırılıyor, iddiaları kabul ederse hâkim tarafından borcunu ödemesi için kendisine belirli bir mühlet veriliyordu. Borçlunun iddiaları inkâr etmesi durumunda alacaklı olduğunu iddia eden kişiden hakkını ispatlaması için delil isteniyordu. Alacaklının hukuken geçerli delillerle hakkını ispat etmesi durumunda yine hâkim tarafından borçluya borcunu ifa için makul bir süre veriliyor, bu süre içerisinde borcunu ödemesini emrediyordu. Çoğunlukla borçlular kendilerine verilen süre içerisinde borçlarını ifa ediyorlardı. Kadı huzurunda haksız bulunmak ve hâkim tarafından aleyhine hüküm verilmiş olmak bir müeyyide olarak kişilerin borçlarını ödemeye yönlendirmek için çoğu zaman yeterli oluyordu. Bu noktada hukukun sağlıklı işlemesi sonucu sonraki aşamalarda karşılaşacağı müeyyide bilincinin de infazın rıza ile gerçekleşmesinde etkili olduğu söylenebilir.<sup>18</sup>

---

*“Eğer borçlu olan kişi maddî sıkıntı içindeyse, borcunu kolayca ödeyebileceği bir zamana kadar beklemek ve ona vade tanımak gerekir. Fakat eğer bilerseniz, alacağınızı tümüyle ona bağışlayıp sadaka olarak vermeniz, sizin için daha iyidir.”* Bakara 2/280 ayetinden dolayı icra işlemleri yapılmaz.” **Sahnûn** (ö. 240/854), *el-Müdevenetü'l-Kübrâ*, C. 13, Beyrut 1398, s. 55.

<sup>16</sup> Örneğin Hz. Ali ve Emevi halifesi Ömer b. Abdülaziz borçlunun borç için hapsedilmesini uygun görmemişlerdir. **İbn Kayyim** el-Cevziyye (ö. 751/1350), *et-Turuku'l-Hukmiyye fî's-Siyaseti's-Şer'iyye*, Beyrut 1989, s. 56; **Sahnûn**, s. 55.

<sup>17</sup> **ATAR**, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, s. 39; Avcı, Mustafa, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, Ankara 2016, s. 255-256.

<sup>18</sup> **ÜLKER**, İbrahim, *Osmanlı İcra Hukuku*, Ankara 2023, s. 44.

Osmanlı Devleti hızlı ve etkili bir yargı sistemine sahipti.<sup>19</sup> Borcunu ödemeyen kişi için zorlama hapsi başta olmak üzere mallarına el konularak satılması gibi etkili araçlar kullanılmaktaydı. Bu nedenle aleyhine hüküm kurulan kişiler çoğu zaman hakkı kendi rızaları ile yerine getirmekte veya ödeme konusunda alacaklı ile anlaşarak sulh yolunu tercih etmekteydi. Kadı sicillerinde bu konuda çok sayıda örnek bulunmaktadır.<sup>20</sup>

Hanefi alimlere göre borç için hapis alacaklının hakkını hâkim huzurunda ispat etmesinden sonra, hakkın ödenmemesi halinde, alacaklının talebi ve hâkim kararı ile uygulanabilir. Eğer hak delil ile ispatlanmış ise borcun ödenmemesi durumunda doğrudan hapis kararı verilebilir. Eğer hak davalının ikrarı ile sabit olmuşsa hâkim hapis kararında acele etmez. Ancak borç ödenmez ve alacaklı da talep ederse borçlu yine borcundan dolayı hapsedilebilir.<sup>21</sup> Para borcu için tazyik hapsinin yanı sıra

<sup>19</sup> **AYDIN**, M. Âkif, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, İstanbul 2020, s. 197; Bir elçilik heyeti ile 1587-1588 tarihlerinde İstanbul'da bulunan Alman Lubenau kadıların üç veya dört günlük bir sürede herkese hakkını teslim ettiğini söylemektedir. **TABAKOĞLU**, Ahmet, *Türkiye İktisat Tarihi*, (Ed. İsmail Kara), İstanbul 2000, s. 203.

<sup>20</sup> "...zimmeminde üç bin akçeden ziyâde deynim olmadığına mezbûr Kurd'a yemîn teklif olundukda yemînden nükûl etmeğin meblağ-ı mezbûr üç bin yüz seksen akçeyi müdde'î-i mezbûra edâya tenbîh olunup mâ-vaka'a sebt olundu." İstanbul Kadı Sicilleri 49 Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1063-1064 / M. 1652-1653), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 66; "...Menteş cevâbında fî'l-hakika sıgar-ı mezbûrünün meorûsları olan mâıldan zimmetimde lâzımı'l-edâ bin iki yüz "...altmış akçe deynim vardır deyü bi-tav'ihî ikrâr etmeğin edâsına tenbîh-birle mâ-vaka'a ketb olundu.", Aynı sicil, s. 197; "...iki bin altı yüz yetmiş beş akçe el-ân zimmeminde vâci-bü'l-edâ ve lâzımı'l-kazâ deynim vardır deyü bi-tav'ihî ikrâr u i'tirâf etmeğin mücebince meblağ-ı mesfûru müdde'î-i mezbûra edâ ve teslîm etmek üzere merkum Ali ilzâm olunup mâ-vaka'a gıbbe't-taleb ketb olundu.", Aynı sicil s. 324; Sadece bu sicilde yukarıdaki kayıtlara benzer nitelikte yani borçlunun borcunu ödemesi için ilzam ve tembih bulunduğu 56 adet kayıt bulunmaktadır.

Borçlunun ilzam edildiğine dair örnekler sakk kitaplarında da yer almıştır: "...Mehmet Ağa ibni İsmail tarafından zıkr-ı ati hususta dava ve kabza vekalet iddia eden Hasan Ağa ibni Ali, Balat mahkemesinde meclis-i şer' de keresteci Nikola veledi Kosta muvacesinde müvekkilim mezbûr Mehmet Ağa'nın mesfur Nikola zimmeminde beynlerinde malum kereste semeninden baki kırk sekiz kuruş alacağını bil vekalet talep ederim deyü dava etmekte mesfur Nikola deyn-i mezbûru ikrar ve vekalet-i merkumeyi tastik etmeğin mucibiyle meblağ-ı baki mezkur kırk sekiz kuruşun vekil mezbûra edasıyla mesfur Nikola ilzam olunduğu huzur-u alilerine ilam olundu." **Debbağzade**, Numan Efendi, *Tuhfetu's-sukuk*, İstanbul 1214, s. 227.

<sup>21</sup> **Şeyh Bedrettin** Simâvî (ö. 823/1420), *Letâifu'l-İşârât Şerhi et-Teshîl*, (Haz. Hacı Yunus Apaydın), C. 2, Ankara 2012, s. 1545; **Hüsrev Mehmed Efendi** (Molla Hüsrev) (ö. 885/1480), *Gu-*

bir işin yapılmasına yönelik verilen bir ilamın borçlu tarafından yerine getirilmemesi durumunda da tazyik hapsi söz konusu olabilir.<sup>22</sup> Osmanlı Devleti'nde kişi borçlarından dolayı hapis cezası uygulanmasının yanı sıra kişilerin devlete olan borçlar için de tazyik hapsine çarptırıldığı görülmektedir.<sup>23</sup>

Hakkında hapis kararı verilen borçlunun hapisten çıkabilmesi ya borcun ödenmesi ya da alacaklının borçlunun hapisten çıkarılmasını talep etmesi durumunda mümkündür. Alacaklının borçlunun hapisten çıkmasını talep etmesi genelde borca kefil olunması veya rehin verilmesi gibi sebeplerle ikna edilmesi neticesinde olabiliyordu. Bu iki ihtimal dışında borçlunun ödeme kudretinin olmadığına dair hakime yapılacak itiraz üzerine, yapılan inceleme sonucunda ödeme kudretinin olmadığı tespit edilmesi üzerine hakim kararı ile salıverilmesi mümkündür.<sup>24</sup>

---

*rer ve Dürer Tercümesi*, C. 4, (Çev: Arif Erkan), İstanbul 1979, s. 308; **İbrahim Halebî** (ö. 956/1549), *Mülteka Tercümesi*, (Çev. Hüsametdin Vanlıoğlu), C. 2, İstanbul 2014, s. 339.

"Mes'ele: Zeyd-i medyûn-i mahibûs " malımı guramâ beyninde kismet eyleyip beni itlak eylesinler" demeye kadir olur mu? El cevap: Cebr ile kabul ettirilmez amma makuldür." **DÜZDAĞ**, M. Ertuğrul, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları*, İstanbul 2012, s. 179.

<sup>22</sup> "Zeyd Amr'dan "Sen benim şu kadar akçe kıymetli şu makûle abd-i âbıkımı gasben ahzeyledin, hâlâ yedindedir, ver" deyi dava ve Amr inkar eylese Zeyd müddeâsına vech-i şer'i üzere ikâme-i beyyine edince hakim ol abdi ihzâr ve sahibine red için Amr'ı habse kâdir olur mu? el-Cevab: Olur." **Şeyhülislam Feyzullah Efendi**, *Fetâvâ -yı Feyziye*, (Haz. Süleyman Kaya), İstanbul 2009, s. 235.

<sup>23</sup> Yenişehir ve Tirnova havalisinde cizye tahsilatında bulunan İbrahim'in huzur-ı şer'de ikrar eylediği deynini eda etmediği surette Golos Kalesine bend olunmasına dair Tirnova ve sair kadınlarla Golos Kalesi dizdarına yazılan hükme ait tezkere için bkz: BOA., İE. ML., Gömlek no: 93, Sıra no: 8738, (H.16. 04. 1141 / M.19.11.1728).

<sup>24</sup> **Serahsî**, C. 20, s. 136; Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1958, s. 307; Behcetü'l- Fetâvâ, s. 442; "Karye-i Beşiktaş'ından Teyafulo v. Yani nâm zimmî Nikola Pulo nâm zimmîden bin üç yüz akçe deyni için habsolunmuş iken meblağ-ı mezkûrun edâsı habsden ihraç olunmayınca mümkün olmadığı ecilden Beşiktaş nâm karyeye tâbî Ayafuka nâm karyeden Yani v. Kosta nâm zimmî mala ve nefsi kefil olup Muharrem on yedisi Çarşamba gününden on güne dek vade verilip ve tahsîl-i mal için mezkûr Teyafulo'nun vekili olup enlâkin bey' edip deyni edâ edeceği şerâit-i kefâlet ve vekâlet ri'âyet olunduktan sonra talepleriyle sicile kayıt olundu." İstanbul Kadı Sicilleri 42 Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 95; Konu ile ilgili bir mürasele örneğinde hapiste yatan bir borçlu hakkında yapılan tahkikat sonucunda borçlunun müflis olduğunun anlaşıldığı belirtilerek borçlunun hapisten salıverilmesi istenmektedir. **GEDİKLİ**, Fethi, *Bosna Sakk Defteri: Hicri 1203-1288 (1788-1871) Tarihleri Arasında Bosna'da Hukuksal ve Toplumsal Hayat (Bosna Sakk)*, İstanbul 2015, s. 120-121.

Hanefi alimlerin çoğunluğuna göre borçlunun ödeme gücüne sahip olduğuna dair bir karine kabul edilmiştir. Şöyle ki; borç satılan bir malın bedeli, ödünç akdi, muhâlaa bedeli, kefâlet ve mehr-i muaccel gibi borçlunun kendi rızası ile yapmış olduğu bir sözleşmeden doğmuş ise borçlu ödeme gücüne sahip kabul edilir ve ödeme gücü araştırılmasına gerek olmaksızın hapis kararı verilebilir.<sup>25</sup> Bunlar dışında başka borçlar için alacaklı borçlunun hapsini talep eder ve borçlu da ödeme gücü olmadığını iddia ederse, bu hususun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir. Eğer alacaklı borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu ispat ederse borç için borçlu hapsedilir.<sup>26</sup> Borçlunun fakir olduğu tespit edilir veya hâkime ödemesi gereken borcu getirirse alacaklının iradesine bakılmaksızın hâkim borçlunun tahliyesine karar verebilir.<sup>27</sup>

Borç için uygulanan hapis bir tazyik hapsi yani ödeme gücü olan borçluyu ödemek için zorlama hapsidir.<sup>28</sup> İnsanlar farklı karakterde yaratıldıkları için zorlama hapsinin hangi aşamada borçluya etki edeceği kişiye göre değişiklik gösterir. Bu nedenle zorlama hapsinin süresinin takdiri kadıya bırakılmıştır.<sup>29</sup> Hâkim hapsedilen borçlu hakkında “malı

<sup>25</sup> **Serahsî**, C. 20, s. 133; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 304; **İbrahim Halebî**, C. 2, s. 340; “*Hamiş arzualde mestur derkenar nâtık olduğu üzere Hüseyin Ağa’ya cihet-i deyn-i şer’inden bi’l- i’lâm-ı şer’i mahkûmun bih 8940 kuruş deynim için mahbus olup arzual eden Ozil Yahudi deyn-i mezbur ile divanhanemizde ma’kud meclis-i şer’i envarda ben ma’dûm müflis ve mu’sir olup deyn-i mezkuriyi hal ve defan edaya kudretim yoktur deyu eylediği asâr-i davasını dain-i merhum Hüseyin Ağa tasdik etmediğinden mâ’adâ kırık sekiz gün medyun hapis ile asârı zâhir olmamakla asârı zâhir oluncaya dek dainin talebiyle mersum Ozil Yahudi hapiste ibka olunmak iktiza eylediği huzur-u alilerine ilam olundu.” **Yusuf Ziyaeddin**, *Camiu Envari’s-Sukuk ve Lamiu’z-Ziyai li Ze-vi’ş-Şukuk*, (Sakk-i Cedid), İstanbul 1284, s. 408.*

<sup>26</sup> **İbrahim Halebî**, C. 2, s. 339; **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 307; **İbn Âbidin** (ö. 1252/1836), *Reddül-Muhtâr ale’d-Dürri’l-Muhtâr*, (Çev. Mehmet Savaş) C. 12, İstanbul 2017, s. 182-184; **Schacht**, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, (Çev. Mehmet Dağ-Abdulkadir Şener), Ankara 1986, s. 201.

<sup>27</sup> **İbn Âbidin**, C. 12, s. 203; **Bilmen**, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, C. 7, İstanbul, 1991, s. 304.

<sup>28</sup> Hâkim borç için kendisine getirilen kişiyi hemen hapsedmez ona; “kalk alacaklıyı razı et, onun gönlünü et.” der. Çünkü haksızlık daha ilk anda gerçekleşmiş değildir. Ödeme yapmayan borçlu hâkim huzuruna bir-iki defa daha getirilirse o zaman hapis cezası uygulanır, borçluyu hapsederek sıkıştırır.” **Serahsî**, C. 20, s. 131.

<sup>29</sup> **Molla Hüsrev**, C. 4, s. 307; **İbn Âbidin**, C. 12, s. 194; **BİLMEN**, C. 7, s. 294; Ebussuud Efendinin konu ile ilgili fetvası şöyledir: “*Mes’ele: Habs-i medyun için bir hadd-i mu’ayyen var mıdır? El-cevâb: Yoktur, re’y-i hâkime müfevva’dır. Mahbûsun sebeb-i hapsine göre takdiri olunur.*” **DÜZDAĞ**, s. 179.

olsaydı onu ortaya çıkartırdı.” diye kanaat getirinceye kadar hapiste tutulabilir. Bu süre iki üç ayı bulabilir, daha fazla da olabilir.<sup>30</sup> Alimlere göre bir gayrimüslime olan borcundan dolayı bir müslümanın hapsine karar verilebilir.<sup>31</sup> Serahsî, bir müslümanın zimmiye olan borcu yüzünden hapsedebileceğini hatta İslam ülkesine izinle giren müste'mene olan borcundan dolayı da bir müslümanın hapsedebileceğini söylemektedir.<sup>32</sup> Borçlularını ödemedikleri takdirde zorlama hapsi kadınlar hakkında da uygulanabilir.<sup>33</sup>

Hanefi alimlerin çoğunluğunun görüşüne göre diğer şartlar gerçekleştiği zaman borçlunun hapsinden önce onun fakir olduğuna, iflas ettiğine dair iddiaları kadı dinlemez. Belirli bir süre hapis uygulandıktan sonra hâkim borçluyu sorguya çeker eğer malı meydana çıkmaz ise ödeme gücü elde edinceye kadar borçlunun salıverilmesine karar verir. Ancak alacaklı borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu ispat ederse hapis süresi uzatılır. Zengin olan borçlunun borcunu ödememesi zulüm olduğu için borcunu ödemediği sürece hapis cezası uzatılır.<sup>34</sup>

Nafakanın ödenmesine ilişkin hâkim kararı bulunduğu halde nafaka ödenmezse hâkim nafaka borçlusunun ödeme gücüne bakılmaksızın hapsine karar verebilir.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Şeyh Bedreddin, C. 2, s. 1554; İbrahim Halebi, C. 2, s. 340.

<sup>31</sup> İbn Âbidin, C. 12, s. 184. “Zeyd-i yahudi taife-i kudâtın Amr zimmetinde karzdan olan şu kadar akçe hakkını Amr’dan talep ettikde Amr’ın edaya kudreti var iken mümâtale etmekle Zeyd Amr’ı hâkime hapsedtirmek iste- dikde Amr “Zimmi deyni için müslim hapsolunmaz” deyu intinâa kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.” Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behcetü'l-Fetâvâ (Haz. Süleyman Kaya, Betül Algın vd.), İstanbul 2011, s. 441.

<sup>32</sup> Serahsî, C. 20, s. 138.

<sup>33</sup> “Mala kefildir” deyu Hind-i müflise dokuz ay habs olunup ism-i mal itlâk olunur nesnesi zahir olmamağla hapisten itlak olunur mu? El-Cevâb: İflası hâkime malum olacak itlak olunur; memnu değil ise.” Ebussuûd Efendi, Ma'rûzât, (Haz: Düzenli, Pehlul), İstanbul 2013, s. 248.

<sup>34</sup> Serahsî, c. 20, s. 131-133; Molla Hüsrev, C. 4, s. 307; İbrahim Halebi, C. 2, s. 340; İbn Âbidin, C. 12, s. 204.

<sup>35</sup> Molla Hüsrev, C. 4, s. 307; İbrahim Halebi, C. 2, s. 340; Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, s. 442.

“Nefise'nin kızı mezbûre Hesna'ya olan deyni için hapis meşrû' olmamağla alâ-mûcibi i'tirâfihâ mezbûre Nefise deyni olan meblağ-ı bâki-i mezkûr bin beş yüz yetmiş gurusun bilâ-habs kemâ-fi'l-evvel edâsıyla ilzâm olunduğu huzûr-ı âlîlerine i'lâm olundu.” İstanbul Kadı Sicilleri 74 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (H. 1171-1172/ M. 1758), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 345.



Borcu yüzünden hapis yatan kimse dövülmez, bağlanmaz, ayakta dikilmek zorunda bırakılmaz, ücret karşılığında zorla çalıştırılmaz, kadın ve erkek mahpuslar bir yerde karışık olarak tutulmazlar.<sup>36</sup> Hapiste yatan kişi hastalanırsa eğer kendisine hapishanede bakacak biri varsa çıkarılmaz. Ancak kendisine bakacak biri yoksa hapisten çıkarılabilir. Sanatkâr mahkûmun hapiste sanatıyla uğraşmasına müsaade edilmez.<sup>37</sup>

## II. OSMANLI KLASİK DÖNEMDE BORÇ İÇİN HAPİS

Osmanlı uygulamasına ilişkin örnekler incelendiğinde Hanefi fıkıhında yer alan bilgiler ile uygulamanın örtüştüğü görülmektedir. Hatta bu kuralların borçlunun hapsine ilişkin olarak Tanzimat döneminde yapılan hukuk düzenlemelerinde de dikkate alındığı söylenebilir.<sup>38</sup>

Ahi Çelebi mahkeme sicilinde yer alan bir kayıтта borcundan dolayı hapis yatan birinin yatağa düşecek derecede hasta olduğu mahkemeye haber verilmiş muhızır ve beraberinde bir kişi durumun incelenmesi için hapishaneye gönderilmiş onların da bu durumu tespit etmeleri üzerine mahkemece hapisteki kişinin çıkarılmasına karar verilmiştir.<sup>39</sup>

Uygulamaya ilişkin önemli bilgiler içeren bir örnekte tüccardan Ömer Çelebi, Aslan oğlu Yafes isimli Yahudi'den davacı olup Yafes'den yüz kuruş alacağı olduğunu beyan ederek alacağının ödenmediğini ve borcu için hapsedilmesini talep ettiğini bildirmiştir. Davalıya cevabı sorulduğunda borcunu ikrar ederek borcu ödemeye kudreti olmadığını, kendisinin müflis olduğunu, üzerindeki kıyafetinden başka giyeceği olmadığını, borçlarından dolayı müteaddit defa hapis yattığını, müflis olduğunun meşhur ve mütevatir olduğunu beyan etmiştir. Kadı davacıdan borçlunun borcunu ödeme kudreti olduğu yönünde delili olup olmadığını sormuş, huzurda bulunan şahitler Yafes'in beyanının doğru olduğuna şehadet etmişlerdir. Yargılama sonunda Tüccar Ömer'in borçlu-

<sup>36</sup> Serahsî, C. 20, s. 135; BİLMEN, C. 7, s. 307-308.

<sup>37</sup> İbrahim Halebi, C. 2, s. 340; İbn Âbidin, C. 12, s. 170.

<sup>38</sup> ÜLKER, Osmanlı İcra Hukuku, s. 83.

<sup>39</sup> Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, s. 319.

nun tazyik hapsine çarptırılmasına ilişkin talebi kadı tarafından reddedilmiştir.<sup>40</sup>

Bir diğer kayıтта Ulaşî isimli zimminin kendisini haksız yere hapsedip atmuş kuruşunu aldığı iddiası ile Mudanya naibi Mehmed Emin Efendi'den davacı olmuş, Bab Mahkemesi'ne ihzar olunan naib Mehmed Emin Efendi'ye iddialar sorulmuş Mehmed Emin Efendi, Ulaşî hakkında hapis muamelesinin Ulaşî'nın kasaba sakinlerinden Hacı Osman'a olan borcundan dolayı Hacı Osman'ın başvurusu üzerine ve yargılama sonunda verilmiş bir karar gereğince icra edildiğini ve hapis neticesinde borcun tahsil edilerek alacaklıya ödendiğini bildirmiştir. Bunun üzerine mahkeme Ulaşî'nın davasını reddetmiştir.<sup>41</sup>

İstanbul kadı sicilinde kayıtlı bulunan bir fermanında 1219 (1804/1805) tarihinde Sultan III. Selim Han zamanında verilen bir fermanın II. Mahmud'un cülusu nedeniyle yenilendiğine işaret edilerek Rum patrikliğinin başvurusu üzerine Rum halkından olan borçluların borçlarından dolayı şer'î mahkeme kararıyla(bâ-i'lâm-ı şer'î) hapsedilmeleri gerektiğinde yerleşim yerlerine göre Bâb-ı Ali, İstanbul ve Galata zindanlarında hapsedilmeleri, başka zindanlara gönderilmemeleri, İstanbul ve Galata kadılarına ve Yeniçeri ağasına ve Bostancıbaşı'ya emredilmektedir. Böyle yapıldığı takdirde borçluların kendi milletinden olan vatandaşlar tarafından hem hapis hane giderlerinin karşılandığı hem de hallerine acınarak borçlarının üstlenildiği veya ödendiği belirtilmektedir.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> İstanbul Kadı Sicilleri 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H. 1143-1144 / M. 1730-1732), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 308; başka bir örnek şöyledir: "...Ahmed Bey'e olan iki yüz elli iki riyâlî kuruş deyni sebebiyle bundan altı ay mukaddem sicn-i sultânîde habs edilen, mezbûre Karabaş mahallesi sükkânundan hazır bi'l-meclis Aoraham v. Menteş nâm Yahudi fakir, müflis ve deynini edâdan âcizdir. Hâkim-i muvakkî'-ı a'lâhî el-mütevakkî' rızâi mevlâhu, medyûnu-ı mezbûrun iflâsına hükkmedip hâl-i yesârına değîn mehil verdi." İstanbul Kadı Sicilleri 51 İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1663), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 880.

<sup>41</sup> İstanbul Kadı Sicilleri 69 Bab Mahkemesi 172 Numaralı Sicil (H. 1152-1153 / M. 1740), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 435.

<sup>42</sup> İstanbul Kadı Sicilleri 83 İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225 / M. 1802-1810), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 481; Eyüp Kadı sicilinde yer alan bir kayıтта İbrail kasabası metropoliti Meledyoğ'un Yorgi ve Paragob isimli zimmilere olan borcundan doyalı alacaklıların şer'î mahkemeye başvurarak haklarını talep etmeleri üzerine metropoliti Me-

Kadı sicillerinde yer alan örnekler incelendiğinde Osmanlı hukukunda borç için tazyik hapsinin Hanefi görüşü doğrultusunda uzun yıllar istikrarlı bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Alacağın tahsili için ih-tar ve haciz gibi yöntemler uygulansa da en etkili yöntemin tazyik hapsi olduğu söylenebilir. Konuya ilişkin bir örnek dikkat çekicidir. Bu örnek hem haciz ve hapis uygulaması hakkında bilgiler vermekte hem de tarih olarak Tanzimat döneminin hemen öncesindeki icra uygulamasını bize yansıtmaktadır.<sup>43</sup> Bu kayıтта Nikola isimli zimmi başka bir zimmiye olan yüz elli kuruş borcundan dolayı dört ay on gündür hapis yattığını beyan etmiş ve isimleri ve miktarları ile zikrederek yirmi dört kişiye daha bor-cu olduğunu, toplam borcunun beş bin dokuz yüz atmış sekiz kuruş ol-duğunu belirtmiştir. Sözüne devam ederek kendisinin fakir olduğunu Galata'da Balıkpazarı Kapısı haricinde kendisinin bir kebeci dükkanının bulunduğunu ve dükkanında üretim için kullandığı malların yanı sıra üretimde kullandığı hammaddelerin isim ve miktarlarını sayarak başka malı olmadığını, bunların mahkeme aracılığı ile satılarak borçlarının ödenmesini talep etmiştir. Talep üzerine mahkeme satış günü belirleye-rek münadi tarafından duyuru yaptırmış ve müzayede ile malları iki bin iki yüz yetmiş beş kuruşa satmıştır. Elde edilen bedelden yetmiş beş ku-ruş ücreti dellaliye, mübaşiriye, çukadariye muhzuriye ve kaydiye ol-mak üzere alıkonularak geriye kalan iki bin iki yüz kuruş borcun tama-mı olan beş bin dokuz yüz altmış sekiz kuruşun her yüz kuruşuna ga-rameten otuz altı kuruş, otuz dörder para düşecek şekilde paylaştırıl-mıştır. Alacaklılar mahkemeden kendilerine düşen hisseyi almışlar ve kendilerine Nikola'nın ödeme gücü olduğuna dair delilleri olup olmadı-ğı sorulmuş delil getirmediikleri için borçlu Nikola'nın tazyik hapsine son verilmiştir.<sup>44</sup>

---

ledyoğ'un hapsedildiği ve borç üzerinde tarafların yeniden anlaşarak aralarındaki anlaşmayı sicile kaydettikleri görülmektedir. İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 61 Numaralı Sicil (H. 1065-1066 / M. 1655), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2011, s. 211.

<sup>43</sup> Galata Mahkemesi 580 numaralı sicilde yer alan bu kaydın tarihi: 7 Cemaziyelevvel 1221 (23 Temmuz 1806).

<sup>44</sup> İstanbul Kadı Sicilleri 84 Galata Mahkemesi 580 Numaralı Sicil (H. 1221-1222 / M. 1806-1808), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019, s. 208; ÜLKER, Osmanlı İcra Hukuku, s.91.

### III. TANZİMAT DÖNEMİNDE BORÇ İÇİN HAPİS

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'ın ilanından sonra batılı anlamda kanunlaştırma hareketleri başlamıştır. İcra hukuku alanında müstakil ilk yasal düzenleme diyebileceğimiz İcra Cemiyeti'nin kuruluşuna dair nizamname 1870 yılında çıkarılmıştır.<sup>45</sup> Bu nizamname sadece İstanbul'da kurulacak olan ve sadece icra işlemlerini yürütmekle görevli İcra Cemiyeti düzenlenmiştir.

"İcra Cemiyetinin Vezaif ve Muamelatına Dair Nizamname" ismini taşıyan düzenleme 6 Şaban 1287 ve 19 Teşrinievvel 1288 / 1 Kasım 1870 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>46</sup> On dört maddeden oluşan ve kısa sayılabilecek bu nizamname genel hatları ile dairenin işleyişini düzenlemektedir. Daha sonra çıkarılan zeyl ile bu nizamnameye ilave hükümler getirilmiş ve bir diğer düzenleme ile de üzerinde değişiklik yapılmıştır.<sup>47</sup>

Nizamnamenin on birinci maddesinde borcunu ödemeyen borçlu hakkında hapis, haciz ve rehinli malların satışı konusunda icra dairesinin yetkili olduğu belirtilmiştir.<sup>48</sup>

#### A. 1879 İcra Kanununda Borçlunun Hapsi

Yaklaşık 9 yıl görev yapan icra cemiyeti Tüm İstanbul'da icra işlemlerinin yürütülmesinde yetersiz kaldığı için 27 Cemaziyelahir 1296 ve 6 Haziran 1295 / 18 Haziran 1879 tarihli "Meclis-i Mebusân'ın içtimâında Kanuniyeti Teklif Olunmak Üzere İlamât-ı Hukukiyenin Suret-i İcrasına Dair Kanun-i Muvakkat" çıkarılarak icra işlemlerinin yürütülmesine

<sup>45</sup> Tanzimat dönemi icra hukuku alanında yapılan düzenlemelere ilişkin detaylı bilgi için bkz: ÜLKER, Osmanlı İcra Hukuku, s.101 vd.

<sup>46</sup> Düstur, 1. Tertip, C. 1, s. 349; AKGÜNDÜZ, Ahmed, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, C. 1, İstanbul 2011, s. 971; BOA., İŞD., Gömlek: 626, Sıra: 7219, (H. 06.08.1287 / M. 06.03.1872); Sadaret Divan-ı Hümayun Kalemî Mukavele Kısmı Belgeleri arasında nizamnamenin yazma sureti de bulunmaktadır. BOA., A.DVN.MKL., Gömlek: 9, Sıra: 2, (H. 06.08.1287 / M. 01.11.1870).

<sup>47</sup> **Türkzâde**, Hafız Mehmed Ziyaeddin, *Mükemmel ve Mufasssal Şerh-i Kanun-u İcra*, İstanbul 1320, s. 8.

<sup>48</sup> **On Birinci Madde** Mahkûmun-bih olan deynini ifâ etmeyen medyûnun Hukuk-ı Âdiye ve Ticâriye Usûl-i Muhâkemesi Kanunnâmesi mücebince haps ve mahcûz veya merhûn olan emvâl-i menkûle ve gayrimenkûlesinin fûruhtu İcra Cemiyeti'nin vezâ'ifindedir. Düstur, 1. Tertip, C. 1, s. 349.

ilişkin daha detaylı hükümler getirilmiş ve mahkemeler bünyesinde icra daireleri kurulması hüküm altına alınmıştır.<sup>49</sup>

1879 İcra Kanununda borç için hapis iki farklı yerde düzenlenmiştir. Birincisi, alacaklı tarafından firar edeceği ispat edilip de kefil vermeyen borçluların hapsidir. Bu husus 28. maddede düzenlenmiştir.<sup>50</sup> *“Dâin... medyûnun firar edeceğini ispat eder ise nefesine ve firar eder ise deynine kefil alınmasını reîsten talep edebilir. Bu yolda kefil verilmeyen medyûn reîsin emriyle hapsolunur.”* Maddeye göre borçlunun firar edeceği ispat edilirse veya kefil göstermez ise borçlu hapsedilebilir.<sup>51</sup> Borçlunun malını başkasına satmaya veya devretmeye çalışması firar olarak yorumlanabilir. Hangi hareketlerin firar olarak yorumlanacağı konusunda takdir icra dairesine aittir.<sup>52</sup>

1879 İcra Kanununda borç için tazyik hapsine ilişkin diğer düzenleme ise kanunun 36-39. maddeleri arasında yapılmıştır. Madde metinleri şöyledir:

*“Otuz Altıncı Madde: Medyûnun mahpus bulunduğu müddetçe dâin onu infâka mecbur olup bedel-i nafaka yevmiye beş kuruştur. İşbu nafaka bedelinin bir aylığı dâin tarafından peşinen hâpishâne müdürüne teslim olunmadıkça medyûn hapsolunmaz ve bir aydan sonra bedeli mezkûr tekrar verilmez ise medyûn hâpisten salıverilip ol deynden dolayı bir daha hapis olunamaz.*

*“Otuz Yedinci Madde: Medyûnun doksan bir günden evvel hâpisten çıkmasını talep eden dâin onu bir daha hâpsettiremez.*

<sup>49</sup> Düstur, 1 Tertip, C. 4, s. 225-235; Kanunun uygulanmasına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz: ÜLKER, Osmanlı İcra Hukuku, s.115 vd.

<sup>50</sup> Kemal Muhtar, İcra Kanun-ı Muvakkatî'nin yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık 29 yıl sonra yazmış olduğu makalesinde kanunun 28. maddesinin o güne kadar hiç uygulanmadığını çünkü bu hususun ispatının zor olduğunu söylemektedir. **Kemal Muhtar**, *“İcra Kanunname-i Muvakkatî”*, İstîşare, İstanbul, 06 Teşrinisani 1324, S. 9, s. 410.

<sup>51</sup> **Yorgaki** Efendi, *İlamat-ı Hukukiyenin İcra Kanunu Şerhi*, İstanbul 1328, s. 34-35; Devlet memurlarının devletten aldıkları maaş olduğu ve bu maaşın 1/4ü haczedilebildiği için ifaya kudretleri olduğunun kabul edilmesi ve devlet memurları hakkında borçlarından dolayı hapis cezası verilemeyeceğine dair Encümen-i Adliye kararı bulunmaktadır. Bkz: **Türkzâde**, s. 202-203.

<sup>52</sup> **Türkzâde**, s. 187. Türkzâde'nin şerhinde *“Firar edeceği anlaşılan medyundan alınacak kefaletname sureti”* ve *“Medyunun kefil vermekten imtina ettiği halde hapsi için verilecek karar sureti”* yer almaktadır. **Türkzâde**, s. 188-189.

**Otuz Sekizinci Madde:** *Medyûn hastalıktan ya da sair esbâb-ı makbûleden dolayı muvakkaten hapisten çıkar ise ikmâl-i müddet için tekrar hapsolunabilir.*

**Otuz Dokuzuncu Madde:** *Medyûnun doksan bir gün hapsolunsa bile ifâ-yı deynine kadar dâin onun malından istifâ-yı hak edebilir.*<sup>53</sup>

Bu düzenlemeler ışığında dönemin uygulamasına ilişkin daha detaylı bilgilere o dönem yazılmış icra hukuku kitaplarından ve arşiv kayıtlarından ulaşılabilmektedir.

Encümen-i Adliye kararına göre borçlunun ödeme kudretinin ispatında hassas olunmalıdır. “Falan kişinin iktidarı malisi mevcuttur.” ibaresini taşıyan ve herhangi bir detay barındırmayan ilmühaberler ve şahadetnameler hapis işlemi yapılması için yeterli değildir.<sup>54</sup> Defter-i hâkâni kayıtları, borçlunun tâbi olduğu esnaf kethüdasının vereceği ilmühaber borçlunun ödeme gücünün ispatında kullanılabilir.<sup>55</sup> Neticede borçlunun ödeme kudreti olduğu hususta icra dairesince önemli ölçüde bir kanaat hasıl olur ise hapis kararı verilebilir.<sup>56</sup>

Alacaklı borçlunun hapsini istediği zaman onun ödeme kudretine sahip olduğunu ispat etmelidir. Alacaklı, borçlunun mahallesi muhtar ya da imamından tasdikli iki şahit imzası bulunan bir ilmühaber ile yazılı şekilde veya şahitlerin icra dairesine gelerek sözlü beyanlarını vermesi şeklinde borçlunun ödeme kudretine sahip olduğu ispat edilebilir. İcra takibi esnasında borca kefil alınması durumunda taahhüt yerine getirilmediği takdirde doğrudan kefil aleyhine icra-i işlemler yapılabilir. Borçlu hakkında verilen ilam kefil için de geçerli olacaktır.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Düstur, 1 Tertip, C. 4, s. 230.

<sup>54</sup> **Türközâde**, s. 205.

<sup>55</sup> **Kâzım**, *İcra Kanunnamesi Şerhi*, İstanbul 1319, s. 169.

<sup>56</sup> **Türközâde**, s. 207.

<sup>57</sup> **Türközâde**, s. 190; **Yorgaki**, s. 31.

Bu konuda Encümen-i Adliye tarafından bir karar verilmiştir. Karar şöyledir:

*“Mardin Sancağı Bidayet Mahkemesi riyaset-i evvelisinden takdim olunup Encümen-i Adliye’ye havale buyurulan 17 Haziran 1309 tarihli ve atmış dokuz numaralı tahrirat mütalaa olundu.*

*Mail-i kesb-i katiyyet eden ilamat-ı hukukîyyenin icrasına teşebbüs olunduğu bir sırada medyunun ifa-ı deyn için istihalleri üzerine alınacak kefile ber mucceb-i kefalet ifa-ı deyn etmedikleri takdirde mebalîğ-i mahkâmun bihanın tahsili için kefil aleyhine ilam istihsaline lüzum olup olmadığı istifsarından ibarettir.*

Borca kefil gösterilmiş ve kefiller mukâvelât muharriri<sup>58</sup> tarafından tasdik edilmiş bir senetle ödeme güçleri tespit edilerek kefil olmuşlar ve neticede borç ödenmemiş ise kefilin hapsi için borcu ödemeye iktidarlarının olup olmadığının araştırılmasına da gerek bulunmamaktadır. Kefil bu durumda “benim ödeme gücüm yok” dese bile bu beyanı dinlenilmez ve kefil hakkında da tazyik hapsi uygulanabilir.<sup>59</sup>

Borçlunun ödeme kudreti araştırılmadan tazyik hapsine karar verilebilecek başka ihtimaller de vardır. Şöyle ki: Bir kişi bir vakfa başvurarak vakıftan borçlanır ve borcunu ödemezse borcundan dolayı talep üzerine ödeme gücü araştırılmadan tazyik hapsine karar verilebilir. Eytam sandıklarından borçlananların borçlarını ödememesi durumunda yine talep üzerine borcu ödeme iktidarlarının araştırılmadan tazyik hapsine çarptırılmaları mümkündür. Nafaka ve mehir gibi aile hukukundan doğan borçlarını ödemeyenler hakkında da talep üzerine ödeme kudreti araştırılmadan hapis uygulaması yapılabileceği dönemin hukukçuları tarafından dile getirilmiştir.<sup>60</sup>

Belirli bir malın teslimini içeren ilamın borçlu tarafından yerine getirilmemesi üzerine borçlunun hapsedilebilmesi için mali gücünün ispat edilmesine gerek yoktur. Eğer borçlu ilamda belirtilen teslimden imtina eder ise hapsedilebilir. Bu konuda Encümen-i Adliye Kararı mevcuttur.<sup>61</sup>

---

*İcra dairesinde suret-i resmîyede kefalet edenlerin taahhütlerini icra için tekrar muhakemeye muhtaç olmayıp kefaletnamelerinin münderecatı üzerine icra reisi tarafından ittihaz-ı karar ile hemen mevku icraya konulması icap edeceğinin cevaben tebliği hususunun emri hukukiye müdüriyet-i aliyesine lüzum-ı havalesi tezkir kılındı. 20 Şevval 1311, 14 Nisan 1310, Encümen-i Adliye Numara 229,” Kâzım, s. 162-163.*

<sup>58</sup> Mukâvelât muharrirleri hakkında bilgi için bkz: **ÜLKER**, İbrahim, *Osmanlı Noterlik Hukuku*, Ankara 2018, s. 254.

<sup>59</sup> **Kâzım**, s. 180; **Yorgaki**, s. 36.

<sup>60</sup> **Yorgaki**, s. 36-37.

<sup>61</sup> **Türkzâde**, s. 211; Encümeni Adliye tarafından verilen bir başka kararda borçlunun ilamın verildiği veya icra takibinin yapıldığı vilayetten başka bir vilayette borcundan dolayı hapsedilip hapsedilemeyeceği konusuna açıklık getirildiği görülmektedir. Buna göre mahkemelerin vermiş olduğu kararlar memleketin her yerinde icra edilebilir. Bu nedenle borçlu ilamı veren veya icra takibinin yapıldığı vilayet dışında bulunuyor ise borçlunun borcu ödemeye muktedir olduğunun ispat edilmesi ve bir aylık nafakasının peşin yatırılması durumunda bulunduğu yerde de borcundan dolayı hapsedilebilecektir. **Kâzım**, s. 182.

1879 İcra Kanunu'na göre borçlunun hapsini talep eden alacaklı, borçlunun bir aylık nafakasını icra dairesine ödemeye mecburdur.<sup>62</sup> İcra uygulamasında hapis bir tazyik vasıtası olduğu için borçlunun hapsi için alacaklı tarafından borçlunun günlük beş kuruştan bir aylık nafakasının peşin olarak yatırılması gerekmektedir. Bir ayın sonunda tazyik hapsine devam edilmesi isteniyor ise yine alacaklı tarafından bir aylık daha nafakanın peşin olarak yatırılması gerekmektedir. Bu şekilde uygulanacak hapis ancak üç ay sürebilir.<sup>63</sup>

Borcu ödemekten imtina eden borçlunun borca karşılık gelebilecek nakit, eşya veya emlakı bulunduğu tespit edilirse hapsi lazım gelmez.<sup>64</sup> Kanunen hapisten masun olanların borç nedeniyle hapsileri de mümkün değildir (m.33-34).<sup>65</sup> Hükümet memurları borçlarından dolayı hapsedilemez ancak maaşlarından dörtte bir oranında haciz yapılabilir.<sup>66</sup> Bunun dışında bu kanunun 69. maddesinde getirilen hükümle saltanat üyeleri ve üst derece memurların bu kanun karşısında bir istisnalarının olmadığı vurgulanmıştır.<sup>67</sup> Küçük ve akıl hastası gibi fiil ehliyetine haiz olmayan kişilerin borç için hapsedilmeleri mümkün değildir.<sup>68</sup>

Kanuna göre borç için hapis doksan bir gün olup bu sürenin tamamlanmasından sonra borçlunun aynı borç için ya da hapis tarihinden önce hükmolunmuş diğer borçları için hapsi mümkün değildir. Ancak o tarihten sonra hükmolunmuş ve ifa edilmemiş borçları için yeniden hapsi

<sup>62</sup> **Türkzâde**, s. 209.

<sup>63</sup> **Yorgaki**, s. 37-38.

<sup>64</sup> Bu maddeye 12 Cemaziyelahir 1304 ve 23 Şubat 1302 tarihinde İrade-i Seniyye ile eklenen zeyl şöyledir: "*Mehir ve nafakalardan ve hayrat ve müberrat-ı mevkufe emval ve nukuttan dolayı mahkûm olan medyunlar ifa-yı deynlerinden imtina eyledikleri halde 32 ve 33. maddelerin hükmünden müstesna tutularak herhalde hapsolunur ve 36. madde hükmünce dainleri tarafından infak olunmaz.*" **Yorgaki** s. 38-39.

<sup>65</sup> Yorgaki bu maddenin şerhinde "*Şimdilik böyle bir kanun daha yok. Yapılırsa ileride icra edilir.*" demektedir. Halbuki **Kâzım**, memurların borçları nedeniyle hapsedilemeyeceğini, onlar hakkında maaş haczi uygulanabileceğini söylemiştir. **Kâzım**, s. 170.

<sup>66</sup> **Kâzım**, s. 170.

<sup>67</sup> "*Kanun-ı Esasî'nin otuz üçüncü maddesi iktizâsınca vükelâ-i saltanât-ı seniyyenin memuriyetlerinden hariç sırf zâtlarına ait her nev'i deâvide sâir efrâd-ı Osmaniden asla farkı olmayacağından gerek vükelâdan bir zâtın gerek memurin-i sâirenin düyyûn-ı mahkûmelerinden dolayı nukût ve eşya ve emlakî haciz ve zabt ve fûruht olunabilir.*" **Türkzâde**, s. 222.

<sup>68</sup> **Kâzım**, s. 185.



mümkündür (m.35). Kanunda bu husus açık bir şekilde düzenlenmesine rağmen aylık ödenecek nafaka gibi aynı alacaklıya karşı aynı ilamdan dolayı daha sonraki aylarda tahakkuk edecek borçlar için borçlunun yeniden hapsinin mümkün olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Encümen-i Adliye 1308 yılında 161 numaralı kararı ile bu hususa açıklık getirmiştir. “*Madde-i mezkurenin fıkra-i hükmîyesi medyununun müddet-i mahbusiyetini ikmalden sonra şahs-ı ahara olan duyun-ı mahkumiyesi hakkında olup yoksa bir medyununun mahkumunbih nafakadan dolayı bir kere hapis olunduktan ve müddeti nizamiyesi olan doksan bir gün ikmal olunduktan sonra tek-raren o deynden müterakim mebalîğ için hapis cihetine gidilmesi muvafık-ı kanun olmadığundan caiz olamayacağı hususunun cevaben tebliğ-i tezkir kılındı.*”<sup>69</sup>

Kâzım’ın şerhinden borç için Osmanlı vatandaşı olmayan yabancıların da hapsinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. “*Bu hapis kendi devletinin kanununa muvafık olmadığundan bahisle konsolos icradan istinkaf edemez.*”<sup>70</sup> Uygulama örnekleri de Osmanlı vatandaşı olmayan borçluların da borçlarından dolayı hapsedildikleri anlaşılmaktadır.<sup>71</sup>

İcra kanunu şerhlerinde yetkililer tarafından talep edilmesi ve borçlunun diğer şartları taşıması durumunda kişilerin devlet dairelerine olan borçlarından dolayı da doksan bir gün hapis cezası ile cezalandırılabilceği bu durumda borçlunun nafakasının, hazineden haphaneler için ayrılan umumi tahsisattan karşılanacağını beyan edilerek bu hususta Encümen-i Adliye kararı olduğunu da bildirilmiştir.<sup>72</sup>

Kanuna göre alacaklı, borçlu hapiste olduğu sürece nafakasını karşılamalıdır. Günlük nafaka bedeli kanunda beş kuruş olup bu nafaka bedelinin bir aylığı alacaklı tarafından peşinen haphane müdürlüğüne teslim olunmadıkça borçlu hapsolunamaz. Bir aydan sonra aylık nafaka

<sup>69</sup> Encümen-i Adliye’nin 1305 sene 161 numaralı kararı, Kâzım, s. 188; Türzkâde, s. 226;

<sup>70</sup> Kâzım, s. 189.

<sup>71</sup> Arşiv kayıtlarından İngiliz Mihalaki Notara’nın borcundan dolayı İzmir İcra Dairesi tarafından hapsine karar verildiği anlaşılmaktadır. BOA., HR.HMŞ.İŞO., Gömlek: 90, Sıra: 42, (R. 11.11.1326 / M. 24.01.1911).

<sup>72</sup> Kâzım, s. 193; Türzkâde, s. 226.

bedeli tekrar verilmez ise medyun hapisten bırakılır ve o borçtan dolayı bir daha hapsolunamaz (m.36).

15 Temmuz 1295 (27 Temmuz 1879) tarihine kadar borçlarından dolayı hapsedilen kişilerin nafakalarının Hükümet-i Seniyye tarafından karşılanmakta idi. Bu tarihten yayınlanan bir tahrirat-ı umumiye ile borçluların hapsi için gerekli nafakanın alacaklılar tarafından peşin ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Hatta yayınlanan tahriratta o tarihte borç için hapiste olanların nafakalarının alacaklılar tarafından karşılanmaması durumunda salıverilmeleri emredilmiştir. Borçlunun hapsinde alacaklının yararı olduğu izahtan varestedir. Bu halde yapılan düzenleme ile borç için alacaklı tarafından hapis istendiği vakit borçlunun bir aylık nafakasının peşinen hapisshane müdürüne yatırılması gerekmektedir.<sup>73</sup>

Alacaklının borçlunun hapsinde kaldığı süre boyunca borçlunun nafakası için ödemiş olduğu peşin bedel yargılama giderlerinden sayılarak bilahare borçlunun borcuna eklenecektir. Bu hususta Adliye Nezareti'nden bir tahrirat yayınlanmıştır.<sup>74</sup>

Adliye Nezareti'nden yayınlanan 8 Eylül 1306 tarihli tahrirat-ı umumiyeden anlaşıldığı üzere Duyun-u Umumiye'nin alacakları için yapılan icra takibinde borçlunun hapsi gerekirse bu kişilerin hapsi için nafaka ödenmesine gerek yoktur. Zira Duyun-u Umumiye resmi daireden sayılmaktadır. Ancak Reji İdaresi<sup>75</sup> resmi dairelerden sayılmadığı için Reji İdaresi'nin gerek tütün kaçakçılığı gerekse diğer alacakları için yapılacak

<sup>73</sup> Kâzım, s. 190; Tahrirat-ı Umumiye sureti için bkz: **Türkzâde**, s. 229-230; Kâzım bu maddeye eklenen 7 Haziran 1298 tarihli bir zeyl ile mehir ve nafakadan dolayı takibe konulan alacaklar için bu kanunun 32 ve 33. maddeleri hükümlerinin uygulanmayacağı ve borçluların hapisshanede kaldıkları süre için alacaklılardan nafaka bedeli istenmeyeceği hüküm altına alındığını beyan etmektedir. **Kâzım**, s. 195.

<sup>74</sup> **Türkzâde**, s. 229-230.

<sup>75</sup> Tütün Rejisi Şirketi, 1884 yılında devletin borçlarının artması üzerine tütün piyasasında faaliyet göstererek yurt dışına tütün satarak devletin borçlarının ödenmesi için kurulmuş tütün piyasasında tekel hakkı tanınmış çok uluslu bir şirkettir. Bu konuda bir çalışma için bkz: **AYDIN**, Melikşah-KAYA, Perihan Hazel-KARAÇOR, Zeynep "Osmanlı İmparatorluğu'nda Özelleştirme Faaliyetlerine Örnek Olarak Reji Tütün İdaresi" Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2019, C. 1, S. 3, s. 230-247.

icra takiplerinde borçlunun hapsi talep edildiğinde hapsedilecek kişi için ödenmesi gereken nafaka Reji İdaresi tarafından karşılanmalıdır.<sup>76</sup>

Borçlunun doksan bir gündен önce hapisten çıkarılmasını talep eden alacaklı onu bir daha hapsediremez (m.37). Borçlunun hapsedilmesini talep etmek ve bu talep doğrultusunda borçlunun hapsedilmesini sağlamak alacaklıya tanınmış bir haktır. Alacaklı kendi rızası ile bu hakkından vazgeçerse artık bu hakkı tekrar kullanamaz.<sup>77</sup> Kanunda herhangi bir istisna düzenlenmeden bu kural açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle her ne sebeple olursa olsun alacaklının vazgeçmesi durumunda borç için hapis hakkı düşmüş olur. Türkzâde bu maddeyi açıklarken bu kuralın Mecelle-i Ahkamı Adliye'nin 51 ve 100. maddelerine dayandığını söyler nitekim 51. maddede "Sakit olan şey avdet etmez.", 100. madde "Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakzetye sa' ederse sayı merduttur." hükmünü içermektedir.<sup>78</sup>

Borçlu hastalık veya başka bir haklı sebeple süreli olarak hapisten çıkarılsa kalan süre için tekrar hapsolunabilir (m.38). Türkzâde bu maddenin açıklamasında da bu hükmün Mecelle'den çıkarılabileceğini belirterek Mecelle'nin 23. maddesi "Bir şey için caiz olan şey ol özrün zevali ile batıl olur." ve 33. maddesi "İzdırar gayrın hakkını iptal etmez." maddelerini zikreder. Kalan süre için borçluyu hapsedirmek yine alacaklıya tanınmış bir haktır. Eğer alacaklı kalan müddet için hapis talebinde bulunmazsa borçlu hapsolunmaz.<sup>79</sup>

Borçlu hapiste iken alacaklı borcundan dolayı borçlunun malından hakkını alabilir (m.39). Yani borcundan dolayı borçlunun hapsedilmiş olması onun mallarının haczine ve satışına bir engel teşkil etmez. Ancak borca yeter mal varlığının haczi durumunda borçlu hapisten çıkarılır.

## B. 1914 İcra Kanununda Borçlunun Hapsi

Yürürlüğe girdikten sonra yaklaşık 35 yıl uygulanan 1879 İcra Kanunu'nun günün ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kaldığı anlaşılmıştır.

<sup>76</sup> Türkzâde, s. 233-234.

<sup>77</sup> Kâzım, s. 194.

<sup>78</sup> Türkzâde, s. 236.

<sup>79</sup> Kâzım, s. 195.

Kanunda olan boşluklardan dolayı uygulamada ortaya çıkan tereddütler Encümen-i Adliye kararları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Bu durum yeni kanunun giriş bölümünde dile getirilmiştir.<sup>80</sup>

İcra alanını düzenleyen yeni kanun olan "İcra Kanun-u Muvakkati" 5 Cemaziyelahir 1332 ve 28 Nisan 1330 tarihli Kanun, 29 ve 30 Nisan 1330 Nisan tarihi Takvim-i Vekayi ile yayınlanmıştır. Düstur'da kanun numarası 281 olarak belirtilmiştir.<sup>81</sup> Kanun yayın tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu muvakkat kanun daha sonra Mebusan Meclisi'nde birçok değişiklik ile kabul edilmiştir. Ancak Ayan Meclisi'nde müzakeresine birinci dünya savaşı mâni olduğu için bu değişiklikler kanunlaşmamış, muvakkat kanun olarak kalmıştır. Bu kanun Cumhuriyet döneminde de 1929 tarihinde yeni icra kanunun yürürlüğe girinceye kadar uygulanmıştır.<sup>82</sup>

Bu kanunun beşinci bölümünün başlığı "Medyûnun Hapsi"dir. Bu başlık altında 131. maddeden 143. maddeye kadar borçlunun hapsine ilişkin düzenleme yer almaktadır.<sup>83</sup> Kanun metni şöyledir:

### *Medyûnun Hapsi*

**Madde 131** *Medyûn kendisine tebliğ olunacak ihbarnâme üzerine dâire-i icrâya müracaatla iktidar ve ahvâl-i zâhîrisi ve deynin miktarıyla mütenâsip bir sûret-i tesviye irâesine mecburdur. Medyûn deynine sûret-i tesviye irâe olmadığı veya gösterilen teminat veya tayin edilen tekâsit dâin tarafından kabul olunmayarak medyûnun fazla iktidarı iddia ve ispat edildiği sûrette icrâ reîsinin ol babdaki kararı üzerine medyûn hapsolunur.*

*Medyûnun hapsedilmiş olması bilahare emvâl-i sâiresine müracaatla istifâ-i hak edilmesine mâni değildir.*

**Madde 132** *Dâinin ihbar ve talebi üzerine firar edeceği anlaşılan medyûnun firarı halinde mahkûmun-bih mebâliği tamamen tesviye edeceğine dair kefalet-i kaviyye irae eylemediği takdirde dahi hapsi câizdir.*

<sup>80</sup> Refik eserinde kanunun Esbab-ı Mucibe layihasına yer vermiştir. **Ahmed Refik**, *Nazarî ve Amelî İcra Kanun Şerhi*, İstanbul 1340, s. 27-36.

<sup>81</sup> Düstur, 2. Tertip, C. 6, s. 613-639, İcra Kanunu Muvakkati, aynı yıl Cihan Matbaası'nda müstakil olarak da basılmıştır.

<sup>82</sup> **BELGESAY**, Mustafa Reşit, *Kur'an Hükiimleri ve Modern Hukuk*, İstanbul 1963, s. 12-13; **ÜLKER**, Osmanlı İcra Hukuku, s.173.

<sup>83</sup> Düstur, 2. Tertip, C. 6, s. 637-639.

**Madde 133** Kendi tarafından beyan ve dâin tarafından kabul edilmiş olan sûret-i tesviye tekâsidi ifâ etmeyen ve şerâit-i mukarrarayı ihlal eden medyûnun ayrıca ispat-ı iktidarına hâcet yoktur. Kezalik nafakadan ve mehir ve emvâli evkâf ve eytâmdan dolayı medyûn bulunan kesânın iktidarlarının isbâtı icap etmez.

**Madde 134** Deyn için hapis ale'l-ıtlak doksan bir gündend ibarettir müddeti habis zarfında hükümetçe mahbusîn-i sâirenin infakı zımnında sarfı iktizâ eden miktarı tecavüz etmemek üzere medyûnun iaşe ve infakı zımnında sarfı icap eden meblağ haphishâneler tahsisatı meyanında hükümetçe i'tâ olunur.

**Madde 135** Medyûnun her ne sûretle olusa olsun hapisten çıkmasına muvafakat etmiş olan dâinin o deynenden dolayı hapsini talep salâhiyeti yoktur ve ikmâl-i müddet etmiş olan medyûnun hapisten mukaddem zimmetine tâlik etmiş olan düyûnat-ı sâiresi için dahi hapsi câiz değildir.

**Madde 136** İktidarlari kâtib-i adiller tarafından tasdik edilmiş bulunan veya medyûna dâire-i icrâda kefalet etmiş olan eşhâsın ayrıca isbat-ı iktidarlarına hâcet yoktur.

**Madde 137** Cürümden mütevellit hukuk-ı şahsiyenin istifâsı zımnında kezalik medyûnun isbat-ı iktidarına hâcet olmaksızın hapsi câizdir.

**Madde 138** Deyn semen-i mebi' ve pey akçesi gibi medyûnun nezdinde karşılığı bulunan hususâtta münbais olduğu sûrette istishâben iktidarı sabit olan medyûnun ayrıca isbat-ı iktidarına lüzum yoktur. Meğer ki karşılığın ziyâ'ı tahakkuk etmiş bulunsun.

**Madde 139** Medyûnun hapsini talep edebilmek için deynine kâfî emvâl ve eşyasını teharriye dâinin mecburiyet-i kanûnîyesi olmayıp medyûn ifâ-i deyne kâfî emvâl ve eşyasını irâe ile hakkında ittilhâz edilmiş olan hapis kararının istirdâdını talep edebilir.

**Madde 140** Deyn için hapis sair mücâzât-ı cismâniye gibi mahkûmun-aleyhin şahsına münhasırdır. Binaenaleyh medyûnun terekesine vaz'-ı yed bulunmayan veresesi ve mütevellî ve veli ve vasi gibi deyninden şahsen mesul olmayan kesân hapisten masundurlar. Kezalik sağır ve mâtuhe ve mecnun olan medyûnlar ale'l-ıtlâk ve memurîn-i hükümet yalnız deyni için haps olunamazlar. Şu kadarki ma'zûlîn ve mütekâ'idîn ve kadro hariçleri gibi bilfiil memuriyette bulunmayanların kanunen isbat-ı iktidara muhtaç olmayan hususâtta mâ'adâ ahvalde iktidarlari isbat edilmek şartıyla deyni için de hapisleri mücâzdır.

*Madde 141 Nafakadan mâ'adâ hususâtta usûlün fîrû'a ve zevcenin yekdiğlerine olan deyninden dolayı hapisleri câiz değildir.*

*Madde 142 Hapsine karar verilen eşhâs zâbita marifetiyle ihzâr olunurlar.*

Kanun maddeleri incelendiğinde 1914 İcra Kanunu ile borçlunun hapsine ilişkin olarak önceki dönemlere kıyasla önemli değişikliklerin yapıldığı görülmektedir. Düzenleme ile borçluya bir yükümlülük getirilmiştir. Borçlu kendisine tebliğ olunacak ihbarname üzerine icra dairesine müracaat ederek ödeme gücü, görünen mali durumu ve borcun miktarıyla uyumlu bir ödeme planı sunmaya mecburdur. Borçlu borcu için bir ödeme planı sunmadığı, gösterilen teminat ve tayin edilen taksitler alacaklı tarafından kabul edilmediği veya borçlunun beyanından daha fazla ödeme gücü olduğunun alacaklı tarafından iddia ve ispat edildiği takdirde icra reisinin kararı üzerine borçlu hapsedilir. Borçlunun hapsedilmesi malları üzerinde hakkın elde edilmesine mâni değildir (m.131).

Bu maddeden çıkarılan hükümleri Ahmed Refik eserinde şöyle dile getirmiştir:<sup>84</sup>

- 1- Borçlu icra ihbarnamesi üzerine icra dairesine müracaat ederek borcunu ödeme şeklini bildirmeye mecburdur.
- 2- Borçlunun gösterdiği ödeme şekli mali durumu ve borcun miktarı ile uyumlu olması şarttır.
- 3- Borçlunun borcu nasıl ödeyeceğini bildirmediği veya gösterdiği ödeme yöntemi görünen hal ve borcun miktarı ile uygun olmadığı halde alacaklının talebi, icra reisinin kararı ile hapsen tazyik edilir.
- 4- Borçlunun mevcut malı ve borcun miktarı ile uyumlu ödeme yöntemi veya teminat göstermiş olmasına rağmen alacaklı borçlunun ödeme gücünün yüksek olduğunu iddia ve usulen ispat ettiği takdirde yine borçlunun hapsine karar verilir.
- 5- Borçlunun icra reisinin kararı ile hapsedilmesi alacaklı tarafından mallarının haczinin istenmesine engel teşkil etmez. Bu durumda

---

<sup>84</sup> Ahmed Refik, s. 463.

alacaklı talep ederse haciz ve satış işlemleri usulüne göre gerçekleştirilir.

Ahmed Refik icra ihbarnamesinin tebliğine rağmen süresi içerisinde icra dairesine gelerek ödeme planı sunan borçlulara nadir rastlandığını söyleyerek genel uygulama hakkında şu bilgileri vermektedir: “İhbarname ile borçluya tanınan sürenin dolması ve borçlunun beyanda bulunmaması üzerine alacaklının talebi ile borçlu hakkında hapis kararı verilir ve derdest edilmesi için zabıtaya müzekkere gönderilir. Zabıta borçluyu yakalayarak icra dairesine getirir. Borcu faiz ve masraflarla birlikte hesaplanarak bir yıl içinde borcunu ödemesi için eşit taksitlere bölünerek ilk taksiti ay başında vermek üzere ödeme planı vermeye mecbur tutulur. İcra dairelerindeki iş yoğunluğu nedeniyle bu aşamada borçluların ödeme kudretini araştırmaları pek mümkün olmamaktadır. Borçlu bir yıllık ödeme planını kabul etmediği takdirde kendisinden ödeme gücünün olmadığını ispat etmesi istenir. Borçlunun işinin bir senelik taksitleri ödemeye yetmeyeceği veya borçlunun ödeme gücünün olmadığı anlaşılırsa taksitlerin indirilerek sürenin uzatılması icra reisinin takdirindedir. Mahalle ilmühaberi zabıta tahkikatı veya diğer icra tahkikatları ile borçlunun ödeme gücü anlaşılmaktadır. Bu konuda bu aşamada şahit dinlenilmemektedir. Borçlunun ödeme gücünün fazla olduğu anlaşılırsa icra reisinin kararıyla bir senelik ödeme planı daha kısa sürelerde düzenlenebilir.”<sup>85</sup>

Kanunda borçlu için bir diğer hapis türü 132. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; alacaklının ihbar ve talebi üzerine firar edeceği anlaşılan borçlunun firarı halinde borçluya borcun tamamını ödeyeceğine dair sağlam kefil göstermediği takdirde hapis uygulanabilir. (m.132). Ahmed Refik bu maddenin uygulanmasının zor olduğunu belirterek şu soruları soruyor: “Medyunun firarı nasıl olur? Bir kimsenin anavatanda tebdil-i mekân etmesi firar mıdır? Alacaklı, borçlunun işlerinin bozulduğu gerekçesi ile başka bir şehre taşınacağını ihbar eder ise buna firar denilir mi?”<sup>86</sup>

<sup>85</sup> Ahmed Refik, s. 369.

<sup>86</sup> Ahmed Refik, s. 472.

Borçlunun mantıklı bir sebep olmaksızın şehri terk etmeye kalkışması, ticarethanesini dağıtmak ve muamelatını kesmek gibi şüpheli hareketleri gizli olan kastının görünen delili olarak kabul edilebilir. Alacaklının ihbarı ve borçlunun bu niyetine vakıf olan zevatın beyan ve imzalarını içeren bir vesika sunulması veya zabıta marifetiyle tahkikat icra edilerek terk-i diyar ile alacaklıların haklarını iptal etmek maksadının anlaşılması durumunda icra reisi borçluyu hemen zabıta marifeti ile celp ederek borcunu tamamen tesviye edeceğine dair sağlam bir kefil talep eder. Kefil göstermediği veya firar etmediğine dair kanaat oluşturacak deliller ortaya koymadığı takdirde borçlunun hapsen tazyikine karar verir.<sup>87</sup>

Kanun bazı borç türleri önemli kabul ettiği için borçlunun ödeme kudreti ne olursa olsun borçlunun borcunu ödememesi durumunda hapsedilmesine ilişkin düzenlemelere yer vermiştir.<sup>88</sup> 133. maddede borçlunun borcunu ödemediği takdirde hapis cezası verilmesi için ödeme kudretinin araştırılmasına gerek olmayan haller şunlardır: <sup>89</sup>

- 1- İcra dairesine müracaat ederek borcun ödenmesi için gösterilen ve alacaklı tarafından da kabul edilen ödene planında belirlenen vaktite taksitin ifa edilmemesi,
- 2- Borcun ödenmesi için tarafların aralarında kararlaştırılan şartlar dahilinde vecibenin eda edilmemesi suretiyle borçlunun kararlaştırılan şartları ihlal etmesi,
- 3- Çocuklar, eşler ve diğer akrabalar için tahsis olunan aylık nafakanın ödenmemesi,<sup>90</sup>
- 4- Muaccel ve müeccel mehrin tamamen verilmemesi,

<sup>87</sup> **Ahmed Refik**, s. 473. Bu karar için borçlunun ödemekten aczi araştırılmaz. Zira kanun koyucu borçlunun kötü niyetini esas aldığı için artık aciz durumu dikkate alınmaz.

<sup>88</sup> **Mustafa Reşid**, *Turuk-ı İcraiye*, İstanbul 1340, s. 155.

<sup>89</sup> **Ahmed Refik**, s. 473-474.

<sup>90</sup> **Mustafa Reşid**, nafaka borcundan dolayı ödeme kudreti araştırılmadan hapis kararı verilmesine yönelik bu düzenlemeyi şu sözlerle eleştirmektedir: "*Nafaka akraba veya zevceyn arasında tediyesi vacip olduğundan ve mahkumunaleyhin akit ve rızası da vecibenin tekoîninde mües-ser olmadığından mahkumunbih nafakayı tediyyeye kudreti olmayan iki garipten birini diğerinin me-nafi'ini iltizamen hapsedmek hiçbir vecihle karin-i cevaz olamaz.*" **Mustafa Reşid**, s. 157.



- 5- Cami, mektep gibi bilumum hayrat vakıflarına olan borcun tamamen ifa edilmemesi,
- 6- Eytam İdaresi'nden borçlandığı miktarı vermediğinden dolayı ilgili daireden yazılan müzekkere üzerine aleyhine icra muamelelerine başlanılan veya yetim malını zimmetine geçirdiği için hakkında ilam verilen kimsenin borcunu ödememesi durumlarında borç için hapis kararı verilmesi için borçlunun ödeme gücü araştırılmayacaktır.

Borç için hapis süresi doksan bir günden ibarettir. Hapis süresince mahpuzsun iâşe ve infakı için gerekli bedel 134. madde hükmüne binaen hükümetçe karşılanır. Bu madde ile 1879 tarihli kanunun tam aksi bir düzenleme yapılmıştır. Zira yukarıda bahsedildiği üzere eski kanun döneminde borçlunun tazyiken hapsedilmesi için hapisanede kalacağı günler için nafakasının alacaklı tarafından peşin yatırılması gerekmekte idi.

Borçlunun tazyik hapsinin başlamasından sonra her ne şekilde olursa olsun alacaklı borçlunun hapisten çıkarılmasına muvafakat ederse aynı borç için borçlunun bir daha hapis yatmasını talep edemez (m.135). Katibiadiller<sup>91</sup> tarafından borcu ödeme gücü tasdik edilmiş bulunanların ve icra dairesinde borca kefil olanların ödeme gücü araştırılmaksızın hapsedilmeleri mümkündür (m.136). Aynı şekilde ceza yargılamasında cürümden dolayı şahsi hakların alınmasına ilişkin bir karar verilmiş ise borçlunun ödeme gücü araştırılmadan tazyik hapsine çarptırılması mümkündür (m.137). Borç, satılan şeyin bedeli ve pey akçesi gibi borçlunun nezdinde karşılığı bulunan hususlardan dolayı ortaya çıkmış ise borçlunun borcu ödeme iktidarı var kabul edilerek ayrıca iktidarının ispatına gerek yoktur. Ancak karşılığı zai olmuş ise gerekir (m.138). Tanzimat döneminde yapılan bu düzenlemenin Hanefi görüşü ile uyumlu olduğu görülmektedir.

Kanunun 140. maddesinde borç için hapsi mümkün olmayan kişiler belirtilmiştir. Borç için hapis diğer bedeni cezalar gibi aleyhine hüküm verilenin şahsına münhasırdır. Borçlunun terekesine el koymayan mi-

<sup>91</sup> Katibiadiller hakkında detaylı bilgi için bkz: ÜLKER, Osmanlı Noterlik Hukuku, s. 288.

rasçılar, müteveli, veli ve vasi gibi borçtan şahsen sorumlu olmayan kişiler hapisten masumdur. Aynı şekilde küçük, akıl hastası ve hükümet memurları borç için hapsedilmezler. Ancak azledilen, emekliye ayrılan ve kadro hariçleri gibi bilfiil memuriyette bulunmayanlar kanunen ispat gerek olmayan durumlar dışında borcu ödeme iktidarları ispat edilmek şartıyla borç için hapsedilebilirler (m.140).<sup>92</sup> Nafakadan başka hususlarda usulün fûruya ve eşin diğer eşe olan borcundan dolayı hapisleri caiz değildir (m.141).

Ahmed Refik eserinde İstanbul İcra Dairesi'nde üç senelik hapis muamelesi hakkında istatistiki verilere ait bir tablo halinde paylaşmıştır.<sup>93</sup> İstatistiki veriler incelendiğinde icra dairelerince verilen hapis kararları üzerine borçlunun ya borcunu ödeyerek ya da alacaklısı ile anlaşarak hapis kararının infazına gerek kalmadığı anlaşılmaktadır. 1338 (1922) senesi esas alındığında hakkında hapis kararı verilenlerin sadece % 3.4'ü hakkında kararın tatbikine gerek duyulmuştur. Hakkında karar tatbikine teşebbüs edilenlerin bir kısmının çoğunlukla alacaklı ile anlaşarak hapis süresi tamamlanmadan tahliye oldukları anlaşılmaktadır. Neticede haklarında hapis kararı verilerek süresinin tamamını hapiste geçiren tahliye olanların oranının %1 civarında olduğu görülmektedir. Bu da borç için hapis müessesesinin borcun ödenmesinde etkisini ortaya koymaktadır.<sup>94</sup>

## KAYNAKÇA

Ahmed b. Hanbel (ö. 241 /855), *el-Müsned*, C. 20, Beyrut 2001.

Ahmed Refik, *Nazarî ve Amelî İcra Kanun Şerhi*, İstanbul 1340.

Akgündüz, Ahmed, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, C. 1, İstanbul 2011.

Altunbaş, Ali, "İslamiyet Öncesi Türklerde Hukuk", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 23, Gaziantep 2022.

Ansary, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1958.

<sup>92</sup> ÜLKER, Osmanlı İcra Hukuku, s. 280.

<sup>93</sup> Ahmed Refik, s. 461; ÜLKER, Osmanlı İcra Hukuku, s. 303.

<sup>94</sup> Bu istatistiki tabloda 1338 (1922) yılında hakkında hapis kararı verilen borçlu sayısı 5040, hakkında hapis kararı tatbik olan kişi sayısı 172, hapis kararı tamamlanmadan tahliye olan kişi sayısı 117, hapis süresi tamamlanıp tahliye olan kişi sayısı ise 55 olarak verilmiştir. Bkz: ÜLKER, Osmanlı İcra Hukuku, s. 303.

- Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder-Taşpınar Ayvaz, Sema-Hanağası Emel, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2020.
- Aşık, İbrahim-Oruç, Yakup-Tok, Ozan-Saraç, Ömer Faruk, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara 2022.
- Atar, Fahrettin, *İslam İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul 1990.
- Atar, Fahrettin, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul 2017.
- Avcı, Mustafa, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, Ankara 2016.
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 2023.
- Aydın, M. Âkif, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, İstanbul 2020.
- Aydın, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2022.
- Aydın, Melikşah-Kaya, Perihan Hazel-Karaçor, Zeynep "Osmanlı İmparatorluğu'nda Özelleştirme Faaliyetlerine Örnek Olarak Reji Tütün İdaresi" Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2019, C. 1, S. 3, s. 230-247.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Kur'an Hüükümleri ve Modern Hukuk*, İstanbul 1963.
- Beyhaki, Ebû Bekr Aḥmed b. el-Ḥüseyn (ö. 458/1066), *Şuabü'l-İmân*, C. 4, Beyrut 2000.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, C. 7, İstanbul, 1991.
- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2012.
- Coşkun, Mahmut, *İcra-İflas Suçları*, Ankara 2021; Ercan, İsmail, *İcra ve İflas Suçları*, Ankara 2023.
- Debbağzade, Numan Efendi, *Tuhfetü's-sukuk*, İstanbul 1214.
- Düzdağ, M. Ertuğrul, *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları*, İstanbul 2012.
- Ebu Davud Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (ö. 275/889), *Sünen-i Ebu Davud Terceme ve Şerhi*, (Çev. Necati Yeni-el-Hüseyn Kayapınar), C. 13, İstanbul 1989.
- Ebussuûd Efendi, Ma'rûzât, (Haz: Düzenli, Pehlul), İstanbul 2013.
- Fahrudin Er-Râzi (ö. 606/1210), *Tefsir-i Kebir Mefâtiḥü'l-Gayb*, (Çev. Suat Yıldırım-Lütfullah Cebeci-Sadık Kılıç), C. 14, Ankara 1992.
- Gedikli, Fethi, *Bosna Sakk Defteri: Hicri 1203-1288 (1788-1871) Tarihleri Arasında Bosna'da Hukuksal ve Toplumsal Hayat (Bosna Sakk)*, İstanbul 2015.
- Hüsrev Mehmed Efendi (Molla Hüsrev) (ö. 885/1480), *Gurer ve Dürer Tercümesi*, C. 4, (Çev: Arif Erkan), İstanbul 1979.
- İbn Âbidin (ö. 1252/1836), *Reddî'l-Muhtâr ale'd-Dürri'l-Muhtar*, (Çev. Mehmet Savaş) C. 12, İstanbul 2017.
- İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350), *et-Turuku'l-Hukmiyye fî's-Siyaseti's-Şer'iyye*, Beyrut 1989.
- İbn Rüşd (ö. 520/1126), *Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l Muktesid*, (Haz: Vecdi Ak-yüz), C. 3, İstanbul 2015.

- İbrahim Halebî (ö. 956/1549), *Mülteka Tercümesi*, (Çev. Hüsamettin Vanlıoğlu), C. 2, İstanbul 2014.
- İstanbul Kadı Sicilleri 42 Beşiktaş Mahkemesi 2 Numaralı Sicil (H. 966-968 / M. 1558-1561), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 49 Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1063-1064 / M. 1652-1653), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 51 İstanbul Mahkemesi 10 Numaralı Sicil (H. 1072-1073 / M. 1661-1663), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 65 Bab Mahkemesi 150 Numaralı Sicil (H. 1143-1144 / M. 1730-1732), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 69 Bab Mahkemesi 172 Numaralı Sicil (H. 1152-1153 / M. 1740), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 74 Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (H. 1171-1172 / M. 1758), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 83 İstanbul Mahkemesi 97 Numaralı Sicil (H.1217-1225 / M. 1802-1810), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri 84 Galata Mahkemesi 580 Numaralı Sicil (H. 1221-1222 / M. 1806-1808), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2019.
- İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havass-ı Refia) 61 Numaralı Sicil (H. 1065-1066 / M. 1655), (Ed. Coşkun Yılmaz), İstanbul 2011.
- Karaman, Hayreddin-Gümüş, Sadrettin-Çağrı, Mustafa-Dönmez, İbrahim Kâfi, *Kur'an Yolu Tefsiri*, C. 3, Ankara 2000.
- Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. 2, İstanbul 2016.
- Kâzım, *İcra Kanunnamesi Şerhi*, İstanbul 1319.
- Kemal Muhtar, "İcra Kanunname-i Muvakkati", *İstişare*, İstanbul, 06 Teşrinisani 1324, S. 9.
- Koschaker, Paul, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (Haz. Kudret Ayiter), Ankara 1977.
- Kozak, İbrahim Erol, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, Konya 2015.
- Kur'ân-ı Kerîm Meâli*, çev. Halil Altuntaş – Muzaffer Şahin, Ankara 2009.
- Mevsîlî Abdullah b. Mahmûd (ö. 683/1284), *el-İhtiyâr*, (Çev: Hüsamettin Vanlıoğlu vd.), İstanbul 2015.
- Mustafa Reşid, *Turuk-ı İcraiyeye*, İstanbul 1340.
- Okandan Recai, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul 1951.
- Özbilgen, Erol, *Osmanlı Hukukunun Yapısı*, İstanbul 1985.
- Sahnûn (ö. 240/854), *el-Müdevenetü'l-Kübrâ*, C. 13, Beyrut 1398.
- Schacht, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, (Çev: Mehmet Dağ-Abdulkadir Şener), Ankara 1986.

- Serahsî Şemsüleimme (ö. 483/1090), *Mebisât*, (Haz. Mustafa Cevat Akşit), C. 16, İstanbul 2008.
- Seyyid Sâbık, *Fıkhı's-Sünne*, (ter. Mehmet Yılmaz), C. 4, İstanbul 2015.
- Şah Veliyyullah Dihlevî (ö. 1239/1824), *Hüccetullâhî'l-Bâliğa İslâm Düşüncesinin İlkeleri*, (Çev: Mehmet Erdoğan), C. 2, İstanbul 2003.
- Şeyh Bedrettin Simâvî (ö. 823/1420), *Letaifu'l-İşârât Şerhi et-Teshil*, (Haz. Hacı Yunus Apaydın), C. 2, Ankara 2012.
- Şeyhülislam Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziye*, (Haz. Süleyman Kaya), İstanbul 2009.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l- Fetâvâ* (Haz. Süleyman Kaya, Betül Algin vd.), İstanbul 2011.
- Tabakoğlu, Ahmet, *Türkiye İktisat Tarihi*, (Ed. İsmail Kara), İstanbul 2000.
- Tirmizî (ö. 279/892), *Sünen-i Tirmizi Tercemesi*, (Haz. Abdullah Parlıyan), C. 1, Konya 2004.
- Türkzâde, Hafız Mehmed Ziyaeddin, *Mükemmel ve Mufassal Şerh-i Kanun-u İcra*, İstanbul 1320.
- Ülker, İbrahim, *Osmanlı İcra Hukuku*, Ankara 2023.
- Ülker, İbrahim, *Osmanlı Noterlik Hukuku*, Ankara 2018.
- Yorgaki Efendi, *İlamat-ı Hukukiyenin İcra Kanunu Şerhi*, İstanbul 1328.
- Yusuf Ziyaeddin, *Camiu Envari's-Sukuk ve Lamiu'z-Ziyai li Zevi's-Şukuk*, (Sakk-i Cedid), İstanbul 1284.



# 4483 SAYILI KANUNA GÖRE İZİN VERMEYE YETKİLİ MERCİ İLE ÖN İNCELEME İLE GÖREVLENDİRİLEN KİŞİLERİN GÖREV VE YETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul ÜNAL\*

## ÖZET

Kural olarak bir suç haberi alan Cumhuriyet savcısı, derhal maddi gerçeği araştırarak şüphelinin lehine ve aleyhine bütün delilleri toplar. Bunun sonucunda yeterli suç şüphesinin varlığı halinde bir iddianame tanzim edilir. Bazı kişilerin soruşturulması ve kovuşturulması için ise bir takım özel muhakeme kuralları getirilebilir. Örneğin hakim ve savcılarının bağımsızlığının korunabilmesi ve güçler ayrılığı ilkesinin sağlanabilmesi için hakim ve savcılarının işledikleri iddia edilen suçlardan muhakemesi sivil kişilere göre farklılık arz edebilir. Bir ülkede hukuk devleti ilkesi ne kadar gelişmiş ise yargıya güven o kadar artar. Bunun sonucunda da özel muhakeme usulleri büyük ölçüde azalır.

Ülkemizde kamu görevlisi olup da özel bir muhakeme usulüne tabi olmayan kişi yok denecek kadar azdır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan yargılanmaları, Anayasanın 126'ncı maddesi ve buna istinaden ihdas edilen 4483 sayılı Kanun ile izin usulüne bağlı kılınmıştır. Soruşturmanın patronu sayılan C. savcısının, soruşturmaya devam edebilmesi ve kamu davası açabilmesi için aranan izin şartıyla öncelikle ilgili idarenin ön inceleme yapması öngörülmüştür.

4483 sayılı Kanununun 6'ncı maddesinde soruşturmacının (ön incelemeyle görevlendirilen kişi) görev ve yetkileri belirtilmiş, bakanlık müfettişleri ile kendisini görevlendiren makamın yetkilerine atıf yapılmıştır. Buna ek olarak CMK'nın kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Buna rağmen uygulamada, soruşturmacının elkoyma, muhafaza altına alma gibi koruma tedbirleriyle delillerle doğrudan temas etmesi şeklinde ceza muhakemesi işlemlerine, ilgili kurum ve

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: ertugrul.unal@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0025-9317.

kuruluşlar tarafından engel olunmakta, CMK'nın 332'nci maddesi de işletilmemektedir.

Buna ek olarak 4483 sayılı Kanunda, izin vermeye yetkili merciin derhal maddi gerçeği araştırarak izin konusunda bir karar vermesi aranmasına rağmen, CMK'nın 158'inci maddesinin 4'üncü fıkrası gerekçe gösterilerek öncelikle C. savcılığına haber verilmekte ve bunun sonucunda izin prosedürü işletilmektedir.

Çalışmamızda 4483 sayılı Kanuna göre yetkili merciin izin prosedürü, özellikle soruşturmacının görev ve yetkilileri, koruma tedbirlerine başvurup başvuramayacağı ve yetkili merciin suç haberini aldığı anda ne şekilde hareket edeceği ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Dava Şartı, İzin Usulü, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri, Yargısal Güvence Sistemi, Görev Kapsamında İşlenen Suç

## **THE AUTHORITY AND DUTY OF COMPETENT AUTHORITY AND INVESTIGATOR ACCORDING TO THE LAW NO. 4483**

### **ABSTRACT**

As a rule, the public prosecutor, upon receiving news of a crime, immediately investigates the facts and collects all evidence in favor of and against the suspect. If there is sufficient suspicion of a crime at the end of the investigation, an indictment is issued. Special rules of procedure may be introduced for the investigation and prosecution of certain persons. For example, in order to protect the independence of judges and prosecutors and to ensure the principle of separation of powers, the prosecution of judges and prosecutors for crimes they are alleged to have committed may differ from that of civilians. The more developed the rule of law is in a country, the more trust in the judiciary increases. As a result, special judicial procedures decrease to a great extent.

In our country, there are hardly any public officials who are not subject to a special procedure. The prosecution of civil servants and other public officials for crimes committed related to their duties is made subject to the permission procedure by Article 126 of the Constitution and the Law No. 4483, which was established based on this article. In order for the public prosecutor, who is considered as the boss of the investigation, to continue the investigation and file a



public lawsuit, the relevant administration must first conduct a preliminary investigation.

Article 6 of Law No. 4483 specifies the duties and powers of the investigator and refers to the powers of the ministry inspectors and the authority appointing him/her. In addition, it is stated that the Criminal Procedure Code shall be applied by analogy. Despite this, in practice, the relevant institutions and organizations prevent the investigator from directly contacting the evidence through protection measures such as seizure and preservation, and Article 332 of the Criminal Procedure Code is not enforced.

In addition, although the Law No. 4483 requires the authority authorized to grant authorization to immediately investigate the material fact and make a decision on authorization, the C. prosecutor's office is first notified on the grounds of paragraph 4 of Article 158 of the Code of Criminal Procedure and the authorization procedure is then carried out.

In our study, the permission procedure of the competent authority according to Law No. 4483, especially the duties and authorities of the investigator, whether he/she can apply for protection measures and how the competent authority will act when it receives the news of a crime will be discussed.

**Key Words:** Litigation Requirement, Authorization Procedure, Civil Servants and Other Public Officials, Judicial Assurance System, Crime Committed within the Scope of Duty

## GİRİŞ

Kamu hizmetlerinin yerine getirilerek toplumun faydasına sunulmasında, en önemli görevi kamu personeli üstlenmekte ve görevi sebebiyle birçok kişinin hak ve menfaatine dokunan işlem tesis etmektedir<sup>1</sup>. Bu sebeple kamu görevlilerinin, görevleri sebebiyle işledikleri fiillerden doğrudan ceza soruşturmasına tabi tutulması halinde kamu hizmetlerinin aksayabileceği ve idarenin güvenilirliğinin soyut iddialar ile sarsılabileceği kabul edilerek kamu görevlilerinin (memurlar) görev suçları do-

<sup>1</sup> Tayfun Akgüner, Kamu Personel Yönetimi, (Der Yayınları 1998), 28; Ramazan Çağlayan, 'Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanununun Hakkında Genel Bir Değerlendirme', 2003 7 (1-2) AÜEHFD, 105, 108.

layısıyla yargılanmaları da bazı hukuk sistemlerinde sivil kişilerden farklı olarak düzenlenmiştir<sup>2</sup>.

Ülkemiz uygulamasında Memurların (kamu görevlileri) ceza muhakemesi, kovuşturma evresinde sivil şahısların muhakemesine çoğu zaman benzemektedir. Farklılık gösteren alan, soruşturma evresidir<sup>3</sup>.

Ülkemizde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri fiillerden ceza soruşturması, 02.12.1999 tarih ve 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”a göre yapılmaktadır<sup>4</sup>. Kanunun ismi o tarihte yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nın terminolojisine göre belirlenmiştir. 4483 sayılı bu Kanu-

- 
- <sup>2</sup> Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010), 490; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022), 685; Kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla işledikleri suçlardan yargılanmalarının farklı bir usule tabi kılınmasının lehindeki görüşler için bkz: Aburrahman Eren, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat” ile Onu Yürürlükten Kaldıran “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun”un Karşılaştırılması”, 2000, (3)55 Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 58. Kamu görevlilerinin ceza muhakemesinde iki usul vardır. Birincisi, kamu görevlilerinin sivil kişi gibi herhangi bir özel usule tabi olmaksızın soruşturulması ve kovuşturulmasıdır. Yargısal güvence olarak adlandırılan bu sistemde, yargı erkine duyulan güven dolayısıyla ona tanınan gücün, kamu görevlisini asılsız ithamlardan koruyacağı benimsenmiştir. İdari güvence sisteminde ise idarenin saygınlığının korunması ve kamu görevlilerinin bireylerle olan ilişkisinde kin ve düşmanlığa uğrayabilecekleri gerekçeleriyle kamu görevlisi hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi belirli şartlara bağlanmaktadır. 4483 sayılı Yasanın gerekçesinde, ikinci sistemin benimsendiği şu şekilde ifade edilmiştir: ‘Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tabi tutulmaları, kamu hizmetlerinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin zedelenmesine yol açabilir’. Gbi: Sami Selçuk, Memur Yargılaması Hakkında, (TÜSİAD, 1997), 18, kn.6; İsmail Malkoç, Açıklamalı- Gerekçeli Memur Yargılaması (Ankara, 2000), 9; İlyas Şahin, ‘4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri Ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliği Hakkında Değerlendirme’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2015) XIX (3), 249-320, 277.
- <sup>3</sup> Hasan Tahsin Gökcan, Görevi Kötüye Kullanma Zimmet – İrtikap – Rüşvet ve Dene-tim Görevini İhmal Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022), 73.
- <sup>4</sup> Doktrinde memurun bir kamu görevlisi çeşidi olduğu, her kamu görevlisinin memur olmadığı ve TCK’da da kamu görevlisi kavramının kullanılarak, idare hukukunda ve ceza hukukunda memurla ilgili yapılan farklı tanımlama ve kavram kargaşasının önlenmesi ifade edilmiştir. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, Ceza Özel Hukuku (18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020), 1211.

nun dayanağı, Anayasanın 129'uncu maddesinin son fıkrasında yer alan; 'memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması kanunla belirtilen istisnalar dışında kanunun gösterdiği idari merciiin iznine bağlı' olduğu yönündeki hükümdür. Buradan anlaşılmaktadır ki kamu görevlilerinin ceza soruşturması açısından dava şartı olan izin sistemi getirilmiştir<sup>5</sup>.

4483 sayılı Kanun, Osmanlı Devleti Döneminden kalan ve 02/12/1999 tarihine kadar mer'î olan 1913 tarihli "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatı" nı (MMK) yürürlükten kaldırmıştır<sup>6</sup>. Yeni Kanun, memurların işledikleri suçların takibi ile ilgili olarak MMK'da yer alan soruşturmanın idare tarafından yapılması usulünü kaldırmış, ilgililer hakkında yapılan ve kanunda "ön inceleme" (m.5) olarak isimlendirilen faaliyet neticesinde idareden izin alınması sistemini getirmiştir<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Bası, Beta, İstanbul, 2018), 683; **Gökcan, Hasan Tahsin**, 'Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı', CHKD, C. 3, S. 2, 2015, s.148; Şahin (n 2), 277. Buradaki iznin esas itibarıyla memurluk dokunulmazlığı olduğu da savunulmaktadır. Buna göre muhakeme şartı olan iznin, fiili esas aldığı ve ceza davası açılıp yürütülmesinde kamu yararı bulunmayan hallerde dava açılmasını önlediği (pasif izin), 4483 sayılı Kanunda ise faili esas alan aktif iznin söz konusu olduğu belirtilmiştir Gbi: Feridun Yenisey, Ayşe Nuhuğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021), 618.

<sup>6</sup> 04.02.1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatten önce memurların muhakemesi, 1872 tarihli Memurin Muhakemat Nizamnamesine göre yapılmakta ve hem soruşturma hem de kovuşturma aşaması idare tarafından icra edilmekteydi. Nizamnamede belirtilen idari kurullarca yapılan yargılama sonucunda verilen hüküm bir yılı aşan hürriyeti bağlayıcı ceza içeriyorsa, Şuray Devletin (Danıştay) onayı gerekirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz: Selçuk (n 2), 72, kn.58; Hüseyin Erkenci, 'Memurin Muhakemat-ı Hakkında Kanunu Muvakkat Üzerine Düşünceler', (1999) 1 TBB Dergisi, s.12.

<sup>7</sup> 4483 sayılı Kanunda belirtilen yetkili merciler, soruşturma izni verdikten sonra (m.11), soruşturma savcılık tarafından yürütülecektir (m.12). Bu suretle memurların yargılanması konusu ile ilgili olarak idarenin etkinliği MMK'ya göre önemli ölçüde azaltılmış ve soruşturmanın daha süratli yapılması sağlanmıştır. Bu konuda bkz.: Erkenci (n 6), s.12; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku (16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019), 732; Malkoç (n 2), 15 vd.; İbrahim Pınar, Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, (Ankara, 2000), 55 vd. MMK uygulamasında suçun görevden kaynaklanması veya suçun görevin yapılması sırasında işlenmesi şeklinde geniş bir kapsam söz konusuydu. Bu meyanda suçun görevle ilişkisinin dahi aranmayacağı belirtilmekteydi. Bkz: Selçuk (n 2), 106, kn.92.

Ayrıca 4483 sayılı Kanun Kanun, idari merciin iznine bağlı olan fiilleri; Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkattan farklı olarak “görev sebebiyle işlenen suçlar”a (m.1) inhisar ettirmiştir. Bilindiği gibi MMK; hem görev sebebiyle hem de görev esnasında işlenen suçları kapsamına almaktaydı. MMK’daki usulün, adeta kamu görevlilerine dokunulmazlık sağladığı yönündeki eleştiriler de dikkate alınarak burada yer alan özel muhakeme usulünün kapsamının daraltılması amaçlanmıştır. Zira hukuk devleti ilkesi özel soruşturma kurallarının istisnai olmasını gerektirir. Bu cümleden olarak 4483 sayılı Kanununun 1’inci maddesinin, MMK’ya göre ileri bir adım olduğu ifade edilmelidir<sup>8</sup>.

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK, kamu görevlisi yerine “memur” terimini kullanmaktaydı. Eski TCK’nın 279 uncu maddesinde<sup>9</sup> yapılmış olan ayrıma göre amme vazifesi görenler memur sayılırken amme hizmeti görenler memur olarak kabul edilmemekteydi<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Yurtcan (n 7), 733; Burcu Dönmez ‘Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu’, (2017) 19 (Özel Sayı), D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2727-2748, s. 2740.

<sup>9</sup> 765 sayılı TCK’nın yürürlükten kaldırıldığı 01.06.2005 tarihine kadar eski 279’uncu madde “memur” ve “âmmе hizmeti görmekle muvazzaf olanları” şöyle tarif etmekteydi: ‘Ceza Kanununun tatbikatında; 1. Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir âmmе vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü âmmе müesseseleri memur, müstahdemleri; 2. Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır. Ceza Kanununun tatbikatında âmmе hizmeti görmekle muvazzaf olanlar; 1. Devamlı veya muvakkat surette bir âmmе hizmeti gören Devlet veya diğer âmmе müessesesinin memur ve müstahdemleri; 2. Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir âmmе hizmeti gören diğer kimselerdir’. Gbi bkz: Sahir Erman, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku, C.: 3 (4. Bası, İstanbul, 1981), 337, dn. 246; Sahir Erman “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur” (1947) 2, SBOD., 253; Nurullah Kunter, ‘Mahkeme İçtihatları, Ceza Tatbikatında Amme Vazifesi ve Amme Hizmeti Tefriki ve Avukatların Durumu’, (1947) XIII (2), İÜHF.M., 762; Abdullah Pulat Gözübüyük, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları ile Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, Gözübüyük Şerhi C.: II (Hususi Kısım) (5. Bası, İstanbul, Tarihsiz) 1175 vd.

<sup>10</sup> 765 sayılı TCK’nın memur (kamu görevlisi) kavramının kapsamını dar tutmasından doğan mahzur bazı kamu kuruluşlarının özel kanunlarına burada çalışan personelin “memur gibi cezalandırılacağı” yönünde hüküm koymak suretiyle giderilmeye çalışılmıştı. Örneğin 6186 s.lı TC. Devlet Demiryolları İşletmesi Kuruluş Kanunu’nun 26’ncı maddesine göre; ‘TCDD. Memurları Türk Ceza Kanunu’nun tatbikinde memur’ sayılırlar. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır (n 2), 146; Nur Centel ‘Zimmet Suçu (TCK m.247)’, (2019), 21 (Özel Sayı), D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2787.

Bu ayırımın mahzurlarını gören kanunkoyucu, kamu görevlisini 5237 s.lı TCK'nın 6'ncı maddesinin (c) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre; *"Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* anlaşılacaktır.

İstihdamı değil, kişinin icra ettiği fonksiyonu esas alan bu düzenlemeyi yerinde bulmaktayız. İfade edelim ki, TCK'da yapılmış olan "kamu görevlisi" tanımı 765 sayılı TCK'daki "memur"dan daha geniş bir kavram olup amme hizmetlisi kavramını da içine alan bir özelliğe sahiptir<sup>11</sup>.

Belirtmek gerekir ki Türkiye'de kamu görevlisi olup da görev suçu bağlamında özel bir soruşturma usulüne tabi olmayan kimse yok gibidir. Ancak idari güvence kapsamında kabul edilen izin sistemi de dahil olmak üzere kural olarak özel muhakeme usulleri, maslahata uygunluk ilkesi kapsamında mütalaa edilemez. Yeterli suç şüphesi varsa, ilgili makam izin vermek ve C. savcısı kamu davası açmak zorundadır<sup>12</sup>.

Kamu görevlilerinin görevlerinden dolayı işledikleri suçların soruşturmasının özel kurallara bağlanması bazı kişileri kayırmak için değil, kamu görevlilerinin kayırmalarını önlemek amacıyla getirilmiştir. Uygulamada ne yazık ki bunun gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Hatta birçok dava çok uzun süren soruşturma aşaması yüzünden zama- naşımına uğramaktadır<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Tezcan, Erdem, Önok (n 4), 1213; Gökcan (n 3), 75; Dönmez (n 8), 2732.

<sup>12</sup> Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (15. Baskı, Ankara Seçkin Yayıncılık 2021), 785.

<sup>13</sup> 'Şüpheliler ..., ..., ..., ..., ... ve ...'in Ankara Üniversitesi öğretim elemanı oldukları, şüpheli ...'in Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Avrupa Politeknik Üniversitesi arasında yapılan protokol gereğince açılan hukuk fakültesi ile ilgili koordinatör sıfatıyla görev almak ve diğer şüphelilerin ise derslere girmek suretiyle üniversite öğretim elemanı görevlerini yaptıkları sırada ve görevleri dolayısıyla nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediklerinin iddia edildiği, adı geçen şüphelilere atılı suçun 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının (7) numaralı alt bendinde sayılan ve kovuşturmayı doğrudan Cumhuriyet savcısının yapacağı belirtilen suçlar arasında sayılmadığı, anılan Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının (1), (2) ve (4) numaralı alt bentleri hükümlerine uyarınca öğretim elemanı olanlar hakkındaki ilk soruşturmanın Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri soruşturmacı tarafından yapılması, son soruşturmanın açılıp açılmamasına üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurulca karar verilmesi, lüzum-u muhakeme kararına yapılacak itirazın Danıştay 2. Dairesince incelenerek karara

Zikrettiğimiz 4483 sayılı Kanundan başka mevzuatta bir çok özel soruşturma kuralları (örneğin Cumhurbaşkanı ve bakanlar için TBMM İç Tüzüğü m. 107 vd, Hakimler ve savcılar için 2802 s.lı K m. 82 vd; Öğretim üyeleri için 2547 s.lı K. m. 53/c) ihdas edilmiştir. Bu karmaşıklığın giderilmesi ve yeknesak bir düzenleme yapılması çok daha yerinde olacaktır. Bununla birlikte başta 4483 sayılı Kanun kapsamında kalanlar ile diğer kamu görevlileri olmak üzere özel soruşturma usullerine ihtiyaç olmadığını belirtmek isteriz<sup>14</sup>.

Gerçekten de gerek özel soruşturma usullerine ilişkin pozitif hukuktaki düzenlemeler gerekse tatbik şekilleri, Anayasadaki birçok temel hak ve hürriyetin (yaşama hakkı, hak arama hürriyeti, eşitlik ilkesi, meram anlatma hakkı) ihlaline sebebiyet vermektedir. Gelişmiş bir hukuk devletinde, hakim ve savcılar gibi güvenceli görevliler dışında bu tarz düzenlemelere ihtiyaç yoktur<sup>15</sup>.

Biz bu çalışmamızda, 4483 sayılı MvDKGYK'de yer alan soruşturma usulünün tatbik şartlarını, yargı içtihatları kapsamında ele alarak, böyle

---

*bağlanması, lüzum-u muhakeme kararının kesinleşmesi hâlinde yargılamanın suçun işlendiği yer adliye mahkemesinde yapılması gerektiği, şüpheliler ..., ..., ..., ... ve ... hakkında görevleri ve sıfatları sebebiyle 2547 sayılı Kanun ile öngörülen özel soruşturma usulüne uyulmaması hususunun Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma istem yazısında ileri sürülmediği ve sonuca etkili bu hukuka aykırılığın kanun yararına bozmaya konu edilmesinin olanaklı olduğu gözetildiğinde, kanuna aykırı olduğu saptanan bu husus yönünden de kanun yararına bozma başvurusu sağlandıktan sonra sonucuna göre karar verilmek üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekmektedir. Öte yandan, her ne kadar soruşturma yapma yetkisi ve görevi bulunmayan Cumhuriyet savcısının adı geçen şüpheliler hakkında atılı suçtan verdiği kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın hukuki değerden yoksun olduğu ileri sürülebilir ise de; Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlara itiraz yolunun açık olması nedeniyle itiraz üzerine kesinleşen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın mahkeme denetiminden geçerek yargısal bir karar hâlini almak suretiyle yargı otoritesi özelliğini göstermesi ve aynı fiile ilişkin olarak yeniden soruşturma yapılabilmesinin yeni delilin meydana çıkması ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmesi şartlarına bağlanmış olması nedenleriyle söz konusu kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın hukuki değerden yoksun olmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile kabulüne karar verilmelidir' YCGK, 27.06.2019 t., 9/511. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (n 12), 787.*

<sup>14</sup> Çağlayan (n 1), 108.

<sup>15</sup> Selçuk (n 2), 21, kn.10; Şahin (n 2), 253; Bahattin Aras, 'Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulanacak Usul ve Esaslar', (2022), 71 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 207-279, 217, Çağlayan (n 1), 110.

bir sistemin gerekliliği, kamu görevlileri ile sivil kişilerin iştirak halinde işledikleri suçların soruşturulmasını, idarenin gerçekleştirdiği ön incelemenin hukuki niteliğini ve ön incelemeyi gerçekleştiren kurumun yetkisini tartışacağız.

## **I. MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI HAKKINDA KANUNUN GETİRDİĞİ SİSTEM**

Yukarıda belirttiğimiz gibi görevi sebebiyle suç işlediği iddia edilen memur ve diğer kamu görevlilerinin ceza soruşturması, ayrıca başka bir düzenleme olmadığı takdirde, 4483 sayılı Kanuna göre yapılır.

Kanunun 4'üncü maddesine göre C. savcısı, bir kamu görevlisinin göreviyle ilgili bir suç işlendiğini öğrendiğinde ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın, kamu görevlisinin bağlı olduğu makamdan soruşturma izni istemelidir<sup>16</sup>.

İlgili makam, suçun işlendiğini öğrendiğinde veya C. savcısı tarafından kendisine haber verildiğinde kamu görevlisinin yargılanması için izin verilip verilmeyeceği konusunda bir ön inceleme yapar (m. 5). Yetkili makam soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verebilir.

Soruşturma izni verilmesi yönündeki kararın kesinleşmesi üzerine dosya, soruşturma yapacak makama gönderilir. Bundan sonra soruşturma, CMK'daki kurallara göre yapılır ve savcı, kamu davasının açılmasına veya kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Görüldüğü gibi burada izin verilmeden önce, savcının yapabileceği tek şey kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten ibarettir.

Mülga Memurin Muhakematı Hakkında Kanun veya 2547 sayılı Kanunun öngördüğü sistemde, soruşturma aşamasının idari merci tarafından yapılması kabul edilmiştir. Bu sistemde yetkili merci, C. savcısının yetkilerini haiz olarak soruşturma aşamasını icra etmekte ve yeterli suç

---

<sup>16</sup> Soyaslan (n 2), 496.

şüphesinin varlığına ulaşırsa, memurun kovuşturulmasına (CMUK döneminde son soruşturmanın açılması kararı) karar vermektedir. Bu nedenle burada kamu görevlisi hakkında yapılan işlemlerin hukuki niteliği, soruşturmacının yetkileri ve koruma tedbirlerine ne ölçüde başvurabileceği hususunda bir şüphe yoktur<sup>17</sup>.

4483 sayılı Kanun, MMK döneminde kamu görevlilerinin gerek görev sırasında gerekse de görev dolayısıyla işledikleri iddia olunan suçlara uygulanması sebebiyle kapsamının genişliği, her kamu görevlisi için idarenin soruşturma faaliyetini icra etmesi sebebiyle kamu görevlilerinin kayrılmasına sebebiyet verdiği ve sürecin uzunluğunun makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçeleriyle getirilmiştir. Bu nedenden dolayı ki Kanunda, soruşturma iznine dair kararın, suçun işlendiği iddiasının yetkili merci tarafından öğrenilmesinden itibaren 30 gün içerisinde verileceği belirtilmiştir (m. 7)<sup>18</sup>.

İzin sürecinde henüz bir soruşturmanın başlamadığı, C. savcısının ifade dahi alamayacağı belirtildiğine göre, soruşturmaya geçilmesiyle sınırlı bir inceleme yapılacağı belirtilmektedir. Bu durumda izin vermeye yetkili merci, ivedilikle toplanan deliller ile suç isnadında bulunan kamu görevlisi ile ihbarda bulunan/şikayetçinin beyanlarını alıp yalnızca basit şüphenin mevcudiyetini araştıracaktır. Bu durumda 4483 sayılı Kanunda geçen ifade alma ve belge toplamayla sınırlı şekilde usul işlemlerini gerçekleştirecektir. Ancak CMK'nın 158'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına 01.02.2018 tarihinde eklenen soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararın mevcut olduğu bir sistemde, yalnızca basit şüphe ile ilgili kabul edilen idari güvence sisteminin usul ekonomisine açıkça aykırı olacağı belirtilmelidir.

İznin verilmesinin, yeterli suç şüphesine bağlanması halinde ise izni vermeye yetkili merciin, C. savcısının bütün yetkilerini haiz olduğu kabul edilmeli ve bu durumda gerçekleştirdiği işlemlerin de soruşturma işlemi olduğunu, 4483 sayılı Kanununun 6'ncı maddesinde CMK'ya yapı-

<sup>17</sup> Çalışmamızda ön inceleme ile görevlendirilen kişi terimini sürekli tekrarlamamak için kısaca soruşturmacı ibaresi kullanılmıştır.

<sup>18</sup> Yurtcan, (n. 7) 737.



lan yollama ile izin sürecinin bu şekilde yürütülmesi gerektiğini savunmak gerekecektir.

İlk görüş, kanunun getiriliş amacına daha uygundur. Zira kanunun yaptığı idari soruşturmada, izin sistemine geçiş şeklindeki değişiklik, bu amacı haizdir. Artık idari merci soruşturma yapmayacak, yalnızca soruşturmaya geçilmesi yönünde izin verecektir<sup>19</sup>. Buna karşılık 4483 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında işleme konulmayacak ihbar ve şikayetlere yer verilerek, CMK'nın 158'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına sonradan eklenen SYOK'un mevcudiyeti ile izin prosedüründe, soruşturmacının lehe ve aleyhe delilleri toplayarak bir rapor düzenlemesinin arandığı kabulüne sebebiyet verilmiştir. Nitekim aşağıda değineceğimiz bir kararda, ifade alınmadan ve savunmanın lehe delilleri göstermesine imkân vermeden rapor düzenlenmesi, hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir.

Burada belirtmek gerekir ki, CMK'nın düzenlemeleri dikkate alındığında, idari güvence sistemini kabul eden 4483 sayılı Kanuna ihtiyaç yoktur. Yargısal güvence sistemi kabul edilmelidir.

## **II. 4483 SAYILI KANUNA GÖRE YAPILACAK ÖN İNCELEMEDE SORUŞTURMACININ YETKİLERİ**

Burada yetkilerin belirlenmesi için öncelikle izin prosedürüne tabi bir suç açısından C. savcısının yapacağı işlemlerin sınırını çizmek gerekmektedir.

4483 sayılı Kanunda öngörülen şartların gerçekleştiği durumlarda, C. savcısı, kamu görevlisinin bağlı olduğu makamdan soruşturma izni verilmesini talep edecek, bu izin verilinceye kadar bekleyecektir. Savcı bu esnada sadece ivedilikle toplanması gereken ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit etmekle yetinmelidir<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> 4483 sayılı Kanunun 1'inci maddesi; 'Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir' şeklindedir.

<sup>20</sup> Çağlayan (n 1), 118.

İvedilikle toplanmasını gereken delil; toplanmadığı takdirde kaybolma ihtimali bulunan delildir. Bu hususta örnek olarak emareler veya suçun konusunu teşkil eden evrak verilebilir. Üzerinde sahtecilik fiili işlenen belge veya aslı failin evinde saklanan belge hakkında C. savcısı, keşif ve konutta arama koruma tedbirlerine başvurabilecektir. C. savcısı, bu işlemler için izni beklemek zorunda değildir. Hatta bu delillerin toplanması yükümlülüğü söz konusudur<sup>21</sup>.

Buna karşılık madde metninde, ivedilikli toplanması gereken delilin tespitinden başka hiçbir işlem yapılmayacağından bahsedilmesi sebebiyle delillerin toplanıp toplanamayacağı hususunda tereddüt oluşmaktadır. Delil tespiti, ceza muhakemesi kanunda yer alan bir kavram değildir. Bir görüşe göre burada delilin kaybolmasını engelleyecek şekilde koruma altına alınması anlaşılmalıdır<sup>22</sup>.

Kanaatimizce bir delilin kaybolmasını engelleyecek şekilde koruma altına alınması; keşfe konu deliller için ilgilinin rızaen teslimi veya arama, beyan delilleri açısından ise beyanın alınması suretiyle olur. Bu işlemler, delilin muhafazası ve toplanmasından ibarettir. Ancak tereddütlerin giderilmesi açısından madde metnindeki tespit ifadesinin değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>23</sup>. Belirtmek gerekir ki toplanması ivedilik arz etmeyen delilin, izin verilmesinden önce toplanması halinde delilin hukuka aykırılığı söz konusu olacaktır. Burada ihbar ve şikâyetle bulunulan kamu görevlisi veya memurun ifadesinin alınmayacağı açıkça zikredilmiştir (4483 sayılı Kanun m. 4/1). Ancak tanık, mağdur, müşteki veya ihbarda bulunulunun beyanının alınması, ivedilikle tesbiti gereken delil kapsamında mütalaa edilebilir. Örneğin yurt dışından Türkiye'ye tatil amacıyla gelmiş bir kişinin, kamu kurumunda yaptığı bir işlemle ilgili suçun işlendiği varsayılırsa, bu kişinin ülkesine dönmesi durumunda tekrar beyanına başvurmak mümkün olmayabilir. Bu durumda, C. savcısının bu kişinin beyanını alması gerekir.

<sup>21</sup> Şahin (n 2), 263.

<sup>22</sup> Şahin (n 2), 263; Malkoç (n 2), 79.

<sup>23</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (n 12), 785; Yurtcan (n 7), 739.

Suç haberi savcılık değil de diğer bir makam veya kamu görevlileri tarafından alınmışsa, bu takdirde durum derhal izin vermeye yetkili makama bildirilmelidir (m. 4/2).

İzin vermeye yetkili merci, Kanunun 3'üncü maddesinde tek tek gösterilmiştir.

4483 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca suç haberinin doğrudan izin vermeye yetkili merci tarafından alınması halinde de izin vermeye yetkili makam derhal bir ön inceleme başlatır<sup>24</sup>.

Bir suçun görev kapsamında işlenip işlenmediğini belirleme yetkisi, C. savcısının takdirindedir. Bu nedenle CMK'nın 158'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında açıkça; *'Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir'* hükmü düzenlenmiştir. Kural olarak sonraki genel kanun, önceki özel kanun hükmünü ilgil etmez. Ancak burada 4483 sayılı Kanunun 5'inci maddesinde yer alan düzenlemeye aykırı bir hüküm getirilmemiş, 5'inci maddede bulunan bir boşluk düzenlenmiştir. Bu nedenle ihbar veya şikâyetin incelemeye yetkili mercie yapılması halinde veya suç haberinin ilk defa bu merci tarafından öğrenilmesi durumunda, hem izin usulü için ilgili merci tarafından ön inceleme başlatılacak hem de C. savcısına derhal haber verilecektir. Kanaatimizce burada böyle bir normlar çatışması bulunmadığı için hem ön incelemenin başlatılması hem de C. savcısına haber verilmesi gerekmektedir<sup>25</sup>.

İzin verilmesi durumunda soruşturma genel kurallara göre yapılacak ve CMK'nın 170'inci maddesindeki şartlar oluştuğunda kamu davası açılacaktır. Burada öngörülen izin; *'dava şartı'dır*<sup>26</sup>. C. savcısı, 4483 sayılı Kanunun 11'inci maddesinde belirtildiği üzere soruşturma izni verildikten sonra CMK ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle soruşturmayı yürütüp sonuçlandıracaktır. Elbette ki burada kamu davası açabileceği gibi kovuşturmaya yer olmadığı kararı da verebilir.

<sup>24</sup> Yurtcan (n 7), 741; Gözler, Kaplan (n 19), 670.

<sup>25</sup> Şahin (n 2), 261.

<sup>26</sup> Centel, Zafer (n 5), 683.

5'inci maddenin 3'üncü fıkrasına göre; izin vermeye yetkili merci, ön incelemeyi bizzat yapabileceği gibi bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur veya kamu görevlilerinden biri veya birkaçını görevlendirebilir.

İncelemenin ilgili merci tarafından yapılması öngörüldüğünden; inceleme yapacak kişilerin, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinden belirlenmesi gerekir. Ancak işin özelliğine göre incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını talep etme hakkı da tanınmıştır. Hem ön inceleme hem de ön inceleme gibi ceza muhakemesine ait bir kurumun tatbikinde kural olarak hukukçunun yer almaması eleştirilmiştir<sup>27</sup>.

5'inci maddenin 4'üncü fıkrasına göre; yargı mensupları ile yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerler, başka mercilerin ön incelemelerinde görevlendirilemez.

Şayet birden fazla kamu görevlisi, suçu iştirak halinde işlemişlerse en üst dereceli kamu görevlisinin bağlı olduğu makamdan izin alınır ve bunlar üst düzey kamu görevlisinin yargılandığı mahkemede yargılanır (m. 10).

Yine memur veya kamu görevlisi ile sivil kişi suçu iştirak halinde işlemişse, kamu görevlisi ile kamu görevlisi olmayan kişi aynı mahkemede yargılanır. Ancak uygulamada soruşturma aşamasında sivil kişinin soruşturması, savcılıklarda genel soruşturma bürosu tarafından yürütülürken, hakkında izin alınması gereken kamu görevlisinin soruşturması memur suçlarına bakan C. Savcısı tarafından yürütülmektedir. 4483 sayılı Kanununun 10'uncu maddesinde, sivil kişi ile memurun, ast ile üstün iştirak halinde işlediği suçların yargılamaşının aynı mahkemede yapılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak soruşturma aşamasında dosyaların farklı C. savcıları tarafından yürütülmesi sebebiyle, çelişki doğabilmektedir. Örneğin memur hakkında izin verilmemiş olmasına rağmen, memur olmayan fail veya şerik hakkında iddianame tanzim edilmesi gündeme gelebilmektedir<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Soyaslan (n 2), 492.

<sup>28</sup> '4483 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi ile de, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11'inci maddesinin (d) bendi, Teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyelerinin görevle-

Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciiin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar. Bilindiği üzere CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra CMUK'a atıf yapılan yollamalar hakkında CMK'nın ilgili hükümleri uygulanır (5320 Sayılı Kanun, m.3). C. savcısının, kaybolma ihtimali bulunan delilleri haricinde hiçbir delili toplamadan dosyayı izin vermeye yetkili mercie gönderdiği dikkate alındığında, ön inceleme ile görevlendirilen kişilerin yapacağı soruşturma işlemlerinin mahiyeti önem arz etmektedir.

Öncelikle ön incelemeyi yapacak soruşturmacının, dava şartı gibi kamu davasının açılması için mevcudiyeti gerekli diğer unsurları da dikkate alacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle soruşturmacının delil toplama, suç şikâyete tabi ise şikâyet şartının gerçekleştiğini araştırma, memur veya kamu görevlisinin savunmasını alma gibi işlemlerin tamamını yapma yetkisi vardır. Başta hakkında izin talep edilen kişi olmak üzere, tanıklar, mağdur ve muhbirin dinlenmesi hem bir yetki hem de yükümlülüktür<sup>29</sup>. Yargıtayın bir kararında, savunma hakkı kısıt-

---

*rini icra sırasında işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları, ilgili bakanın iznine bağlı olup; bu konuda Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Hükmümleri uygulanır şeklinde değiştirilmek suretiyle, sadece teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyeleri hakkında 4483 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Bu yasal düzenleme karşısında, 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelere tabi bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Türkiye ... Bankası A.Ş.'nin genel müdür ve yönetim kurulu üyeleri dışında kalan personelinin 4483 sayılı Kanun kapsamında olmadığı ve haklarında genel hükümlere göre kovuşturma yapılması gerektiği açıktır. Öte yandan, 4483 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde, bu kanun kapsamındaki suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda memur olmayanın memur olanla, ast memurun üst memurla aynı mahkemede yargılanacakları belirtilmekte ise de, bu hüküm yargılama safhasını düzenlemekte olup, 4483 sayılı Kanun'a tabi olmayanların da kanuna tabi personel ile birlikte suç işlemleri halinde bu kanuna tabi olmalarına ve soruşturulmalarına imkan vermemektedir' **Danıştay 2. D., 28.11.2000 t., 3172/3988.** Ayrıca bkz: Selçuk (n 2), 113, kn.102.*

<sup>29</sup> Selçuk (n 2), 113, kn.103.

lanarak hakkında ön inceleme yapılan kişinin ifadesinin alınmaması, soruşturmacı açısından görevi kötüye kullanma suçundan kamu davası açılmasını gerektirir nitelikte addedilmiştir<sup>30</sup>.

İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan 11.02.2000 tarihli yönergenin 17'nci maddesinin 2'nci fıkrasında bu durum; '*Ön inceleme sırasında zamanlaşımı, af ve ölümler gibi durumların ortaya çıkması halinde, bu husus özellikle belirtilerek "Soruşturma İzni Verilmemesi" önerisinde bulunulur*' şeklinde ifade edilmiştir<sup>31</sup>. Belirtmek gerekir ki koruma tedbirleri temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiğinden, kanunun sınırları yönerge ile genişletilemez.

Savunmanın alınması yükümlülüğü, beraberinde savunmanın lehine olan delillerin de toplanmasını gerektirir. Savunmanın beyanı, en önemli delil kaynaklarından olduğu gibi, burada ileri sürdüğü delil ve emareler de şüphenin yenilmesi açısından önem arz eder.

Delillerin toplanması, rızaen teslim edilen ve muhafaza altına alınan deliller dışında ancak koruma tedbirleriyle mümkündür. Hakkında isnatta bulunulan kişinin beyanının alınması açısından başvurulabilecek koruma tedbiri, zorla getirme ve buna rağmen gelmezse yakalamadır. Beyan delilleri dışındakiler açısından ise keşif, bilirkişi incelemesi, arama ve elkoyma söz konusudur.

<sup>30</sup> 'Dosya kapsamına göre, şüphelilerden ... hakkında verilen karar yerinde görülmele birlikte, maarif müfettişi şüpheli ...'ın 4483 sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 6. maddesine aykırı olarak müşteki ... hakkındaki ön inceleme sırasında müştekinin ifadesini almamak suretiyle, hakkında yapılan işlemde müştekinin bilgi sahibi olmasını ve savunma hakkını engellediğinin anlaşılması karşısında, toplanan delillerin şüpheli hakkında kamu davası açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu ve bu delillerin mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli, 27/04/2017 gün ve 94660652-105-10-11325-2016-Kyb sayılı Kanun yararına bozmaya atfen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan tebliğname ile Daireye ihbar ve dava evrakı ile birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü: Kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderعاتı yerinde görüldüğünden talebin kabulü ile Balıkesir 2. Sulh Ceza Hakimliğince verilen 13/06/2016 tarihli ve 2016/1090 değişik iş sayılı kararın CMK'nın 309. maddesi uyarınca **BOZULMASINA' Yarg. 5. C.D., 11.09.2017 t., 3121/3298.**

<sup>31</sup> Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun Uygulanması İle İlgili Olarak İçişleri Bakanlığınca Yürütülecek İşlemlere İlişkin Yönerge.

Bir görüşe göre burada C. savcısının bütün yetkileri, ön incelemeyi gerçekleştiren soruşturmacıya tanınmaz. Ön incelemenin amacıyla sınırlı şekilde bu yetkiler kullanılabilir. Bu kapsamda örneğin soruşturmacı, hâkimden tutuklama talep edemez<sup>32</sup>.

Gerçekten de izin prosedürünün, ivedilikle ifa edilmesi gereken ve basit nitelikteki ihbarları eleme işlevini haiz bir usul olduğu, yeterli suç şüphesine yönelik bir araştırma yapılmadığı kabul edildiği takdirde bu görüş yerindedir. Bu nedenle yukarıdaki görüşü, 'olması gereken' şeklinde nitelendirmek mümkündür. Ancak gerek kanun sistematığı gerekse de soruşturmacıya tanınan yetkiler, bu kabule olanak sağlamamaktadır. 4483 sayılı Kanun, MMK ile yargısal güvence sistemi arasında kalmış, karma nitelikte bir usul öngörmektedir. Bir yandan kısa bir süre içerisinde C. savcısı tarafından ivedilikle toplanmış deliller ve ilgili memur/kamu görevlisinin beyanı dikkate alınarak derhal izin hususunda bir karar verilmesi arzu edilmiş iken (ayrıca MMK'ya göre suçların kapsamı da daraltılmıştır) diğer yandan soruşturmacının bütün delilleri toplaması ve bu sırada C. savcısının hiçbir işlem yapamaması da adeta yeterli suç şüphesine yönelik lehte ve aleyhte bütün delillerin izin sürecinde dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir.

Soruşturmacının yetkilerinde atf yapılan bakanlık müfettişlerinin yetkilerine dair Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü'nün 16'ncı maddesinde, müfettişlerin belge asıllarını alabileceği, soruşturma yapılan birim ve kuruluşun müfettişin gerektiği gibi çalışabilmesi için uygun bir yer sağlamak ve diğer tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Zehreddin Aslan/Halil Altındağ, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, (5. Baskı Ankara Seçkin Yayıncılık 2023), 178.

<sup>33</sup> İlgili madde şu şekildedir: 'Müfettişler, yürüttükleri hizmet yönünden gerekli gördükleri bilgileri, defter, evrak ve belgeleri, teftiş, denetleme, inceleme, araştırma ve soruşturma yaptıkları birim ve kuruluşlardan istemek ve görmek, bunların onaylı suretlerini, bir yolsuzluğun delilini meydana getirenlerin asıllarını almak, kasa, depo ve ambarları incelemek ve saymak, bunları mühürlmek, inceleme ve sayma işlerinde yardım talebinde bulunmak, gerektiğinde diğer kamu idare ve kurumlarıyla gerçek ve tüzel kişilerden bilgi ve belge istemek yetkisine sahiptirler. İlgililer, müfettişlerin bu isteklerini geciktirmeden yerine getirmek ve sorularını cevaplamakla mükelleflerdir. Asılları alınan belgelerin müfettişlerin mühür ve imzasıyla tasdik edilmiş suretleri, dosyasında saklanmak üzere, alındığı yere verilir. Teftiş, denetleme,

Nitekim Yönergenin 'Ön İncelemede Usule İlişkin İşlemler' başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen 20. ve devamındaki maddelerde; keşif, bilirkişi incelemesi, istinabe, üstte ve konutta arama gibi bütün koruma tedbirlerinin soruşturmacı tarafından gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir<sup>34</sup>.

Bu açıklamalar ışığında delillerin toplanması ve muhafazası noktasında CMK'nın C. savcısına tanıdığı bütün yetkilerin soruşturmacı tarafından da kullanılabilmesini kabul etmek gerekir. C. savcısının, acil toplanması gereken deliller haricinde hiçbir işlem yapmadan dosyayı ön incelemeye göndereceği de dikkate alındığında, hakkında ön inceleme yapılan kişinin lehine ve aleyhine olan delillerin ivedilikle toplanması gerekecektir. Bu nedenle tıpkı C. savcısı gibi, soruşturmacı da koruma tedbirlerine başvurabilecek, ilgili kurum ve kuruluşlardan bilgi veya belgeleri talep edebilecek, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırabilecektir. Kanunun 6'ncı maddesinde ön inceleme ile görevlendirilen kişilerin, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olduğu ve kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK hükümlerinin tatbik edileceği şeklindeki düzenleme bunu gerektirir<sup>35</sup>.

Bu meyanda şöyle bir farazi örnek vermek gerekir. Bir kamu kurumunun, bünyesinde çalışan bir kamu görevlisinin sahte fatura düzenlendiği iddiasıyla yetkili mercie haber vermesi üzerine başlayan izin prosedüründe, soruşturmacı, ilgili faturaların asıllarını isteyebilir ve hatta fatura aslı olmadan yapılacak inceleme, eksik soruşturma niteliğinde olacağından istemekle yükümlüdür. Bu durumda ilgili kurumun, fatura asıllarını ancak C. başsavcılığına teslim edebileceği şeklinde cevap müzekkeresi yazması halinde, rızaen teslim edilmeyen bu faturalarla ilgili

---

*inceleme, araştırma ve soruşturma yapılan birim ve kuruluşların yöneticileri, hizmetin gereği gibi yürütülebilmesi için, müfettişlere, görevleri süresince uygun bir yer sağlamak ve diğer tedbirleri almak zorundadırlar'.*

<sup>34</sup> Örneğin 'Zapt ve arama' başlıklı 27. Madde şu şekildedir: 'Ön inceleme ile görevlendirilenler, çalışmaları sırasında, gecikmesinde sakınca görülen hallere münhasır olmak üzere, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin üst ve konutunun aranması, özel haberleşmesine ilişkin mektup, telgraf ve diğer gönderileriyle eşyanın zapt edilmesinin gerektiği takdirde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 86.-103. maddeleri hükümlerine göre hareket ederler'.

<sup>35</sup> Malkoç (n 2), 87; Çağlayan (n 1), 123.



soruşturmacı, arama ve elkoyma koruma tedbirlerine başvurabilecektir. Bunun için C. savcısından talepte bulunulabileceği gibi doğrudan sulh ceza hakimliğine de başvurulabilir. C. savcısının, bu talebi reddetmesi halinde, bu karara karşı nasıl bir yol izleneceği kanunda öngörülmemiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki burada, ilgili istemi yerine getirmeyen kamu görevlileri açısından görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257) de söz konusu olup, 161'nci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca doğrudan soruşturma işlemleri gerçekleştirilir.

Kamu davasının açılmasında ve soruşturmanın yürütülmesinde takdir yetkisi yine C. savcısına aittir. Hak arama hürriyeti ve idarenin temel hak ve hürriyetlere keyfi şekilde müdahalesinin önlenmesi için bir suçun işlendiğine dair yeterli suç şüphesi varsa, en kısa sürede deliller toplanmalı, kamu davası açılmalıdır. Bu kapsamda 4483 sayılı Kanunda ön incelemenin 30 gün içerisinde tamamlanması, bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir (m. 7). Bu süre, suç haberinin doğrudan izin vermeye yetkili idari merci tarafından öğrenilmesi halinde bu tarihten, C. savcısı tarafından alınan suç haberine istinaden yetkili mercie yazı yazılması halinde, bu yazının tebellüğ edildiği tarihten başlar. Aksi takdirde henüz suç haberini almamış soruşturmacının süresinin başladığını kabul etmek gerekir ki bu da kanunun mantığıyla bağdaşmaz. Burada bir zorunluluk öngörülmesine rağmen uygulamada bu süreye riayet edilmediği, dava zamanlaşımının ön inceleme sebebiyle dolmasına dahi sebebiyet verildiği görülmektedir<sup>36</sup>.

İçtihatlarda, sürenin başlangıcı olarak, yetkili merci tarafından suç haberinin alınması değil, ön inceleme emrini verdiği tarih esas alınmaktadır<sup>37</sup>. Bizim de iştirak ettiğimiz görüş ise 3'üncü maddede ön inceleme yetkisinin kişilere verilmesi sebebiyle, bu sürenin, yetkili kişi tarafından suç haberinin alınmasıyla başlayacağı yönündedir<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Aslan/Altındağ, (n. 29) 184; Şahin, (n. 2) 260.

<sup>37</sup> Saadettin Güzel, '4483 Sayılı Kanun Kapsamında Yetkili Mercinin Soruşturma İzni Konusundaki Kararı ile Bu Karara İtiraza İlişkin Hükümlerin Süre Yönünden Değerlendirilmesi', Hacettepe HFD, 12(2), 2022, ss. 2082-2110, 2090; AYM [GK], 11.11.2015, 2013/2105 Bireysel Başvuru No, Afıtap Salman Başvurusu, Kn. 31.

<sup>38</sup> Güzel, (n. 30), 2094.

Ön inceleme birden çok kişi tarafından yapılmışsa, farklı görüşler raporda gerekçeleriyle ayrı ayrı belirtilir.

Yetkili merci bu rapor üzerine soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunludur.

Kanun açıkça hüküm bulunmama ile birlikte ön inceleme sonucunda düzenlenen raporun içerdiği görüş, izin vermeye yetkili makam açısından bağlayıcı değildir.

Soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin karar; savcılığa, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirilir.

#### IV. KANUN YOLU

4483 sayılı Kanununun 9'uncu maddesinde izin verilmesi veya verilmemesi halinde bunlara yapılacak itiraz düzenlenmiştir. Buna göre soruşturma izni verilmesine ilişkin kararlara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi, soruşturma izni verilmemesine dair kararlara karşı C. savcısı veya şikayetçi itirazda bulunabilir<sup>39</sup>.

İtirazı incelemeye yetkili merci; 3'üncü maddenin (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay İdari Dairesi, diğerleri için ise yetkili merceğin yargı çerçevesinde bulunduğu bölge idare mahkemesi olarak gösterilmiştir<sup>40</sup>. Ceza muhakemesi ve ceza hukukuyla ilgili bir usulün idari işlem sayılarak idare mahkemesince karara bağlanması isabetli değildir<sup>41</sup>.

İtiraz süresi, 10 gündür. İtiraz üzerine verilen karar, kesindir(4483 S.K., m. 9/4).

Soruşturma izninin verilmesine dair kararın kesinleşmesi veya verilmemesine rağmen itiraz üzerine bu kararın kaldırılarak itiraz merceği tarafından soruşturma izni verilmesi halinde dosya derhal yetkili ve görevli C. Basavcılığına gönderilir. Bu karar ile artık genel hükümlere göre

---

<sup>39</sup> Soyaslan (n 2), 498.

<sup>40</sup> Gözler, Kaplan (n 19), 671.

<sup>41</sup> Soyaslan (n 2), 492.

soruşturma yürütülür. 12'nci maddede, genel hükümlere göre yetkili ve görevli C. Başsavcılığının istisnaları gösterilmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Bakan yardımcıları ve valiler ile ilgili olarak yapılacak olan hazırlık soruşturması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcivekili, kaymakamlar ile ilgili hazırlık soruşturması ise il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcivekili tarafından yapılır<sup>42</sup>.

## SONUÇ

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin öngörülen izin usulünün, idari güvence sistemine dayandığını belirtmiştik. Gelişmiş bir hukuk devletinde yargısal güvence sisteminin benimsenmesi gerekir. Hakim ve savcı gibi bağımsızlığı Anayasa ile teminat altına alınan ve keyfi ceza soruşturmalarına tabi tutulmasında sakınca bulunan sınırlı sayıdaki kamu görevlisi haricinde bu kadar geniş bir özel muhakeme usulünün kabul edilmesinin sakıncalı olduğu kanaatindeyiz.

4483 sayılı Kanun, kendisinden önce yürürlükte olan MMK'ya göre ileri bir adımdır. Zira burada ön inceleme yapmakla görevli idarenin, soruşturmayı değil yalnızca ön incelemeyi yürütmesi öngörülmüştür. Kamu davasının açılmasında ve soruşturmanın yürütülmesinde takdir yetkisi yine C. savcısına aittir. Hak arama hürriyeti ve idarenin temel hak ve hürriyetlere keyfi şekilde müdahalesinin önlenmesi için bir suçun işlendiğine dair yeterli suç şüphesi varsa, en kısa sürede deliller toplanmalı, kamu davası açılmalıdır. Bu kapsamda 4483 sayılı Kanunda, ön inceleme sonucunda verilen kararın gerekçeli olması ve ön incelemenin 30 gün içerisinde tamamlanması yönündeki düzenleme isabetlidir. Ancak uygulamada, bu süreye riayet edilmediği, dava zamanaşımının ön inceleme sebebiyle dolmasına dahi sebebiyet verildiği görülmektedir.

Kanunda ihbar ve şikâyette bulunulan kamu görevlisi veya memurunun ifadesinin C. savcısı tarafından alınmayacağı açıkça zikredilmiştir (4483

<sup>42</sup> Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırt, Alan Akcan, Özyayın, Erden Tütüncü, Altınok Villemin, Tok (n 12), 796.

sayılı Kanun m. 4/1). Ancak tanık, mağdur, müşteki veya ihbarda bulunanın beyanının alınması, ivedilikle tespiti gereken delil kapsamında mütalaa edilebilir. Örneğin yurt dışından Türkiye'ye tatil amacıyla gelmiş bir kişinin, kamu kurumunda yaptığı bir işlemle ilgili suçun işlendiği varsayılırsa, bu kişinin ülkesine dönmesi durumunda tekrar beyanına başvurmak mümkün olmayabilir. Bu durumda, C. savcısının bu kişinin beyanını alması gerekir.

Kanunda, ön incelemeyi yapacak kişilerin yetkisinin daha açık şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. İzin vermeye yetkili merciin delil toplama yetkisinin ayrıntılı şekilde düzenlenmesi, uygulamada yaşanacak sorunları bertaraf edecektir.

İzin vermeye yetkili merci tarafından belirlenen soruşturmacının, ifade alabileceği, belge ve delilleri inceleyebileceği belirtilmesine rağmen bu işlemleri ne şekilde yapacağı, hangi koruma tedbirlerine başvurabileceği ve buna ilişkin hakim kararı gereken hallerde ne şekilde hareket edileceği kanunda düzenlenmemiştir. 4483 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK'ya atıf yapıldığı nazara alındığında soruşturmacının, henüz soruşturma safhasına geçilmemiş olmasına rağmen C. savcısıyla aynı yetkileri haiz olduğu anlamı çıkmaktadır.

MMK'nın yürürlükten kaldırılma gerekçelerinden birini teşkil eden; soruşturmanın C. savcısı tarafından yapılması gereği dikkate alındığında, izin sürecini filtre işlevi gören basit bir idari prosedür şeklinde nitelendirmek gerekmektedir. Bu nedenle soruşturmacının, ivedilikle toplanması gerektiği için C. savcısı tarafından tespit edilmiş (toplanmış) deliller, memur veya kamu görevlisinin ifadesi, ihbar eden/müştekinin beyanları ile belge delilleri mucibince bir sonuca varması gerektiği kanaatindeyiz. Belge delilleri açısından ise koruma tedbirlerine başvurulabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak soruşturmacının yeterli suç şüphesine yönelik soruşturma aşamasını kemale erdirecek şekilde yetkili olduğu söylenemez.

## KAYNAKÇA

- Akgüner T, Kamu Personel Yönetimi, (İstanbul 1998).
- Altındağ H, Tunç K, '4483 sayılı Kanunda Yer Alan "Görev Sebebiyle İşlenen Suç" Kavramı', (2020), 15 (170), Terazi Hukuk Dergisi, 2010-2019.
- Aras B, 'Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulanacak Usul ve Esaslar', (2022), 71 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 207-279.
- Aslan Z./Altındağ H., Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, (5. Baskı Ankara Seçkin Yayıncılık 2023).
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E, Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022).
- Çağlayan R, 'Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanununun Hakkında Genel Bir Değerlendirme', (2003) 7 (1-2) AÜEHFD, 105.
- Centel N, Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Bası, Beta, İstanbul, 2018).
- Centel N, 'Zimmet Suçu (TCK m.247)', (2019), 21 (Özel Sayı), D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 2779-2800.
- Dönmez B, 'Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu', (2017) 19 (Özel Sayı), D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 2727-2748.
- Erkenci, Hüseyin, 'Memurun Muhakemat-ı Hakkında Kanunu Muvakkat Üzerine Düşünceler', TBB Dergisi, S. 1, 1999.
- Gökcan H T, Görevi Kötüye Kullanma Zimmet – İrtikap – Rüşvet ve Denetim Görevini İhmal Suçları (Adalet Yayınevi, Ankara, 2022).
- Gözler K, Kaplan G, İdare Hukuku Dersleri (11. Baskı, Bursa 2011).
- Koca M, Üzülmöz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022).
- Malkoç İ, Açıklamalı- Gerekçeli Memur Yargılaması (Ankara, 2000).
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Sırma Gezer Ö, Saygılar Kırıt Y F, Alan Akcan E, Özyayın Ö, Erden Tütüncü E, Altınok VILLEMIN D ve Tok M C, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021).
- Şahin İ, '4483 Sayılı Kanunda Öngörülen Ön İnceleme Görevlisinin Yetkileri Ve Bu Çerçeve İzin Sisteminin Gerekliliği Hakkında Değerlendirme', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2015) XIX (3), 249-320 Selçuk S, Memur Yargılaması Hakkında, (TÜSİAD, 1997).
- Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku, (4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010).
- Tezcan D, Erdem M R, Önok M, Ceza Özel Hukuku, (18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020).

Ünver Y, Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku (18. Baskı, Adalaet Yayınevi, Ankara, 2021).

Yenisey F, Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, (9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021).

Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku, (16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019)

Zafer H, 'Görevi Kötüye Kullanma Suçu' (2019), 25 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1557-1587.

### **İnternet Kaynakları**

Şen E, 'Örgüt Üyeliği Suçüstü Hali Sayılabilir mi?', <https://www.hukuk-ihaber.net/orgut-uyeligi-sucustu-hali-sayilabilir-mi-makale,6680.html>, Erişim Tarihi: 31.12.2023.

# TEMEL BİR İNSAN HAKKI MI YOKSA BİR LÜKS MÜ? HÜKÜMLÜLERİN İNTERNETE ERİŞİM HAKKININ AİHM KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Dr. Ezgi ÇIRAK KARALI\*

## ÖZET

Toplumsal hayattaki değişimle birlikte insan hakkı kategorilerinin gelişimi de kaçınılmaz olmaktadır. 2000'li yılların başına kadar bir gereklilikten ziyade lüks olarak görülen, sadece pahalı olması değil, karmaşık görülmesiyle de yaygınlaşamayan internet, günümüzde sunduğu olanaklar olmaksızın insan faaliyetlerinin yürütülmesinin oldukça zor olduğu bir araç haline gelmiştir. Bilgiye erişme, uzaktakilerle iletişimde kalabilme gibi kolaylıkların yanında bir iş/üniversite başvurusu yapabilmek için dahi internetin gerekliliği dikkate alındığında, internete erişim hakkının temel insan hakları arasında yer alması görüşü ağırlık kazanmıştır. İnternete erişimin önemi konusundaki son şüphe kıvrıntıları da COVID-19 salgını zamanında dijitalleşmeye olan ihtiyaç ve yaşanan gelişmelerle ortadan kalkmıştır.

İnternete erişimin, bir hak olarak tanınmasının insan hakları nosyonunu değersizleştirebileceği yönünde azınlıkta olan bir görüş bulunmaktadır. Ancak ağırlıklı görüş, internete erişimin ya ayrı bir hak olarak tanınması ya da ifade özgürlüğü, haberleşme hakkı gibi diğer temel hakların alt kategorisi olarak değerlendirilerek tanınması gerektiği yönündedir. Nitekim internete erişim birçok ülkede evrensel hizmet kapsamına alınmıştır ve hukuki bir zemine oturtularak devletlere kaynakları ölçüsünde internete erişimi sağlaması yönünde pozitif yükümlük getirilmiştir. Uluslararası alanda ise BM İnsan Hakları Konseyi ve Avrupa Konseyi raporlarında internete erişim hakkının önemi vurgulanmaktadır.

Hükümlülerin internete erişimi hem ulusal hem de uluslararası düzeyde tartışmalı bir konudur. İnternete erişim hakkının engellenmesi hükümlüler açısından

---

\* Arş. Gör. Dr. İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, e-posta: ezgi.cirak@ieu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0342-7504.

dan bir tür sosyal dışlama aracına dönüşebilecektir. Nitekim modern infaz hukuku sisteminin temel amacı hükümlünün suç işlemesini engellemek ve yeniden sosyalleşmesini sağlayarak, toplumsal yaşama uyumunu kolaylaştırmaktır. Hükümlülerin belli sınırlamalar dâhilinde internete erişiminin sağlanması infaz sisteminin amaçlarının, önemli araçlarından biridir. Modern infaz sisteminin karşılaştığı pratik zorluklar burada daha keskin bir şekilde görülmektedir zira bir yandan kurumların haklı güvenlik çıkarları ile diğer yandan hükümlülerin başarılı bir şekilde yeniden sosyalleşmesi arasındaki denge özel bir şekilde dengelenmelidir. Örneğin bu amaçla Avrupa Cezaevi Kuralları, modern teknoloji hizmetlerinin ücretsiz olarak sağlanmasının hükümlülerin sosyal düzen ile bağı bakımından önemi nedeniyle revize edilmiştir. Türk hukukunda ise 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nda hükümlülerin internet olanaklarından yararlanma hakkı radyo ve televizyon hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. Bunun yanında infaz kurumlarına ilişkin yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerle internete erişim hakkına yönelik düzenleme ve uygulamalar olduğu görülmektedir.

Hükümlülerin internete erişim hakkına müdahale edildiği gerekçesiyle AİHM'de görülen pek çok dava bulunmaktadır. AİHM önüne gelen davalarda orantılılık testi uygulayarak, bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanmasında kanunla öngörülme, meşru bir amaca hizmet etme ve demokratik toplumun gerekliliklerine uygun olma ölçütleri çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Hükümlülerin internete erişim hakkına ilişkin güncel AİHM kararlarındaki değerlendirmelerin incelenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Hükümlü, hükümlü hakları, internete erişim, ifade özgürlüğü, AİHM

## **A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT OR A LUXURY? EVALUATION OF PRISONERS' RIGHT TO ACCESS TO THE INTERNET IN THE LIGHT OF ECTHR DECISIONS**

### **ABSTRACT**

Changes in society inevitably lead to the development of categories of human rights. Until the early 2000s, the internet was considered a luxury rather than a necessity, and was limited in use not only because it was expensive, but also because it was considered complex. Since then, however, has become a tool without which would be almost impossible to carry out human activities. The



internet has become a necessity for applying for jobs and education, and for accessing information and staying in contact across distances, thus, providing support for the view that the right to access the Internet should be included among fundamental human rights. The last shreds of doubt about the importance of access to the Internet disappeared with the increased digitalization triggered by the COVID-19 pandemic.

A minority opinion considers that regarding access to the Internet as a right may devalue the whole notion of human rights. However, the predominant opinion is that access to the Internet should be recognized either as a separate right, or as a sub-category of other fundamental rights, such as freedom of expression and the right to communication. In fact, access to the Internet is included within the scope of universal service in many countries, and states are under a positive obligation to provide such access to the extent of their resources. In the international context, the importance of the right to access the Internet is emphasized in the reports of the UN Human Rights Council and the Council of Europe.

Prisoners' internet access is a controversial issue at both national and international level. Prevention of the right to access the internet may emerge as an instrument of social exclusion for prisoners. In fact, the main purpose of the modern execution law system is to prevent the prisoner from committing a crime and to facilitate his/her adaptation to social life by ensuring his/her re-socialization. Providing prisoners with access to the internet, within certain limitations, is an important tool for attaining the objectives of the execution system. . The practical challenges facing the modern execution system are more acute here, as the balance between the legitimate security interests of institutions on the one hand and the successful re-socialization of prisoners on the other must be balanced especially. For instance, the European Prison Rules have been revised given the importance of the free provision of modern technological services for prisoners' connection to the social order. In Turkish law, the right of prisoners to use internet facilities is regulated together with the right to radio and television in the Execution Law No. 5275. In addition, it is seen that there are regulations and practices regarding the right of access to the Internet in the regulations and other regulatory procedures regarding the execution institutions.

There are many cases the ECtHR on the grounds of interference with prisoners' right to access the internet. The ECtHR applies the proportionality test in such cases and evaluates the restriction of a fundamental right and freedom ba-

sed on three criteria: being prescribed by law, pursuing a legitimate aim, and being in accordance with the requirements of a democratic society. This study therefore examines the findings in recent ECtHR judgements regarding prisoners' right of access to the internet.

**Keywords:** Prisoner, prisoner rights, access to internet, freedom of expression, ECHR

## GİRİŞ

İnternetin hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmesiyle birlikte, internete erişimin bir insan hakkı olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmalar başlamıştır. İnternete erişim sağlayabilen ve sağlayamayanlar arasında "dijital bir uçurum" olduğu, internete erişime sahip olmayanlar açısından bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından eşitsizliklerin doğduğu görülmektedir. Pek çok uluslararası kuruluşun tavsiye kararlarında ve raporlarında internete erişimin önemi vurgulanmaktadır. Bazı ülkelerde ise internete erişim hakkı anayasa ya da yasalarda düzenlenmeye başlamıştır. Bununla birlikte ceza infaz kurumlarında bulunan ve bazı hakları kısıtlanmış hükümlülerin internete erişim hakkı tartışmalı bir konudur.

Modern infaz sisteminde, hükümlülerin cezasını çekerken bir yandan da ıslah olması ve yeniden salıverilme sonrasında toplumsal hayata ve kurallara uyum sağlayarak sosyalleşmesi için gerekli önlem ve tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu bağlamda hükümlülerin sınırlı da olsa internete erişim sağlaması gerekmektedir. Ancak diğer yandan da hükümlülerin internete erişimi infaz kurumlarının güvenliği bakımından endişeler ve riskler barındırmaktadır. Bazı ülkelerin infaz kanunlarında hükümlülerin haberleşme hakkı kapsamında internete erişimlerine sınırlı olarak izin verildiği görülmektedir. Ancak sınırlı olarak tanınmış bu hakkın uygulanmasına ilişkin ihtilaflar yaşanmaktadır. Nihayetinde bir temel hak ve özgürlük kapsamında değerlendirilen bu hakkın kullanılamaması halinde bir hak ihlali oluşmaktadır. Bir ihlal iddiasını ilişkin iç hukuktaki tüm çözüm yolları tüketildikten sonra Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapılabilmektedir. Bu çalışmanın özünü hükümlülerin internete erişim hakkının ihlaline ilişkin olarak AİHM önüne giden kararların incelenmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda öncelikle genel olarak internete erişim hakkı ve hükümlülerin internete erişim hakkı değerlendirildikten sonra ilgili AİHM kararları kronolojik sırayla incelenecektir.

## I. İNTERNETE ERİŞİM HAKKINA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

İnternete erişimin bir hak olarak tanınmasına ilişkin sürdürülen tartışmalarda azınlıkta olan bir görüş internete erişimin ayrı bir hak olarak tanınmayacağı yönünde olsa da genel kabul internete erişimin ya ayrı bir hak olarak tanınması ya da ifade özgürlüğü ya da haberleşme hakkı gibi diğer temel hakların bir alt kategorisi olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir.

İnternete erişimin ayrı bir hak olamayacağını savunan yaklaşım insan haklarını “negatif statü haklar” bağlamında değerlendirmekte ve devletin bireylere sağlamakla yükümlü olduğu çalışma hakkı, sağlık hakkı gibi pozitif statü haklarını göz ardı etmektedir<sup>1</sup>. Bir başka görüş ise temel haklar listesine yapılacak eklemelerin insan hakları nosyonunu değersizleştirebileceği endişesi ile internete erişimin, ifade özgürlüğünün bir alt kategorisi olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağını ifade etmektedir<sup>2</sup>.

İnsan hakları kategorileri toplumsal hayatın ve teknolojinin değişip gelişmesiyle değişiklik göstermektedir. Sanayileşmeyle birlikte pozitif statü hakların doğması<sup>3</sup> gibi, bilişim teknolojilerinin gelişmesiyle birlikte yeni hak kategorilerinin de gelişmesi mümkündür<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> MATHIESEN, Kay: “Human Rights for the Digital Age,” *Journal of Mass Media Ethics*, C. 29, S. 1, 2014, s.6; SKEPYS, Brian: “Is There a Human Right to the Internet?,” *Journal of Politics and Law*, C. 5, S. 4, 2012, s. 15; DE HERT, Paul/KLOZA, Dariusz: “Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework?,” *European Journal of Law and Technology*, S. 3. C. 3, 2012, s.3.

<sup>2</sup> AYAZ, Taner/ İŞIKLI, Şevki: “Bir İnsan hakkı Olarak İnternet Erişimi: Herkes İçin İnternet Tartışması,” *Uluslararası Bilişim, Teknoloji ve Felsefe Dergisi*, C.4, 2020, s.9.

<sup>3</sup> ALGAN, Bülent: *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, 1. Baskı, Ankara 2007, s.37.

<sup>4</sup> YÜKSEL, İsmail: “İnternete Erişim Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, 2022.

Uluslararası alanda internete erişim hakkı açısından en dikkat çekici adım, BM İnsan Hakları Konseyi<sup>5</sup> tarafından sunulan raporlarda gündeme gelmiştir. Düşünce ve ifade özgürlüğünün geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin, İnsan Hakları Konseyi'ne sunulan 16 Mayıs 2011 tarihli raporda, ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi bir araç olarak internetin; devletlerin internete evrensel erişimi sağlamak için etkili politikalar geliştirme taahhüdünü üstlenmeleri halinde amacına hizmet edebileceği ifade edilmiştir. Bu raporda somut politikalar ve eylem planları olmaksızın, internet sadece belirli bir elit kesimin erişebildiği teknolojik bir araç haline gelerek "dijital uçurum" doğuracağından, internete erişimin önemine dikkat çekilmiştir. Raporda ekonomik kalkınmayı ve bir dizi insan hakkından yararlanmayı kolaylaştıran internete erişim olmadan, marjinal grupların ve gelişmekte olan devletlerin dezavantajlı bir durumda kalmasından ve böylece hem devletler içinde hem de devletler arasında eşitsizliğin devam etmesinden endişe duyulduğu ifade edilmiştir<sup>6</sup>. BM İnsan Hakları Konseyi'nin 2012 yılındaki oturumunda ise tüm ülkelerin oybirliği ile ifade özgürlüğü başta olmak üzere, "*bireylerin sahip olduğu tüm hakların çevrimiçi olarak da korunacağı*" yönünde karar alınmış, bu karar sonraki oturumlarda da ifade edilmiştir<sup>7</sup>. İlerleyen yıllardaki oturumlarda ise internet haklarına ilişkin olarak gözetleme teknolojileri, dijital çağda toplanma ve örgütlenme özgürlüğü gibi başlıklara yer verilerek bu alandaki haklar gündemde tutulmaya devam etmektedir.

<sup>5</sup> Birleşmiş Milletlerin insan haklarına ilişkin koruma sistemi bakımından yargısal olmayan denetim yolu olarak kabul edilmektedir. BM, insan haklarına ilişkin hazırladığı sözleşmelerin taraflarının insan haklarına ilişkin kurallara riayetini tespit amacıyla komite biçimindeki birimleri aracılığıyla, şikayetler üzerine denetim, raporlama ve karma usullerle denetim mekanizmalarına sahiptir. **GÖÇER**, Mahmut, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, 1. Baskı, Ankara 2009; **GEMALMAZ**, Mehmet Semih: Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2012.

<sup>6</sup> **LA RUE**, Frank: Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, <https://digitallibrary.un.org/record/706200>, (Erişim tarihi: 12.02.2024).

<sup>7</sup> United Nations General Assembly A/HRC/20/L.13, [https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=20280](https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=20280), (Erişim tarihi: 21.02.2024).

Avrupa Konseyi ise 2014 yılında bir Tavsiye Kararı'nda üye devletlere yönelik internet kullanıcıları için insan hakları rehberi tavsiyesini yayımlamıştır. Bu kararda internetin bir kamu hizmeti değerine sahip olduğu vurgulanmıştır<sup>8</sup>.

İnternete erişim hakkı son yıllarda bazı devletlerin anayasalarında ve kanunlarında hak olarak tanınmıştır. Örneğin, Estonya'da 2000 yılında internet erişimini temel bir insan hakkı olarak ilan eden bir yasa çıkmıştır<sup>9</sup>. Fransa Anayasa Konseyi 2009 yılında internet erişimini temel bir hak olarak ilan etmiştir<sup>10</sup>. Bir adım daha ileri giden Finlandiya, 2009 yılında her internet bağlantısının saniyede en az 1Mbit hıza (geniş bant seviyesi) sahip olması gerektiğini belirten bir kararname çıkarmıştır<sup>11</sup>. Benzer şekilde İspanya, Sürdürülebilir Ekonomi Yasası'nda geniş bant erişimini evrensel hizmet kapsamına alınması ve saniyede 1Mbit hızında geniş bant bağlantısının herhangi bir teknoloji aracılığıyla sağlanması kararını almıştır<sup>12</sup>.

AİHM kararlarında da internete erişimin önemi vurgulanmaktadır. Örneğin Cengiz ve Diğerleri/Türkiye kararında<sup>13</sup> internetin bireylerin bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğü haklarını kullandıkları başlıca araçlardan biri haline geldiği belirtilmiştir. İnternet sitelerinin ifade öz-

---

<sup>8</sup> İnternet bir kamu hizmeti değerine sahiptir. İnsanlar, topluluklar, kamu makamları ve özel kuruluşlar faaliyetleri için İnternet'e güvenmektedir ve İnternet hizmetlerinin erişilebilir, ayrımcılık yapılmadan sağlanabilir, uygun fiyatlı, güvenli, güvenilir ve sürekli olması konusunda meşru bir beklentiye sahiptir. Ayrıca, hiç kimse İnternet'i kullanırken insan hakları ve temel özgürlüklerini kullanmasına yasadışı, gereksiz veya orantısız müdahaleye maruz bırakılmamalıdır." İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Rehberi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Ülkelere Gönderdiği İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Kılavuzuyla ilgili CM/Rec (2014) sayılı ve 16.04.2014 tarihli Tavsiye Kararı, <https://rm.coe.int>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<sup>9</sup> Electronic Communications Act, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/501042015003/consolide>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<sup>10</sup> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2009/2009580DC.htm>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<sup>11</sup> <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2003/en20030393.pdf>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<sup>12</sup> [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-4117](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-4117), (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<sup>13</sup> AİHM Cengiz and Others v. Türkiye, Başvuru no: 48226/10 ve 14027/11, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-159188>, paragraf, 49-52, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

gürlüğünün kullanılmasındaki önemine ilişkin olarak, AİHM şu tespitleri yapmaktadır: "*erişilebilirliği ve büyük miktarda bilgiyi depolama ve iletilme kapasitesi ışığında, internet, halkın haberlere erişimini artırmada ve genel olarak bilginin yayılmasını kolaylaştırmada önemli bir rol oynamaktadır*". AİHM'e göre internet, üzerinde kullanıcı tarafından oluşturulan ifade faaliyetleri, ifade özgürlüğünün kullanılması için eşi benzeri görülmemiş bir platform sağlamaktadır.

AİHM pek çok kararında internet sitelerinin, erişilebilir olmalarının yanı sıra büyük miktarda veriyi saklama ve yayma kapasiteleri sayesinde, halkın güncel olaylara erişimini iyileştirmeye ve genel olarak, bilgi iletişimini kolaylaştırmaya büyük katkı sağladığını belirtmektedir<sup>14</sup>.

## II. HÜKÜMLÜLERİN İNTERNETE ERİŞİM HAKKINA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Hükümlülerin internete erişim hakkı, haberleşme ve iletişim hakkı, ifade özgürlüğü hakkı ve eğitim hakkı bağlamında düzenlenmektedir. Bazı ülkelerde internete erişim hakkı, infaz kanunlarında doğrudan düzenlenmekteyken; bazı ülkelerde dolaylı olarak haberleşme hakkı içerisinde değerlendirilmektedir.

Ceza infaz kurumları ve infaz yasaları bakımından en büyük zorluklardan biri, dijital iletişim teknolojisinin özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere nasıl, ne zaman ve ne ölçüde sunulacağıdır. İnternet ve cep telefonu kullanımı son yıllarda modern toplumlardaki uygulamalarımıza ve kültürümüze hızla yerleşmiştir ve hükümlüler bu gelişmelerden büyük ölçüde uzak kaldıkları için giderek izole olmuşlardır.

Modern infaz sistemin amaçlarından biri hükümlülerin davranışlarının ıslah edilip, topluma yeniden kazandırılması ve yeniden sosyalleştirilmesidir<sup>15</sup>. İnfaz sistemi ve insan hakları perspektifinden hükümlüler

<sup>14</sup> AİHM 2015; Ahmet Yıldırım/Türkiye, Başvuru no: 3111/10, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-115401>, paragraf 48, (Erişim tarihi: 21.02.2024); AİHM Times Newspapers Ltd/Birleşik Krallık (no. 1 ve 2), Başvuru no: 3002/03 ve 23676/03, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91713>, paragraf 27, (Erişim tarihi: 21.02.2024).

<sup>15</sup> ÖZBEK, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2023, s. 45 vd.; DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023, s.50; AKBULUT, Berrin/ DURAN, Taha Yasin/ DEMİRKOL, Neslihan: İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023, s.26.

ceza infaz kurumlarında buldukları sürede, özgürlükten mahrum bırakılmanın zorunlu sonucu olarak ellerinden alınanlar dışındaki temel haklara sahip olmalıdırlar<sup>16</sup>. Bu temel haklar hükümlülerin toplumsal hayata yeniden döndüklerinde topluma uyum sağlayan vatandaşlar olabilmeleri bakımından da önemlidir<sup>17</sup>. Ancak internete erişim, hükümlüler için ne dereceye kadar özgür toplumdaki normal yaşamın bir parçası gibi olmalı sorusu tartışmalıdır. Ayrıca insan hakları perspektifinden bakıldığında hükümlülerin internet erişiminin kanunlar çerçevesinde engellenmesi hak ihlali yaratabilir mi sorularının da tartışılması gerekmektedir.

Hükümlülere internete erişim hakkı tanınması, kamu düzeninin korunmasının zorlaşması, yeniden suç işlemeyi mümkün kılması, ceza infaz kurumunun düzenini bozması gibi riskleri barındırmaktadır. Ceza infaz kurumlarında suçun işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla, hükümlülerin dış dünyayla sınırsız etkileşiminin desteklenmemesi haklı görülebilecektir<sup>18</sup>. Ancak sınırlı bir etkileşimin, hükümlülerin rehabilitasyonu bakımından sağlayacağı fayda göz önünde bulundurulmalıdır<sup>19</sup>. Hükümlülerin eğitim hakkı, ailesiyle haberleşme hakkı, bilgi edinme hakkı gibi temel haklarının sağlanması açısından da internete erişimin engellenmesi sakıncalar doğurabilecektir. Özellikle hükümlünün yeniden topluma kazandırılması ilkesi bağlamında, infaz kurumundan tahliye edilen hükümlünün internet becerilerindeki eksiklik, sosyal ve profesyonel olarak büyük bir dezavantaj oluşturabilecektir<sup>20</sup>. Ayrıca hükümlünün haberleşme olanaklarının genişletilmesi, hü-

---

<sup>16</sup> **SCHARFF SMITH**, Peter: "Imprisonment and Internet-Access Human Rights, the Principle of Normalization and the Question of Prisoners Access to Digital Communications Technology", *Nordic Journal of Human Rights* C.30, S. 4., ss.454-482, s.456.

<sup>17</sup> BM Kuralları md.5 "Ceza infaz kurumu rejimi, mahpusların sorumluluğunu veya insanlık onurlarından doğan saygıyı azaltma eğiliminde olan ceza infaz kurumundaki yaşamla özgürlük durumundaki yaşam arasındaki farkları en aza indirmeye çalışmalıdır.", <https://www.ohchr.org/>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<sup>18</sup> **DUYSAK ÖZDEMİR**, Merve: "Tutuklu ve Hükümlülerin İnternete Erişim Hakkı", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2020, s.419.

<sup>19</sup> **DUYSAK ÖZDEMİR**, s.420.

<sup>20</sup> **SCHARFF SMITH**, s. 458.

kümlülere insan onuruna yaraşır ve tahammül edilebilir ortak bir yaşam sağlanması infaz sisteminin esasıdır<sup>21</sup>.

Hükümlülerin yeniden sosyalleşmesi ve bunu sağlamak için düzenlenmesi gereken kurallar Birleşmiş Milletler Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Nelson Mandela Kuralları) md.65-66'da düzenlenmektedir. Nelson Mandela Kuralları ile hükümlülere önemli haberler hakkında bilgi edinme hakkı, eğitimin sağlanması konusunda destek olunmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca hükümlülerin ıslahı bakımından teşvik edici ayrıcalıkların sağlanması önerilmektedir<sup>22</sup>.

Hükümlülerin infazına ilişkin başka bir düzenleme ise Avrupa Cezaevi Kuralları'dır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından hem üye devletlerin cezaevi politikalarının belirlenmesi ve güncellenmesi hem de hükümlülere ceza infaz kurumlarındaki muamelenin insan haklarına ve insan onuruna uygun şekilde sağlanması amacıyla Avrupa Cezaevi Kuralları düzenlenmiştir ve bu kurallar belirli aralıklarla güncellenmektedir<sup>23</sup>. Hükümlülerin dış dünyayla temasının düzenlendiği md.24'te hükümlülerin mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin hükümlüleri ziyaret etmelerine izin verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. 2018 yılında yapılan revize ile hükümlülere VoIP (*Voice Over Internet Protocol/İnternet Üzerinden Sesli İletişim Protokolü*) gibi modern teknoloji hizmetlerinin ücretsiz olarak sağlanması ve hükümlülerin sosyal düzen ile bağının, geli-

<sup>21</sup> **YOKUŞ SEVÜK**, Handan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, 2003, ss.335-384, s.335.

<sup>22</sup> <https://www.tihk.gov.tr/kategori/pages/tihk-kitaplik>, (Erişim tarihi: 12.02.2024).

<sup>23</sup> Avrupa'da cezaevi standartlarına ilişkin ilk düzenleme 1973 yılında gerçekleşmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin düzenlediği bu kurallar,1955 tarihli Birleşmiş Milletler Kurallarını esas almış ve Avrupa'ya adaptasyonunu sağlamıştır. Kurallar 1987 yılında geniş kapsamlı olarak revize edilmiştir. Ardından 2006, 2011, 2018 yıllarında revizeler gerçekleşmiştir. Tarihsel gelişime ilişkin detaylı bilgi için bkn. <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9a>, (Erişim tarihi: 14.02.2024).



şen iletişim yöntemlerinin dikkate alınarak sağlanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

Hükümlülerin dış dünyayla olan iletişimlerini sağlayacak araçlar, bir ayrıcalık, ödül<sup>25</sup> ya da ceza olarak görülmemelidir. Dış dünyayla olan iletişimin kısıtlanması, bunun kötüye kullanıldığı haller hariç olmak üzere bir disiplin cezası olarak uygulanmamalıdır<sup>26</sup>. Nitekim BM Kuralları md.95'te hükümlülerin ıslahı bakımından teşvik edici ayrıcalıkların sağlanması önerilmektedir. Ancak bu ayrıcalıklar ile hükümlülere tanınmış olan temel haklar arasında farklılık bulunmaktadır. Kanunlarla düzenlenmiş temel hakların tüm hükümlüler için sağlanması gerekmektedir. Örneğin telefonla görüşme uygulaması hükümlüler için bir haktır, haftalık görüşme süresinin ya da sayısının artırılması ise bir ödüldür<sup>27</sup>. Dolayısıyla internet olanaklarından yararlanma, kanunda bir hak olarak düzenlenmişse bu bir ödül ya da ayrıcalık olarak görülemez ve belirli tutum ve davranışları gösterme şartına tabii kılınmaz<sup>28</sup>.

### III. HÜKÜMLÜLERİN İNTERNETE ERİŞİM HAKKINA İLİŞKİN AİHM KARARLARI

#### A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalayan ülkelerden biri tarafından Sözleşme'de ve Ek Protokoller'de belirlenen haklarının ihlal edildiğini düşünen herkes, kendi ülkesindeki iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'e başvuru yapabilmektedir.

AİHM önüne gelen davalarda, AİHS md. 34 ve 35 uyarınca kabul edilebilirlik incelemesi yapmaktadır<sup>29</sup>. Kabul edilebilirlik kararı verildikten

<sup>24</sup> <https://rm.coe.int/pc-cp-2018-15-erev-3-epr-2006-with-changes-and-commentary-08-10-18/16808e4ac1>, (Erişim tarihi: 14.02.2024).

<sup>25</sup> Nitekim Türk hukukunda da 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nda hükümlülerin hakları ayrı başlıklar altında düzenlenmiş, ödüller ise Kanun'un 51. maddesinde ayrı olarak düzenlenmiştir.

<sup>26</sup> SEVÜK, s.338.

<sup>27</sup> DUYSAK ÖZDEMİR, 421.

<sup>28</sup> ARAS, Bahattin: AİHM Kararları Işığında Hükümlü ve Tutuklu Hakları, Ankara 2022, s.187.

<sup>29</sup> ÖNCÜ, Mehmet: "Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikayetler", Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara, 20223, s. 377-398.

sonra olayı esastan incelemeye geçmektedir. AİHM kabul edilirlilik kararı verdikten sonra, AİHS kapsamında yer alan bir temel hakka müdahale olup olmadığını incelemektedir<sup>30</sup>. Ardından olayın esasının incelenmesi sırasında doktrinde “üç aşamalı test” olarak adlandırılan ve devletler tarafından yapılan müdahaleleri incelerken AİHM’in sonuca ulaşmada yararlandığı inceleme yöntemi kullanılmaktadır. Bu üç aşamalı test, “hukukilik”, “meşru amaç” ve “demokratik toplumda gereklilik” olarak ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

Bu bölümde AİHM önüne hükümlülerin internete erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla giden dört karar incelenecektir. Kararlar kronolojik sıraya göre incelenecektir. İlk karar 2016 tarihli Kalda v. Estonya kararıdır<sup>32</sup>. Bu kararda başvuranın Resmi Gazete’nin çevrimiçi versiyonuna, internette bulunan Yüksek Mahkeme ve İdare Mahkemesi kararlarına ve AİHM kararlarının bulunduğu HUDOC veri tabanı internet sitelerine erişimine izin verilmemesi nedeniyle AİHM md. 10 kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir.

İncelenecek ikinci karar 2017 tarihli Jankovskis v. Litvanya kararıdır<sup>33</sup>. Bu kararda ise başvuranın, ikinci üniversite diploması almak için uzaktan eğitim yoluyla eğitimine devam ederek, insan hakları alanında eğitim alma olanaklarını araştırmak için erişim sağlamak istediği ve Eğitim ve Bilim Bakanlığı’nın belirttiği <www.aikos.smm.lt> web sitesine erişimine izin verilmemesi nedeniyle AİHM md. 10 kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir.

2019 ve 2021 tarihli diğer iki karar ise Türkiye’den yapılan başvurulardır. Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye kararında<sup>34</sup> baş-

<sup>30</sup> DOĞRU, Osman/ NALBANT, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt:2 Açıklama ve Önemli Kararlar, İstanbul 2016, s.181 vd.

<sup>31</sup> DİDİNMEZ, Mehmet Alp: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Tesiti”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, Cilt:1, Sayı:1, 2021, s. 149-174.

<sup>32</sup> AİHM Kalda v. Estonya, Başvuru No: 17429/10, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-160271>, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

<sup>33</sup> AİHM Jankovskis v. Litvanya, Başvuru No: 21575/08, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-170354>, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

<sup>34</sup> AİHM Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye, Başvuru No: 31320/02, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-84815>, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

vuranların eğitim hakkı ile kamu düzeninin gerekleri arasında adil bir denge kurulmadığı gerekçesiyle, somut olayda, iki başvurulanla da ilgili olarak Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi anlamında eğitim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

İncelenecek son karar olan Ramazan Demir v. Türkiye kararında<sup>35</sup> ise avukat olan başvurulanın, kendi savunmasını hazırlamak ve müvekkillerinin davalarını takip etmek amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Resmi Gazete'nin internet sitelerine erişime izin verilmemesi nedeniyle AİHM md. 10 kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir.

## B. Kalda v. Estonya Kararı

Olayın özü, başvurulanın hukuki bilgiler içeren üç internet sitesine erişimine yetkililer tarafından izin verilmemesine ilişkin şikâyeti ile ilgilidir. AİHM önüne gelen uyuşmazlıkta, başvuran ömür boyu hapis cezasına çarptırılmış bir hükümlüdür. Başvuran, hapishane yönetimine Estonya'nın Resmi Gazetesi'nin çevrimiçi versiyonuna, internette bulunan yüksek mahkeme ve idare mahkemesi kararlarına ve AİHM kararlarının bulunduğu HUDOC veri tabanına erişme talebini iletmiştir. Bu talebinin reddedilmesi üzerine başvuran önce ilk derece mahkemesine başvurmuş, talebinin reddedilmesi üzerine Estonya Yüksek Mahkemesi'ne (*Riigikohus*) başvurmuştur. Estonya Yüksek Mahkemesi, Resmi Gazetenin (*Riigi Teataja*) basılı sayısının bulunması nedeniyle çevrimiçi erişim isteğinin reddedilmesini uygun bulmuştur. Ancak başvurulanın da belirttiği üzere 1 Ocak 2007 tarihinden itibaren Resmi Gazete, resmi olarak çevrimiçi yayımlanmaktadır ve 2007'den itibaren her baskıdan sadece beş adet "kontrol nüshası" basılmaktadır<sup>36</sup>.

Başvuran infazı sırasında Tartu Cezaevi'nde bulunmaktadır. Burada [www.coe.ee](http://www.coe.ee) (Tallinn'deki Avrupa Konseyi Bilgi Ofisi), [www.oigus-kantsler.ee](http://www.oigus-kantsler.ee) (Adalet Bakanlığı) ve [www.riigikogu.ee](http://www.riigikogu.ee) (Estonya Parlamen-

<sup>35</sup> AİHM Ramazan Demir v. Türkiye, Başvuru No: 68550/17, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-210709>, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

<sup>36</sup> AİHM Kalda v. Estonya, Başvuru No: 17429/10, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-160271>, paragraf 5-9, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

tosu) internet sitelerine erişim izni talep etmiş ve reddedilmiştir. Başvuran, mahkemede haklarını savunabilmek için bu internet sitelerine erişmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu taleplerinin reddedilmesi üzerine başvuran itiraz etmiş ve itirazı Tartu İdare Mahkemesi önünde görülmüştür. Tartu İdare Mahkemesi başvuranın bazı sitelere<sup>37</sup> erişim talebini haklı görmüş ve Tartu Cezaevi'nin, bu amaçla uyarlanmış bir bilgisayar aracılığıyla başvuranın bu siteye denetimli erişim izni verilmesine hükmetmiştir. Ancak başvuranın erişmek istediği bazı sitelere<sup>38</sup> ise erişim talebini İnfaz Kanunu (Vangistusseedus) 31-1. bölümünü ve hapis cezasının amacı ve özellikle de kamu güvenliğini sağlama gibi hususları gerekçe göstererek reddetmiştir.

Hükümet, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu düşünmektedir. Başvuranın söz konusu web sitelerinde yer alan bilgilere internet dışında bir yolla da erişebileceğine işaret etmektedir. Hükümet ne Estonya Anayasası'nın ne de AİHS'in, mevcut davada olduğu gibi herkesin internete erişim hakkını sağlamayı öngörmediğini savunmuştur. Hükümet, belirli insan gruplarının (hükümlüler gibi) belirli kanallar aracılığıyla bilgiye erişim hakkını kısıtlama konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Hükümete göre, hükümlüler, özgürlüğüne kavuşmuş kişilerle karşılaştırılabilir bir konumda değildir. Hükümet, hükümlülerin internete erişiminin kısıtlanmasının, Hapis Yasası'nın 31-1. bölümünde yasal bir dayanağı olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet bu hükmün amacının, cezaevi güvenliğini ve cezaevi dışındaki kişilerin güvenliğini sağlamanın yanı sıra suçun önlenmesi ve mağdurların korunması olduğunu belirtmiştir<sup>39</sup>.

Başvuran ise amacının, haklarını ve yükümlülüklerini anlayabilmek ve gerektiğinde mahkemede haklarını eşit bir şekilde savunabilmek için

<sup>37</sup> Tartu İdare Mahkemesi, Riigi Teataja'nın çevrimiçi versiyonuna, yargı kararları veri tabanına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Yüksek Mahkeme'nin internet sitelerine erişimin sağlanması gerektiği yönünde karar vermiştir.

<sup>38</sup> Başvuranın erişmek istediği [www.oiguskantsler.ee](http://www.oiguskantsler.ee) ve [www.riigikogu.ee](http://www.riigikogu.ee) sitelerine erişimini reddetmiştir.

<sup>39</sup> AİHM Kalda v. Estonya, Başvuru No: 17429/10, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-160271>, paragraf 10-21, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

hukuki araştırma yapabilmek olduğunu belirtmiştir. Başvurana göre, aradığı bilgileri elde etmek için Hükümet tarafından internet kullanımına alternatif olarak önerilen araçlar beceriksiz, dolambaçlı ve mantıksızdır. Ayrıca, tutukluların bulundurmasına izin verilen eşyaların (kağıt belgeler dahil) toplam ağırlığı 30 kilogramla sınırlandırılmıştır. Bu kısıtlama, belgelerin ücretsiz çıktısının alınmasına getirilen 21 sayfalık sınırlama ile birlikte, tutukluların bilgi edinme özgürlüğüne getirilen bir başka kısıtlama teşkil etmiştir.

AİHM değerlendirme yaparken öncelikle müdahalenin varlığını tespit etmiştir. AİHM, hapis cezasının kaçınılmaz olarak hükümlülerin dış dünya ile iletişimleri üzerinde, bilgi alma da dahil olmak üzere bir dizi kısıtlama içerdiğini belirtmektedir. Davada, yasal bilgiler içeren belirli sitelere erişim Estonya yasalarına göre sağlandığından, yasal bilgiler içeren diğer sitelere erişimin kısıtlanmasının bilgi alma hakkına bir müdahale teşkil ettiğini tespit edilmiştir.

AİHM üç aşamalı ölçülülük testi bağlamında değerlendirmesini yapmıştır<sup>40</sup>.

**1. Müdahalenin kanunla düzenlenmiş olup olmadığı:** AİHM, hükümlülerin internet kullanımına getirilen kısıtlamanın, hükümlülerin internet erişimini resmi mevzuat ve yargı kararları veri tabanı ile sınırlayan İnfaz Kanunu'na dayandığını belirterek, müdahalenin kanunla düzenlenmiş olup olmadığı hususunun ihtilafli olmadığını gözlemlemiştir. İzin verilen web siteleri dışında internete erişim, Estonya'da kanunla yasaklanmıştır.

**2. Müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeyeceği:** Hükümet'e göre, hükümlülere daha fazla sayıda internet sitesine erişim izni verilmesi güvenlik risklerini artıracak ve bu riskleri azaltmak için ek maddi kaynak ve insan kaynağı tahsis edilmesi gerektirecektir. Buna karşın, başvuran, (halihazırda izin verilenlere ek olarak) üç web sitesine daha erişim izni verilmesinin herhangi bir ek güvenlik sorununa yol açmayacağı görü-

---

<sup>40</sup> AİHM Kalda v. Estonya, Başvuru No: 17429/10, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-160271>, paragraf 41-54, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

şündedir. AİHM'e göre ise olası güvenlik sorunlarını ve halihazırda izin verilen web sitelerinde güvenliği tehlikeye düşürecek bağlantıları engelleyen etkili bir yöntem vardır ve talep edilen üç ek web sitesine erişim izni verilmesi halinde de bu durumu farklılaştıracak hiçbir neden yoktur.

**3. Müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı:** Başvuranın erişmek istediği internet siteleri Avrupa Konseyi Bilgi Bürosu, Adalet Bakanlığı ve Riigikogu'nun internet siteleri, ağırlıklı olarak hükümlülerin hakları dâhil olmak üzere temel haklarla ilgili yasal bilgiler içeren sitelerdir. Örneğin, Riigikogu'nun internet sitesinde kanun tasarıları ile birlikte bunlara ilişkin açıklayıcı notlar, Riigikogu'nun oturumlarının kelimesi kelimesine kayıtları ve komisyon oturumlarının tutanakları yer almaktadır. AİHM, bu tür bilgilerin erişilebilir olmasının kamu bilincini ve insan haklarına saygıyı teşvik ettiğini düşünmekte ve başvuranın Estonya mahkemelerinin bu tür bilgileri kullandığı ve başvuranın mahkeme işlemlerinde haklarının korunması için bu bilgilere erişmesi gerektiği yönündeki argümanına ağırlık vermektedir. AİHM, özellikle Sözleşmeciler Devletlerin, hükümlülerin internete erişimini sağlamakla yükümlü olmadıklarını belirtmektedir. Bununla birlikte, Estonya'da olduğu gibi, bir devletin, hükümlülerin internete erişimine izin vermeye istekli olması halinde, belirli sitelere erişimi reddetmek için gerekçeler göstermesi gerektiğini tespit etmektedir. Başvuranın davasının özel koşullarında, söz konusu internet sitelerine erişimine izin verilmesinin güvenlik ve maliyet sonuçları gibi nedenler, bilgi alma hakkına yapılan müdahaleyi haklı çıkarmak için yeterli bulunmamaktadır. Hükümlülerin bu amaç için özel olarak uyarlanmış bilgisayarlar aracılığıyla ve cezaevi yetkililerinin gözetimi altında internete erişimleri için güvenlik düzenlemeleri yapılmış ve ilgili masrafları hâlihazırda karşılanmıştır. Gerçekten de, yerel mahkemeler söz konusu üç ek web sitesine erişimin olası güvenlik riskleri konusunda, bu sitelerin uluslararası bir kuruluş ve devlet tarafından işletildiğini göz önünde bulundurarak ayrıntılı bir analiz yapmamıştır. Mahkeme, mevcut davanın özel koşullarında, baş-

vuranın bilgi alma hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak başvuranın AİHS md. 10 kapsamındaki hakları ihlal edilmiştir.

### **C. Jankovskis v. Litvanya Kararı**

Başvuran, Vilnius Üniversitesi Tıp Fakültesi'nden 1996 yılında mezun olmuş ve ikinci bir üniversite diploması (*studijuoti neakivaizdiniu būdu aukštojoje mokykloje*) almak için uzaktan eğitim yoluyla eğitimine devam etmek ve insan hakları hukuku alanında eğitim almak istediğini belirtmiştir. Başvuran, hükümlü olduğu için fiziksel olarak eğitim yerine gidemediğinden, uzaktan eğitim programları hakkında bilgi almak istemiştir. Bu amaçla Eğitim ve Bilim Bakanlığı'na bilgi almak için talepte bulunmuş, Bakanlık ise Pravieniškės Cezaevi'ndeki başvurana gönderdiği mektupta, eğitim programları hakkındaki bilgilerin <www.aikos.smm.lt> web sitesinde bulunabileceğini yazmıştır. Başvuran bu internet sitesine erişim talebinde bulunmuş ancak cezaevi müdürlüğü, başvuranın internet erişimi talebinin kabul edilemeyeceğini çünkü Litvanya yasalarında hükümlülerin internet kullanmasına izin veren bir düzenleme olmadığını ifade etmiştir. Başvuran daha sonra Cezaevleri Dairesi'ne itirazda bulunmuş ve yasalarda kendisinin bir Devlet kurumundan elektronik olarak bilgi almasını yasaklamadığını ileri sürmüştür. İtirazının reddedilmesi üzerine ilk derece mahkemesinde dava açmıştır. Bu davada Cezaevleri Müdürlüğü Ceza İnfaz Kanunu'nun 96. maddesinin hükümlülerin bilgisayar kullanmasına izin vermesine rağmen bunun internet kullanım hakkını kapsamadığını savunarak mahkemeden başvuranın şikâyetini reddetmesini istemiştir. Dava, Kaunas Bölge İdare Mahkemesi önüne gelmiş ve talep yine reddedilmiştir<sup>41</sup>.

AİHM değerlendirme yaparken öncelikle müdahalenin varlığını tespit etmiştir. Eğitimle ilgili bilgilere erişim Litvanya yasalarına göre sağlandığından, Bakanlığın bilgi sağlama talebine cevaben başvurunu yön-

---

<sup>41</sup> AİHM Jankovskis v. Litvanya, Başvuru No: 21575/08, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-170354>, paragraf 5-21, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

lendirdiği internet sitesine erişimin kısıtlanması, bilgi alma hakkına bir müdahale teşkil etmektedir.

AIHM üç aşamalı ölçülülük testi bağlamında değerlendirmesini yapmıştır<sup>42</sup>.

**1. Müdahalenin kanunla düzenlenmiş olup olmadığı:** Litvanya'da 2006 yılında, cezaevlerinde internet kullanımına ilişkin açık bir yasak bulunmamaktadır. İnternet erişimi sağlayan araçları da kapsayacak şekilde anlaşılabilir olan "diğer elektronik iletişim araçlarının" kullanımına ilişkin yasak, 2010'da Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 1 numaralı ekinde getirilmiştir. Hükümete göre Ceza İnfaz Kanunu'nun 10. maddesine göre cezaevinde telefon ve telsiz iletişim cihazlarına yönelik mevcut yasaktan, bu yasağın interneti de içerdiği açıktır. Ayrıca hükümlülerin bilgisayar sahibi olma hakkı, internet erişimi hakkını da kapsayacak kadar geniş yorumlanamayacaktır. Başvuran ise Litvanya'da hükümlülerin internet kullanmasına izin veren yasal bir hüküm bulunmadığını ifade etmiştir. Başvuran ayrıca, kendi durumunda, cezaevinde internet kullanımının kısıtlanmasının, suçların veya diğer suçların önlenmesi amacıyla hiçbir bağlantısı olmadığını savunmuştur. AIHM'e göre iç hukuktaki düzenlemede, 2006 yılında birçok iç hukuk normu ile hükümlülerin telefon ve telsiz iletişimini açıkça yasaklanmıştır ve hükümlülerin tüm yazışmalarının yazılı olarak yapılması ve cezaevi yetkilileri aracılığıyla postayla gönderilmesini gerektiği düzenlenmektedir. AIHM yasağın kanunla öngörüldüğünü belirtmektedir.

**2. Müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeyeceği:** Hükümete göre internete erişim yasağı cezaevinde suç işlenmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Hükümet, internetin e-posta kullanmak, bilgi edinmek, dosya indirmek ve bir şeyler satmak veya satın almak için çok geniş olanaklar sağladığı ve internetin, eğitim amaçlarından daha fazlası için kullanılabilirliğini ifade etmiştir. Hükümete göre, interneti kullanma hakkı mutlak değildir ve bu hak belirli sosyal gruplar için sınırlandırılabilir.

<sup>42</sup> AIHM Jankovskis v. Litvanya, Başvuru No: 21575/08, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-170354>, paragraf 52-64, (Erişim tarihi: 02.02.2024).



AİHM, Hükümet'in söz konusu müdahalenin başkalarının haklarını koruma, düzensizliği ve suçu önleme amaçlarına hizmet ettiği yönündeki argümanını ve yerel mahkemelerin, cezaevlerinden bir dizi telefon dolandırıcısının insanları büyük miktarlarda para dolandırdığı dönemde, hükümlülerin internete erişiminin yasaklanmasının meşru bir amaç güttüğünü kabul etmektedir.

**3. Müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı:** AİHM, Litvanya makamları tarafından, başvuranın bilgi alma hakkına yapılan ve davanın özel koşullarında demokratik bir toplumda gerekli olarak görülemeyecek olan müdahaleyi haklı çıkarmak için yeterli neden ileri sürüldüğüne ikna olmamıştır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin hükümlülere, internete veya belirli internet sitelerine erişim sağlamak için genel bir yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanamayacağını kaydetmiştir. Ancak, eğitimle ilgili bilgilere erişim Litvanya yasalarına göre sağlandığından, söz konusu internet sitesine erişimin kısıtlanması, başvuranın bilgi alma hakkına bir müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahale kanun tarafından öngörülmüştür ve başkalarının haklarını korumak ve düzensizliği ve suçu önlemek gibi meşru bir amaç gütmektedir. Bununla birlikte, başvuranın erişmek istediği web sitesi Litvanya'daki eğitim programları hakkında bilgi içermektedir ve bu tür bilgilerin başvuranın eğitim alma menfaatleriyle doğrudan ilgilidir. Bu da hükümlünün rehabilitasyonu ve daha sonra topluma yeniden entegrasyonu ile ilgilidir. AİHM ayrıca internetin insanların günlük yaşamlarında önemli bir rol oynadığını, özellikle de bazı bilgilerin sadece internet üzerinden erişilebilir olduğunu gözlemlemiştir. Ancak Litvyalı yetkililer, başvurana, bir Devlet kurumu tarafından yönetilen ve güvenlik riski oluşturması pek mümkün olmayan belirli bir web sitesine sınırlı veya kontrollü internet erişimi sağlama olasılığını değerlendirmemişlerdir.

Sonuç olarak AİHM, Jankovskis davasında, hükümlülerin eğitim ile ilgili bilgilere erişiminin Litvanya hukukunda öngörülmesi nedeniyle,

başvuranın bilgi talebine cevaben, Bakanlıkça yönlendirildiği internet sitesine erişimin kısıtlanmasının, ilgili şahsın bilgi alma hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale teşkil ettiği ve AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

#### **D. Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye Kararı**

Bu kararda iki başvuru konusunun da ihlal iddiasına konu olan olayların benzer olması nedeniyle başvurular birleştirilmiştir. Başvuran Mehmet Reşit Arslan 1992 yılında ve başvuran Orhan Bingöl 1995 yılında yasadışı silahlı örgüt üyeliğinden hüküm giymiş ve her ikisi de müebbet hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvuranlar ikinci üniversite kapsamında üniversiteye kaydolmak istemektedirler. Bu amaçla internet ve elektronik hesaplama cihazlarını kullanmalarının yükseköğrenimlerine devam edebilmeleri ve genel kültürlerini geliştirebilmeleri için gerekli olduğunu belirtmişler ancak bu talepleri reddedilmiştir. Başvuranlar bilgisayar kullanmalarının ve internete erişimlerinin engellenmesinden dolayı şikâyetçi olmuşlardır.

Başvuran Bingöl ile ilgili olarak, Hükümet, ilgilinin herhangi bir yükseköğretim kurumuna kabul edilmediğini belirtmektedir. Başvuran Bingöl, yükseköğretime geçiş sınavına girdiğini ve Sakarya Üniversitesi Meslek Yüksekokulu'nun uzaktan eğitim veren bilgisayar programcılığı bölümüne kabul edildiğini ileri sürmektedir. Bingöl, Sakarya Üniversitesinin, 10 Ağustos 2006 tarihli bir yazıyla, kendisine cezaevinden tahliye edilmesine kadar kaydını dondurabileceğini veya cezaevinden internet yoluyla eğitim almaya devam edebileceğini belirttiğini eklemektedir<sup>43</sup>.

Başvuran Arslan'ın ise uzaktan eğitim veren bir üniversiteye kaydolmak istediğini açıklamıştır. Başvuran, bir uzaktan eğitim programı aracılığıyla yüksek öğrenimini sürdürmek amacıyla 2006 yılının haziran ayında düzenlenen üniversiteye giriş sınavına katılmıştır. Bu sınav sonucunda, ilgili, uzaktan eğitim programı bulunan Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesine 2006-2007 öğretim yılı için kaydol-

<sup>43</sup> AİHM Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye, Başvuru No: 31320/02, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-84815>, paragraf 5-28, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

muştur. Başvuranın eğitimi kapsamında hücrelerinde elektronik cihaz kullanma talebi reddedilmiştir. Yetkililer 4 Haziran 2007 tarihli bir yazıyla, İnfaz Yönetmeliğinin 15. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak, hükümlünün böyle bir cihazı hücrelerinde kullanma yetkisine sahip olmadığını, ancak yetkili makamların kontrolü altında cezaevinin kütüphanesinde bu cihazı kullanma imkânı olduğu hakkında bilgilendirilmiş olduğunu belirtmektedir. Başvuran Arslan, elektronik hesap-tercüme makinesi kullanımına ilişkin talebiyle ilgili olarak, iktisadi ve idari bilimler alanındaki eğitimini sürdürmek için hücrelerinde bu özelliklere sahip bir cihaza ihtiyaç duyduğunu iddia etmektedir<sup>44</sup>.

AİHM, eğitim hakkı ne kadar önemli bir hak olsa da bu hakkın mutlak olmadığını ve bazı kısıtlamalara tabi tutulabileceğini kabul etmektedir. Söz konusu kısıtlamalar, hakkın özü ihlal edilmediği sürece üstü kapalı biçimde kabul edilebilir. Nitekim internete erişim hakkı, doğası gereği devlet tarafından yasal bir düzenleme yapılmasını gerektirir. Söz konusu hakkın özüne zarar verilmemesi ve etkinliğinden yoksun bırakılmaması amacıyla, bu kısıtlamalar herkes için öngörülebilir. Ancak bu kısıtlamanın meşru bir amaç taşıdığına AİHM'in ikna edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla AİHM, AİHS'e Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi kapsamında eğitim hakkına bir müdahale olduğu kanaatindedir.

AİHM üç aşamalı ölçülülük testi bağlamında değerlendirmesini yapmıştır<sup>45</sup>.

**1. Müdahalenin kanunla düzenlenmiş olup olmadığı:** AİHM müdahalenin kanunla öngörüldüğünü kabul etmektedir. Zira 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun 67. maddesinde hükümlülerin radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakkı düzenlenmiş ancak aynı düzenlemenin 4. fıkrasında belirli bir tehlike arz eden kişiler veya başvuran gibi yasa dışı bir örgüte üye olmaktan mahkûm edilen hükümlüler için bu hakların kısıtlanması olanağını öngördüğünü belirtmiştir.

<sup>44</sup> AİHM Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye, Başvuru No: 31320/02, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-84815>, paragraf 29-35, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

<sup>45</sup> AİHM Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye, Başvuru No: 31320/02, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-84815>, paragraf 41-58, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

**2. Müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeye:** Başvuran Arslan'ın internet ve elektronik cihazlara erişime ilişkin 13 Mart 2006 tarihinde sunulan talep, cezaevi makamlarının ilgilinin tutukluluğu boyunca yasa dışı bir örgüte üye olan diğer tutuklularla ilişkilerini sürdürdüğü ve herhangi bir eğitim kurumuna kaydolmadığı yönündeki görüşüne dayanarak, 5275 sayılı Kanun'un 67. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca reddedilmiştir. Başvuranın bir yükseköğrenim kurumuna kaydolmasının ardından 9 Mart 2007 tarihinde sunduğu talebin de bu defa, yüksek güvenlikli kapalı cezaevlerinde cezalarını çeken hükümlülerin 5275 sayılı Kanun'un 67. maddesinin 3. fıkrasından yararlanmaya kategorik olarak dâhil edilmedikleri gerekçesiyle, her halükârda bir bilgisayar kullanma imkânından yararlanamaması nedeniyle reddedilmiştir. AİHM başvuruların taleplerinin farklı tarihlerde, farklı nedenlerle reddedilmesinden dolayı, ret nedenlerine ilişkin meşru bir amaç olup olmadığı konusunda ikna olmamıştır.

**3. Müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı:** AİHM, demokratik bir toplumda, eğitim hakkının insan haklarının gerçekleştirilmesi için zorunlu olduğunu ve temel bir yer tuttuğunu vurgulamaktadır. AİHS'e Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi, her türlü koşulda cezaevinde bir eğitimi öngörme yönünde pozitif bir yükümlülük getirmese bile, bu türden bir imkânın bulunması halinde, bu imkânın keyfi ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaması gerekmektedir.

Başvuranların taleplerine ilişkin olarak farklı ceza infaz kurumlarında farklı yaklaşımlar gösterilmektedir. Örneğin başvuran Arslan'a İzmir'deki ceza infaz kurumundaki hücrelerinde elektronik cihaza sahip olmasına izin verilmesine rağmen, daha sonra nakledildiği Bolu'daki ceza infaz kurumunda aynı cihazın, cezaevlerinde izin verilen mallar ve ürünlere ilişkin 17 Haziran 2005 tarihli Kararnameyle izin verilen eşyalar listesinde bulunmadığı gerekçesiyle, cihazı kullanmasına izin verilmemiştir. Başvuran Bingöl'e ilişkin olarak, bu başvuranın disiplin cezalarına tabi tutulduğu ve bir terör örgütüne üye olduğu gerekçesiyle mahkûm edildiği görülmekte, ancak İnfaz Hâkimliği, 23 Ağustos 2006 tarihli kararında, başvuruyu idarenin reddetmesini haklı gösterecek ni-

telikte herhangi bir gerekçe sunmaksızın ve söz konusu menfaatleri dengelemeksizin ilgili hükme atıfta bulunmakla yetinmiştir.

Sonuç olarak AİHM, ulusal mahkemelerdeki ret kararlarının verilme süreci sırasında, hâkimlerin başvuruların menfaati, eğitim hakkı ve kamu düzeninin gerekleri arasında adil bir denge kurma yükümlülüklerini yerine getirmedikleri sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, AİHM, somut olayda, iki başvurularla da ilgili olarak, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin birinci cümlesinin ihlal edildiği kanısına varmıştır.

### **E. Ramazan Demir v. Türkiye Kararı**

Bu dava bir avukat olan başvuranın 2016 yılında Silivri Cezaevi'nde tutuklu bulunduğu sırada, bazı internet sitelerine erişim talebinin cezaevi yetkilileri tarafından reddedilmesiyle ilgilidir. Başvuran, kendi savunmasını hazırlamak ve müvekkillerinin davalarını takip etmek amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Resmi Gazete'nin internet sitelerine erişmek istemiştir.

AİHM özellikle, hükümlülerin hukuki bilgi içeren bazı sitelere erişiminin Türk hukuku kapsamında eğitim ve rehabilitasyon amacıyla sağlanmış olduğunu, başvuranın mesleği ve ilgi alanları bağlamında gelişimi ve rehabilitasyonu ile ilgili olabilecek hukuki bilgileri içeren sitelere erişiminin kısıtlanmasının bilgi alma hakkına bir müdahale teşkil ettiğini değerlendirmiştir. AİHM, başvuran tarafından internete erişim talebini desteklemek amacıyla belirtilen spesifik gerekçeler ne olursa olsun, bilhassa, ilgilinin, avukat olması ve erişmek istediği üç internet sitesinin niteliği göz önüne alındığında bu talebin, aynı zamanda ve tartışmasız bir şekilde, ulusal mevzuata göre hükümlülerin internete erişimini haklı gösteren eğitim ve iyileştirme amaçları kapsamına girdiğinin bertaraf edilemeyeceği kanaatindedir. AİHM bu bağlamda, kendisinin ve Anayasa Mahkemesi'nin karar ve hükümlerinin birçoğunun yalnızca çevrimiçi olarak erişilebilir olduğunu ve ilgili internet sitelerinde gezinmeyi ve bu sitelerde arama yapmayı gerektirdiğini belirtmektedir<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> AİHM Ramazan Demir v. Türkiye, Başvuru No: 68550/17, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-210709>, paragraf 2-13, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

AIHM üç aşamalı ölçülülük testi bağlamında değerlendirmesini yapmıştır<sup>47</sup>.

**1. Müdahalenin kanunla düzenlenmiş olup olmadığı:** Yetkililer, tutuklunun başvurusunu Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 90. maddesinin 3 ve 4. fıkraları bakımından uygun olmadığını gerekçe göstererek reddetmiştir. Başvuran ise hükümlü değil, tutuklu olması nedeniyle Tüzükteki düzenlemenin kendisine uygulanamayacağını belirtmiştir. Söz konusu Tüzük md. 186 şu şekildedir: *"Tüzüğü; 1, 4, 6, 9 ilâ 14, 22, 24 ilâ 27, 29 ilâ 31, 40 ilâ 46, 67 ilâ 73, 75 ilâ 96, 99 ilâ 108, 110 ilâ 117, 119 ilâ 132, 143 ilâ 171, 174, 176 ilâ 179, 185, 188, 189 uncu maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir."* Tüzük ile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin sınırlayıcı bir hükmün, tutuklular bakımından da uygulanabileceğine yönelik düzenlemenin olması, sınırlayıcı hükmün kıyas yoluyla uygulanmasını gerektirecektir. Başvurana göre idareye, bir tutuklunun tehlikeli durumunu değerlendirme konusunda geniş bir serbestlik tanınması, bu düzenlemeyi öngörülebilir olmaktan uzaklaştırmaktadır. AIHM, başvuranın bu konudaki iddiasını değerlendirmemiş ve müdahalenin kanunla öngörüldüğüne işaret etmiştir.

**2. Müdahalenin meşru bir amaç güdüp gütmeyeceği:** Tutuklunun internete erişim talebinin konusunun eğitim ve rehabilitasyon faaliyeti kapsamında olmaması gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. İnfaz Hâkimliğinin, başvuran tarafından ceza infaz kurumu idaresinin internete erişim talebini reddeden kararına karşı yapılan itirazı reddederek, 5275 sayılı Kanun'un 67. maddesinin 3 ve 4. fıkraları ile Tüzük'ün 90. maddesinin 3 ve 4. fıkraları gereğince, tutuklunun erişmek istediği sitelerin, neden eğitim ve iyileştirme kapsamına girdiğinin kabul edilemeyeceğine ilişkin ise bir açıklama bulunmamaktadır.

**3. Müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı:** AIHM'e göre internete erişim talebinin reddine ilişkin Hükümetin ve

<sup>47</sup> AIHM Ramazan Demir v. Türkiye, Başvuru No: 68550/17, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-210709>, paragraf 39-48, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

yetkililerin ceza infaz kurumunda güvenliğin ve düzenin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesini sağlayacak meşru amaçları bakımından sunduğu gerekçeler ikna edici değildir. Tutuklunun, ceza infaz kurumu yetkililerinin kontrolü altında internet kullanılması her hâlükârda eğitim ve iyileştirme programları çerçevesinde kabul edilmektedir. AİHM'e göre ulusal makamlar tarafından ileri sürülen güvenlik hususlarının uygun olarak kabul edilmeleri gerekse bile başvuranın erişmek istediği internet siteleri devlet otoriteleri ile uluslararası bir kuruluşun internet siteleri olması sebebiyle anılan üç internet sitesine erişiminden kaynaklanabilecek güvenlik riskleri, yetkililer tarafından ayrıntılı olarak incelememiş ve başvuranın bu internet sitelerine yalnızca yetkili makamların kontrolü altında ve bu makamlarca belirlenen koşullar içerisinde erişebilmesine imkan tanınmamıştır. Sonuç olarak AİHM, Hükümetin, ihtilaf konusu tedbiri haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerinin uygun ve yeterli olduğunu ve anılan tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kanıtlamadığından, AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

## **DEĞERLENDİRME VE SONUÇ**

AİHM'e hükümlülerin internete erişim hakkına ilişkin yapılan başvurular bilgiye erişim hakkı bağlamında ifade özgürlüğü hakkı ve eğitim hakkına ilişkindir. AİHM'e yapılan başvurular incelendiğinde, AİHM tarafından üç aşamalı test olarak adlandırılan hukukilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik testlerinin sırasıyla olaylara uygulandığı görülmüştür. Davalarda müdahalenin varlığı tespit edildikten sonra hukukilik olarak adlandırılan, hakkın uygulanmasının kısıtlanmasına ilişkin olarak ilgili ülkenin iç hukukunda kanuni bir düzenlemenin olup olmadığı tespit edilmiştir. İncelenen tüm davalarda, ilgili devletlerin infaza ilişkin kanunlarında hükümlülerin internete erişiminin sınırlandırılmasını gerektiren düzenlemeler olduğu görülmüştür. Hükümlülerin dış dünyayla temasının sınırlandırılması, infaz kurumunun iç düzeninin sağlanması gibi hususların, hükümlülerin internete erişiminin sınırlandırılmasının meşru amacını oluşturduğu tespit edilmiştir. Ancak bu sı-

nırlandırmaların, demokratik bir devlette gerekli olduğu konusunda, devletlerin ileri sürdüğü gerekçeler, hakkın kullanılmasının sınırlandırılmasının haklı olduğu konusunda AİHM'i ikna edememiştir.

AİHM devletlerin, suçlulukla mücadele ve kurumun iç düzeni açısından hükümlülerin bazı haklarının sınırlandırılması gerektiği konusundaki endişelerini yerinde bulmaktadır. Ayrıca AİHS'te yer alan düzenlemelerin, hükümlülere internete veya belirli internet sitelerine erişim sağlamak için genel bir yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanamayacağını da belirtmektedir. Bununla birlikte, ilgili devletlerin kanunlarında, hükümlülere halihazırda tanınmış bir hakkın kullandırılmamasının haklı olabilmesi için bu sınırlamaların demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Ancak incelenen kararlarda, örneğin hükümlülere infaz kanunu ile belirli şartlarda eğitim hakkının tanındığı Litvanya'da, başvuranın erişmek istediği bilgilerin sadece internette bulunuyor olması ve erişilmek istenen internet sitelerinin devlet kurumlarına ait olması karşısında erişim izninin reddedilmesi, AİHM'e göre demokratik toplumda gereklilik koşulunu karşılamamaktadır. Estonya ve Türkiye gibi infaz kanunlarında, hükümlülere internete erişim hakkını açıkça tanıyan ülkelerde, başvuran hükümlüler açısından internete erişim talebinin reddedilmesinin haklı gerekçelerinin olmaması, hükümlülerin denetim altında bu sitelere erişim sağlaması gibi olasılıkların değerlendirilmemesi AİHS'teki hakların ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Modern infaz sisteminin amacı hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır. Bu amaçlar doğrultusunda hükümlülerin salıverilmeden sonra adaptasyonları için her geçen gün gelişim gösteren teknoloji araçlarından uzak tutulmaması gerekmektedir. Hükümlüler, internete erişim hakkı sayesinde online eğitim alarak diploma alabilme ve bu sayede salıverilme sonrasında iş bulabilme imkanına sahip olabilmektedirler.

AİHM kararlarında da belirtildiği üzere çoğu ülkenin hukukunda doğrudan hükümlülerin internete erişimini yasaklayan bir düzenleme



bulunmamaktadır. Güvenlik gerekçesi ile internete erişimin sınırlandırılması meşru bir amaçtır. Ancak hükümlülerin temel haklarının dikkate alınması önemlidir. Bu bağlamda güvenlik gerekçesiyle internete erişim taleplerinin reddedilmesi yerine denetimli bir şekilde, gerekli güvenlik alt yapılarının oluşturulması ile internete erişim hakkı tanınması gerekmektedir.

Çalışmamız boyunca değerlendirilen AİHM kararlarına konu olan ve internete erişim talebinin reddedilmesi nedeniyle hak ihlali olduğu tespit edilen kararlarda iki talep öne çıkmaktadır. Bunlar; hükümlülerin hukuki bilgiye ulaşmasını sağlayan ve eğitim hakkının kullanılmasını sağlayan internet sitelerine erişim talepleridir. Bu bağlamda hükümlülerin hukuki bilgiye erişim ve eğitim hakkı kapsamındaki taleplerinin karşılanmasını sağlayacak adımlar öncelikli olarak planlanmalıdır. Örneğin kütüphaneden yararlanma hakkı ile uyumlu olarak sınırlı ve güvenli erişim sağlayacak güvenlik duvarları konularak belirli sitelere erişim hakkı tanınabilir. Bu hususu sağlayacak teknolojik alt yapı hizmetleri ile donanım ve yazılımların tespiti yapıldıktan sonra infaz mevzuatları buna göre güncellenebilecektir. Buna paralel olarak bazı ülkelerde gerekli adımlar atılmaktadır. Örneğin ortak alanlarda bulunan bilgisayarlar üzerinden, e-posta ve görüntülü görüşme hizmeti sunan şirketlerin alt yapı hizmetleri sunmasıyla başlatılan uygulamalar bulunmaktadır<sup>48</sup>. Benzeri alt yapıların eğitim amaçlı uygulamalar ve hukuki bilgiye erişimi sağlayacak uygulamalar için de sağlanması, teknolojik olarak mümkün görünmektedir.

---

<sup>48</sup> Örneğin:

1. İngiltere (<https://www.gov.uk/guidance/visit-a-prisoner-using-a-video-call>)
2. Almanya (<https://www.mj.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/videotelefonie-in-den-gefangnissen-ausgeweitet-187548.html>)
3. İrlanda (<https://www.irishprisons.ie/receive-family-video-visit>)
4. Estonya (<https://www.europris.org/estonian-prison-service-ee-covid19/>)
5. Türkiye’de (<https://marmarallicik.adalet.gov.tr/goruntulu-gorusme-e-gorus>) hükümlülerin görüntülü görüşme imkanları bulunmaktadır. (Erişim tarihleri: 28.02.2024).

## KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin/ **DURAN**, Taha Yasin/ **DEMİRKOL**, Neslihan: İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023.
- ALGAN**, Bülent: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, 1. Baskı, Ankara 2007.
- ARAS**, Bahattin: AİHM Kararları Işığında Hükümlü ve Tutuklu Hakları, Ankara 2022.
- AYAZ**, Taner/ **İŞIKLI**, Şevki: “Bir İnsan hakkı Olarak İnternet Erişimi: Herkes İçin İnternet Tartışması,” Uluslararası Bilişim, Teknoloji ve Felsefe Dergisi, C.4, 2020.
- DE HERT**, Paul/**KLOZA**, Dariusz: “Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework?”, European Journal of Law and Technology, S. 3. C. 3, 2012.
- DEMİRBAŞ**, Timur: İnfaz hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023.
- DİDİNMEZ**, Mehmet Alp: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Tesiti”, Kırikkale Hukuk Mecmuası, Cilt:1, Sayı:1, 2021, s. 149-174.
- DOĞRU**, Osman/ **NALBANT**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt:2 Açıklama ve Önemli Kararlar, İstanbul 2016, s.181 vd.
- DUYSAK ÖZDEMİR**, Merve: “Tutuklu ve Hükümlülerin İnternete Erişim Hakkı”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2020.
- GEMALMAZ**, Mehmet Semih: Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2012.
- GÖÇER**, Mahmut, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, 1. Baskı, Ankara 2009.
- LA RUE**, Frank: Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, <https://digitallibrary.un.org/record/706200>, (Erişim tarihi: 12.02.2024).
- MATHIESEN**, Kay: “Human Rights for the Digital Age,” Journal of Mass Media Ethics, C. 29, S. 1, 2014.
- ÖNCÜ**, Mehmet: “Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Derece Türünden Şikayetler”, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara, 20223.
- ÖZBEK**, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2023.
- SCHARFF SMITH**, Peter: “Imprisonment and Internet-Access Human Rights, the Principle of Normalization and the Question of Prisoners Access to Digital Communications Technology”, Nordic Journal of Human Rights C.30, S. 4., ss.454-482.
- SKEPYS**, Brian: “Is There a Human Right to the Internet?”, Journal of Politics and Law, C. 5, S. 4, 2012.

**YOKUŞ SEVÜK**, Handan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi”, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, 2003, ss.335-384, s.335.

**YÜKSEL**, İsmail: “İnternete Erişim Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2022.

AİHM Cengiz and Others v. Türkiye, Başvuru no: 48226/10 ve 14027/11, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-159188>, paragraf, 49-52, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

AİHM 2015; Ahmet Yıldırım/Türkiye, Başvuru no: 3111/10, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-115401>, paragraf 48, (Erişim tarihi: 21.02.2024).

AİHM Times Newspapers Ltd/Birleşik Krallık (no. 1 ve 2), Başvuru no: 3002/03 ve 23676/03, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91713>, paragraf 27, (Erişim tarihi: 21.02.2024).

AİHM Kalda v. Estonya, Başvuru No: 17429/10, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-160271>, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

AİHM Jankovskis v. Litvanya, Başvuru No: 21575/08, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-170354>, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

AİHM Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye, Başvuru No: 31320/02, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-84815>, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

AİHM Ramazan Demir v. Türkiye, Başvuru No: 68550/17, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-210709>, (Erişim tarihi: 02.02.2024).

Avrupa Cezaevi Kuralları, <https://rm.coe.int/european-prison-rules-978-92-871-5982-3/16806ab9a>, (Erişim tarihi: 14.02.2024).

BM Kuralları <https://www.ohchr.org/>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

Electronic Communications Act, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/501042015003/consolide>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<https://marmara11cik.adalet.gov.tr/goruntulu-gorusme-e-gorus>, (Erişim tarihi: 28.02.2024).

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-4117](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-4117), (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2009/2009580DC.htm>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<https://www.euopris.org/estonian-prison-service-ee-covid19/>, (Erişim tarihi: 28.02.2024).

<https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2003/en20030393.pdf>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

<https://www.gov.uk/guidance/visit-a-prisoner-using-a-video-call>, (Erişim tarihi: 28.02.2024).

<https://www.irishprisons.ie/receive-family-video-visit>, (Erişim tarihi: 28.02.2024).

<https://www.mj.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/videtelefonie-in-den-gefangnissen-ausgeweitet-187548.html>, (Erişim tarihi: 28.02.2024).

<https://www.tihек.gov.tr/kategori/pages/tihек-kitaplik>, (Erişim tarihi: 12.02.2024).  
İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Rehberi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Ülkelere Gönderdiği İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Kılavuzuyla ilgili CM/Rec (2014) sayılı ve 16.04.2014 tarihli Tavsiye Kararı, <https://rm.coe.int>, (Erişim tarihi: 22.02.2024).

United Nations General Assembly A/HRC/20/L.13, [https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=20280](https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=20280), (Erişim tarihi: 21.02.2024).

# THE 2<sup>nd</sup> GLOBAL REFUGEE FORUM: THE ROAD AHEAD

Res. Asst. Ph.D. Gökçe KONYALI\*

## ABSTRACT

The Global Compact for Refugees was accepted and declared by the United Nations (UN) General Assembly on 17 December 2018. The objectives of the global compact are “to: (i) ease pressures on host countries; (ii) enhance refugee self-reliance; (iii) expand access to third country solutions; and (iv) support conditions in countries of origin for return in safety and dignity.” For this purpose, a periodic Global Refugee Forum (GRF) will be held every 4 years. The ministers of UN Member States and the relevant stakeholders will participate in the forum and are expected to make concrete contributions to the main goals envisaged in the compact. Both the financial and legal obligations that the participants will take to solve the worldwide issues in the context of refugees are important, especially in terms of protecting the rights of refugees and sharing the burden more fairly among states.

The 1<sup>st</sup> GRF took place on December 2019 in Geneva, uniting the international community to express solidarity with refugees worldwide and the nations and communities generously hosting them. Nearly 3,000 participants including more than 90 Officials at the Ministerial level and 55 international organizations, representatives of more than 130 companies and foundations, approximately 250 civil society organizations and 70 refugees attended the Forum. Four years later, the 2<sup>nd</sup> GRF took place from 13 to 15 December 2023 in Geneva and more than 300 refugee delegates attended the forum, more than four times the total in 2019 GRF. Since it is important for the problems to be voiced by the refugees who are experiencing these problems themselves, the importance of the contribution of this participation cannot be denied. Also, financial commitments exceeding \$2.2 billion were pledged to aid refugees and the communities hos-

---

\* Res. Asst. Ph.D. Akdeniz University Law Faculty, Department of Public International Law, e-mail: gokcekonyali@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1760-2262.

ting them globally. This forum marked the largest assembly on policies addressing refugee and displacement issues: 4,200 participants from 168 governments and more than 425 organizations attended this largest multistakeholder event in the world.

The commitments made within the scope of the GRF are especially important in terms of protecting the rights of refugees. Obligations arising from the acceptance of refugees are one of the most important obstacles to states providing the right to asylum. Therefore, the solution to this issue will play an important role in preserving the right to asylum. States that know that they will not be under any more obligations or receive financial support compared to other countries will be more flexible in accepting refugees into the country. This will play a role in reducing human rights violations and an establish an effective burden-sharing mechanism among states.

In the face of escalating global forced displacement and the growing complexity of conflicts, the GRF emphasized the need for intensified initiatives aimed at sustainable, enduring solutions. Effectively tackling these challenges is essential in realizing the objectives outlined in the UN 2030 Agenda for Sustainable Development and ensuring the well-being of all individuals through the lens of human rights and security.

**Keywords:** Global Refugee Forum, Global Compact on Refugees, Burden-Sharing, Right of Asylum, Human Rights

## İKİNCİ KÜRESEL MÜLTECİ FORUMU: ÖNÜMÜZDEKİ YOL

### ÖZET

Küresel Mülteci Mutabakatı, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 2018 tarihinde kabul edilerek ilan edildi. Söz konusu mutabakatın hedefleri; “ev sahibi ülkeler üzerindeki baskının azaltılması, mültecilerin kendi kendine yeterliliklerinin güçlendirilmesi, üçüncü ülke çözümlerine erişimin genişletilmesi ve güvenli ve insan onuruna yakışır bir şekilde dönüşe yönelik olarak kaynak ülkelerdeki koşulların desteklenmesi” olarak belirlenmiştir. Bu amaçla, her 4 yılda bir Küresel Mülteci Forumu (KMF) düzenlenmesi öngörülmüştür. BM’e Üye Devletlerin bakanlık nezdindeki temsilcileri ve ilgili paydaşlar foruma katılması ve kompaktta öngörülen ana hedeflere somut katkılarda bulunması beklenmektedir. Katılımcıların dünya genelinde mülteci sorunlarını

çözmek için alacakları mali ve hukuki yükümlülükler, özellikle mültecilerin haklarının korunması ve sorumlulukların daha adil şekilde paylaşılması bakımından önem arz etmektedir.

İlk KMF, dünya genelinde mültecilere ve onlara ev sahipliği yapan devletler ve topluluklarla dayanışma sağlamak için Aralık 2019'da Cenevre'de gerçekleştirilmiştir. Forumda 90'dan fazla bakan düzeyinde yetkili ve 55 uluslararası kuruluş, 130'dan fazla şirket ve vakıf temsilcisi, yaklaşık 250 sivil toplum örgütü ve 70 mülteci de dahil olmak üzere 3,000'e ulaşan katılımcı yer almıştır. Dört yılın ardından İkinci KMF, 13-15 Aralık 2023 tarihlerinde Cenevre'de gerçekleştirilmiş ve foruma 2019'daki toplamın dört katından fazla, 300'den fazla mülteci temsilcisi iştirak etmiştir. Bu katılım, sorunları doğrudan yaşayan mülteciler tarafından dile getirilmesi bakımından katkı sağlayıcı olmuştur. Buna ek olarak, küresel olarak mültecilere ve onları barındıran toplumlara yardım için 2.2 milyar doları aşan mali taahhütlerde bulunulmuştur. Bu forum, 168 devletten 4,200 temsilci ve 425'ten fazla kuruluşun katılımı ile dünyadaki mülteci ve yerinden edilme sorunlarına yönelik politikalara dair en büyük faaliyetlerden biri olmuştur.

KMF kapsamındaki taahhütler, özellikle mültecilerin haklarının korunması açısından önemlidir. Mültecileri kabul etmenin doğurduğu yükümlülükler, sığınma hakkını sağlamak konusunda devletlerin önünde engel yaratan bir husustur. Bu nedenle, bu sorunun çözümü, sığınma hakkını korumada önemli bir rol oynayacaktır. Diğer ülkelere göre daha fazla yükümlülük altına girmeyeceğini veya mali destek alacaklarını bilen devletler, mültecileri ülkeye daha esnek bir şekilde kabul etme konusunda daha istekli olacaklardır. Bu, insan hakları ihlallerinin azaltılmasında ve devletler arasında etkili bir yük paylaşım mekanizması oluşturulmasında rol oynayacaktır.

Küresel anlamda zorla yerinden edilme durumlarının ve anlaşmazlıkların artan karmaşıklığının karşısında KMF, sürdürülebilir, kalıcı çözümlere yönelik yoğun girişimlere ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadır. Bu zorlukları etkili bir şekilde ele almak, BM'nin 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri çerçevesinde belirlenen amaçları gerçekleştirmek ve insan hakları ve güvenlik perspektifinden tüm bireylerin refahını sağlamak için önemli ve gereklidir.

**Anahtar Kelimeler:** Küresel Mülteci Forumu, Küresel Mülteci Mutabakatı, Yükümlülük Paylaşımı, Sığınma Hakkı, İnsan Hakları

## INTRODUCTION

According to the UNHCR's data, more than 110 million people were displaced as a result of persecution, conflict, violence, human rights violations or events seriously disturbing public order as of May 2023.<sup>1</sup> Türkiye is the world's largest refugee-hosting country, accepting 3.6 million refugees which corresponds to ten percent of the total refugee population. Therefore, it is of great importance for the international community to stand in solidarity in order to address refugee-related issues, prevent the violation of their rights, and balance the distribution of responsibilities among states. In this regard, the Global Refugee Forum (GRF) is an international gathering aimed at fostering international solidarity and identifying issues and needs to address through its initiatives.

Protecting the basic rights of refugees, enabling their inclusion in education and the workforce to become self-sufficient individuals, and sharing the burdens stemming from refugee movements worldwide are among the foremost long-term solutions. In this direction, achieving global cooperation and solidarity is possible through enhancing relations between states and conducting joint discussions on addressing the issues. GRF makes states, civil society organizations, and other interest groups to act in achieving the mentioned objectives. Especially, the representation of refugees in GRF and listening to their issues firsthand facilitate taking concrete steps towards addressing the current problems. Commitments obtained from participants regarding these issues contribute to the development of refugee rights and social integration of refugees, as well as fostering the evolution of a more equitable burden-sharing system among states through financial and humanitarian contributions.

---

<sup>1</sup> UNHCR, "Refugee Statistics", <https://www.unrefugees.org/refugee-facts/statistics/> (Last Accessed: 28.02.2024).



## I. THE IMPORTANCE AND BEGINNING OF GLOBAL REFUGEE FORUM

### A. What is Global Refugee Forum?

The insufficiency of the provisions of the Geneva Convention regarding the protection of refugees, the increasing movement of refugees and the absence of a global burden-sharing mechanism between the host states highlights the necessity for new international studies in refugee law. Acting upon this consideration, the then UN Secretary-General Ban Ki-mun explicitly stated the need for the preparation of a global refugee agreement in a report published in 2016.<sup>2</sup> This initiative for the agreement was envisaged in the New York Declaration on Refugees and Migrants, adopted on September 19, 2016. The Declaration mainly aims to establish a system based on the protection of refugees and migrants and the shared responsibility of states.

In this context, the states adopting the declaration commit to standing in solidarity with individuals forced to leave their place of residence, fully respecting the human rights of refugees and migrants, and providing support to countries affected by significant refugee movements. The Declaration, considering the sovereign authority of states over border controls in its 42<sup>nd</sup> paragraph, emphasizes the protection of the fundamental rights of individuals leaving their country and underscores the fight against xenophobia and discrimination in its 13th paragraph. While recognizing the discretion of states in admitting foreigners to the country, the Declaration's primary objective is the protection of the basic rights of refugees and to pioneer the development of a system for a burden-sharing system among states. To achieve these goals, the preparation and announcement of a global compact are proposed.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Report of the Secretary General, "In safety and dignity: addressing large movements of refugees and migrants", [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/in\\_safety\\_and\\_dignity\\_-\\_addressing\\_large\\_movements\\_of\\_refugees\\_and\\_migrants.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/in_safety_and_dignity_-_addressing_large_movements_of_refugees_and_migrants.pdf) (Last Accessed: 28.02.2024).

<sup>3</sup> UN General Assembly, "Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016, 71/1" <https://www.un.org/en/development/desa/population/migra->

On December 17, 2018, the Global Compact on Refugees (GCR) was adopted at the UN General Assembly.<sup>4</sup> The objectives of the global compact are: “(i) ease pressures on host countries; (ii) enhance refugee self-reliance; (iii) expand access to third country solutions; and (iv) support conditions in countries of origin for return in safety and dignity.” To achieve these goals, it is envisaged to organize forums at the global level. In this way, it will be possible to implement target-oriented measures and for states and other responsible organizations to report on the work that has been done and needs to be done.<sup>5</sup> Though GCR is a non-binding instrument, it is important for strengthening intergovernmental cooperation, establishing consistency among applied legal principles and laying the groundwork for the possibility of making binding agreements in the future. In this context GCR can be likened to a roadmap.<sup>6</sup>

Although the GCR has been criticized for not addressing many issues in the context of the laws that need to be enacted and the policies that need to be established<sup>7</sup>, it should not be forgotten that it is not possible to instantly solve this problem, which has not been provided with comprehensive international regulations for many years, with a single compact. Therefore, the international community should strive to utilize the instruments provided by the GCR within the framework of its objectives, aiming to contribute to the establishment of a global asylum system which includes both protection of refugees and asylum-seekers and fair burden-sharing mechanisms. At the forefront of these instruments is the Global Refugee Forum (GRF).

---

tion/generalassembly/docs/globalcompact/A\_RES\_71\_1.pdf, Annex II, p.21, (Last Accessed: 28.02.2024).

<sup>4</sup> UN General Assembly, “Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018, 73/151”, <https://www.unhcr.org/us/media/resolution-adopted-general-assembly-17-december-2018> (Last Accessed: 28.02.2024).

<sup>5</sup> TÜRK, Volker: “The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees”, *International Journal of Refugee Law*, C. 30(4), 2018, s. 579.

<sup>6</sup> NIRMAL, B.C./SHARMA, Prakash: “Responsibility Sharing under International Refugee Law with Special Reference to Global Compact on Refugees”, *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, C. 20, 2020, s. 235.

<sup>7</sup> BETTS, Alexander: “The Global Compact on Refugees: Towards a Theory of Change?”, *International Journal of Refugee Law*, C. 30(4), 2018, s. 626.

## **B. A Quick Review of 1<sup>st</sup> Global Refugee Forum**

For the purpose of comparing data between the two forums and analyzing the developments, it would be beneficial to briefly touch upon the commitments and pledges made during the first GRF. The first GRF took place in December 2019 and it was co-hosted by UNHCR and Switzerland and co-convened by Costa Rica, Ethiopia, Germany, Pakistan and Türkiye. The forum was attended by a diverse group of participants, including four Heads of State or Government, over 90 officials at the ministerial level, the Secretary-General of the United Nations, representatives from approximately 55 international organizations (including entities and specialized agencies within the United Nations system), more than 130 companies and foundations, about 250 civil society organizations, and around 70 refugees, totaling approximately 3,000 attendees.<sup>8</sup> More than two-thirds of UN member states and numerous stakeholders made pledges and contributions in terms of achieving the primary objectives of the Global Compact. In financial terms, The World Bank Group has introduced a new funding and financing initiative totaling US\$2.2 billion to support refugees and host communities. In addition, they have launched a separate program amounting to US\$2.5 billion aimed at stimulating the private sector and generating employment in nations impacted by fragility, conflict, and violence. The Inter-American Development Bank has also committed to providing financing amounting to US\$1 billion. Various pledges of financial assistance from both States and other entities have surpassed US\$2 billion, with an additional contribution of over US\$250 million from the private sector. The forum has facilitated significant initiatives in terms of responsibility sharing as well.<sup>9</sup> Three Support Platforms were established to strengthen regional responses to refugees:

---

<sup>8</sup> UNHCR, “Global Refugee Forum 2019”, <https://www.unhcr.org/events/global-refugee-forum-2019> (Last Accessed: 24.01.2024).

<sup>9</sup> UNHCR, “Global Refugee Forum 2019”, <https://www.unhcr.org/events/global-refugee-forum-2019> (Last Accessed: 24.01.2024).

- *MIRPS*: Marco Integral Regional para la Protección y Soluciones (MIRPS) is a State-led initiative, supported by the Organization of American States (OAS), United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) together with the wider UN system, and the Central American Integration System (SICA). At the forefront of the organization's functions are ensuring responsibility-sharing mechanisms, strengthening the protection systems for refugees, asylum-seeker, internally displaced persons, deportees and returnees with facilitating the exchange of information and good practices among MIRPS countries.<sup>10</sup>
- *IGAD Support Platform*: The Intergovernmental Authority on Development (IGAD) and UNHCR launched the IGAD Support Platform which aims to show solidarity by providing concrete financial and development support to refugees in the East and Horn of Africa.<sup>11</sup>
- *SSAR*: The UNHCR and the three Governments consisting of Afghanistan, Iran, and Pakistan launched The Solutions Strategy for Afghan Refugees (SSAR) which aims to establish a fair and consistent burden and responsibility-sharing mechanism with host countries and communities, while also aiding in the pursuit of solutions and providing assistance to countries of origin.<sup>12</sup>

In addition to these efforts, "joint contributions" have been made to increase international solidarity, and more than 500 commitments have been made to enhance refugee protection and solution systems, as well as to further integrate refugees into national and global programs.<sup>13</sup> All

---

<sup>10</sup> MIRPS, "What is the MIRPS?", <https://mirps-platform.org/en/what-is-the-mirps/> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>11</sup> UNHCR, "IGAD countries work together to address displacement in the Horn of Africa", <https://www.unhcr.org/africa/publications/igad-countries-work-together-address-displacement-horn-africa> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>12</sup> UNHCR, "Solutions Strategy for Afghan Refugees (SSAR)", <https://www.unhcr.org/ir/solutions-strategy-for-afghan-refugees-ssar/> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>13</sup> **TRIGGS**, Gillian D./**WALL** Patrick C.J.: "The Global Compact on Refugees and The Inaugural Global Refugee Forum", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 32, No. 2, 2020, s. 329-334.

these positive developments pave the way for the second GRF to make even greater contributions.

## **II. THE SIGNIFICANT OUTCOMES OF 2<sup>nd</sup> GLOBAL REFUGEE FORUM**

The Second GRF took place from 13 to 15 December 2023 in Geneva. It was co-convened by Colombia, France, Japan, Jordan and Uganda and co-hosted by Switzerland and UNHCR. The two key points in this Forum were about resources to support refugees and establishing a burden-sharing system.

Providing the necessary resources for refugees is among the foremost challenges related to the difficulties faced by refugees. Due to the geographical locations of certain countries, being situated in regions with intense refugee mobility contributes to these countries bearing a heavier burden. The UN Secretary-General Guterres emphasized in the forum that supporting and protecting refugees is a global responsibility. Approximately 114 million people have been displaced globally in 2023 due to man-made catastrophes or disasters, particularly in places like Gaza and various other parts of the world. In this context, Guterres emphasized the need for both universal and regional solidarity in supporting refugees. He stated that efforts should be made globally to create conditions that would bring peace and order to the world, underscoring the importance of striving for conditions that would allow refugees to return to their homes safely.<sup>14</sup>

Compared to the first GRF, the second GRF has seen significantly higher levels of participation and commitments. According to statistical data provided by UNHCR, 4,200 participants from 168 countries and more than 425 organizations attended this largest multistakeholder event in the world. More than 300 refugee delegates attended the forum which is more than four times the total in 1<sup>st</sup> GRF. Since it is important

---

<sup>14</sup> UNHCR, "Statement from United Nations Secretary-General António Guterres", <https://www.unhcr.org/media/statement-united-nations-secretary-general-antonio-guterres-grf2023> (Last Accessed: 29.02.2024).

for the problems to be voiced by the refugees who are experiencing these problems themselves, the importance of the contribution of this participation cannot be denied. Also, financial commitments exceeding \$2.2 billion were pledged to aid refugees and the communities hosting them globally. States also pledged to resettle 1 million refugees by 2030. Thus, this forum marked the largest assembly on policies addressing refugee and displacement issues.<sup>15</sup>

In this part of this paper, we will briefly mention the progress has been made from the 1<sup>st</sup> GRF and notable commitments of various international organizations and relevant entities under the scope of the 2<sup>nd</sup> GRF. We will begin with the pledges of the top 4 donors, namely the United States, European Union (EU), Germany, and the World Bank, who are the largest contributors<sup>16</sup> in terms of forcibly displaced persons. Finally, we will also touch upon Türkiye's commitments as the country accepting the most refugees.

### **A. Government of The United States of America**

Since the 1<sup>st</sup> GRF, United States has partnered with the World Economic Forum in launching a Call to Action to raise \$10 billion in new investment by 2030 for fragile markets; implementing a formal agreement with the Tent Partnership for Refugees, a group of international businesses, to complement and expand work and training opportunities for refugees; launched a new program, the Safe Mobility Initiative, which accelerates identification and support for individuals who may qualify for refugee resettlement or other lawful immigration pathways. United States has also launched the U.S. Refugee Admissions Program (Welcome Corps) which makes it possible for Americans to directly sponsor the resettlement of refugees and help them build a new life.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> UNHCR, "Global Refugee Forum 2023", <https://globalcompactrefugees.org/about/global-refugee-forum/global-refugee-forum-2023> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>16</sup> OECD, "Development Finance for Refugee Situations Volumes and Trends", 2020 – 2021, <https://www.oecd.org/dac/development-finance-refugee-situations-2020-2021.pdf> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>17</sup> UNHCR, "Statement from the United States of America at the Global Refugee Forum 2023", <https://www.unhcr.org/media/statement-united-states-america-broadening-base-support> (Last Accessed: 29.02.2024).

At the 2<sup>nd</sup> GRF in 2023, United States announced 26 new pledges. The newly announced commitments encompass a range of areas, including economic inclusion and social protection, promoting gender equality and combating gender-based violence, facilitating resettlement and community sponsorship, establishing skills-based complementary pathways, providing support for Rohingya refugees, addressing statelessness, and ensuring inclusive education for refugees.<sup>18</sup> The resettlement pledge is highly important since United States has committed to admitting up to 125,000 refugees annually. In order to alleviate the burden on states heavily affected by the influx of refugees, it is crucial for countries to accept more refugees into their territories and devise permanent solutions for these refugees. Another beneficial initiative in this regard is the Welcome Corps, through which civil society organizations and local communities are engaged to host an additional 10,000 refugees in 2024. In addition to this, by 2027, United States pledged to admit at least 300 refugees with their family members in scope of a specialized labor mobility program and partner with 75 higher education institutes to admit at least 275 students as part of Welcome Corps.<sup>19</sup> While these initiatives and programs are extremely beneficial, it is inevitable that there is a need to increase the number of refugees who will benefit from them.

## **B. European Union**

EU member states collectively pledged for an additional 61,000 places for resettlement and humanitarian admissions.

Also, the Resettlement Support Facility in Istanbul will be continued to expand. This mechanism aims to increase operational cooperation between States to facilitate refugees' resettlement from Türkiye. It started as a pilot project by EU Agency For Asylum in April 2019 for the es-

---

<sup>18</sup> U.S. Department of State, "Fact Sheet", <https://www.state.gov/united-states-announces-new-pledges-at-2023-global-refugee-forum/#:~:text=From%20December%2013%-2D15%20at,this%20time%20of%20historic%20displacement> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>19</sup> UNHCR, "Statement from the United States of America at the Global Refugee Forum 2023", <https://www.unhcr.org/media/statement-united-states-america-broadening-base-support> (Last Accessed: 29.02.2024).

establishment of a Resettlement Support Facility as a ‘one-stop-shop’ in support of EU+ countries’ resettlement operations from Türkiye. So, the displaced people have a single point of access to get comprehensive solutions or obtain multiple services.<sup>20</sup>

The European Commission encourages and supports member states in aiding refugees, also offering financial support. Until 2023, the Commission has provided a total of 246 million euros in financial contributions to member states for resettlement efforts.<sup>21</sup> This facilitates increased contributions from member states to address global refugee crises. Thus, the European Union has made 15 new pledges in the year 2023.<sup>22</sup> Additionally, within the framework of the Global Compact, which envisages the establishment of a refugee advisory body, it should be noted that Germany is well-positioned to create such a body, having successfully piloted the inclusion of a refugee advisor in its delegation to previous global refugee meetings.<sup>23</sup>

### C. Government of Germany

Germany holds a unique position regarding international refugee protection: it stands out as both one of the largest supporters of refugees globally and a significant host country for refugees itself. With a substantial refugee population within its borders, Germany is actively advo-

---

<sup>20</sup> Federal Foreign Office Germany, “Resettlement”, <https://euaa.europa.eu/operations/resettlement> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>21</sup> European Commission, “2023 Global Refugee Forum: The EU announces resettlement pledges”, [https://home-affairs.ec.europa.eu/news/2023-global-refugee-forum-eu-announces-resettlement-pledges-2023-12-15\\_en#:~:text=The%20EU's%20commitment%20to%20fostering,in%20need%20of%20international%20protection](https://home-affairs.ec.europa.eu/news/2023-global-refugee-forum-eu-announces-resettlement-pledges-2023-12-15_en#:~:text=The%20EU's%20commitment%20to%20fostering,in%20need%20of%20international%20protection) (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>22</sup> For all data, see. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojOTk0ZjVhM2U4ZTQzNC00MzA3LThiYjMtYmNkZjVIN2VkYzhjIiwidCI6ImU1YzM3OTgxLTY2NjQtNDEzNC04YTJjLTY1NDNkMmFmODBiZSIsImMiOiJh9> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>23</sup> Friedrich Ebert Stiftung, “Shifting Power: Advancing Refugee Participation at the Global Refugee Forum”, <https://www.fes.de/en/displacement-migration-integration/article-page-flight-migration-integration/shifting-power-advancing-refugee-participation-at-the-global-refugee-forum> (Last Accessed: 29.02.2024).



cating for a more equitable distribution of responsibility on a global scale.<sup>24</sup>

In its statement in 2<sup>nd</sup> GRF, Germany emphasized their commitment to addressing the root causes of displacement through peacebuilding efforts to mitigate conflict and violence; supporting host countries in responding to human mobility in the context of climate action and advocates for refugee-inclusive climate policies; assisting host countries in systematically integrating refugees, particularly children, into national systems for education, economic inclusion, and social protection, thereby enhancing their self-reliance to contribute positively to host communities and also as part of their feminist foreign and development policy, Germany seeks to strengthen the resilience of women and girls affected by displacement.<sup>25</sup> In the year 2023, Germany has pledged 23 different issues mainly about gender and the prevention and response to gender-based violence, economic inclusion, social protection, mental health and psychosocial support.<sup>26</sup>

#### **D. World Bank**

At the 1<sup>st</sup> GRF, the World Bank, in collaboration with the Global Partnership for Education (GPE) and Education Cannot Wait (ECW), made significant pledges to support refugee education. Together, they committed to: (a) enhancing collaboration, coordination, and financing efforts globally in support of education for refugees and host communities, (b) leveraging initiatives such as Education Cannot Wait and the Global Partnership for Education's assistance, as well as the World Bank's IDA regional sub-window for refugees and host communities, (c) increasing assistance to countries hosting large refugee populations by

---

<sup>24</sup> Germany Federal Foreign Office, "More opportunities and greater justice for refugees and host countries" <https://www.auswaertiges-amt.de/en/aussenpolitik/global-refugee-forum/2636264> (Last Accessed: 29.02.2024).

<sup>25</sup> UNHCR, "Statement from Germany at the Global Refugee Forum 2023", <https://www.unhcr.org/media/statement-germany-grf2023> (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>26</sup> UNHCR, "Germany Fact Sheet", <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2024/02/Bi-annual-fact-sheet-2023-09-GERMANY.pdf> (Last Accessed: 01.03.2024).

focusing on meeting educational needs through national education systems, (d) assisting governments and local partners in coordinating and aligning planning, financing, and delivery of education assistance to refugees and host communities, with a commitment to publishing an operational plan by mid-2020.<sup>27</sup>

As a result of these commitments GPE collaborated with the World Bank and the LEGO Foundation to fund Kenya's Primary Education Equity in Learning (KPEEL) program in 2022. This initiative, aimed at strengthening the education system, offers in Dadaab, Kakuma, and Kalobeyi with various components such as school grants and scholarships, and teacher professional development. In South Sudan, ECW and GPE are partnering in the ECW-facilitated Multi-Year Resilience Programme 2 (MYRP-2). GPE has committed an additional US\$10 million, supplementing the US\$40 million from ECW. MYRP-2 prioritizes the education of girls, children with disabilities, as well as refugees and internally displaced children.<sup>28</sup>

In the context of 2<sup>nd</sup> GRF, in its official statement, World Bank announced to continue mobilizing and deploying financial resources through the The Window for Host Communities and Refugees (WHR)<sup>29</sup> and the Global Concessional Financing Facility (GCFF).<sup>30,31</sup> The World

---

<sup>27</sup> World Bank, "GRF Joint Finance Pledge Public Statement", <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/280671576180907611-0090022019/original/GRFJointFinancePledgePublicStatement.pdf> (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>28</sup> GPE, "Leaving no one behind: A global pledge to provide inclusive education for refugees", <https://www.globalpartnership.org/blog/leaving-no-one-behind-global-pledge-provide-inclusive-education-refugees> (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>29</sup> The Window for Host Communities and Refugees (WHR) supports countries host large refugee populations to create development opportunities not only for the refugees but also their host communities. See. IDA, "Window for Host Communities and Refugees" <https://ida.worldbank.org/en/replenishments/ida19-replenishment/windows-host-communities-refugees> (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>30</sup> The GCFF is hosted by the World Bank and uses donor contributions to reduce borrowing costs for development projects that benefit refugees and host communities. See. GCFF, <https://www.globalcff.org/about-us/> (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>31</sup> The World Bank, "The World Bank Group at the Global Refugee Forum 2023", <https://www.worldbank.org/en/topic/fragilityconflictviolence/brief/the-world-bank-group-at-global-refugee-forum> (Last Accessed: 01.03.2024).

Bank also stated its willingness to play an active role in revitalizing three main objectives of the Global Compact on Refugees; (i) promoting the integration of refugees into national service delivery systems such as education and health, rather than creating costly parallel systems, (ii) providing assistance to host countries that cannot bear the burden alone, (iii) reassessing current financial models to identify the most efficient utilization of available resources.<sup>32</sup>

### **E. Multilateral Development Banks (MDBs)**

The economic integration of refugees in the host countries is also a crucial need. For this purpose, Multilateral Development Banks Coordination Platform which comprises of African Development Bank, Asian Development Bank, Council of Europe Development Bank, European Bank of Reconstruction and Development, European Investment Bank, Inter-American Development Bank, Islamic Development Bank and World Bank gives support to refugees in this context. Since 2019, MDBs have made progress on four commitments set out in the 1<sup>st</sup> GRF Joint Statement. MDB Platform members have intensified their efforts in addressing forced displacement by providing direct financing for projects benefiting host communities, refugees, and internally displaced persons (IDPs), enhancing data collection and analytics for more effective policy formulation, and developing dedicated strategies and frameworks. Additionally, MDBs have facilitated regular knowledge-sharing among members on forced displacement issues and demonstrated agility in disbursing rapid financing during crises. Furthermore, they have emphasized the importance of increasing private-sector investments and have engaged in projects focused on economic development.<sup>33</sup>

In the 2<sup>nd</sup> GRF, MDBs jointly committed to promoting comprehensive strategies for addressing economic migration and forced displacement,

---

<sup>32</sup> The World Bank, The World Bank Group at the Global Refugee Forum 2023, <https://www.worldbank.org/en/topic/fragilityconflictviolence/brief/the-world-bank-group-at-global-refugee-forum> (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>33</sup> European Investment Bank, “Joint Commitments by the MDB Coordination Platform on Economic Migration and Forced Displacement”, <https://www.eib.org/attachments/documents/global-refugee-forum.pdf> (Last Accessed: 01.03.2024).

supporting voluntary returns and reintegration, with a focus on gender dimensions. They also pledged to enhance collaboration among MDBs and stakeholders to promote complementary initiatives and increase impact for displacement prevention and solutions. Furthermore, MDBs committed to deepening coordination and cooperation on analytics and knowledge, improving monitoring and evaluation, and exploring innovative financing mechanisms to generate sustainable funding for projects related to forced displacement.<sup>34</sup>

## **F. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)**

UNESCO is actively engaged in significant efforts regarding the education of refugees. The issue of school-age refugee children is another crucial topic emphasized at the Forum. Currently, more than 7 million refugee children lack access to formal education.<sup>35</sup> However, for refugee children and youth to become self-reliant individuals contributing to social and economic life, there is a need for the provision of educational opportunities.

Since the 1<sup>st</sup> GRF, UNESCO has visibly expanded its efforts in the field of refugee education and achieved significant progress. UNESCO's successful efforts to date can be summarized as follows:

- i. UNESCO launched Qualifications Passport (UQP) mechanisms facilitates access to tertiary and higher education for refugees. UQP is currently being implemented in Zambia, Kenya, Uganda and Zimbabwe.
- ii. In partnership with UNHCR, UNESCO works to analyze refugee education data and policies and identify best practices. Two reports have been presented regarding the identified issues.

---

<sup>34</sup> European Investment Bank, "Joint Commitments by the MDB Coordination Platform on Economic Migration and Forced Displacement", <https://www.eib.org/attachments/documents/global-refugee-forum.pdf> (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>35</sup> UNHCR, "Education Report 2023 – Unlocking Potential: The Right to Education and Opportunity", <https://www.unhcr.org/media/unhcr-education-report-2023-unlocking-potential-right-education-and-opportunity> (Last Accessed: 01.03.2024).

iii. UNESCO also works on multi-country response to large-scale forced displacement. They provide support for refugees (including the ones from Afghanistan, Ukraine, Venezuela and Syria) into the national education systems.

UNESCO has contributed to the 2<sup>nd</sup> GRF with three fundamental commitments in the field of education for refugees. UNESCO made commitments to focusing on enhancing data and evidence utilization by supporting governments in collecting data; leading coordination in education sector planning and financing at various levels, advocating for refugee inclusion; supporting refugee teachers and contributes to the multistakeholder pledge for teachers in collaboration with the GRF's Teacher Task Team.

### **G. Education Cannot Wait (ECW)**

Education Cannot Wait (ECW) is a global initiative aimed at prioritizing education in emergencies and protracted crises. Its establishment aims to elevate education to the forefront of humanitarian priorities, mobilize extra funding for the sector, and foster greater collaboration among actors in humanitarian and development education.<sup>36</sup>

ECW pledged to invest at least 500 million dollars in refugee education for the next four years. It is aimed at support 5 million refugees worldwide. The expected outcome of their work stated as: "Improved inclusive, gender-equitable holistic learning and well-being outcomes for 5 million refugee children worldwide."<sup>37</sup> In its pledge announcement, ECW states that it will focus on addressing urgent needs through temporary education programs and supporting the integration of refugees, including refugee teachers, into national education systems, respecting their diverse needs and abilities. This commitment aims to mobilize support for refugee and host community children and adolescents to

---

<sup>36</sup> See. ECW, <https://www.educationcannotwait.org/about-us/who-we-are> (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>37</sup> ECW, [https://www.educationcannotwait.org/sites/default/files/2023-12/ecw\\_grf\\_pledge.pdf](https://www.educationcannotwait.org/sites/default/files/2023-12/ecw_grf_pledge.pdf) (Last Accessed: 01.03.2024).

complete their education successfully, enabling them to become self-sufficient adults.<sup>38</sup>

## H. Türkiye

Türkiye participated as a co-convenor in the 1<sup>st</sup> GRF. In 2<sup>nd</sup> GRF, Türkiye made commitments and undertook initiatives in five different areas. These are:

- i. Sport for Inclusion and Protection: Promoting and providing inclusive, safe, sport and play-based initiatives for refugee kids in Türkiye.
- ii. Child Rights: Increasing the number of forcibly displaced families and children reached by awareness raising activities.
- iii. Child Rights- Education – Towards a Shared Responsibility to Uphold the Right to Education and Include Refugee Children in National Education System: Increasing the number of forcibly displaced children receiving conditional cash transfer to support their education.
- iv. Child Rights: Reducing risk factors by increasing the number of children benefiting from child protection services.
- vi. UNCT Türkiye (The United Nations Country Team) to work to increase access to inclusive services in Türkiye for refugees, migrants, children and host communities.<sup>39</sup>

Considering that Türkiye is the country hosting the most refugees globally, participating in international initiatives like the Global Refugee Forum is crucial. This allows us to work towards fair burden-sharing mechanisms to prevent our country from bearing an excessive burden and contribute to the protection of the fundamental rights and freedoms of refugees.

---

<sup>38</sup> ECW, [https://www.educationcannotwait.org/sites/default/files/2023-12/ecw\\_grf\\_pledge.pdf](https://www.educationcannotwait.org/sites/default/files/2023-12/ecw_grf_pledge.pdf) (Last Accessed: 01.03.2024).

<sup>39</sup> For all data see. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiOTk0ZjVhM2U4ZTQzNC00MzA3LThiYjMtYmNkZjVIN2VkYzhjIiwidCI6ImU1YzZMOTgxLTUyNjQ0NDEzNC04YTBjLTUyNDNDNmMmFmODBiZSIsImMiOjIh9>.

## CONCLUSION

In conclusion, the GRF stands as a pivotal platform for addressing the complex challenges faced by refugees globally. From its inception following the New York Declaration on Refugees and Migrants to its subsequent iterations, such as the first and second forums, the GRF has garnered significant international attention and commitment. Through the participation of states, civil society organizations, multilateral institutions, and other stakeholders, the GRF has facilitated crucial discussions, commitments, and pledges aimed at enhancing refugee protection, promoting integration, and fostering burden-sharing mechanisms. The commitments made by various actors, such as increased financial contributions, resettlement pledges, and initiatives to improve education and livelihood opportunities for refugees, underscore the importance of collective action and solidarity in addressing the refugee crisis. Moving forward, sustained efforts and collaboration will be essential to translating these commitments into tangible outcomes and ensuring the rights and dignity of refugees are upheld on a global scale.

Amid the complex challenges surrounding refugee protection and displacement, the GRF emerges as a beacon of hope and cooperation. As evidenced by the commitments and pledges made during its inaugural and subsequent editions, the GRF serves as a catalyst for multilateral action and solidarity in addressing the plight of refugees worldwide. Through the active participation of states, international organizations, civil society groups, and refugees themselves, the GRF has generated momentum towards enhancing refugee protection, promoting self-reliance, and fostering equitable burden-sharing mechanisms. However, the journey towards comprehensive solutions remains ongoing, requiring sustained commitment, innovative approaches, and inclusive dialogue. By harnessing the collective efforts and resources mobilized through the GRF, the international community can work towards building a more just and compassionate world for refugees, where their rights and dignity are respected and upheld.

Since 2019, GRF has provided a forum for states, international organizations, civil society actors, and refugees themselves to come together, share experiences, and chart a course towards durable solutions. However, as we look to the future, it is imperative that we maintain the momentum generated by the GRF and increase our efforts to uphold the rights and dignity of refugees, promote inclusive solutions, and build a more compassionate and resilient world for all.

## BIBLIOGRAPHY

- BETTS**, Alexander: "The Global Compact on Refugees: Towards a Theory of Change?", *International Journal of Refugee Law*, C. 30(4), 2018, s. 623-626.
- ECW, <https://www.educationcannotwait.org/about-us/who-we-are> (Last Accessed: 01.03.2024).
- ECW, [https://www.educationcannotwait.org/sites/default/files/2023-12/ecw\\_grf\\_pledge.pdf](https://www.educationcannotwait.org/sites/default/files/2023-12/ecw_grf_pledge.pdf) (Last Accessed: 01.03.2024).
- European Commission, "2023 Global Refugee Forum: The EU announces resettlement pledges", [https://home-affairs.ec.europa.eu/news/2023-global-refugee-forum-eu-announces-resettlement-pledges-2023-12-15\\_en#:~:text=The%20EU's%20commitment%20to%20fostering,in%20need%20of%20international%20protection](https://home-affairs.ec.europa.eu/news/2023-global-refugee-forum-eu-announces-resettlement-pledges-2023-12-15_en#:~:text=The%20EU's%20commitment%20to%20fostering,in%20need%20of%20international%20protection) (Last Accessed: 29.02.2024).
- European Investment Bank, "Joint Commitments by the MDB Coordination Platform on Economic Migration and Forced Displacement", <https://www.eib.org/attachments/documents/global-refugee-forum.pdf> (Last Accessed: 01.03.2024).
- European Investment Bank, "Joint Commitments by the MDB Coordination Platform on Economic Migration and Forced Displacement", <https://www.eib.org/attachments/documents/global-refugee-forum.pdf> (Last Accessed: 01.03.2024).
- Federal Foreign Office Germany, "Resettlement", <https://euaa.europa.eu/operations/resettlement> (Last Accessed: 29.02.2024).
- Friedrich Ebert Stiftung, "Shifting Power: Advancing Refugee Participation at the Global Refugee Forum", <https://www.fes.de/en/displacement-migration-integration/article-page-flight-migration-integration/shifting-power-advancing-refugee-participation-at-the-global-refugee-forum> (Last Accessed: 29.02.2024).
- GCFF, <https://www.globalcff.org/about-us/> (Last Accessed: 01.03.2024).
- Germany Federal Foreign Office, "More opportunities and greater justice for refugees and host countries" <https://www.auswaertiges-amt.de/en/aussenpolitik/global-refugee-forum/2636264> (Last Accessed: 29.02.2024).



- GPE, “Leaving no one behind: A global pledge to provide inclusive education for refugees”, <https://www.globalpartnership.org/blog/leaving-no-one-behind-global-pledge-provide-inclusive-education-refugees> (Last Accessed: 01.03.2024).
- <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOTk0ZjVhM2UtZTQzNC00MzA3LThiYjMtYmNkZjVIN2VkYzhjIiwidCI6ImU1YzZM3OTgxLTY2NjQtNDEzNC04YTBJLTY1NDNkMmFmODBiZSIsImMiOjh9> (Last Accessed: 29.02.2024).
- IDA, “Window for Host Communities and Refugees” <https://ida.worldbank.org/en/replenishments/ida19-replenishment/windows-host-communities-refugees> (Last Accessed: 01.03.2024).
- MIRPS, “What is the MIRPS?”, <https://mirps-platform.org/en/what-is-the-mirps/> (Last Accessed: 29.02.2024).
- NIRMAL**, B.C./**SHARMA**, Prakash: “Responsibility Sharing under International Refugee Law with Special Reference to Global Compact on Refugees”, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law, C. 20, 2020, s. 213-241.
- OECD, “Development Finance for Refugee Situations Volumes and Trends”, 2020 – 2021, <https://www.oecd.org/dac/development-finance-refugee-situations-2020-2021.pdf> (Last Accessed: 29.02.2024).
- Report of the Secretary General, “In safety and dignity: addressing large movements of refugees and migrants”, [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/in\\_safety\\_and\\_dignity\\_-\\_addressing\\_large\\_movements\\_of\\_refugees\\_and\\_migrants.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/in_safety_and_dignity_-_addressing_large_movements_of_refugees_and_migrants.pdf) (Last Accessed: 28.02.2024).
- The World Bank, “The World Bank Group at the Global Refugee Forum 2023”, <https://www.worldbank.org/en/topic/fragilityconflictviolence/brief/the-world-bank-group-at-global-refugee-forum> (Last Accessed: 01.03.2024).
- The World Bank, The World Bank Group at the Global Refugee Forum 2023, <https://www.worldbank.org/en/topic/fragilityconflictviolence/brief/the-world-bank-group-at-global-refugee-forum> (Last Accessed: 01.03.2024).
- TRIGGS**, Gillian D./**WALL** Patrick C.J.: “The Global Compact on Refugees and The Inaugural Global Refugee Forum”, International Journal of Refugee Law, Vol. 32, No. 2, 2020, s. 283-339.
- TÜRK**, Volker: “The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees”, International Journal of Refugee Law, C. 30(4), 2018, s. 575-583.
- U.S. Department of State, “Fact Sheet”, <https://www.state.gov/united-states-announces-new-pledges-at-2023-global-refugee-forum/#:~:text=From%20December%2013%2D15%20at,this%20time%20of%20historic%20displacement> (Last Accessed: 29.02.2024).
- UN General Assembly, “Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016, 71/1” [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_71\\_1.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_71_1.pdf) (Last Accessed: 28.02.2024).

- UN General Assembly, "Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018, 73/151", <https://www.unhcr.org/us/media/resolution-adopted-general-assembly-17-december-2018> (Last Accessed: 28.02.2024).
- UNHCR, "Education Report 2023 – Unlocking Potential: The Right to Education and Opportunity", <https://www.unhcr.org/media/unhcr-education-report-2023-unlocking-potential-right-education-and-opportunity> (Last Accessed: 01.03.2024).
- UNHCR, "Germany Fact Sheet", <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2024/02/Bi-annual-fact-sheet-2023-09-GERMANY.pdf> (Last Accessed: 01.03.2024).
- UNHCR, "Global Refugee Forum 2019", <https://www.unhcr.org/events/global-refugee-forum-2019> (Last Accessed: 24.01.2024).
- UNHCR, "Global Refugee Forum 2023", <https://globalcompactrefugees.org/about/global-refugee-forum/global-refugee-forum-2023> (Last Accessed: 29.02.2024).
- UNHCR, "IGAD countries work together to address displacement in the Horn of Africa", <https://www.unhcr.org/africa/publications/igad-countries-work-together-address-displacement-horn-africa> (Last Accessed: 29.02.2024).
- UNHCR, "Refugee Statistics", <https://www.unrefugees.org/refugee-facts/statistics/> (Last Accessed: 28.02.2024)
- UNHCR, "Solutions Strategy for Afghan Refugees (SSAR)", <https://www.unhcr.org/ir/solutions-strategy-for-afghan-refugees-ssar/> (Last Accessed: 29.02.2024).
- UNHCR, "Statement from Germany at the Global Refugee Forum 2023", <https://www.unhcr.org/media/statement-germany-grf2023> (Last Accessed: 01.03.2024).
- UNHCR, "Statement from the United States of America at the Global Refugee Forum 2023", <https://www.unhcr.org/media/statement-united-states-america-broadening-base-support> (Last Accessed: 29.02.2024).
- UNHCR, "Statement from the United States of America at the Global Refugee Forum 2023", <https://www.unhcr.org/media/statement-united-states-america-broadening-base-support> (Last Accessed: 29.02.2024).
- UNHCR, "Statement from United Nations Secretary-General António Guterres", <https://www.unhcr.org/media/statement-united-nations-secretary-general-antonio-guterres-grf2023> (Last Accessed: 29.02.2024).
- World Bank, "GRF Joint Finance Pledge Public Statement", <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/280671576180907611-0090022019/original/GRFJointFinancePledgePublicStatement.pdf> (Last Accessed: 01.03.2024).

# **SÖYLER KARARI MUSA KAYA KARARINA KARŞI: MAHPUSLARIN OY HAKKINDA AŞIL(A)MAYAN EŞİK**

**Arş. Gör. Dr. Seda ÖZKAN\***

## **ÖZET**

Anayasa'nın "Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları" kenar başlıklı 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, vatandaşların seçme hakkına sahip olduğu ve 3'üncü fıkrasında, on sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşının seçme hakkına sahip olduğu düzenlenmekle birlikte 5'inci fıkrasında, seçme hakkının bazı vatandaşlar yönünden kısıtlandığı da düzenlenmiştir. Seçme hakkı kısıtlanan vatandaşlardan mahpusların durumu ayrıca dikkate değerdir. Çünkü mahpusların oy hakkına ilişkin olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) verdiği "Söyler v. Türkiye" kararı ile Anayasa Mahkemesinin (AYM) verdiği "Musa Kaya" kararı birbirinden farklı sonuçlar doğurmaktadır.

"Söyler v. Türkiye" kararına; banka hesabında yeterli bakiye olmaksızın çek keşide etme suçundan hapis cezasına çarptırılmış olan iş insanının ceza infaz kurumunda bulunan bir hükümlü olarak 2007 yılında yapılan genel seçimlerde oy kullanamaması ve 9 Nisan 2009 tarihinde iyi hâlden şartlı tahliyeyle serbest kalmasına karşın ilgili mahkemece hükmolunan ceza süresinin bitişinin 1 Nisan 2012 tarihi olmasına istinaden ilgili mevzuat gereğince 2011 genel seçimlerinde de oy kullanamaması konu olmuştur. Mahkeme başvurucuyu haklı görerek İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (İHAS) ilişkin 1 no.lu Protokolün serbest seçim hakkını güvence altına alan 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

"Musa Kaya" kararına; Devletin egemenliği altındaki topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya çalışmak suçundan müebbet hapis cezasına çarptırılan başvurucunun 1997 yılından beri oy kullanamaması ve 2015 yılındaki genel seçimlerde de oy kullanamayacak oluşu konu olmuştur. Mahkeme

---

\* Arş. Gör. Dr. Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, e-posta: sedaozkan@trakya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7157-7881.

başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Anayasa'daki düzenlemenin temel sorunu, İHAM'ın da belirttiği üzere, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin hükümlüler aleyhine aşırı biçimde geniş bir yasağın uygulanmasına neden oluyor oluşudur. Bu da, yorumdan ziyade Anayasa değişikliğiyle aşılabılır bir eşğin mevcut olduğunu göstermektedir. Ancak AYM'nin anayasa şikâyetinde Anayasa'yı üstün tutma tutumunun tutarlı bir seyir izlemediği de göz önüne alınmalıdır. Nitekim seçme ve seçilme hakkı bakımından Anayasa daha geniş kapsamlı bir koruma alanı sunmasına karşın İHAS'ın sunduğu daha dar kapsamlı koruma alanı AYM tarafından tercih edildiğinden yerel seçimlere ilişkin başvuruların konu bakımından yetkisizlikle sonuçlandırıldığı da kaydedilmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** seçme hakkı, genel seçim, hapis cezası, hükümlü, takdir marjı.

## THE DECISION OF SÖYLER V. THE DECISION OF MUSA KAYA: THE IMPENETRABLE THRESHOLD FOR PRISONERS' RIGHT TO VOTE

### ABSTRACT

In the 1st paragraph of the 67th article of the Constitution, titled "*Right to vote, to be elected and to engage in political activity*", it is regulated that citizens have the right to vote, and in the 3rd paragraph, it is regulated that all Turkish citizens over eighteen years of age shall have the right to vote. It is also regulated in the 5th paragraph that the right to vote is restricted for some citizens. Among citizens whose right to vote is restricted, the situation of prisoners is also noteworthy. Because, regarding the right to vote of prisoners, "*the decision of Söyler v. Türkiye*" held by the European Court of Human Rights (ECHR/ECtHR) and "*the decision of Musa Kaya*" held by the Constitutional Court of the Republic of Turkey (AYM) have different results.

In "*the decision of Söyler v. Türkiye*"; the businessman, who was sentenced to prison for the crime of drawing a check without sufficient balance in his bank account, could not vote in the general elections held in 2007 as a convict in a penal institution and was released on parole for good behavior on 9 April 2009, the due to end of the sentence imposed by the relevant court was 1 April 2012, he was not able to vote in the 2011 general elections in accordance with the re-

levant legislation. The Court has ruled that the applicant's right to vote guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights (ECHR), which guarantees the right to free election has violated.

In "*the decision of Musa Kaya*"; was the fact that the applicant, who was sentenced to life imprisonment for trying to separate some of the lands under the sovereignty of the State from the State administration, could not vote since 1997 and could not vote in the general elections in 2015. The Constitutional Court ruled that the application was inadmissible for lack of jurisdiction *ratione materiae*.

The main problem with the regulation in the Constitution, as stated by the Court, is that it causes an excessively broad prohibition to be applied against convicted prisoners without any discrimination. This shows that there is a threshold that can be overcome by constitutional amendment rather than interpretation. However, it should be taken into consideration that the Constitutional Court's attitude of prioritizing the Constitution for the constitutional complaint does not follow a consistent direction. As a matter of fact, although the Constitution offers a more comprehensive protection area for the right to vote and be elected, it should be noted that applications regarding local elections were inadmissible for lack of jurisdiction *ratione materiae*. Because the Constitutional Court preferred non-comprehensive protection area offered by the ECHR.

**Keywords:** right to vote, general election, imprisonment, convicted prisoner, the margin of appreciation.

## GİRİŞ

Yönetilenlerin yönetenleri belirlemek yoluyla siyasal yaşama katılımı, oy hakkının tanınmasını gerektirmektedir. Bu hakkın tanınmasında yurttaşların kanaatlerinin özgürce açıklanarak yönetenlerin belirlenmesini sağlaması önemlidir. Günümüz demokrasilerinde dahi bunun layıkıyla sağlandığından söz etmek mümkün olamamaktadır. Çünkü yönetenlerin belirlenmesinde yurttaşların kanaatlerinin açıklanmasını sağlayan oy hakkına kısıtlamalar getirilmektedir.

Yönetilenlerin seçmesi, serbest seçim hakkının aktif boyutu olan seçme hakkını; yönetenlerin seçilmesi ise, serbest seçim hakkının pasif bo-

yutu olan seçilme hakkını oluşturmaktadır.<sup>1</sup> Seçim hakkının serbestliği, bu hakkın kullanımında yurttaşların kanaatlerinin özgürce açıklanmasını güvencelemektedir. Oysa oy hakkına dönük kısıtlamalar bu güvenceyi ortadan kaldıracığından serbest seçim hakkını ihlal edebilmektedir. Nitekim mahpusların oy hakkına dönük kısıtlamalar da serbest seçim hakkının ihlal edilme nedenlerinden biri olmaktadır.

Bu çalışmada, Türkiye'deki mevzuatın mahpusların oy hakkını nasıl kısıtladığı ve bu kısıtlamanın İHAM ile AYM tarafından nasıl yorumlandığı hususları değerlendirilecek ve serbest seçim hakkına ilişkin başvuruları incelerken AYM'nin hangi yaklaşımı benimsemesi gerektiği hususundaki öneri ortaya konulacaktır.

## I. İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİNİN MERCEĞİNDEN MAHPUSLARIN OY HAKKI: SÖYLER KARARI

### A. Olay Örgüsü ve İlgili Mevzuat

Bir iş insanı olan başvuru Ahmet Atahür Söyler, 3167 sayılı Çek Kanunu'nda tanımlanan banka hesabında yeterli bakiye olmaksızın çek keşide etme suçundan hapis cezasına çarptırılmıştır. Başvuru, dört yıl on bir ay yirmi altı gün hapis cezasına çarptırılmış olup bu cezanın infazına 11 Nisan 2007 tarihinde başlanmıştır. Cezası İzmir Buca Cezaevinde infaz edildiği sırada 28 Haziran 2007 tarihinde Yüksek Seçim Kuruluna bir mektup yazarak 22 Temmuz 2007 tarihinde gerçekleştirilecek genel seçim için isminin seçmen listesinde bulunduğunu ve bu durumun, ceza infaz kurumunda bulunan bir hükümlü olduğunun dikkate alınmaması nedeniyle Yüksek Seçim Kurulunun hatasından kaynaklanmış olabileceğini de bildirmiştir.<sup>2</sup>

Başvuru ilgili mektupta ayrıca, İHAS'a ilişik 1 no.lu Protokolün serbest seçim hakkını düzenleyen 3'üncü maddesine ve İHAM'ın *Hirst v. Birleşik Krallık (no. 2)* kararına atıf yaparak bunların Anayasa'nın 90'uncu maddesinin ilgili hükmüyle birlikte ele alınması gerektiğini; yine bu bağlamda oy kullanmasının sağlanması için gerekli hazırlıkların ye-

<sup>1</sup> ŞİRİN, Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 105.

<sup>2</sup> *Söyler v. Turkey*, B. No: 29411/07, 17/09/2013, § 6-7.

rine getirilmesi bakımından Yüksek Seçim Kurulunun yükümlülük altında olduğunu da hatırlatmıştır.<sup>3</sup>

29 Haziran 2007 tarihinde başvurucunun mektubunu yanıtlayan Yüksek Seçim Kurulu, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un<sup>4</sup> 7'nci maddesine göre ceza infaz kurumlarında hükümlü olarak bulunanların oy kullanamayacaklarını; kendisi hakkındaki kayıtların düzeltilmekte olduğunu ve kendisinin hükümlü olarak kayıtlara geçirileceğini başvurucuya bildirmiştir. Ayrıca 2 Temmuz 2007 tarihinde, Yüksek Seçim Kurulu Başkanı, benzer yöndeki ikinci mektubu da başvurucuya göndermiştir. Nitekim başvurucu, 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan genel seçimde oy kullanamamıştır.<sup>5</sup> Bununla birlikte başvurucu, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un<sup>6</sup> 19'uncu<sup>7</sup> maddesi uyarınca 9 Nisan 2009 tarihinde iyi hâlden şartlı tahliyeyle serbest bırakılmışsa da Türk Ceza Kanunu'nun<sup>8</sup> "*Güvenlik Tedbirleri*" başlıklı *İkinci Bölümünde* düzenlenen "*Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*" kenar başlıklı 53'üncü<sup>9</sup> maddesinin 2'nci fıkrasının atfıyla aynı maddenin 1'inci fıkrasının b bendinde düzenlenen -ilgili tarihte yürürlükte olduğu hâliyle- *seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan yoksun bırakıldığından* başvurucunun oy kullanma yasağı 1 Nisan 2012

---

<sup>3</sup> *Söyler v. Turkey*, § 6-7.

<sup>4</sup> 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 2/5/1961 - 10796).

<sup>5</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 8-10.

<sup>6</sup> 13/7/1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 16/7/1965 - 12050).

<sup>7</sup> 13/7/1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un yürürlükten kaldırılmış hükmüdür.

<sup>8</sup> 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (Resmî Gazete: 12/10/2004 - 25611).

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 8/10/2015 tarihli ve E.: 2014/140, K.: 2015/85 sayılı Kararı ile; bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "*Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;...*" bölümü, aynı fıkranın (b) bendinde yer alan "*...seçilme ehliyetinden...*" ibaresi yönünden, yine aynı fıkrada yer alan "*...hapis cezasına...*" ibaresi ise (b) bendinde yer alan "*Seçme ve...*" ibaresi yönünden iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 8/10/2015 tarihli ve E.: 2014/140, K.: 2015/85 sayılı Kararı ile; bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "*...ve diğer siyasi hakları kullanmaktan*" ibaresi ile aynı maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın (b) bendinde yer alan "*Seçme ve seçilme ehliyetinden...*" ibaresi yönünden iptal edilmiştir.

tarihine kadar sürmüştür.<sup>10</sup> Çünkü başvurucu her ne kadar Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 19'uncu maddesine göre; hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılmış olup, hükümlülük süresinin yarısı infaz edildikten sonra, iyi hâlden şartlı tahliyeyle serbest bırakılmışsa da Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına istinaden ceza mahkemesince hükmedilen hükümlülük süresinin son günü hapis cezasının infazının tamamlandığı tarih sayıldığından, şartlı tahliyeyle serbest bırakıldığı 9 Nisan 2009 tarihinde değil 1 Nisan 2012 tarihinde başvurucunun oy kullanma yasağı sona ermiştir.<sup>11</sup> Dolayısıyla başvurucu yalnız 22 Temmuz 2007 tarihli genel seçimde değil 12 Haziran 2011 tarihli genel seçimde de oy kullanamamıştır.<sup>12</sup>

Başvurucunun hapis cezasına çarptırılmasını gerektiren Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun<sup>13</sup> ise yürürlükten kalkmış ve yerine gelen Çek Kanunu'nda<sup>14</sup> banka hesabında yeterli bakiye olmaksızın çek keşide etme suçu için hapis cezası öngörülmemiştir. Karşılıksız çek keşide eden kişiye, hapis cezası yerine borcunu faiziyle ödeyene kadar çek defteri verilmemesi (çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı) yaptırım<sup>15</sup> getirilmiştir.<sup>16</sup>

## B. Hükûmetin Savunusu

İHAM önündeki başvuruda Hükûmet, İHAS'a ilişik 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme hakkı da dâhil olmak üzere, kişi haklarının güvence altına alındığını ve somut olayda

<sup>10</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 11.

<sup>11</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 16.

<sup>12</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 24.

<sup>13</sup> 19/3/1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 3/4/1985 - 18714).

<sup>14</sup> 14/12/2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu (Resmî Gazete: 20/12/2009 - 27438).

<sup>15</sup> Bu yaptırım, 31/1/2012 tarihli ve 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmî Gazete: 3/2/2012 - 28193) ile getirilmiştir. Değişiklikten önceki yaptırım ise adli para cezasıdır. Bkz. **DEMİR**, Şamil, "5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2013, 226; **EKŞİ**, Dağlar, "4814 Sayılı Kanun ile Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Karşılıksız Çek", Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2003, s. 207.

<sup>16</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 18.



başvurucunun seçme hakkının kısıtlandığını kabul etmektedir. Hükûmet, Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesiyle getirilen kısıtlamanın meşru amaca dayandığını ve bunun başvurucunun ıslahını sağlamak olduğunu öne sürmektedir.<sup>17</sup>

Hükûmet, oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamanın esasen genel bir yasak olmadığını, nitekim bu kısıtlamada suçun niteliğinin dikkate alındığını belirtmektedir. Hükûmet -başvurucunun da atıfta bulunduğu *Hirst v. Birleşik Krallık (no. 2) [BD]*<sup>18</sup> kararına atıfta bulunarak Birleşik Krallık'taki düzenlemenin tersine, oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamanın suçun niteliği bakımından yalnız kasten işlenmiş suçlar dikkate alınarak çerçvelendiğini ileri sürmektedir.<sup>19</sup>

Hükûmet ayrıca, mahpusların oy kullanma hakkına ilişkin olarak ilgili Anayasa hükümlerinin 1995'te ve 2001'de değiştirildiğini vurgulamaktadır. Nitekim, 1995'teki değişikliklerle, hakkındaki ceza yargılaması henüz sonuçlanmamışken cezaevinde tutuklu bulunan bir kişinin oy kullanma hakkından yoksun bırakılmasının masumiyet karinesiyle uyuşmadığı gerekçesiyle bu durumdaki kişilerin oy kullanma hakkına getirilen kısıtlama kaldırılırken 2001'deki değişikliklerle ise taksirli bir suçtan hüküm giymiş kişilerin oy kullanma hakkı sağlanmıştır. Hükûmete göre, yalnız kasten suç işleyen kişiler yönünden oy kullanma hakkı kısıtlanmaktadır ki kasten işlenen suçlar diğer suçlarla kıyaslandığında daha ağır niteliktedir.<sup>20</sup>

### C. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Değerlendirmesi

İHAM bu başvuruda seçme hakkının<sup>21</sup> kısıtlanabilir olduğunu kabul etmekle birlikte bu kısıtlamaların kategorik olmaması gerektiğine dikkat

<sup>17</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 28-29.

<sup>18</sup> *Hirst v. Birleşik Krallık (no. 2) [BD]*, B. No: 74025/01, 06/10/2005.

<sup>19</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 29.

<sup>20</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 30.

<sup>21</sup> Hükümlülerin seçme hakkının kısıtlanması hakkındaki İHAM içtihadına dönük analiz için bkz. **ŞİRİN**, Tolga, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Serbest Seçim Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 1-2, s. 330-332; **DOĞAN**, Duygu Çağlar, "Türk Hukukunda Seçme Hakkının Mahkumiyete Bağlı Olarak Sınırlandırılmasına İlişkin Sorunlar", Suç ve Ceza, S. 1, 2022, s. 6-11.

çekmektedir. İHAM'a göre, İHAS'a ilişkin 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesinde düzenlenen haklar mutlak değildir ki bu haklara dönük kısıtlamalar getirilebileceğinden Taraf Devletlere takdir marjı tanınmaktadır. Çünkü Avrupa'da tarihsel gelişimin, kültürel çeşitliliğin ve siyasal düşüncenin yarattığı pek çok farklılığı bir araya getirerek kendi demokratik görünümünü oluşturmak Taraf Devletlerin her biri yönünden bir görevdir.<sup>22</sup>

İHAM, öngörülen kısıtlamaların, hakkın özüne dokunacak yahut kullanılmasını ortadan kaldıracak denli kısıtlayıcı olmadığına; meşru bir amaç doğrultusunda uygulandığına ve bu bakımdan başvuru yöntemlerinin de ölçsüz olmadığına ikna olmalıdır. Bu bağlamda İHAS'a ilişkin 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesi yönünden uygulanan kısıtlamalar, yasama organının seçiminde halkın, düşüncelerini özgürce açıklamasını; demek oluyor ki genel oy ilkesine koşut olarak halkın iradesinin ortaya çıkmasını engellememelidir. Genel oy ilkesine aykırılık, yasama organının ve yasama organınca yapılan yasaların demokratik yönden geçerliliğinin zayıflaması riskinin belirmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla kategorik olarak belirli bir kesimin dışarıda bırakılması, 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesinin öngördüğü amaçlarla bağdaştıkça mümkündür. Bununla birlikte, hükmedilen cezanın süresine ve işlenen suçun niteliğine veya ağırlığına bakılmaksızın uygulanan kısıtlamalar, kabul edilebilir takdir marjını aştığından 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesiyle bağdaşmamaktadır.<sup>23</sup>

İHAM, Türkiye'de mahpusların oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamaların, *Hirst v. Birleşik Krallık (no. 2) [BD]*, *Frodl v. Avusturya*<sup>24</sup> ve *Scoppola v. İtalya (no. 3) [BD]*<sup>25</sup> başvurularında incelenen Birleşik Krallık, Avusturya ve İtalya uygulamalarındaki kısıtlamalardan daha katı ve geniş kapsamlı olduğunu tespit etmiştir. İHAM'a göre, Türkiye'de mahpusların oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamalarda, suçun niteliği veya ağırlığı, hapis cezasının süresi veya mahpusların içinde buldukları

<sup>22</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 33.

<sup>23</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 34-35.

<sup>24</sup> *Frodl v. Avusturya*, B. No: 20201/04, 08/04/2010.

<sup>25</sup> *Scoppola v. İtalya (no. 3) [BD]*, B. No: 126/05, 22/05/2012.

koşullar dikkate alınmadığından, kısıtlamaların uygulanmasında esasen herhangi bir fark gözetilmemektedir. Hak yoksunluğunun öngörüldüğü suçların sınıflandırılmasına veya tanımlanmasına ilişkin olarak Türkiye'deki mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>26</sup>

İHAM, suçun kasten işlenmesinin, ilgili hakkın yürürlükteki mevzuat kapsamında yeterince korunduğu, hakkın özüne dokunulmadığı veya hakkın etkinliğini yitirmediğine kanaat getirmek için tek başına yeterli olmadığını düşünmektedir. Buna istinaden İHAM, mevzuat düzenlenirken suçun niteliğinin dikkate alındığı savı bakımından Hükûmet ile aynı görüşte olmadığını belirtmektedir. Çünkü Hükûmet, kasten işlenen suçların nitelik olarak daha ağır suçlar olduğunu iddia etmek dışında, kasten işlenen suçlardan hüküm giyenlerin tamamının seçmenlerin dışında bırakılmasının, 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesinin öngördüğü amaçlarla nasıl ve hangi gerekçeye dayanılarak bağdaştırılabileceğini açıklamaya çalışmamıştır.<sup>27</sup>

İHAM, ilgili kısıtlamanın nispeten hafif suçlardan mahpus olanlara dahi esasen herhangi bir fark gözetilmeksizin uygulandığına kanaat getirmektedir. Nitekim İHAM, banka hesabında yeterli bakiye olmaksızın çek keşide etmek suçu için öngörülen hapis cezasının kaldırıldığını gözlemlemektedir. Dolayısıyla İHAM, ilgili kısıtlamanın, somut olayın koşullarına bakılmak suretiyle işlenen suçun niteliği veya ağırlığı ile failin davranışları dikkate alınarak uygulanmasını sağlayacak hükümlerin, Türkiye'deki mevzuatta bulunmadığı sonucuna varmaktadır.<sup>28</sup>

Sonuç olarak İHAM, İHAS kapsamında güvencelenen ve yaşamsal önem arz eden bir hakka getirilmiş olan katı kısıtlamanın kategorik olarak ve esasen herhangi bir fark gözetilmeksizin uygulanmasının Taraf Devletlere tanınan kabul edilebilir takdir marjı kullanımı yetkisi içerisinde görülemeyeceğine kanaat ederek başvuruda, 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 38-41.

<sup>27</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 42.

<sup>28</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 44-46.

<sup>29</sup> *Söyler v. Türkiye*, § 47.

## II. ANAYASA MAHKEMESİNİN MERCEĞİNDEN MAHPUSLARIN OY HAKKI: *MUSA KAYA* KARARI

### A. Olay Örgüsü ve İlgili Mevzuat

Başvurucu Musa Kaya, Erzincan Devlet Güvenlik Mahkemesinin 12/3/1997 tarihli ve E.1994/645, K.1997/432 sayılı kararıyla “Devletin egemenliği altındaki topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya çalışmak” suçundan müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Başvurucunun cezasının infazı, başvuru tarihi itibarıyla Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda yapılmaktadır.<sup>30</sup>

Başvurucu, mahpusların oy kullanma hakkının kısıtlanmasından ötürü, geçmiş seçimlerde olduğu üzere gelecekteki seçimde de oy kullanamayacağını belirterek 9/12/2014 tarihinde anayasa şikâyetinde bulunmuştur.<sup>31</sup> Başvurucu burada, başvuru tarihi itibarıyla, 2015 yılının Haziran ayında yapılacak genel seçimde oy kullanamayacağından yakınmaktadır.<sup>32</sup> Başvurucu, mahpuslara dönük oy kullanma yasağından ötürü 1997 yılından itibaren seçme hakkını kullanmadığını; bu yasaktan dolayı gelecekteki seçimde de oy kullanamayacağını; seçme hakkının, hükmedilen bu cezaya istinaden kısıtlanmasının insan haklarına aykırı olduğunu; (hükümlü) mahpus olmanın iradi kısıtlılık nedeni olamayacağını; seçme hakkının, (hükümlü) mahpus olmasından doğan hukuki statüsüne bağlanamayacağını; mahpuslara oy kullanma hakkı tanınmasının demokratik toplumun gereklerine aykırı düşmediğini; tersine bu hakkın tanınmamasının İHAS'ta güvencelenen haklarının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürerek tazminat talep etmiştir.<sup>33</sup>

AYM, somut olayla ilgili mevzuatı ortaya koymaktadır:

İlgili mevzuat gereğince Anayasa'nın 67'nci maddesinin 5'inci fıkrasına göre,

<sup>30</sup> *Musa Kaya*, B. No: 2014/19397, 25/3/2015, § 5-6.

<sup>31</sup> *Musa Kaya*, § 7.

<sup>32</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisinin 25'inci Yasama Döneminde Meclise girecek olan milletvekillerinin belirlendiği genel seçimdir.

<sup>33</sup> *Musa Kaya*, § 14.

“(…) taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar.”;

26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının 3’üncü bendine göre,

“Aşağıda yazılı olanlar oy kullanamazlar: (...)

3. Ceza infaz kurumlarında hükümlü olarak bulunanlar.”;

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 53’üncü maddesine göre,

“(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmaktan, (...) yoksun bırakılır.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar bu hakları kullanamaz.” hükümleri, mahpusların oy kullanma hakkına dönük kısıtlamaları düzenlemektedir.<sup>34</sup>

## **B. Yüksek Seçim Kurulu Kararları**

AYM, hükümlü mahpusların oy kullanma hakkına dönük kısıtlamalara ilişkin iki Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararına<sup>35</sup> da yer vermektedir:

YSK’nin 21/12/2013 tarihli ve 590 sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısmında,

<sup>34</sup> *Musa Kaya*, § 8-10.

<sup>35</sup> Hükümlülerin oy hakkının kısıtlanması hakkındaki Yüksek Seçim Kurulu kararlarına dönük analiz için bkz. **KARAKAŞ DOĞAN**, Fatma, “Mahkumların Oy Hakkı: AİHM’nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 112, 2014, s. 120-122.

“(...) Her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 53’üncü maddesinin 1’inci fıkrası hükmü, madde gerekçesi ve doktrinde ileri sürülen görüşler dikkate alındığında, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkındaki mahkûmiyet hükümleri hariç olmak üzere, kişilerin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak uygulanması gereken hak yoksunluklarının bu kapsamda da seçme ehliyetinin, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden başlayarak, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, diğer bir ifadeyle hak ederek salıverilmesine kadar devam etmesi gerekmekte ise de; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 67’nci maddesinin 5’inci fıkrası ve 90’ıncı maddesinin son fıkrası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek Protokolünün 3’üncü maddesi, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un 7’nci maddesi, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün 57’nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi hükmü ve Söyler/Türkiye kararı ile yukarıda yer alan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, seçme ehliyetinden yoksun kılma yönündeki hak yoksunluğunun kişinin sadece ceza ve infaz kurumunda bulunduğu dönemde kullanılmasına engel olabileceği, diğer bir ifadeyle hakkındaki hapis cezasını gerektiren mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden sonra ancak bu cezanın infazı için ceza ve infaz kurumuna alınmasıyla başlayıp ceza infaz kurumundan koşullu olarak salıverilmesiyle birlikte sona erecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında; sadece kasıtlı suçtan dolayı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağı, buna mukabil hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olup da henüz cezaevine alınmayanlarla, ceza infaz kurumlarından koşullu salıverilen ancak hak ederek tahliye edileceği süreyi daha doldurmayan ve mahkemesince uzun süreli cezasının ertelenmesine karar verilen hükümlülerin cezaevinde bulunmamları nedeniyle, bu süre içinde yapılacak olan seçimlerde seçmen olabileceklerinin, başka bir ifadeyle sözü edilenlerin oy kullanabileceklerinin kabulü gerekmektedir. (...)” denilmektedir.<sup>36</sup>

YSK’nin 20/6/2014 tarihli ve 3002 sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısmında,

<sup>36</sup> Musa Kaya, § 11.

“(…) Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında; sadece kasıtlı suçtan dolayı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağıının, buna mukabil hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olup da henüz cezaevine alınmayanlarla, ceza infaz kurumlarından koşullu salıverilen ya da denetimli serbestlik hükümlerinden yararlanarak tahliye edilen ancak hak ederek tahliye edileceği süreyi daha doldurmayan ve mahkemesince uzun süreli cezasının ertelenmesine karar verilen hükümlülerin cezaevinde bulunmamaları nedeniyle, bu süre içinde yapılacak olan seçimlerde seçmen olabileceklerinin, başka bir ifadeyle sözü edilenlerin oy kullanabileceklerinin kabulü gerekmektedir. (...)” denilmektedir.<sup>37</sup>

### C. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

AYM, hükümlü mahpuslara dönük oy kullanma yasağının Anayasa ve ilgili kanunlardan doğduğunu; bu yasağın, kasten işlenmiş bir suçtan kaynaklı hapis cezasının infazına istinaden ceza infaz kurumunda bulunan tüm hükümlülere yönelik olarak ve başkaca bir karara gerek olmaksızın uygulandığını belirtmektedir. AYM, YSK'nin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Söyler v. Türkiye* (B. No: 29411/07) kararına atıfta bulunarak bu yasağın şartlı tahliye/denetimli serbestlik tarihine kadar geçerli olduğuna işaret ettiğini ve son uygulamaların bu yoruma uygun şekilde yapıldığının görüldüğünü vurgulamaktadır.<sup>38</sup>

AYM, hükümlü mahpusların oy hakkını kullanamamalarına ilişkin yasağın Anayasa'nın “Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” kenar başlıklı 67'nci maddesinde güvencelenen seçme hakkına ilişkin olduğunu belirtmekte ve bunun hükümlü mahpuslar yönünden nasıl kısıtlandığını ortaya koymaktadır. Buna göre; Anayasa'nın 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasında “*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.*” denilerek vatandaşların seçme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmışsa da aynı maddenin 5'inci fıkrasında “(…) taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ce-

<sup>37</sup> Musa Kaya, § 12.

<sup>38</sup> Musa Kaya, § 16.

za infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar.” denilerek 1’inci fıkrada düzenlenen seçme hakkı, kasten suç işlemekten hapis cezasına çarptırılanlar aleyhine doğrudan Anayasa hükmüyle kısıtlanmıştır.<sup>39</sup>

AYM, Anayasa’nın açık hükmü karşısında şunu vurgulamaktadır ki 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un “Oy kullanamıyacak<sup>40</sup> olanlar:” kenar başlıklı 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının 3’üncü bendine ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” kenar başlıklı 53’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına istinaden hükümlü mahpusların oy kullanma hakkına getirilen yasak, Anayasa’nın 67’nci maddesiyle uyumludur.<sup>41</sup>

AYM, mahpusların seçme hakkına getirilen kısıtlamanın esasta Anayasa hükmünden doğduğunu tespit ettikten sonra bu kısıtlama yönünden seçme hakkı bağlamında başvuruçunun anayasa şikâyetinin kabul edilebilirliğini incelemeye geçmiştir. Bu incelemeye göre, AYM’nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa’nın “3. Görev ve yetkileri” kenar başlıklı 148’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında “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. (...)” denildiğinden yalnız Anayasa’da veya İHAS’ta güvencelenen bir hak ve özgürlük değil hem Anayasa’da hem de İHAS’ta güvencelenen bir hak ve özgürlük anayasa şikâyetine konu edilebilecektir. Bununla birlikte AYM şu çıkarımda bulunmaktadır ki anayasa şikâyeti incelemelerinde ölçü norm Anayasa olmaktadır.<sup>42</sup>

Sonuç olarak AYM, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un 7’nci maddesinin 1’inci fıkrasının 3’üncü bendine ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 53’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına istinaden uygulanan hükümlü mahpuslara dönük oy

<sup>39</sup> Musa Kaya, § 18.

<sup>40</sup> Yazım hatası ilgili Kanun metnine aittir.

<sup>41</sup> Musa Kaya, § 19.

<sup>42</sup> Musa Kaya, § 20.



kullanma yasağının Anayasa'nın 67'nci maddesinin 5'inci fıkrasıyla uyumlu olduğuna ve bu bağlamda taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanma hakkı doğrudan Anayasa hükmüyle kısıtlandığından başvurunun Anayasa'da güvencelenmeyen bir hak yönünden başvuruda bulunulduğuna kanaat getirmiştir. Bu doğrultuda AYM, başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.<sup>43</sup>

## SONUÇ

İHAS'a ilişik 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesinde güvencelenen seçme hakkı, mutlak olmayan diğer haklar gibi kısıtlanabilir olmakla birlikte bu kısıtlamalarda Taraf Devletler kabul edilebilir takdir marjı sahasında hareket edebilecektir. Başka bir deyişle, yasama organının belirlenmesinde önemli bir rol üstlenen bu hakkın kısıtlanmasında Taraf Devletlere tanınmış sınırsız bir takdir marjından söz edilmesi mümkün değildir. Bu kısıtlamalar, hepsinden önce, hakkın kullanımını ortadan kaldıracak ve/veya kategorik olarak belli bir gruba kapatacak nitelikte olmamalıdır.<sup>44</sup> Nitekim *Söyler v. Türkiye* kararında İHAM'ın dikkat çektiği husus, Türkiye'deki mevzuatla seçme hakkına getirilen kısıtlamaların bu hakkı hükümlü mahpuslara kapatmış olduğudur. Hatta İHAM'ın vurguladığı dikkat çekici bir başka husus da, mahpusluk (hapislik/kapatılma veya hapsedilme durumu) sona ermiş olsa dahi ceza mahkemesince hükmedilen hükümlülük süresinin seçme hakkının kullanılmasında belirleyici olduğudur.

AYM, mahpusların seçme hakkı bağlamında hükümlülere dönük olarak getirilen oy kullanma yasağının esasta Anayasa'dan doğduğunu vurgulayarak Anayasa'nın, hükümlü mahpuslara oy kullanma hakkı tanımadığını ortaya koymaktadır. Anayasa şikâyetinin kabul edilebilirlik

<sup>43</sup> *Musa Kaya*, § 21-22.

<sup>44</sup> **SEVER**, Çiğdem, "Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 122, 2016, s. 156-157; **ÜZELTÜRK**, Saba Şahika Tahmaz, "Mahkûmiyet Bağlamında Oy Hakkının Sınırlandırılması ve Genel Oy İlkesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 2, 2021, s. 1885.

koşulları ile bu çıkarımı birlikte ele alan AYM, somut olayda hem Anayasa hem de İHAS tarafından güvencelenen bir hakkın bulunmayışına istinaden Anayasa'nın tanımadığı bir hakkın ihlal edildiği iddiasını, konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez görmektedir.

AYM, her ne kadar somut olayda Anayasa'yı ölçüt almışsa da, hem Anayasa hem de İHAS tarafından güvencelenen haklar yönünden anayasa şikâyetinde bulunulduğunda, her zaman Anayasa'yı ölçüt almaktadır. Başka bir deyişle, AYM'nin bu hususta istikrarlı bir tutumu olduğundan söz etmek henüz mümkün değildir. Çünkü AYM, bazı haklar yönünden Anayasa'yı bazı haklar yönünden ise İHAS'ı ölçüt almayı tercih etmektedir. Nitekim hem "Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları" kenar başlığıyla Anayasa'nın 67'nci maddesinde hem de "Serbest seçim hakkı" kenar başlığıyla İHAS'a ilişkin 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme/(serbest) seçim hakkı yönünden de benzer bir durumla karşılaşılmaktadır. Bu hak bağlamında ortaya çıkan tartışmada AYM, ne yalnız Anayasa'yı ne de yalnız İHAS'ı ve İHAM içtihadını ölçüt almaktadır.

Serbest seçim hakkı, Anayasa tarafından tüm seçimler için geçerli kılınmıştır; demek oluyor ki tüm seçimler, serbest seçim hakkının güvencesindedir. Oysa İHAS, bu hakkın güvencesini yalnız yasayıcı seçimleriyle sınırlamıştır. İHAM da bu doğrultuda ulusal parlamento ve Avrupa Parlamentosu seçimleri ile federe devletlerdeki seçimleri yasayıcı seçimi olarak kabul ederken belediye, meslek örgütü, devlet başkanı seçimleri ile halk oylamasını yasayıcı seçimi olarak kabul etmemiştir. AYM de önüne gelen somut olaylar bakımından serbest seçim hakkına İHAM'a koşut bir doğrultuda yaklaşıncı siyasi parti kongresi<sup>45</sup>, meslek odası<sup>46</sup>, yerel yönetim<sup>47</sup> ve Cumhurbaşkanlığı<sup>48</sup> seçimleri ile halk oylamasını<sup>49</sup> serbest seçim hakkının dışında bırakarak ilgili anayasa şikâyet-

<sup>45</sup> Mustafa Ekici, B. No: 2014/13675, 8/9/2014, § 18-19.

<sup>46</sup> Mehmet Yiğiner, B. No: 2014/1944, 23/7/2014, § 23-24.

<sup>47</sup> Zeki Bingöl, B. No: 2013/3651, 25/3/2015, § 43-44; Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/5425, 23/7/2014, § 33-37.

<sup>48</sup> Ahmet Çalışkan, B. No: 2014/11717, 4/11/2014, § 20-24.

<sup>49</sup> Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi, B. No: 2017/20127, 7/6/2017, § 16-18.

lerini konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez görmüş-tür.<sup>50</sup>

Oysa AYM, mahpusların seçme hakkı bakımından İHAM'ı takip etmemektedir. İHAM, mahpusların seçme hakkının kategorik olarak kısıtlanmasını İHAS'a ilişik 1 no.lu Protokolün 3'üncü maddesinin ihlal edilmesi olarak görmesine karşın AYM, Anayasa'nın açık hükmüyle getirilen yasağı aşamamıştır. AYM, hükümlü mahpuslara Anayasa tarafından oy hakkının tanınmadığına ve bu nedenle anayasa şikâyetine konu olan hakkın hem Anayasa'da hem de İHAS'ta güvencelenen bir hak olmadığına kanaat getirerek konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

AYM'nin bu tutumu, serbest seçim hakkına ilişkin olarak tutarlı bir yaklaşım sergileyemediğinin göstergesidir. Çünkü AYM, mahpuslara dönük oy hakkı yasağını ele alırken, anayasa şikâyeti incelemelerinde ölçü norm Anayasa olmaktadır diyerek Anayasa'ya öncelik tanımış ancak hangi seçimlerin serbest seçim hakkının güvencesinde olduğunun belirlenmesinde -Anayasa'nın açık hükmüne karşın- İHAS'a ve İHAM içtihadına öncelik tanımıştır. Bu tutarsızlık, AYM'nin, anayasa şikâyeti incelemelerinde ölçü normun Anayasa olduğu savını da geçersizleştirmektedir. Mahpuslara dönük oy hakkı yasağı bakımından Anayasa'nın 67'nci maddesinin 5'inci fıkrasını aşamayan AYM, tüm seçimleri ve halk oylamasını güvenceleyen aynı maddenin 2'nci fıkrasını ise görmezden gelmiştir.

Anayasa'da ve İHAS'ta güvencelenen hak ve özgürlüklerin anayasa şikâyetine konu edilerek AYM'nin önüne gelmesi durumunda ortak koruma alanının tespiti için -anayasalar da birer insan hakları metni olduklarından- hangi metnin dikkate alınacağı hususunda hak ve özgürlük lehine yorum yapılması başat olmalıdır. Anayasa'nın 90'uncü maddesinin 5'inci fıkrası karşısında İHAS'ı ve onu dinamik yorumla yaşayan bir enstrüman kılan İHAM içtihadını Anayasa'nın dışında görmek mümkün değildir. Bu nedenle İHAS'ı ve İHAM içtihadını dikkate almak,

---

<sup>50</sup> ŞİRİN, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, s. 107.

Anayasa'yı dikkate almamak anlamına gelmemektedir. Burada ölçüt, hak ve özgürlük lehine yorum yaparak daha geniş güvence sağlayan düzenlemenin öncelikli sayılması olmalıdır. Bu doğrultuda serbest seçim hakkı bakımından ortak koruma alanının tespiti için hangi seçimlerin hakkın güvencesinde olduğu hususunda daha geniş güvence sağlayan Anayasa öncelikli sayılacakken mahpusların seçme hakkı hususunda ise daha geniş güvence sağlayan İHAS ve İHAM içtihadı öncelikli sayılacaktır.

AYM, siyasi parti kongresi, meslek odası, yerel yönetim ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile halk oylamasının konu edildiği anayasa şikâyetlerindeki tutumuna koşut olarak mahpuslara dönük oy kullanma yasağının konu edildiği anayasa şikâyetinde de İHAM içtihadını dikkate almayı tercih edebilirdi. AYM bu eşiği hak ve özgürlük lehine yorum yaparak aşabilirdi ancak aş(a)madı. Her ne kadar AYM bu eşiği aş(a)mamışsa da -İHAM'ın da vurguladığı üzere- mahpusların seçme hakkını kategorik olarak kısıtlayan bir mevzuatın mevcut olduğunu yadsımamak gerekir. Bu nedenle esasta eşiği aşacak olan AYM'nin yorumundan ziyade Anayasa hükmünün ve buna koşut olarak ilgili kanun hükümlerinin değiştirilmesi olacaktır.

### KAYNAKÇA

- 13/7/1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 16/7/1965 - 12050).
- 14/12/2009 tarihli ve 5941 sayılı Çek Kanunu (Resmî Gazete: 20/12/2009 - 27438).
- 19/3/1985 tarihli ve 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 3/4/1985 - 18714).
- 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun (Resmî Gazete: 2/5/1961 - 10796).
- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (Resmî Gazete: 12/10/2004 - 25611).
- 31/1/2012 tarihli ve 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmî Gazete: 3/2/2012 - 28193).
- Ahmet Çalışkan*, B. No: 2014/11717, 4/11/2014.
- AYM, 8/10/2015, E.: 2014/140, K.: 2015/85.

**DEMİR**, Şamil: “5941 Sayılı Çek Kanunu’nda Düzenlenen İdari ve Cezai Yaptırımlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2013, s. 221-247.

**DOĞAN**, Duygu Çağlar: “Türk Hukukunda Seçme Hakkının Mahkûmiyete Bağlı Olarak Sınırlandırılmasına İlişkin Sorunlar”, *Suç ve Ceza*, S. 1, 2022, s. 1-28.

**EKŞİ**, Dağlar: “4814 Sayılı Kanun ile Değişik 3167 Sayılı Çek Hamillerinin Korunması ve Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Açısından Karşılıksız Çek”, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 2, 2003, s. 205-228.

*Frodl v. Avusturya*, B. No: 20201/04, 08/04/2010.

*Hirst v. Birleşik Krallık (no. 2) [BD]*, B. No: 74025/01, 06/10/2005.

**KARAKAŞ DOĞAN**, Fatma: “Mahkûmların Oy Hakkı: AİHM’nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 112, 2014, s. 107-126.

*Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi*, B. No: 2014/5425, 23/7/2014.

*Mehmet Yiğiner*, B. No: 2014/1944, 23/7/2014.

*Musa Kaya*, B. No: 2014/19397, 25/3/2015.

*Mustafa Ekici*, B. No: 2014/13675, 8/9/2014.

*Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi*, B. No: 2017/20127, 7/6/2017.

*Scoppola v. İtalya (no. 3) [BD]*, B. No: 126/05, 22/05/2012.

**SEVER**, Çiğdem: “Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 122, 2016, s. 141-192.

*Söyler v. Türkiye*, B. No: 29411/07, 17/09/2013.

**ŞİRİN**, Tolga: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 17, S. 1-2, s. 283-348.

**ŞİRİN**, Tolga: *Bireysel Başvuru Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2019.

**ÜZELTÜRK**, Saba Şahika Tahmaz: “Mahkûmiyet Bağlamında Oy Hakkının Sınırlandırılması ve Genel Oy İlkesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 2, 2021, s. 1873-1903.

*Zeki Bingöl*, B. No: 2013/3651, 25/3/2015.



# İFADE ALMA İŞLEMİNE İLİŞKİN POZİTİF USUL KURALLARI VE İHLALİ

Dr. Mahmut GÖKPINAR\*

## ÖZET

Şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınması işlemine ilişkin kurallar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda birbirini takip eden maddelerde işlemdeki görevliler esas alınarak pozitif ve negatif yükümlülükler şeklinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, CMK md. 147’de şüphelilere tanınmış olan ve görevlilerce kullandırılması gereken haklar; CMK md. 148’de ise başvurulması yasaklanmış olan ifade alma yöntemleri hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada şüphelilere tanınmış olan haklar diğer bir deyişle ifade alma işlemine ilişkin pozitif kurallar ile bunların ihlal edilmesinin sonuçları ele alınacaktır. İsnat, ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiilin ilgili kişiye bağlanmasıdır. CMK md. 147/1-b’de şüpheliye yüklenen suçun, “*anlatılacağı*”; belirtilmektedir. Düzenlemede, şühheliye atılı suça ilişkin bildirim ya da açıklamanın kapsamının ne olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ceza muhakemesi hukukunda, kendisini savunamayacak durumda olduğu açıkça belli olan şüphelinin zarar görmesini engellemek gibi istisnai durumlar dışında müdafinin hukuksal yardımından yararlanmak, kural olarak şüphelinin iradesine bağlıdır. CMK md. 147’de şüpheliye bildirilecek haklar, bir sıra dahilinde hüküm altına alınmış ve müdafiiyle ilgili olanlar suç isnadının bildirilmesinden sonra ama susma hakkından önce yer almıştır. Müdafii ifade veya sorgusunda hazır bulunabilecektir. Hazır bulunma hakkı, sorular sormak ve çeşitli itirazları dile getirmeyi kapsamaktadır. Bu çerçevede, müdafii de şüpheliye sorular sorabilir. Ancak, müdafinin belli soruların kabul edilip edilmemesi hususunda bir yetkisi bulunmadığı gibi, şüpheliye sorulan sorulara doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. CMK md. 147/1-e’de, şüpheliye tanınan susma hakkı, şüphelinin soruşturmayla iliş-

---

\* Dr. Milli Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı, e-posta: mahmutgokpinar@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7433-0323.

kin konularda kendisini ifade etme durumuyla ilgili bir özgürlük olup varlıkları onun iradesinden bağımsız olan nefes, kan, idrar ve doku örneklerinin sonuçları, bu güvence kapsamında değildir. Kolluğun söz konusu yükümlülüklerini ihlal ederek almış olduğu yazılı beyanların ne olacağı konusunda hiçbir ayrıma gitmeksizin bu şekilde elde edilen beyanların ifade dolayısıyla da delil olamayacağını belirten görüşler ve yargı kararlarının yanı sıra belirli şartlar dahilinde yargılamaya dahil edilmesi gerektiği yönünde olanlar da bulunmaktadır.

Bu tebliğin amacı "*İfade ve sorgunun tarzı*" başlıklı CMK md. 147'de yer verilen haklardan savunma hakkını ilgilendirenleri Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle karşılaştırmalı olarak ele alarak konuya ilişkin bir perspektif sunmaktır. Söz konusu hakların ihlal edilmesinin sonuçları hakkında doktrin ve uygulamada ortaya çıkan görüş farklılıklarına bir çözüm önermektir.

**Anahatar Kelimeler:** İfade, İsnadı Öğrenme Hakkı, Müdaafiden Yararlanma Hakkı, Susma Hakkı

## VIOLETION OF THE POSITIVE PROCEDURE RULES REGARDING TAKING A STATEMENT

### ABSTRACT

The rules regarding the process of taking the suspect's statement by the law enforcement officers are regulated separately in the Code of Criminal Procedure No. 5271, in successive articles, as positive and negative obligations, based on the officers in the process. In other words, he rights granted to suspects CMK in Article 147 and which must be exercised by officers; CMK in Article 148, methods of taking statements that are prohibited are regulated. In this study, the rights granted to suspects, in other words the positive rules regarding the statement-taking process, and the consequences of their violation will be discussed. Imputation is the attribution of an act regulated as a crime by criminal laws to the relevant person. CMK in Article 147/1-b, the crime charged to the suspect will be "explained"; is stated. There is no clarity in the regulation as to what will be the scope of notification or explanation regarding the crime charged to the suspect. In criminal procedure law, except for exceptional cases such as preventing harm to a suspect who is clearly unable to defend herself, benefiting from the legal assistance of a defense attorney is, as a rule, dependent on the will of



the suspect. CMK in Article 147, the rights to be informed to the suspect are stipulated in a certain order, and those related to his defense are placed after the notification of the criminal charge but before the right to remain silent. The defense attorney may be present during his statement or interrogation. The right to be present includes asking questions and expressing various objections. However, the defense attorney does not have the authority to accept or reject certain questions, nor can she directly answer the questions asked to the suspect, nor can she make any intervention that gives the impression that she is taking her place. CMK art. In Article 147/1-e, the right to remain silent granted to the suspect is a freedom related to the suspect's ability to express himself on matters related to the investigation, the results of breath, blood, urine and tissue samples, whose existence is independent of his will, are not within the scope of this guarantee. Without making any distinction as to what will happen to the written statements taken by the law enforcement in violation of their obligations, there are opinions and judicial decisions stating that the statements obtained in this way cannot be evidence and therefore they cannot be evidence, and there are also those who say that they should be included in the trial under certain conditions.

The purpose of this report is CMK art. titled "Style of statement and interrogation" The aim is to present a perspective on the subject by discussing the rights mentioned in Article 147, which concern the right to defense, in comparison with the provisions of the German Code of Criminal Procedure and the European Convention on Human Rights. It is to propose a solution to the differences of opinion that arise in doctrine and practice about the consequences of violating the rights in question.

**Key Words:** Statement, Right to Learn the Accusation, Right to Benefit from Defense, Right to Silence

## GİRİŞ

Şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınması işlemine ilişkin kurallar, gerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) gerekse Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)'da birbirini takip eden maddelerde işlemdeki görevliler esas alınarak pozitif ve negatif yükümlülükler şeklinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, CMK md. 147, StPO

md. 136'da şüphelilere tanınmış olan ve görevlilerce kullanılması gereken haklar; "İfade alma ve sorguda yasadak usuller" başlıklı CMK md. 148 ile "Yasadak sorgu usulleri" başlıklı StPO md. 136a'da ise başvurulması yasaklanmış olan ifade alma yöntemleri hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada şüphelilere tanınmış olan haklar diğer bir deyişle ifade alma işlemine ilişkin pozitif kurallar ile bunların ihlal edilmesinin sonuçları ele alınacaktır.

## A. İFADE ALMA İŞLEMİNE İLİŞKİN POZİTİF KURALLAR

Şüphelinin kolluk görevlilerince ifadesinin alınmasına ilişkin pozitif kuralların hepsi önemli olmakla birlikte, CMK md. 147/1-d'de yer alan yakalanan kişinin yakınlarından istediğine onun bu durumunun derhal bildirilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi<sup>1</sup>, yasadak sorgulama yöntemleri bakımından değerlendirilmesi gereken bir konu olup şüphelinin savunma hakları bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır. Ayrıca, delillerin ortaya konulmasını talep etme hakkı (CMK md. 147/1-f, StPO md. 136/1<sup>2</sup>) ifade alma yöntemini doğrudan ilgilendirmediğinden bu başlık altında şüphelinin kendisine isnat edilen suç öğrenme, müdafiden yararlanma, susma hakları konusunda bilgilendirilmesi incelenecektir. Her ceza muhakemesi sisteminde şüphelinin hakları konusunda aydınlatılması, güvence altına alınmış bir standarttır<sup>3</sup>.

### 1. İsnadı Öğrenme Hakkı (CMK md. 147/1-b; StPO md. 136/1)

İsnat, ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiilin ilgili kişiye bağlanmasıdır<sup>4</sup> ve bir şekil şartı bulunmamaktadır. Bunun varlığı, bazen görevlilerin davranışlarından da ortaya çıkabilecektir<sup>5</sup>. Kolluk gö-

<sup>1</sup> Bu hak, konunun düzenlendiği StPO md. 136, 163'de yer almamaktadır.

<sup>2</sup> Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. YENİSEY, Feridun/ OKTAR, Salih: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO), 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015 (Çalışmanın sonraki kısımlarında StPO ile ilgili çeviriler söz konusu eserden yapılabacağından ayrıca belirtilmeyecektir).

<sup>3</sup> ROGALL, s. 178.

<sup>4</sup> FEYZİOĞLU, Metin: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy. 55, 2009. s. 102.

<sup>5</sup> ROGALL, s. 177.

revlileri, ifade alma işleminin başlangıcında şüphelinin kimliğini CMK md. 147/1-a, StPO md. 136/3'de yer aldığı şekliyle de şahsi hallerini tespit ettikten sonra ve mutlaka da iddia konusu fiilin esasına ilişkin sorular sorulmadan önce onu kendisine isnat edilen suç<sup>6</sup> hakkında bilgilendirmelidir<sup>7</sup>. Bu yükümlülük, “Adil yargılanma hakkı” başlıklı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md 6/3-a'da “Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek” şeklinde belirtilmiştir. Madde metninde geçen “en kısa sürede” ibaresiyle kastedilen de şüphelinin ifadesine başvurulduğu ya da yakalama<sup>8</sup> vb gibi bir koruma tedbiriyile karşı karşıya kaldığı<sup>9</sup> andır<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> ŞAHİN, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 415.

<sup>7</sup> Haklarının bildirilmesi şüpheli bakımından sahip olduğu hakların bir parçası, bunları kullanabilmesinin bir teminatıdır. ŞAHİN, Cumhuriyet: “Sorgu Müessesine İlişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirmesi”, in: Prof. Dr. Halil CİN Armağanı, 1995, s. 85.

<sup>8</sup> CMK md. 90/4: “Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.” ve YGİY (Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği) md. 6/4: “Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir.” hükümleri ile AİHS md. 5/2: “Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.” hükümleri karşılaştırıldığında düzenlemelerin birbirlerine uygunluk arz ettiğini söylemek mümkündür.

<sup>9</sup> Kişinin herhangi bir koruma tedbiriyile karşı karşıya kaldığı andan itibaren şüpheli sıfatını kazanacağı yönündeki BGHSt 1997 için bkz. <https://www.hrr.strafrecht.de>. (ET.: 05.12.2023)

<sup>10</sup> ROGALL, Klaus (Çeviren: Duygun, Ahmet Mert): “Şüphelinin İlk Kez Sorgulanması”, Hukuk Köprüsü Dergisi, Sy. 9, 2015, s. 177; HODGSON, Jacqueline: French Criminal Justice A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France, Oxford And Portland, Oregon, 2005, s. 122; LUCAS, Christian: “Beweisverwertung im Strafverfahren”, s. 3; SCHROEDER, F. Christian: “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, in: Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s. 54; Bildirim yükümlülüğünün başlangıç anı bakımından şüphelinin özgürlüğünün nesnel olarak kısıtlandığı anın değil; onun psikolojik durumunun esas alınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. LEO, A. Richard: “From Coercion to Deception: the Changing Nature of Police Interrogation in America”, CCrime, Law and Social Change, Vol. 18, 1992, s. 43; İfadeye başvurma ya da koruma tedbirleri uygulama, ilgili kişinin

CMK md. 147/1-b'de şüpheliye yüklenen suçun, "anlatılacağı"; StPO md.136/1'de ise isnat edilen fiil ve hangi ceza hükümlerinin<sup>11</sup> uygulanacağı<sup>12</sup> "açıklanır" ibareleri yer almaktadır. Her iki düzenlemede de şüpheliye atılı suça ilişkin bildirim ya da açıklamanın kapsamının ne olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte CMK md. 147, 148 ile StPO md. 136, 136a'nın düzenleniş amacı, şüpheliyi soruşturma faaliyetinin sujesi<sup>13</sup> haline getirmek bu çerçevede de onun savunma

---

maddi anlamda şüpheli olduğunun bildirilmesi anlamına gelmektedir: AMBOS, Kai: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AIHS m. 6-", in: Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku, Ed.: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 28, Şüphelinin hakkındaki isnatdan derhal haberdar edilmesinin, dava açılmadan önceki işlemleri kapsamadığı şeklindeki aksi yöndeki görüş için bkz. ŞAHİN, Şerh, s. 416. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. İfade alma işlemi, tek başına kişi özgürlüğünün sınırlanmasına neden olmaktadır. Bu sınırlamanın nedenini mümkün olan en kısa sürede bilmek hukuk devletinin bir gereğini teşkil etmektedir. Aynı yönde: Deweer/Belgium (6903/75, 27/02/1980); Ibrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık (50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09; 13/10/2016) Bkz. HUDOC. (ET.: 05.12.2023)

- <sup>11</sup> AIHS md. 6/3-a' da yer alan "suçlamanın niteliği" ibaresi, fiilin hukuksal niteliğinin de bildirilmesi anlamına gelmektedir: SCHROEDER, s. 1123; Fiilin niteliği, şüphelinin işlediği iddia edilen fiilin ceza hukuku kuralları karşısındaki durumunun ortaya koyulmasını belirtmektedir: KARAKEHYA, Hakan: "Yargılama Sırasında Fiilin veya Fiilin Hukuki Niteliğinin Değişmesinin Ceza Muhakemesine Etkisi", in: Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e Armağan, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 1128; Bu haliyle CMK md. 147/1-b ile AIHS md. 6/3-a, Anayasa md. 90/4'de yer aldığı üzere, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir konuda farklı hükümler taşımaktadırlar. Emredici olan bu hüküm uyarınca Türk Hukuku bakımından da AIHS md. 6/3-a esas alınıp şüpheliye isnadın niteliği de bildirilmelidir. Bununla birlikte CMK md. 147/1-b'de yüklenen suçun anlatılacağı belirtilmektedir. Anlatmak, bildirmeye göre daha kapsamlıdır ve en azından olayla ilgili açıklayıcı bazı bilgilerin de verilmesini zorunlu kılmaktadır: ŞAHİN, Şerh, s. 415; Müdafii hakkı bakımından "bildirilir" ibaresi kullanılmışken; yüklenen suçun anlatılacağı belirtilmiş olması, kanun koyucunun etkili bir savunma hakkının kullanılması bakımından her iki hakkı farklı gördüğünü, basit bir dille şunla suçlanıyorsun demenin yeterli olmayacağını dolaylı olarak ortaya koyduğunu göstermektedir. Tüm bu nedenlerle, AIHS md. 6/3-a ile CMK md. 147/1-b uyumsuzluğunun kısmi olduğu söylemek mümkündür. Doktrinide aksi yönde yer alan bir görüşte söz konusu hakkın ceza davası açıldıktan sonra kullanılabilceği belirtilmektedir. FEYZİOĞLU, s. 103.
- <sup>12</sup> StPO md. 163/4 uyarınca şüphelinin ifadesi ilk kez polis tarafından alınacaksa, polisin uygulanması muhtemel ceza hükümlerini açıklamama yükümlülüğü bulunmamaktadır.
- <sup>13</sup> Günümüzde şüpheli ya da sanık belli bir dereceye kadar zorunluluktan kaynaklı olarak ispat vasıtası olsa da, ağırlıklı olarak belirli haklarla korumaya alınmış bir muha-

hakkını etkili olarak kullanmasını sağlamaktır<sup>14</sup>. Bunun başlangıcını ise belki de hayatında ilk kez kolluk görevlileriyle karşı karşıya gelen ya da karokol gibi psikolojik açıdan baskı yaratacak fiziki ortamlarda bulunan şüphelinin, şaşkınlık ve gafil avlanmaktan korunması<sup>15</sup> oluşturmaktadır. Bildirimin kapsamı, her somut olayda değişiklik göstermekle birlikte onun hiçbir hukuki, fiili şüphe ya da hataya düşmesine meydan verilmemelidir<sup>16</sup>. Sadece aleyhine deliller bulunduğunu söylemek bu çerçevede yeterli değildir<sup>17</sup>. Aksine bir yaklaşım başka bir deyişle şüpheliyi belirsizlik içinde bırakarak kendini suçlamaya yarayacak bilgiler edinmek, belki suçun aydınlatılması amacı bakımından uygun bir yöntem olabilir ama bunun hukuk devleti ilkelerine bağlı bir ceza muhakemesinde yerinin olması söz konusu dahi olamaz<sup>18</sup>. Bunun için de isnadı, ceza muhakemesi hukuku anlamında fiil olarak, şüpheliye karşı yürütülen ceza muhakemesi faaliyetinin konusu olarak değerlendirmek<sup>19</sup> gerekmektedir<sup>20</sup>. Ayrıca, konuyu düzenleyen AİHS md 6/3-a, CMK md.

---

keme sujesi konumundadır. ESER, Albin: “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Die rechtliche Stellung des Angeklagten)”, Yargıtay Dergisi, Sy.16, 1990, s. 318.

<sup>14</sup> BUCH, Erstes: Allgemeine Vorschriften, STRAFPROZESSORDNUNG, s. 842; LADEWIG, H. Meyer: “Adil Yargılanma Hakkı-II”, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ed.: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 95. KARAKEHYA, s. 1127.

<sup>15</sup> AMBOS, s. 28; LUCAS, s. 2.

<sup>16</sup> BUCH, s. 839; ROGALL, s. 178; DEMİRBAŞ, Timur: “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, Ceza Hukuku Dergisi, Sy. 4, 2007, s. 86.

<sup>17</sup> HODGSON, s. 148.

<sup>18</sup> ŞAHİN, Şerh, s. 415.

<sup>19</sup> İfade alma işlemi sırasında ilgili kanun hükmünün bildirilmesi gerekmemektedir. Çünkü bu işlem soruşturma evresinin çoğunlukla başlangıç aşamasına denk geldiğinden isnat konusu fiile ilişkin hukuksal tavsif yapılmamış olabileceği gibi ifade işlemi, fiile ilişkin sorunların başka bir deyişle olayın aydınlatılmasına yöneliktir: ŞAHİN, Sorgu Müessesesi, s. 85: Nitekim konunun düzenlediği CMK md. 147’de buna ilişkin bir ibare yer almamaktadır. StPO md. 136/1’de de yargıç ve savcıya isnat konusu fiile ilişkin uygulanması muhtemel ceza hükümlerinin bildirilmesi yükümlülüğü getirilmişken bu, kolluk tarafından gerçekleştirilen ifade işlemi bakımından söz konusu değildir. (StPO md. 163a/4)

<sup>20</sup> MERAKLI, Serkan: “İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bunlara Aykırı Elde Edilen Beyanlar”, in: Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 1559; Aynı yönde: Şahin, Şerh, s. 415.

147/1-b, StPO md.136/1 hükümleri dikkate alındığında isnadı öğrenmenin bir şekli kuralı da yoktur<sup>21</sup>.

Muhakeme anlamında fiilin maddi ceza hukukundan farklı olduğu da belirtilmelidir. Söz konusu fiil, failin gerçekleştirdiği davranışı ve bunun sonucunu içeren olaylar bütünü olup fiil bakımından fail, nedensellik bağı, suçun nitelikli halleri, konu, mağdur gibi tipik maddi unsurlar önem taşımaktadır<sup>22</sup>. Örneğin, şüpheliye sadece hırsızlık ya da dolandırıcılıkla itham edildiğinin bildirilmesi yetmeyecektir<sup>23</sup>. Fiilin kapsamına bu davranışların nerede, ne zaman, kime karşı gerçekleştirilmiş<sup>24</sup> olduğu dahil olduğundan<sup>25</sup> bu hususların bildirilmesiyle yüklenen suç şüpheliye anlatılmış olur<sup>26</sup>. Hemen belirtilmelidir ki, suçun manevi unsuru bu anlamda fiil kapsamına dahil değilse de manevi unsurun değişmesi, fiilin hukuki niteliğinin değişmesine<sup>27</sup> neden olacağından<sup>28</sup> özellikle yaralama, öldürme gibi suçlarda bunun bildirilmesi gerekmektedir<sup>29</sup>. Bildirimler bu şekilde bir araya gelerek “yeterlilik” kriteri sağlanmış olacaktır<sup>30</sup>. Diğer taraftan, soruşturmanın etkin bir şekilde gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkacak kamusal menfaatin, şüpheliye isnat edilen suçla ilgili olguların ona anlatılmasından daha ağır bastığı durumlarda ifade alınmamalı; bu menfaate ilişkin tehlikenin ortadan kalktığı an olan soruş-

<sup>21</sup> Aynı yönde: Pélissier ve Sassi-Fransa (25444/94, 25/03/1999) Bkz. HUDOC. (ET.: 05.12.2023)

<sup>22</sup> KARAKEHYA, s. 1127.

<sup>23</sup> ŞAHİN, Şerh, s. 415; Aynı yönde: FEYZİOĞLU, s. 105.

<sup>24</sup> Aynı yönde: KARAKEHYA, s. 1128; FEYZİOĞLU, s. 107.

<sup>25</sup> ŞAHİN, Şerh, s. 415.

<sup>26</sup> AİHS md. 6/3’de “*anladığı dilde*” ibaresi yer almaktadır. Fiilin anlatılması, şüphelinin isnat edilen fiili anlamasını beraberinde getirdiğinden ulusal düzenlemelerde ayrıca bu ibareye yer vermek gerekmemektedir. Sözleşmenin bölgesel nitelikte uluslararası bir andlaşma olduğu dikkate alındığında, “*anladığı dilde*” ibaresinin fonksiyonunun AİHS’nin bu yönünü vurgulamak olduğu anlaşılacaktır.

<sup>27</sup> Aynı yönde: LADEWIG, s. 95.

<sup>28</sup> Karokolda şüpheli A’ya dikkatsizlik sonucu B’ye çarptığı bildirilmişse buradaki fiil, A’nın B’ye çarpıp onu yaralamasıdır: KARAKEHYA, s. 1127; Fakat A’nın savunma hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesi için fiilin hukuksal niteliğini de başka bir ifadeyle kendisine isnat edilen yaralamanın, taksir, bilinçli taksir ya da kasta dayalı olup olmadığını bilmesi gerekmektedir.

<sup>29</sup> Delil kaynakları, bildirime konu olamaz. ŞAHİN, Şerh, s. 416.

<sup>30</sup> LADEWIG, s. 95; AMBOS, s. 28.

turma evresinin sona ermesinden hemen önce bu işlem gerçekleştirilmiştir<sup>31</sup>.

Karşılaştırmalı hukuk açısından konuya bakıldığında, kolluğun şüphelinin kimi savunma haklarıyla ilgili pozitif yükümlülüklerinin düzenlendiği İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu (İt.CMK) md. 63 ve md. 64'de, şüpheliye kendisine isnat edilen suç hakkında herhangi bir bildirim ya da açıklama yapılması hususunun yer almadığı<sup>32</sup> görülmektedir. Fransa'da ise soruşturma evresi polis ve onun bağlı olduğu savcılık ile sulh ceza hakimliği tarafından yürütülmekte olup uzun bir süre polisin soruşturmalardaki görevine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır<sup>33</sup>. 2000 reformuyla Fransa Ceza Muhakemesi Kanunu (Fr. CMK) md. 63/1 hükmü getirilerek bu eksiklik giderilmiş suçun niteliği hakkında şüphelinin derhal bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>34</sup>. Hüküm bu yönüyle, AİHS md. 6/3'e benzerlik göstermektedir.

## **2. Müdaafiden Yararlanma Hakkı (CMK md. 147/1-c; StPO md. 136/1)**

Ceza muhakemesi hukukunda, kendisini savunamayacak durumda olduğu açıkça belli olan<sup>35</sup> şüphelinin zarar görmesini<sup>36</sup> engellemek gibi

<sup>31</sup> LUCAS, s. 3; BUCH, s. 839; MERAKLI, s. 1560; Aynı yönde: ROGALL, s. 179; Aksi yönde: AMBOS, s. 28; Suçla etkin mücadele çerçevesinde bildirim kapsamı konusunda belli bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte şiddet içerikli bir davranış gerçekleştirme isnadı bulunan şüpheliye mağdurun öldüğünün söylenmemesi halinde bu yetki aşılmış olur. TURHAN, Faruk/AKSAN, Murat: "Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, Sy. 2, 2020, s. 305; Ölüm sonucunun meydana gelmesi de muhakeme hukuku anlamındaki fiil bakımından oldukça önem taşımaktadır.

<sup>32</sup> Kanun metni için bkz. <https://www.legislationline.org>. (ET.:10.12.2023)

<sup>33</sup> HODGSON, s. 148.

<sup>34</sup> Kanun metni için bkz. <https://www.legislationline.org>. (ET.:10.12.2023)

<sup>35</sup> CMK md. 149/2'de şüphelinin çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul ya da sağır ve dilsiz olması halinde, aksinin kanıtlanması mümkün olmayan kendisini savunamayacağı karinesi yer almakta olup zorunlu müdafilik getirilmiştir.

<sup>36</sup> CMK md. 149/3'de ise şüphelinin kişisel özelliklerinden bağımsız olarak alt sınırı 5 yıldan fazla olan bir suçla itham edilmesi halinde müdafii olmaksızın kolluğa ifade vermesinin savunma hakkına zarar verdiği peşinen kabul edilmiştir. Aksinin kanıtlanması mümkün olmayan karine, suçun ağırlığı bakımından da söz konusudur.

istisnai durumlar dışında müdafii hukuksal yardımından yararlanmak, kural olarak şüphelinin iradesine bağlıdır<sup>37</sup>. Savunmasını bizzatıhi yapabileceği gibi bir müdafiiden de yararlanabilir<sup>38</sup>. Nitekim, CMK md. 149/1’de “Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiin yardımından yararlanabilir.”<sup>39</sup> ile StPO md. 137/1’de “Şüpheli muhakemenin her aşamasında müdafiin yardımından faydalanabilir.” denilerek bu husus<sup>40</sup> açıkça belirtilmiştir<sup>41</sup>. CMK md. 147’de şüpheliye bildirilecek haklar, bir sıra dahilinde hüküm altına alınmış ve müdafiıyla ilgili olanlar suç isnadının bildirilmesinden sonra ama susma hakkından önce<sup>42</sup> yer almıştır<sup>43</sup>. Nitekim Alman Yüksek Mahkemesi’nin

<sup>37</sup> Doktrinde aksi yönde yer alan bir görüşte, ceza muhakemesi süjesi olma, diğer muhakeme süjelerinin aleyhe durumları ile risklerini tahmin edebilen ve ayrıca lehe durumlarla ayrıcalıkları profesyonelce görebilen üçüncü bir kişinin yardımından yararlanmayı gerektirir denilmektedir. KOCAOĞLU, Serhat Sinan: Müdafii, Seçkin Yayınevi. 3. Baskı, 2017, s. 64.

<sup>38</sup> ESER, s. 330; ROGALL, s. 183; Aynı yönde: DEMİRBAŞ, Müdafilik, s. 89.

<sup>39</sup> “Müdafiin görevlendirilmesi” başlıklı CMK 149/1’de yer alan “Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir.” hükmü de benzer niteliktedir.

<sup>40</sup> StPO md. 140’da çeşitli zorunlu müdafilik halleri düzenlenmiştir. Fiilin ağırlığı, karmaşık olması bir ölçüt olmakla birlikte hapis cezası süresi için bir alt sınır belirlenmesi yoluna gidilmemiştir. (StPO md. 140/2) Bu çerçevede ilk derece mahkemesinin Eyalet Mahkemeleri olması da ağırlık bakımından bir ölçüt fonksiyonu görmektedir. (StPO md. 140/1-1) Ancak, sağır ve dilsizler bakımından onların iradesine önem verilmiş, küçüklerle ilgili de bir belirleme yapılmamıştır. (StPO md. 140/2) Şüphelinin mental durumuyla ilgili olarak da md. 81’e atıfla gözlem altına alınmasını gerektirecek durumların (StPO md. 140/1-6) varlığına işaret edilmiştir.

<sup>41</sup> CMK md. 148/4 uyarınca şüphelinin kolluğa verdiği ifadeyi hakim önünde tekrarlamaması halinde ifadenin delil değeri kazanamayacak olmasından hareketle hükmün bir mecburi müdafilik düzenlemesi olduğu yönündeki görüş için bkz. KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 914.

<sup>42</sup> AIHM, Dayanan/Türkiye kararında şüphelilerin göz altına alınır alınmaz müdafii ile görüşme haklarının olduğu belirtilmiştir. (B.No: 7377/3, 13/10/2009)

<sup>43</sup> “Anılan hakkın ilke olarak şüphelinin kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren sağlanması gerekir. Şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması, kendisini suçlamama ve susma hakları yanında genel olarak da adil yargılanma hakkının etkili bir koruma işlevine sahip olması bakımından gereklidir. Çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede ele alınacağını belirlemektedir. Özellikle delillerin toplanması ve kullanılmasında cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hâle geldiğinden şüpheliler, ceza yargılaması-



bir kararında da belirtildiği üzere, şüpheli susma hakkının kullanımına ilişkin kararı fonksiyonel olarak ancak müdafii ile görüşmesinden sonra verebilecektir<sup>44</sup>. Alman Hukuku'nda müdafii hazır bulunma hakkı, sadece hakim ve savcı tarafından yapılan sorgulamalar için öngörülmüş olup kolluk tarafından gerçekleştirilen ifade alma sırasında bu söz konusu olmasa<sup>45</sup> da (StPO md. 163a/3, 168c/1) şüpheli bu işlemden önce bir müdafiiye danışmak isterse, onunla görüştürülmeden ifade işlemi başlatılmamalı<sup>46</sup> ya da bu hakkını kullanmak istemediğini beyan eden şüpheli bu karardan<sup>47</sup> geri dönerse<sup>48</sup> ifadeye devam edilmemelidir<sup>49</sup>. Bununla birlikte Alman Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında<sup>50</sup>, şüphelinin müdafiiyle görüşerek ifade verme talebinin gece yarısı saati olması

---

*nun bu evresinde kendilerini savunmasız bir durumda bulabilir. Belirtilen savunmasızlık hâli, ancak bir müdafinin hukuki yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir.”* AYM B.No: 2013/1138, 27/10/2015; B.No: 2012/543, 15/10/2014 (R.G. Tarih ve Sayı:09/12/2015-29557; 17/12/2014-29208).

- <sup>44</sup> BGHSt 47, 172. Bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047233.html>. (ET.:15.12.2023) Anayasa Mahkemesi'nin 20/5/2021 Tarihli ve 2019/42695 başvuru numaralı kararında da benzer şekilde şu görüşlere yer verilmiştir: “Anılan hakkın ilke olarak şüphelinin kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren sağlanması gerekir. Şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması, kendisini suçlamama ve susma hakları yanında genel olarak da adil yargılanma hakkının etkili bir koruma işlevine sahip olması bakımından gereklidir.” Aynı yönde: BOHLANDER, Michael, Principles of German Criminal Procedure, 2012, s. 97.
- <sup>45</sup> AMBOS, s. 52; Benzer bir durum, Avusturya Ceza Muhakesi Kanunu (Av.CMK) md. 39/1 uyarınca Avusturya Hukuku bakımından da söz konusudur. Bkz. <https://www.legislationline.org>. (ET.: 15.12.2023)
- <sup>46</sup> Anayasa Mahkemesi kararlarında suç isnadı altındaki kişinin müdafiiyle görüşmesine etkili bir şekilde izin verilmesinin, savunma için gerekli kolaylıklardan biri olduğu belirtilmektedir: B.No: 2014/6971, 01/2/2017 (R.G. Tarih ve Sayı: 23/2/2017 – 29988); B.No: 2019/42695, 20/5/2021 (R.G. Tarih ve Sayı: 4/8/2021-31558).
- <sup>47</sup> “Avukata erişimi sağlanmayan sanığın kolluktaki ikrarının mahkûmiyet kararında kullanılması durumunda savunma hakkına telafi edilmez biçimde zarar verilmiş sayılacaktır.” AYM, B.No: 2014/12002, 08/10/2016 (R.G. Tarih ve Sayı: 27/12/2016-29931).
- <sup>48</sup> AİHM'nin Salduz/Türkiye, B.No: 36391/2, 27/11/2008; Dayanan/Türkiye, B.No: 7377/3, 13/10/2009; John Murray/Birleşik Krallık, B.No: 18731/91, 8/2/1996; Magee/Birleşik Krallık, B.No: 28135/95, 6/6/2000, kararlarında, şüpheli net bir şekilde müdafiiye başvuru hakkından vazgeçerse ya da bir süre bu şekilde ifade verdikten sonra müdafii olmadan ifadeye devam edeceğini belirtirse bu durumun adil yargılanma hakkına zarar vermeyeceği belirtilmiştir.
- <sup>49</sup> BGHSt 38, 372. Bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047233.html>. (ET.: 19.12.2023)
- <sup>50</sup> BGHSt 42, 170. Bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047233.html>. (ET.: 19.12.2023)

nedeniyle onunla temasa geçme çabalarının yararsız görünmesinden hareketle reddedilerek müdafii olmadan ifade alınması hukuka uygun bulunmuştur<sup>51</sup>.

5271 sayılı CMK md.147/1-c' de "...müdafii ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği... bildirilir."denilmektedir. Hazır bulunma hakkı, sorular sormak<sup>52</sup> ve çeşitli itirazları dile getirmeyi kapsamaktadır<sup>53</sup>. Bu çerçevede, müdafii de şüpheliye sorular sorabilir<sup>54</sup>. Ancak, müdafii belli soruların kabul edilip edilmemesi hususunda bir yetkisi bulunmadığı gibi<sup>55</sup> şüpheliye sorular sorulara doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. Hukukî yardımda bulunma, maddi gerçeği değiştirebilecek şekilde müdahalelerin

<sup>51</sup> Doktrinde söz konusu bu karar avukatla görüşme talebinden sonra ona erişime izin verilmemesi her zaman için avukatın yokluğunda alınan bu ifadenin dikkate alınmamasını gerektirir şeklinde eleştirilmiştir: HERRMANN, Joachim: "Police Interrogation of The Suspect – A Power Play Germany – United States – People's Republic of China", Peking University Law Journal, Vol. 3, Issue 2, 2015, s. 355; BOHLANDER, s. 97; Ancak; AİHM'in Salduz/Türkiye kararında, "... kural olarak, her davanın kendine has koşulları ışığında bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler olmadıkça, şüpheliye, polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanmalıdır. Avukata erişim hakkının sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, böylesi bir kısıtlama savunma haklarına zarar vermemelidir. Avukat erişimi sağlanmayan sanığa polis soruşturması sırasında yapılan suçlayıcı ifadelerin sanığın mahkûmiyet kararında kullanılmaları durumunda sanığın savunma haklarına zarar verilmiş sayılır..." denilerek kolluk tarafından alınan ifade sırasında müdafii yardımından yararlanma hakkının kısıtlanması konusundaki temel ilke ortaya konmuştur. 5271 sayılı CMK md. 154/2'de, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafiiyle görüşme hakkının Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanması durumunda, bu süre boyunca ifade alınamayacağı belirtilerek söz konusu eleştiri ve karara uygun bir düzenleme yapılmıştır.

<sup>52</sup> "Soru sorma hakkının garantisi, adil yargılanma ilkesinin özel bir biçimidir." BGHSt 46, 93. Bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047233.html>. (ET.: 19.12.2023)

<sup>53</sup> Müdafii söz konusu fonksiyonu, Alman Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında 'birlikte etkileme hakkı' olarak belirtilmiştir. BGHSt 46, 93. Bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs047233.html>. (ET.: 19.12.2023)

<sup>54</sup> AMBOS, s. 52; "..., hazır olan sanık müdafiiinin yalnızca sorgulamada gözlemci olarak bulunamayacağı, onunu hukuki yardımından sanığın yararlanabileceği..." YCGK'nın 1995/7-165 E, 1995/302 K sayılı ve 24/10/1995 tarihli kararı için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). (ET.: 19.12.2023)

<sup>55</sup> DEMİRBAŞ, Müdafilik, s. 93.

yapılması anlamına gelmemektedir<sup>56</sup>. Kanaatimizce de, kolluğun yasak sorgu yöntemi teşkil eden soruları olmadığı sürece müdafinin bu tür bir müdahale yetkisi olamaz. Bu aşamada daha çok isnat konusu olayın nasıl gerçekleştiği ortaya konmaya çalışıldığından müdafinin ağırlıklı görevi, maddi gerçeğe ulaşmaktan daha ziyade şüphelinin bir suje olma vasfını sağlama ve korumaya yönelik olmalıdır. Nitekim, “İfade almanın esasları” başlıklı YİGAY md. 23/d’de “müdafîn her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir.” denilerek aslında müdafinin müdahalelerinin de yargısal denetime tabi ve hazır bulunma hakkının kapsam olarak sınırlarının olduğu dolaylı olarak hüküm altına alınmıştır.

CMK md. 154/1 uyarınca da müdafii, gözaltında ya da tutukevinde bulunan şüpheli ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilecektir. Şüpheliye ifade işlemi sırasında sorulara nasıl cevap vermesi gerektiği ve susma hakkının kullanımına ilişkin konularda hukuki yardım sağlayabilecektir<sup>57</sup>. Bununla birlikte müdafinin şüpheliyi, suç delilleri başta olmak üzere soruşturmanın seyrini değiştirmeyi sağlayacak şekilde yönlendirip azmettirmesi durumunda “Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme” başlıklı 5237 sayılı TCK md. 281 uyarınca sorumluluğu doğacaktır<sup>58</sup>. Nitekim tüm bu esaslar, “İfade almanın esasları” başlıklı YİGAY md. 23/d’de şu şekilde belirtilmiştir: “Müdafî sadece hukukî yardımda bulunabilir, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. Hukukî yardım maddî olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmez. Müdafî şüpheliye bü-

<sup>56</sup> KOCAOĞLU, s. 200.

<sup>57</sup> “Savunmanın iddia makamı karşısında dezavantajlı konuma düşmemesi için şüpheli ve sanığın kendisini bireysel olarak (bizzat) savunabilmesinin yanı sıra müdafî yardımından yararlandırılması da gerekebilir. Suç isnadı altındaki kişinin müdafî yardımına olan ihtiyacı; delillere ulaşma bakımından yaşanan güçlüklerin aşılması, hukuki bilgi eksikliği veya içinde bulunulan psikolojik durumdan kaynaklanabilir. Bu kapsamda savunma hakkının etkin bir şekilde kullanma imkânını sağlayan müdafî yardımından yararlanma hakkı aynı zamanda adil yargılanma hakkının diğer bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesinin de gereğidir. Diğer bir ifadeyle müdafî yardımından yararlanma hakkı hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ilkesine işlerlik kazandırmaktadır.” AYM, B.No: 2014/12002; 08/10/2016 (R.G. Tarih ve Sayı:27/12/2016-29931).

<sup>58</sup> DEMİRBAŞ, Müdafilik, s. 92.

*tün kanunî haklarını hatırlatabilir ve müdafîin her türlü müdahalesi<sup>59</sup> tutanağa geçirilir."*

### **3. Susma Hakkı (Nemo Temettur Seipsum Accusare) (CMK md. 147/1-e; StPO md. 136/1)**

Suç ve cezalara ilişkin temel ilkelerin belirlendiği Anayasa md. 38/5'de "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*" hükmü yer almaktadır. Bu ilkenin yaşama geçirilmesi çerçevesinde de 5271 sayılı CMK md. 147/1-e'de, "*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir*" düzenlemesi yapılmıştır. Alman Hukuku bakımından Anayasa'da bu hakla ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, susma hakkının Anayasada yer alan, "*Kişinin onuru dokunulmazdır. Devletin tüm yetkileri ona saygı göstermek ve korumakla yükümlüdür.*" (md.1/1) hükmü başka bir deyişle insan onuru üzerinde temellendirilen bir savunma hakkı olduğu kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Mahkeme kararları<sup>61</sup> da bu yönde olup, 1974 yılından itibaren susma hakkı açıkça adil yargılanma hakkından türetilmektedir<sup>62</sup>. StPO md. 136/1' de ise ko-

<sup>59</sup> Fr.CMK md. 63-4'de şüphelinin müdafii hakkı düzenlenmiş olmakla birlikte müdafii, ifade alma işlemi sürecinde daha çok sulh hakimine yardımcı-destek şeklinde bir fonksiyonu yerine getirmektedir; soruşturmanın sonuçlarını inceleyebilir, belirli soruşturma işlemlerinin yapılmasını talep edebilir ve müvekkilinin ve diğer tanıkların görüşmeleri sırasında hazır bulunabilir. HODGSON, s. 124.

<sup>60</sup> WEİGEND, Thomas/HOROVİTZ, Anat, "*Human Dignity and Victims' Rights in the German and Israeli Criminal Process*", Israel Law Review, Vol. 44, Issue. 1-2, 2011, s. 264; GAU, J. Patrick: Die rechtswidrige Beweiserhebung nach § 136 a StPO als Verfahrenshindernis, Zugleich Ruhr-Universität Bochum Dissertation 2006, s. 51; RÜPÜNG, Hinrich (Çeviren: Şahin, Cumhur): "*Ceza Muhakemesinde İnsan Haklarının Korunması-Adil Bir Ceza Muhakemesinin Temel Şartları*", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sy. 1-2, 1994, s. 144; GRABENWARTER, Christoph: "*Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6)*", Çev.: Osman CAN, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ed.: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 241; Fransız Hukuku bakımından aynı yöndeki görüş için bkz. HODGSON, s. 122.

<sup>61</sup> BVerfGE 97 (1984) BVerfGE 115, 118 (2005); BVerfGE 38, 105; 55, 144; BGHSt 25, 325, 330. Bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115118.html>. (ET.: 25.12.2023)

<sup>62</sup> PETERS, Anne (Çeviren: Koca, Mahmut): "*Adil Yargılanma Hakkı (m. 6.f.1 ve 2)*", Ünver, Yener (Editör), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 125; GAU, s. 73; GRABENWARTER, s. 241; Aynı yönde: AİHM J.B/İsviçre, B.No: 31827/96, 03/05/2001. Karar için bkz. HUDOC. (ET.: 25.12.2023)

nuyla ilgili olarak şu hüküm yer almaktadır: "...Şüpheliye suçlama hakkında açıklamada bulunmasının veya olay hakkında hiçbirşey söylememesinin..., kanuni hakkı olduğu söylenerek uyarılır."

Susma hakkı, şüphelinin irade özgürlüğünü korumaktadır. Kendini suçlama ya da soruşturmaya aktif bir şekilde katılma ya da katılmama sadece onun özgür iradesine dayanarak verebileceği bir karardır<sup>63</sup>. Susma hakkı, adından da anlaşılacağı üzere şüphelinin soruşturmaya ilişkin konularda<sup>64</sup> kendisini ifade etme durumuyla ilgili bir özgürlük olup varlıkları onun iradesinden bağımsız olan nefes, kan, idrar ve doku örneklerinin sonuçları, bu güvence kapsamında değildir<sup>65</sup>. Şüphelinin söz konusu hakkını kullanmasından onun aleyhine sonuçlar çıkarılması ve hukuksal durumunun etkilenmesi, CMK md. 147/1-e ile StPO md. 136/1'in ihlali anlamına gelecektir<sup>66</sup>. Yargıtay'ın bir kararında, "Ceza Muhakemesi Kanununun 147. maddesinde tanınan susma hakkını kullanan sanık hakkında... Susma hakkıyla siyasi bir duruş içine girdiği..." şeklinde kanuni olmayan bir gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmamış olması hukuka aykırı görülmüştür<sup>67</sup>. AİHM de bu konuda temel sayılabilecek kararına ilişkin bir

<sup>63</sup> PLAGEMANN, Gottfried: "Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, Sy. 1-2, 2014, s. 184; MERAKLI, s. 1567.

<sup>64</sup> Susma hakkının kapsamı, soruşturma konusu olaylarla sınırlıdır. 1412 sayılı CMUK md. 135/6'da şüphelinin kimlik ve şahsi halleri hakkında kolluğun bilgi alacağı hükmü yer alıyordu. Doktrinde bu durumun hakkın gereği gibi kullanılması bakımından sorunlu olduğu, kimlik ve şahsi hallerin kapsamının dar yorumlanması gerektiği belirtilmekteydi. Buna göre, şahsi haller hakkındaki bilgiler kusur ve cezanın tespiti bakımından önemli olup bu belirlemenin olmadığı ifade işlemi sırasında şahsi haller hakkında bilgi alınmasının bir anlamı bulunmamaktadır: ŞAHİN, Sorgu Müessesesi, s. 86; Aynı yönde: RÜPÜNG, s. 145; ESER, s. 325; Tüm bu hususları dikkate alan kanun koyucu, 5271 sayılı CMK md. 147/1-a'da sadece şüphelinin kimliğinin saptanması işlemine yer vermiştir. Şüphelinin kimliğiyle ilgili bilgileri kolluğa vermekten kaçınması ya da bu konuda gerçeğe aykırı olarak beyanda bulunması, "Kimliği bildirmeme" başlıklı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 40/1 uyarınca bir kabahat teşkil edecektir. Gerçeğe aykırılık başkasının kimlik bilgilerinin verilmesi şeklinde olursa, "Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması" başlıklı 5237 sayılı TCK md. 268 uyarınca suç teşkil edecektir.

<sup>65</sup> GRABENWARTER, s. 241; PETERS, s. 125.

<sup>66</sup> RÜPÜNG, s. 145; Aynı yönde: PETERS, s. 126.

<sup>67</sup> Yrg. 4.CD, 2008/10723 E, 2008/21522 K sayılı ve 02/12/2008 tarihli. Bkz. [https://adanabaro-su.org.tr/uploads/haber/ceza\\_avukatAnAn\\_Insan\\_haklarA\\_el\\_kitabA.pdf](https://adanabaro-su.org.tr/uploads/haber/ceza_avukatAnAn_Insan_haklarA_el_kitabA.pdf). (ET.: 28.12.2023)

başvuruda sanığın mahkumiyetinin tek başına susma hakkını kullanmasına dayandırılmayacağına, onun tarafından açıklaması gereken bir delilin ortaya çıkmasına rağmen sanığın sessiz kalmasının kararın gerekçeli olması ve üst mahkemece denetlenmesi gibi güvencelerin varlığı halinde aleyhine olarak dikkate alınabileceğine karar vermiştir<sup>68</sup>. Diğer taraftan şüpheli kendisine isnat edilen suçla ilgili olarak soruların bir kısmı bakımından bu hakkını kullanarak diğerleri hakkında konuşup ifade vermeyi tercih edebilir. Ancak şüpheli, soruların hiçbirine cevap vermeyeceğini açıkça belirtmişse bu karardan açıkça vazgeçmediği sürece haklı bir neden olmadan kendisine herhangi bir soru sorulmamalı, diyaloga girilmemeli, ifade işlemi sonlandırılmalıdır. Doktrinde bunun aksine bir yaklaşımın, şüphelinin taciz edilmesi anlamına geleceği belirtilmektedir<sup>69</sup>.

## B. İfade Alınmasına İlişkin Pozitif Kuralların İhlal Edilmesinin Sonuçları

Kolluk görevlileri ifade alma işleminin başlangıcında şüphelinin kimliğini CMK md. 147/1-a, StPO md. 136/3'de yer aldığı şekliyle de şahsi hallerini belirledikten sonra onu kendisine isnat edilen suç<sup>70</sup>, müdafiden yararlanma, susma ve delillerin ortaya konulmasını talep etme<sup>71</sup> hakları konusunda<sup>72</sup> bilgilendirmelidir<sup>73</sup>. Bu hakların hepsi eşit derecede önemli olup şüphelinin savunma hakkını ilgilendirmektedir<sup>74</sup>. Kişinin ifadesi alındıktan sonra başka şüphe nedenlerine bağlı olarak iddia konusu fiil kapsam olarak gelişmiş ya da değişmiş ise yeniden ifadesinin alınması ve haklarının tekrar hatırlatılması gerekmektedir<sup>75</sup>.

<sup>68</sup> Murray/Birleşik Krallık; B.No: 14310/88, 28/10/1994 Bkz. HUDOC. (ET.: 28.12.2023)

<sup>69</sup> ZÖLLER, A. Mark: "Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, Sy. 1-2, 2014, s. 98; Aynı yönde: RÜPÜNG, s. 145; BGH 5 StR 341/05, 10/01/2006. Bkz. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document>. (ET.: 28.12.2023)

<sup>70</sup> ŞAHİN, Şerh, s. 415.

<sup>71</sup> DEMİRBAŞ, İfade Alma, s. 312.

<sup>72</sup> Aydınlatma yükümlülüğü ve aydınlanma hakkı tabiri için bkz. MERAKLI, s. 1558.

<sup>73</sup> Haklarının bildirilmesi şüpheli bakımından sahip olduğu hakların bir parçası, bunları kullanabilmesinin bir teminatıdır. ŞAHİN, Sorgu Müessesesi, s. 85.

<sup>74</sup> YCGK'nın 1996/6-263 E, 1996/282 K sayılı ve 17/12/1996 tarihli kararı (Bkz. YKD, C. 23, Sy. 3, 1997, s. 434 vd.)

<sup>75</sup> ESER, s. 322.

Kolluğun söz konusu yükümlülüklerini ihlal ederek başka bir deyişle bilgilendirme yapmadan ya da bildirim konu hakları kullandırmadan almış olduğu yazılı beyanların ne olacağı, konuyu düzenleyen 5271 sayılı CMK md. 147 ile StPO md. 136'da yer almamaktadır. Bu hususta doktrin ve yargı kararlarında da görüş birliği bulunmamaktadır. Hiçbir ayırma gitmeksizin bu şekilde elde edilen beyanların ifade dolayısıyla da delil olamayacağını belirten görüşler<sup>76</sup> ve yargı kararlarının<sup>77</sup> yanı sıra

<sup>76</sup> PLAGEMANN, s. 183; ESER, s. 322-324; ŞAHİN, Sorgu Müessesesi, s. 87; DEMİR-BAŞ, İfade Alma, s. 312; TURHAN/AKSAN, s. 319; MERAKLI, s. 1617; Aynı yönde: YENİSEY, Feridun/BAŞER DOĞAN, Zehra/AKPEK, Ayça/BAYDAR, Burak/HAYIRLIOĞLU, Gözde Hare: "Ceza Muhakemesinde İfade Alma ve Mülakat" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 16, Sy. 199-200, 2021, s. 889.

<sup>77</sup> YCGK CMK md. 147'nin 1412 sayılı CMUK'da karşılığı olan md. 135'in uygulanmasıyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda, CMUK md. 135'de belirtilen sanık haklarına uygun davranılmamasının duruşmanın açılmadığı anlamına geleceğini, bu olmadan da delillerin toplanmış sayılamayacağını belirtmiştir. (1994/6-322 E, 1994/343 K sayılı ve 19/12/1994 tarihli. Bkz.www.kazanci.com.tr. (ET: 11/04/2022). Karar çerçevesinde, söz konusu usule aykırılığın kolluk tarafından gerçekleştirilmesi halinde evveliyetle ortada bir ifade alma işlemi bulunmadığını, alınan beyanların ifade anlamında yok hükmünde olduğunu söylemek mümkündür. YCGK'nun aynı yöndeki 1995/238-305 sayılı ve 24/10/1995 tarihli kararında Yüksek Mahkeme, sanık beraat etmiş olmasına rağmen söz konusu usule aykırılığı mutlak bozma nedeni olarak görmüştür. Karar için bkz. YKD XXI, Aralık 1995, s. 1884 vd; Aynı yönde: Yrg. 2000/3061-3132 sayılı ve 05/12/2000 tarihli (bkz.YKD Sy. 5, 2001, s. 950.); "...5271 sayılı CMK'nın 147. maddelerindeki hakları hatırlatılmadan, hatırlanmış ise bu husus tutanağa geçirilmeden sorgularının yapılması suretiyle hükmümlülüklerine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir..." , Yrg. 17. CD, 25486/2015 E, 9044/2015 K sayılı ve 10/11/2015 tarihli; YCGK, 2014/14-728 E, 2016/389 K sayılı ve 25/10/2016 tarihli; Yrg. 2. CD, 2016/17798 E, 2018/13391 K sayılı ve 14/11/2018 tarihli; Yrg. 21. CD, 5742-2217 sayılı ve 09.03.2016 tarihli (Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr. (ET.: 30.12.2023) Söz konusu yaklaşım, bazı kararlarda şüphelinin haklarını herhangi bir nedenle bilip bunu da görevlilere bildirmesi halinde dahi mutlak bozma nedeni olarak varlığını devam ettirmektedir. Bunlardan bir tanesinde: "... davacının (şüphelinin)... tarihinde ... Adalet... girişinde gerçekleştirilen eylem sırasında Cumhuriyet Savcısının talimatı ile yakalanarak aynı gün ifadesi alınmadan serbest bırakıldığı, CMK'nın 90 ve 97. maddelerinde düzenlenen, yakalanan kişiye haklarının hatırlatılması ve buna dair tutanak tanzimini öngören Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 6/4. maddesindeki zorunluluğun yerine getirilmediği, davacının avukat olmasının bu hükümlerin uygulama koşullarını değiştirmeyeceği, suçlamadan haberdar edilme ve düzenlemede yer alan aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin emredici hükümlerin ihlalinin işlemi haksız hale getirdiğinin anlaşılması karşısında, davacı lehine uygun bir tazminata hükmolunması yerine yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi..." bozmayı gerektirmiştir görüşlerine yer verilmiştir. Yrg. 12.CD'nin

belirli şartlar dahilinde<sup>78</sup> yargılamaya dahil edilmesi gerektiği yönünde olanlar da bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi '*Nitelikli Hak Bildirimi*' (*Qualifizierte Belehrung*) kavramına dayanmaktadır. Buna göre, şüphelinin söz konusu haklardan susma konusunda bilgilendirme yapılmaksızın ifadesi alınmış ise herhangi bir nedenle yeniden ifadesine başvurulması halinde, söz konusu hakkın bu defa hatırlatılmış olması yetmeyecek, hakkın varlığını bilmeden yapmış olduğu ilk açıklamaların hukuken bir değerinin olmadığına da kendisine bildirilmesi gerekecektir. Çünkü şüpheli, ilk beyanı nedeniyle ikinci ifadesinde susmasının ona bir avantaj sağlamayacağı ya da ilk beyanlarını tevîl etme, ikincisiyle ilkinin tamamlama saikleriyle zorunlu olarak bu hakkını kullanmak istemeyecektir. Şüphelinin bu bildirimle rağmen ilk beyanlarından tekrarlamış olduğu kısımları, hukuken bir ifade niteliği taşıyacaktır<sup>79</sup>. Türk Doktrin

---

2018/5478 E, 2018/11202 K sayılı ve 26/11/2018 tarihli kararı. Benzer bir uygulamanın Fransa Hukuku bakımından da geçerli olduğu yönündeki görüş ve kararlar için bkz. Hodgson, s. 150; Yargıtay 1.CD'nin 157/438 sayılı ve 21/02/1995 tarihli aksi yöndeki bir kararında ise, şüphelinin haklarını bildiği ve bunları kullanmak istemediği dosya kapsamından anlaşılıyorsa, haklarının hatırlanmamış olmasının bir temyiz nedeni olamayacağı belirtilmiştir. Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında ise hakları hatırlanmadan alınan ikrarların, hükme esas alınarak mahkûmiyet kararı verilmesinin hakkaniyetli yargılama ilkesine aykırı olduğu: YCGK, 2017/1073 E, 2023/84 K sayılı ve 15/02/2023 tarihli; bunun savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuran bozulma nedeni olduğu hüküm altına alınmıştır; YCGK, 2015/202 E, 2019/508 K sayılı ve 27.06.2019 tarihli; YCGK, 2019/310 E, - 2019/509 K sayılı ve 27/06/2019 tarihli; YCGK, 2015/396 E, 2018/323 K sayılı ve 3.07.2018 tarihli; Yrg. 10. CD, 2016/2271E, 2016/3003 K sayılı ve 14.10.2016 tarihli. Aynı yönde: Yrg. 16. CD, 2017/3464 E, 2018/584 K sayılı ve 28/02/2018 tarihli bkz. www.kazanci.com.tr. (ET.: 30.12.2023)

<sup>78</sup> Bkz. 18/12/2008 - 4 StR 455/08, BGHSt 53, 112, 116. Bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de>. (ET.: 30.12.2023); YCGK, 2016/1146 E, 2020/68 K sayılı ve 06/02/2020 tarihli; YCGK, E2022/388 E, 2022/824 K sayılı ve 22.12.2022 tarihli. bkz. www.kazanci.com.tr. (ET.: 30.12.2023)

<sup>79</sup> KASÍSKE, Peter: "Fern-, Fort- und Frühwirkung von Beweisverwertungsverböten im Strafprozess", *Juristische Ausbildung*, Vol. 1, 2007, s. 24; VOLBERT, Ranate/BAKER, Bianca: "Investigative Interviewing of Suspects in Germany", in: *International Developments and Practices in Investigative Interviewing and Interrogation*, Vol. 2., Ed.: David WALSH, Gavin E OXBURGH, Allison D REDLİCH, Trond MYKLEBUST, 2015, s.139; ROGALL, s. 183; BOHLANDER, s. 95; Aynı yönde: 18/12/ 2008 - 4 StR 455/08, BGHSt 53, 112, 115 f; 3/07/ 2007 - 1 StR 3/07, BGHSt 51, 367, 376;



ve uygulaması bakımından çok bilinir olmayan bu yöntem<sup>80</sup>, Alman Doktrini<sup>81</sup> ve uygulamasında<sup>82</sup> kendisine yer bulmaktadır.

Bir diğer görüş ise Alman Yargıtayı tarafından geliştirilen 'İtiraz' (*Widerspruchslösung*) yöntemine dayanmaktadır. Bu çözüm, genel olarak soruşturma aşamasında elde edilen delillerin usule aykırı olduğu gerekçesiyle yargılamada kullanılmamasına yönelik olarak sanık ya da müdafisi tarafından StPO md. 257'de belirtilen süreye de dikkat ederek itiraz edilmesini belirtmektedir<sup>83</sup>. Buna göre şüphelinin söz konusu haklarıyla ilgili olarak usulüne uygun bir şekilde bilgilendirilmeksizin ya da müdafii hazır bulunmaksızın ifadesinin alınması durumunda ortaya çıkan bu hukuka aykırılık, ancak sanığın ya da müdafinin yargılama aşamasında bunu ileri sürmesi halinde mahkemece dikkate alınabilecektir. Bu olmadığı sürece StPO md. 136'nın (CMK md. 147) ihlal edilmiş olması tek başına bu beyanın kullanılabilmesine, hukuken bir ifade olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmeyecektir<sup>84</sup>.

Belirtilen nitelikte usuli eksiklikler taşıyan ifadelerin yargılamaya dahil edilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin bir diğeri, 'Menfaatler dengelemesi teorisi' (*Abwägungstheorie*) etrafında şekillenmektedir. Buna göre,

---

30/12/2014 - 2 StR 439/13, NStZ 2015, 291, 293. Bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de>. (ET.:02.01.2024)

<sup>80</sup> Türk doktrininde yer alan bir görüşte, CMK md. 148/5'de yer alan, "Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir." hükmünün nitelikli bilgilendirme fonksiyonunu yerine getirmek bakımından önemli olduğu ancak bunun yasak yöntemlerin düzenlediği bu maddede değilde CMK md. 147'de yer almasının daha doğru olacağı belirtilmektedir. KARAASLAN, Reşit: "Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği – İfade Alma da Yasak Usul Olan "Aldatma" Örneği Üzerinden Bir İnceleme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Sy. 2, 2021, s. 603.

<sup>81</sup> ROXIN, Claus. "İspat Hukukunun Esasları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sy. 8, 2005/2, s. 278; Bohlander, s. 95.

<sup>82</sup> 18/12/ 2008 - 4 StR 455/08, BGHSt 53, 112, 115 f; 3/07/ 2007 - 1 StR 3/07, BGHSt 51, 367, 376; 30/12/2014 - 2 StR 439/13, NStZ 2015, 291, 293. Bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de>. (ET.: 02.01.2024)

<sup>83</sup> BGHSt 38, 218; BGHSt 42, 15;. Bkz. <https://www.servat.uni-be.ch/dfr/bs047233.html>. (ET.: 02.01.2024)

<sup>84</sup> BGHSt 2007, 125; Aksi yönde: BGHSt 38, 214. Bkz. <https://www.servat.uni-be.ch/dfr/bs038214.html>. (ET.: 02.01.2024)

isnat edilen suçun ispatlanmasındaki kamusal menfaat ile haklarının öğretilmemesi nedeniyle onun savunma hakkına verilen zarar arasında yapılan menfaat-zarar tartımı sonucunda ispat daha ağırlık kazanırsa; bu şekilde elde edilen beyanlar, ifade olarak değerlendirilmelidir<sup>85</sup>. Bu konuda ileri sürülen son bir görüş ise ‘Küllü-bütünsel’ değerlendirmeye dayanmaktadır. Genel olarak hazırlık soruşturmasında özellikle de kolluğun ifade alma işlemi sırasında söz konusu hakların ihlal edilmesi, istinaf gibi kanun yolları dahil sonraki aşamalarda telafi edilebiliyor ve bu bir bütün olarak değerlendirildiğinde adil bir usulü işaret ediyorsa katı bir değerlendirme yasağı yoluna gidilmemelidir<sup>86</sup>. Bu yaklaşım, AİHM<sup>87</sup> ve buna atıfla Alman Yüksek Mahkemeleri<sup>88</sup> ile Yargıtay<sup>89</sup> ve Anayasa Mahkemesi kararlarına<sup>90</sup> yansımaktadır<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> Bkz. 18/12/2008 - 4 StR 455/08, BGHSt 53, 112, 116. Bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de>. (ET.: 07.01.2024) Bu tip kararların eleştirisi için bkz. ROXIN, s. 279.

<sup>86</sup> BUCH, s. 839; AMBOS, s. 58; GAU, s. 79.

<sup>87</sup> Van Kück/Almanya, 35968/97, 12/6/2003; Khamidov/Rusya, 72118/01, 15/11/2007; Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık, 26766/05, 22228/06, 15/12/2011; İbrahim ve diğerleri/Birleşik Krallık, 50541/08, 13/9/2016; Simeonovi/Bulgaristan, 21980/04, 12/5/2017, Beuze/Belçika, 71409/10, 09/11/2018; Salduz/Türkiye, 36391/2, 27/11/2008. Kararlar için bkz. HUDOC. (ET.: 07.01.2024)

<sup>88</sup> BGHSt 3, 450; BGHSt 46, 93 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs046093.html>); BVerfGE NJW 2001, 2215. Bkz. <https://beck-online.beck.de>. (ET.: 07.01.2024)

<sup>89</sup> YCGK’nın 2013/10-468 E, 2014/268 K sayılı ve 20/05/2014 tarihli bir kararında bütünsel değerlendirme şu şekilde belirtilmiştir: “5271 sayılı CMK’nun 217. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede; ‘Maddenin son fıkrası, usul hukuku yönünden olağüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilkeyi belirtmektedir. İlke, delilin doğruluğunu, haklılığını hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını gütmektedir. Böylece ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde olsun, hukuka aykırı olarak, örneğin, işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınamayacaktır’ denilerek, delilin hükme esas alınmasına engel oluşturan hukuka aykırılıkların ‘sanığın temel haklarını’ ihlal eden aykırılıklar olduğu belirtilmiştir. Basit şekle aykırılıklar da dahil olmak üzere hukuka uygun şekilde elde edilmeyen her türlü delilin hükme esas alınmaması gerektiği yönünde öğretide bir kısım yazarların görüşleri olmakla birlikte, bazı yazarlar da bu hususta; ‘Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller’ kavramındaki ‘hukuka aykırılık’, sanığın temel haklarını ihlal eden bir hukuka aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Muhakemenin sonunda, yapılan işlemler bir bütün olarak değerlendirilmeli ve muhakeme neticesinde, hukuka uygun veya aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılarak verilen hüküm, Anayasanın 36 ncı maddesinde gösterildiği biçimde ‘adil’ ise, bir delil hukuka aykırı bir yöntemle elde edilmiş olsa dahi kullanılabilir’ (Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Baskı, Beta Yayınevi, 2007 yılı, s. 1080), ‘Hak ihlali

Kanaatimizce; gerek CMK gerekse StPO'nun konuya ilişkin sistematığı de *bütünsel* değerlendirmeye dayanmaktadır. Şöyle ki, 5271 sayılı CMK md. 148 ile StPO md. 136a'da, yine bu hükümlerde belirtilen yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen beyanların hukuksal değeriyle ilgili olarak "*delil olarak değerlendirilemez*" şeklinde kesin bir sonuca yer verilmişken kolluğun pozitif yükümlülüklerini ihlal ederek başka bir deyişle bilgilendirme yapmadan ya da bildirim konu hakları kullandırmadan almış olduğu beyanlarla ilişkin bir belirleme yer almamaktadır. Yasak sorgu yöntemlerinin insan onuruna ve savunma hakkına zarar verdiğine dair aksinin ispatı mümkün olmayan bir karine söz konusu iken pozitif hak ihlallerine ilişkin herhangi bir karine mevcut değildir. Bu konuda belirleyici olan, şüphelinin yukarıda belirtilen hakları konusunda bilgilendirilmemesi ya da bunların kullandırılmamasına dayalı yazılı beyanların bir Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere mahkûmi-

---

*kriterlerine yer vermeyen böyle bir değerlendirme, herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceğinden uzun vadede son derece ağır sonuçların doğmasına yol açabilir. Burada her şekli aykırılık aynı zamanda hak ihlaline de yol açar gibi toptancı bir iddianın ileri sürülmesi mümkündür; ancak, böyle bir iddianın gerçeklerle alakası bulunmamaktadır. Gündüz yapılması gereken arama gece yapılmışsa, bundan başka hiçbir hukuka aykırılık söz konusu değilse, burada hangi hak ihlal edilmiştir? Hiçbir hak ihlal edilmemiştir. Sadece şekli bir aykırılık söz konusudur.'* (B.Ö., D. T., M. R. E., Ö. S., Y. F.S., E. A. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 376) şeklinde görüş bildirmişlerdir." Karar için bkz. www.karara.com. (ET.: 07.01.2024); YCGK, 1-72/1995 E, 48/1995 K sayılı ve 01/05/1995 tarihli bir kararında da benzer yönde şu görüşlere yer verilmiştir: "...Sanığın lehine olan hukuki kurallara aykırılık, sanığın aleyhine hükmün bozulmasını gerektirmediğinden, beraatine hükmolunan sanığın sorgusu sırasında lehinde olan düzenleyici kurallara uyulmamış olması bozma nedeni olmaz..." YKD, C. 22, Sy. 10, 1996, s. 1679.

<sup>90</sup> B.No: 2013/6183, 19/11/2014 (R.G. Tarih-Sayı: 7/3/2015-29288); B.No: 2014/12002, 08/12/2016 (R.G. Tarih ve Sayı: 27/12/2016-29931); B.No: 2016/12506, 04/11/2019 (R.G. Tarih ve Sayı: 6/12/2019-30970); B.No: 2019/42695, 20/05/2021 (R.G. Tarih ve Sayı: 4/8/2021-31558).

<sup>91</sup> "*Adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin ihlal edilip edilmediği kural olarak yargılananın bütününe bakılarak tespit edilebilir. Kamu makamlarınca yargılama sürecinde tesis edilen/ika edilen ve adil yargılanma hakkına müdahale teşkil eden işlemlerin/eylemlerin yargılama süreci içinde telafi edilmesi mümkün olduğundan buna yönelik şikâyetler kural olarak yargılama sürecinin tamamlanmasından sonra incelenir. Öte yandan adil yargılanma hakkının bu özelliği dikkate alındığında bu hakka ilişkin sınırlandırmaların etkilerinin yine ihtilaf konusu yargılama sürecinin kendi içinde giderilebileceği anlaşılmaktadır."* B.No: 2019/42695, 20/05/2021 (R.G. Tarih ve Sayı: 4/8/2021-31558).

yete dayanak alınma düzeyidir. Bunun yüksek olması yargılamanın bütününe hukuka, adil yargılanma hakkına, hakkaniyete aykırı hâle getirebilir<sup>92</sup>. Söz konusu düzeyi belirleyecek olan da; bu beyanların yargılamada tek ya da belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığıdır<sup>93</sup>.

## SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanunu md. 147'de yer alan şüphelinin kolluk görevlilerince ifadesinin alınmasına ilişkin pozitif kuralların hepsi önemli olmakla birlikte, İsnadı Öğrenme Hakkı (CMK md. 147/1-b); Müdaafiden Yararlanma Hakkı (CMK md. 147/1-c); Susma Hakkı (Nemo Temetur Seipsum Accusare) (CMK md. 147/1-e; StPO md. 136/1) haklarına ilişkin kurallar şüphelinin savunma hakkıyla doğrudan ilgilidir.

Şüpheliye iddia konusu fiilin esasına ilişkin sorular sorulmadan önce kendisi isnat edilen suç hakkında bilgilendirmelidir. Bu yükümlülük, şüphelinin ifadesine başvurulduğu ya da yakalama vb gibi bir koruma tedbiriyle karşı karşıya kaldığı anda doğacaktır. Bildirim kapsamı, her somut olayda değişkenlik göstermekle birlikte onun hiçbir hukuki, fiili şüphe ya da hataya düşmesine meydan verilmeyecek herhangi bir şekilde yapılması gerekmektedir. Şüpheli müdafiden yararlanma hakkını kullanırken kolluğun yasak sorgu yöntemi teşkil eden soruları olmadığı sürece müdafinin kolluğun sorularına itiraz, şüpheliye sorulan sorulara doğrudan cevap vermek gibi müdahale yetkisi bulunmamaktadır. Yİ-GAY md. 23/d'de "*müdafîin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir.*" denilerek aslında müdafinin müdahalelerinin de yargısal denetime tabi ve hazır bulunma hakkının kapsam olarak sınırlarının olduğu dolaylı olarak hüküm altına alınmıştır. Susma hakkı, şüphelinin soruşturmaya ilişkin konularda kendisini ifade etme durumuyla ilgili bir özgürlük olup varlıkları onun iradesinden bağımsız olan nefes, kan, idrar ve doku örneklerinin sonuçları bu güvence kapsamında değildir.

Kolluğun söz konusu yükümlülüklerini ihlal ederek almış olduğu yazılı beyanların ne olacağı, 5271 sayılı CMK md. 147 ile StPO md.

<sup>92</sup> B.No: 2014/4704, 01/02/2018 (R.G. Tarih ve Sayı: 10/4/2018-30387).

<sup>93</sup> B.No: 2013/6183, 19/11/2014 (R.G. Tarih-Sayı: 7/3/2015-29288); B.No:2015/19012; 27/03/2019 (R.G. Tarih ve Sayı: 1/5/2019 - 307612015/19012).

136'da yer almamaktadır. Bu hususta doktrin ve yargı kararlarında da görüş birliği bulunmamaktadır. Hiçbir ayrıma gitmeksizin bu şekilde elde edilen beyanların ifade dolayısıyla da delil olamayacağını belirten görüşler ve yargı kararlarının yanı sıra belirli şartlar dahilinde yargılamaya dahil edilmesi gerektiği yönünde olanlar da bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi '*Nitelikli Hak Bildirimi*' (*Qualifizierte Belehrung*) kavramına dayanmaktadır. Bir diğer görüş ise Alman Yargıtayı tarafından geliştirilen '*İtiraz*' (*Widerspruchslösung*) yöntemine dayanmaktadır. Bu çözüm, genel olarak soruşturma aşamasında elde edilen delillerin usule aykırı olduğu gerekçesiyle yargılamada kullanılmamasına yönelik olarak sanık ya da müdafisi tarafından StPO md. 257'de belirtilen süreye de dikkat ederek itiraz edilmesini belirtmektedir. Belirtilen nitelikte usuli eksiklikler taşıyan ifadelerin yargılamaya dahil edilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin bir diğeri, '*Menfaatler dengelenmesi teorisi*' (*Abwägungstheorie*) etrafında şekillenmektedir. Buna göre, isnat edilen suçun ispatlanmasındaki kamusal menfaat ile haklarının öğretilmemesi nedeniyle onun savunma hakkına verilen zarar arasında yapılan menfaat-zarar tartımı sonucunda ispat daha ağırlık kazanırsa; bu şekilde elde edilen beyanlar, ifade olarak değerlendirilmelidir. Bu konuda ileri sürülen son bir görüş ise '*Küllü-bütünsel*' değerlendirmeye dayanmaktadır. Kolluğun ifade alma işlemi sırasında söz konusu hakların ihlal edilmesi, istinaf gibi kanun yolları dahil sonraki aşamalarda telafi edilebiliyor ve bu bir bütün olarak değerlendirildiğinde adil bir usulü işaret ediyorsa katı bir değerlendirme yasağı yoluna gidilmemelidir. Bu yaklaşım, AIHM ve buna atıfla Alman Yüksek Mahkemeleri ile Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımaktadır.

Gerek CMK gerekse StPO'nun konuya ilişkin sistematığı de *bütünsel* değerlendirmeye dayanmaktadır. Şöyle ki, 5271 sayılı CMK md. 148 ile StPO md. 136a'da, yine bu hükümlerde belirtilen yasak sorgu yöntemiyle elde edilen beyanların hukuksal değeriyle ilgili olarak "*delil olarak değerlendirilemez*" şeklinde kesin bir sonuca yer verilmişken kolluğun pozitif yükümlülüklerini ihlal ederek başka bir deyişle bilgilendirme

yapmadan ya da bildirimine konu hakları kullandırmadan almış olduğu beyanlarla ilişkin bir belirleme yer almamaktadır. Yasak sorgu yöntemlerinin insan onuruna ve savunma hakkına zarar verdiğine dair aksinin ispatı mümkün olmayan bir karine söz konusu iken pozitif hak ihlallerine ilişkin herhangi bir karine mevcut değildir. Bu konuda belirleyici olan, şüphelinin yukarıda belirtilen hakları konusunda bilgilendirilmemesi ya da bunların kullandırılmamasına dayalı yazılı beyanların bir Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere mahkûmiyete dayanak alınma düzeyidir. Bunun yüksek olması yargılamanın bütününe hukuka, adil yargılanma hakkına, hakkaniyete aykırı hâle getirebilir. Söz konusu düzeyi belirleyecek olan da; bu beyanların yargılamada tek ya da belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığıdır.

### KAYNAKÇA

- AMBOS, Kai: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6-", in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ed.: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 15-64.
- BOHLANDER, Michael, Principles of German Criminal Procedure, 2012
- BUCH, Erstes: Allgemeine Vorschriften, STRAFPROZESSORDNUNG
- DEMİRBAŞ, Timur: "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", Ceza Hukuku Dergisi, Sy. 4, 2007, s. 79-95.
- ESER, Albin: "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Die rechtliche Stellung des Angeklagten)", Yargıtay Dergisi, Sy.16, 1990, s. 313-338.
- FEYZİOĞLU, Metin: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sy. 55, 2009, s. 102-125.
- HERRMANN, Joachim: "Police Interrogation of The Suspect – A Power Play Germany – United States – People's Republic of China", Peking University Law Journal, Vol. 3, Issue 2, 2015, s. 339-360.
- HODGSON, Jacqueline: French Criminal Justice A Comparative Account of the Investigation and Prosecution of Crime in France, Oxford And Portland, Oregon, 2005
- GRABENWARTER, Christoph: "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6)", Çev.: Osman CAN, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ed.: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 181-245.

- GAU, J. Patrick: Die rechtswidrige Beweiserhebung nach § 136 a StPO als Verfahrenshindernis, Zugleich Ruhr-Universität Bochum Dissertation 2006,
- KARAKEHYA, Hakan: “Yargılama Sırasında Fiilin veya Fiilin Hukuki Niteliğinin Değişmesinin Ceza Muhakemesine Etkisi”, in: Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 1121-1146.
- KARAASLAN, Reşit: “Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği – İfade Almada Yasak Usul Olan “Aldatma” Örneği Üzerinden Bir İnceleme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Sy. 2, 2021, s. 555-621.
- KASİSKE, Peter: “Fern-, Fort- und Frühwirkung von Beweisverwertungsverboten im Strafprozess”, Juristische Ausbildung, Vol. 1, 2007, s. 16–25
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan: Müdafii, Seçkin Yayınevi. 3. Baskı, 2017
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 18. Baskı, İstanbul 2010
- LADEWIG, H. Meyer: “Adil Yargılanma Hakkı-II”, in: Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ed.: Yener ÜNVER, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 87-98.
- LEO, A. Richard: “From Coercion to Deception: the Changing Nature of Police Interrogation in America”, CCrime, Law and Social Change, Vol. 18, 1992, s. 35-59.
- LUCAS, Christian: “Beweisverwertung im Strafverfahren”, s. 1-7.
- MERAKLI, Serkan: “İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bunlara Aykırı Elde Edilen Beyanlar”, in: Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 1548-1632.
- PETERS, Anne (Çeviren: Koca, Mahmut): “ Adil Yargılanma Hakkı (m. 6.f.1 ve 2)”, Ünver, Yener (Editör), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 121-128.
- PLAGEMANN, Gottfried: “Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, Sy. 1-2, 2014, s. 157-189.
- ROGALL, Klaus (Çeviren: Duygun, Ahmet Mert): “Şüphelinin İlk Kez Sorgulanması”, Hukuk Köprüsü Dergisi, Sy. 9, 2015, s. 175-189.
- ROXIN, Claus. “İspat Hukukunun Esasları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sy. 8, 2005/2, s. 265-289.
- RÜPÜNG, Hinrich (Çeviren: Şahin, Cumhur): “Ceza Muhakemesinde İnsan Haklarının Korunması-Adil Bir Ceza Muhakemesinin Temel Şartları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sy. 1-2, 1994, s. 143-157.

- SCHROEDER, F. Christian: "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", in: Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s. 145-178.
- ŞAHİN, Cumhuriyet: "Sorgu Müessesine İlişkin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliklerinin Genel Bir Değerlendirmesi", in: Prof. Dr. Halil CİN Armağanı, 1995, s. 79-92 (Sorgu Mesessesesi)
- ŞAHİN, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005 (Şerh)
- TURHAN, Faruk/AKSAN, Murat: "Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, Sy. 2, 2020, s. 289-332.
- VOLBERT, Ranate/BAKER, Bianca: "İnvastigative İntenwievung of Suspects in Germany", in: International Developments and Practices in Investigative Interviewing and Interrogation, Vol. 2., Ed.: David WALSH, Gavin E OXBURGH, Allison D REDLİCH, Trond MYKLEBUST, 2015, s. 138-147.
- WEİGEND, Thomas/HOROVİTZ, Anat, "Human Dignity and Victims' Rights in the German and Israeli Criminal Process", Israel Law Review, Vol. 44, Issue. 1-2, 2011, s. 263 – 300.
- YENİSEY, Feridun/ OKTAR, Salih: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO), 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015
- YENİSEY, Feridun/BAŞER DOĞAN, Zehra/AKPEK, Ayça/BAYDAR, Burak/HAYIRLIOĞLU, Gözde Hare: "Ceza Muhakemesinde İfade Alma ve Mülakat" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 16, Sy. 199-200, 2021, s. 853-893.
- ZÖLLER, A. Mark: "Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, Sy. 1-2, 2014, s. 85-103.



# KAMU HUKUKU TÜZEL KİŞİLİĞİ KRİTERLERİ ÇERÇEVESİNDE: ‘DARÜLACEZE’

Dr. Mücahit GÜLŞEN\*

## ÖZET

Osmanlı Devleti’nde kamu hizmetleri ve özellikle sosyal hizmetler 19. yüzyıla kadar vakıflar tarafından yerine getirilmiştir. 19.yüzyılda Osmanlı Devleti’nin başkenti olan İstanbul çeşitli nedenlerle göç almış, nüfus ve buna paralel olarak da sosyal hizmete ihtiyaç duyan kişi sayısı artmıştır. Bu dönemde bu kişileri korumak ve bakımlarını sağlamak için açılan kurumlardan birisi Darülaceze’dir. Darülaceze Müessesesi, Sultan II. Abdülhamid döneminde 1986 yılında açılmış, 28.04.1916 tarihli ve 2511 sayılı dönemin Resmi Gazetesinde yayımlanan Darülaceze Nizamnamesi ile kurumsal kimlik kazanmıştır. Darülaceze, günümüzde Darülaceze Başkanlığı adıyla söz konusu Nizamname çerçevesinde faaliyetlerini yerine getirmektedir. Bu Nizamnamenin 1’inci maddesinde: “*Der-saadette doğrudan doğruya Dahiliye Nezaretine merbut ve müstakil bütçeye mâlik bir Darülaceze vardır.*” denilmekte olup, buna göre kendine ait bütçesi olan, İstanbul İlinde faaliyet gösteren ve doğrudan İçişleri Bakanlığına bağlı bir kurum olarak kurgulandığı anlaşılmaktadır.

Darülaceze, 08.07.2011 tarihli ve 27988 Resmi Gazete’de yayımlanan “Bazı Kuruluşların Bağlı ve İlgili Oldukları Bakanlıkların Değiştirilmesine Dair İşlem” ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir. 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı 3. Mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanan 703 sayılı KHK ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kapatılmış olup, görevlerini 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 65’inci maddesi ile 85’inci maddeleri arasında düzenlenen Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı yürütmektedir.

Darülaceze ilgili bir düzenleme, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve ekindeki cetvellerde, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili

---

\* Dr. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Hukuk Müşaviri, e-posta: mucahit.gulsen26@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0633-9745.

Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde bulunmamaktadır. Bu durumda, Darülaceze'nin kamu tüzel kişiliği yönünden incelemesinde Darülaceze Nizamnamesinin esas alınması gerekmektedir. Buna karşın Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyetine intikal eden bu kurumun hukuki statüsü belirlenirken Nizamnamenin yorumunda, yürürlükteki mevzuatın esas alınması zorunludur. Doktrinde Darülaceze'nin tüzel kişiliği ile çeşitli görüşler yer almakla birlikte Danıştay kararlarında Darülaceze, kamu tüzel kişisi olarak tanımlanmaktadır.

Bu çalışmada, Darülaceze'nin hukuki statüsü incelenerek, bu kurumun amacına ve yapısına en uygun modelin belirlenmesi için mevzuat düzenlemesi önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tüzel Kişilik, Kamu Hukuku, Kamu Kurumu, Kamu Hizmeti, Sosyal Hizmetler.

## **IN THE FRAMEWORK OF PUBLIC LAW LEGAL ENTITY CRITERIA: 'DARULACEZE'**

### **ABSTRACT**

In the Ottoman Empire, public services, especially social services, were provided by charitable foundations until the 19th century. Istanbul, being the capital, attracted migration for various reasons, leading to an increase in population and, consequently, individuals in need of social services. During this period, various institutions were established to protect and care for these individuals, and one such institution was Darülaceze. The Darülaceze Institution was opened in 1896, by Sultan Abdulhamid II, and it gained institutional identity with the Darülaceze Regulation enacted in the Official Gazette dated April 25, 1916, and numbered 2511. Darülaceze, which operates today under the name Darülaceze Presidency, carries out its activities within the framework of the Regulation. Article 1 of the Regulation states: "In the capital city, there is a Darülaceze directly subordinate to the Ministry of Interior, having its own independent budget." This indicates that it has its own budget, operates in Istanbul, and is directly structured under the Ministry of Interior.

By the decree enacted in the Official Gazette dated July 8, 2011, and numbered 27988, titled "Decree on Changing the Ministries to Which Some Institutions are Affiliated and Related," Darülaceze was affiliated with the Ministry of Fa-

mily and Social Policies. With the Presidential Decree numbered 703 published in the Official Gazette dated July 9, 2018, and numbered 30473, the Ministry of Family and Social Policies was closed, and its duties are now carried out by the Ministry of Family and Social Services, regulated between Articles 65 and 85 of Presidential Decree No. 1.

The regulation regarding Darülaceze is not found in the Law on Public Financial Management and Control No. 5018 and its annexed charts, in the Presidential Decree No. 1 on the Presidency Organization, and in the Presidential Decree No. 4 on the Organization of Institutions Attached to Ministries, Related Institutions, Associated Institutions, and Other Institutions. In this case, in the examination of Darülaceze's legal personality, the Darülaceze Regulation should be taken as the basis. However, in determining the legal status of this institution, which was transferred from the Ottoman Empire to the Republic of Türkiye, it is obligatory to base the interpretation of the Regulation on the current legislation. Although there are various opinions in doctrine regarding the legal personality of Darülaceze, in the decisions of the Council of State, Darülaceze is defined as a public legal entity.

This study aims to examine the legal status of Darülaceze and propose legislative regulations to determine the most suitable model for the purpose and structure of Darülaceze.

**Key Words:** Legal Entity, Public Law, Public Institution, Public Service, Social Services.

## GİRİŞ

Osmanlı Devleti için 19. yüzyıl, modernist dünya görüşünün etkisi ile gerçekleştirilen idari reformlar nedeniyle önceki dönemlerden büyük farklılıklar taşımaktadır. Bu döneme kadar genel olarak vakıflar tarafından yerine getirilen bazı kamu hizmetlerinin, kesintisiz bir şekilde sunulması için yeni kurumların kurulması ihtiyacı doğmuştur<sup>1</sup>.

19.yüzyılda başta toprak kayıplarının etkisiyle yaşanan göçler nedeniyle Devletin başkenti olan İstanbul'da nüfus ve buna paralel olarak da sosyal hizmete ihtiyaç duyan kişilerin sayısı hızla artmıştır. Bu dönemde

---

<sup>1</sup> **ORTAYLI**, İlber, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 4.Baskı, Ankara, 2012, s. 467. **AYDIN**, M.Akif, Türk Hukuk Tarihi, 3.Baskı, İstanbul, 1999, s.421.

bu kişileri korumak ve bakımlarını sağlamak için çeşitli kurumlar açılmaya başlamış olup, bunlardan birisi de Darülaceze'dir<sup>2</sup>.

Dâr kelimesi, ev, bina anlamına gelmekteyken; aceze kelimesi, düşkünler, hayatını idame ettirmeye gücü yetmeyenler anlamına gelmektedir. Buradan hareketle "Darülaceze" ifadesi, "yoksul ve çalışıp kazanma kabiliyetinden mahrum kişilerin barındırıldıkları içtimai yardım müessesesi" olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>.

İlk başlarda dilencilikle mücadele amaçlanmış olsa da Darülaceze, kimsesiz çocuklara, yaşlılara, engellilere ve hastalara bakım ve koruma hizmeti veren bir kurum olarak faaliyetine başlamıştır<sup>4</sup>.

Darülaceze Müessesesi, Sultan II. Abdülhamid döneminde resmi olarak 02.02.1896 tarihinde açılmış, 25.04.1916 tarihli Darülaceze Nizamnamesi (Nizamname) ile kurumsal kimlik kazanmıştır<sup>5</sup>. Kısa süreli olarak başka kurumlara bağlansa da 15.10.1924 tarih ve 979 sayılı Kararname ile Darülaceze, İstanbul Şehremanetine (Belediye'ye) devredilmiştir<sup>6</sup>. Darülaceze, 1924 yılından 1999 yılına kadar İstanbul Büyükşehir Belediyesine bağlı olarak faaliyetlerine devam ettikten sonra Danıştay Kararına istinaden tekrar İçişleri Bakanlığına bağlanmıştır ve 31.08.2007 tarihine kadar İçişleri Bakanlığı tarafından yönetilmiştir<sup>7</sup>. Darülaceze Müessesesi, 30.08.2007 tarihli ve D-1-2007-544 sayılı Cumhurbaşkanlığı Tezkeresi ile bu kez Başbakanlığa bağlanmıştır<sup>8</sup>. Son olarak Darülaceze, 07.07.2011 tarihli Kuruluşların Bağlı ve İlgili Oldukları Bakanlıkların Değiştirilmesi

<sup>2</sup> **KARATAŞER**, Büşra, "Darülaceze'nin Kuruluş Gelir Giderleri Üzerine Bir Değerlendirme", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, C.15, S.2, 2020, s.794.

<sup>3</sup> **Türk Hukuk Kurumu**, Türk Hukuk Lugatı, 4.Baskı, Ankara, 1998, s.62.

<sup>4</sup> **NUHOĞLU**, H. Yavuz, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.8, İstanbul, 1993, s.512.

<sup>5</sup> Bu Nizamname, 28.04.1916 tarihli ve 2511 sayılı Takvimi- Vakayi'de (Osmanlı Devleti dönemi R.G.'de) yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?Mevzuat-No=22&MevzuatTur=2&MevzuatTertip=1>, Erişim Tarihi: 11.01.2024)

<sup>6</sup> **NUHOĞLU**, s.513.

<sup>7</sup> D.5.D., 04.10.2012, E.2012/7511, K.2012/5722, (<https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>8</sup> Bu Karar, 31.08.2007 tarihli ve 26629 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/08/20070831-1.htm>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

İle İlgili İşlem ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir<sup>9</sup>. “Darülaceze Müessese Müdürlüğü” günümüzde “Darülaceze Başkanlığı” adı ile faaliyetlerini yürütmektedir<sup>10</sup>. Bununla birlikte “Darülaceze Başkanlığı” adı ilk kez, 4706 sayılı Kanunun ek 4.maddesinde 18.01.2017 tarihli ve 6770 sayılı Kanunun 22.maddesiyle yapılan değişiklikle birlikte bir kanunda yer almıştır<sup>11</sup>.

Darülaceze, Nizamnamesinin yürürlükteki mevzuata aykırı olmayan hükümleri çerçevesinde hizmet vermektedir. Söz konusu Nizamname ile ilgili değerlendirme Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararında yer almaktadır. Bu Kararda: *“Osmanlı döneminde Padişah iradesi ile yürürlüğe konulan metinlerin kanun hükmünde olduğu, adı nizamname olmasına rağmen bugün yürürlükte bulunan ve kanun hükmünde olan hukuki metinleri bulunduğu, bu nedenle niteliği gereği kanun gücünde olan bu normların yine bir kanun ile hukuk aleminden kaldırılması ya da değiştirilmesinin mümkün olduğu, Darülaceze Nizamnamesini yürürlükten kaldıran bir kanun hükmü bulunmadığı...”* belirtilmektedir<sup>12</sup>.

Nizamnamenin 1’inci maddesinde: *“Dersaadette doğrudan doğruya Dahiliye Nezaretine merbut ve müstakil bütçeye mâlik bir Darülaceze vardır.”* denilmekte olup, buna göre Darülaceze’nin, kendine ait bütçesi olan, İstanbul’da faaliyet gösteren ve doğrudan İçişleri Bakanlığına bağlı bir kurum olarak kurgulandığı anlaşılmaktadır.

Günümüzde, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ve ekindeki cetveller<sup>13</sup>, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında

<sup>9</sup> Bu Karar, 08.07.2011 tarihli ve 27988 R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110708-1-1.htm>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>10</sup> Darülacezenin resmi internet sitesinde “Darülaceze Başkanlığı” adı kullanılmaktadır. (<https://www.darulaceze.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>11</sup> 6770 sayılı Kanun, 27.01.2017 tarihli ve 29961 Sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170127-1.htm>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>12</sup> Danıştay İDDK, 16.10.1998, E.1998/284, K.1998/361.

<sup>13</sup> 5018 sayılı Kanun, 24.12.2003 tarihli ve 25326 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5018&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 11.01.2024)

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>14</sup> ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>15</sup> gibi kamu kurumları ve kamu kurumlarının bütçeleri ile ilgili mevzuat incelendiğinde bunlarda, Darülaceze ilgili bir düzenlemenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, Darülaceze'nin kamu tüzel kişiliği yönünden incelemesinde Darülaceze Nizamnamesinin esas alınması gerekmektedir. Ancak, adı geçen Nizamnamedeki birçok hükmün yürürlükteki kanunlara aykırı olması nedeniyle zımnen mülga olduğu dikkate alındığında, Darülaceze'nin hukuki statüsünün tartışmalı olduğu söylenebilir.

Osmanlı Devleti'nin mali, siyasi, askeri yönden zor şartlar altında olduğu bir dönemde kurulan Darülaceze'nin sosyal devlet anlayışını yansıtmaktan modern anlamdaki ilk kurumlardan olması nedeniyle Darülacezenin hukuki statüsü ile ilgili tereddütlerin ortadan kaldırılması önem arz etmektedir<sup>16</sup>.

Bu çalışmada Darülaceze'nin faaliyet alanına, sunduğu hizmetlere de yer verilerek idari yargı kararları çerçevesinde Darülacezenin hukuki statüsü ele alınacak ve mevzuat önerisinde bulunulması amaçlanmaktadır.

## I. DARÜLACEZENİN YAPIMI VE HİZMETE GİRMESİ

1877-1878 Osmanlı-Rus savaşı, bilinen adıyla 93 harbi sonrasında Rumeli'den, Osmanlı Devletinin başkenti olan İstanbul'a yoğun bir göç yaşanmıştır. İstanbul'a göç eden bu kişiler arasında çok sayıda hasta, engelli, çocuk bulunması nedeniyle sokaklar, hastalar, engelliler, kimse-siz çocuklar ve dilencilerle dolmuştur. Bu durumla başa çıkmak ve bu

<sup>14</sup> 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/19.5.1.pdf>, Erişim Tarihi: 11.01.2024)

<sup>15</sup> 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/19.5.4.pdf>, Erişim Tarihi: 11.01.2024)

<sup>16</sup> **BIROL**, Nurettin, "II. Abdülhamid Dönemi Hayır Kurumlarından Darülaceze'nin Yapımı ve Halil Rifat Paşa'nın Çalışmaları", Akra Kültür Sanat ve Edebiyat Dergisi, C.5, S.13, 2017, s.50.

kişileri korumak amacıyla Sultan II. Abdülhamid 1890 yılında, bir kurum kurulmasına karar vermiştir<sup>17</sup>. Osmanlı Devleti'nde birçok kamu hizmeti 19.yüzyılın ortalarına kadar vakıflar aracılığıyla sunulmasına karşın, vakıfların kapasitesini aşan bu durumla başa çıkabilecek ve kesintisiz bir hizmet sunabilecek yeni bir kurum kurulmasına ihtiyaç duyulmuştur<sup>18</sup>.

II. Sultan Abülhamid (Hamidiye) döneminde karşılaşılan sorunların çözümüne dair konularda geniş içerikte ve ayrıntılı raporların ve tekliflerin hazırlanması bu dönemin ayırt edici özelliklerinden biridir<sup>19</sup>. Darülaceze'nin kurulmasına yönelik bu çalışmalar kapsamında, aynı dönemde dilencilik yaygın olduğu Paris, Londra ve Berlin gibi büyük Avrupa şehirlerindeki kurumlar incelenmiştir<sup>20</sup>.

1880 yılı sonrası, Osmanlı Devletinde yeni idari teşkilatlanmanın büyük ölçüde tamamlandığı, aynı zamanda dış alacaklıların Osmanlı mali sistemi üzerinde kontrolünün kurulduğu, Osmanlı tarihinin zorlu bir süreçten geçtiği devirdir. Osmanlı Devleti, yetkin devlet adamları tarafından yapılacak idarî reformu bu zor durumdan çıkış yolu olarak görmüştür. Bunun için Sultan II. Abdülhamid devri; Yıldız Sarayı ve Babıâli'nin merkeziyetçi kontrolü ve idarî mevzuatı buna göre düzenledikleri bir dönemin başlangıcıdır. Bu dönemin örnek yapılanması ise Dâhiliye Nezaretidir<sup>21</sup>. Bu çerçevede Darülacezenin, Dâhiliye Nezaretine (İçişleri Bakanlığına) bağlı bir kurum olarak kurulması planlanmıştır.

Darülaceze'nin yapım işi İçişleri Bakanlığına verilmiş, yürütülen çalışmalar neticesinde Darülaceze inşaatı için yaklaşık maliyet 51.450 altın lira olarak tespit edilmiş ve bu kurumun 52 dönümlük bir arsaya yapılabileceği belirlenmiştir. Kağıthane köylüleri ihtiyaç duyulan 15 dönümlük arsayı bağışlamış, geri kalan 37 dönümlük arsanın mirasçılarından bir kısmı hissesini bağışlamış bir kısmına da kamulaştırma bedeli Sultan

<sup>17</sup> BİROL, s.34.

<sup>18</sup> AYDIN, s.421.

<sup>19</sup> ORTAYLI, s.515.

<sup>20</sup> BİROL, s.36.

<sup>21</sup> ORTAYLI, s.521.

II. Abdülhamid tarafından kendi malvarlığından ödenmiştir. İhtiyaç duyulan arsanın temin edilmesi akabinde yapılan ihale sonucunda, Vasilaki Efendi ile 02.11.1892 tarihinde yapım sözleşmesi imzalanmıştır. Darülacezenin inşaatı 10.07.1894 tarihinde, İzmit Körfezi'nde meydana gelen 7.0 şiddetindeki deprem nedeniyle bir süre durmuş olsa da yapılan bağışlar sayesinde inşaat tamamlanmış ve 02.02.1896 tarihinde resmi açılış yapılmıştır<sup>22</sup>.

Darülaceze, idare binası, erkekler için iki, kadınlar için iki olmak üzere dört bina, 200 yataklı bir hastane, bir yetimhane, bir çamaşırhane, bir hamam, el sanatları ile ilgili imalathaneler, fırın, cami, kilise ve havradan oluşan bir kampüs olarak hizmet vermeye başlamıştır. Darülaceze'ye ilk olarak, 1877-78 Osmanlı-Rus Savaşı sonrası İstanbul'a göç eden ve kalacak yeri olmayan 150 kadın yerleştirilmiştir<sup>23</sup>.

## II. DARÜLACEZE İLE KAMU KURUMLARI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Darülaceze, 1896 yılında Dahiliye Nezareti'ne (İçişleri Bakanlığına) bağlı olarak kurulmuştur. Daha sonra 1908 yılında İstanbul Belediyesine ve oradan da 1910 yılında Müessesat-ı Sıhhiyye Müdüriyeti'ne bağlanmıştır. Bu kurumun kaldırılması üzerine tekrar Dahiliye Nezareti'ne bağlanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ilk yıllarında Sıhhiye ve Muavenet-i İctimaiye Vekaleti (Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı)'ne bağlansa da 15.10.1924 tarih ve 979 Sayılı Kararname ile Darülaceze, Şehremanetine (İstanbul Belediyesine) devredilmiştir<sup>24</sup>. Darülaceze, 08.03.1999 tarihine kadar İstanbul Büyükşehir Belediyesine bağlı kalmıştır. Danıştay'ın 16.10.1998 tarihli Kararı üzerine tekrar İçişleri Bakanlığına bağlanmış ve 31.08.2007 tarihine kadar İçişleri Bakanlığına bağlı kalmıştır<sup>25</sup>.

Darülaceze Müessesesi Müdürlüğü, 31.08.2007 tarihli ve 26629 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 30.08.2007 tarihli ve D-1-2007-544 sayılı

<sup>22</sup> BİROL, s.39.

<sup>23</sup> NUHOĞLU, s.513.

<sup>24</sup> NUHOĞLU, s.513.

<sup>25</sup> DİDDK, 16.10.1998, E.1998/284, K.1998/361.



Cumhurbaşkanlığı Tezkeresi ile Başbakanlığa bağlanmıştır. Son olarak da 08.07.2011 tarihli ve 27988 Resmi Gazete’de yayımlanan “Kuruluşların Bağlı ve İlgili Oldukları Bakanlıkların Değiştirilmesi İle İlgili İşlem” ile Darülaceze, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir<sup>26</sup>.

02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>27</sup> ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı kapatılmış olup, Bakanlığın görevlerini günümüzde, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 65’inci maddesi ile 85’inci maddeleri arasında düzenlenen Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı yürütmektedir<sup>28</sup>.

Nizamname’nin 1’inci maddesinde Darülaceze’nin İçişleri Bakanlığı ile arasındaki hukuki ilişki “merbut” kelimesi ile ifade edilmiştir. Merbut kelimesi, günümüz Türkçesine “bağlı” olarak tercüme edilse de idare hukukundaki “bağlı kuruluş” terimi ile aynı anlama gelmemektedir<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> 07.07.2011 tarihli ve B.01.0.KKB.01-08/D-1-507 sayılı Cumhurbaşkanlığı Onayında: “Başbakanlık ve bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşların; ekli listede gösterildiği şekilde, karşılıklarında belirtilen bakanlıklarla ilişkilendirilmesi, 27/4/1984 tarihli ve 3046 sayılı Kanuna 3/6/2011 tarihli ve 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen 19/A maddesi uyarınca uygun görülmüştür.” denilmektedir. Bu Onayın ekindeki listede 24 kurum, bakanlıklarla ilişkilendirilmiş, listenin 24.sirasında ise Darülaceze Müessesesi Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110708-1-1-1.pdf>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>27</sup> Bu KHK, 09.07.2018 tarihli ve 30473 sayılı 3. Mükerrer R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709M3-1.pdf>, Erişim Tarihi: 11.01.2024)

<sup>28</sup> 10.07.2018 tarihli ve 304741 sayılı R.G.’de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 65.maddesi ile ilk olarak Çalışma, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı kurulmuş, sonrasında 04.08.2018 tarihli ve 30499 sayılı R.G.’de yayımlanan 15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 1 inci maddesiyle, Bakanlığın adı Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. Son olarak da 21.04.2021 tarihli ve 31461 sayılı R.G. de yayımlanan 73 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 3.maddesiyle Bakanlığın adı, “Aile Sosyal Hizmetler Bakanlığı” yapılmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/19.5.1.pdf>, Erişim Tarihi: 11.01.2024)

<sup>29</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, (<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

Bu sebeple, Darülaceze'nin, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile hukuki ilişkisi tartışmalıdır.

Bakanlıklara bağlı kuruluşlar, mülga 3056 sayılı Kanun'un 10.maddesine göre "*bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar*"dır. Buna göre kurumların bakanlıklarla ilişkilendirilmesi, bakanlığın sunduğu kamu hizmeti esas anılarak yapılmaktadır<sup>30</sup>. Diğer bir özellik de bağlı kuruluşun bütçe tipinin genel bütçeli ya da özel bütçeli olmasıdır.

4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer alan bağlı kuruluşların incelenmesi neticesinde bağlı kuruluşlar için ortak bir tanım yapmak son derece güçtür. Yine de bu Kararnamede düzenlenen tüm kuruluşların kamu tüzel kişisi olduğu anlaşılmaktadır<sup>31</sup>.

Bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar hakkında 1 sayılı CBK'nın 524'üncü maddesinde "*Bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlar kendi kanunları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerindeki hükümlere tabidir*" hükmüne yer verilmiştir. Bu sebeple, bir kuruluşun hukuki statüsü, kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadığı, bütçesinin türü, bakanlıkların bu kuruluşlar üzerindeki yetkileri Cumhurbaşkanlığı karar-nameleri ve varsa kendi özel kanunundaki düzenlemeler esas alınarak belirlenmektedir.

Darülaceze'nin Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile arasındaki ilişki her iki kurumun da sosyal hizmet alanında kamu hizmeti sunması nedeniyle "*bakanlığın hizmet ve görev alanına girme*" kriterini sağlamaktadır. Bu nedenle bağlı kuruluş olma şartının bir tanesini sağlamıştır. Darülaceze'nin bütçesi ise 5018 sayılı Kanunda tanımlı bütçe türleri içerisinde

<sup>30</sup> ŞAKAR, Ceren, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.3, 2023, s.472.

<sup>31</sup> ŞAKAR, s.476.

yer almamakta, kamu yararına faaliyet gösteren bir derneğe benzer şekilde (bağışlar ve kira gelirleri gibi) kendi gelirleri ve (Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek gelirler dahil<sup>32</sup>) Devlet yardımları çerçevesinde oluşturulan özerk bir bütçedir<sup>33</sup>. Darülacezenin bütçesi, Nizamnamenin 1.maddesine göre "müstakil"dir ve 22.maddesine göre Bakanlığın onayı ile uygulanmaktadır. Müstakil kelimesi de "bağımsız" anlamına gelmekte olup, bu kelimenin 5018 sayılı Kanunda, bütçe türü açısından bir karşılığı bulunmamaktadır<sup>34</sup>.

Nizamnamenin 10. maddesine göre Darülaceze'nin karar organı İdare Heyetidir. Nizamnamenin 11. maddesine göre, Darülacezenin bütçesinin incelenmesi ve onaylanarak Bakanlığa sunulması, gelirlerin artırılması ve hizmetlerin genişletilmesi ve Nizamnamede değişiklik teklifi yapılması gibi her türlü önemli kararı en az yedi üyeden oluşan İdare Heyeti alabilmektedir. Günümüzde İdare Heyeti, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanı Başkanlığında, Darülaceze Müdürü (Başkanı) ve 16 üyeden oluşmaktadır<sup>35</sup>. Nizamnamenin 3. maddesine göre de Darülaceze Başkanı ve Başhekim Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanının teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Buna ek olarak, doktor, eczacı, veznedar, sayman, muhasebeci, başkâtip Bakan tarafından atanmaktadır. Bu durumda Bakanlığın, Darülaceze üzerinde hiyerarşik bir denetimi olduğu görülmektedir<sup>36</sup>.

Genel olarak Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile Darülaceze arasındaki hukuki ilişkiye dair mevzuat hükümleri bu bölümde açıklanmış olmakla birlikte, Darülaceze ile ilgili diğer düzenlemeler ve yargı karar-

<sup>32</sup> Nizamnamenin 23.maddesinin 2.fıkrası, 703 sayılı KHK'nin 108 inci maddesiyle "Menabi-i mezkûreden başka Cumhurbaşkanının takdir ve tayin edeceği cihitlerden dahi Darülaceze'ye varidat temin edilir." şeklinde değiştirilmiştir.

<sup>33</sup> 5018 sayılı Kanunun 3.maddesine göre idareler: merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerdir.

<sup>34</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, (<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>35</sup> Darülaceze Başkanlığı teşkilat şeması, (<https://www.darulaceze.gov.tr/kurumsal/#sema>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>36</sup> İBİR, K. Begüm, Kamu Tüzel Kişiliği, Ankara, 2017, s.580.

ları çerçevesinde Darülacezenin idari teşkilattaki konumu ve tüzel kişiliği devam eden bölümlerde ele alınacaktır.

### III. DARÜLACEZE İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Tanzimat döneminde özellikle 19.yüzyılın ortalarında Osmanlı devletinde kurumlar tarihi açısından köklü değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerden biri olarak ortaya çıkan Darülaceze ve Darülaceze Nizamnamesi esaslı bir değişikliğe uğramadan günümüze ulaşmıştır<sup>37</sup>. Geçen süreçte sadece Darülacezenin bağlı olduğu idareler değişmiş olmakla birlikte Darülacezenin hukuki statüsünü günümüze uyarlamak için yapılan çalışmalar sonuçsuz kalmıştır. Bu çalışmalardan en önemlisi İçişleri Bakanlığınca hazırlanan ve 02.03.2005 tarihinde TBMM'ye sunulan, "Darülaceze Müessesesi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı"dır. Bu Kanun Tasarısı, Plan ve Bütçe, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler ile İçişleri Komisyonlarında kabul edilse de yasalaşmamıştır<sup>38</sup>. Tasarının 1'inci maddesi şu şekildedir: *"Bu Kanunun amacı, İstanbul Büyükşehir Belediyesine bağlı, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz Darülaceze Müessesesi Genel Müdürlüğü'nün kurulması, teşkilatı, görev, yetki, sorumluluk ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir."*

Günümüzde kamu kurumları ile ilgili temel mevzuat olarak kabul edilen, Anayasa, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Darülaceze ile ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, bazı kanunlarda doğrudan ya da dolaylı olarak Darülaceze'nin adı geçmektedir.

Örneğin, 1606 sayılı Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden, Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulmasına İlişkin Kanunun 1'inci

<sup>37</sup> AYDIN, s.421.

<sup>38</sup> TBMM, Darülaceze Müessesesi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı ile 1/988 sayılı Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler ile İçişleri Komisyonları Raporları, (<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y3/T1/Dosya-KomisyonRaporunuVerdi/bd2ca8ae-a85d-442b-a296-47295e2b93f5.htm>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

maddesinde: “Türkiye Kızılay Derneği, Türk Hava Kurumu, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Türkiye Yardım Sevenler Derneği ve resmi darülaceze kurumları ile Darüşşafaka Cemiyeti ve Yeşilay Derneği kendilerine terettüp eden vergi, harç ve resim mükellefiyetinin kurumlara ait olduğu hallerde bütün vergilerden, harçlardan, resimlerden, hisse ve fonlardan muaftır.” denilmektedir. Bu kanunda “resmi darülaceze kurumları”<sup>39</sup> ifadesi geçmektedir. Bu maddedeki “resmi darülaceze kurumları”<sup>39</sup> ifadesiyle Darülaceze’ye mali muafiyet tanınmıştır. Mali ayrıcalıklar, kamu tüzel kişiliği kriterleri arasındadır ve bu açıdan kamu tüzel kişiliği ile ilgili bir kriterin daha sağlanmışır<sup>40</sup>. Ancak Kanun metninden görüldüğü üzere, bu muafiyet bazı derneklere de tanınmıştır.

Bir diğer örnek 13.06.2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunudur. Bu Kanunun 4.maddesinin 1.fikrasının “c” bendi uyarınca: “Kamu idare ve kuruluşları tarafından sosyal amaçlarla işletilen şefkat, rehin ve yardım sandıkları, sosyal yardım kurumları, yoksul aşevleri, ceza ve infaz kurumları ile tutukevlerine ait işyurtları, darülaceze atölyeleri, öğrenci yurtları, pansiyonları ve benzeri kuruluşlar” kurumlar vergisinden muaftır<sup>41</sup>. Bu kapsamda, “darülaceze atölyeleri” de kurumlar vergisinden muaf tutulmuştur.

Son örnek ise 29.06.2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanundur. Bu Kanunun ek 4.maddesinde: “Türkiye Kızılay Derneği, Türkiye Yeşilay Cemiyeti ve Türkiye Yeşilay Vakfı

<sup>39</sup> Darülacezenin İstanbul Belediyesine bağlı olduğu (1925-1999) dönem sonunda, İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından da Darülaceze isimli bir sosyal hizmet kuruluşu kurulmuştur. Günümüzde “İstanbul Darülaceze Müdürlüğü” adı altında, İstanbul Büyükşehir Belediyesinin bir birimi olarak faaliyet göstermektedir. <https://www.ibb.istanbul/istanbul-darulaceze-sube-mudurlugu#gorevler>, Erişim Tarihi: 13.01.2024)

<sup>40</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016, s.384.

<sup>41</sup> 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 21.06.2006 tarihli ve 26205 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5520&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

ile Darülaceze Başkanlığı, Darüşşafaka Cemiyeti ve Türk Hava Kurumu tarafından kuruluş amaçlarına uygun olarak kullanılmak üzere ihtiyaç duyulan mülkiyeti Hazineye kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar üzerinde adı geçen Dernek, Vakıf, Başkanlık, Cemiyetler ve Kurum lehine kırk dokuz yıl süre ile bedelsiz irtifak hakkı tesis edilebilir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler üzerinde ise bunlar adına bedelsiz kullanma izni verilebilir. Bunlardan ayrıca hasılat payı alınmaz.” Bu maddeye göre Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait taşınmazlarda Darülaceze Başkanlığı lehine bedelsiz kullanma izni, 49 yıllığına bedelsiz irtifak tesisi ve hasılat payı alınmaz. Bu maddenin 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanununun 15.maddesi ile düzenlenen ilk halinde<sup>42</sup>, “Türkiye Kızılay Derneği, Türkiye Yeşilay Cemiyeti ve Türkiye Yeşilay Vakfı” yer alırken, 18.01.2017 tarihli, 6770 sayılı Kanununun 22. maddesiyle bu maddeye “Darülaceze Başkanlığı, Darüşşafaka Cemiyeti ve Türk Hava Kurumu” eklenmiştir<sup>43</sup>. Böylelikle, ilk kez bir kanunda Darülaceze için “Darülaceze Başkanlığı” ifadesi kullanılmıştır.

#### IV. KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİ KRİTERLERİ VE DARÜLACEZE

Kişilik kavramı, hak ve yükümlülük sahibi olabilme yetkisi ile yakından ilgilidir ve gerçek kişi olarak tanımlanan insana özgü bir kavramdır. Bunun yanında, insanların ortak meşru çıkarlarını koruma ve bu çıkarlar doğrultusunda hareket etme amacına yönelik olarak bir araya gelen insan topluluklarına ya da bir araya getirilen mal varlığına tanınan kişilik, tüzel kişilik olarak adlandırılır. İnsanların bir araya gelmesi ile oluşan tüzel kişiye dernek, mal varlığının bir amaca özgülenmesi ile oluşan tüzel kişiye vakıf örnek verilebilir. Tüzel kişiler, tabi oldukları hukuki rejim açısından özel hukuk tüzel kişisi ve kamu hukuku tüzel kişisi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>44</sup>.

Özel hukuk tüzel kişileri, kurucularının iradesi ile kurulmakla birlikte kanunlara aykırı olmamak kaydıyla serbestçe faaliyet alanı belirleyebilmek-

<sup>42</sup> 4706 sayılı Kanununun ek 4.maddesi, 15.04.2015 tarihli ve 29327 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150415-1.htm>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>43</sup> 6770 sayılı Kanun, 27.01.2017 tarihli ve 29961 Sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170127-1.htm>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>44</sup> **ATAY**, E.Ender, İdare Hukuku, 6.Baskı, Ankara, 2018, s.186.

tedirler. Özel hukukta kişilik kavramı, gerçek kişiler ve tüzel kişiler olmak üzere ele alınırken; kamu hukukunda kişilik kavramından sadece tüzel kişiler anlaşılır<sup>45</sup>.

Tüzel kişi, iradesini açıklamaya yetkili organlar tarafından hak kazanabilir veya yükümlülük altına girebilir. Anayasanın 123’üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre: “*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*” Bir tüzel kişinin, kamu tüzel kişiliğine sahip olabilmesi için, kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmuş olması yanında, kamu gücü denilen özel hukuku aşan üstün yetkilerle donatılmış olması gerekmektedir<sup>46</sup>.

İdare hukukunda tüzel kişiler, Devlet tüzel kişiliği altında ya da ayrı olarak kamu tüzel kişiliği olarak faaliyet gösterirler<sup>47</sup>. Özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak sadece kamu yararına hareket edebilen kamu tüzel kişileri bu nedenle özel hukuk tüzel kişilerinden farklı yetki ve ayrıcalıklara sahiptirler. Bu yetki ve ayrıcalıkların bazıları şunlardır: Kamu tüzel kişileri, kamu gücü kullanma yetkisi ile donatılmışlardır ve bu sayede idari işlemler ve eylemler yapabilirler. Tek yanlı irade açıklamaları ile muhataplarının hukuki durumlarında değişiklik yapabilirler ve bunları re’sen icra edebilirler. Yaptıkları idari işlemler hukuka uygunluk karnesinden yararlanır. Gelirleri, kamu geliri sayılır ve muhasebe işlemleri özel kanunlarla düzenlenir. Malvarlıkları kamu malı statüsünde olup özel olarak korunur. Vergi, istisna ve muafiyet gibi ayrıcalıklardan yararlanırlar<sup>48</sup>.

Kamu tüzel kişiliği ile ilgili kriterlerden kısaca bahsettikten sonra Nizamnamedeki hükümler ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekirse Darülaceze, Aile ve Sosyal Hizmet Bakanlığı ile ilişkilidir. Nizamnamenin 1.maddesinde geçen “müstakil bütçeye ma-

<sup>45</sup> ATAY, s.187.

<sup>46</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2023, s.240.

<sup>47</sup> İSBİR, s. 356.

<sup>48</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.245, 246.

lik" ifadesi, Darülacezenin tüzel kişiliğinin olduğu, diğer bir ifade ile kendi adına hak ve menfaat elde edebildiği gibi yükümlülük altına girebildiği anlamına gelmektedir. Bundan dolayı, taşınmazları Darülaceze adına tapuda tescil edilmektedir<sup>49</sup>. Ancak buradaki "müstakil bütçe" kavramının, kamu bütçe sisteminin düzenlendiği 5018 sayılı Kanun'da karşılığı bulunmadığının altını çizmemiz gerekmektedir. Bununla birlikte Nizamnamenin 22.maddesinde, Darülacezenin bütçesinin daimi heyetçe hazırlanacağı ve İdare Heyeti tarafından kabul edilmesi akabinde Bakanlığa onaya sunulacağı şekilde bütçe süreci düzenlenmiştir. Bu çerçevede Darülaceze bütçesinin bağımsız bütçe olmasına karşın, kamu kurumlarına has bir bütçe olmadığı, bir özel hukuk tüzel kişisi bütçesi gibi, yetkili organları tarafından hazırlanan ve kabul edilen bir belge olduğu anlaşılmaktadır<sup>50</sup>.

Darülaceze'nin personeli açısından ise bir düzenleme yapılmak yerine Nizamnamenin 5.maddesi ile ödül ve ceza konuları ile sınırlı olmak üzere İçişleri Bakanlığı memurlarının tabi olduğu mevzuatın uygulanacağı yönünde bir atıf yapılmıştır. Günümüzde ise kamu kurumlarının personel kadro rejimini düzenleyen önemli iki mevzuat vardır: Birincisi 13.12.1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamedir ki Darülaceze bu KHK'nın kapsamında değildir. Çünkü KHK'nın 2.maddesine göre 5018 sayılı Kanunda düzenlenen idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla kurulan, fonlar ve kefalet sandıkları ve özel kanunla kurulan kuruluş ve teşekküller ve hizmetlerini genel bütçenin transfer tertiplerinden aldıkları ödeneklerle yürüten kamu kurum ve kuruluşları, 190 sayılı KHK

<sup>49</sup> Darülaceze Başkanlığının 43 taşınmazını ihale ile satacağına ilişkin ilanda: "2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 45' inci maddesi hükümlerine göre açık teklif usulü ile Dârülaceze Başkanlığı Çok Amaçlı Salonunda 8 Eylül 2020 tarihinde saat 14.00'te liste sırasına göre ayrı ayrı yapılacak." denilmektedir. satılacak.<https://www.ilan.gov.tr/manset/587/darulaceze-baskanligindan-satilik-gayrimenkuller>, Erişim tarihi: 02.02.2024) Bir diğer örnek ise 14.11.2023 tarihli Darülaceze tarafından taşınmazlarının kiralanmasına ilişkin ilandır. <https://www.darulaceze.gov.tr/guncel/haberler/tc-darulaceze-baskanligindan-gayrimenkul-kiralama-ihalesi-1/> Erişim tarihi: 02.02.2024).

<sup>50</sup> 5018 sayılı Kanunun 3.maddesinin "f" bendinde bütçe: "Belirli bir dönemdeki gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanmasına ilişkin hususları gösteren ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan belge" olarak tanımlanmıştır.



kapsamındadır<sup>51</sup>. Darülaceze kapsam maddesinde sayılan kurumlar arasında yer almamaktadır. 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 190 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış, ancak 703 sayılı KHK’nın geçici 9.maddesi uyarınca 190 sayılı KHK ile belirlenen kadro ve pozisyonlar geçerliliğini korumaktadır.

Günümüzde geçerli olan 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>52</sup> incelendiğinde, Darülaceze açısından değişen bir şeyin olmadığı anlaşılmaktadır. Bu Kararnamenin 2.maddesine göre, 2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi: *“10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanır.”* Darülaceze, 5018 sayılı Kanun’da yer almamakta ve kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmadığı için 2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında değildir<sup>53</sup>. Bunlara ek olarak genel olarak kamu personelini düzenleyen 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde kararnamede de Darülaceze ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır<sup>54</sup>.

Genel kadro ve usulü ile ilgili mevzuatta Darülaceze ve personeli ilgili hüküm yer almaması yanında Nizamnamenin 7.maddesinde, Darüla-

<sup>51</sup> 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname,14.12.1983 tarihli ve 18251 (mükerrer) sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=190&MevzuatTur=4&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 01.02.2024)

<sup>52</sup> 2 sayılı CBK, 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2&MevzuatTur=19&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 01.02.2024)

<sup>53</sup> Buna karşın, DİDDK, 16.10.1998, E.1998/284, K.1998/361 sayılı Kararına göre Darülaceze Nizamnamesi, kanun hükmündedir.

<sup>54</sup> 375 sayılı KHK, 30.06.1989 tarihli ve 20211 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=375&MevzuatTur=4&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 01.02.2024). 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 23.07.1965 tarihli ve 12056 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=657&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 01.02.2024).

ceze muhasebecisi ile veznedarı kiler, depo ve satın alma memurları kefalet tabi tutulmuştur. Ancak şunu belirtelim ki 02.06.1934 tarihli ve 2489 sayılı Kefalet Kanununun 2.maddesine göre sadece 5018 sayılı Kanunun eki I ve II sayılı cetvellerde düzenlenen idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli idarelerin memurları kefalet tabi olmaktadır<sup>55</sup>. Dolayısıyla, Nizamnamenin bu hükmü de günümüzde geçerli değildir.

Bir önceki bölümde açıklandığı üzere 1606 sayılı Kanun ile mali yükümlülüklerden muafiyet, 5520 sayılı Kanun ile kurumlar vergisinden muafiyet, 4706 sayılı Kanun ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlardan bedelsiz yararlanma ayrıcalığı tanınmıştır. Ancak bu muafiyet ve ayrıcalıklar kamu tüzel kişiliği kriterleri arasında yer alsa da adı geçen kanunlar ile bazı vakıf ve derneklere de aynı haklar verilmiştir.

Yine önceki bölümlerde bahsedildiği üzere, idari bağlılık açısından Darülaceze, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlıdır. Bu duruma Nizamnamenin 1. maddesi dışındaki maddelerde de dikkat edilmiştir. Örneğin, Nizamnamenin 6. maddesine göre “*Darülacezenin bütün iş ve mamullerinden dolayı müdür ve başhekim*” Bakanlığa karşı sorumludur. Darülaceze’nin karar organı İdare Heyetinin Başkanının Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanı olması; Darülacezenin bütçesinin, Bakanlıkça onaylanması, Darülaceze’deki doktor, eczacı, veznedar, sayman, muhasebeci ve başkâtibin Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanı tarafından atanması, Darülaceze Başkanı ile başhekimin ise atama teklifinin Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanı tarafından yapılması gibi hususlar dikkate alındığında Darülacezenin Bakanlıktan ayrı bir tüzel kişiliği olmadığı sonucu çıkartılabilmektedir<sup>56</sup>.

1924-1999 arası 75 yıllık süredir kendisine bağlı olan Darülaceze ile ilgili olarak İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Darülaceze kampüsü içerisinde bu-

<sup>55</sup> 2489 sayılı Kefalet Kanunu, 02.06.1934 tarihli ve 2720 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. Kanunun kapsamını düzenleyen 92. madde ise 25.06.2009 tarihli ve 5917 sayılı Kanunun 4.maddesi ile değiştirilmiş ve günümüzdeki halini almıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2489&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>, Erişim Tarihi: 01.02.2024)

<sup>56</sup> **İSBİR**, s.580’de yazar, Darülacezenin, Bakanlıktan ayrı bir tüzel kişiliği olmadığı görüşündedir.

lunan Darülaceze Vakfı<sup>57</sup> merkezinin tahliyesini talep etmesiyle Darülacezenin hukuki statüsü, idari yargı tarafından ele alınmıştır. Tahliye talebi işleminin iptali için açılan davada İstanbul 4.İdare Mahkemesi, Nizamnamenin kanun hükmünde olduğu, Darülacezenin İçişleri Bakanlığına bağlı olduğu ve tahliye yetkisinin İçişleri Bakanlığına ait olduğu İstanbul Büyükşehir Belediyesinin yetkisiz olduğu, gerekçeleriyle işlemin iptaline karar vermiştir. Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay 8.Dairesi, 19.11.1996 tarihli ve E.1996/1535, K. 1996/3262 sayılı Kararıyla bozulması karşısında İstanbul 4.İdare Mahkemesi kararında ısrar etmiş ve uyuşmazlık Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna (İDDK) taşınmıştır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 16.10.1998 tarihli Kararı ile İstanbul 4.İdare Mahkemesi Kararının onanmasına karar vermiştir<sup>58</sup>.

Danıştay İDDK, Darülacezenin tüzel kişiliği ile ilgili olarak; *“Müessese müdürlüğünün özel bütçeye sahip olması kendine has organlarının varlığı ve bu organlar aracılığıyla karar alıp hukuki işlemler yapması ve personelinin hukuki statüsü dikkate alındığında tüzel kişiliğe sahip bir kurum olması nedeniyle Darülaceze müessesinin mahkeme tarafından hasım mevkiine alınarak karar verilmesi gerekirken dosyanın İçişleri Bakanlığına husumetiyle tekemmül ettirilmesi suretiyle karar verilmesinde usul hükümlerinde uyarlık görülmediğinden karar bozularak yeniden karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmiştir.”* şeklindeki kararıyla Darülacezenin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğuna karar vermiştir<sup>59</sup>. Bu karardan sonraki Danıştay Kararlarında ise Darülacezenin kamu tüzel kişiliği olduğu yönünde kararlar verildiği görülmektedir. Ancak, kamu tüzel kişiliği kriterleri açısından değerlendirildiğinde bu kararların kamu tüzel kişiliği ile ilgili idare hukuku esaslarına uygun olmadığı düşünülmektedir.

İncelenen Danıştay Kararları, uyuşmazlığın Bakanlıktan ayrı bir tüzel kişiliği olan Darülaceze husumetiyle görülmesi gerektiğini vurgulamak-

<sup>57</sup> Darülaceze Vakfı, 1991 yılında, Darülaceze Başkanlığı’na destek olmak amacıyla kurulan bir vakıftır. Günümüzde, Vakıf merkezi, İstanbul İli Kadıköy İlçesindedir. (<https://www.darulacezevakfi.org.tr/about/>, Erişim Tarihi: 10.12.2023).

<sup>58</sup> Danıştay İDDK, 16.10.1998, E.1998/284, K.1998/361.

<sup>59</sup> D.5.D., 04.10.2012, E.2012/7511, K.2012/5722, (<https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

tadır. Bu kararlarda Darülacezenin, Bakanlıktan ayrı bir tüzel kişiliği olduğu ve idari yargının görevli olduğu gerekçelendirilirken kamu tüzel kişiliği kriterlerinden bazılarına yer verilmiştir. Örneğin Danıştay 5.Dairesinin 04.10.2012 tarihli Kararında: “Müstakil bir bütçesinin olması, kendi adına taşınmaz mal tasarruf etmesi, hibe ve teberru kabul etme yetkisine sahip bulunması, kendine has organlarının varlığı ve bu organlar aracılığıyla karar alıp hukuki işlemler yapması ve personelinin hukuki statüsü dikkate alındığında, Darülaceze Müessesesinin tüzelkişiliğe sahip bir kamu kurumu olup, dava konusu işlemin kurulduğu tarihte İçişleri Bakanlığı’na, halen de Aile ve sosyal Politikalar Bakanlığı’na bağlı bulunmakla birlikte, organları vasıtasıyla doğrudan idari işlemler tesis edebilen bir kurumdur. Nitekim, davacı ve aynı konumda olanların sözleşmelerini de “işveren” sıfatıyla Müessese Müdürlüğü imzalamış; dava konusu uyuşmazlığın doğmasına neden olan işlem de müessese tarafından kurulmuştur. Bu durumda, dava konusu işlemin kurulma sürecindeki etkisi nedeniyle Darülaceze Müessesesi’nin Mahkeme tarafından hasım mevkii-ne alınarak karar verilmesi gerekirken, dosyanın İçişleri Bakanlığı’nın husumetiyle tekemmül ettirilmesi suretiyle karar verilmesinde usul hükümlerine uyarlık görülmemiştir.” denilmektedir<sup>60</sup>. Danıştay 12. Dairesinin 09.06.2015 tarihli Kararı da aynı içeriktedir<sup>61</sup>.

Sonraki tarihli Danıştay Kararlarında ise Darülacezenin tüzel kişiliği ele alınmamış, doğrudan uyuşmazlığın çözümüne ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır. Örneğin, Danıştay 13.Dairesinin, 08.11.2018 tarihli Kararına konu, ihale uyuşmazlığı Darülaceze Başkanlığı husumetiyle görmüştür<sup>62</sup>.

Darülacezenin muhatap olduğu kamu kurumları da zaman zaman Darülacezenin tüzel kişiliği hakkında ilgili kurum lehine olacak şekilde değerlendirme yapmıştır. Örneğin, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı’nın

<sup>60</sup> D.5.D., 04.10.2012, E.2012/7511, K.2012/5722, (<https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>61</sup> D.12.D., 09.06.2015, E.2013/5201, K.2015/3757. (Lexpera Bilgi Bankası, <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

<sup>62</sup> D.13D., 08.11.2018, E. 2018/3029, K. 2018/3119 sayılı Kararı. Aynı Yönde Karar: D.13.D., 22.11.2022, E.2020/2804, K.2022/4312. (<https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

28.05.2018 tarihli ve 504147 sayılı yazısında: “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı kamu tüzel kişiliğini haiz özel bütçeli bir kurum olduğu anlaşılan Darülaceze Başkanlığı tarafından alınan ihale kararlarının, Damga Vergisi Kanununa ekli (1) sayılı tablonun II/2 maddesine göre damga vergisine tabi tutulması gerekmektedir.” denilmektedir<sup>63</sup>.

Gerek Danıştay kararlarında gerekse İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı özelelerinde ortak bir yanlış vardır: Darülaceze “özel bütçeli” bir kurum değildir. Özel bütçe, 5018 sayılı Kanunun 12.maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre: “Özel bütçe, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir.” Daha önce de açıklandığı üzere Darülaceze bu tanıma uygun bir kurum değildir ve bu Kanunun ekindeki II sayılı cetvelde yer almamaktadır.

İdari yargının aksine Yargıtay, İSBİR<sup>64</sup> gibi, Darülacezenin Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığından ayrı bir tüzel kişiliği olmadığı kanaatinindedir. Yargıtay Kararında, Darülaceze Başkanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının bir birimi olarak kabul edilmiş ve “492 Sayılı Harçlar Kanunu’nun değişik 13. maddesinin j. bendi gereğince davalı ... Politikalar Bakanlığı Darülaceze Başkanlığı’ndan harç alınmasına yer olmadığına” karar verilmiştir<sup>65</sup>. Çünkü Harçlar Kanununun 13.maddesinin “j” bendi genel bütçeli idarelerin (5018 sayılı Kanunun eki I sayılı cetveldeki, Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği olmayan idarelerin) harçtan muaf olmasını düzenlemektedir.

Darülacezenin yerine getirdiği hizmetler açısından konu incelendiğinde günümüzde Darülacezede, çocuk, yaşlı, engelli bakımı ve bazı te-

<sup>63</sup> Bu yazı, Lexpera Bilgi Bankasından alınmıştır. (<https://www.lexpera.com.tr/resmigazete-disindaki-kaynak/metin/GIB801D20180528SB071GB-434180115512014230504147>, Erişim Tarihi: 02.02.2024).

<sup>64</sup> İSBİR, s.580’de yazar, Darülacezenin, Bakanlıktan ayrı bir tüzel kişiliği olmadığı görüşündedir.

<sup>65</sup> Y.1.H.D., 20.09.2021, E.2020/2673, K.2021/4389. Corpus Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı, ([www.corpus.com.tr](http://www.corpus.com.tr), Erişim Tarihi: 02.02.2024).

davi hizmetleri verildiği anlaşılmaktadır. Bu tür kamu hizmeti, sosyal hizmet olarak kabul edilmektedir. 24.05.1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 3.maddesine göre sosyal hizmetler: “Kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunluklarının giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına, sosyal sorunlarının önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olunmasını ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesini amaçlayan sistemli ve programlı hizmetler bütünü” ifade etmektedir<sup>66</sup>.

Sosyal Hizmetler Kanununun 3.maddesinde sosyal hizmet kuruluşları sayılmıştır. Buna göre: çocuk yuvaları, yetiştirme yurtları, kreş ve gündüz bakımevleri, huzurevleri, bakım ve rehabilitasyon merkezleri, çocuk destek merkezleri, kadın veya erkek konukevleri, toplum veya aile danışma merkezleri, aktif yaşam merkezi, çok amaçlı sosyal hizmet kuruluşları, çocuk evleri, çocuk evleri sitesi, ev tipi sosyal hizmet birimleri, ev tipi sosyal hizmet birimleri koordinasyon merkezi, sosyal hizmet merkezi, çocuk evleri koordinasyon merkezi, sosyal hizmet kuruluşudur.

Darülaceze ülkemizdeki en eski sosyal hizmet kuruluşlarından birisidir ve ilk başlarda yaşlı, yardıma muhtaç ve kimsesiz engellilerin kuruma kabul edilmesine ek olarak korunmaya muhtaç bebek ve çocuklara da hizmet etmiştir. Bunlara ek olarak Darülaceze’de ırza’hane adı verilen bir çocuk yuvası da bulunmaktadır<sup>67</sup>. Bu anlamda içerisinde huzurevi, yaşlı bakım ve rehabilitasyon, engelli bakım ve rehabilitasyon ve çocuk ilk kabul birimleri olduğu anlaşılmaktadır.

Darülacezenin bağlı olduğu bakanlık olan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının görev ve yetkileri ise 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 65’inci maddesi ile 85’inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, 6284 sayılı Ailenin

<sup>66</sup> 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, 27/5/1983 tarihli ve 18059 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2828&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, Erişim Tarihi: 01.01.2024).

<sup>67</sup> ALAYVAZ, Cansu/KESKİN, Bedrettin, “Darülaceze Başkanlığı Çalışanlarının Örgütsel Bağlılık ve İş Tatminleri Üzerine Bir Araştırma” Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi, C.15, S.2, 2020, s.2.

Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun<sup>68</sup>, 633 sayılı Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>69</sup> gibi çok sayıda mevzuat çerçevesinde Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı ile Devletin sosyal hizmetler alanındaki kamu hizmetinin sunulmasında en önemli aktördür.

Tanzimat dönemindeki en yeni ve modern teşkilatlanma örneği olarak gösterilen İçişleri Bakanlığına bağlanarak çok değer verildiği anlaşılan Darülaceze, günümüzde de sunduğu kamu hizmeti türü esas alınarak Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir.<sup>70</sup> Buna karşın, özellikle 5018 sayılı Kanun’da, 190 sayılı KHK’da ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yer verilmemesi nedeniyle Darülacezenin tüzel kişiliği tartışmalı hale gelmiştir. Darülacezenin kamu tüzel kişiliği kriterlerinden bazılarına sahip olmadığı açıktır. Örneğin, Darülacezenin malları kamu malı statüsünde değildir, gelirleri de kamu geliri statüsünde değildir. Bu nedenle malları haczedilebilir<sup>71</sup>. Darülaceze kamulaştırma işlemi yapamamaktadır. Bu çerçevede Darülaceze ile ilgili kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmaktadır.

## SONUÇ

Osmanlı Devletinde, 19.yüzyılda idari alanda gerçekleştirilen reformlarla birlikte sosyal hizmetleri yerine getirecek “müessese” kurulmasına karar verilmesi üzerine yapılan araştırmalar neticesinde Tanzimat döneminin en gözde kurumlarından biri olması hedefiyle Darülaceze Müessesesi resmi olarak 1896 yılında açılmıştır.

<sup>68</sup> 08.03.2012 tarihli ve 6284 Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 20.03.2012 tarihli ve 28239 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6284.pdf>, Erişim Tarihi: 01.01.2024).

<sup>69</sup> 03.06.2011 tarihli ve 633 sayılı Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 20.03.2012 tarihli ve 28239 sayılı R.G.’de yayımlanmıştır. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.633.pdf>, Erişim Tarihi: 01.01.2024).

<sup>70</sup> **ORTAYLI**, s.521.

<sup>71</sup> **ATAY**, s. 192.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kurulması ile birlikte Darülaceze, 1924-1999 yılları arasında İstanbul Büyükşehir Belediyesine bağlı olarak faaliyetlerine devam etmiş, 1999-2007 yılları arasında İçişleri Bakanlığına, 2007-2011 yılları arasında Başbakanlığa bağlanmış ve sonunda Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir. Bu süreçte kamu kurumları ile ilgili mevzuatta çok sayıda değişiklik yapılmasına yeni kanunların kabul edilmesine karşın Darülaceze ile ilgili yapılan düzenlemeler yok denecek kadar azdır. Bu sınırlı sayıdaki düzenlemeler ile Kızılay'a ve Yeşilay'a tanınan bazı mali muafiyetler ve kamu arazilerinden ücretsiz yararlanma gibi haklar Darülaceze'ye de tanınmıştır.

Devlet teşkilatının ve kamu kurumlarının görev ve yetkilerinin, personelinin, mallarının, bütçelerinin düzenlendiği mevzuatta Darülaceze ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Özellikle, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun eki olan cetvellerde ve 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Darülaceze ile ilgili düzenleme yapılmamış olması Darülacezenin hukuki statüsünü tartışmalı hale getirmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile idari teşkilatımızda yeniden yapılan düzenleme sonrasında "bağlı kuruluş", "ilgili kuruluş" ve "ilişkili kuruluş" kavramları, önceki dönemde olduğu gibi "belli" idareleri ifade etmemektedir. Bu çerçevede bağlı kuruluş, ilgili kuruluş ya da ilişkili kuruluş olarak nitelendirdiğimiz idarelerin tamamı için tek bir kavram; "bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş" kavramı kullanmak uygun olacaktır<sup>72</sup>. Nizamnameye göre Darülaceze, İçişleri Bakanlığına bağlı bir kuruluştur ancak, yürürlükteki mevzuata göre bu hukuki ilişkiyi açıklanamamaktadır. Bu sebeple, 4 sayılı CBK'nun incelenmesi ve Darülaceze için en uygun teşkilat modelinin tespit edilmesi gerekmektedir.

4 sayılı CBK'da Darülaceze gibi Osmanlı Devletinden (II. Mahmut Döneminde 1838 yılında kurulan) Türkiye Cumhuriyetine intikal eden bir kurum dikkat çekmektedir: Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel

<sup>72</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.259.



Müdürlüğü<sup>73</sup>. Bu Genel Müdürlük, 4 sayılı CBK’nın 651 ila 662 sayılı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu CBK’nın 653. maddesinde: *“Türk boğazları, hudut ve sahilleri ile ilgili uluslararası sözleşme ve mevzuat hükümlerinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmekle görevli, Bakanlığa bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü kurulmuştur.”* şeklinde, Sağlık Bakanlığına bağlı olarak yeniden yapılandırılmıştır. 12 madde halinde Kurumun teşkilatı, görevleri, gelirleri ve çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu maddeler ile kurumun bütçesi, Sağlık Bakanlığı ile arasındaki hukuki bağ, görevleri ve yetkileri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye uygun olarak Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğüne, 5018 sayılı Kanunun eki II sayılı cetvelin “B) Özel Bütçeli Diğer İdareler” kısmında 14.sırada yer verilmiştir. Böylelikle Genel Müdürlüğün, Türk İdari Teşkilatına uyumu sağlanmıştır.

Bir Kurumun özel bütçeli olması, kurumun genel idare yapısı içinde yer almasına karşın özerk olması gibi birçok imkân sağlamaktadır. Örneğin, özel bütçeli idarelerin malvarlıkları hazine adına değil ilgili idare adına tescil edilmektedir. Bu çerçevede Darülaceze Başkanlığı da özel bütçeli bir kamu tüzel kişisi olarak görev ve yetkileri ile 4 sayılı CBK’da düzenlenebilir. Mali uyum açısından da 5018 sayılı Kanunun eki II sayılı cetvelin “B) Özel Bütçeli Diğer İdareler” kısmına “Darülaceze Başkanlığı” eklenebilir.

Diğer taraftan Darülacezenin bir sosyal hizmet kuruluşu olduğu ve Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının Darülaceze büyüklüğünde çok sayıda sosyal hizmet kuruluşu olduğu göz önünde bulundurulursa, ayrı bir tüzel kişilik tanınmasına gerek olmadığı da söylenebilir.<sup>74</sup> Bu durumda Darülaceze, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına devredilebilir.

<sup>73</sup> Sağlık Bakanlığı Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü’nün Kuruluşu ve Tarihsel Gelişimi, (<https://www.hssgm.gov.tr/Tarihce>, Erişim Tarihi: 01.01.2024).

<sup>74</sup> Örneğin Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı Narlıdere Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezinde: *“675 kişi kapasiteli dinç yaşlı bloklarında, 285 tek kişilik oda, 390 Çift kişilik oda bulunmaktadır. Bünyesinde Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon ünitesi ile terapi havuzu bulunan 269 kişi kapasiteli Geriatrik Bakım Merkezinde ise 17 adet tek kişilik ve 126 çift kişilik oda mevcuttur. kuruluşumuzun genel kapasitesi 944 kişidir.”* (<http://www.narlidere.gov.tr/narlidere-huzurevi>, Erişim Tarihi: 12.02.2024)

Bu seçenek ile de İdare Heyeti, Daimi Heyet gibi yönetim organlarına gerek kalmaz, bir kuruluş müdürü ve yeterli sayıda kuruluş müdür yardımcısı ile Darülaceze yönetilebilir. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 5018 sayılı Kanunun eki I sayılı cetvelde yer alan genel bütçeli bir idaredir<sup>75</sup>. Bu Kanunun 12.maddesine göre: “Genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir.” Genel bütçe içerisinde yer alacağı için Darülacezenin taşınmazları hazine adına tescil edilir ve Devlet mallarına sağlanan korumadan ve ayrıcalıklardan yararlanır ve Darülacezenin tüm mali işleri (tahsilat ve ödeme işlemleri) Hazine ve Maliye Bakanlığı personeli tarafından yerine getirilir<sup>76</sup>.

Darülacezenin Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının ilgili kurumu olarak teşkilatlandırılmasında ise “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı - Türkiye İş Kurumu” modeli örnek alınabilir. 4 sayılı CBK’nın 615. maddesine göre: “Kurum, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili kuruluşu olup özel hukuk hükümlerine tâbi, tüzel kişiliği haiz, idarî ve malî bakımından özerk kısa adı İŞKUR olan bir kamu kuruluşudur.” Görüldüğü üzere İŞKUR, özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişiliktir. Bu sebeple, Darülaceze açısından “bağlı kurum” modeline göre dezavantajları çoktur. Çünkü bu modelde Darülaceze kamu kurumlarına tanınan birçok ayrıcalıktan ve haktan yararlanamayacağı gibi neredeyse her hukuki işlemi kendi organları ve personeli ile yapmak zorunda kalacaktır. Bu durumun ise işletme maliyetlerinin artmasına ve bu maliyetin başlıklarla karşılanamamasına yol açacağı değerlendirilmektedir.

Darülaceze Başkanlığının hukuki statüsü hakkındaki tartışmaların sona erdirilmesi ve bu kurumun daha etkin ve kaliteli hizmet sunması için Türk İdari Teşkilatına uyumunu sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Açıklandığı üzere, çoğu hükmü daha sonra yürürlüğe giren kanunlar ile zımnen ilga edilmiş olan Nizamnamenin yürür-

<sup>75</sup> Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 5018 sayılı Kanunun eki olan “I sayılı Cetvel”de, “Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri”nin 9.sirasında yer almaktadır.

<sup>76</sup> 5018 sayılı Kanunun 37.maddesinin 2.fıkrasına göre: “Genel bütçe gelirlerinin tarh, tahakkuk ve tahsili Hazine ve Maliye Bakanlığı... tarafından yapılır.”

lükten kaldırılması gerekmektedir. Bunun akabinde, gerekirse Darülaceze, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına devredilebilir<sup>77</sup>. Bunun yapılmaması halinde ise Nizamname ile kurgulanan modeldeki gibi Darülacezenin hizmet alanının coğrafi olarak İstanbul İli ile sınırlandırılması gerektiği aslına uygun bir yapılanma olarak düşünülebilir. Hâlihazırda Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve yerel yönetimler tarafından sosyal hizmetler ülke çapında sunulmaktadır.

Özellikle önemli miktarda bağış alan sosyal hizmet kuruluşları açısından özel bütçeli idare olarak yapılandırma öne çıkan seçenektir. Çünkü bağışçılar, bağışladıkları taşınırın ya da taşınmazın, bağış yapılan kurum tarafından tasarruf edilmesini ve o kurum adına tescil edilmesini isterler. Genel bütçeli idarelerde açıklandığı üzere taşınmazlar hazine adına tescil edilmektedir. Bunun yanında Darülacezenin Bakanlığın taşra teşkilatı olan İstanbul Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne bağlı bir sosyal hizmet kuruluşu olarak düzenlenmesi, tarihi önemine ve kamuoyundaki tanınırlığına uygun düşmeyebilir. Bu sebeple, 4 sayılı CBK'de Darülaceze ile ilgili düzenleme yapılması, kamu hukuku tüzel kişisi olduğunun açıkça belirtilmesi, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı olarak örgütlenmesi, idare heyeti, daimi heyet gibi yönetim ve karar organların yerine daha sade bir yönetim modelinin oluşturulması bu çalışmada, Darülaceze için en makul teşkilat modeli olarak değerlendirilmiştir.

---

<sup>77</sup> Daha önce bu şekilde sosyal hizmet kuruluşları Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına devredilmiştir. 662 sayılı KHK'nın 7. maddesi ile "Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına ait Ankara 75.Yıl Dinlenme ve Bakımevi, İstanbul Etiler Dinlenme ve Bakımevi, İzmir Narlıdere Dinlenme ve Bakımevi ve Salihli Huzurevi; kadroları, taşınır ve taşınmazları, taşıt, araç, gereç ve malzemeleri, her türlü borç ve alacakları, hak ve yükümlülükleri, yazılı ve elektronik ortamdaki her türlü kayıtları ve dokümanları ile birlikte bu maddenin yayımı tarihinde Bakanlığa devredilmiştir." 662 sayılı KHK, 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/201111102M1-2.htm>, Erişim Tarihi: 01.02.2024).

## KAYNAKÇA

- AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2023.
- ALAYVAZ**, Cansu/**KESKİN**, Bedrettin: “Darülaceze Başkanlığı Çalışanlarının Örgütsel Bağlılık ve İş Tatminleri Üzerine Bir Araştırma” Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi, C.15, S.2, 2020, s.1-14.
- ATAY**, E.Ender: İdare Hukuku, 6.Baskı, Ankara, 2018.
- AYDIN**, M.Akif: Türk Hukuk Tarihi, 3.Baskı, İstanbul, 1999.
- BİROL**, Nurettin: “II. Abdülhamid Dönemi Hayır Kurumlarından Darülaceze'nin Yapımı ve Halil Rifat Paşa'nın Çalışmaları”, Akra Kültür Sanat Ve Edebiyat Dergisi, C.5, S.13, 2017, s.33-53.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016, s.373-398.
- İSBİR**, K. Begüm: Kamu Tüzel Kişiliği, Ankara, 2017.
- KARATAŞER**, Büşra: “Darülaceze'nin Kuruluş Gelir Giderleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, C.15, S.2, 2020, s.793-810.
- NUHOĞLU**, H. Yavuz: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.8, İstanbul, 1993, s.512-514.
- ORTAYLI**, İlber: Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 4.Baskı, Ankara, 2012.
- ŞAKAR**, Ceren: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.3, 2023, s.463-498.
- Türk Hukuk Kurumu**: Türk Hukuk Lugatı, 4.Baskı, Ankara, 1998.
- Türk Dil Kurumu**: Güncel Türkçe Sözlük, (<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.01.2024).

# BİLİŞİM SİSTEMLERİ YOLUYLA HAKSIZ ÇIKAR SAĞLAMA (TCK md. 244/4)

**Dr. Mustafa LIMONCU\***

## ÖZET

Endüstri devriminden sonra; bilimsel, sosyal, siyasi, iktisadi ve hukuki değişliklerin yaşandığı en önemli dönem, bilgisayar sistemlerinin hayatın vazgeçilmez parçası olduğu yüzyılımız olmuştur. Bu gelişmeler siber evrende işlenen suçları artırmıştır.

Normal şartlar altında suç olan fiillerin, sanal ortamda işlenmesi de suçtur. Bir de yalnızca bilişim sistemleri kullanılarak yahut bu sistemlere karşı işlenebilecek suçlar vardır. Bu nedenle bilişim suçları; 'gerçek bilişim suçları' ve 'görünüşte bilişim suçları' şeklinde sınıflandırılmıştır. Bu çalışmada gerçek bilişim suçlarından olan, bilişim sistemi aracılığı ile haksız çıkar sağlama üzerinde durulmuştur. Öncelikle bilişim alanında kullanılan; 'bilişim sistemi', 'bilgisayar' ve 'veri' kavramları kısaca açıklanmıştır. Mevzuatımızda bilişim alanındaki suçlar genel olarak aktarıldıktan sonra; Türk Ceza Kanunu'nun 244. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki suç, unsurlarıyla incelenmiştir. Bu suç; bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlama suçudur.

İnceleme konusu yapılan suç bakımından kanun koyucu; çeşitli seçimlik hareketlere yer vermiştir. Bu seçimlik hareketler yasanın 244. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında belirtilen hareketlerdir. Bu hareketler ayrı ayrı suç olarak tanımlanmıştır. TCK'nın 244/1 ve 2. maddesindeki hareketlerin haksız bir menfaat sağlamak amacıyla gerçekleştirilmesi halinde 244. maddenin 4. fıkrasındaki suç oluşacaktır. Yasada tanımlanan bilişim sistemleri yoluyla haksız çıkar sağlama suçunun oluşması için eylemin başka bir suç oluşturmaması şartı aranmıştır. Düzenleme bu şekilde tali norm özelliği göstermektedir. Madde metninde yer alan 'başka bir suç oluşturmaması' koşulu madde gerekçesinde 'daha ağır ceza-

---

\* Doktor, Avukat, e-posta: mustafalimoncu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6293-0284.

yı gerektiren başka bir suç oluşturmaması' şeklinde yazılmıştır. Suçun maddi ve manevi unsurları ile birlikte diğer suçlarla içtima ilişkisi ve tali norm sorunu bu çalışmada tartışılmıştır.

Son olarak çalışma konusu suç açısından etkin pişmanlık hükümlerine yer verilip verilmemesi konusundaki tartışmalar aktarılmıştır. Bu suç bakımından, zarar giderme halinde etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmemesi eleştirilmiştir. Bu husus bilişim sistemleri aracılığıyla haksız menfaat sağlama suçunun düzenlendiği bölümle yakından ilgilidir. Kanun koyucu bilişim alanındaki suçları malvarlığına karşı suçlardan ayrı düzenlemiştir. Bu durum bilişim alanında yer alan suçlar açısından etkin pişmanlık düzenlemesini gerekli kılmaktadır. Ne var ki, yasada zarar giderme ya da etkin pişmanlık konusunda bir belirleme yapılmamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Bilişim Sistemleri, Siber Suçlar, Haksız Çıkar, Tali Norm, Etkin Pişmanlık.

## **PROVIDING UNFAIR BENEFITS THROUGH INFORMATION SYSTEMS (TPC art. 244/4)**

### **ABSTRACT**

After the industrial revolution; the most important period of scientific, social, political, economic and legal changes has been our century, in which computer systems are an indispensable part of life. These developments have increased the crimes committed in the cyber universe.

Under normal circumstances, committing criminal acts is also accepted as a crime in virtual environment. There are also offences that can only be committed using or against information systems. For this reason, cybercrimes are divided into 'real cybercrimes' and 'apparent cybercrimes'. In this study, it is focused on providing unfair benefits through the information system, which is one of the real cyber crimes. Firstly, the concepts of 'information system', 'computer' and 'data' used in the field of informatics are briefly explained. After these regulations are transferred, the crime within the scope of paragraph 4 of article 244 of Penal Code has been interrogated with its elements. This offence is the offence of gaining unfair advantage through information systems.

Legislator, in terms of the crime under investigation, included various optional movements. These optional acts are the acts specified in paragraphs 1 and 2 of Article 244. These acts are defined as separate offences. If the acts in Article 244/1 and 2 of the TPC are performed in order to provide an unfair benefit, the offence in paragraph 4 of Article 244 will occur. In terms of obtaining an unfair advantage, which is mentioned in the the article it is sought that an alternative crime should not occur. In this way, arrangement shows the feature of a secondary norm. In this study, the material and moral elements of the crime, the relationship between other crimes, that is, the problems of secondary norms are discussed. The condition of 'not constituting another offence' in the text of the article is written as 'not constituting another offence that requires a heavier penalty' in the preamble of the article. However, the law does not make any determination on compensation for damages or effective remorse.

Finally, the discussions on whether to include effective remorse clauses in terms of this offense which is the topic of the article is conveyed. In terms of this crime, If the damage is remedied, the absence of regulation that provides for a reduction in the penalty due to effective remorse can be seen as a deficiency. This issue is closely related to the section regulating the offence of providing unfair advantage through information systems. The legislator has regulated the offences in the field of informatics separately from the offences against assets. This situation necessitates the regulation of effective remorse for the offences in the field of informatics.

**Key Words:** *Information Systems, Cyber Crimes, Unfair Benefits, Secondary Norm, Effective Remorse.*

## GİRİŞ

İnsan hayatında büyük yer tutan, pek çok işi hızlandıran ve kolaylaştıran bilgisayar ve bilgisayar sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilen işlemlerin giderek yaygınlaşmasıyla hukuki sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır.

Bilgisayarların hayatın tüm alanında son derece etkin bir şekilde kullanılmaya başlaması; sistemde yer alan verilerin gizliliğinin korunması, sistemin bütünlüğünün korunması, sisteme erişimin korunması konularında önlem almayı zorunlu kılmıştır.

Bilişim suçları çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir. ‘Doğrudan’ ve ‘dolaylı’ bilişim suçları şeklinde sınıflandırma bulunmaktadır. Yasanın 243-246. maddeleri arasındaki suçlar ‘doğrudan bilişim suçları’ olarak kabul edilmiştir. Zira bu suçlar, doğrudan bilişim, bilişim sistemi yahut verilerle ilgilidir. ‘Dolaylı bilişim suçları’, sair başka şekilde de işlenebilecek suçların bilişim araçları yoluyla işlenmesidir. Örneğin dolandırıcılık suçunun bilişim sistemleri vasıtasıyla işlenmesi dolaylı bilişim suçudur. Ancak bilişim sistemine girme suçu doğrudan bilişim suçunu oluşturmaktadır.

Çalışmada bilişim alanında suçlardan olan ve yasanın 244/4. fıkrasında düzenlenen ‘bilişim sistemleri yoluyla haksız çıkar sağlama suçu’ ele alınmıştır. öncelikle bilişim alanında bazı kavramlar kısaca incelenmiştir. Yeri geldikçe uluslararası hukuka gönderme yapılmıştır. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi bu konuda başı çekmektedir. Avrupa Konseyi Siber Suçlarla Mücadele Sözleşmesi, bilişim alanında suçlarla mücadele amacıyla Avrupa Konseyi tarafından geliştirilen ve kabul edilen bir uluslararası anlaşmadır. Sözleşme, siber suçların önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulması konularında çeşitli hükümler içermektedir.

Sözleşmenin gerekçesinde ceza hukuku alanındaki bu düzenlemenin zorunlu olduğu; “çok sayıda iletişim biçimi ve hizmetin, ortak iletim ortamları ve taşıyıcısıyla birbirleriyle bağlantılı ve ilişki içinde olduğu elektronik otobanı da içine alan teknolojik devrim ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunu da değiştirdi” şeklinde ifade edilmiştir<sup>1</sup>.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, 23 Kasım 2001 tarihinde Budapeşte, Macaristan'da imzaya açılmış ve daha sonra birçok ülke tarafından kabul edilmiştir. Sözleşme, siber suçlarla mücadelede uluslararası işbirliğini artırmak ve siber suçları daha etkili bir şekilde önlemek ve cezalandırmak için önemli bir araç olarak kabul edilmektedir. Ülkemiz bu sözleşmeyi 10.11.2010 tarihinde imzalamış, 29.09.2014 tarihinde yü-

<sup>1</sup> KESKİN, Serap, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 59 (1-2), 2001, s. 155.



rürlüğe girmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bilişim alanında suçlar, bu sözleşme ile uyum içerisindedir.

## I. BİLİŞİM ALANINDA SUÇLARA İLİŞKİN KAVRAMLAR VE NORMATİF DÜZENLEMELER

### A. Suçun Tanımında Kullanılan Kavramlar

TCK'da bilgisayar yerine bilişim sistemi kavramı kullanılmıştır. Madde metninde ve madde gerekçelerinde kavrama ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır. Doktrinde kavram birliği bulunmamaktadır. *'Siber suç'*<sup>2</sup>, *'bilişim suçları'*<sup>3</sup> ve *'bilgisayar aracılığıyla işlenen suç'*<sup>4</sup> tabirlerine rastlanmaktadır. Bunlar içerisinde en yaygın kullanılanı, belki de *'bilişim suçları'*dır. Türkiye'nin de taraf olduğu Siber Suç Sözleşmesinin, tercümesinde *'Sanal Ortamda İşlenen Suçlar'* ifadesi kullanılmıştır<sup>5</sup>. Ceza Muhakemesi Kanunu ise *'bilgisayar'* kavramını tercih etmiştir. CMK'nın 134. maddesi *'Bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma'* başlığını taşımaktadır.

Yabancı yayınlarda ise daha çok *'siber suç'* kavramı kullanılmaktadır. Hatta *'siber suç'* ve *'siber bağlantılı suç'* tanımlarıyla; doğrudan bilişim suçları ile bilgisayar ve bilişim ağları aracılığı işlenebilecek diğer suçlar arasında ayrıma gidilmiştir<sup>6</sup>. Yasadaki ifadeyi bağlı kalmak mümkün

<sup>2</sup> ÖNOK, Murat, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19 (2), 2013, s. 1230; BAŞBÜYÜK, İsa, "Dijital Çağda Suçla Mücadele: Bir Avrupa Siber-Suç Merkezinin Kurulması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, 2013, s. 1584.

<sup>3</sup> DOĞAN, Ramazan, Bilişim Suçları, Ankara 2014, s. 14; DEMİR, Ömer/ARIÇ, Mehmet/POLAT, Halil, Bilişim Suçları ve Bilişim Yoluyla İşlenen Suçlar, Ankara 2015, s. 14.

<sup>4</sup> KOCA, Mahmut, "Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku", Bilgi Toplumunda Hukuk, C. III, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, 2003, 785-816, s. 787.

<sup>5</sup> ALIUSTA, Cahit/BENZER, Recep, "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, C. 4 (2), 2018, s. 238.

<sup>6</sup> McGUIRE, Mike/DOWLING, Samantha, "Cyber Crime: A Review of the Evidence", Home Office Research Report 75, 2013, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/246749/horr75-summary.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/246749/horr75-summary.pdf) (Erişim Tarihi:30.05.2023).

olduğu gibi, literatürde yer alan diğer ifadelerin tercih edilmesi de muhtemeldir. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun Onuncu Bölümü'nün başlığı '*Bilişim Alanında Suçlar*' olarak düzenlenmiştir.

'*Bilişim sistemi*' kavramı bilgisayardan daha geniş kapsamlıdır<sup>7</sup>. Bilişim sistemi ifadesinin kullanıldığı normatif metinlerde, bilgisayarın donanımından ziyade veri ve yazılımları kastedilmiştir<sup>8</sup>. Kanun koyucunun '*bilgisayar*' yerine '*bilişim sistemi*' kavramını tercih etmesinin nedeni bilişim sisteminin daha kapsayıcı olmasından ileri gelmektedir.

## 1. Veri

Bilgisayarlar aracılığıyla işlenen menfaat teminine yönelik eylemler, elektronik verileri almak veya değiştirmek ya da bir bilgisayarı veya sistemi yasa dışı olarak kullanmak şeklinde gerçekleşmektedir<sup>9</sup>. Veri; bilgiyi temsil eden sayılar, metinler, görüntüler, sesler veya diğer biçimlerdeki yapısal veya düzenli olmayan bilgi parçacıklarını ifade eder. Veri, bilgisayarlar veya diğer elektronik sistemler tarafından işlenebilen ve analiz edilebilen, kaydedilen ve depolanan bilgileri ifade eder.

Veri; bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri ifade etmektedir (İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun Madde 2/1-K). Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nde bilgisayar sisteminin bir işlevi yerine getirmesini mümkün kılan bir programı da kapsayan olguların, bilgilerin veya kavramların bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun haldeki her türlü temsilini ifade ettiği belirtilmiştir (Madde 1-b). Veri kavramının kapsamına rakamlar harfler ve diğer bir takım özel işaretlerin dâhil olduğu kabul edilebilir.

<sup>7</sup> ERDAĞ, Ali İhsan, "Bilişim Alanında Suçlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV (2), 2010, s. 278.

<sup>8</sup> AÇIKGÖZ, Emre İkbâl, Bilişim Sistemi Aracılığıyla Haksız Yarar Sağlama Suçu, Ankara 2020, s. 27.

<sup>9</sup> LEHMAN, Jeffrey/PHELPS, Shirelle, West's Encyclopedia of American Law, Cilt 3, Detroit, 2005, s.137.

## 2. Bilişim sistemi

Bilişim sistemi, TCK'nın 243. maddesinin gerekçesinde “verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağı veren manyetik sistemler” şeklinde tanımlanmıştır. Yargıtay cep telefonu ve mobil iletişim sistemini dikkate alarak program yüklemenin bilişim suçu olduğu kanaatindedir. Kararda özetle “cep telefonlarının bilişim sistemine girmeyi ve orada kalma suçunun konusunu oluşturmayacağından bahisle, eksik incelemeye dayanarak yazılı şekilde hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiştir” denilmektedir<sup>10</sup>. Bilişim sistemleri; donanım<sup>11</sup>, yazılım<sup>12</sup> ve verilerden oluşmaktadır.

Bilişim sistemleri, organizasyonların operasyonlarını daha verimli hale getirmelerine yardımcı olur, kararlar alırken daha fazla bilgiye erişim sağlar, verileri güvenli bir şekilde saklamaktadır. Bu sistemler, farklı ölçeklerdeki organizasyonlarda, hükümetlerde, eğitim kurumlarında, sağlık sektöründe, iş dünyasında, savunmada ve daha birçok alanda kullanılmaktadır.

## 3. Bilgisayar

Bilgisayarlar gözle görülen fiziki parçalar ve gerekli işlemleri yapmak üzere veri ve yazılımların bir araya gelmesinden oluşan sistemler olarak tanımlanmıştır<sup>13</sup>. Bilişim terimi ise bilginin elektronik olarak işlenip, veri taşıyan iletişim hatları vasıtasıyla nakledilmesi olarak açıklanmıştır<sup>14</sup>.

Bilgisayarlar gözle görülen fiziki parçalar ve gerekli işlemleri yapmak üzere; veri ve yazılımların bir araya gelmesinden oluşan sistemler olarak ta-

<sup>10</sup> Yargıtay, 8. CD, 18.03.2015, E.2014/30037, K.2015/2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi:23.04.2023).

<sup>11</sup> Bilgisayarlar, sunucular, depolama aygıtları, ağ cihazları gibi fiziksel bileşenler, bilişim sisteminin donanımını oluşturur.

<sup>12</sup> Bilgisayar programları ve işletim sistemleri, bilişim sistemi yazılımını oluşturur. Bu yazılımlar, bilgi işleme, veritabanı yönetimi, ağ iletişimi gibi işlevleri gerçekleştirmek için kullanılır.

<sup>13</sup> DÜLGER, Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 7. Bası, Ankara 2020, s. 60.

<sup>14</sup> ERSOY, Yüksel, “Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49 (3), 1994, s. 151.

nımlanmıştır<sup>15</sup>. Bilişim terimi ise bilginin elektronik olarak işlenip, veri taşıyan iletişim hatları vasıtasıyla nakledilmesi olarak açıklanmıştır<sup>16</sup>. Veri ise bilginin taşınması ve aktarılmasının sürecinde makine diline aktarılmasıdır<sup>17</sup>. Kolay kullanılabilir olması, verilere hızlı ulaşılabilir olması, birçok hizmetten doğrudan yararlanma imkânı sağlaması; bilişim sistemlerinin kullanımını artırmıştır<sup>18</sup>. Bilişim sistemlerinin yaygınlaşması ile birlikte suistimaller de artmış, bir süre sonra bunlar aracılığıyla çeşitli suçlar daha kolay işlenebilir hale gelmiş veya yeni suç modelleri ortaya çıkmıştır<sup>19</sup>.

## B. Bilişim Alanında Suçların Mevzuatta Düzenlenişi

Klasik hukukun yetersiz kalacağı anlayışıyla, bilişim suçları bakımından, alternatif mekanizmalara ihtiyaç duyulmuştur<sup>20</sup>. ABD, bilişim suçları konusunda düzenleme yapan ilk ülkedir. Birleşik devletlerde, bilişim suçlarıyla ilgili ilk kanun 1984 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>21</sup>. Tüm dünyada bilişim alanında suçların ölçülmesi, izlenmesi ve önlenmesi için önemli altyapı harcamaları yapılmaktadır<sup>22</sup>. Erişim Aygıtlarını Taklit Etme, Bilgisayar Dolandırıcılığı, Bilgisayarı Kötüye Kullanma Kanunu olarak bilinen kanun (Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act) 1984 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> DÜLGER, s. 60.

<sup>16</sup> ERSOY, s. 151.

<sup>17</sup> AÇIKGÖZ, s. 17.

<sup>18</sup> AKBULUT, Berrin, Bilişim Alanında Suçlar, 2. Bası, Ankara 2017, s. 22.

<sup>19</sup> DÜLGER, s. 53; ÖNDİN, Hasan Burak, Türk Hukukunda Doğrudan Bilişim Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2018, s. 7; UÇAR, Ahmet: Bankacılık Sektöründe Bilişim Suçları, [https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=gYU4V6\\_neTcC&oi=fnd&pg=PA1&dq=Bankac%C4%B1l%C4%B1k+Sekt%C3%B6r%C3%BCnde+Bili%C5%9Fim+Su%C3%A7lar%C4%B1.%C2%A0N.p.:%C2%A0Ahmet+UÇAR,%C2%A02014.&ots=oqYNxwasN4&sig=NI-QLf79frbt\\_Zxj9kMDbHqEPgc&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=gYU4V6_neTcC&oi=fnd&pg=PA1&dq=Bankac%C4%B1l%C4%B1k+Sekt%C3%B6r%C3%BCnde+Bili%C5%9Fim+Su%C3%A7lar%C4%B1.%C2%A0N.p.:%C2%A0Ahmet+UÇAR,%C2%A02014.&ots=oqYNxwasN4&sig=NI-QLf79frbt_Zxj9kMDbHqEPgc&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false) (Erişim 11.07.2022).

<sup>20</sup> ÖNOK, s. 1264.

<sup>21</sup> ŞAMLI, Rüya, Türk ve Dünya Hukukunda Bilişim Suçları, Akgül, Mustafa/Derman, Ethem/Çağlayan, Çağlayan/Özgit, Attila/Yılmaz, Tuğrul (Editörler), Akademik Bilişim'10 - XII., Muğla 2010, s. 125.

<sup>22</sup> FINKLEA, Kristin M./THEOHARY, Catherine A., "Cybercrime: Conceptual Issues for Congress and U.S. Law Enforcement", Congressional Research Service, 2012, s. 2.

<sup>23</sup> ŞAMLI, s. 125.

İngiltere'de bilişim alanında suçları birkaç temel kanunda yer almaktadır. İngiltere'deki bilişim suçlarını düzenleyen en önemli *yasa* 'Bilgisayar Suçları Kanunu' (*Computer Misuse Act 1990*)'dur. Bu kanun, yetkisiz erişim ve bilişim sistemlerine zarar verme gibi suçları düzenlemiş ve yaptırımları belirlemiştir. Siber saldırılar bu kanun kapsamında yer almaktadır. 'Veri Koruma Kanunu' (*Data Protection Act 2018*) ise daha çok, kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasıyla ilgili kanundur. bir konudur. İngiliz Hukukunda siber güvenlikle ilgili bir başka kanun; 'Siber Suçlar ve Siber Güvenlik Kanunu'dur.

Milli mevzuata, bilişim alanında suçlar ilk olarak 1991 senesinde girmiştir. 3756 S. Kanunla Türk Ceza Kanunu'na bilişim suçları eklenmiştir. Yasaya bilişim alanındaki suçların 06.06.1991 tarihinde eklendiği nazara alınır, oldukça erken bir dönemde bilişim suçlarının mevzuatımıza dâhil edildiği söylenebilir.

Ülkemizde yürürlükte olan ceza yasanın 243. maddesinde 'bilişim sistemine girme ve izleme' suçları, 244. maddesinde 'sistemi veya verileri engelleme veya bozma' suçları, 245. maddesinde 'banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma' suçları ve 245/A maddesinde 'yasak cihaz veya programlar' suç olarak tanımlanmıştır.

Konumuz olan TCK'nın 244/4. fıkrasına geçmeden önce aynı maddenin ilk üç fıkrasına kısaca değinmekte yarar vardır. Yasanın 244. maddesi 'Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme' başlığını taşımaktadır. TCK'nın 244/1. fıkrasında bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması eylemleri suç olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise verilere yönelik bazı hareketler suç olarak nitelenmiştir. Buna göre; verileri bozma, yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme eylemleri suçtur. 3. fıkrada ilk iki fıkrada belirlenen eylemlerin bir banka veya kredi kurumuna veya bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi nitelikli hal olarak tanımlanmıştır<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> **AKBULUT**, Berrin, "Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24 (2), 2016, s. 10.

TCK'nın 244. maddesinin 4. fıkrasında "Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlaması" suç olarak tanımlanmıştır. Dikkat edilecek olursa bu fıkrada yer alan suç ilk iki fıkrada yer alan suçların nitelikli hali değildir. Dördüncü fıkrada tanımlanan suç, ilk üç fıkradan bağımsız<sup>25</sup> ve farklı bir suç tipidir. Birinci ile ikinci fıkrada tanımlanan suçlara yapılan atıf, sadece suçun seçimlik hareketlerini tarif maksadıyladır. Bu sebeple; bu yeni suçun, birinci ve ikinci fıkralardaki suçların nitelikli hali olduğunu düşünmemekteyiz<sup>26</sup>. Yargıtay da TCK'nın 244/4. fıkrasında yer verilen suçu bağımsız bir suç olarak görmektedir<sup>27</sup>. Bu görüş isabetlidir. Zira Yasanın 243. maddesi ve 244. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında tarif edilen suçların koruduğu hukuki değer ile 'haksız çıkar sağlama' suçunun düzenlendiği 244. fıkrasının koruduğu hukuki değer farklıdır. Bu sebeple, daha önceki suçların ne nitelikli hali ne de neticesi sebebiyle ağırlaşmış halidir. Müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>28</sup>.

Doktrinde, 'bilgi sistemi yoluyla haksız çıkar sağlama' suçu mal varlığına karşı işlenen suçlar kapsamında görülmüştür<sup>29</sup>. Ancak kanun koyucu, bilişim alanında suçlarda TCK'nın sistematüğinden ayrılmış ve farklı hukuki değerleri koruyan fiilleri bu bölümde düzenlemiştir<sup>30</sup>.

TCK'nın 244/4. fıkrasında yer alan suç tali norm niteliğindedir<sup>31</sup>. Madde metninde fiil tanımlanırken 'başka bir suç oluşturmaması halinde' denilmiştir. Maddede yer alan, eylemin başka bir suç oluşturmaması şartı; incelediğimiz suçu, tali norm haline getirmektedir<sup>32</sup>. Buna göre asli

<sup>25</sup> AÇIKGÖZ, s. 62; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Bası, Ankara 2014, s. 848.

<sup>26</sup> Haksız çıkar sağlama suçunu, bilişim suçlarının nitelikli hali olarak kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. ESEN, Sinan, Malvarlığına Karşı Suçlar Belgede Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara 2007, s. 636.

<sup>27</sup> Yargıtay 11. CD, 22.01.2008, E.2007/8423, K.2008/117 (Erişim Tarihi:10.04.2023); Yargıtay 13.CD, 09.04.2013, E.2012/387, K.2013/10197 (Erişim Tarihi:23.04.2023).

<sup>28</sup> AKBULUT, Bilişim Alanında Suçlar, s. 217.

<sup>29</sup> DÜLGER, s. 341; AKBULUT, Bilişim Alanında Suçlar, s. 230.

<sup>30</sup> AKBULUT, Bilişim Alanında Suçlar, s. 221.

<sup>31</sup> AÇIKGÖZ, s. 17; Bazı yazarlar, tamamlayıcı ya da yardımcı norm adını vermektedir. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 849.

<sup>32</sup> KOÇOĞLU, Seda, Bilişim Sistemine ve Sistemdeki Verilere Müdahale ile Bilişim Sistemi Aracılığıyla Haksız Çıkar Sağlama Suçları (TCK m.244), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 185.

normun uygulanacağı durumlarda, TCK'nın 244/4. fıkrası 'yardımcı normun sonralığı'<sup>33</sup> ilkesi gereğince uygulanmayacaktır. Özetle, yargılama konusu eylem bir başka suça uygun ise bu durumda bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlama değil, bir başka suç oluşacaktır.

Tali norm niteliğindeki mevcut düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiği konusuna madde gerekçesinde yer verilmiştir. Gerekçede, bu fıkra göre ceza tayin edilebilmesi için suçun, daha az ceza gerektiren bir başka suça uygun olması gerektiği ifade edilmiştir. Gerekçede, 'daha ağır bir cezayı gerektirmesi' şeklindeki tabir, kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Ayrıca gerekçe, madde metni ile çelişkilidir. Zira kanun metninde böyle bir tarife yer verilmemiştir<sup>34</sup>. Madde, koşulsuz olarak tali norm niteliğindedir. Failin haksız çıkar sağlamaya yönelik eylemi TCK'da yahut ceza normu içeren başka kanunlarda yer alan bir suçu oluşturuyor ise TCK'nın 244/4. maddesinden hüküm kurulamayacaktır. Failin eyleminin, yasanın 244/4. maddesine nispeten daha ağır bir cezayı gerektirip gerektirmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır.

Yargıtay 17. C.D.'nin 29.02.2016 tarihli (2015/8568 E., 2016/2521 K.) ilamında; bu fıkroda yer alan suçun ikincil/tâli norm özelliğini haiz olduğu ifade edilmiştir<sup>35</sup>. Yargıtay, bu tespitten hareketle; ilk olarak eylemin kanunda düzenlenen başka bir bilişim suçuna uyup uymadığını araştırılması gerektiği görüşündedir. Söz konusu suçun tali olarak düzenlendiği kesin olmakla birlikte Yargıtay'ın gerekçesinde yer verdiği "bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların oluşup oluşmadığı" şeklindeki ifadeye katılmıyoruz. Zira tali normun amacı

<sup>33</sup> KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2018, s. 551; İÇEL, Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 7 (14), 2008, s. 38; AKBULUT, Berrin, "Bağlılık Kuralı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14 (1), 2010, s. 186.

<sup>34</sup> DÜLGER, s. 354.

<sup>35</sup> "...fıkradaki düzenlemenin tali norm niteliğinde olduğunun anlaşılması, buna göre öncelikle yasada düzenlenmiş olan bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların oluşup oluşmadığı değerlendirildikten sonra gerçekleştirilen eylem bu suçlardan hiçbirisinin tanımına uygun değil ise, bu durumda eylemin TCK'nın 244/4. maddesi kapsamında suç oluşturacağı..."

'başka herhangi bir suçun oluşup oluşmadığı' ekseninde ele alınmalıdır. Muhtemel suçun bilişim suçlarından birisi olması gerekmemektedir.

Yargıtay'ın bir başka kararında<sup>36</sup> bilgisayar ya da bilişim ağları ile işlenen dolandırıcılık suçlarında, gerçek kişilerin bu araçlar vasıtasıyla irade fesadına uğratıldığını ve bu yolla haksız çıkar sağlandığını ortaya koymuştur. Gerçek kişilere yönelik dolanlı bir hareket bulunmadığı, hileli hareketlerin bilişim sistemi veya sistemdeki verilere yönelik olduğu hallerde yüksek mahkemeye göre; bilişim sistemi yoluyla haksız çıkar sağlama suçu gerçekleşmektedir.

Bilişim yoluyla haksız çıkar sağlama suçunda, bilgisayar hedeften ziyade bir araç olarak kullanılmaktadır. Bilişim sisteminin hedef alınması veya haksız menfaate bilişim sisteminin aracı kılınması aynı kapsamda görülmüştür<sup>37</sup>.

## II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bilişim alanında suçlarla korunan hukuki değerler; bilgi güvenliği<sup>38</sup>, kişisel mahremiyet, mülkiyet hakları, kamu güvenliği olabilir. TCK'nın 244/4. maddesinde tanımlanan suç; bilişim sisteminde bulunan verilere yahut bizzat sisteme yönelik bir eylemle gerçekleştirilmektedir. Failin, kendisi yahut başkası lehine haksız bir menfaat temin etmesi şeklindeki tariften hareket edildiğinde; mal varlığına karşı suçlar kapsamındadır<sup>39</sup>. Dolayısıyla korunan hukuki değerlerin mal varlığı olduğu kabul edilebilir.

<sup>36</sup> "Gerçek bir kişiyle karşı karşıya gelmeden, yüz yüze veya telefon, bilgisayar, bilgi geçer gibi bir başka vasıta kullanılarak görüşmeden, konuşmadan, kişilere yönelik hileli davranışlarla aldatılmadan sadece bilişim sistemi kullanılarak doğrudan doğruya çıkar sağlanması halinde "bilişim sistemine girerek haksız çıkar sağlama suçu" gerçekleşecektir". Yargıtay 11.CD, 07.10.2009, E. 2009/1616, K. 2009/11328, <https://legalbank.net/belge/y-11-cd-e-2009-1616-k-2009-11328-t-07-10-2009/668084/> (Erişim 30.09.2023).

<sup>37</sup> JOSEPH, Aghatise E., "Cybercrime Definition", <https://www.crime-research.org/articles/joseph06/> (Erişim Tarihi: 10.10.2023).

<sup>38</sup> Bilgi güvenliği, bilişim sistemlerinin ve verilerin gizliliği, bütünlüğü ve erişilebilirliği ile ilgilidir. Bilişim alanında suçlar, bu değerleri tehlikeye atabileceğinden, bilgi güvenliğinin korunması önemlidir.

<sup>39</sup> AKBULUT, Bilişim Alanında Suçlar, s. 230.



Birden fazla hukuki değerin korunduğu gerekçesiyle, burada korunmaya matuf yararın karma olduğu öne sürülmüştür<sup>40</sup>. Kara Avrupası ceza kanunlarında<sup>41</sup> bilişim sistemlerine karşı suçlar (özellikle sistemin tahrip edilmesi, değiştirilmesi, işleyişinin engellenmesi, erişiminin engellenmesi) mala zarar verme suçları kapsamında değerlendirilmiştir<sup>42</sup>. Birleşik Devletler’de ise bilişim alanında suçları ekonomi alanında suçlar alanında görme eğilimi bulunmaktadır. 2015 yılında ‘Siber Suçlarla Mücadele’ konusunda imzalanan kararnamede, bilişim suçlarının ekonomik faaliyetleri olumsuz etkilediği ve bu suçlardan hüküm giyenlerin malvarlıklarına elkonulması gerektiği hüküm altına alınmıştır<sup>43</sup>.

### III. SUÇUN KONUSU

Bilişim sistemi aracılığıyla haksız çıkar sağlama suçu ile mal varlığına ilişkin değerlerin korunduğu belirtilmiştir. Bu gerekçeyle suç, mal varlığına karşı işlenen suçlardan kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Bu görüşe göre manevi nitelikteki kazanımlar suçla korunan hukuki yarar kapsamında değildir.

Kanunda yazılı tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği herşey suçun konusunu oluşturur<sup>45</sup>. Diğer bir anlatımla, suçun konusu; üzerinde suçun husule geldiği kişi veya şeydir. Haksız yarar sağlama suçunda konu; failin eylemi nedeniyle, faile sağlanan hukuka aykırı yarardır. Bu yarar ekonomik değeri olan veya olmayan şeklinde bir belirleme olmadığından her türlü yarar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Genellikle uygulamada suçun konusunu maddi değerler oluşturmaktadır.

Madde metninde açıklığa kavuşturulduğu üzere, eylemin bilişim sistemi vasıtasıyla gerçekleşmesi ve failin hukuka aykırı menfaat temin etmeye yönelik hareketi, suçun oluşması için zaruridir. Ancak bu menfaat/yarar/çıkarın ne olduğu açıklanmamıştır. Yarar açıkça tarif edil-

<sup>40</sup> AÇIKGÖZ, s. 68; ERDAĞ, s. 281.

<sup>41</sup> Örneğin Alman Ceza Kanunu’nun 303a maddesi bu niteliktedir. DÜLGER, s. 220.

<sup>42</sup> TAŞKIN, Şaban Cankat, Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 45.

<sup>43</sup> “Cybercrime”, <https://en.wikipedia.org/wiki/Cybercrime> (Erişim Tarihi: 01.10.2023).

<sup>44</sup> AKBULUT, Bilişim Alanında Suçlar, s. 234; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 848.

<sup>45</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 118.

mediğine göre, maddi menfaatlerin yanı sıra, sağlanan manevi yararlar da, suçla korunan hukuki değeri oluşturmaktadır<sup>46</sup>. Bu görüşte olan yazarlara göre; ticari veya şahsi bir sır da haksız olarak ele geçirilerek suçun konusu olabilir. Biz de maddi veya manevi nitelikteki her türlü faydayı, korunan hukuki değer kapsamında görüyoruz.

## IV. SUÇUN UNSURLARI

### A. Maddi Unsur

#### 1. Fail ve Mağdur

Fail; tipe uygun eylemi gerçekleştiren kişidir. Bu sebeple kanun tarafından sorumlu tutulmaktadır<sup>47</sup>. TCK'nın 37. Maddesinde, fiil üzerinde hâkimiyet kuran ve suçun tanımında yer alan haksızlığı gerçekleştiren kişi fail olarak tanımlanmıştır<sup>48</sup>. Kanunlarda suçlar belirlenirken genellikle, failde özel bir nitelik aranmaz<sup>49</sup>. Bu tip suçları herkes işleyebilir. Ancak bazı suç tiplerinde fail olabilmek için özel bir belirleme yapılmıştır. Bu kapsamda inceleme konusu suça baktığımızda madde metninde "kişi" tabiri kullanıldığından, bu suç herkes tarafından işlenebilecek bir suçtur. Failin kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığı failikten farklı kavramlardır<sup>50</sup>.

Bilişim sistemi aracılığıyla haksız çıkar sağlama suçunun faili için özel bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle fail herhangi bir kişi olabilir. TCK'nın 244/1-2 fıkralarındaki eylemlerin gerçekleştirilmesi suretiyle haksız çıkar sağlanması yeterli görülmüştür. Haksız çıkar failin ya da üçüncü kişinin lehine elde edilmelidir. Burada üçüncü kişinin tüzel kişi olması da muhtemeldir. Zira TCK 246. maddesinde; tüzel kişi lehine yarar sağlaması durumunda bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak sistemin maliki suçun faili olamayacaktır. Aynı şekilde, tasarruf yetkisi olan kişiler de suçun faili olamayacaktır. Zira bizim hukukumuzda fail ve mağdurun aynı kişi olması mümkün değildir.

<sup>46</sup> ÖNDİN, s. 68; DÜLGER, s. 341; UÇAR, s. 194.

<sup>47</sup> AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2020, s. 362.

<sup>48</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 115.

<sup>49</sup> ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 189.

<sup>50</sup> TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018, s. 347.

Bir bilişim sisteminin bir kişiye, sistemde muhafaza edilen değerlerin bir başka kişiye ait olması durumu tartışılabilir. Bu durumda sistemin malikinin TCK'nın 244/1 ve 2. fıkralarında sayılan eylemleri gerçekleştirerek bir başkasına ait kıymetleri ele geçirmesi söz konusu olabilir. Bu durumda kanaatimizce güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçları gündeme gelebilir. Zira sistemin malikinin TCK'nın 244. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki eylemlerinin kendisine ait sistem üzerinde gerçekleşmesi söz konusudur.

Tüzel kişilerin suçun faili olması mümkün değildir<sup>51</sup>. Tüzel kişi haklara ve borçlara sahip olabilir<sup>52</sup>. Tüzel kişi, kanunlar ve yasalar tarafından tanınan ve sınırlı sorumluluklara ve yetkilere sahip olan bir hukuki varlıktır. Birer tüzel kişi olan şirket, dernek, vakıf ve kooperatiflerin ceza hukukunda fail olması mümkün değildir. Ancak tüzel kişiler, kendi içsel işleyişlerine ve yönetim yapılarına sahiptirler. Bu nedenle tüzel kişiler değil, onların sevk ve idaresinde görev alan gerçek kişiler fail olabilir.

Gelişen yapay zeka teknolojisi sayesinde, yapay zekaya sahip robotların sorumluluğu da tartışılmaya başlanmıştır. Kabul gören görüş; insan dışında bir varlığın fail olamayacağıdır<sup>53</sup>. Robotların kusur yeteneğinden bahsedilemeyeceği için başkasının fiilinden doğan sorumluluk ilkelerinin daha uygun olacağı öne sürülmektedir<sup>54</sup>.

Mağdurdan bahsedebilmek için, konusu suç olan eylem nedeniyle, ceza normu ile koruma altına alınan hukuki yararın ihlal edilmesi ya da tehlikeye düşürülmesiyle, haksızlığa uğramak gerekmektedir<sup>55</sup>. Bir başka deyişle mağdur, suç konusu olan sujenin hâmilidir<sup>56</sup>. Bu suçun mağ-

<sup>51</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 114.

<sup>52</sup> KATOĞLU, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61 (2), 2012, s. 669; ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstakları", Journal of Judgments by the Court of Jurisdictional Disputes/Uyusmazlık Mahkemesi Dergisi, 7, 2016, s. 378.

<sup>53</sup> ALTUNÇ, Sinan, "Robotlar, Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku", Researchgate: [https://www.researchgate.net/publication/336406393\\_Robotlar\\_Yapay\\_Zeka\\_ve\\_Ceza\\_Hukuku](https://www.researchgate.net/publication/336406393_Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku) 2019, s. 6. (Erişim Tarihi: 13.10.2023).

<sup>54</sup> ALTUNÇ, s. 8.

<sup>55</sup> BAŞ, Eylem, Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur, Ankara 2021, s. 527-528.

<sup>56</sup> ÖZGENÇ, s. 211-212.

duru için özel bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle herkes suçun mağduru olabilir. Fiil nedeniyle zarara uğrayan herkes, suçun mağduru olarak kabul edilebilir. Doktrinde bu konuda fikir birliği bulunmaktadır<sup>57</sup>. Tüzel kişilerin, suçun mağduru olup-olamayacakları tartışmasına burada yer verilmeyecektir.

## 2. Hareket ve Netice

Hareket, İnsanın iradi ve belli bir amaca matuf olarak gerçekleştirdiği davranışlardır. Fiil ya da hareket, her suçta bulunması gereken zorunlu unsurdur<sup>58</sup>. Her suç tipi için icra edilmesi gereken bir fiil ya da sergilenmesi gereken bir davranış veya ihmal edilen bir hareket bulunmalıdır<sup>59</sup>. Seçimlik hareket, yasada gösterilen hareketlerden bir veya birkaçının yapılmasıyla suçun meydana geldiği fiillerdir<sup>60</sup>.

TCK'nın 244/1. fıkrasında bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması suçu düzenlenmiştir ve suç serbest hareketli bir suçtur. Hangi hareketlerle sistemin engelleneceği veya bozulacağına ilişkin belirleme bulunmamaktadır. TCK'nın 244/2. fıkrasında ise verileri bozma, yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme hareketleri suç olarak tanımlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 244/4. fıkrasında yer alan; haksız çıkar sağlama suçu, bir ve ikinci fıkradaki hareketlerle işlenebilmektedir. Bunlardan herhangi birinin gerçekleştirilmesi ile çıkar sağlanmışsa suç oluşacaktır. Sayılan hareketlerden, birden fazlası bir arada gerçekleştirilebilir<sup>61</sup>. Haksız çıkarın nasıl sağlanacağı önceki fıkralarda somutlaştırıldığından, bağlı hareketli suç vardır.

<sup>57</sup> DÜLGER, s. 342; AKBULUT, Bilişim Alanında Suçlar, s. 232.

<sup>58</sup> GÖKTÜRK, Neslihan/ÖZGENÇ, İzzet/ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukukuna Giriş, 1. Bası, Eskişehir 2012, s. 20.

<sup>59</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 90; AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 254; TÜRAY, Aras, "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17 (3), 2020, s. 116.

<sup>60</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 122; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, s. 223.

<sup>61</sup> AKBULUT, Bilişim Alanında Suçlar, s. 234.

Bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle haksız çıkar elde suçlarının; verileri değiştirme, bilgisayarlara/ağlara izinsiz girme, bilgisayar sorunları veya virüsleri gibi zararlı kodlar gönderme, casus yazılım yükleme ve kimlik avı gibi seçimlik hareketlerle işleneceği Anglo-Sakson hukukunda kabul edilmektedir<sup>62</sup>.

Haksız yarar sağlama, neticeli<sup>63</sup> suçlardandır. Kanun koyucu haksız bir çıkar sağlanması şartı aramıştır<sup>64</sup>. Ayrıca bir tehlike değil, zarar suçudur<sup>65</sup>. Suçun oluşumu bakımından haksız bir menfaatin elde edilmesi gerekmektedir. Haksız menfaat elde edilirken; genellikle mağdurun da zarara uğraması gerekir. Mağdur, en azından, bir kardan yoksun kalmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ankesörlü telefonlarla görüşmeye yarayan kart üzerindeki manyetizmaya müdahale edilerek (esasinda kontörü bulunmayan kart ile) ücretsiz görüşme yapılmasına ilişkin kararında; eylemi, kanunun 244/4. fıkrası kapsamında görmüştür. Karar isabetlidir. Zira kart üzerindeki tahrifat verileri bozma niteliğindedir ve bu surette haksız çıkar elde edilmiştir. Ücreti mukabilinde yapılması gereken görüşmenin, iletişim operatörünü kardan yoksun bıraktığı açıktır. Bu nedenle haksız çıkar sağlama suçunu zarar suçu olarak kabul etmekteyiz.

Kanun, bu suçun oluşabilmesi bakımından failin tipik hareketleri sonucunda, failin hakkı olmayan menfaat sağlanması koşulunu aramaktadır. Haksız menfaat, hukuka aykırı her türlü çıkar olarak tarif edilmiştir<sup>66</sup>. Haksız menfaat/çıkar ifadesinden, hukuka aykırı olarak elde edi-

<sup>62</sup> Computer and Internet Fraud, Legal Information Institute, November 2020, [https://www.law.cornell.edu/wex/computer\\_and\\_internet\\_fraud](https://www.law.cornell.edu/wex/computer_and_internet_fraud) (Erişim Tarihi: 13.10.2023).

<sup>63</sup> Neticeli suçlar; “maddi unsurun gerçekleşmesi için kanuni tanımında hareketin yanında ondan ayrı olarak dış dünyada meydana gelen değişikliğin arandığı suçlar” olarak tanımlanmaktadır. **AKBULUT**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 136; Ayrıca neticeli suçların tamamlanması için hareketin icrasının yanında, kanunda öngörülen neticenin gerçekleşmesi şarttır. **ÇETİNTÜRK**, Ekrem/**TÖNGÜR**, Ali Rıza, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s. 77; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 130.

<sup>64</sup> **DÜLGER**, s. 358.

<sup>65</sup> **AÇIKGÖZ**, s. 75; aksi görüş için bkz. **DÜLGER**, s. 359; Haksızlık teşkil eden eden bir fiilin işlenmesi sonucunda, suçun konusu üzerinde bir zarar meydana geliyorsa; suç, zarar suçudur. **ÖZGENÇ**, s. 209.

<sup>66</sup> **MERAN**, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara 2008, s. 573.

len fayda anlaşılmaktadır. Suçun kanuni tanımında, haksız çıkar ifadesi tipikliğe ait bir unsura işaret etmektedir. Dolayısıyla haksız çıkar olmadığında; tipiklik gerçekleşmeyecek, dolayısıyla suç oluşmayacaktır. Haksız çıkar yönündeki belirleme tipik hareketi nitelediği için, burdaki haksız çıkar sağlama tipiklik içerisinde değerlendirilmelidir<sup>67</sup>. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nde yer alan 'maddi menfaat sağlamak amacıyla' ifadesi yerine TCK'nın 244. maddesinde 'haksız çıkar sağlanması' şeklinde belirlemeye yer verilmiştir<sup>68</sup>.

## B. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru, faille eylem arasındaki manevi bağa taalluk etmektedir<sup>69</sup>. Failin bilerek ve isteyerek hareket etmesi halinde kastından bahsedilir. Failin, hukuk düzeni tarafından yasaklanan davranışı sergilerken kasten mi hareket ettiği, yoksa taksirle mi hareket ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bazı suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bazılarının ise taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Suç bakımından failin, tipik haksızlık unsurları açısından kast veya taksirle hareket ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir<sup>70</sup>. Yasanın 22. maddesi ise açıkça belirtilen hallerde ve suçun taksirle işlenebileceği hallerde failin sorumluluğuna gidilebileceğini hüküm altına almıştır.

Haksız yarar sağlama suçunun manevi unsuru kasttır. Suçun taksirli biçimine yer verilmemiştir. Eylemin yasanın 244/4. fıkrasındaki suçun oluşması için failin, aynı maddenin birinci ve ikinci fıkrada yer verilen eylemlerden birini gerçekleştirmesi gereklidir. Ayrıca fail, gerçekleştirdiği bu fiillerle haksız çıkar sağlamalıdır. Elde etmeye çalıştığı bu menfaatin kendisi veya başkası yararına olmasının önemi bulunmamaktadır. Failin temin etmeye çalıştığı bu yararların haksız olduğunu bilmesi de gerekir. Bu konuda çalışmaları bulunan bazı yazarlar ise failin genel kastının yanında haksız çıkar sağlamaya yönelik kastının bulunması gerek-

<sup>67</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 265.

<sup>68</sup> KOÇOĞLU, s. 167.

<sup>69</sup> ÇETİNTÜRK/TÖNGÜR, s. 148.

<sup>70</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 146.

tiğini ileri sürmektedir<sup>71</sup>. Özel hukuka aykırılık durumunda olduğu gibi failin özel olarak tanımlanan ‘haksız çıkar sağlamaya’ yönelik kastının bulunması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>72</sup>. Bazı yazarlar ise suçun olası kastla da işlenebileceği görüşündedir<sup>73</sup>. Kanaatimizce suçun oluşması için genel kast yeterlidir. Suç, normatif olarak tanımlandığı şekliyle, haksız çıkar sağlama suçudur. Burada bahsedilen menfaatin, haksız olduğunun fail tarafından bilmesi yeterlidir<sup>74</sup>. Bu nedenle başkaca özel bir kastın (amaç veya saikin) bulunması gerekmemektedir.

### C. Hukuka Aykırılık

İşlenen herhangi bir suç bakımından ‘hukuka aykırılık’, karine olarak mevcut sayılır<sup>75</sup>. Varsa hukuka uygunluk nedenleri her suç bakımından incelenmelidir. Hâkim kanaate göre, ‘*bilişim sistemi yoluyla haksız çıkar sağlama*’ suçu açısından, hukuka aykırı yarar sağlanması şeklindeki normatif tanım nedeniyle; hukuka aykırı yarar tipikliğe ait bir kavramdır. Bazı suçlarda hukuka aykırılığın özel olarak belirtilmesi durumunda ‘*hukuka özel aykırılık*’ ifadesi kullanılmaktadır<sup>76</sup>. TCK 244/4 bu neviden bir düzenleme içermektedir. Yasanın özel hukuka aykırılık içerir şekilde kaleme alınmasının sebebi, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’ne dayanmaktadır. Zira sözleşmede tanımlanan suçlar bakımından hukuka aykırılık koşulu temel bir ilke olarak zikredilmiştir<sup>77</sup>. Bu nedenle hukuka aykırılığı, bu suç açısından tipiklik içerisinde değerlendirmekteyiz.

Suç bakımından rızanın varlığı halinde tipikliğin gerçekleşmesi engellenmiş olacaktır<sup>78</sup>. Kanunen veya sözleşmeyle verilen yetkiye daya-

<sup>71</sup> DOĞAN, s. 149.

<sup>72</sup> ÖZGENÇ, s. 292.

<sup>73</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 849.

<sup>74</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 883.

<sup>75</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 265.

<sup>76</sup> TURHAN, Oğuz, Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar (Siber Suçlar), Planlama Uzmanlığı Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Ankara 2006, s. 139.

<sup>77</sup> İÇEL, Kayıhan, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”, Journal of Istanbul University Law Faculty, Cilt 59 (1-2), 2001, s. 8.

<sup>78</sup> DÜLGER, s. 362.

narak fiilin gerçekleşmesi halinde çıkarın haksızlığından bahsedilemeyecektir. Yine, velayet hakkı nedeniyle; çocuğun malları üzerinde tasarruf yetkisi bulunan velinin fiili de -velayet hakkı kapsamında kalmak şartıyla- hukuka aykırı yarar sağlama suçunu oluşturmayacaktır<sup>79</sup>.

#### D. Nitelikli Hal

Bilindiği gibi, suçun temel haline göre; daha az ceza gerektiren veya daha fazla yaptırım ihtiva eden hallerinin düzenlenmesine; *'suçun nitelikli unsurları'* veya *'suçun nitelikli halleri'* adı verilmektedir<sup>80</sup>. Nitelikli haller, suçun oluşması için aranan unsurlara ilave olarak suçu daha ağır ya da daha hafif hale getiren unsurlardır. Çeşitli sebeplere dayanan bu nitelikli unsurların yokluğu suçu ortadan kaldırmamaktadır<sup>81</sup>.

TCK'nın 244/4. maddesinde hüküm altına alınan *'bilgi sistemi yoluyla haksız çıkar sağlama'* suçuna ilişkin nitelikli hal, madde metninde yer almamaktadır. Örneğin suçun görevli memur tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Memurun bu yolla haksız çıkar sağlaması içtima hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Ancak Terörle Mücadele Kanunu'nda, bu suçların terör örgütünün faaliyeti kapsamında icra edilmesi durumunda nitelikli halin uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>82</sup>. Konumuz olan suç; TMK'nın 4. maddesindeki katalogda yer almaktadır. TCK 244/4'te yer verilen suçun, var olan terör örgütü tarafından işlenecek olursa, Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesinde ifade edilen nitelikli hal uygulanacaktır.

Öte yandan, haksız çıkar sağlama suçunun kamu görevlisi tarafından işlenmesi şeklinde bir nitelikli hale, madde metninde yer verilmemiştir. Bu durumda TCK'nın 266. maddesinde hüküm altına alınan *'Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma'* suçuna müracaat etmek gerekebilir. Zira 266. maddede *"Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, il-*

<sup>79</sup> AKBULUT, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 260.

<sup>80</sup> AKBULUT, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 163.

<sup>81</sup> ÇETİNTÜRK/TÖNGÜR, s. 146.

<sup>82</sup> AKBULUT, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 261.



*gili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır”* denilmiştir. Buna göre kamu görevlisinin görev ve sıfatının göz önünde bulundurulmadığı yasanın 244/4. fıkrası açısından, 266. maddesinin tatbiki mümkündür. Kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulundurduğu bilişim araçlarıyla, haksız menfaat elde etmesi halinde verilecek ceza artırılabacaktır.

## **V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ**

### **A. Teşebbüs**

Teşebbüs hükümleri TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Teşebbüs durumunda suç tamamlanamamış fakat fail, icra hareketine başlamıştır. Bazı yazarlara göre; teşebbüs halinin cezalandırılması cezayı genişletici bir özelliğe sahiptir<sup>83</sup>. Zira fail, tamamlanmayan bir suç dolayısıyla sorumlu tutulmaktadır.

Bilişim sistemi aracılığıyla haksız çıkar sağlama suçuna teşebbüs mümkündür. Suça teşebbüs bakımından özel bir durum söz konusu değildir. İcra hareketinin başlamasına rağmen çıkar sağlanamamışsa, failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı nazara alınmalıdır. Failin kastının hangi suça yönelik olduğunun anlaşılabilmesi durumunun tartışılması gerekmektedir. Fail haksız yarar sağlama amacıyla 244/1-2. fıkralarında sayılan seçimlik hareketleri tamamlarsa (haksız çıkar sağlama amacıyla), faile 244/4. fıkrasında yer alan suça teşebbüsten ceza tayin edilmelidir<sup>84</sup>. Zira fail haksız menfaat sağlamaya yönelik seçimlik hareketleri yerine getirmiş, fakat elinde olmayan nedenlerle haksız yarar sağlayamamıştır. Failin kastının haksız bir menfaat/yarar elde etmeye yönelik olduğu tespit edilememiş, fakat yasanın 244/1-2. fıkralardaki seçimlik hareketlerin tamamlandığı hallerde yalnızca 244/1-2. fıkradan hüküm kurulmalıdır<sup>85</sup>. Zira bu halde failin eyleminin 244/4. fıkradaki suça teşebbüs ettiği belirlenememektedir. Burada belirleyici olan failin saikinin tespit edilmesidir.

<sup>83</sup> **AKBULUT**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 258.

<sup>84</sup> **AÇIKGÖZ**, s. 110.

<sup>85</sup> **DÜLGER**, s. 352.

Öte yandan fail, suç işlemeye matuf eylemlerinden, kendi ihtiyariyle vazgeçer ya da şahsî gayretiyle suçun tamamlanmasına mani olursa, gönüllü vazgeçme müessesesi gündeme gelecektir. Gönüllü vazgeçme, yasanın 36. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Çoğu yazar müesseseyi, ‘*cezayı kaldıran şahsî sebep*’ olarak nitelemektedir<sup>86</sup>.

Konumuz bakımından, çıkar sağlanıncaya kadar fail vazgeçebilir. Gönüllü vazgeçme hükümlerine göre; failin vazgeçme anına değin gerçekleştirildiği eylemler başka normu ihlal ediyorsa, fail o eyleme karşılık gelen cezaya çarptırılır. Konumuz bakımından, haksız çıkar sağlama suçundan cezalandırılmaz<sup>87</sup>. Koşulların varlığı halinde gönüllü vazgeçme hükümlerine başvurulacaktır. Elbette failin gönüllü olarak vazgeçtiği aşamaya kadar meydana gelen suçlardan sorumluluğu devam edecektir.

Bilişim alanında suçlar bakımından kanun koyucu etkin pişmanlık müessesesine yer vermemiştir. Bilişim alanında suçlar malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olsaydı, TCK’nın malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiği 168. maddesinin uygulanması gündeme gelebilecekti. Yahut bilişim suçları özelinde etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmesi gerektiği öne sürülebilir.

## B. İştirak

Suç konusu eylemi, tek bir kişinin gerçekleştirdiği hallerde iştirakle ilgili herhangi bir sorun yaşanmaz<sup>88</sup>. Birden fazla failin suç üzerinde ortak hâkimiyet kurduğu hallerde de müşterek faillik söz konusudur<sup>89</sup>. Müşterek faillerin sorumluluğu bağlilik kuralından doğmamaktadır. Zira müşterek failer suç üzerinde birlikte hâkimiyet kurmaktadır.

<sup>86</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 438; ÖZGENÇ, s. 428; “Manzini kanun koyucunun, failin vazgeçme iradesini yasallaştırdığını ve cezai sorumluluğunu kaldırdığını; Rossi vazgeçmenin kendine özgü bir cezayı kaldıran neden olduğunu; Vannini vazgeçmenin cezalandırmayı kaldıran subjektif neden olduğunu ifade etmişlerdir”. AKDAĞ, Hale, “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3 (2), 2013, s. 97.

<sup>87</sup> AKBULUT, Bilişim Alanında Suçlar, s. 262.

<sup>88</sup> AYDIN, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, s. 60.

<sup>89</sup> TOROSLU, s. 326; AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 279; ÇETİN-TÜRK/TÖNGÜR, s. 312.

TCK, azmettirme ve yardım etme şeklinde şerikliğin iki türüne yer vermiştir. Yardım eden, fiili icra etmemektedir, bu yönüyle failden ayrılır<sup>90</sup>. Suça yardım, yasanın 39. maddesinde düzenlenmiştir. Faile, suçun işlenişi ile ilgili olarak katkı sağlayan kişiler, yardım eden olarak sorumlu tutulur. Ancak yardımcının katkısı somut olmalıdır.

Bir başka şeriklik türü ise azmettirmedir. Azmettiren kişi faili daha önce işlemeyi düşünmediği bir suçu işlemeye ikna eden kişidir<sup>91</sup>. Azmettirme hükümleri yasanın 38. maddesinde yer almaktadır. Bağlılık kuralı gereğince; bir başkası tarafından gerçekleştirilen suça olan etkileri nedeniyle şerikler, cezalandırılır.

Bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlama suçunun, iştirakin her türüyle işlenmesi mümkündür. Konumuz olan suç, iştirak hükümlerinin uygulanması açısından ayrıcalık göstermemektedir. TCK'nın 37. ve devamı maddelerine göre, iştirak hükümleri uygulanacaktır.

### C. İçtima

TCK'nın 244/4. maddesindeki düzenlemenin yardımcı norm olduğu yukarıda izah edilmiştir. Yardımcı/tali normun sonralığı, asli normun önceliği kuralları mucibince; TCK'nın 244/4. maddesi, failin hareketine uyan başka suç bulunmaması durumunda uygulanabilecektir. '*Bilişim sistemi yoluyla haksız çıkar sağlama*' suçu ile paralel nitelikteki suçlar açısından suçların içtima olası değildir. Zira anılan maddede açıkça, eylemin "başka bir suç oluşturmaması" şartı aranmıştır. O halde hareketin başka bir suça taalluk etmesi halinde, diğer suça ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>92</sup>. Bu durumda; TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima değil, görünüşte içtima kuralları devreye girmektedir<sup>93</sup>. Tali normun sonralığı, görünüşte içtima ilişkisidir.

Fail, sözü geçen haksız çıkarı, hem dolandırmakla hem de bilişim sistemini kullanmak suretiyle sağlarsa yalnızca dolandırıcılık (TCK'nın

<sup>90</sup> AYDIN, s. 276.

<sup>91</sup> AYDIN, s. 209.

<sup>92</sup> DÜLGER, s. 355.

<sup>93</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 551.

157. maddesi vd.) suçundan sorumlu tutulacaktır. Yardımcı normun sonralığı ilkesi olarak da anılan, tali normun sonralığı ilkesine göre; uygulanacak asli bir norm varsa, bunun öncelikle uygulanması gerekecektir<sup>94</sup>. Bilişim sistemi vasıtasıyla haksız/hukuka aykırı çıkar sağlama eylemi yardımcı norm niteliğindedir. TCK'nın 244/4 düzenlemesi tamamlayıcı norm niteliğini haiz olduğundan, öncelikle ihlal edilen diğer norm uygulanmalıdır<sup>95</sup>.

'*Bilişim sistemi yoluyla haksız çıkar sağlama*' suçunda fail ayrıca 1. ve 2. fıkrada yer alan suçlardan cezalandırılmayacaktır. Dördüncü fıkradaki suç ile birinci ve ikinci fıkralardaki suçlar arasında fiil tekliği ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunmamaktadır. Yasanın 244/1-2 fıkralarında sayılan hareketler 4. fıkranın seçimlik hareketleridir. Bilişim suçları yoluyla haksız çıkar sağlama suçu, bileşik bir suçtur. Bileşik suç TCK'nın 42. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz*".

Bilişim sistemi aracılığı ile haksız menfaat sağlama suçunun, aynı suçun icrası kararıyla, bir kişiye ait hak ve menfaate karşı, değişik zamanlarda gerçekleştirilmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanır. Zincirleme suçta ilişkin koşullar yasanın 43. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Yasanın 43/1 fıkrasında; "*bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir*". denilmiştir. Buna göre aynı suç işleme iradesi ile farklı zamanlarda bir mağdura yönelik bilişim sistemi üzerinde yukarıda sayılan hareketlerin icrası suretiyle haksız çıkar sağlanması halinde, zincirleme suç hükümleri uygulanarak verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır.

Yasanın 43/2 fıkrasında ise "*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da*", birinci fıkranın uygulanacağı belirtilmiştir.

<sup>94</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 581.

<sup>95</sup> ERDAĞ, s. 291.

Bu halde tek bir fiille birden fazla kişiye yönelik olarak “haksız çıkar sağlama” suçu işlenirse, yine zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

## VI. YAPTIRIM

Kanun koyucu, yasanın 244. maddesinin 4. fıkrasında suçun yaptırımını; iki yıl ila altı yıl arasında hapis cezası olarak tayin etmiştir. Buna ek olarak, beşbin güne kadar adli para cezası verileceği de belirtilmiştir. Suça karşı ihdas edilen müeyyide, birinci ve ikinci fıkradaki suçların cezasına oranla daha fazla olarak belirlenmiştir.

Madde metninde ‘*bilişim sistemi yoluyla haksız çıkar sağlama*’ suçunda nitelikli hallere yer verilmemesi eleştirilmektedir. Aynı şekilde etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmemesi bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir<sup>96</sup>. Zira suçla korunan hukuki değer çoğunlukla maddi değerleri oluşturmaktadır. Bu durumda mağdurun zararlarının tazmin edilmesi beklenir. Bu nedenle etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yine failin kamu görevlisi olması gibi bir nitelikli hale yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Yasada düzenlendiği şekliyle tüzel kişiler<sup>97</sup> hakkında (koşulların varlığı halinde) bu kişilere mahsus güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Tedbirlerin neler olduğu, yasanın 60. maddesinde belirtilmiştir. Bunlar; izin iptali ve/veya müsaderedir. Bu tedbirler, özel hukuk tüzel kişileri için uygulanabilecektir. Yasanın 246. maddesi gereğince “*bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*”. Burada ceza yargıcına takdir hakkı tanınmamıştır.

Sonuç ceza bakımından takdiri indirim nedenleri tatbik edilebilir. Zararın giderilmesi ve koşulların varlığı durumunda, hükmün açıklanması geri bırakılabilir. Yine koşulların varlığı halinde, ceza ertelenebilir. Her iki müessesenin uygulanması bakımından sonuç cezanın iki yıl ve daha az olması ayrıca zararın giderilmiş olması gerekmektedir.

<sup>96</sup> **AKBULUT**, Bilişim Alanında Suçlar, s. 265.

<sup>97</sup> **CENTEL**, Nur, “Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65 (4), 2016, s. 3314.

## VII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

Çalışma konumuz olan suç, şikâyete tabi değildir. Re'sen takip edilen suçlardandır. Uzlaşma<sup>98</sup> ve önödeme<sup>99</sup> de tabi değildir. Çalışma konusu olan suç CMK'nın 253. maddesindeki koşulları taşımadığından uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Aynı şekilde TCK'nın 75. maddesine göre; öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşan suçlarda önödeme kurumuna başvurmak mümkün değildir. Bu suç nedeniyle açılan davaya, suçtan zarar görenlerin katılması mümkündür.

Asliye ceza mahkemeleri bu hususta görevlidir. Yetkili mahkeme CMK'nın 12. maddesine göre belirlenir. Buna göre yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir. Suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda CMK'nın 12/2. fıkrası gereğince son icra hareketinin yapıldığı yer, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesinin yetkili olacağı hüküm altına alınmıştır. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı hallerde mağdurun yerleşim yeri mahkemelerinin yetkili olacağı CMK'nın 12/6. fıkrasında belirtilmiştir. Yetkili mahkeme; suçun icra edildiği yer mahkemesidir. Yasada yer alan seçimlik hareketlerin gerçekleştirildiği yer mahkemesi ve haksız çıkarın sağlandığı yer mahkemesi ve mağdurun yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

## SONUÇ

Bilişim alanında suçlar vasıtasıyla pek çok hukuki değer ihlal edilebilmektedir. Bu yönüyle suçla korunan hukuki değer karma nitelik göstermektedir. Çalışmanın konusu olan TCK'nın 244/4. fıkrasındaki haksız çıkar sağlama suçu karşılaştırmalı hukukta daha çok malvarlığına karşı cürüm niteliğindedir.

TCK'nın 244/4. fıkrasında yer alan haksız çıkar sağlama suçunun; kamu görevlileri tarafından, görevin sağladığı kolaylıkla işlenmesi hali-

<sup>98</sup> **AKBULUT**, Berrin/**AKSAN**, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2019, s. 3; **ÖZBEK**, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54 (3), 2005.

<sup>99</sup> **KAYMAZ**, Seydi/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin, Uzlaşma ve Önödeme: Türk Ceza Kanunu ve Özel Kanunlardaki Uzlaşmaya ve Önödeme Bağlı Suçlar, Ankara 2007, s. 23.

nin, nitelikli hal olarak düzenlenmesi, bize daha isabetli gelmektedir. Bu durumda 'kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma'sı nedeniyle TCK'nın 266. maddesi gereğince cezası artırılır. Ancak bunun için kamu görevlisinin, görevi nedeniyle elinde bulundurduğu araç ve gereçlerle (bilgisayar ya da bilişim araçlarıyla) suçu işlemesi gerekir. Görevi nedeniyle elinde bulundurduğu araçlar dışındaki bilişim sistemleriyle işlenmesi halinde yasanın 266. maddesindeki artırım nedeni uygulanamayacaktır. Bu nedenle, haksız menfaat sağlama suçunun kamu görevlisi tarafından, görevin sağladığı kolaylıkla işlenmesi şeklinde, cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Öte yandan, bu suç açısından korunan etkin pişmanlık müessesesine yer verilmemesi isabetli olmamıştır. haksız menfaat sağlama suçunda, korunan hukuki değer malvarlığı değerleri olduğu baskın görüştür. Suçla korunan hukuki değer malvarlığına yönelik olduğu durumlarda zararın giderilmesine müteallik olarak, etkin pişmanlık kurumuna yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Etkin pişmanlık kurumu hem mağdurun zararının giderilmesi, hem de suçun aydınlatılması ve diğer suç ortaklarının yakalanması açısından daha yararlıdır. Zira bilişim suçlarının soruşturulması ve failerin ele geçirilmesi, sair suçlara göre daha zordur. Ayrıca mali kayba uğrayan mağdurların çoğunlukla zararlarının giderilmesini istedikleri bilinmektedir.

TCK'nın 244/4. fıkrasındaki belirleme; uluslararası düzenlemelerle, özellikle Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ile uyum içerisindedir. Ancak bilişim alanında suçlar bölümünün ortak hükmü olan TCK'nın 246. maddesini eleştirmek mümkündür. Anılan maddede "*Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*" denilmiştir. Bu bölümde hüküm altına alınan suçlar açısından, TCK'nın 246. maddesi ortak hükmüdür. Lehine hukuka aykırı menfaat sağlanan tüzel kişilere yaptırım uygulanacağını belirlenmiştir. Madde metnine bakıldığında; tüzel kişi yararına menfaat sağlayanların kim olduğunun bir önemi olmadığı görülmektedir. Hâlbuki yasanın 60. maddesi; tüzel kişilerin or-

ganlarında bulunan gerçek kişilerin veya tüzel kişiliği temsil edenlerin suça katılması veya bu kişilere tanınan selahiyetin/iznin/yetkinin suis-timal edilmesi halinde güvenlik tedbirlerine başvurulacağını ifade et-mektedir. TCK'nın 60/1. fıkrası ile 246. maddesi arasında anlam birliği bulunmadığını düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ**, Emre İkbal: Bilişim Sistemi Aracılığıyla Haksız Yarar Sağlama Suçu, Ankara 2020.
- AKBULUT**, Berrin/**AKSAN**, Murat: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2019.
- AKBULUT**, Berrin: "Bağlılık Kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XIV (1), 2010, s. 167-214.
- AKBULUT**, Berrin: "Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24 (2), 2016, s. 7-55.
- AKBULUT**, Berrin: Bilişim Alanında Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017.
- AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2020.
- AKDAĞ**, Hale: "Gönüllü Vazgeçme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3 (2), 2013, s. 91-125.
- ALİUSTA**, Cahit/**BENZER**, Recep: "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Cilt 4 (2), 2018, s. 35-42.
- ALTUNÇ**, Sinan: "Robotlar, yapay zekâ ve Ceza Hukuku", Researchgate: [https://www.researchgate.net/publication/336406393\\_Robotlar\\_Yapay\\_Zeka\\_ve\\_Ceza\\_Hukuku](https://www.researchgate.net/publication/336406393_Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku) 2019, s. 1-22.
- AYDIN**, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009.
- BAŞ**, Eylem: Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur, Ankara 2021.
- BAŞBÜYÜK** İsa: "Dijital Çağda Suçla Mücadele: Bir Avrupa Siber-Suç Merkezinin Kurulması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, 2013, s. 1583-1594.
- CENTEL**, Nur: "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65 (4), 2016, s. 3313-3326.
- Computer and Internet Fraud, Legal Information Institute, November 2020, [https://www.law.cornell.edu/wex/computer\\_and\\_internet\\_fraud](https://www.law.cornell.edu/wex/computer_and_internet_fraud) (Erişim Tarihi: 13.10.2023).
- Cybercrime, <https://en.wikipedia.org/wiki/Cybercrime> (Erişim Tarihi: 01.10.2023).



- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları”, *Journal of Judgments by the Court of Jurisdictional Disputes/Uyusmazlık Mahkemesi Dergisi*, 7, 2016, s. 378.
- ÇETİNTÜRK**, Ekrem/**TÖNGÜR**, Ali Rıza: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020.
- DEMİR**, Ömer/**ARIÇ**, Mehmet/**POLAT**, Halil: *Bilişim Suçları ve Bilişim Yoluyla İşlenen Suçlar*, Ankara 2015.
- DOĞAN**, Ramazan: *Bilişim Suçları, Adalet*, Ankara 2015.
- DÜLGER**, Murat Volkan: *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 7. Baskı, Ankara 2020.
- ERDAĞ**, Ali İhsan: “Bilişim Alanında Suçlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIV (2), 2010, s. 275-303.
- ERSOY**, Yüksel: “Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49 (3), 1994, s. 149-183.
- ESEN**, Sinan: *Malvarlığına Karşı Suçlar Belgede Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Ankara 2007.
- FINKLEA**, Kristin M./**THEOHARY**, Catherine A.: “Cybercrime: Conceptual Issues for Congress and U.S. Law Enforcement”, *Congressional Research Service*, <https://sgp.fas.org/crs/misc/R42547.pdf> 2012 Erişim Tarihi:03.02.2023.
- GÖKTÜRK**, Neslihan/**ÖZGENÇ**, İzzet/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: *Ceza Hukukuna Giriş*, Eskişehir 2012.
- İÇEL**, Kayihan: “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, Cilt 59 (1-2), 2001, s. 3-10.
- İÇEL**, Kayihan: “Görünüşte Birleşme (içtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 14, 2008, s. 35-49.
- JOSEPH**, Aghatise E.: “Cybercrime Definition”, <https://www.crime-research.org/articles/joseph06/> (Erişim Tarihi: 10.10.2023).
- KATOĞLU**, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61 (2), 2012, s. 657-694.
- KAYMAZ**, Seydi/**GÖKCAN**, Hasan Tahsin: *Uzlaşma ve Önödeme: Türk Ceza Kanunu ve Özel Kanunlardaki Uzlaşmaya ve Önödemeye Bağlı Suçlar*, Ankara 2007.
- KESKİN**, Serap, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İÜHFM*, Cilt 59 (1-2), 2001, s. 155-160.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018.
- KOCA**, Mahmut: “Avrupa Siber Suç Sözleşmesi’nin Maddi Ceza Hukuku Alanında Öngördüğü Düzenlemeler ve Türk Hukuku”, *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C. III., 2003, s. 785-816.

- KOÇOĞLU**, Seda: Bilişim Sistemine ve Sistemdeki Verilere Müdahale ile Bilişim Sistemi Aracılığıyla Haksız Çıkar Sağlama Suçları (TCK m.244), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- LEHMAN**, Jeffrey/**PHELPS**, Shirelle: West's Encyclopedia of American Law, Cilt: 3, Thomson/Gale Press, Detroit 2005.
- McGUIRE** Mike/**DOWLING**, Samantha: "Cyber Crime: A Review of the Evidence", Home Office Research Report (75), 2013, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/246749/horr75-summary.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/246749/horr75-summary.pdf) (Erişim Tarihi:30.05.2023).
- MERAN**, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik-Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar, Ankara 2008.
- ÖNDİN**, Hasan Burak: Türk Hukukunda Doğrudan Bilişim Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2018.
- ÖNOK** Murat, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19 (2), 2013, s. 1229-1270.
- ÖZBEK**, Mustafa: "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54 (3), 2005.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2013.
- ŞAMLI**, Rüya: "Türk ve Dünya Hukukunda Bilişim Suçları", Akgül, Mustafa/Derman, Ethem/Çağlayan, Çağlayan/Özgit, Attila/Yılmaz, Tuğrul (Editörler), Akademik Bilişim'10 - XII., Muğla 2010.
- TAŞKIN**, Şaban Cankat: Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2008.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2014.
- TOROSLU**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018.
- TURHAN**, Oğuz: Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar, Planlama Uzmanlığı Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Ankara, <http://www.bilgitoplumu.gov.tr>, Erişim Tarihi:22.12.2018.
- TÜRAY**, Aras: "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17 (3), 2020, s. 115-154.
- UÇAR**, Ahmet: Bankacılık Sektöründe Bilişim Suçları, E-kitap, [https://books.google.com.tr/books/about/Bankac%C4%B1l%C4%B1k\\_Sekt%C3%B6r%C3%BCnde\\_Bili%C5%9Fim\\_Su%C3%A7ları.html?id=gYU4V6\\_neTcC&redir\\_esc=y](https://books.google.com.tr/books/about/Bankac%C4%B1l%C4%B1k_Sekt%C3%B6r%C3%BCnde_Bili%C5%9Fim_Su%C3%A7ları.html?id=gYU4V6_neTcC&redir_esc=y), Erişim Tarihi:11.07.2022.

# TOPLUMSAL CİNSİYET VE HUKUK BAĞLAMINDA ÇİFT CİNSİYETLİLERİN ASKERLİK HİZMETİNİ YÜRÜTMESİ\*

Arş. Gör. Muhammed Ali AKAY\*\*

## ÖZET

Çift cinsiyetlilik çeşitli hukuk sistemleri açısından yasal olarak kabul görme- yen, hukuki tanınırlığı bulunmayan bir biyolojik durum olarak karşımıza çık- maktadır. Bu durumda olan, erkek ve kadın cinsiyetlerine dayalı tipik ikili cin- siyet ayrımıyla uyuşmayan bireyler açısından toplumsal yaşam içerisinde çeşitli zorluklarla karşılaşmak, mağduriyetler yaşamak maalesef kaçınılmazdır.

Çeşitli ülkelerde farklı biçimlerde yürütülmekte olan askerlik hizmeti, Tür- kiye’de zorunlu askerlik hizmeti bağlamında, erler açısından 6 aylık bir süre boyunca devam etmektedir. Bu hizmetin yürütülmesi hususunda temel daya- nak noktası, Anayasa hükümleri ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu başta olmak üzere ilgili mevzuatta yapılan düzenlemelerdir.

Askerlik hizmetinin yürütülmesi, toplumsal cinsiyet eşitsizliği ve toplum üzerinde bir tahakküm oluşturulması bakımından özel bir konuma sahiptir. Zi- ra askerlik hizmeti “*makbul*” vatandaşların yetiştirilmesi ve iktidarların şiddet tekelinin toplumda tam anlamıyla yer edinmesi açısından işlevsel bir rol oyna- maktadır. Zorunlu askerlik hizmetinin erkekler tarafından yürütüleceğini öngö- ren hukuki düzenlemeler, askerlik hizmeti ile birlikte erkeklerin toplum içeri- sindeki rolünü ve egemen konumunu pekiştirmekte; “*hegemonik erkeklik*” ifade- siyle de anılmakta olan yaklaşımı topluma dayatmaktadır. Bireylerin toplumsal cinsiyet rolleri bağlamında kadınsı (feminen) veya erkeksi (maskülen) şeklinde sınıflandırılması ve buna göre toplumun şekillendirilmesi hususunda da asker- lik hizmeti önemli bir rol icra etmektedir. Çift cinsiyetli bireylerin askerlik hiz- metini zorunlu olarak yürütmesi bu bağlamda çeşitli sorunlar doğurmaktadır.

---

\* Bildiri, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk dersi çerçevesinde hazırlanan ödevden türetilmiştir.

\*\* Arş. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, e- posta: makay@gantep.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3096-8568.

Askerlik açısından belirlenen kalıpyargılarla uyumlu olmayan çift cinsiyetlilerin askerlik hizmetini sağlıklı bir biçimde yürütmelerinin yahut vatani hizmetlerini farklı şekillerde yerine getirmelerinin temin edilmemesi halinde ortaya çıkan sorunlara ve mağduriyetlere karşı çeşitli çözüm yöntemleri geliştirmek elzem hale gelmiştir. Huzurdaki çalışmanın özgünlüğü bu husus üzerinde durulmasından ileri gelmektedir. Temel olarak çalışma konusunun önemi ise bir toplumsal grubun doğuştan gelen özelliklerinin hukuk nezdinde, statüsel olarak kabul görmeyişi sebebiyle ne tür mağduriyetlerin yaşanabildiğinin gösterilmesidir. Yaşanan ve yaşanabilecek olan mağduriyetlere karşı çözüm yolları ilk aşamada hukuk nezdinde yapılacak düzenlemeler ile temin edilebilmektedir. Bunun için de hukuk tarihinden, çeşitli toplumların hukuk sistemlerinde benimsedikleri yaklaşımlardan yararlanılmasında fayda bulunmaktadır.

Meseleye dair öngörülen çözüm yolları, her ihtimalde ve öncelikle, çift cinsiyetli bireylerin hukuken tanınması ve bu bireylere yönelik olarak özel düzenlemelerin yapılması temelinde uygulama alanı bulacaktır. Fiili durum dikkate alınarak hazırlanacak olan teorik düzenlemelerin yanında çift cinsiyetlilerin toplumsal yaşamda kendilerine yer bulmalarını sağlayacak pratik adımlara da ihtiyaç duyulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Toplumsal Cinsiyet, Hukuk, Çift Cinsiyetliler, Askerlik Hizmeti, Hukuk Tarihi.

## **THE CONDUCT OF MILITARY SERVICE BY HERMAPHRODITES IN THE CONTEXT OF GENDER AND LAW**

### **ABSTRACT**

Hermaphroditism appears as a biological condition that is not legally accepted in terms of various legal systems and has no legal recognition. It is unfortunately inevitable for individuals in this situation to encounter various difficulties and grievances in social life for individuals who do not comply with the typical, binary gender distinction based on male and female genders.

Military service, which is performed in different forms in various countries, continues in the context of compulsory military service in Turkey for a period of 6 months for privates. The main basis for the execution of this service is the provisions of the Turkish Constitution and the regulations made in the relevant legislation, especially the Law No. 7179 on Military Service.

The execution of military service has a special position in terms of gender inequality and domination over society. This is because military service plays a functional role in terms of raising "acceptable" citizens and establishing the monopoly of violence of the ruling powers in society. Legal regulations stipulating that compulsory military service is to be carried out by men reinforce the role and dominant position of men in society through military service and impose the approach referred to as "hegemonic masculinity" on society. Military service plays an important role in categorizing individuals as feminine or masculine in the context of gender roles and shaping society accordingly. The compulsory military service of hermaphrodite individuals poses various problems in this context.

It has become essential to develop various solution methods against the problems and victimizations that arise when hermaphrodite individuals who are not compatible with the stereotypes determined in terms of military service are not ensured to carry out their military service in a healthy way or to fulfill their patriotic service in different ways. The originality of the present study stems from its focus on this issue. Basically, the importance of the subject of the study is to show what kind of victimization can be experienced due to the fact that the innate characteristics of a social group are not recognized by the law as status. Solutions to the victimizations that have been experienced and may be experienced can be provided by the regulations to be made in the law at the first stage. For this purpose, it is useful to benefit from the history of law and the approaches adopted by various societies in their legal systems.

The planned solutions for the issue will, in all cases and at first, find application on the basis of the legal recognition of hermaphrodite individuals and the making of special regulations for these individuals. In addition to the theoretical regulations to be prepared by taking into account the actual situation, there is also a need for practical steps to ensure that hermaphrodites find a place for themselves in social life.

**Keywords:** Gender, Law, Hermaphrodites, Military Service, History of Law.

## GİRİŞ

Askerlik hizmetinin yürütülmesi, toplumsal cinsiyet ayrımı doğrultusunda toplumun idare edilmesi ve yönlendirilmesi hususunda öne çıkan özel bir konu başlığıdır. Çift cinsiyetlilik ise, hayatın hemen her alanında

ve hukuksal düzenlemelerde toplumsal cinsiyet kodlarıyla hareket edilerek hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi sebebiyle, tartışmalı ve problemli bir alan oluşturmaktadır.

Çalışmada öncelikle askerlik hizmetinin hukuksal temelleri kısaca açıklandıktan sonra bu hizmetin toplumsal cinsiyet bağlamındaki yeri ve önemi, "hegemonik erkeklik" anlayışının zorunlu askerlik hizmeti çerçevesindeki rolü değerlendirilmiştir. Ardından ikinci bölümün ilk kısmında çift cinsiyetlilik, kavramsal yönüyle ve çift cinsiyetlilerin hukuki statüsü bağlamında ele alınmıştır. İkinci bölümün ikinci kısmında ise çift cinsiyetlilerin askerlik görevi bağlamındaki hukuki durumu açıklanmış; bu süreçte karşılaşılan bazı temel problemler üzerinde durulmuş ve bahse konu problemlerin çözümü hususunda çeşitli yaklaşımlar geliştirilmeye çalışılmıştır.

## **I. TOPLUMSAL CİNSİYET VE HUKUK BAĞLAMINDA ASKERLİK HİZMETİ**

### **A. Hukuksal Açıdan Askerlik Hizmeti**

Çeşitli ülkelerde farklı biçimlerde yürütülmekte olan askerlik, Türkiye'de zorunlu askerlik hizmeti bağlamında, erler açısından, 6 aylık bir süre boyunca devam etmektedir. Bu hizmetin yürütülmesi hususunda temel dayanak noktası, Anayasa hükümleri ve ilgili kanunda yapılan düzenlemelerdir. Söz konusu düzenlemelerden anayasada yer alan, "vatan hizmeti" başlığıyla düzenlenmiştir. Bu düzenlemede her Türk vatandaşı için hak ve ödev olarak değerlendirilen vatan hizmetinin silahlı kuvvetler nezdinde veya farklı şekillerde yerine getirilebileceği üzerinde durulmuş olup vatan hizmetinin silahlı kuvvetler haricinde de farklı birimlerde yerine getirilebileceği prensibi benimsenmiştir.<sup>1</sup>

7179 sayılı Askerlik Kanununda, askerlik hizmetinin münhasıran erkek vatandaşlar açısından zorunlu tutulması esası uygulama alanı bul-

<sup>1</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY), Resmî Gazete 17863 (Mükerrer) (9 Kasım 1982), Kanun No. 2709, md. 72: "Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir."

muştur.<sup>2</sup> Tanzimat döneminden bu yana Osmanlı Devleti'nde ve Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulama alanı bulan askerlik hakkındaki temel yasal düzenlemelerde de bu esas benimsenmiş olup erkek vatandaşlar açısından askerlik vazifesini yapma mecburiyeti kabul edilmiştir. Anayasada ve Askeralma Kanununda yer alan düzenlemeler doğrultusunda kural olarak her erkek vatandaşın 20 yaşına girdikten sonra askerlik çağına ulaştığı kabul edilmekte ve bu bireyler askere çağrılmaktadır.<sup>3</sup>

## B. Toplumsal Cinsiyet Açısından Askerlik Hizmeti

Cinsiyet yönünden, askerlik hizmetinin erkekler açısından zorunluğu olduğu, ilgili yasal düzenlemelerden anlaşılabilir. Anayasa'da öngörülen düzenleme aslen farklı cinsiyetlerden kişilerin de askere alınmalarına imkân verirken kanuni düzenlemelerde yalnızca erkekleri alma yönünde hareket edilmesinin arka planında toplumsal cinsiyet algısı önemli bir yer tutmaktadır.

Toplumsal cinsiyet, sosyo-kültürel açıdan kadın veya erkek cinsiyetleriyle bağdaştırılan yahut bu cinsiyetlere yüklenmekte olan manaları ve beklentileri yansıtmaktadır. Toplumsal cinsiyet, aynı zamanda psikolojik özellikleri de içermekte olup bireylerin "kadınsı" veya "erkeksi" şeklinde karakterize edilmesini de ifade etmektedir.<sup>4</sup>

Askerlik hizmeti, kişilerin kadınsı (feminen) veya erkeksi (maskülen) şeklinde sınıflandırmak hususunda temel bir fonksiyon icra etmektedir. Ulus devletlerin, özel olarak ordu gibi bazı devlet kurumları üzerinden toplumsal hayatı cinsiyet ayrımı doğrultusunda biçimlendirmesini sağlamak hususunda işlevsel bir rol oynayan askerlik hizmeti, devletlere kendi ideolojileri doğrultusunda "makbul vatandaşlar" oluşturma olanağı sunmaktadır.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Askeralma Kanunu (ASK), Resmî Gazete 30813 (26 Eylül 2019), Kanun No. 7179, md. 4/1: "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek, askerlik hizmeti yapmaya mecburdur."

<sup>3</sup> AYIN, Faruk, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan Sonra Askeralma Kanunları (1839-1914), Genelkurmay Basımevi, Ankara 1994, s. 31; ÖZGÜN, Cengiz, "Türkiye'nin Askerlik Sisteminin Tarihsel Süreç Bağlamında İncelenmesi", Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, S. 4, 2017, s. 56, 81.

<sup>4</sup> DÖKMEN, Zehra Y., Toplumsal Cinsiyet, Remzi Kitabevi, İstanbul Mart 2015, s. 20.

<sup>5</sup> ÜSTEL, Füsün, "Makbul Vatandaş"ın Peşinde II. Meşrutiyet'ten Bugüne Vatandaşlık Eğitimi, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 182.

Devletler makbul vatandaşlarını oluşturma sürecinde Foucault'nun deyimiyle kamp modelinden ve içine kapatma ilkesinden yararlanmaktadır. Hastaneler, hapishaneler, eğitim kurumları ve nihayet ordugahlar, devletin oluşturduğu toplumsal normların benimsetildiği, hiyerarşik düzenin ve disiplin anlayışının oluşturulduğu ortamlardır. Bu ortamlar eliyle vatandaşlar hem baskı sonucunda hem de kendilerine benimsetilen normlar çerçevesinde geliştirilen özel bir tür rıza hali ile yönetime itaat etmekte ve tabi olmaktadır.<sup>6</sup>

### 1. Toplumsal Cinsiyet Rollerinde Bağlamında Askerliğin Yeri ve Önemi

Toplumsal cinsiyet çerçevesinde belirlenen kadınsı ve erkeksi roller, ilgili cinsiyet grubu açısından "uygun ve makul" görülen duygularla, eylem ve yaklaşımlarla hareket edilmesi esasına dayanmakta olup bu şekilde toplumsal cinsiyet farklılıkları ortaya konur. Bu ayrım bağlamında kadınlara ve erkeklere biçilen bazı "kalıpyargılar" mevcuttur.

Kalıpyargılar, kadınların duygusal, nazlı, bağımlı, zayıf, hassas, güzel ve konuşkan; erkeklerin ise bağımsız, güçlü, yakışıklı, kavgacı, cesur, sert ve kaba olmasını öngörmektedir. Bu kalıpyargılar çerçevesinde sosyal yaşam içerisinde meslek alanları itibarıyla da sınıflandırmalara gidilmiştir. Kadınlar; duyarlı, ilgili, bakım işlerine uygun vb. çerçevede ele alındığından, kendilerinden ev kadını, öğretmen, hemşire vb. olmaları beklenmektedir. Erkekler ise bağımsız, atılgan, kuvvetli vb. olarak algılandığından onların da asker, mühendis, tüccar vb. meslekleri tercih edebilecekleri kanısı mevcuttur. İlgili beklentiler, talepler ve algı durumu çerçevesinde askerlik hizmeti erkeksilikle ele alındığından, bir "erkek mesleği" olarak değerlendirildiğinden, bu alan toplumsal cinsiyet açısından önemli bir role sahip olmaktadır.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> AĞIN, Eren, "Michel Foucault'nun Çalışmalarında Panoptikon, Kapatılma ve Okul Kurumu", Eğitim Bilim Toplum Dergisi, C. 20, S. 79, 2022, s. 71; FOUCAULT, Michel (Çeviren: Kılıçbay, Mehmet Ali), Hapishanenin Doğuşu, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara Temmuz 1992, s. 265.

<sup>7</sup> DÖKMEN, s. 24.



## 2. Hegemonik Erkeklik

Askerlik hizmeti, erkeklerin ve kadınların farklılaştırılması, toplumda "hegemonik erkeklik" olarak da ifade edilen rolün belirginleştirilmesi açısından devletler nezdinde işlevsel bir araç olarak kullanılabilir. Toplum mühendisliğinin de bir parçası olarak değerlendirilebilecek olan, zorunlu askerlik hizmetinin erkekler tarafından yürütüleceğini öngören hukuki düzenlemeler, askerlik hizmeti ile birlikte erkeklerin toplum içerisindeki rolünü ve egemen konumunu pekiştirmektedir.

Özellikle ataerkil toplumlarda, erkeklerin "doğal olarak" şiddet kullanmaya daha yatkın oldukları ve bu hususta bir tekellerinin bulunduğu anlayışı yaygındır. Bu ön kabul, erkek çocuklara küçük yaşlardan itibaren şiddet kullanmayı öğretme şeklinde tezahür eder. Erkekler şiddete başvurarak ailelerinde kendilerine yer edinir ve itaat ettirmeyi bu yolla öğrenirler. Söz konusu sürecin gelişme aşamasında kilit rol ise askerlik hizmetidir. Askerlik hizmetinin vazgeçilmez unsuru olan silah da erkekliğin kutsal sembollerindedir ve toplum nezdinde erkekliğin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilir. Erkek; silahıyla, şiddet gücüyle, askerlik hizmeti sırasında tam olarak öğrenip aile ortamında iyice pekiştirdiği itaat ettirme kabiliyetiyle ve bu hususta kanıksanan meşruiyetiyle ailenin egemeni konumundadır. Ailenin ve özel olarak kadının namusu erkekten sorulur. Bu çerçevede erkek bariz bir şekilde kadından üstün pozisyonda konumlandırılır; kendisine özel ayrıcalıklar tanınır.<sup>8</sup> Neticede erkekler için bir "konfor alanı" oluşturularak gücün, iktidarın ve hatta şiddetin erkeklerin tekeli altında bulunması meşru bir hale getirilir.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> **ÖZBAY**, Cenk, "Türkiye'de Hegemonik Erkekliği Aramak", *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, 1. Baskı, Yıl: 16, Sayı: 63, Şubat 2013, s. 185-186; **SANCAR**, Serpil, "Erkeklik", *Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*. Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, Ocak 2013, s. 188; **SELEK**, Pınar, *Sürüne Sürüne Erkek Olmak*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2011, s. 88.

<sup>9</sup> **ÖCAL**, Göktürk, "Türkiye'de Erkekliğin İnşasında Askerlik Hizmetinin Rolü", *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2019, C. 1, s. 223-240.

## II. ÇİFT CİNSİYETLİLERİN ASKERLİK HİZMETİNİ YÜRÜTMESİ

### A. Çift Cinsiyetlilik

Bireylerin cinsiyet kimliği; anatomik, genotipik (kromozomal), gonadal (cinsiyet bezleri) cinsiyet göstergelerinin yanında aynı zamanda psikolojik, sosyo-kültürel cinsiyet niteliklerinin de ele alınması üzerinden değerlendirilmektedir. Dolayısıyla kişinin bedensel açıdan cinsiyet göstergeleri ile birlikte hangi cinsiyete dayalı olarak yetiştirildiği ve kendisinin hangi cinsiyete karşı duygusal yakınlık hissettiği de önem arz etmektedir. Cinsiyet kimliği, belirtilen tüm bu hususların etkileşimi doğrultusunda tam anlamıyla ortaya çıkmakta ve anlaşılabilirliktedir.<sup>10</sup>

Cinsiyet kimliğiyle birlikte kişinin cinsel kimliği de önem arz etmektedir. Cinsel kimlik, genellikle, tercih edilen cinsel yönelimin belirtilmesinde kullanılmaktadır. Cinsel kimlik bağlamında cinsel yönelim açısından ise LGBT, LGBTİ, LGBTİ+ gibi ifadelerle anılan, “cinsel azınlıklar”<sup>11</sup> olarak da değerlendirilen grup ve kimlikler bulunmaktadır. Çift cinsiyetlilik tabiri, “LGBTİ” ifadesinde yer alan “İ” harfinin karşılığı olan “İnterseks” kavramı ile de zaman zaman açıklanmaktadır.<sup>12</sup> Yer, zaman ve toplumsal algı unsurları doğrultusunda çeşitli isimlerle anılan çift cinsiyetliliğin kavramsal çerçevesi, tanımı ve nitelikleri hususu üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir.

### 1. Kavramsal Çerçeve

Günümüzde popüler kültür bağlamında kullanılan “interseksüalite” ifadesinin yanı sıra çift cinsiyetlilik için Antik Yunan’dan günümüze kadar gelen bir kavram olarak “Hermafroditizm” ifadesi de zikredilmektedir. İslam

<sup>10</sup> OKYAR, Dila, “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 30/1 (2022), s. 163.

<sup>11</sup> Cinsel azınlıkların tanımı ve kapsamı hususunda ayrıntılı bilgi için Bkz. KARADAĞ, Nergiz, Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, 1. Baskı, İstanbul Nisan 2008, s. 17-19.

<sup>12</sup> LGBT, LGBTİ ve LGBTİ+ ifadeleri ve çeşitli cinsel yönelimler hakkında ayrıntılar için Bkz. BOYACIOĞLU, Nur Elçin/DİNÇ, Hüsniye/KESER ÖZCAN, Neslihan, “Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Transeksüel ve İnterseks Adolesanlar”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 13; DİKMEN, Kerem / ÖZ, Yasemin (Ed.), “LGBTİ+ Temel Kavramlar Atölye Kolaylaştırıcı Kılavuzu”, Kaos GL Derneği, Ankara, (Eylül 2021), s. 8-9.

hukukunun uygulandığı toplumlarda ise çift cinsiyetli bireyler “Hünsâ” ismi ve unvanı ile anılmıştır. Farklı isimlendirmelerle anılan çift cinsiyetlilik, işareti ettiği mana bakımından da değerlendirilmeye tabi tutulabilmektedir.<sup>13</sup>

Hünsâ ve hermafrodit kavramları, cinsiyet bakımından daha çok “kadını olan erkek” tabirine karşılık gelmektedir. Antik Yunan tanrı ve tanrıçaları arasında yer alan Hermes ile Afrodit’in isimlerinin birleşiminden oluşan “hermafrodit” tabiri, bu varlıkların birlikteliğinden doğan bir erkek olan Hermaphroditos’un daha sonra üreme organlarında güç kaybı olan ve bu organları yumuşayan, yarı erkek/kadını bir cinsel kimliğe sahip olması anlatısına dayanmaktadır. Dolayısıyla hünsâ ve hermafrodit kavramları çift cinsiyetli olma hususunun ancak bir bölümünü yansıtmaktadır. Hermafrodit kavramı özelinde bakıldığında, ilgili kavramın mitolojik yönünün bulunması, bu kavramın bireyler için kullanımında sakıncalar doğurmaktadır. Zira mitolojiden, antik dönemlerden dem vurularak bu bireylerin mitolojik/antik bir varlık oldukları, dolayısıyla bir çeşit hilkat garibesi yahut ucube niteliği taşıdıkları gibi fazlasıyla problemleri algılarla/ifadelerle karşılaşılabilmektedir. Bu yüzden hermafrodit kavramı tıp alanında da eskisi kadar yaygın kullanılmamaktadır. İnterseks kavramı ise cinsiyetler arası özel bir statüyü yansıtmakta olup çift cinsiyetli olma hususunu daha kapsamlı bir şekilde ifade etmektedir.<sup>14</sup> İslam hukuku bağlamında çift cinsiyetliler için kullanılan “hünsâ” ifadesi de dikkate değer bir kapsama sahiptir. Hünsâlar hakkında fıkıh eserlerinde toplumsal yaşamın çeşitli yönlerine ve ibadetlere dair ayrıntılı hükümler mevcuttur. Hünsâ kavramının tıp biliminde “seksüel gelişim bozukluğu” ifadesiyle anılan tanımlamadan daha kapsamlı bir anlam ifade ettiği de belirtilmektedir.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> DUMAN, Hilal, “İslam Hukukunda Hünsâ (Çift Cinsiyetliler)”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2002, s. 295; COŞKUN ABUAGLA, Asuman, “Antik Yunan ve Roma’da Görülen Bir Anomali: ‘Çift Cinsiyet’ Tarihsel ve Etimolojik Bir Bakış”, Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi, C. 4, S. 2, 2020, s. 219.

<sup>14</sup> COŞKUN ABUAGLA, s. 187; DUMAN, s. 302-303; BAYRAKTAR, Zeki, İnterseks-Hermafrodit ve Eşcinsel, 3. Baskı, Motto Yayınları, İstanbul Eylül 2022, s. 13.

<sup>15</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. DOĞAN, Mine/ÖZAYKAL, Merve, “Klasik Fıkıhın Cinsiyet Gelişim Bozukluklarına Bakışını Yeniden Düşünmek: Güncel Tıbbi Bilgi Açısından Bir İnceleme”, İslam Tetkikleri Dergisi, C. 13, S. 2, 2023.

Farklı tanımlamalar yapılabilmeyle birlikte çift cinsiyetlilik hususunda en dikkate değer tanımlardan biri, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği nezdinde hazırlanan rehber metinde yer almaktadır. Bu tanımda çift cinsiyetlilik yahut interseksüellik, bir “şemsiye kavram” olarak ele alınmıştır. “Doğuştan gelen cinsiyet özelliklerinde bedensel çeşitlilikler görülen kişiler”i ifade etmek amacıyla kullanılan bu kavram, “kadın veya erkek cinsiyetine ilişkin tipik unsurlara uygun olmayan özellikleri taşıyan bireylerin cinsiyet durumu”nu göstermektedir. Burada dikkat edilmesi gereken en temel husus, ilgili cinsiyet özelliklerinin doğuştan gelmesidir. Bireylerin bedensel arzularında veya ruhsal durumlarında sonradan ortaya çıkan haller sebebiyle açıklanan cinsel yönelimler ile çift cinsiyetlilik farklı durumlardır. Bu tür haller, çift cinsiyetli yahut interseks bireylerden ziyade transeksüel veya homoseksüel bireylerin cinsel yönelimini ifade etmektedir.<sup>16</sup>

Çift cinsiyetlilik hakkında yapılan bir başka tanımlama ve çift cinsiyetlilik hakkındaki açıklamalar Fausto-Sterling’e aittir. Fausto-Sterling, biyolojik cinsiyetin 5 ayrı grup üzerinden ele alınabileceğini belirtmiştir. Kadın ve erkek cinsiyetleri haricinde çift cinsiyetliler yahut hermafroditler olarak isimlendirdiği grupla birlikte erkek ve kadın özellikleri baskın olan hermafroditleri de ayrı cinsiyetler olarak irdelemiştir. Kapsayıcılık ve açıklık bakımından yeterli görülmediğinden Fausto-Sterling’in bu yaklaşımı çalışmamızda çift cinsiyetlilik hususunda esas alınmamıştır. Nitekim Fausto-Sterling de söz konusu beş cinsiyet sınıflandırmasını farkındalık yaratabilmek, provakatif bir söylemle konu üzerinde durmak amacıyla yaptığını dile getirmiştir.<sup>17</sup> Öte yandan, Fausto-Sterling’in açıklamalarında faydalanacak kısımlar da bulunmaktadır. Zira kendisiy-

<sup>16</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “Human Rights Violations Against Intersex People: A Background Note” (24 Ekim 2019), <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf>. (Erişim Tarihi: 12 Ocak 2024); **BAYRAKTAR**, s. 1-2.

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz. **FAUSTO-STERLING**, Anne, “The Five Sexes”, The Sciences, March/April 1993, s. 21; **FAUSTO-STERLING**, Anne, “The Five Sexes, Revisited”, The Sciences, July/August 2000, s. 21; **FAUSTO-STERLING**, Anne, Sexing the Body, First Edition, Basic Books, New York 2000, s. 19.

le birlikte Foucault ve Butler tarafından da değerlendirildiği üzere, çift cinsiyetliler grubunun en temel ayırıcı yönü ve ikili cinsiyet sistemine ayrılık teşkil eden hususiyeti, biyolojik açıdan ve anatomik olarak öngörülen kadın ve erkek cinsiyet düzeninden farklı olmalarıdır. Yalnızca bu hususa değinilmiş olması dahi Fausto-Sterling'in çalışmalarını önemli kılmaktadır.<sup>18</sup>

## 2. Çift Cinsiyetlilerin Hukuki Statüsü

Çift cinsiyetliler, geçmişten günümüze hemen her toplumsal yaşama biçimi içerisinde yer almış bireylerdir. Bu bireylerin ilgili toplumlarda siyasal iktidarlar, devletler nezdindeki yasal statüsü, cinsiyet bakımından ne şekilde değerlendirildikleri ise hukuk tarihi alanının konusudur. Büyük devletler ve imparatorluklar kuran başlıca medeniyetler arasında yer alan İslam medeniyetinde ve Roma'da çift cinsiyetliler hususunda birtakım değerlendirmeler yapılmıştır.

İslam hukukunda çift cinsiyetliler hukuki statü bakımından ele alınmış ve daha önce değinildiği üzere bu kişilere "hünsâ" denilmiştir. Hünsâlar, cinsiyet durumlarının kadın veya erkek cinsiyetlerinden birine dönük baskın bir karaktere sahip olmaması durumunda, ilgili süreç boyunca "hünsâ-i müşkil" statüsünde kabul edilmiştir. Her iki cinsiyete dair emareler bulundurmamakla birlikte bir cinsiyeti daha baskın olan bireyler ise "hünsâ-i gayri müşkil" kategorisinde değerlendirilmiştir. Bu bağlamda İslam hukuku açısından çift cinsiyetlilerin tanınırlığının bulunduğu ve ayrıca fıkıh kaynaklarında haklarında ayrıntılı hükümler belirlenmek suretiyle gerek toplumsal yaşam içerisinde gerek dini vecibeler bakımından pozisyonlarının açıklığa kavuşturulmaya çalışıldığından bahsetmek mümkündür.<sup>19</sup>

Roma medeniyeti bakımından çift cinsiyetlilik, yasal olarak Corpus Iuris Civilis içerisinde yer almıştır. Ünlü hukukçu Ulpianus eliyle çift

<sup>18</sup> BUTLER, Judith (Çeviren: Ertür, Başak), Cinsiyet Belası, 4. Basım, Metis Yayınevi, İstanbul Temmuz 2014, s. 74-75; FAUSTO-STERLING, Sexing the Body, s. 19.

<sup>19</sup> ÇALIŞKAN, İlyas, İslam Hukukunda Çift Cinsiyetliler (Hünsâ), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2011, s. 23-25; DUMAN, s. 302-303.

cinsiyetli kişilerin erkek veya kadın cinsiyet özelliklerinden hangisi daha baskın ise o cinsiyetten sayılmaları öngörülmüştür.<sup>20</sup>

Türk pozitif hukukunda, yasal düzenlemeler bağlamında, çift cinsiyetlilere ve bu kişilerin hukuki statüsüne ilişkin doğrudan hükümler içeren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İHAM temelindeki müktesebat bakımından çift cinsiyetlileri korumaya ve bu bireylerin ayrımcılığa maruz kalmamasına dair bazı tavsiye kararları bulunmakla birlikte hem sözleşme bağlamında hem de Mahkeme (İHAM) içtihatlarında bu hususta fikir verecek kararlar sınırlı durumdadır.<sup>21</sup> 2023 yılı içerisinde verilen bir kararla (Y v. France, 76888/17) çift cinsiyetliler hakkında özel bir hukuki statünün belirlenmesi, bu statü çerçevesinde devletlerin yasal düzenlemeler öngörmesi noktasında; ortaya çıkacak olan yasal süreçlerin uzunluğu ve ilgili devletlerin bu süreçleri kendi içerisinde, anayasal erkler eliyle yürütmesi gerekeceği, bu hususta birlik nezdinde bir “Avrupa Mutabakatının (European Consensus)” bulunmaması dolayısıyla takdir hakkının gündeme gelmesi gözetilerek çekimser kalmıştır.<sup>22</sup> Ancak ilgili karar da göz önünde bulundurulduğunda genel olarak ortaya konan yaklaşım, devletlerin çift cinsiyetli bireylerin haklarını koruması, bu bireylerin ayrımcılığa ve hukuka aykırı tıbbi müdahalelere maruz kalmadan, diğer tüm vatandaşlar gibi hukuki imkanlardan

<sup>20</sup> OKYAR, s. 165.

<sup>21</sup> İHAM bağlamında konunun sınırlılığı, konuya ilişkin bir içtihat rehberinde şu şekilde açıklanmıştır: “Mahkeme henüz intersekslerin hukuki cinsiyet tanımına ilişkin karar verecek bir fırsata sahip olamamıştır, bu konuda tek karar iç hukukun tüketilmemesi nedeniyle verilen bir ret kararından ibarettir (P. v. Ukrayna, 2019).” Ayrıntılı bilgi için Bkz. İHAM İchtihatları Hakkında Rehber (LGBTİ’lerin Hakları), Sosyal Politika, (Çeviren: Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği), Güncellenme Tarihi: 31.08.2022, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_LGBTI\\_rights\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).

<sup>22</sup> Legal Summary, Y v. France, 76888/17 ECtHR, January 2023, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22002-13994%22> (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024). İlgili karar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Y v. France, 76888/17 ECtHR, 31 January 2023, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-222780%22> (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).

faydalanması noktasında özen gösterilmesi ve farkındalığın artırılması yönündedir.<sup>23</sup>

## **B. Çift Cinsiyetlilerin Askerlik Hizmetini Yürütmesi**

### **1. Çift Cinsiyetlilerin Askerlik Yükümlülüğü**

Askeralma Kanunu hükümleri çerçevesinde zorunlu askerlik hizmetinin muhatabı ve yükümlüsü, erkek vatandaşlardır. Vatandaşların cinsiyet durumunun tespiti, genellikle kimlik bilgilerinden, cinsiyet hanesinde yazılan erkek yahut kadın verisi üzerinden yapılmaktadır.

Çift cinsiyetli bireyler, eğer cinsiyet durumları erkek şeklinde belirlenmişse askerlikle yükümlü kabul edilmektedirler. Çift cinsiyetli olduğu sonradan anlaşılan, pseudohermafrodit bireylerin daha sonra bir dizi cerrahi müdahale ile tam anlamıyla erkek cinsiyetine geçişi ve nüfus kaydındaki cinsiyet bilgilerinin değiştirilmesi, erkek cinsiyetinin yazılması halinde de kişinin kural olarak askerlikle yükümlü olması gündeme gelecektir.

### **2. Karşılaşılan Problemler**

Çift cinsiyetliler açısından karşılaşılan öncelikli problem, doğumdan sonra 30 gün gibi kısa bir süre içerisinde her çocuk için, nüfus bilgilerinin kaydedilmesi adına, bildirim yapılması zorunluluğudur. Bu bildirimde çocuğun cinsiyetinin de iletilmesi gerekmektedir.<sup>24</sup> Her ne kadar yeni kimlik kartlarında, daha önce kullanılan mavi ve pembe nüfus cüzdanlarında olduğu gibi, cinsiyet temelli bir renk ayrımı olmasa da cinsiyet bilgisi halen zorunlu olarak yazılmaktadır. Mevcut hukuki düzen-

<sup>23</sup> Legal Summary, Y v. France; **ALAATTİNOĞLU**, Daniela, "Intersex interventions as human rights violations: The European Court of Human Rights sets out guiding principles in M v. France", *Modern Law Review* (2023), s. 13. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12795> (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).

<sup>24</sup> Bildirim zorunluluğu BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 7. maddesi ile uluslararası alanda kabul edilmiştir. Ancak ilgili düzenleme ile çocuğun cinsiyetinin bildirilmesi zorunlu tutulmamıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Human Rights Violations...", s. 34; BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi, m. 7. [https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat\\_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf](https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf) (Erişim Tarihi: 12 Ocak 2024); **BAYRAKTAR**, s. 14.

lemeler, cinsiyet bilgisi kısmının boş bırakılmasına yahut bu kısma erkek ve kadın haricinde bir cinsiyet bilgisi girilmesine olanak tanımamaktadır.<sup>25</sup> İHAM'ın daha önce zikredilen 2023 tarihli kararında (Y v. France, 76888/17) bu hususa karşılaştırmalı hukuk bağlamında değinilmiştir. Mahkeme, Avrupa Konseyi üye ülkelerinin bir bölümünde konuya dair mevzuat taraması yapmış; Almanya, Avusturya, İzlanda, Hollanda ve Malta'da cinsiyet hanesine kadın veya erkek haricinde çeşitli kayıtların yazılmasının mümkün olduğunu tespit etmiştir. Bu bağlamda ilgili devletlerin pozitif hukuklarında da Türkiye'de karşılaşılan probleme benzer durumların yaşandığı ve bu sebeple mevzuatta değişikliğe gidildiğini söylemek mümkündür.<sup>26</sup>

Nüfus cüzdanlarında veya kimlik kartlarında erkek oldukları belirtilen çift cinsiyetli bireyler, belirtilen bu cinsiyet kimliğini taşımaları da hukuken bu kimliğe yüklenen sorumlulukları ve külfetleri taşımak durumunda kalmaktadır. Zorunlu askerlik hizmetinin yürütülmesi, bu sorumluluk ve külfetler arasında yer alan başlıca hususlardan birisidir.

Cinsiyet bilgisi erkek olarak yazılı bulunan çift cinsiyetli bireylerin zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmak istemeleri halinde kendilerine sunulan hukuki çareler arasından, Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nin hastalıklar listesini içeren EK-C bölümünün 17. maddesinde yer alan düzenleme öne çıkmaktadır. Bu hukuki çare, ilgili birey hakkında "*Cinsel kimlik ve davranış bozukluğu*" tanısı konulmasıdır<sup>27</sup>. Söz konusu uygulama, bireyin cinsel kimliği veya ruh sağlığı ve hastalıkları bağlamında bir problemi olduğunu deklare etmenin yanı sıra ilgili bireyin kimlik ve davranışlar açısından "*bozukluk*" niteliğini taşıdığını ka-

<sup>25</sup> Nüfus cüzdanlarında ve kimlik kartlarında cinsiyet hanesinin boş bırakılması yahut bu alana kadın-erkek haricinde bir cinsiyet bilgisi girilmesi hususunda ayrıntılı hukuki değerlendirmeler için Bkz. DEDE, İsmail: "Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?" Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt 2, 2021, s. 251-254.

<sup>26</sup> Y v. France, 76888/17 ECtHR, s. 21-22.

<sup>27</sup> Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği için Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20169431&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 18 Şubat 2024).



bul etmesini öngörmesi sebebiyle problemlili ve hatalı görünmektedir.<sup>28</sup> Çift cinsiyetli bireylerin bu tür ithamlarla karşılaşmadan cinsiyet değiştirmek istemeleri durumunda ise karşılıklarına, bu konu açısından yetersiz ve uyumsuz olan, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hukuki düzenlemeler çıkmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi ile, istisnai bir hüküm çerçevesinde, cinsiyet değiştirme izne ve koşullara bağlanmış; bu koşullar arasında kişinin transseksüel olması şartına yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin 1. fıkrasında yer alan diğer hususlar da problemliler doğurmaktadır;

*“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.”<sup>29</sup>*

Söz konusu düzenleme, cinsel kimliği transseksüel olmayan, ruh sağlığı hususunda temel herhangi bir rahatsızlığı bulunmayan çift cinsiyetli bireyleri aslen ilgilendirmemekte ve onlara gerçek anlamda bir koruma, bir hukuki çare sağlamamaktadır.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Çift cinsiyetli bireyler hakkında, bu kişilerin tıbbi açıdan durumlarını ifade etmek üzere kullanılan *“Seksüel Gelişim Bozukluğu (Disorders of Sex Development -DSD-)*” ifadesinin de aynı çerçevede karşı çıkan bir ifade olarak değerlendirildiği belirtilmelidir. Çift cinsiyetliliğin bir “sağlık durumu” ve bir “hastalık” gibi ele alınması da bu manada tepkiyle karşılanmıştır. Bozukluk ve rahatsızlık gibi ifadeler yerine *“Cinsiyet Gelişimi Farklılıkları (Differences of Sex Development -DSD-)*” açıklamasının yapılması tercihe şayan görülmeye başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. European Union Agency for Fundamental Rights, *“The Fundamental Rights Situation of Intersex People”* (April 2015), [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2015-focus-04-intersex\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-focus-04-intersex_en.pdf) (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).

<sup>29</sup> Türk Medeni Kanunu (TMK), Resmî Gazete 24607 (8 Aralık 2001), Kanun No. 4721, md. 40/1. İlgili fıkranın 2018 yılında AYM kararı ile iptal edilen kısmı, kişinin “üreme yeteneğinden sürekli yoksun bulunması” şartını da içeriyordu.

<sup>30</sup> Hatemi, ilgili madde düzenlemesinin çift cinsiyetlilere hitap edecek şekilde yeniden düzenlenmesinin daha uygun ve yerinde olacağı görüşünü serdederek konuya dair bir hukuki çare üretmeye çalışmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. **HATEMİ**, Hüseyin, *Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Doktrinde, Yargıtay kararları ışığında<sup>31</sup>, çift cinsiyetli bireylerin ad-soyad ve cinsiyet hanesindeki kayıtların düzeltilmesi için TMK m. 39 hükmüne başvurulabileceği değerlendirilmiştir. İlgili kanun hükmüyle, sicildeki kayıtlarda düzeltme yapılabilmesi için mahkeme kararının şart olduğu ifade edilmiş olduğundan bu çerçevede çift cinsiyetli bireylerin çeşitli kayıtlar açısından düzeltme taleplerini mahkemeye başvurarak ileri sürebilecekleri görüşü zikredilmiştir.<sup>32</sup> Mevcut durum açısından ilgili doktrin görüşü, yeni yasal düzenlemeler yapılana kadar bir çeşit geçici hukuki korumanın sağlanabilmesi adına, önemli ve kıymetlidir. Ancak söz konusu TMK m. 39 hükmü çift cinsiyetlilere dair doğrudan bir düzenleme niteliği taşımadığı gibi bu hükme dayalı olarak çift cinsiyetlilere sağlanacak hukuki koruma ve çareler de tartışmasız, kesin olarak uygulanan hususlar olmadığından bu meseleye dair doğrudan bir düzenleme yapılması ihtiyacı devam etmektedir. Bu ihtiyaç, sadece cinsiyet değişikliği ve bu değişikliğin resmî belgelere işlenmesi suretiyle cinsiyet hanesinde bir değişiklik yapılması ile sınırlı olmayıp aynı zamanda kimliklerde yer alan cinsiyet hanesinde kadın-erkek dışındaki kayıtlara olanak verecek yasal düzenlemelerin de yapılmasıyla tam anlamıyla karşılanmış olacaktır.

### 3. Çözüm Önerileri

Çift cinsiyetlilerin karşı karşıya olduğu çeşitli problemler karşısında öncelikle bu bireyler hakkında farkındalığın arttırılması için çaba gösterilmesi gerekmektedir. Zira yeterli farkındalık düzeyi sağlanmadan yapılacak hukuki düzenlemeler dolayısıyla çift cinsiyetli bireylerin etiketlenmeleri, dışlanmaları, hor görülmeleri ve nefret söylemiyle karşılaşmaları tehlikesi gündeme gelecektir. Böyle bir durum ise çift cinsiyetli bireyler açısından durumun daha da kötü bir hal alması demektir. Bu yüzden yeterli farkındalığın sağlanabilmesi adına ciddi bir süreç yöne-

<sup>31</sup> Yargıtay 2. HD, 27.03.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-1986-651-k-1986-3256-t-27-03-1986> (Lexpera, Erişim Tarihi: 9 Ocak 2024).

<sup>32</sup> DEDE, s. 248-250.

timine ihtiyaç vardır. Bu süreç yönetimi sırasında çift cinsiyetli bireylerin hukuki statüsünü tanıyan yasal düzenlemeler üzerinde durulmalı ve ilgili hususta yararlanılabilecek olan hukuki kaynaklar gözden geçirilmelidir. Hâlihazırda çeşitli devletler nezdinde yapılmakta olan çalışmalarla birlikte hukuk tarihi kaynaklarından da yararlanılması mümkündür. Özellikle İslam hukuku alanındaki kaynaklar, Türk toplumu açısından dini-kültürel meşruiyet zeminine önemli ölçüde sahip olduğundan ve çift cinsiyetliler hakkında ayrıntılı düzenlemeler içerdiğinden mutlaka göz önünde bulundurulması gereken eserler olarak karşımıza çıkmaktadır. Öncelikli olarak atılacak olan bu adımların ardından, anayasal hak ve yükümlülükler çerçevesinde, askerlik hizmetinin fiilen yürütülme şeklinin de gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, çift cinsiyetlilerin askerlik hizmetini yürütmesi bağlamında özel olarak bazı öneriler üzerinde durulması mümkündür.

Anayasa'da belirlenen "vatan hizmeti" yükümlülüğünün kapsamı gözetilerek, her durumda kişinin beyanı ve talebi doğrultusunda zorunlu askerlik hizmetinin yürütülmesine katılma imkânı verilmesi, çift cinsiyetlilerin askerlik hizmeti hususunda zikredilecek başlıca çözüm yoludur. Özellikle, henüz toplumsal farkındalığın gelişmemiş olduğu mevcut durumda ve kısa vadede, çift cinsiyetli bireylere pozitif ayrımcılık niteliğinde bazı haklar tanınması değerlendirilmelidir. Bu açıdan, Türk hukukunda uygulanmayan, diğer bazı devletlerde görülen "vicdani ret" uygulamasına benzer bir biçimde çift cinsiyetliler için özel bir hukuki kurum oluşturularak bu kurum çerçevesinde çift cinsiyetlilerin askerlik hizmetinin ele alınması mümkündür.

Kişinin cinsiyet durumu hususunda uzman bir heyet tarafından verilecek rapor sonrasında, haline uygun bir çerçevede askerlik hizmetinin yürütülmesi, çift cinsiyetlilerin askerlik hizmeti hususunda gündeme gelmesi gereken bir başka seçenektir. Bu seçeneği hazırlamak adına, kalıpyargılara dayalı toplumsal cinsiyet algısı karşısında nötr ve kapsayıcı bir anlayışla, her cinsiyetten bireylerin askerlik hizmetine katılması usulüne dönük olarak, en azından gönüllü yahut sözleşmeli askerlik gibi bir

pilot uygulama yoluyla, ilk adımın atılması düşünülmelidir. Hâlihazırda askerlik hizmetinin yürütülmesi kara kuvvetlerinde; muharebe, muharebe destek ve muharebe hizmet destek birimleri dahilinde gerçekleştirilmektedir.<sup>33</sup> Söz konusu birimler uzmanlık gerektirmektedir ve ilgili birimlerin gerektirdiği uzmanlığa sahip olan yahut bu alanlarda uzmanlaşabilecek olan bireylere bu çerçevede görev alma hususunda imkân tanınması, “vatan hizmeti” yükümlülüğünü yerine getirme olanağı verilmesi kamu düzeni ve kamu barışı açısından da yararlı olacaktır.

## SONUÇ

Çift cinsiyetli bireyler hukuki tanınmadan ve birçok temel konuda yasal güvencelerden yoksun durumdadır. Söz konusu vaziyet, toplumsal cinsiyet ayrımlarının, kalıpyargıların en yaygın ve en bariz bir şekilde uygulandığı ordu düzeni içerisinde de çeşitli görünümle karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda, çift cinsiyetli bireylerin “vatan hizmeti” niteliğinde olan askerlik hizmetini sağlıklı bir şekilde yürütebilmesinin önünde birçok engel bulunmaktadır.

Çalışma kapsamında, çift cinsiyetli bireylerin askerlik hizmetini uygun bir usulle yürütebilmeleri yahut bu hizmeti yerine getirme zorunluluğundan muaf tutulmaları adına çeşitli çözüm yolları sunulmaya gayret edilmiştir. Öngörülen çözüm yolları, her ihtimalde ve öncelikle, çift cinsiyetli bireyler hususunda farkındalığın arttırılması, bu bireylerin hem toplum nezdinde hem de hukuk nezdinde tanınırlığını sağlayacak kapsamlı bir yol haritası belirlenmesi temelinde uygulama alanı bulabilecektir. Fiili durum dikkate alarak hazırlanacak olan teorik düzenlemelerin yanında, özellikle kısa vadede, çift cinsiyetlilerin toplumsal yaşamda kendilerine yer bulmalarını sağlayacak pratik adımlara acilen ihtiyaç duyulmaktadır. Konunun insan haklarını ilgilendiren yönü, problemlerin ve mağduriyetlerin daha fazla göz ardı edilmemesini ve bu noktada en kısa sürede farkındalık aşamasına geçilmesini zaruri kılmaktadır. Toplumsal farkındalığın sağlanması akabinde efektif teorik ve pratik çözümler içeren yasal düzenlemeler üzerinde durulmalıdır.

<sup>33</sup> <https://www.kkk.tsk.tr/siniflar.aspx>. (Erişim Tarihi: 16 Ocak 2024).

## KAYNAKÇA

- AĞIN**, Eren: "Michel Foucault'nun Çalışmalarında Panoptikon, Kapatılma ve Okul Kurumu" Eğitim Bilim Toplum Dergisi 20/79 (2022), s. 64-82.
- AKTAŞ**, Fatma Oya: Türkiye'de Erkekliğin Kurgulanışında Askerliğin Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Bilim Dalı, İstanbul 2010.
- ALAATTİNOĞLU**, Daniela: "Intersex interventions as human rights violations: The European Court of Human Rights sets out guiding principles in M v. France" Modern Law Review (2023) <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12795> (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).
- Askeralma Kanunu (ASK), Resmi Gazete 30813 (26 Eylül 2019), Kanun No. 7179.
- AYIN**, Faruk: Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan Sonra Askeralma Kanunları (1839-1914), Genelkurmay Basımevi, Ankara 1994.
- BAYRAKTAR**, Zeki: İnterseks-Hermafrodit ve Eşcinsel, 3. Baskı, Motto Yayınları, İstanbul Eylül 2022.
- BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi, [https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat\\_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf](https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf) (Erişim Tarihi: 12 Ocak 2024).
- BOYACIOĞLU**, Nur Elçin/**DİNÇ**, Hüsnüye/**KESER ÖZCAN**, Neslihan: "Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Transeksüel ve İnterseks Adolesanlar", Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 13-16.
- BUTLER**, Judith (Çeviren: Ertür, Başak): Cinsiyet Belası, 4. Basım, Metis Yayınevi, İstanbul Temmuz 2014.
- COŞKUN ABUAGLA**, Asuman: "Antik Yunan ve Roma'da Görülen Bir Anomali: 'Çift Cinsiyet' Tarihsel ve Etimolojik Bir Bakış", Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi 4/2 (2020), s. 186-227.
- ÇALIŞKAN**, İlyas: İslam Hukukunda Çift Cinsiyetliler (Hünsa), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2011.
- DEDE**, İsmail: "Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?" Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt 2, 2021, s. 239-278.
- DİKMEN**, Kerem / **ÖZ**, Yasemin (Ed.): "LGBTİ+ Temel Kavramlar Atölye Kolaylaştırıcı Kılavuzu", Kaos GL Derneği, Ankara, Eylül 2021. (<https://kaosgldernegi.org/images/library/kolaylas-tirici-kilavuz.pdf>).
- DOĞAN**, Mine/**ÖZAYKAL**, Merve: "Klasik Fıkıhın Cinsiyet Gelişim Bozukluklarına Bakışını Yeniden Düşünmek: Güncel Tıbbi Bilgi Açısından Bir İnceleme", İslam Tetkikleri Dergisi, C. 13, S. 2, 2023, s. 809-835.
- DÖKMEN**, Zehra Y.: Toplumsal Cinsiyet. İstanbul: Remzi Kitabevi, 6. Basım, Mart 2015.

**DUMAN**, Hilal: "İslam Hukukunda Hünsa (Çift Cinsiyetliler)", Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 6/1 (2002), 295-318.

European Union Agency for Fundamental Rights, "The Fundamental Rights Situation of Intersex People" (April 2015), [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2015-focus-04-intersex\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-focus-04-intersex_en.pdf) (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).

**FAUSTO-STERLING**, Anne: "The Five Sexes, Revisited", The Sciences, July/August 2000, s. 18-23.

**FAUSTO-STERLING**, Anne: "The Five Sexes", The Sciences, March/April 1993, s. 20-25.

**FAUSTO-STERLING**, Anne: Sexing the Body, First Edition, Basic Books, New York, 2000.

**FOUCAULT**, Michel (Çeviren: Kılıçbay, Mehmet Ali): Hapishanenin Doğuşu, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara Temmuz 1992.

**HATEMİ**, Hüseyin: Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

<https://www.kkk.tsk.tr/siniflar.aspx>. (Erişim Tarihi: 16 Ocak 2024).

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20169431&MevzuatTur=21&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 18 Şubat 2024).

**İHAM** İçtihatları Hakkında Rehber (LGBTİ'lerin Hakları), Sosyal Politika, (Çeviren: Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Çalışmaları Derneği), Güncellenme Tarihi: 31.08.2022, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_LGBTI\\_rights\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_LGBTI_rights_TUR.pdf) (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).

**KARADAĞ**, Nergiz: Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, 1. Baskı, İstanbul Nisan 2008.

Legal Summary, Y v. France, 76888/17 ECtHR, January 2023, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-13994%22%5D> (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).

**OKYAR**, Dila: "İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1, 2022, 161-193.

**ÖCAL**, Göktürk: "Türkiye'de Erkekliğin İnşasında Askerlik Hizmetinin Rolü", Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk. C. 1, Zeynep Özlem Üskül Engin (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2019, 223-240.

**ÖZBAY**, Cenk: "Türkiye'de Hegemonik Erkekliği Aramak", Doğu Batı Düşünce Dergisi, 1. Baskı, Yıl: 16, Sayı: 63, Şubat 2013, 185-204.

**ÖZGÜN**, Cengiz: "Türkiye'nin Askerlik Sisteminin Tarihsel Süreç Bağlamında İncelenmesi". Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 3/4 (2017), 51-90.

**SANCAR**, Serpil: "Erkeklik", Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları. Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, Ocak 2013, 168-193.

- SELEK**, Pınar: *Sürüne Sürüne Erkek Olmak*. İstanbul: İletişim Yayınları, 5. Basım, 2011.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY), Resmî Gazete 17863 (Mükerrer) (9 Kasım 1982), Kanun No. 2709.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "Human Rights Violations Against Intersex People: A Background Note" (24 Ekim 2019), <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf> (Erişim Tarihi: 12 Ocak 2024).
- ÜSTEL**, Füsun: "Makbul Vatandaş"ın Peşinde II. Meşrutiyet'ten Bugüne Vatandaşlık Eğitimi, İstanbul: İletişim Yayınları, 2004.
- Y v. France, 76888/17 ECtHR, 31 January 2023, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-222780%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-222780%22]}) (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2024).
- Yargıtay 2. HD, 27.03.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-1986-651-k-1986-3256-t-27-03-1986> (Lexpera, Erişim Tarihi: 9 Ocak 2024).





# BİR SELF-HELP YOLU OLARAK KARŞI ÖNLEMLER VE BU ÖNLEMLERDEN ETKİLENMEYECEK YÜKÜMLÜLÜKLER

Arş. Gör. Ayla KAYA ÇALIŞKAN\*

## ÖZET

Uluslararası hukukta, haksız bir fiil sebebiyle mağdur olan devletin haklarına kavuşmak için başvurabileceği zorunlu bir yargı organı ve bu organın kararlarının yerine getirmesini sağlayan bir icra mekanizması bulunmamaktadır. Bu durumda mağdur devlet, hukukun uygulanmasını kendi başına üstlenmekte, araya başka bir otorite girmeden bireysel olarak çeşitli zorlama yollarına başvurabilmektedir. Böyle bir zorunlu icra mekanizması yokluğunda, mağdur devletin *self-help* olarak adlandırılan bu zorlama yollarına başvurarak meşru menfaatini kendi adına ve hesabına korumayı üstlenmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta izin verilen *self-help* yollarından biri de karşı önlemlerdir.

Karşı önlemler; uluslararası haksız fiilden mağdur olan devletin, haksız fiilden sorumlu devlete karşı, bu devleti uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeye yöneltmek için aldığı önlemlerdir. Bu önlemler, mağdur devletin haksız fiil sahibi devlete borçlu olduğu bir uluslararası yükümlülüğü yerine getirmesi şeklinde uygulanmakta ve özünde hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Karşı önlemler, mağdur devletin haksız fiilin varlığına ilişkin yaptığı bireysel değerlendirmeye dayanılarak tek taraflı alınmaları nedeniyle istismara açıktır. Bu tehlikeyi engellemek için Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca 2001 yılında kabul edilen "Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Metni'nde (ARSIWA) karşı önlemlere başvuru maddi ve usuli olmak üzere sıkı koşullara bağlanmıştır.

---

\* Arş. Gör., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: ayla.kaya@ieu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7612-4566.

Karşı önlemlere başvururken yerine getirilmesi gereken maddi koşullardan biri de belirli yükümlülüklerin uygulanmasına devam edilerek, bu yükümlülüklerin ihlaline yol açacak nitelikte önlemlerin alınmamasıdır. Mağdur devletin sorumlu devlete yönelik bu yükümlülüklerini karşı önlem yoluyla yerine getirmekten kaçınması mümkün değildir. Uluslararası hukukta devletlere, karşı önlem olarak hangi yükümlülükleri yerine getirmeyeceklerini belirleme konusunda esneklik tanınmış olsa da, bu esneklik devlete mutlak ve sınırsız bir hak sağlamaktadır. Uluslararası düzenin ve insanlığa saygının korunmasına yönelik kaygılar, bir devletin karşı önlem yoluyla ifasını meşru bir şekilde askıya alabileceği yükümlülükler yelpazesine bir sınırlama getirilmesini gerektirmektedir. Nitekim aynı kaygılarla, ARSIWA'nın "karşı-önlemlerden etkilenemeyecek yükümlülükler" başlıklı 50. maddesinde karşı önlem ile yerine getirilmesinden kaçınılamayacak yükümlülükler düzenlenmiştir. Ancak uluslararası hukukta yaşanan güncel gelişmeler, karşı önlem olarak yerine getirilmesinden kaçınılamayacak bu yükümlülüklerin kapsamına ve sınırlarına ilişkin çeşitli tartışmaların ortaya çıkmasına ve bu hususta yeni önerilerin yapılmasına yol açmıştır.

Bu çalışmada ilk olarak, mağdur devletin hakkına kavuşmak için başvurduğu *self-help* yollarından biri olan karşı önlemler genel itibarıyla açıklanacak, ardından da karşı önlemlerden etkilenmeyen, yerine getirilmesinden kaçınılamayacak yükümlülüklerin kapsamı, koşulları ve sınırları hem devlet uygulamaları hem de uluslararası mahkeme ve hakem kararlarından da yararlanmak suretiyle tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Self-help* yolları, karşı önlemler, ARSIWA, karşı önlemlerden etkilenemeyecek yükümlülükler, yasaklanmış karşı önlemler.

## COUNTERMEASURES AS A MEANS OF SELF-HELP AND OBLIGATIONS NOT AFFECTED BY THESE MEASURES

### ABSTRACT

In international law, no compulsory judicial body exists to which a state injured by a wrongful act can resort in order to obtain its rights, and neither is there any enforcement mechanism to ensure the fulfilment of the decisions of such a body. In this case, the injured state undertakes the enforcement of the law on its own, and may resort to various means of coercion individually, without the involvement of any other authority. In the absence of such a compul-

sory international enforcement mechanism, it is considered lawful for the injured state to resort to these means of coercion, also known as self-help, and undertake to protect its legitimate interest in its own name and on its own account. One of the legal means of self-help under international law is countermeasures.

Countermeasures are measures taken by the injured state by an internationally wrongful act against the responsible state for the wrongful act in order to induce it to comply with its international obligations. These measures are applied in the form of the non-performance by the injured state to comply with an international obligation owed to the responsible state for the wrongful act, and they are unlawful in nature. Countermeasures are taken unilaterally after the injured state's individualized assessment of the occurrence of the wrongful act, and so are open to abuse. To prevent this threat, strict substantive and procedural conditions for the resort to countermeasures are provided for by Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (*ARSIWA*), adopted by the International Law Commission in 2001.

One of the required material conditions when resorting to countermeasures is to continue to perform certain obligations and avoid measures leading to the violation of these. It is not permitted for the injured state to neglect these obligations towards the responsible state through countermeasures. Although international law allows states flexibility in determining which obligations they may choose not to perform as a countermeasure, this flexibility does not permit an absolute and unlimited right. Concerns for the safeguarding of international order and respect for humanity necessitate a limitation on the scope of obligations, which a state may legitimately suspend resorting to countermeasures. Thus, Article 50 of *ARSIWA*, entitled "obligations not affected by countermeasures", provides for obligations that cannot be suspended under such conditions. However, current international law debates focus on the scope and limits of these obligations as pertaining to countermeasures, and new suggestions have been made in this regard.

In this study, firstly, countermeasures, a key means of self-help used by the injured state to obtain its rights, will be explained in general terms. Following this, there will be a discussion of the scope, conditions and limits of the obligations that are not affected by the countermeasures, which are exempt from suspension, with reference to both state practices and international court and arbitral awards.

**Keywords:** Self-help means, countermeasures, *ARSIWA*, obligations not affected by countermeasures, prohibited countermeasures.

## GİRİŞ

Uluslararası hukukta zorunlu bir yargı organı ve bu organın kararların yerine getirilmesinde görevli zorunlu bir icra mekanizması bulunmamaktadır. Bu durumda uluslararası hukuka aykırı bir fiilden zarar gören devlet, hukukun uygulanmasını kendi başına üstlenmekte; haklarına kavuşmak için araya başka bir otorite girmeden bireysel olarak çeşitli zorlama yollarına başvurabilmektedir. Uluslararası uyuşmazlıklarda mağdur devletin, zararını onarımı için sorumlu devlete karşı araya başka bir otorite girmeden bireysel olarak başvurduğu tek taraflı kuvvet kullanma da içeren bu zorlama yolları *self-help* olarak adlandırılmaktadır<sup>1</sup>. Bu kavramın Türkçe karşılığı tam olarak bulunmamakla birlikte kendine yardım olarak çevrilebilir<sup>2</sup>.

Uluslararası hukukta *self-help* yollarına başvuru, 20. yüzyılın başlarına kadar devlet egemenliğinin temel özelliklerinden biri olarak kabul edilmiştir. Nitekim merkezi ve zorunlu bir icra organının yokluğunda uluslararası hukukun uygulanmasını, hukuka aykırı davranıştan zarar gören devletin bizzat kendisi üstlenmektedir<sup>3</sup>. Dolayısıyla, uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının kabul edilmesine kadar, zarar gören devletin kuvvet kullanma içeren de dahil olmak üzere çeşitli *self-help* yollarına başvurusu meşru görülmüştür. *Self-help*, uluslararası hukuka uygun bir yol olarak kabul edildiğinden, bu yolla elde edilen sonuçlar uluslararası toplum tarafından uyuşmazlığın nihai çözümü olarak kabul edilmiştir.

Devletlerin *self-help* olarak başvurabileceği yollar, savaş ve savaşa varmayan zorlama yolları olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>4</sup>. Savaş, klasik devletler hukuku anlayışına göre, egemen devletler için bir hak olarak kabul edilen,

<sup>1</sup> BRYDE, Brun-Otto, Self Help, Bernhardt, Rudolf (Editör), Encyclopedia of Public International Law 4- Use of Force, War and Neutrality, Peace Treaties, Netherlands, 1982, s. 215; LAW, Jonathan, A Dictionary of Law, 10. Baskı, Oxford 2022, s. 201.

<sup>2</sup> KESKİN, Funda, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karşıma ve Birleşmiş Milletler, Ankara 1998, s. 85.

<sup>3</sup> ALLOTT, Philip, "State Responsibility and the Unmaking of International Law", Harvard International Law Journal, Vol: 29, No:1, 1988, s. 21.

<sup>4</sup> BOZKURT, Enver/ POYRAZ, Yasin / ERDAL, Selcan, Devletler Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2018, s. 268.

devletin menfaatlerini korumak ve haklarını savunmak amacıyla yürüttüğü silahlı ve çok geniş kapsamlı bir zorlama yoludur<sup>5</sup>. Savaşa varmayan zorlama yolları ise, savaşa niyeti olmaksızın devletlerin kendi hak ve menfaatlerini korumak amacıyla başvurdukları önlemlerden oluşmaktadır. Özellikle 19. yüzyılın sonundan itibaren devletler arası ilişkilerde oldukça sık başvurulan bu yollar; misilleme, zararlar karşılık, meşru müdafaa, abluka, andlaşmanın esaslı ihlali nedeniyle sona erdirilmesi, tanıma, diplomatik ilişkilerin kesilmesi gibi kuvvet kullanma içeren ya da içermeyen birçok yöntemi kapsamaktadır<sup>6</sup>. Birleşmiş Milletler (BM) Andlaşması'nın 2/4. maddesinde düzenlenen kuvvet kullanma yasağının kabulü ile birlikte, meşru müdafaa haricinde, devletlerin kuvvet kullanma içeren *self-help* yollarına başvurması yasaklanmıştır<sup>7</sup>. Bu çalışma konu itibarıyla *self-help* yollarından biri olan karşı önlemler ile sınırlandırılmış olup, yalnızca bu kapsamda açıklamalarda bulunulacaktır.

## I. KARŞI ÖNLEMLER

Uluslararası hukukta *self-help* yollarından biri olarak kullanılan karşı önlemler<sup>8</sup>, uluslararası hukuka aykırı bir fiilden zarar gören devletin, bu hukuka aykırı fiilin sahibi devleti yükümlülüklerini yerine getirmeye yöneltmeyi amaçlayan önlemlerdir<sup>9</sup>. Karşı önlemler barışçıl ve tek taraflı ve özünde hukuka aykırı önlemlerdir. Her ne kadar özünde hukuka aykırılık içerseler de bu önlemler uluslararası haksız fiilin sahibi devlete karşı uygulandığından hukuka uygun hale gelmektedir<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> BOZKURT/POYRAZ/ERDAL, s. 268.

<sup>6</sup> KESKIN, s.89.

<sup>7</sup> Birleşmiş Milletler Andlaşması için bkz. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm\\_01.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf), (Erişim Tarihi: 07.02.2024).

<sup>8</sup> CURRIE, John H, Public International Law, 2. Baskı, Toronto 2008, s. 554; RUYS, Tom, Sanctions, Retortions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework, Van Den Herik, Larissa (Editör), Research Handbook on UN Sanctions and International Law, Leiden 2017, s. 32; KESKIN, s. 85.

<sup>9</sup> PADDEU, Federica, Countermeasures, Peters, Anne/ Wolfrum, Rüdiger (Editörler), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2015, s. 2, <https://opil.oup.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690e1020?rskey=Uhu7kk&result=1&prd=MPIL>, (Erişim Tarihi: 20.01.2024).

<sup>10</sup> ALLAND, Denis, The Definition of Countermeasures, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Oleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010, s. 1135.

Karşı önlemler uluslararası hukukta yerleşmiş bir zorlama yolu olmasına rağmen bu terimin benimsenmesi nispeten yakın bir zamanda olmuştur. Karşı önlemler ifadesi, 1978 tarihli Havacılık Hizmetleri davasına ilişkin hakem kararından sonra kuvvet kullanma içermeyen önlem (*non-forcible measures*) türünü belirtmek için kullanılmaya başlanmıştır<sup>11</sup>. Nihayetinde Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) 2001 yılında kabul ettiği Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Doğan Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Metni'nin (*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts-ARSIWA*)<sup>12</sup> 49 ila 54. maddelerinde karşı önlemler detaylı olarak düzenlenmiştir.

Karşı önlemler, zaman zaman diğer *self-help* yollarının yerine kullanılsa da hukuki açıdan bunlardan farklıdır. Bu bağlamda misilleme, hukuka aykırı olan veya hukuka aykırı olmamakla birlikte dostça olmayan, nezaket sınırlarının dışındaki bir fiile uluslararası hukukun yasaklamadığı şekilde karşılık verilmesidir<sup>13</sup>. Misilleme karşı önlemlerden farklı olarak özünde hukuka aykırılık içermemekte, hukuka uygun davranışlardan oluşmaktadır. Karşı önlemler, andlaşmanın yürürlüğünün askıya alınmasından da farklı bir zorlama yoludur. Nitekim bir andlaşmanın esaslı ihlali halinde andlaşmaların sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde belirlenen usule ve şartlara uygun olarak yapılacaktır. Halbuki karşı önlemler uluslararası hukukun ihlali sonucu ortaya çıkan sorumluluk ile ilgilidir. Bu sebeple karşı önlemlerin andlaşmalar hukukuna göre değil, sorumluluk hukukundan doğan kuralara uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Zararla karşılık da tıpkı karşı önlem gibi sorumlu devletin uluslararası hukuka aykırı fiiline karşılık olarak, bu devlete yönelik bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi şeklinde uygulanan özünde hukuka aykırı önlemlerdir. Ancak karşı önlemlerden farklı ola-

<sup>11</sup> ALLAND, s.1128; WHITE, Nigel D./ABASS, Ademola, Countermeasures and Sanctions, Evans, Malcolm D. (Editör), International Law, 5. Baskı, Oxford 2018, s. 524.

<sup>12</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), (Erişim Tarihi: 07.02.2024).

<sup>13</sup> PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 18. Baskı, Ankara 2019, s. 469.

rak zararlar karşılık, kuvvet kullanmayı içeren önlemlerden oluşmaktadır. Çağdaş uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının kabul edilmesi ile birlikte, zararlar karşılık yerini kuvvet kullanma içermeyen karşı önlemlere bırakmıştır<sup>14</sup>. Yaptırım ise, uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarına uygun olarak aldıkları önlemler için kullanılmaktadır. Özellikle de BM Andlaşması VII. Bölüm kapsamında alınan önlemler yaptırım olarak adlandırılmaktadır<sup>15</sup>. Yaptırımlar devletin tek taraflı aldıkları önlemleri değil bir uluslararası örgüt tarafından alınan önlemleri belirtmek için kullanıldığından *ARSIWA* kapsamındaki karşı önlemlerden farklıdır<sup>16</sup>.

Karşı önlemler, bir devletin, uluslararası hukuka aykırı bir fiil ile kendisine borçlu olunan bir yükümlülüğün ihlal edildiğine ilişkin yaptığı sübjektif değerlendirmeye dayanılarak alınmaktadır. Karşı önlemlerin özellikle güçlü devletler tarafından kötüye kullanılma tehlikesi nedeniyle bu önlemlere başvuru sıkı koşullara bağlanmıştır<sup>17</sup>. Nitekim *ARSIWA* uyarınca, karşı önlemlere başvuru için hem maddi hem de usuli birtakım koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu koşullar karşı önlemlerin hukuka uygunluğunu sağlayan gerekliliklerden oluşmaktadır. *ARSIWA* 22. madde uyarınca, bu koşullara uygun olarak alınan karşı önlemler uluslararası yükümlülüğe uygun olmayan bir davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır.

Karşı önlemlerin amacı ve sınırları *ARSIWA* 49. maddede düzenlenmiştir. Buna göre karşı önlemlerin amacı, uluslararası hukuka aykırı bir fiilden sorumlu olan devleti bu fiiline son vermeye ve neden olduğu zararları onarmaya yöneltmektir. Karşı önlemler, bu önlemleri alan devletin, sorumlu devlete yönelik uluslararası yükümlülüklerini geçici bir süre için yerine getirmemesi ile sınırlıdır. *ARSIWA* 49. madde uyarınca karşı

---

<sup>14</sup> **PADDEU**, Federica, *Justification and Excuse in International Law Concept and Theory of General Defences*, Cambridge 2018, s. 250.

<sup>15</sup> *ARSIWA*, Commentary to Article 22, para. 3, s. 75.

<sup>16</sup> **WHITE/ ABASS**, s. 537.

<sup>17</sup> **KATSELLI PROUKAKI**, Elena, *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, Oxfordshire 2010, s. 72.

önlem alınması için öncelikle bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir fiili ile bu fiil nedeniyle zarar gören mağdur bir devletin bulunması gerekmektedir. Diğer bir koşullar ise, *ARSIWA* 50. madde uyarınca bazı yükümlülüklerin karşı önlemlerin kapsamı dışında tutulması ile 51. madde uyarınca önlemlerin orantılılık ilkesine uygun olarak alınmasıdır. Bu gereklilikler karşı önlemlere başvuruda maddi koşullar olarak sınıflandırılabilir. Karşı önlemlere başvurulması için yerine getirilmesi gereken usuli koşullar ise *ARSIWA* 52. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, mağdur devlet, sorumlu devletten yükümlülüklerini yerine getirmesini istemeli ve karşı önlem almaya ilişkin bütün kararları bildirerek, sorumlu devlet ile görüşme teklif etmelidir. Gerek maddi gerekse usul koşullarından birine uygun olarak alınmayan karşı önlemlerin kendisi hukuka aykırı hale gelecektir. Bunların yanı sıra, cezalandırıcı nitelikte karşı önlem alınmamalı ve sorumlu devletin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi halinde alınan önlemlere derhal son verilmelidir (*ARSIWA*, m. 53).

Karşı önlemlere başvururken özellikle insan haklarına ilişkin temel yükümlülükler ile taraflar arasındaki uyumsuzluğun daha da derinleşmesine yol açacak nitelikteki birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaçınılmasına izin verilmemiştir. Bu yükümlülüklerin karşı önlemlerin kapsamı dışında tutulması gerekmekte olup, bunların yerine getirilmesinin belirli bir süre dahi olsa askıya alınması mümkün değildir. Bu nitelikteki yükümlülükler *ARSIWA* 50. maddede “karşı önlemlerden etkilenmeyecek yükümlülükler” başlığı altında sayılarak, bunların hukuka aykırı fiil sahibi devlete yönelik alınan karşı önlemlere konu edilmesi yasaklanmıştır.

## **II. KARŞI ÖNLEMLER İLE UYGULANMASI DURDURULAMAYACAK YÜKÜMLÜLÜKLER**

Uluslararası hukukta karşı önlem olarak hangi yükümlülüklerin yerine getirilmeyeceğini belirleme yetkisi bizzat bu önlemi alan devlete aittir. Ancak bu yetki devlete mutlak ve sınırsız bir hak sağlamamaktadır. İnsanlığa saygının ve uluslararası düzenin korunmasına yönelik endişe-



ler, bir devletin karşı önlem yoluyla yerine getirmekten kaçınamayacağı yükümlülükler yelpazesine bir sınırlama getirilmesini gerektirmektedir<sup>18</sup>. Başka bir ifadeyle, mağdur devletin karşı önlem yoluyla, sorumlu devlete borçlu olduğu belirli yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınması mümkün değildir. ARSIWA'nın "karşı önlemlerden etkilenemeyecek yükümlülükler" başlıklı 50. maddesinde bu yükümlülükler şu şekilde sıralanmıştır:

*"1. Karşı önlemler, aşağıdakileri etkilemeyecektir:*

*a) Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan, kuvvet kullanma tehdidinde ya da kullanımından kaçınma yükümlülüğünü;*

*b) Temel insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülükleri;*

*c) Zararla karşılığı yasaklayan insancıl nitelikteki yükümlülükleri;*

*d) Genel uluslararası hukukun emredici normları kapsamındaki diğer yükümlülükleri.*

*2. Karşı önlemler alan devlet şu yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınamaz:*

*a) Kendisi ve sorumlu devlet arasında uygulanabilir herhangi bir uyuşmazlık çözüm usulü kapsamındaki yükümlülükleri;*

*b) Diplomatik veya konsolosluk ajanlarının, binalarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına saygı gösterme yükümlülüğünü.*

ARSIWA 50. maddede düzenlenen yükümlülükler iki ayrı fıkra altında düzenlenmiştir. İlk fıkrada, kuvvet kullanma tehdidinden ya da kullanımından kaçınma yükümlülüğü, temel insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülükler, misillemeyi yasaklayan temel insancıl nitelikteki yükümlülükler ile genel uluslararası hukukun emredici normları kapsamındaki diğer yükümlülükler; ikinci fıkrada ise, uyuşmazlıkların çözüm usulü kapsamındaki yükümlülükler ile diplomasi ve konsolosluk ilişkilerinden kaynaklanan yükümlülükler yer almaktadır.

---

<sup>18</sup> CRAWFORD, James, State Responsibility The General Part, Cambridge 2013, s. 88.

## A. Kuvvet Kullanma Tehdidinden ya da Kullanımından Kaçınma Yükümlülüğü

Karşı önlem ile uygulanması askıya alınamayacak ilk yükümlülük, BM amaçları ile bağdaşmayacak şekilde kuvvet kullanma tehdidinden ya da kuvvet kullanımından kaçınma yükümlülüğüdür. BM Andlaşması'nın 1/1. maddesi uyarınca örgütün amacı, uluslararası barış ve güvenliği korumak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlıkların barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak çözmektir. Bu amaca aykırı şekilde kuvvet kullanmama yükümlülüğünün ihlaline yol açacak karşı önlemlerin alınması yasaklanmıştır. Kuvvet kullanma tehdidi veya kuvvet kullanılmasını içeren önlemlerden kaçınılması kuralı uluslararası yargı ve hakem kararlarında da kabul edilmiştir<sup>19</sup>. Bu konudaki nispeten güncel karar, Guyana ile Surinam'ın deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin hakem mahkemesinin verdiği 2004 tarihli karardır. Söz konusu uyuşmazlık, Guyana'nın, her iki devletin de hak iddia ettiği deniz alanında petrol imtiyazı verdiği şirketlere ait gemilerin Surinam tarafından kuvvet kullanma yasağına aykırı olarak bölgeden uzaklaştırmasından kaynaklanmıştır. Hakem mahkemesi, *ARSIWA* 50/1-a maddesindeki hükme atıf yaparak karşı önlemlerin kuvvet kullanımı içermeyeceğini belirtmiş; Surinam'ın fiillerinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> International Court of Justice, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement of 27 June 1986, para. 249, s. 127, <https://www.icj-cij.org/case/70>, (Erişim Tarihi: 25.02.2024); International Court of Justice, The Corfu Channel Case, Judgement of 9 April 1949, s. 35, <https://www.icj-cij.org/case/1/judgments>, (Erişim Tarihi: 25.02.2024); Ad hoc International Arbitration, Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, Arbitral Award of 9 December 1978, para. 81, s. 443, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-air-service-agreement-of-27-march-1946-between-the-united-states-of-america-and-france-decision-saturday-9th-december-1978>, (Erişim Tarihi: 25.02.2024).

<sup>20</sup> Söz konusu uyuşmazlık, Guyana'nın her iki ülkenin de hak iddia ettiği deniz alanında petrol imtiyazı verdiği şirketlere ait gemilerin Surinam tarafından kuvvet kullanma yasağına aykırı olarak bölgeden uzaklaştırılmasına ilişkindir. Karar için bkz: Permanent Court of Arbitration, Guyana v. Suriname, Case No: 2004-04, Final Award of 17 September 2007, para. 446, s. 147, 148, <https://pcacases.com/web/sendAttach/902>, (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

*ARSIWA*'nın 50/1-a maddesindeki kural ekonomik ve siyasi zorlama içeren karşı önlemlerin hukuka aykırılığına ilişkin bir ifade içermemektedir. Maddede aşırı ekonomik ve siyasi nitelikteki karşı önlemlerden bahsedilmemiş olması, bu nitelikteki karşı önlemlere başvurunun mümkün olup olmadığı tartışmasına yol açmıştır. Doktrinde; özel raportör Arangio-Ruiz, devletlerin sorumluluğuna ilişkin 1992 tarihli tasarı metnine, sadece kuvvet kullanmayı değil; aynı zamanda devletin toprak bütünlüğünü veya siyasi bağımsızlığını tehlikeye atan aşırı siyasi önlemleri veya ekonomik zorlamaları içeren karşı önlemlerin de yasaklamasına yönelik bir madde eklenmesini önermiştir. Özel raportör bu yasağın, aşırı ekonomik veya siyasi önlemlerin silahlı kuvvet kullanımının neden olduğu kadar ağır sonuçları olabileceğinden bahisle, hukukun aşamalı olarak gelişmesini yansıttığı sonucuna varmıştır<sup>21</sup>. BM Genel Kurulu'nca kabul edilen 1965 tarih ve 2131 sayılı Devletlerin İç İşlerine Karışmanın Yasaklanması ve Bağımsızlık ve Egemenliklerinin Korunması Bildirisi'nde de, bir devleti, egemenlik haklarının kullanımı elde etmek veya ondan herhangi bir menfaat elde etmeye zorlamak için ekonomik, siyasi veya diğer türden tedbirlerin kullanılmayacağı veya kullanmaya teşvik edilemeyeceği düzenlenmiştir<sup>22</sup>. Benzer şekilde 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Sonuç Bildirgesi'nde de bir katılımcı devletin, başka bir katılımcı devletin egemenliğinden doğan haklarını kullanmasını kendi menfaatlerine tabi kılmak ve böylece herhangi bir menfaat elde etmek üzere hazırlanan her türlü askeri, siyasi, ekonomik ya da diğer zorlama fiillerinden kaçınacakları düzenlenmiştir<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> **ARANGIO-RUIZ**, Gaetano, "Fourth Report on State Responsibility", Yearbook of the International Law Commission, Vol:II (1), 1992, para. 250, s. 36, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1992\\_v2\\_p1.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1992_v2_p1.pdf), (Erişim Tarihi: 22.02.2024). Benzer görüş için bkz. **BOISSON DE CHAZOURNES**, Laurence, Other Non-Derogable Obligations, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010, s. 1211.

<sup>22</sup> Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_2131-xx/ga\\_2131-xx\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_2131-xx/ga_2131-xx_e.pdf), (Erişim Tarihi: 19.02.2024).

<sup>23</sup> Conference on Security and Co-operation in Europe Final Act, <https://www.osce.org/files/f/documents/5/c/39501.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

Bu konuda doktrindeki karşıt görüşte olanlar ise, ARSIWA'nın 50/1. maddesinin sadece silahlı kuvvet yasağına aykırı önlemleri yasakladığından, ekonomik zorlamayı içeren önlemlerin bu yasağın kapsamı dışında kaldığını ileri sürmektedir<sup>24</sup>. Nitekim UHK üyelerinden Bruno Simma, devletin sorumluluğuna ilişkin yapılan çalışmalar sırasında ekonomik nitelikteki karşı önlemlerin BM Andlaşması'na aykırı olmadığını kanaatinde olduğunu açıklamıştır<sup>25</sup>. Türk Hukukunda ise Pazarci, ekonomik zorlamayı içeren önlemlerin kuvvet kullanma yasağına aykırı önlemler olarak değerlendirilmeyeceği kanaatinde<sup>26</sup>. Kanımızca, BM Andlaşması'nın 2/4. maddesindeki yasağın diğer kuvvet biçimlerini de kapsayacak şekilde yorumlanması, mağdur devletlerin uluslararası hukuku ihlallerine karşılık silahlı kuvvet dışındaki bir zorlama yolu ile karşılık vermesini engelleyecektir. Bu durum ise devletlerin kendi haklarına kavuşmak için *self-help* yollarına başvurduğu uluslararası hukuk sisteminde, hukuk kurallarına uyulmasını sağlamayı zorlaştıracaktır. Nitekim UHK'nun 1979 tarihli raporunda da ekonomik nitelikteki karşı önlemlerin, çağdaş uluslararası hukukta uluslararası bir ihlale karşılık kabul edilebilir bir yol olduğu açıkça ifade edilmiştir<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> **LEBEN**, Charles, Obligations Relating to the Use of Force and Arising from Peremptory Norms of International Law, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010, s. 1203; **MA-LANCZUK**, Peter, "Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol: 43/4, 1983, s. 738.

<sup>25</sup> Summary Records of the Meetings of the Fifty-Third Session 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, Yearbook of the International Law Commission, Vol:I, 2001, para. 4, s. 35, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2001\\_v1.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v1.pdf), (Erişim Tarihi: 19.02.2024).

<sup>26</sup> **PAZARCI**, s. 553.

<sup>27</sup> Ekonomik zorlama içeren zararlar karşılık yolunun meşruluğuna ilişkin değerlendirme için bkz. International Law Commission: "Report on the Work of Its Thirty-first Session", Yearbook of the International Law Commission, Vol:II (2), 1979, para.5, s.116, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1979\\_v2\\_p2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1979_v2_p2.pdf), (Erişim Tarihi: 19.02.2024).

## B. Temel İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Yükümlülükler

Karşı önlemler, temel insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesini de etkilememelidir. Temel insan haklarının korunmasına yönelik yükümlülükleri etkileyen karşı önlemlerin hukuka aykırı kabul edilmesine ilişkin bu düzenleme büyük ölçüde insani kaygılara dayanmaktadır<sup>28</sup>. Belirtmek gerekir ki, insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülüklerinin yerine getirilmesini etkilememekle birlikte, bu haklardan yararlanmayı dolaylı olarak engelleyen karşı önlemlere başvurulması da yasaklanmıştır<sup>29</sup>. Örneğin, ekonomik işbirliğine ilişkin iki taraflı bir anlaşmanın, taraf devletlerden birinin uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle karşı önlem olarak yürürlüğünün askıya alınması mümkündür. Ancak bu önlem, taraf devletlerin ekonomik şartlarına bağlı olarak bireylerin belirli temel insan haklarından etkili bir şekilde yararlanmalarını dolaylı olarak etkiliyorsa hukuka aykırı kabul edilmelidir.

İnsan haklarının korunmasını içeren saldırı, soykırım, kölelik, ırk ayrımcılığı, insanlığa karşı suçlar, işkence yasakları ve self- determinasyon gibi emredici norm niteliğindeki yükümlülüklerin yanı sıra diğer temel insan hakları yükümlülüklerinin de karşı önlemlere konu olması yasaklanmıştır. Nitekim Taslak Komitesi 2000 yılında *“insan hakları kavramının kazandığı geniş anlam göz önüne alındığında, insan haklarına yapılan atfın nitelendirilmemesi halinde karşı önlemlere başvurmanın ciddi şekilde sınırlandırılacağı”*ndan endişe duyarak, söz konusu yasağı temel insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülükler ile sınırlandırmıştır. Komite, karşı önlemlerin etkilerinin esasen hukuka aykırı fiil sahibi devlet ve mağdur devlet ile sınırlı olması gerektiğini ifade ederek, önlemlerin bireyler üzerinde asgari etkiye sahip olması gerektiğini kabul etmiştir<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> BORELLI, Silvia/ OLLESON, Simon, Obligations Relating to Human Rights and Humanitarian Law, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010, s. 1188.

<sup>29</sup> BORELLI/ OLLESON, s. 1182.

<sup>30</sup> Summary Records of the Meetings of the Fifty-second Session 1 May-9 June and 10 July-18 August 2000, Yearbook of the International Law Commission, Vol:1, 2000, para.

İnsan hakları sözleşmeleri de belirli insan haklarını tanımlamaktadır. Bilindiği üzere insan hakları sözleşmeleri savaş zamanında dahi sınırlandırılması mümkün olmayan temel insan haklarını koruma altına almaktadır<sup>31</sup>. İnsan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülükler içeren andlaşmalar, bu yükümlülüklerden yararlanan bireyleri korumayı amaçladığından baskın niteliktedir. Dolayısıyla, temel insan haklarına ilişkin yükümlülükleri etkileyen karşı önlemlerin alınması yasaklanarak bu nitelikteki yükümlülüklerin etkin hale getirilmesi amaçlanmıştır<sup>32</sup>. Nitekim, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi'nin 24 No'lu Genel Yorumunda, insan haklarına ilişkin andlaşmaların devletler arası karşılıklı yükümlülük yüklemekten ziyade, bireylere hakların tanınmasıyla ilgili olduğu ifade edilmiştir<sup>33</sup>. Benzer şekilde İnsan Hakları Komitesi'nin 31 No'lu Genel Yorumunda da, insan haklarına ilişkin temel kuralların *erga omnes* nitelikte yükümlülükler yüklediği belirtilerek, Sözleşmeye taraf devletlerden her birinin diğer taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmesinde hukuki menfaate sahip olduğu ifade edilmiştir<sup>34</sup>. Aynı tespitler UAD'nin Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşmesi ile ilgili verdiği danışma görüşünde de mevcuttur. Divan, bu Sözleşmenin tamamen insani kaygılarla ve uygarlaşma amacıyla kabul edildiğini belirtilerek taraf devletlerin, kendi menfaatlerinden ziyade Sözleşmenin varlık nedeni olan bu yüksek amaçların gerçekleştirilmesi

---

71, s. 397, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2000\\_v1.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2000_v1.pdf), (Erişim Tarihi: 14.02.2023).

<sup>31</sup> Örneğin; BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. maddesi, AİHS'in 15. maddesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 27. maddesinde olağanüstü durumlarda dahi sınırlandırılmayacak haklar düzenlenmiştir.

<sup>32</sup> **BORELLI/OLLESON**, s. 1182.

<sup>33</sup> UN Human Rights Committee: CCPR General Comment No:24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, 4.10.1994, para. 17, s. 6, <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>, (Erişim Tarihi: 17.02.2024).

<sup>34</sup> UN Human Rights Committee: General Comment No:31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26.05.2004, para.2, s.1, <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>, (Erişim Tarihi: 17.02.2024).

için kolektif menfaatlerinin bulunduğunu vurgulamıştır. Bu sebeple, insan haklarına ilişkin sözleşmelerde devletlere yönelik bireysel menfaatlardan bahsedilemeyeceği gibi devletlerin hakları ve görevleri arasında dengenin sağlanmasından da bahsedilemez<sup>35</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) klasik uluslararası andlaşmalardan farklı olarak, karşılıklı ve iki taraflı yükümlülükler yüklemesinin ötesinde, önsözünde ifade edildiği gibi "*Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama*" yükümlülüğü doğurduğuna karar vermiştir<sup>36</sup>. AİHS'e taraf olan devletler, ulusal menfaatlerinin korunmasını sağlayan karşılıklı hak ve yükümlülükleri kabul etmekten ziyade, Avrupa Konseyi'nin hedef ve ideallerini gerçekleştirerek siyasi gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü gibi ortak değerleri korumak amacıyla Avrupa'nın özgür demokrasileri için ortak kamu düzeni yaratmak istemişlerdir<sup>37</sup>. Bu nedenle, AİHS'te garanti altına alınan hak ve yükümlülüklerin karşı önlemler yolu yerine getirilmemesi, temel insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülüğün ihlali sebebiyle hukuka aykırılığa yol açacaktır<sup>38</sup>.

Benzer şekilde, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin konu ve amacının sınırlı sayıda devlet arasında karşılıklı olarak hakların tanınması değil, uyruklarına bakılmaksızın Amerika Kıtası'nda yaşayan bireylerin insan haklarının korunması olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, tıpkı diğer insan hakları sözleşmelerinde olduğu gibi bu Sözleşmenin de, taraf devletlerin menfaatlerini korumak için imzalanmış klasik çok taraflı bir andlaşma olma-

<sup>35</sup> International Court of Justice, Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 28.05.1951, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

<sup>36</sup> The European Court of Human Rights, Case of Ireland v. The United Kingdom, Application No:5310/71, 18.01.1978, para. 13; [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%225310/71%22,%22itemid%22:\[%22001-57506%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%225310/71%22,%22itemid%22:[%22001-57506%22]), (Erişim Tarihi: 14.02.2023).

<sup>37</sup> AİHM, Acaryan ve Deryan/Türkiye, Başvuru No:19558/02, 27904/02, 08.01.2008, s.6, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119916>, (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

<sup>38</sup> KATSELLI PROUKAKI, s. 225.

dığını belirtmiştir. Aksine, devletler, insan hakları sözleşmelerine taraf olmakla birlikte kolektif menfaatin korunması için kendi yetki alanlarındaki tüm bireylere karşı yükümlülük altına girdikleri bir hukuki düzene tabi olmaktadır<sup>39</sup>.

Sonuç olarak bir devlet, tarafı olduğu insan haklarına ilişkin anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini karşı önlem yoluyla askıya aldığı anda, taraf devletlerin tümüne yönelik bir yükümlülüğü ihlal etmiş olacaktır. Dolayısıyla, karşı önlemin hukuka aykırılığı, bu önlemin hedefi olan sorumlu devlet dışındaki diğer taraf devletler için de ortadan kalkmayacaktır<sup>40</sup>. Ayrıca bir bütün olarak uluslararası topluluğa yönelik bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin karşı önlem yoluyla askıya alınması durumunda, sadece önlemin hedefi olan sorumlu devlete karşı değil, uluslararası topluluğun birer üyesi olarak tüm devletlere karşı sorumluluk doğacaktır<sup>41</sup>. Nitekim UAD, bir bütün olarak uluslararası topluluğa karşı yükümlülüklerin doğaları gereği, tüm devletleri ilgilendirdiğini, bu hakların önemi göz önüne alındığında, her bir devletin bunların korunmasında hukuki menfaatinin bulunduğunu kabul etmektedir<sup>42</sup>. Divan bu tür yükümlülükler örnek olarak saldırı ve soykırım yasağı ile köleliğin ve ırka dayalı ayrımcılığın önlenmesi dahil olmak üzere temel insan haklarına ilişkin ilke ve kurallardan kaynaklanan yükümlülükleri göstermiştir<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Advisory Opinion on the Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), 24.09.1982, para. 27, 29, [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_02\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_ing.pdf), (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

<sup>40</sup> **BORELLI/OLLESON**, s.1185.

<sup>41</sup> Yazarlar, hangi yükümlülüklerin erga omnes yükümlülükleri kategorisine girdiği veya hangi insan hakları yükümlülüklerinin uluslararası örf adet hukuku oluşturduğu konusunda devletler arasında açık bir fikir birliği olmadığını, bir insan hakkının korunması yükümlülüğünün, uluslararası örf ve adet kuralı olduğu müddetçe erga omnes yükümlülüğü oluşturduğu düşüncesindedir. **BORELLI/OLLESON**, s. 1186.

<sup>42</sup> International Court of Justice, Case Concerning the Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, para. 33, s. 32. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.02.2024).

<sup>43</sup> International Court of Justice, (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, para. 34, s. 32.



Bu konuya ilişkin güncel karar UAD'nin Katar ve Birleşik Arap Emirlikleri arasındaki uyuşmazlık hakkında verdiği 2021 tarihli geçici tedbir kararıdır. Birleşik Arap Emirlikleri, Katar'ın Riyad Anlaşmasını ihlal ettiği ve terör gruplarını destekleyerek bunları desteklediği gerekçesiyle Katar aleyhine birtakım önlemler almıştır. Bu önlemler arasında, 5 Haziran 2017 tarihi itibarıyla Katar vatandaşlarının Birleşik Arap Emirlikleri'ne girişi yasaklanması da yer almaktadır. Ülkede ikamet eden Katarlılara ve ziyaretçilere güvenlik gerekçesiyle ülkeyi terk etmeleri için on dört gün süre verilmiş; aynı şekilde Birleşik Arap Emirlikleri vatandaşlarının da Katar'a seyahat etmeleri veya Katar'da kalmaları ya da Katar topraklarından transit geçmeleri yasaklanmıştır. Ayrıca, Birleşik Arap Emirlikleri hava sahası ve limanlarının 24 saat içinde tüm Katarlılara kapatılması ve ülkeye gelen veya ülkeden ayrılan tüm Katarlı ulaşım araçlarının Birleşik Arap Emirlikleri topraklarından geçmesi, girmesi veya çıkması yasaklanmıştır<sup>44</sup>. Bu önlemlerin yanı sıra, Katar'ı destekleyen ifadeler sebebiyle medya kuruluşlarına yönelik bazı ek önlemler de alınmıştır. Bu bağlamda, 6 Haziran 2017 tarihinde Katar Devleti'ne yönelik sempati ifadelerinin veya Katar'a karşı alınan önlemlere itirazların hapis ve para cezasıyla cezalandırılan suçlar olarak kabul edildiği açıklanmıştır. Ayrıca, Katarlı şirketler tarafından işletilen çeşitli web siteleri engellenmiştir<sup>45</sup>. Katar, Birleşik Arap Emirlikleri tarafından alınan önlemlerin Katarlılara karşı ulusal köken temelinde ayrımcılığa dayandığını ve Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'yi ihlal ettiğini ileri sürerek UAD'e başvurmuştur. Birleşik Arap Emirlikleri aldığı önlemlerin makul ve orantılı önlemler olduğunu

---

<sup>44</sup> International Court of Justice, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Judgment of 4 February 2021, para.26-30, s. 84, 85, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/172/172-20210204-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi:26.02.2024).

<sup>45</sup> Divan, Katar'ın bu iddialarını kabul edilebilir bulmamıştır. International Court of Justice, (Qatar v. United Arab Emirates), Judgment of 4 February 2021, para.111-115, s. 41-43.

ileri sürse de<sup>46</sup> Katar, Birleşik Arap Emirlikleri'nin aldığı karşı önlemlerin temel insan haklarını ihlal ettiğini ve Sözleşmedeki ırk ayrımcılığının önlenmesinin emredici bir norm olarak hiçbir sapmaya izin vermediğinden önlemlerin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür<sup>47</sup>. Divan, geçici tedbir olarak, Birleşik Arap Emirlikleri'nin 5 Haziran 2017 tarihinde kabul ettiği önlemler nedeniyle ülkeyi terk etmek zorunda kalan Katarlı ailelerin yeniden bir araya getirmesine; Katarlı öğrencilere eğitimlerini Birleşik Arap Emirlikleri'nde tamamlama ya da eğitimlerine başka bir yerde devam etmek istiyorlarsa eğitim kayıtlarını temin edebilmelerine ve Katarlıların Birleşik Arap Emirlikleri mahkemelerine ve diğer yargı organlarına erişimine izin verilmesine karar verilmiştir<sup>48</sup>.

Benzer şekilde Rusya Ukrayna savaşı nedeniyle alınan önlemlerin temel insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülüklerle uygun olup olmadığı sorulabilir. Özellikle Ukrayna dışında ABD, AB üyesi devletler, Kanada, Avustralya gibi üçüncü devletlerce alınan önlemlerin, siyasi veya ekonomik açıdan, Rusya'nın hukuka aykırı fiillerinde sorumlu olduğu veya bu fiillerin gerçekleşmesine katkıda bulunduğu iddia edilen üst düzey devlet yetkililerini, oligarkları, bireyleri, kuruluşları veya grupları doğrudan hedef alan önlemlerden oluştuğu görülmektedir<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> International Court of Justice, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections of the United Arab Emirates, Vol: I, 29.04.2019, para. 30-34, s.19-22, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/172/172-20190429-WRI-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>47</sup> International Court of Justice, Written Statement of the State of Qatar Concerning the Preliminary Objections of the United Arab Emirates, Vol:I, 30.08.2019, s. 7, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/172/172-20190830-WRI-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>48</sup> International Court of Justice, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Request for the Indication of Provisional Measures Order of 23 July 2018, para. 79, s. 433, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/172/172-20180723-ORD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

<sup>49</sup> Ukrayna'ya saldırısı sebebiyle Rusya'ya karşı üçüncü devletlerce alınan önlemlere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **ÇALIŞKAN**, Ayla, "Rusya-Ukrayna Savaşında Üçüncü Devletlerce Alınan Önlemlerin Hukuki Niteliği", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:2, 2023, s. 313-321.

Bu önlemler daha çok hedefin mal varlığının dondurulması veya önlem alan devletin ülkesine seyahat etmesinin yasaklanması şeklinde uyguladığından özellikle seyahat özgürlüğü, mülkiyet hakkı ve özel hayata saygı hakkını olumsuz etkilemektedir. Doğrudan hedefe yönelik alınan ve bireylerin haklarını sınırlandıran bu önlemlerin hukuka uygun olması için temel insan haklarını ihlal etmemesi gerekmektedir. Bu amaçla aleyhine önlem alınacaklar listesi oluşturulurken adil ve açık yöntemler kullanılmalı, hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından yargısal denetim imkânı sağlanmalıdır. Listeye alınan kişi ve kuruluşların listeye dahil edilme nedenleri ile listeden çıkarılma koşulları ve usulü hakkında bilgilendirilmeleri önemlidir. Bu usulün takip edilmesi, adil ve şeffaf bir sürecin uygulanarak keyfi listeleme önüne geçilmesi açısından zorunludur. Sonuç olarak alınan önlemlerin bireylerin temel insan haklarından yararlanmasını engellediği ölçüde hukuka aykırı olacağı söylenmelidir.

### **C. Misillemeyi Yasaklayan İnsancıl Nitelikteki Yükümlülükler**

*ARSIWA*'nın 50/1-c maddesi, misillemeyle ilgili olarak insancıl hukuktan doğan yükümlülükleri yerine getirilmemesi şeklinde karşı önlemlere başvurulmasını yasaklamaktadır. Söz konusu madde, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 60/5. maddesindeki insani nitelikteki andlaşmalarda yer alan ve özellikle bu gibi andlaşmalarla himaye edilen kişilere karşı her türlü misillemeyi yasaklayan kişilerin korunmasıyla ilgili hükümlerinin askıya alınamayacağına ilişkin hükme göre şekillenmiştir. Bu kural uluslararası insancıl hukuktan doğan, bireylere karşı misilleme yapılmasını yasaklayan yerleşik temel bir yasağı yansıtmaktadır<sup>50</sup>. Nitekim uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışma taraflarınca yapılan ihlallere tepki olarak, belirli gruptaki kişileri korumayı amaçlayan yükümlülüklerin misilleme olarak yerine getirmekten kaçınılmayacağına ilişkin kurallar içermektedir<sup>51</sup>. Misilleme yasağı da dahil olmak üzere uluslararası insancıl hukuk kurallarının nite-

<sup>50</sup> *ARSIWA*, Commentary to Article 50, para. 8, s. 132; *BORELLI/OLLESON*, s. 1178.

<sup>51</sup> *BORELLI/OLLESON*, s. 1188.

likleri gereği aynı zamanda uluslararası hukukun emredici normları olduğu kabul edilmektedir<sup>52</sup>.

Misillemeyi yasaklayan insancıl nitelikteki yükümlülüklerin karşı önlem yoluyla ihlal edilemeyeceği, 2003 yılında Eritre-Etiyopya İddialar Komisyonu tarafından verilen kararda da teyit edilmiştir. Eritre'nin, Etiyopya'nın savaş esirlerini ülkesine geri göndermeyerek uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiği yönündeki iddialarını haklı bulan Komisyon, *"Etiyopya'nın savaş esiri değişimlerini askıya alması, devlet sorumluluğu uyarınca bir karşı önlem olarak hukuka uygun kabul edilemez, çünkü 2001 tarihli Devletlerin Haksız Fiillerinden Doğan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Metninin 50. maddesinin vurguladığı gibi, bu tür önlemler "temel insan haklarının korunmasına ilişkin yükümlülükleri" veya "misillemeyi yasaklayan insani nitelikteki yükümlülükleri" etkilemeyecektir<sup>53</sup>."* şeklinde karar vermiştir. Dolayısıyla, misillemeyi yasaklayan uluslararası insancıl nitelikteki bir yükümlülüğün karşı önlem olarak yerine getirilmemesi halinde, fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkmayacağından, alınan önlemin kendisi hukuka aykırı hale gelecektir.

#### **D. Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları Kapsamındaki Diğer Yükümlülükler**

ARSIWA 50/1-d madde ile genel uluslararası hukukun emredici normları kapsamındaki diğer yükümlülüklerle aykırı karşı önlemlerin alınması da yasaklanmıştır. ARSIWA 50/1-a, b veya c bentlerin kapsamına girmeyen ancak emredici normlardan doğan diğer yükümlülüklerle söz konusu kural uygulanarak, bu yükümlülüklerin de karşı önleme konu edilmesi engellenmiştir. İki devlet arasında andlaşma yoluyla bile

<sup>52</sup> Trial Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, Case No: IT-95-16-T, 14.01.2000, para. 520, <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.01.2024); ARSIWA, Commentary to Article 40, para. 5, s. 113.

<sup>53</sup> Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Prisoners of War-Eritrea's Claim 17 between the State of Eritrea and The Federal Democratic Republic of Ethiopia, 1.07.2003, para.159, s.69, [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXVI/23-72.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/23-72.pdf), (Erişim Tarihi: 23.01.2024).

sınırlandırılmayacak emredici bir normun, karşı önlem alınarak tek taraflı bir fiil ile sınırlandırılması mümkün değildir<sup>54</sup>.

Devletler, genel uluslararası hukuk kapsamında emredici norm olarak kabul edilmese dahi, karşı önlemlere konu edilemeyecek yükümlülükler yaratan başka emredici normlar tanıyabilir<sup>55</sup>. İki veya çok taraflı bir andlaşmada, andlaşmanın ihlal edilmesi nedeniyle karşı önlemlere başvurulmasına imkân tanıyan hükümler bulunabilir<sup>56</sup>. Ancak, andlaşmada düzenlenen bir kuralın taraflar için emredici nitelikte olduğu anlaşılıyorsa, bu kuralın ihlali niteliğinde karşı önlemlerin alınması yine de mümkün değildir.

### **E. Uyuşmazlıkların Çözüm Usulü Kapsamındaki Yükümlülükler**

*ARSIWA*'nın 50/1. maddesinde yer alan esaslı sınırlamalara ek olarak, 50/2. madde ile mağdur devlet ve sorumlu devlet arasında uygulanan uyuşmazlıkların çözüm usulü kapsamındaki yükümlülüklerin de karşı önleme konu edilmesi yasaklanmıştır.

Bu yükümlülük, mağdur ve sorumlu devlet arasında yalnızca söz konusu uyuşmazlığın çözüm usullerine ilişkin ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda uyuşmazlık, hem uluslararası hukuka aykırı fiile hem de bu fiil neticesinde alınan karşı önlemlerin hukuka uygunluğuna ilişkin olabilir<sup>57</sup>. Bu hüküm, devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçı çözüm usullerini değerlendirmekten ziyade, uygulanabilir barışçı çözüm usullerine ilişkin bir yükümlülük mevcut olduğu durumlarda, bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınacak şekilde karşı önlem alınamayacağını ortaya koymaktadır. Mağdur devlet, bu nitelikte bir uyuşmazlığın çözüm usulüne ilişkin yükümlülüğünü karşı önlem olarak yerine getirmekten kurtulamaz. Aksi halde karşı önlem, tarafların üzerinde mutabık kaldığı ve uyuşmazlığı çözebilecek nitelikteki bir hükmün yerini alacaktır<sup>58</sup>. Bu husus Tahran'daki Birleşik Devletler Diplomatik ve Konsolosluk

<sup>54</sup> ARSIWA, Commentary to Article 50, para. 9, s. 133

<sup>55</sup> ARSIWA, Commentary to Article 50, para. 9, s. 133; **LEBEN**, s. 1198.

<sup>56</sup> ARSIWA, Commentary to Article 50, para. 10, s. 133.

<sup>57</sup> ARSIWA, Commentary to Article 50, para. 12, s. 133.

<sup>58</sup> ARSIWA, Commentary to Article 50, para. 13, s. 133.

Personeli davasında UAD tarafından, “Her halükarda, taraflardan birinin Dostluk Antlaşmasını ihlal ettiği iddiası, söz konusu tarafın Antlaşmanın uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümüne ilişkin hükümlerine başvurmasını engelleyecek etkiye sahip olamaz” ifadeleri ile de teyit edilmiştir<sup>59</sup>. Öte yandan, hem karşı önleme yol açan uluslararası hukuka aykırı fiile ilişkin uyuşmazlığı hem de karşı önlemin hukuka uygunluğuna ilişkin meseleyi etkili bir şekilde ele alamayan uyuşmazlığın çözüm usulü uygulanabilir nitelikte değildir. Uygulanabilir olmayan uyuşmazlığın çözüm usulüne ilişkin bir yükümlülük ise karşı önleme konu edilebileceğinden ARSIWA 50/2-a. maddesindeki kurala tabi olmayacaktır<sup>60</sup>.

Mağdur devlet tarafından, uyuşmazlık çözümü için görüşmeler devam ederken, karşı önlem alınmasının mümkün olup olmadığı hususuna da değinmek gerekir. Bu konu, Fransa ve Amerika arasındaki Havaçılık Hizmetleri davasına ilişkin hakem mahkemesi kararında değerlendirilmiştir. Mahkeme, özellikle uyuşmazlığın çözümünü hızlandırma imkanı sağlayan bir yöntem teklifi ile birlikte sunulduğu hallerde, görüşmeler sırasında karşı önlem alınmasını yasaklayan bir kural koymanın mümkün olmadığına hükmetmiştir<sup>61</sup>. Görüşmenin karşı önlem alınmasını engelleyecek nitelikte olup olmadığını tespit etmek için yükümlülüğün yer aldığı düzenlemenin incelenmesi gerektiğini ifade eden hakem mahkemesi, mevcut uyuşmazlıkta ne taraflar arasındaki anlaşma hükümlerinin ne de genel uluslararası hukukun karşı önlemlere başvurulmasını yasaklamadığına karar vermiştir<sup>62</sup>. Sorumlu devletin uyuşmazlığın çözümü için yapılan görüşmeleri iyi niyetle yürütmesi halinde karşı önlem almaya gerek kalmayacaktır. İyi niyet kuralına örnek

<sup>59</sup> International Court of Justice, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, para.53, s. 28, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.01.2024).

<sup>60</sup> CALAMITA, N. Jansen, “Countermeasures and Jurisdiction: Between Effectiveness and Fragmentation”, Georgetown Journal of International Law, Vol:42, 2011, s. 298.

<sup>61</sup> Ad hoc International Arbitration, (United States of America and France), Arbitral Award of 9 December 1978, para. 90, 91.

<sup>62</sup> Ad hoc International Arbitration, (United States of America and France), Arbitral Award of 9 December 1978, para 87-89.

olarak görüşmelerin haksız yere kesilmemesi veya makul olmayan şekilde geciktirilmemesi, mutabık kalınan yöntemlere uygun davranılması ve aleyhe olan tekliflerin veya menfaatlerin dikkate alınması verilebilir<sup>63</sup>. Ancak sorumlu devletin uyuşmazlığın çözümüne yönelik iyi niyetle yürütülen sürece rağmen işbirliğinde bulunmaktan kaçınması, kendisi aleyhine karşı önlemler alınmasına yol açabilir<sup>64</sup>.

## **F. Diploması ve Konsolosluk İlişkilerinden Kaynaklanan Yükümlülükler**

Mağdur devletin karşı önlem alarak yerine getirmekten kaçamayacağı diğer bir yükümlülük ise diploması ve konsolosluk ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. ARSIWA'nın 50/2-b. maddesinde yer alan hüküm ile *diplomatik veya konsolosluk ajanlarının, binalarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına* ilişkin yükümlülüklerin ihlaline yol açacak nitelikte karşı önlemlerin alınması yasaklanmıştır. Bu kapsamda, silahlı çatışmalarda da dahil olmak üzere her durum ve koşulda, diplomatik ajanların, binaların, arşivlerin ve belgelerin fiziksel güvenliğini ve dokunulmazlığını sağlayan yükümlülüklerin yerine getirilmesine devam edilmelidir. Bu yükümlülüklerin karşı önlemlere konu edilerek, yerine getirmenin askıya alınması mümkün değildir. Bir devletin uluslararası hukuka aykırı fiiline karşılık olarak diplomatik veya konsolosluk ajanlarının dokunulmazlıkları ihlal edildiğinde, devletler arasındaki diploması ve konsolosluk ilişkilerine büyük ölçüde zarar verilmiş olacaktır. Halbuki diploması hukuku kurallarına saygı duyulması, uluslararası toplumda işbirliğini attırarak, devletlerin uzlaşmalarını ve uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözmelerini sağlamada oldukça önemlidir<sup>65</sup>. Nitekim

---

<sup>63</sup> Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101, 16.10.1957, s. 23, <https://www.informe.org/sites/default/files/court-decisions/COU-143747E.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.02.2023).

<sup>64</sup> IWASAWA, Yuji/ IWATSUKI, Naoki, Procedural Conditions, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010, s. 1153.

<sup>65</sup> International Court of Justice, Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Order of 15 December 1979, para. 39, s. 19, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/064-19791215-ORD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.01.2024).

Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin giriş bölümünde, diplomatik misyonlara ayrıcalık ve bağışıklık tanınması amacının bireylere fayda sağlamaktan ziyade devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak olduğu açıklanmıştır. Dolayısıyla diplomasi hukukunun amacının gerçekleştirilmesi yönündeki çaba, bu rejim kapsamında karşı önlemlerin kullanımına bazı sınırlamalar getirilmesini gerektirmiştir<sup>66</sup>.

Diplomasi hukukunun, bir yandan kabul eden devletin diplomatik misyonlara tanınacak kolaylıklar, ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklarla ilgili yükümlülükleri ortaya koyan, diğer yandan da kabul eden devletin misyonları tarafından bunların kötüye kullanımlarını engelleyebilmek için başvurabileceği yolları belirleyen müstakil bir hukuk rejimi olduğu kabul edilmektedir<sup>67</sup>. Bu bağlamda diplomasi hukuku, diplomatik veya konsolosluk ajanlarının hukuka uygun olmayan faaliyetlerine karşı gerekli önlemlerin, kendi mekanizması aracılığıyla kararlaştırıp uygulandığı kurallardan oluşmaktadır. Bu sebeple, diplomasi hukuku, hukuka aykırı fiillere karşılık diplomasi ve konsolosluk ilişkilerinden doğan dokunulmazlıkları askıya alacak şekilde karşı önlemlere başvurulmasına izin vermemektedir<sup>68</sup>. Bu dokunulmazlıkların askıya alınmasına yol açan nitelikteki karşı önlemlerin yasaklanması, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi hükümleri uyarınca, kabul eden devlet için mevcut olan hukuki yollara başvurulmasını etkilememektedir<sup>69</sup>. Bu bağlamda kabul eden devlet, diplomasi hukukunun izin verdiği sınırlar çerçevesinde karşılık verme hakkına sahiptir. Bu durumda kabul eden devlet, diplomatik ajanı istenmeyen kişi (*persona non grata*) ilan edebileceği gibi, gönderen devletle diplomatik ilişkilerini askıya alabilir veya tamamen sona

---

<sup>66</sup> CRAWFORD, s. 699.

<sup>67</sup> International Court of Justice, (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, para. 86, s. 40.

<sup>68</sup> ELAGAB, Omer Yousif, The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law, Oxford 1986, s. 218, 399.

<sup>69</sup> ARSIWA, Commentary to Article 50, para. 15, s. 134; International Court of Justice, (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, para. 88, s. 41.



erdirebilir<sup>70</sup>. Söz konusu önlemlere diploması hukukunun kurduğu rejim çerçevesinde başvurulduğundan, bunların artık karşı önlem olarak adlandırılması mümkün değildir<sup>71</sup>. UAD, Tahran'daki Birleşik Devletler Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin davada, diplomatik veya konsolosluk ilişkilerinden doğan dokunulmazlıkların askıya alınmasının, uluslararası hukuka aykırı bir fiile yönelik alınan karşı önlem olarak dahi hukuka uygun kabul edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>72</sup>. Dolayısıyla kabul eden devlet, diplomatik dokunulmazlıkları ihlaline yol açacak nitelikte karşı önlem uygulayamayacaktır. Öte yandan belirtilmelidir ki, diplomatik ve konsolosluk ajanlarına yönelik alınan her önlemin, *ARSIWA* 50/2-b madde uyarınca hukuka aykırı olduğu düşünülmemelidir<sup>73</sup>. Karşı önlem olarak yerine getirilmesinden kaçınılamayacak yükümlülük diplomatik ve konsolosluk ajanlarının dokunulmazlığına ilişkin yükümlülüklerdir. Bu sebeple, diplomatik veya konsolosluk ajanlarının veya binalarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına hallettirmeksizin, diplomatik veya konsolosluk ajanlarının ayrıcalıklarının etkileyen de dahil karşı önlemler alınması hukuka uygundur<sup>74</sup>.

Son olarak doktrinde Boisson De Chazournes, *ARSIWA* 50. maddede düzenlenen yükümlülüklerin, karşı önlem rejimini sınırlamakta yetersiz kaldığını ileri sürmektedir. Yazar, karşı önlemlerin çevre üzerindeki riskleri ve olumsuz etkileri de dikkate alınarak, ekosistemin korunmasına ilişkin yükümlülüğün karşı önlemlerden etkilenmeyecek yükümlülüklerden biri olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir<sup>75</sup>. Kanımızca çevrenin ve insan sağlığının korunmasına ilişkin yükümlülükler, temel insan haklarının korunması başlığı altında karşı önleme konu edilemeyecek yükümlülükler olarak değerlendirilebileceğinden bu kapsamda koruma sağlanması daha uygun olacaktır.

---

<sup>70</sup> **ELAGAB**, s.120.

<sup>71</sup> *ARSIWA*, Commentary to Article 50, para. 14, s. 133.

<sup>72</sup> International Court of Justice, (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, para 83, s. 39.

<sup>73</sup> **BOISSON DE CHAZOURNES**, s.1208.

<sup>74</sup> **CRAWFORD**, s. 697; **ELAGAB**, s. 120.

<sup>75</sup> **BOISSON DE CHAZOURNES**, s.1212, 1213.

## SONUÇ

Uluslararası hukukta merkezileştirilmiş icra mekanizmaları bulunmadığından devletlerin haklarına kavuşmak için *self-help* yollarından biri olan karşı önlemlere başvurusu meşru görülmektedir. Ancak, karşı önlemler mağdur devletin yapmış olduğu bireysel değerlendirmeye uygun olarak alındığından özellikle güçsüz ve zayıf devletlere yönelik adete bir silah olarak kullanıma tehlikesine yol açmaktadır. Bu tehlikeyi önlemek veya en aza indirmek amacıyla, uluslararası hukuk kurallarının ihlal edildiği durumlarda uygulanacak karşı önlemlere ilişkin hukuki rejimin düzenlenmesi gerekli hale gelmiştir. Bu ihtiyaç da dikkate alınarak *ARSIWA*'da karşı önlemlere başvuru oldukça sıkı koşullara bağlanmıştır. Özellikle de uluslararası düzenin korunması, devletler arasındaki ilişkilerin barışçıl şekilde sürdürmesi ve insan haklarının korunması amacıyla, bir devletin karşı önlem yoluyla yerine getirmekten kurtulamayacağı yükümlülüklerle bir sınırlama getirilmiştir.

Uluslararası hukuka aykırı bir fiilden zarar gören devlet, karşı önleme başvursa dahi *ARSIWA* 50. maddede sayılan yükümlülüklerle saygı duyarak bunları yerine getirmeye devam etmelidir. Aksi halde, karşı önlemin kendisi hukuka aykırı olacağından, bu önleme başvuran devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır. Söz konusu yükümlülükleri askıya alan karşı önlemler hem devletler arasında yürütülen barışçı ilişkilerin bozulmasına hem de insan haklarının ağır şekilde ihlal edilmesine yol açacaktır. Uluslararası hukuk kurallarına saygı gösterilen hukuk düzeninin tekrar temini için karşı önleme başvuran devlete yönelik de karşı önlemlerin alınma tehlikesi doğacaktır ki, bu durum da kendi haklarını kendi savunmak durumunda kalan devletler için kısır bir döngünün başlangıcı olacaktır.

## KAYNAKÇA

- ALLAND**, Denis: *The Definition of Countermeasures*, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), *The Law of International Responsibility*, New York 2010.
- ALLOTT**, Philip: "State Responsibility and the Unmaking of International Law", *Harvard International Law Journal*, Vol: 29, No:1, 1988, s. 1-26.

- BOISSON DE CHAZOURNES**, Laurence: Other Non-Derogable Obligations, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010.
- BORELLI**, Silvia/ **OLLESON**, Simon: Obligations Relating to Human Rights and Humanitarian Law, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010.
- BOZKURT**, Enver/ **POYRAZ**, Yasin / **ERDAL**, Selcan: Devletler Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2018.
- BRYDE**, Brun-Otto: Self Help, Bernhardt, Rudolf (Editör), Encyclopedia of Public International Law 4- Use of Force, War and Neutrality, Peace Treaties, Netherlands, 1982, s. 215- 217.
- CALAMITA**, N. Jansen: "Countermeasures and Jurisdiction: Between Effectiveness and Fragmentation", Georgetown Journal of International Law, Vol:42, 2011, s. 233-301.
- CRAWFORD**, James: State Responsibility The General Part, Cambridge 2013.
- CURRIE**, John H: Public International Law, 2. Baskı, Toronto 2008.
- ÇALIŞKAN**, Ayla: "Rusya-Ukrayna Savaşında Üçüncü Devletlerce Alınan Önlemlerin Hukuki Niteliği", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:2, 2023, s. 299-335.
- ELAGAB**, Omer Yousif: The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law, Oxford 1986.
- IWASAWA**, Yuji/ **IWATSUKI**, Naoki: Procedural Conditions, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010.
- KATSELLI PROUKAKI**, Elena: The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community, Oxfordshire 2010.
- KESKİN**, Funda: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Ankara 1998.
- LAW**, Jonathan: A Dictionary of Law, 10. Baskı, Oxford 2022.
- LEBEN**, Charles: Obligations Relating to the Use of Force and Arising from Peremptory Norms of International Law, Crawford, James/ Pellet, Alain/ Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, New York 2010.
- MALANCZUK**, Peter: "Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol: 43/4, 1983, s. 705-812.
- PADDEU**, Federica: Justification and Excuse in International Law Concept and Theory of General Defences, Cambridge 2018.

**PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 18. Baskı, Ankara 2019.

**RUYS**, Tom: Sanctions, Retortions and Countermeasures: Concepts and International Legal Framework, Van Den Herik, Larissa (Editör), Research Handbook on UN Sanctions and International Law, Leiden 2017, s. 19-51.

**WHITE**, Nigel D./**ABASS**, Ademola: Countermeasures and Sanctions, Evans, Malcolm D. (Editör), International Law, 5. Baskı, Oxford 2018.

### İnternet Kaynakları

Ad hoc International Arbitration, Case Concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France, Arbitral Award of 9 December 1978, <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-air-service-agreement-of-27-march-1946-between-the-united-states-of-america-and-france-decision-saturday-9th-december-1978>, (Erişim Tarihi: 25.02.2024).

AIHM, Acaryan ve Deryan/Türkiye, Başvuru No:19558/02, 27904/02, 08.01.2008, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119916>, (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

**ARANGIO-RUIZ**, Gaetano: "Fourth Report on State Responsibility", Yearbook of the International Law Commission, Vol:II (1), 1992, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1992\\_v2\\_p1.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1992_v2_p1.pdf), (Erişim Tarihi: 22.02.2024).

Birleşmiş Milletler Andlaşması, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm\\_01.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf), (Erişim Tarihi: 07.02.2024).

Conference on Security and Co-operation in Europe Final Act, <https://www.osce.org/files/f/documents/5/c/39501.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of their Independence and Sovereignty, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_2131-xx/ga\\_2131-xx\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_2131-xx/ga_2131-xx_e.pdf), (Erişim Tarihi: 19.02.2024).

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf), (Erişim Tarihi: 07.02.2024)

Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Prisoners of War-Eritrea's Claim 17 between the State of Eritrea and The Federal Democratic Republic of Ethiopia, 1.07.2003, [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXVI/23-72.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/23-72.pdf), (Erişim Tarihi: 23.01.2024).

Inter-American Commission on Human Rights, Advisory Opinion on the Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), 24.09.1982, [https://www.cor-teidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_02\\_ing.pdf](https://www.cor-teidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_ing.pdf), (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

International Court of Justice, Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 28.05.1951, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.02.2024).

International Court of Justice, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Judgment of 4 February 2021, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/172/172-20210204-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi:26.02.2024).

International Court of Justice, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Preliminary Objections of the United Arab Emirates, Vol: I, 29.04.2019, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/172/172-20190429-WRI-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

International Court of Justice, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Request for the Indication of Provisional Measures Order of 23 July 2018, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/172/172-20180723-ORD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

International Court of Justice, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgement of 27 June 1986, <https://www.icj-cij.org/case/70>, (Erişim Tarihi: 25.02.2024).

International Court of Justice, Case Concerning the Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 13.02.2024).

International Court of Justice, Case Concerning the United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Order of 15 December 1979, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/064-19791215-ORD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.01.2024).

International Court of Justice, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Judgment of 24 May 1980, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.01.2024).

International Court of Justice, The Corfu Channel Case, Judgement of 9 April 1949, <https://www.icj-cij.org/case/1/judgments>, (Erişim Tarihi: 25.02.2024).

International Court of Justice, Written Statement of the State of Qatar Concerning the Preliminary Objections of the United Arab Emirates, Vol:I, 30.08.2019, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/172/172-20190830-WRI-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.02.2024).

International Law Commission: "Report on the Work of Its Thirty-first Session", Yearbook of the International Law Commission, Vol:II (2), 1979, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1979\\_v2\\_p2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1979_v2_p2.pdf), (Erişim Tarihi: 19.02.2024).

- PADDEU**, Federica: Countermeasures, Peters, Anne/ Wolfrum, Rüdiger (Editörler), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2015, [https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690\\_e1020?rskey=Uhu7kk&result=1&prd=MPIL](https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690_e1020?rskey=Uhu7kk&result=1&prd=MPIL), (Erişim Tarihi: 20.01.2024).
- Permanent Court of Arbitration, Guyana v. Suriname, Case No: 2004-04, Final Award of 17 September 2007, <https://pcacases.com/web/sendAttach/902>, (Erişim Tarihi: 22.02.2024).
- Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain) 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101, 16.10.1957, <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/COU-143747E.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.02.2023).
- Summary Records of the Meetings of the Fifty-second Session 1 May-9 June and 10 July-18 August 2000, Yearbook of the International Law Commission, Vol:1, 2000, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2000\\_v1.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2000_v1.pdf), (Erişim Tarihi: 14.02.2023).
- Summary Records of the Meetings of the Fifty-Third Session 23 April-1 June and 2 July-10 August 2001, Yearbook of the International Law Commission, Vol:I, 2001, [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2001\\_v1.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v1.pdf), (Erişim Tarihi :19.02.2024).
- The European Court of Human Rights, Case of Ireland v. The United Kingdom, Application No:5310/71, 18.01.1978, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#-\[%22fulltext%22:\[%225310/71%22\],%22itemid%22:\[%22001-57506%22\]\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#-[%22fulltext%22:[%225310/71%22],%22itemid%22:[%22001-57506%22]]), (Erişim Tarihi: 14.02.2023).
- Trial Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia, Case No: IT-95-16-T, 14.01.2000, <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.01.2024).
- UN Human Rights Committee: CCPR General Comment No:24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant, 4.10.1994, <https://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>, (Erişim Tarihi: 17.02.2024).
- UN Human Rights Committee: General Comment No:31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 26.05.2004, <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>, (Erişim Tarihi: 17.02.2024).

# 1982'DEN GÜNÜMÜZE BÜTÜNCÜL ANAYASA TASLAKLARINDA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YETKİLERİ ÜZERİNE MÜLAHAZALAR

**Barkın ÖZYURT\***

## ÖZET

Kıta Avrupası ülkelerinin ekseriyetinde ve ülkemizde, Anayasa Yargısının tek yetkili mercii olan Anayasa Mahkemesi ve bu Mahkeme'nin yetkileri, kuruluşlarından beri özellikle anayasa hukuku doktrininde tartışma konusu olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Bunda ülkemizde Anayasa Mahkemesi'nin gerek kuruluşundan gerekse 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden itibaren verdiği çeşitli kararları, özellikle de anayasa şikâyeti yolunun kabulünden sonraki bireysel başvuru kararları önemli rol oynamaktadır. Hatta bu kararlar neticesinde Mahkeme'ye ilişkin, 'yargısal aktivizm' kavramı etrafında da tartışmalar cereyan etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme'ye ilişkin tartışmalar ve öneriler, ekseriyetle anayasa değişikliklerinin yahut yeni bir anayasa hazırlanmasının gündeme geldiği zamanlarda alevlenmektedir. Bu noktada Mahkeme yetkilerine ilişkin mülahazaların en önemli tezahürü şüphesiz hazırlanan topyekûn anayasa öneri yahut taslaklarındadır. Çünkü bu taslaklar, tam anlamıyla birer anayasa metni olma saikiyle enine boyuna tartışılarak hazırlanmaktadır. Sunulacak olan bu çalışmanın temel amacı, 1982 Anayasası'nın kabul edilmesinden itibaren çeşitli parti, kurum, kuruluş veya meslek örgütleri tarafından hazırlanan bütüncül anayasa öneri ve taslaklarında Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri üzerindeki mülahazaların incelenmesi ve nihayetinde Mahkeme'nin yetkileri hususunda bir değerlendirme ve öneri ortaya koymaktır.

1982 Anayasası'nın kabulünden itibaren pek çok anayasa önerisi yahut taslağı hazırlanmış ve kamuoyuyla paylaşılmıştır. Bunlar ekseriyetle ilgili parti/kurum/kuruluş yahut meslek örgütünün bünyesinde oluşturulan birer ko-

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Burslu Doktora Öğrencisi; E-posta: barkin.ozyurt@bilkent.edu.tr; ORCID: 0000-0002-6911-4124.

misyon tarafından uzun soluklu çalışmalar neticesinde hazırlanmıştır. Şüphesiz her bütüncül anayasa taslağı dikkate alınmaya ve incelenmeye değerdir; ancak bu çalışmanın kapsam olarak sınırlandırılması amacıyla 1982 Anayasası'nın kabulünden itibaren ortaya konan anayasa taslaklarından tahdidi olarak seçilen bir kısmı çalışmada incelenecektir. Bu tahdidi seçimde Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri üzerinde farklı ve detaylı mülhazalar içeren taslaklar göz önünde bulundurulmuş; ayrıca konunun Türk Anayasal Tarihi açısından bir panoramasının çizilmesi amacıyla ilgili taslağın kamuoyuyla paylaşıldığı tarihler de dikkate alınmıştır. Bu kapsamda ele alınacak anayasa öneri yahut taslakları sırasıyla şu şekildedir: 1992 Yılında Türkiye Sanayici İşadamları Derneği (TÜSİAD) İçin Hazırlanan Anayasa Önerisi; 2000 Tarihli Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin Anayasa Taslağı; 2007 Tarihli Prof. Dr. Ergun Özbudun Başkanlığındaki Bilim Komisyonu Tarafından Hazırlanan Anayasa Önerisi; Türkiye Barolar Birliği (TBB) Tarafından Hazırlanan 2007 Tarihli Anayasa Önerisi; 2011 Tarihli Müstakil Sanayici İşadamları Derneği (MÜSİAD) İçin Hazırlanan Anayasa Önerisi; 2011 Yılında Stratejik Düşünce Enstitüsü (SDE) Tarafından Hazırlanan Yeni Anayasa Önerisi; 28 Kasım 2022'de Altı Muhalefet Partisi Tarafından Açıklanan Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Önerisi.

Sunulacak olan çalışmada, mezkûr taslak ve önerilerde Anayasa Mahkemesi'ne tanınması öngörülen yetkiler, ilgili öneri yahut taslak maddesinin gerekçeleriyle birlikte karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Sonrasında tüm önerilerdeki mülhazaların bir sentezi yapılarak değerlendirilecek ve nihayetinde 'yargısal aktivizm' hususu ile anayasa yargısına ilişkin mevcut gelişmeler de nazara alınarak Mahkeme'nin yetkilerine ilişkin bir sonuç ve öneri ortaya konacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin Yetkileri, Bütüncül Anayasa Taslaklarında Anayasa Mahkemesi'nin Yetkileri, Türkiye'de Anayasa Yargısı, Türk Anayasal Tarihi.

## CONSIDERATIONS ON THE POWERS OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE HOLISTIC CONSTITUTIONAL DRAFTS FROM 1982 TO THE PRESENT

### ABSTRACT

Constitutional Court which is the sole competent authority of the Constitutional Judiciary in the majority of Continental European countries and in our



country and the powers of this court have been and continue to be the subject of debate, especially in the doctrine of constitutional law, since these court's establishment. In this matter, various decisions of the Constitutional Court since its establishment and the entry into force of the 1982 Constitution, especially the decisions of individual applications after the adoption of the constitutional complaint remedy, play an important role in our country. In fact, as a result of these decisions, there are discussions around the concept of 'judicial activism' regarding the Court. In addition, debates and suggestions regarding the Court often flare up when constitutional amendments or the preparation of a new constitution are on the agenda. At this point, the most important manifestation of the considerations regarding the powers of the Court is undoubtedly in the holistic constitutional proposals or drafts that have been prepared. Because these drafts are prepared by discussing in detail with the motive of being a literally constitutional text. The main purpose of this study, which will be presented, is to examine the considerations on the powers of the Constitutional Court in the holistic constitutional proposals and drafts prepared by various parties, institutions, foundations or professional organizations since the adoption of the 1982 Constitution and finally to put forward an evaluation and recommendation on the powers of the Court.

Since the adoption of the 1982 Constitution, many constitutional proposals or drafts have been prepared and shared with the public. These have been prepared as a result of long-term studies by a commission formed within the body of the relevant party/institution/foundation or professional organization. Undoubtedly, every holistic draft of the constitution is worth considering and examining. However, in order to limit the scope of this study, a limited selection of the constitutional drafts put forward since the adoption of the 1982 Constitution will be examined in the study. In this limited selection, drafts containing different and detailed considerations on the powers of the Constitutional Court were taken into consideration. In addition, in order to draw a panorama of the subject in terms of Turkish Constitutional History, the dates when the relevant draft was shared with the public were also taken into account. The constitutional proposals or drafts to be discussed in this context are as follows: Constitutional Proposal Prepared for the Turkish Industry and Business Association (TÜSİAD) in 1992; Draft Constitution of the Union of Chambers and Commodity Exchanges of Türkiye (TOBB) dated 2000; Constitutional Proposal Prepared by the Science Commission Chaired by Prof. Dr. Ergun Özbudun da-

ted 2007; Constitutional Proposal Dated 2007 Prepared by the Union of Turkish Bar Associations (TBB); Constitutional Proposal Prepared for the Independent Industrialists' and Businessmen's Association (MÜSİAD) dated 2011; New Constitutional Proposal Prepared by the Strategic Thought Institute (SDE) in 2011; Strengthened Parliamentary System Proposal Announced by Six Opposition Parties on November 28, 2022.

In the study to be presented, the powers envisaged to be granted to the Constitutional Court in the aforementioned drafts and proposals will be discussed comparatively together with the justifications of the relevant proposal or draft article. Afterwards, a synthesis of the considerations in all proposals will be made and they will be evaluated. Then finally, a conclusion and recommendation regarding the powers of the Court will be put forward, by taking into account the issue of 'judicial activism' and current developments regarding constitutional judiciary.

**Keywords:** Turkish Constitutional Court, Powers Of The Constitutional Court, Powers Of The Constitutional Court In The Holistic Constitutional Drafts, Constitutional Judiciary In Türkiye, Turkish Constitutional History.

## GİRİŞ

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde Merkezileşmiş Anayasa Yargısı modelini benimseyen tüm ülkelerde, aslî vazifesi anayasallık denetimi yapmak olan anayasa mahkemeleri, içinde bulunduğu ülkenin anayasal sistemi ile hukuk ve siyaset camiası için oldukça önemlidir. Bilhassa bu mahkemelerin görev ve yetkileri, hem yerel hem de karşılaştırmalı anayasa hukuku doktrinlerinde çeşitli tartışmaların ve akademik çalışmaların odağı olmuştur ve olmaya da devam etmektedir.<sup>1</sup>

Türkiye için de bu durum farklı değildir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, kurulduğu ve göreve başladığı 1962 yılından beri hem Türk Anayasa Hukuku hem de Türk Siyaset Bilimi doktrinlerinde tartışmaların merkezinde yer almış ve sayısız akademik çalışmaya konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin üye kompozisyonu, görev ve yetki-

<sup>1</sup> ÖZYURT, Barkın, Karşılaştırmalı Örnekler ve Türk Anayasa Hukuku Doktrininden Görüşler Işığında T.C. Anayasa Mahkemesi'nin Üye Kompozisyonu, Ankara Aralık 2023, s. 27-28.

leri, çeşitli kararları ve bunlar dolayısıyla gündeme gelen yargısal aktivizmi bu meselelerin temel başlıklarıdır.<sup>2</sup> Bu çalışma ise, sınırlı olarak ve karşılaştırmalı bir şekilde Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerine hasredilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerine ilişkin mülahazaların akademik nitelikteki detaylı tezahürü ise hazırlanan topyekûn anayasa taslakları veya önerilerindedir. Çünkü bu taslak veya öneriler, konunun uzmanları tarafından akademik bir hazırlık sonucu ortaya konmaktadır. Ayrıca, topyekûn anayasa taslak veya önerileri bir anayasa sistematigi içerisinde hazırlanmakta; çoğu ilgili düzenlemelere ilişkin akademik görüş ve gerekçeler içermektedir. İşte bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri ve buna yönelik mülahazaların Türk Anayasa Hukuku doktrini açısından tezahürü ile akademik ve tarihsel panoramasının, en iyi şekilde topyekûn anayasa taslak veya önerilerinde tespit edilebileceği düşünülmelidir. Bu amaçla, Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri ve buna yönelik mülahazalar, Türk Anayasal Tarihi açısından incelenerek tahdidi olarak seçilmiş olan topyekûn anayasa taslak veya önerileri bağlamında aşağıda ele alınmıştır.

## **I. 1992 YILINDA TÜRKİYE SANAYİCİ İŞADAMLARI DERNEĞİ (TÜSİAD) İÇİN HAZIRLANAN ANAYASA ÖNERİSİ**

1982 Anayasası'nın kabulünden sonra ilk tümenden anayasa değişiklikleri tartışmaları, 1991 seçimleri akabinde TBMM'deki siyasi parti yelpazesinin çeşitliliğiyle birlikte alevlenmiştir. TÜSİAD tarafından geniş sayıda alanında uzman hukukçulardan müteşekkil bir akademik çalışma grubuna<sup>3</sup> hazırlattırılan 1992 tarihli topyekûn anayasa önerisi bu konudaki ilklerden biridir.<sup>4</sup> Bu önerinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri konusundaki düzenlemeleri, gerekçeleriyle birlikte şu şekildedir:

<sup>2</sup> ÖZYURT, s. 11, 27-28.

<sup>3</sup> Bu çalışma grubunun üyeleri için bkz. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (TBMM) BAŞKANLIĞI, TBMM Başkanlığı'na Bazı Kurum Ve Kuruluşlarca Verilmiş Ve TBMM'deki Siyasi Partilerce Yapılmış Anayasa Değişikliğine İlişkin Hazırlık Çalışmaları Ve Taslak Metinler İle Anayasa Komisyonu Metni, Ankara 1993, s. 5.

<sup>4</sup> ÖZYURT, s. 219.

## A. Siyasi Partilerin Mali Denetimi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları

TÜSİAD önerisinde ilk olarak, siyasi partilere yapılacak hazine yarımının anayasal düzenlemede yer almasına karşı olunduğu ifade edilmiştir. 1982 Anayasası'nın 1992 yılındaki haline benzer şekilde siyasi partilerin mali denetimi ile parti kapatma davalarına bakma yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Bununla birlikte öneride, siyasi partilerin iç çalışmaları ve faaliyetlerinin Anayasa Mahkemesi'nce nasıl denetleneceğinin demokrasi esaslarına uygun olarak düzenleneceğinin hüküm altına alınmasıyla yetinilmiştir.<sup>5</sup> Bir başka deyişle TÜSİAD önerisi, siyasi partilerin mali denetimi ile kapatma davaları hakkında Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinin anayasada sade olarak düzenlenmesini ve bunların detayının kanuni düzenlemeye bırakılmasını öngörmüştür.

## B. Soyut ve Somut Norm Denetimi Yetkisi

Öneride, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesinde incelenecek hususların anayasal düzenlemeden çıkarılması öngörülmektedir. Bununla birlikte, 1982 Anayasası'nın o günkü mevcut halinde soyut norm denetimine başvurabileceklerin yanı sıra TBMM'de grubu bulunan her siyasi partinin ve kendi görev ve varlık alanlarını ilgilendiren konularda ise Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Sayıştay ve Üniversitelerin başvurabilmesi de öngörülmüştür.<sup>6</sup>

Somut norm denetimine ilişkin başvurularda ise Mahkeme'ye, 1961 Anayasası'na benzer şekilde olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı (*inter partes*) karar verme yetkisi tanınmaktadır.<sup>7</sup>

Mahkeme'ye soyut ve somut denetimleri esnasında 'uygulamayı durdurma' yetkisi de tanınmıştır.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> TBMM BAŞKANLIĞI, s. 63-64, 124-125.

<sup>6</sup> TBMM BAŞKANLIĞI, s. 125.

<sup>7</sup> TBMM BAŞKANLIĞI, s. 128.

<sup>8</sup> TBMM BAŞKANLIĞI, s. 128.

### **C. Yüce Divan Yetkisi**

TÜSİAD önerisinde, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan yetkisi, o tarihteki mevcut anayasal düzenleme ile aynı şekildedir.<sup>9</sup>

## **II. 2000 TARİHLİ TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ (TOBB)'NİN ANAYASA TASLAĞI**

1999 Seçimleri ve aynı yılki deprem akabindeki siyasi ortam, AB'ye tam üyelik süreci ve yeni yüzyıla girilirken alevlenen yeni anayasa tartışmaları neticesinde TOBB, 2000 yılında "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi: Anayasa 2000" başlıklı bir topyekûn öneri hazırlamıştır.<sup>10</sup> Bu önerinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri konusundaki düzenlemeleri, gerekçeleriyle birlikte şu şekildedir:

### **A. Siyasi Partilerin Mali Denetimi ile Bu Denetim Sonucu Kapatılması ve Siyasi Parti Kapatma Davaları**

Bu yetkiler, önerinin 68 ve 69. maddelerinde düzenlenmiş ve 2010 Anayasa Değişiklikleri öncesindeki mevcut anayasal düzenleme ile birbir aynı niteliktedir.<sup>11</sup>

### **B. Soyut ve Somut Norm Denetimi Yetkisi**

Bu yetkiler önerinin 148 ilâ 153. maddelerinde düzenlenmiştir.

Soyut norm denetimine 1982 Anayasası'nın o günkü mevcut halinde başvurabileceklerin yanı sıra TBMM'de grubu bulunan her siyasi partinin ve en az otuz milletvekilinin, ayrıca kendi görev ve varlık alanlarını ilgilendiren konularda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yüksek mahkemeler, Sayıştay, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek üst kuruluşlarının da başvurabilmesi öngörülmüştür.<sup>12</sup>

Bununla birlikte, Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminde toplantıya katılanların en az üçte iki çoğunluğun olumlu oy ver-

<sup>9</sup> TBMM BAŞKANLIĞI, s. 124-125.

<sup>10</sup> ÖZYURT, s. 225-225.

<sup>11</sup> TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ (TOBB), Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi Anayasa 2000, Ankara Nisan 2000, s. 60-61.

<sup>12</sup> TOBB, s. 105-107.

mesi koşulu kaldırılmış ve Mahkeme'ye 'ilgili hükümlerin uygulanmasını durdurma' yetkisi de tanınmıştır.<sup>13</sup>

Somut norm denetimine ilişkin başvurularda Mahkeme'ye, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı (*inter partes*) karar verme yetkisi tanınmaktadır.<sup>14</sup>

### C. Anayasa Şikâyetlerini İnceleme Yetkisi

Anayasa Mahkemesi'ne tanınan anayasa şikâyetlerini inceleme yetkisi, önerinin 152/a maddesinde düzenlenmiştir. Maddede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ortak alanındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin olarak, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şartı aranmakla birlikte önemli bir anayasal soruna ışık tutulması veya başvuru açısından düzeltilemeyecek sakıncaların ortaya çıkması ihtimallerinde doğrudan başvuru imkânı da tanınmıştır. Anayasa şikâyetine ilişkin detayların düzenlenmesi ise kanuna bırakılmıştır. Madde gerekçesinde anayasa şikâyeti kurumunun önemi ve karşılaştırmalı anayasa hukukundan örnekleri vurgulanmış ve bireylere sadece mahkeme kararları aleyhine değil yasalar ve idari işlemler aleyhine de anayasa şikâyetine başvuru imkanının tanınacağı ifade edilmiştir.<sup>15</sup>

### D. Yüce Divan Yetkisi

TOBB'un önerisinde de, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan yetkisi o tarihteki mevcut anayasal düzenleme ile aynı şekildedir.<sup>16</sup>

### E. Milletvekilliğinin Düşürülmesi ve Dokunulmazlığın Kaldırılması Kararlarının İncelenmesi

Önerinin 85. maddesinde düzenlenen bu yetkinin o tarihteki mevcut anayasal düzenlemeden tek farkı, TBMM Genel Kurulu kararına bağlı olmayan milletvekilliğinin düşürülmesi kararlarının da incelenmesi yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne tanınmıştır.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> TOBB, s. 106-107, 109.

<sup>14</sup> TOBB, s. 109.

<sup>15</sup> TOBB, s. 108-109.

<sup>16</sup> TOBB, s. 105-106.

<sup>17</sup> TOBB, s. 71.

### III. 2007 TARİHLİ PROF. DR. ERGUN ÖZBUDUN BAŞKANLIĞINDAKİ BİLİM KOMİSYONU TARAFINDAN HAZIRLANAN ANAYASA ÖNERİSİ

2007 yılındaki Cumhurbaşkanlığı seçiminde yaşanan ve siyasi hayatımızda '367 Krizi' olarak adlandırılan anayasal kriz ve akabinde gelen Anayasa Mahkemesi kararı ile anayasa değişikliği neticesinde, anayasa değişikliklerine ilişkin tartışmaları tekrar alevlenmiş ve dönemin iktidar partisi tarafından Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında altı üyeden müteşekkil 'Bilim Komisyonu', topyekûn bir anayasa taslağı hazırlamıştır.<sup>18</sup> Bu önerinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri konusundaki düzenlemeleri, gerekçeleriyle birlikte şu şekildedir:

#### A. Siyasi Parti Kapatma Davaları

Komisyon'un önerisinde siyasi partilerin mali denetiminin Sayıştay'a verilmesinin uygun görüldüğü belirtilmiş ve siyasi parti kapatma davalarına ilişkin düzenlemeler önerinin 38 ve 39. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, siyasi parti kapatma davasının parti tüzük veya programının Anayasa'da öngörülen esaslara aykırılığı sebebiyle açılmasından önce, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın talebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından ihtar çekilmesi gereklidir. Bu esaslara aykırılık sebebiyle veya yabancı devlet veya kurum/kuruluşlardan yardım alma sebebiyle açılacak davada Mahkeme, kapatma yerine devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımına hükmedebilir.<sup>19</sup>

Önerinin 115. maddesi uyarınca, siyasi partilerin kapatılması kararının alınabilmesi için Mahkeme üye tamsayısının en az üçte iki çoğunluğunun olumlu oyu aranmaktadır.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> ÖZYURT, s. 234.

<sup>19</sup> ÖZBUDUN, Ergun/ARSLAN, Zühtü/ATAR, Yavuz/ERDEM, Fazıl Hüsni/KÖKER, Levent/YAZICI, Serap, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Getirdiği Yenilikler, Genel Gereğe ve Madde Gereğeleri ile Birlikte)", Legal Hukuk Dergisi, C. 5, S. 58, Y. 2007, s. 3210-3211.

<sup>20</sup> ÖZBUDUN/ARSLAN/ATAR/ERDEM/KÖKER/YAZICI, s. 3256.

## B. Soyut ve Somut Norm Denetimi Yetkisi

Öneride soyut ve somut norm denetimine ilişkin yetkiler, önerinin 114 ilâ 118. maddelerinde düzenlenmiştir. Soyut norm denetiminin genel esasları o tarihteki mevcut anayasal düzenlemeyle paraleldir. Bununla birlikte soyut norm denetimine başvurabilecekler, Cumhurbaşkanı ve TBMM üye tamsayısının en az onda biri sayıda milletvekili olarak belirlenmiştir. Öneriye göre, Anayasa değişikliklerinin iptaline ancak Mahkeme üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile karar verilebilmektedir.<sup>21</sup>

İptal davalarında toplantıya katılanların en az üçte ikisinin olumlu oyuyla yürürlüğü durdurma kararı verilebilir.<sup>22</sup>

Somut norm denetiminin genel esasları da o tarihteki mevcut anayasal düzenlemeyle paraleldir. Bununla birlikte somut norm denetimi başvurularında, Anayasa haricinde usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırılık iddiasında da bulunulabileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>23</sup>

## C. TBMM İçtüzüğü'nün Öndenimini Yapma Yetkisi

Öneride Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişiklikleri ile yasalardan farklı olarak, TBMM İçtüzüğü'nü iptal davası açabileceklerin veya Meclis Başkanı'nın istemi üzerine sadece öndenetim yoluyla denetleyebileceği 114 ve 116. maddelerde hüküm altına alınmıştır. Gerekçede ise TBMM İçtüzüğü'nün parlamento çalışmalarını düzenleyen teknik ve usulî bir metin olmasına ve çeşitli Avrupa ülkelerinde de parlamento içtüzüklerinin denetlenmediğine vurgu yapılmış; eylemli değişiklik gibi isimlendirmelerle İçtüzük'ün sürekli denetlenebilmesinin, demokratik esaslarla bağdaşmadığından bahisle sadece öndenetim öngörülmesi yoluyla engellendiği ifade edilmiştir.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> ÖZBUDUN/ARSLAN/ATAR/ERDEM/KÖKER/YAZICI, s. 3256-3257.

<sup>22</sup> ÖZBUDUN/ARSLAN/ATAR/ERDEM/KÖKER/YAZICI, s. 3258.

<sup>23</sup> ÖZBUDUN/ARSLAN/ATAR/ERDEM/KÖKER/YAZICI, s. 3258.

<sup>24</sup> ÖZBUDUN/ARSLAN/ATAR/ERDEM/KÖKER/YAZICI, s. 3256-3257.



#### **D. Yüce Divan Yetkisi**

Öneride Yüce Divan yetkisi 119. maddede düzenlenmiş ve bu yargılamaların niteliği itibariyle ceza hukuku alanında daha ehil kişilerce yürütülmesi saikiyle Yüce Divan yetkisinde karma bir sistemin benimsendiği vurgulanmıştır. Buna göre Yüce Divan için ilk aşamada Anayasa Mahkemesi içinden beş üye seçilecektir. Karara itiraz halinde ilk incelemede bulunmayan yedi üye seçilecek ve Anayasa Mahkemesi Başkanı bu incelemeye başkanlık edecektir.<sup>25</sup>

#### **E. Milletvekilliğinin Düşürülmesi ve Dokunulmazlığın Kaldırılması Kararlarının İncelenmesi**

Bu yetki Öneri'nin 62. maddesinde düzenlenmiştir ve o tarihteki mevcut anayasal düzenlemeyle neredeyse birebir aynıdır. Tek farklılık, milletvekilliğinden istifanın TBMM Genel Kurulu tarafından kabulü ile milletvekilliğinin düşmesine karşı Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulamayacağıdır.<sup>26</sup>

### **IV. TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ (TBB) TARAFINDAN HAZIRLANAN 2007 TARİHLİ ANAYASA ÖNERİSİ**

TBB'nin detaylı topyekûn anayasa önerisi, esasen 2001 yılındaki Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı akabinde oluşturulan ve anayasa hukukçularından müteşekkil bir hazırlama komisyonunca oldukça titiz çalışmalar nihayetinde o yıl hazırlanmış; fakat 2007 yılında anayasa değişikliği tartışmaları tekrar alevlendiğinde, bazı üyeleri değişen hazırlık komisyonu<sup>27</sup>, 2001 tarihli anayasa önerisini geliştirip genişleterek 2007 tarihli güncellenmiş metni kamuoyuyla paylaşmıştır.<sup>28</sup> Bu önerinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri konusundaki düzenlemeleri, gerekçeleriyle birlikte şu şekildedir:

<sup>25</sup> ÖZBUDUN/ARSLAN/ATAR/ERDEM/KÖKER/YAZICI, s. 3259-3260.

<sup>26</sup> ÖZBUDUN/ARSLAN/ATAR/ERDEM/KÖKER/YAZICI, s. 3224.

<sup>27</sup> TBB'nin gerek 2001 gerekse 2007 tarihli anayasa önerilerini hazırlayan komisyon üyeleri için bkz. ÖZYURT, s. 226, 228.

<sup>28</sup> TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ (TBB), Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin), 2. Baskı, Ankara Kasım 2007, s. V-X.

## **A. Siyasi Partilerin Mali Denetimi ile Bu Denetim Sonucu Kapatılması ve Siyasi Parti Kapatma Davaları**

Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilere ilişkin yetkileri TBB Önerisi'nin 45 ve 46. maddelerinde düzenlenmiş ve bu yetkiler o tarihteki mevcut anayasal düzenlemeye paralel niteliktedir. Fakat ilgili maddelerde, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisindeki siyasi partilerin mali denetiminin ve siyasi parti kapatma davalarının koşul ve unsurları, bunların belirlenebilir şekilde açıklığa kavuşturulması amacıyla oldukça detaylı olarak anayasal düzenlemeye konu edilmiştir. Mahkeme'nin yetkilerini kullanırken uygulayacağı yaptırımlar ise kanuni düzenlemeye bırakılmıştır. Bununla birlikte öneride, tüzük, program veya buna eşdeğer düzenlemelerdeki aykırılıklar nedeniyle açılacak siyasi parti kapatma davalarından önce ilgili partiye ihtar çekilmesi usulü, anayasa hükmü olarak benimsenmiştir.<sup>29</sup>

Ayrıca Mahkeme'nin bir siyasi partiyi kapatma kararına hükmedebilmesi için, toplantıya katılanların en az beşte üç çoğunluğunun olumlu oyunun aranacağı da hüküm altına alınmıştır.<sup>30</sup>

## **B. Soyut ve Somut Norm Denetimi Yetkisi**

Öneride Anayasa Mahkemesi'nin soyut ve somut norm denetimine ilişkin yetkileri 162 ilâ 167. maddelerde düzenlenmiştir. Öneride, Anayasa değişikliklerinin şekil denetimi haricinde esas bakımından da denetlenmesi öngörülmüştür. Anayasa değişikliklerinin iptaline ise, ancak toplantıya katılanların beşte üç çoğunluğu ile karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>31</sup>

TBB önerisinde soyut norm denetimine başvurabileceklerin kapsamı oldukça genişletilmiştir. Cumhurbaşkanı, en az yirmi milletvekili ve TBMM'de grubu bulunan siyasi partiler haricinde TBB'ne de doğrudan doğruya iptal davası açma yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, Hakimler Yüksek Kurulu, Savcılar Yüksek Kurulu, yüksek mahkemeler, Sayış-

<sup>29</sup> TBB, s. 97-109.

<sup>30</sup> TBB, s. 284.

<sup>31</sup> TBB, s. 283-284.

tay, üniversiteler, Kamu Denetçiliği Kurumu ve kamu kurumu niteliğindeki meslek üst kuruluşlarının da kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda iptal davası açabilmesi öngörülmüştür.<sup>32</sup>

Somut norm denetiminde ise, Anayasa Mahkemesi'ne mevcut anayasal düzenlemeler haricinde, olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı (*inter partes*) karar verebilme yetkisi tanınmıştır.<sup>33</sup>

Ayrıca öneride, soyut ve somut norm denetimi ile anayasa şikâyeti başvurularında Mahkeme'ye yürürlüğü veya yürütmeyi durdurma yetkisi tanınmıştır.<sup>34</sup>

### **C. Anayasa Şikâyetlerini İnceleme Yetkisi ve Anayasa Şikâyeti Yoluya Somut Norm Denetiminin Harekete Geçirilmesi**

Önerinin 166. maddesinde düzenlenen anayasa şikâyeti, konusu itibariyle 1982 Anayasası'nın 2010 yılındaki değişiklik sonrası düzenlenen bireysel başvuruya benzer nitelikte düzenlenmiştir. Gerekçede karşılaştırmalı anayasa hukukundan anayasa şikâyetine dair örnekler ve anayasa şikâyeti kurumunun önemi vurgulanmış; ayrıca TBMM İçtüzüğü de, anayasa şikâyetinin aleyhine konu edilebildiği normlar arasına dahil edilmiştir. Bununla birlikte günümüzde bireysel başvuruya ilişkin mevcut anayasal düzenlemeden farklı olarak Mahkeme'ye, anayasa şikâyeti ile önüne gelmiş bir normu iptal etme veya normun yürürlüğünü veya yürütmesini durdurma yetkisi tanınmıştır.<sup>35</sup>

### **D. Milletvekilliğinin Düşürülmesi ve Dokunulmazlığın Kaldırılması Kararlarının İncelenmesi**

Anayasa Mahkemesi'nin bu yetkisi, 1982 Anayasası'ndaki mevcut 85. madde düzenlemesi aynen korunarak önerinin 98. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> TBB, s. 285-286.

<sup>33</sup> TBB, s. 294-295.

<sup>34</sup> TBB, s. 294.

<sup>35</sup> TBB, s. 289-295.

<sup>36</sup> TBB, s. 188.

## V. 2011 TARİHLİ MÜSTAKİL SANAYİCİ İŞADAMLARI DERNEĞİ (MÜSİAD) İÇİN HAZIRLANAN ANAYASA ÖNERİSİ

Başta Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin hükümler olmak üzere, 1982 Anayasası'nda 2010 yılındaki kapsamlı değişiklikler akabinde yeniden topyekûn bir sivil anayasa hazırlanması tartışmaları alevlenmiş; 2011 Genel Seçimleri neticesinde TBMM'de temsil edilen siyasi partiler de bu fikre sıcak bakmış ve TBMM Başkanlığı çatısı altında Anayasa Uzlaşma Komisyonu'nun kurulmasıyla topyekûn bir anayasa hazırlanması çalışmaları hız kazanmıştır. Bu kapsamda, MÜSİAD da Prof. Dr. Abdurrahman Eren'in akademik danışmanlığında bir komisyon oluşturarak bu komisyona 78 maddelik bir gerekçeli anayasa önerisi hazırlatmış ve 2011 yılında bu öneriyi kamuoyuyla paylaşmıştır.<sup>37</sup> Bu önerinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri konusundaki düzenlemeleri, gerekçeleriyle birlikte şu şekildedir:

### A. Siyasi Parti Kapatma Davaları

MÜSİAD önerisinde siyasi partilerin mali denetimi görevi Sayıştay'a verildiğinden, önerinin 25. ve 76. maddelerinde Anayasa Mahkemesi'ne yalnızca siyasi parti kapatma davalarına bakma yetkisi tanınmıştır. Parti kapatmaya ilişkin koşul ve unsurlar daha detaylı olarak 25. maddede açıklanmış ve siyasi parti kapatma davası açılabilmesi için öncelikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın talebi üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından ihtar çekilmesi gerektiği; ihtarda belirtilen aykırılık giderilmediği halde kapatma davası açılabileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>38</sup>

Ek olarak TBMM'de bulunan bir siyasi parti için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından Anayasa Mahkemesi önünde bir kapatma davası açılabilmesi, yargı organının Parlamento'da yasama ve yürütme faaliyetlerini yürüten siyasi partilere doğrudan ve bu faaliyetleri aksatacak nitelikteki müdahalelerinin önlenmesi saikiyle, TBMM'nin üye tamsayısının salt çoğunluğu ile vereceği dava açma iznine bağlanmıştır.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> ÖZYURT, s. 236.

<sup>38</sup> MÜSTAKİL SANAYİCİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ (MÜSİAD), Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Hazırlayanlar: MÜSİAD Anayasa Çalışma Komitesi ve Abdurrahman Eren), İstanbul Kasım 2011, s. 75, 130-132

<sup>39</sup> MÜSİAD, s. 75, 132.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davasında hükmedebileceği yaptırımlara, kapatma ve devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma haricinde bir sonraki seçimlerden men yaptırımı da eklenmiştir. Önerinin 76. maddesi uyarınca tüm bu yaptırımlara hükmedilebilmesi için ise Mahkeme üye tamsayısının en az üçte iki çoğunluğunun olumlu oyunun aranacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>40</sup>

## B. Soyut ve Somut Norm Denetimi Yetkisi

MÜSİAD önerisinde Mahkeme'nin soyut ve somut norm denetimi yetkileri 73 ilâ 76. maddelerde düzenlenmiştir. Öneride, hem soyut hem de somut norm denetimi yetkilerinde mevcut anayasal düzenleme ile hemen hemen benzer esaslar benimsenmiştir. Ancak soyut norm denetimi içindeki esas denetiminde, Anayasa ile birlikte veya Anayasa haricinde Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalara aykırılığın da Anayasa Mahkemesi'nce incelenmesi düzenlenmiştir. Öneri uyarınca Mahkeme'ye, gerekli gördüğü hallerde yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisi de tanınmıştır.<sup>41</sup>

Öneride Mahkeme'nin, olağan kanunların denetimi haricinde, onaylanması uygun bulunma kanununa bağlanmış milletlerarası antlaşmaların Anayasa ile yorum yoluyla giderilemeyecek açıklıkta bir çatışma içerisinde bulunması iddiası ile uygun bulunma kanununu da inceleyebilmesi hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeyle, milletlerarası antlaşmalarla Anayasa arasında doğabilecek çatışmaların önüne geçilmek istendiği ve kanunların antlaşmalara uygunluğunun denetlenmesiyle antlaşmaların yorumunda uygulama birliğinin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu kanunların iptaline üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile karar verebilmektedir.<sup>42</sup>

Mahkeme'nin, anayasa değişikliklerinin şekil aykırılığı nedeniyle iptaline de ancak üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> MÜSİAD, s. 75, 108, 132, 166.

<sup>41</sup> MÜSİAD, s. 106-108, 164.

<sup>42</sup> MÜSİAD, s. 107-108, 165

<sup>43</sup> MÜSİAD, s. 108.

### **C. Bireysel Başvuruları İnceleme Yetkisi**

Önerinin 73. maddesiyle Mahkeme'ye tanınan bireysel başvuruları inceleme yetkisine konu edilebilecek başvurunun kapsamı, 1982 Anayasası'nın 2010 Anayasa Değişiklikleri sonrasındaki mevcut halinden farklı olarak, Anayasa'daki tüm kişisel ve siyasal haklar olmak üzere genişletilmiştir. Ayrıca Mahkeme bireysel başvurularda uygun görürse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de kullandığı şekilde geçici tedbir kararı alabilmektedir.<sup>44</sup>

### **D. Yüce Divan Yetkisi**

MÜSİAD önerisinde 73. madde ile Mahkeme'ye tanınan Yüce Divan yetkisi, kuvvet komutanları ve Genel Kurmay Başkanı'nun yargılanması hariç, günümüzdeki mevcut anayasal düzenleme ile birebir aynı niteliktedir.<sup>45</sup>

### **E. Milletvekilliğinin Düşürülmesi ve Dokunulmazlığın Kaldırılması Kararlarının İncelenmesi**

Öneride bu yetki mevcut anayasal düzenleme ile paralel şekilde 73. maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.<sup>46</sup>

## **VI. 2011 YILINDA STRATEJİK DÜŞÜNCE ENSTİTÜSÜ (SDE) TARAFINDAN HAZIRLANAN YENİ ANAYASA ÖNERİSİ**

2010 Anayasa Değişiklikleri sonrasında yeni ve bütüncül bir anayasa hazırlanmasına yönelik tartışmalardan hareketle SDE, 'Tematik Anayasa Çalıştayları' başlığıyla çalıştaylar düzenlemiş ve bunlar akabinde anayasa önerisi hazırlamak üzere oluşturulan bir anayasa çalışma grubu<sup>47</sup>, 'İnsan Onuruna Dayanan Yeni Anayasa' başlıklı bir öneri kaleme almıştır.<sup>48</sup> Bu öneri her ne kadar bu çalışmada incelenen diğer topyekûn anayasa

<sup>44</sup> MÜSİAD, s. 106, 108, 166.

<sup>45</sup> MÜSİAD, s. 106, 164

<sup>46</sup> MÜSİAD, s. 106, 165.

<sup>47</sup> Bu çalıştaylara katkı sunan akademisyenler ve akabinde anayasa önerisini hazırlamak üzere oluşturulan çalışma grubu için bkz. **STRATEJİK DÜŞÜNCE ENSTİTÜSÜ (SDE)**, Vesayetsiz ve Tam Demokratik Bir Türkiye İçin İnsanlık Onuruna Dayanan Yeni Anayasa (Hazırlayanlar: Bekir Berat Özipek, Levent Korkut, Murat Yılmaz, Vahap Coşkun, Yusuf Şevki Hakyemez ve Yusuf Tekin), Ankara Mayıs 2011, s. 3-6, 10.

<sup>48</sup> SDE, s. 9-11.

taslak ve önerileri gibi tam teşekküllü bir anayasa sistematığıyla kaleme alınmamışsa da, niteliği ve muhtevası itibarıyla oldukça detaylı düzenleme ve öneriler içerdiğinden incelenmesi gerekli görülmüştür. SDE önerisinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri hususundaki düzenleme önerileri şu şekildedir:

- Siyasi partilere hazine yardımı kesilmeli ve bununla paralel olarak Anayasa Mahkemesi'ne ait olan siyasi partilerin mali denetimi ve bu denetim sonucu kapatılması yetkisi kaldırılmalıdır.<sup>49</sup>
- Anayasa Mahkemesi'nde siyasi parti kapatma davası açılabilmesi için öncelikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ihtarda bulunulmalıdır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nun bir siyasi partiye gönderdiği ihtarına uyulmaması üzerine bu merciin istemi üzerine TBMM Genel Kurulu'nun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun olumlu oyuyla vereceği izin üzerine Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davasına bakabilmeli; ancak nitelikli çoğunlukla kapatma kararı verebilmelidir. Siyasi partilere yönelik sınırlayıcı ve yasaklayıcı düzenlemelerin terkedilerek daha demokratik ve geniş bir siyaset alanı yaratılması amacıyla, kapatma kararının koşul ve unsurları sınırlandırılmalı ve zorlaştırılmalıdır. Mahkeme, kapatma yaptırımını haricinde para cezası, bir yıl faaliyetlerin durdurulması yaptırımlarına da hükmedebilmelidir.<sup>50</sup>
- Soyut norm denetimi yoluyla Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi yetkisi tamamen kaldırılmalıdır. İptal ve itiraz davaları da Genel Kurul yerine bölümlerce incelenmelidir. Mahkeme norm denetiminde yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olmamalıdır.<sup>51</sup>
- Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvuruların kapsamı sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan haklarla sınırlanmalıdır.

---

<sup>49</sup> SDE, s. 40.

<sup>50</sup> SDE, s. 38-40.

<sup>51</sup> SDE, s. 24-25, 27.

landırılmamalı ve Anayasa'daki tüm haklara teşmil ettirilmelidir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin bireysel başvuruları inceleme ve sonuçlandırma yetkisi için hızlı ve etkili bir mekanizma oluşturulmalıdır.<sup>52</sup>

- Yüce Divan yetkisi, yargılanacaklar arasından TSK üst komuta kademesi çıkarılarak korunmalıdır.<sup>53</sup>
- YSK kararlarına karşı etkili bir etkili itiraz veya yargı yolunun benimsenmesi amacına yönelik olarak Anayasa Mahkemesi'ne YSK kararları aleyhine başvuruları inceleme yetkisi tanınmalıdır.<sup>54</sup>

## **VII. 28 KASIM 2022'DE ALTI MUHALEFET PARTİSİ TARAFINDAN AÇIKLANAN GÜÇLENDİRİLMİŞ PARLAMENTER SİSTEM ÖNERİSİ**

2023 Genel Seçimleri'ne gidilirken altı muhalefet partisi (Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), İyi Parti, Saadet Partisi, Demokrasi ve Atılım Partisi (DEVA), Gelecek Partisi ve Demokrat Parti) bir ittifak oluşturmuş ve iktidara gelmeleri halinde 2017 Anayasa Değişiklikleri ile benimsenen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nden vazgeçileceğini; anayasal değişikliklerle tekrar güçlendirilmiş bir parlamenter sisteme döneceğini vaat etmiştir. Bu kapsamda altı partinin temsilcilerinden oluşan bir çalışma komisyonu oluşturulmuş ve bu komisyon çalışmaları neticesinde, 28 Şubat 2022 tarihinde hazırlanacak anayasa önerisinin genel esasları; akabinde kurulan anayasal reformlar komisyonunun<sup>55</sup> çalışmaları neticesinde, 28 Kasım 2022 tarihinde ise 'Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi' başlıklı topyekûn bir anayasa önerisi açıklanmıştır.<sup>56</sup> Altı muhalefet partisinin anayasa önerisinde Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri hususundaki düzenleme önerileri şu şekildedir:

<sup>52</sup> SDE, s. 25.

<sup>53</sup> SDE, s. 29.

<sup>54</sup> SDE, s. 42.

<sup>55</sup> Gerek çalışma komisyonunun gerekse anayasal reformlar komisyonunun üyeleri ve partileri için bkz. ÖZYURT, s. 248-249.

<sup>56</sup> ÖZYURT, s. 248-249.



## **A. Siyasi Partilerin Mali Denetimi ve Bu Denetim Sonucu Kapatılması**

Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin mali denetimi ve bu denetim sonucu kapatılması, önerinin 69. maddesinde, mevcut anayasal düzenleme ile aynı yönde düzenlenmiştir.<sup>57</sup>

## **B. Siyasi Partilere İhtarda Bulunma ve Siyasi Partilerin Kapatılması**

Mahkeme'nin siyasi parti kapatma davalarına ilişkin yetkisi de önerinin 69. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, siyasi partileri kapatma davası yaptırımlarından kurtararak ilgili Anayasa'ya aykırılıkları düzeltmelerine fırsat vermek amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne, parti kapatma davasının açılmasından önce, kapatma davasına esas teşkil edecek hususlarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nun istemi üzerine ihtarda bulunma yetkisi tanınmıştır. İhtarda belirtilen aykırılıklar giderilmediği takdirde kapatma davasının açılabileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>58</sup>

Öneride, siyasi parti kapatma davasının açılabilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nun izin talebiyle TBMM'ye başvurması ve bunun akabinde, TBMM üye tamsayısının en az beşte üç çoğunluğu ile kapatma davası izni vermesi üzerine Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma davasını görmesi usulü kabul edilmiştir. Ayrıca kapatma ve devlet yardımından tamamen veya kısmen yoksun bırakma haricinde idari para cezası yaptırımı da eklenmiştir. Kapatma veya tamamen yoksun bırakma kararı için üye tamsayısının en az üçte iki çoğunluğunun olumlu oyu aranmaktadır.<sup>59</sup>

## **C. Soyut ve Somut Norm Denetimi Yetkisi**

Öneride Mahkeme'nin soyut ve somut norm denetimi yetkileri 148 ilâ 153. maddelerde düzenlenmiştir ve bazı nüanslar haricinde mevcut ana-

---

<sup>57</sup> Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, 28 Kasım 2022, [https://www.altilimasa.biz/media/1lyjen1h/anayasa\\_teklifi-web.pdf](https://www.altilimasa.biz/media/1lyjen1h/anayasa_teklifi-web.pdf), Erişim Tarihi: 12.05.2023, s. 42.

<sup>58</sup> Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, s. 42-44.

<sup>59</sup> Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, s. 42-44, 123.

yasal düzenleme ile hemen hemen aynıdır. Ancak hem soyut hem de somut norm denetimi kapsamında, Anayasa dışındaki normların esas denetiminde Mahkeme'nin Anayasaya veya Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalara aykırılığı inceleyeceği hüküm altına alınmıştır.<sup>60</sup>

Bununla birlikte öneride, mevcut anayasal düzenleme ile aynı şekilde, Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi neticesinde iptale karar verilebilmesi için üye tamsayısının en az üçte iki çoğunluğunun olumlu oyu aranmaktadır.<sup>61</sup>

#### **D. Bireysel Başvuruları İnceleme Yetkisi ve Bireysel Başvuru Yoluyla Somut Norm Denetiminin Harekete Geçirilmesi**

Önerinin yine 148. maddesinde düzenlenen bireysel başvuruları inceleme yetkisi, halihazırda Anayasa'daki mevcut bireysel başvuru usulüyle neredeyse aynıdır. Ancak bu usule ek olarak seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına ilişkin bireysel başvuruların on beş gün içinde sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bir temel hakkın ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerinden kaynaklandığı kanaatine varılması halinde, ilgili bölümün havalesi üzerine Genel Kurulca bu kanun ya da kanun hükmünde kararname hükmünün iptaline karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.<sup>62</sup>

#### **E. Yüce Divan Yetkisi**

Mahkeme'nin, önerinin 148. ve 149. maddesinde düzenlenen Yüce Divan yetkisi mevcut anayasal düzenleme ile birebir aynıdır.<sup>63</sup>

#### **F. Devlet Erkları Arasındaki Uyuşmazlıkları Çözümleme Yetkisi**

Altı Muhalefet Partisi'nin topyekûn önerisinde, incelenen diğer önerilerden farklı olarak, Anayasa Mahkemesi'ne devlet erkları arasındaki uyuşmazlıkları çözümleme yetkisi verilmiştir. Önerinin 148. maddesin-

<sup>60</sup> Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, s. 120-125.

<sup>61</sup> Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, s. 123.

<sup>62</sup> Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, s. 120-123.

<sup>63</sup> Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, s. 120-123.

deki düzenleme uyarınca, Mahkeme Genel Kurulu'nun yasama, yürütme, yargı organları arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarına ilişkin ilgili işlemin yürürlüğe girmesi akabinde yapılacak başvuruları karara bağlayacağı hüküm altına alınmıştır. Madde gerekisinde ise, üç devlet erkinin birbirlerinin yetki ve görev alanlarına müdahalesinin önlenerek kuvvetler ayrılığı ilkesini güçlendirmek amacıyla bu yetkinin tanındığı ifade edilmiştir.<sup>64</sup>

## SONUÇ

Öncelikle ifade edilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi'ne 1982 Anayasası'nın halihazırdaki mevcut düzenlemelerinin öngördüğünden daha dar yetkiler tanınması, anayasa yargısının amacına, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve demokratik hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Zira mevcut anayasal düzenlemelerdeki yetkilerin azaltılması, Anayasa'nın öngördüğü asgari anayasal güvencelerin gerisine düşülmesi sonucunu doğurabilir. Bu sebeple, halihazırdaki mevcut anayasal düzenlemelerle Anayasa Mahkemesi'ne tanınan yetkiler haricinde, çalışmada incelenen topyekûn Anayasa değişikliği önerilerinin büyük ekseriyetinde siyasi parti kapatma davalarının açılmasından önce Mahkeme tarafından ihtar çekilmesi usulü ve norm denetiminde yürürlüğü durdurma yetkisi düzenlenmiştir. Bu yetkiler bizce de Mahkeme'ye anayasal düzenleme ile tanınmalıdır.

Topyekûn önerilerin bir kısmında ise, Mahkeme'ye somut norm denetiminde yalnızca olaya ve taraflara bağlı (*inter partes*) karar verme ve norm denetimlerinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalara uygunluğun da denetlenmesi yetkileri tanınmıştır. Bu yetkilerin tanınmasının da, Mahkeme'nin anayasal güvenceleri koruma işlevi bakımından yerinde olacağı kanaatindeyiz. Özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalara uygunluğun denetiminin, mezkûr önerilerin gerekçelerinde de ifade edildiği üzere, uygulamadaki karışıklıkları ve normlarla bu antlaşma hükümlerinin çatışmasından doğan ihtilafları çözmeye faydalı olacağı dikkate alınmalıdır.

<sup>64</sup> Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, s. 121-122.

Yine önerilerin bir kısmında, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarını görebilmesi için TBMM Genel Kurulu'nun izni aranmıştır. Tarafımızca bu ön koşul usulünün benimsenmesi yerinde değildir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin, yargısal niteliği Yüce Divan yargılamaları dışındaki diğer yetkilerinden daha ağır basan siyasi parti kapatma davalarını görme yetkisinin yargı organı dışındaki bir devlet erkinin iznine bağlanmasının, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zaten yüksek mahkeme sıfatını haiz Anayasa Mahkemesi, parti kapatma davası önüne geldiğinde hukuki bir yargılama yaparak parti hakkında lehte veya aleyhte yargısal bir hüküm tesis edecektir. Bu kapsamda, TBMM Genel Kurulu bir yargı organı ve üyelerinin büyük çoğunluğu da hukukçu olmadığından, siyasi parti kapatma davalarının açılıp açılmayacağına takdirinde rol oynaması son derece sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Ayrıca gerek TBMM'de grubu bulunan bir siyasi parti; gerekse TBMM dışından bir siyasi parti hakkında kapatma davasının açılma izninin TBMM Genel Kurulu tarafından verilmesinde menfaat çatışması riskinin büyük olduğu unutulmamalıdır. Çünkü TBMM'de grubu bulunan siyasi partiler için kapatma davası izin görüşmelerinde milletvekillerinin, meclis çoğunluğu; kendilerinde yakın yahut muhalif olan cenah veya en azından çalışma arkadaşları aleyhinde bir kapatma davasının açılması konusunda oy kullanırken tarafsız ol(a)mama ihtimalleri yüksektir. Benzer şekilde TBMM'deki milletvekillerinin, meclis dışındaki ancak kendilerine yakın veya muhalif siyasi cemahtaki bir siyasi parti aleyhine kapatma davası için oy kullanırken de siyasi kaygılarla hareket etmesi muhtemeldir. Hele ki genel veya yerel seçimlere yakın tarihte bir parti kapatma davası izni görüşülüyorsa, milletvekillerinin bu siyasi kaygılarının oldukça ön planda olması kaçınılmazdır.

Bununla birlikte, münhasıran iki öneride Mahkeme'ye, bireysel başvuruların incelenmesi sırasında somut norm denetimi yolunun işletilebilmesi yetkisi tanınmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne bu yetkinin tanınmasına ilişkin olarak, bireysel başvuru yoluyla, bireylerin temel hak

ve özgürlüklerini koruma; hak arama özgürlüğünü güvence altına alma ve hukuk devletinin gereklerini yerine getirme amaçlarının Mahkeme tarafından etkili bir şekilde gerçekleştirilmesine oldukça katkıda bulunacağı yönünde doktrinde de ifade edilen görüşe katıldığımızı ifade etmek gerekir.<sup>65</sup> Nitekim Almanya Federal Anayasa Mahkemesi de, Federal Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'un 31. maddesinin 2. fıkrası ile 93-c maddesinin 1. fıkrası uyarınca buna çok benzer şekilde, bireysel başvuruları incelemesi sırasında norm denetimi yolunu işletebilmektedir.<sup>66</sup>

Son olarak, yetkilerinin artırılmasının Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizminin artmasına yol açacağı yönünde bir eleştiri getirilebilir. Ancak biz bu eleştiriye katılmamaktayız. Zira anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizm göstermesinin tek sebebi yetkileri değildir. Pekâlâ bir anayasa mahkemesi, yetkileri oldukça sınırlı olmasına rağmen yargısal aktivizm gösterebileceği gibi; oldukça geniş yetkilere sahip bir anayasa mahkemesi hiç yargısal aktivizm göstermeyebilir. Mahkemelerin yargısal aktivizm göstermesinin oldukça farklı etkenlere bağlı olduğu yönündeki doktrinde ifade edilen görüşe<sup>67</sup> katılmakta ve bunun dolayısıyla anayasa mahkemelerinin sadece yetkilerinin fazla olmasının yargısal aktivizm gösterme eğilimine doğrudan sebebiyet vermeyeceği şeklindeki kabulün anayasa yargısının amaçlarına daha uygun ve tutarlı olduğu kanaatindeyiz.

<sup>65</sup> Bizim de katıldığımız bu görüşe ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sırasında somut norm denetimi yolunu işletebilmesine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **GÖZTEPE**, Ece, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İncelemesinde Somut Norm Denetimi Yoluna Başvurabilir mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 11, S. 21, 2022, s. 1-30.

<sup>66</sup> Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.html#download=1>, Erişim Tarihi: 02.03.2024.

<sup>67</sup> Yargısal aktivizm ile ilgili açıklamalara ve anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizm göstermelerinin bağlı olduğu çeşitli etkenlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ERGÜL**, Ozan, "Berraklaştırılmayan Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", *TBB Dergisi*, S. 104, Y. 2013, s. 37-54; **KORUCU**, Serdar, "Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi", *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 69-70, Y. 18, Kış-Bahar 2013, s. 201-225.

## KAYNAKÇA

- Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG), <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.html#download=1>, Erişim Tarihi: 02.03.2024.
- ERGÜL**, Ozan: “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’”, TBB Dergisi, S. 104, Y. 2013, s. 37-54.
- GÖZTEPE**, Ece: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru İncelemesinde Somut Norm Denetimi Yoluna Başvurabilir mi?”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 11, S. 21, 2022, s. 1-30.
- Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem Anayasa Değişikliği Önerisi, 28 Kasım 2022, [https://www.altilimasa.biz/media/1lyjen1h/anayasa\\_teklifi-web.pdf](https://www.altilimasa.biz/media/1lyjen1h/anayasa_teklifi-web.pdf), Erişim Tarihi: 12.05.2023.
- KORUCU**, Serdar: “Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi”, Liberal Düşünce Dergisi, S.69-70, Y.18, Kış-Bahar 2013, s. 201-225.
- MÜSTAKİL SANAYİCİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ (MÜSİAD)**: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Hazırlayanlar: MÜSİAD Anayasa Çalışma Komitesi ve Abdurrahman Eren), İstanbul Kasım 2011.
- ÖZBUDUN**, Ergun/**ARSLAN**, Zühtü/**ATAR**, Yavuz/**ERDEM**, Fazıl Hüs-nü/**KÖKER**, Levent/**YAZICI**, Serap: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Getirdiği Yenilikler, Genel Gereke ve Madde Gereçekleri ile Birlikte)”, Legal Hukuk Dergisi, C. 5, S. 58, Y. 2007, s. 3175-3273.
- ÖZYURT**, Barkın: Karşılaştırmalı Örnekler ve Türk Anayasa Hukuku Doktrininden Görüşler Işığında T.C. Anayasa Mahkemesi’nin Üye Kompozisyonu, Ankara Aralık 2023.
- STRATEJİK DÜŞÜNCE ENSTİTÜSÜ (SDE)**: Vesayetsiz ve Tam Demokratik Bir Türkiye İçin İnsanlık Onuruna Dayanan Yeni Anayasa (Hazırlayanlar: Bekir Berat Özipek, Levent Korkut, Murat Yılmaz, Vahap Coşkun, Yusuf Şevki Hakyemez ve Yusuf Tekin), Ankara Mayıs 2011.
- TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ (TBB)**: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Ge-liştirilmiş Gerekeçeli Yeni Metin), 2. Baskı, Ankara Kasım 2007.
- TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (TBMM) BAŞKANLIĞI**: TBMM Başkanlığı’na Bazı Kurum Ve Kuruluşlarca Verilmiş Ve TBMM’deki Siyasi Partilerce Yapılmış Anayasa Değişikliğine İlişkin Hazırlık Çalışmaları Ve Taslak Metinler İle Anayasa Komisyonu Metni, Ankara 1993.
- TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ (TOBB)**: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi Anayasa 2000, Ankara Nisan 2000.

# ULUSLARARASI HUKUK BOYUTUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN YASAL DÜZENLEMELERİ

Amid HACİZADE\*

## ÖZET

İnsan ticareti birçok konunun yanı sıra uluslararası hukuk, insan hakları ihlalleri, küresel ekonomik kaygılar ve organize suçla ilgili konuları da gündeme getirdiğinden, insan ticaretiyle ilgili bir tartışma birçok şekilde olabilir. Bugün, insan ticareti multi-milyar dolarlık bir endüstridir. Uluslararası toplum son yıllarda odağını insan ticaretine çevirmiş olsa da, bu konudaki ilerleme yavaş ve seçici olmuştur. Sınırlı başarının ana nedeni, insan ticaretiyle mücadele için geliştirilen yasanın temelini oluşturan sorunun hakim görüşüdür. 1900'lü yıllardan bu yana kölelik ve benzeri uygulamaları önlemek için birçok sözleşme kabul edilmiş olsa da, insan ticareti tanımını içeren ve birçok devlet tarafından benimsenen sözleşme, "Palermo Protokol" dür.

Her insanın özgürlük ve kişisel bütünlük hakkı, hemen hemen tüm dünya devletlerinin anayasalarında ve uluslararası yasal düzenlemelerde ilan edilmiştir. Bu insan hakları ihlalleri, küresel insan hakları uygulamalarının en ağır ihlalleri arasında yer alıyor. Uluslararası hukukta, sadece bireyin özgürlük hakkını değil, aynı zamanda birçok temel insan hakkını aynı anda etkileyen bir dizi suç vardır. Hukuki koruma yaklaşımı, uluslararası insan hakları standartları temelinde insan ticareti ile mücadelede kullanılan ve sırasıyla insan haklarının geliştirilmesine ve korunmasına yönelik kavramsal temeldir. Başka bir deyişle, insan ticareti mağdurlarının yasal olarak korunması normatif olarak eşitlik ve ayrımcılık yapmama, hakların evrenselliği ve hukukun üstünlüğü gibi uluslararası yasal koruma standartlarına dayanır.

Uluslararası hukuk, mağdurların haklarını devletler tarafından imzalanan Uluslararası yasal belgeler aracılığıyla korur. Devletler, Uluslararası hukuka gö-

---

\* Yabancı Uyruklu Yüksek Lisans Öğrencisi, Azerbaycan, e-posta: amidhacizade@icloud.com, ORCID: 0009-0002-3700-0461.

re insan haklarını ihlal etmeyen iç kurallar benimsemek zorundadır. Uluslararası yasal belgeler, insan ticaretini oluşturan belirli unsurları tanımlayan maddelerin her birinde terminoloji ve tanımlarında tam olarak yer almalıdır. Başta kadın ve çocuklar olmak üzere kişilerin sömürülmesine karşı pratik önlemler sağlayan evrensel bir araca olan ihtiyacı göz önünde bulundurarak, çalışmamız uluslararası hukukta uygulanan yasal düzenlemeler ve gerekli uygulamalar hakkında araştırma ve genel görüşü kapsayacaktır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde ("ICC") insan ticaretiyle bağlantılı suçlarla ilgili olarak yapılan gelişmeler de çalışmada yer alacaktır. Çalışma aynı zamanda insan ticaretini Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetki alanına dahil etme potansiyelini araştırıyor.

**Anahtar kelimeler:** İnsan Ticareti, Uluslararası Hukuk, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Palermo Protokolü, İnsan Hakları.

## LEGAL REGULATIONS OF THE CRIME OF HUMAN TRAFFICKING IN THE DIMENSION OF INTERNATIONAL LAW

### ABSTRACT

A discussion of human trafficking can take many forms, as human trafficking raises issues related to international law, human rights violations, global economic concerns, and organized crime, among many others. Today, human trafficking is a multi-billion dollar industry. Although the international community has turned its focus to human trafficking in recent years, progress on the issue has been slow and selective. The main reason for the limited success is the prevailing view of the problem, which underpins the law developed to combat human trafficking. Although many conventions have been adopted to prevent slavery and similar practices since the 1900s, the convention that includes the definition of human trafficking and has been adopted by many states is the "Palermo Protocol".

The right of every human being to freedom and personal integrity is declared in the constitutions of almost all states of the world and in international legal regulations. These human rights violations are among the most serious violations of global human rights practices. In international law, there are a number of crimes that affect not only the individual's right to freedom, but also many fundamental human rights simultaneously. The legal protection approach is the conceptual basis used in the fight against human trafficking on the



basis of international human rights standards and the promotion and protection of human rights, respectively. In other words, the legal protection of victims of human trafficking is normatively based on international legal protection standards such as equality and non-discrimination, universality of rights and the rule of law.

International law protects the rights of victims through International legal instruments signed by states. According to international law, states are obliged to adopt domestic rules that do not violate human rights. International legal instruments should include full terminology and definitions in each of the articles defining the specific elements that constitute human trafficking. Considering the need for a universal tool that provides practical measures against the exploitation of persons, especially women and children, our work will cover research and general opinion on the legal regulations and necessary practices applied in international law. Developments in the International Criminal Court ("ICC") regarding crimes related to human trafficking will also be included in the study. The study also explores the potential to bring human trafficking under the jurisdiction of the International Criminal Court.

**Keywords:** Human Trafficking, International Law, International Criminal Court, Palermo Protocol, Human Rights.

## GİRİŞ

İnsan ticareti sadece ciddi bir suç değil, aynı zamanda temel insan hak ve özgürlüklerinin de ağır bir ihlalidir. İnsan ticareti çoğunlukla ulusötesi, organize bir yapıya sahiptir ve bununla mücadele etmek tüm dünya toplumunun en önemli görevi olarak kabul edilmektedir. Hiç şüphe yok ki bu sorunun çözümü, yalnızca ilgili yasal çerçevenin oluşturulması ve iyileştirilmesini değil, aynı zamanda devletlerarası işbirliğinin kurulmasını, etkili bir önleme sisteminin oluşturulmasını ve mağdurlara yardım sağlanmasını da kapsayan kapsamlı önlemlerin alınmasını gerektirmektedir.

Aynı zamanda insan ticaretiyle mücadelenin önemli alanlarından biri de bu suç faaliyetine karışanların her aşamada adalet önüne çıkarılmasıdır. Aynı zamanda devletin bu alandaki bazı eylemleri suç sayma bi-

çimi, bu tür suçlarla sadece ulusal sınırlar içinde değil, uluslararası düzeyde de etkili bir şekilde mücadele edilmesi açısından önemlidir. Bu amaçlar doğrultusunda hem insan ticareti, kölelik, insan istismarının uluslararası hukuki tanımlarının oluşturulması hem de çok sayıda uluslararası anlaşmanın hükümlerinin ulusal mevzuatta uygulanması için çalışmalar yapılmaktadır.

## **I. İNSAN HAKLARI İHLALİ OLARAK İNSAN TİCARETİ**

### **A. İnsan Ticareti Mağdurlarının İnsan Hakları**

Modern insan ticaretine eşlik eden faaliyetlerin çoğu, uluslararası insan hakları hukuku tarafından açıkça yasaklanmıştır. Örneğin, uluslararası insan hakları hukuku borç esaretini yasaklar: kişisel hizmetlerin, bu hizmetlerin değerinin borcun geri ödenmesinde hesaba katılmadığı veya sürelerinin veya niteliklerinin sınırlı olmadığı veya belirlenmediği bir borcun teminatı olarak sunulması. Kendilerini istismar edenlerle borç ilişkisine giren (örneğin, konaklama veya seyahat masraflarını karşılamak için) insan ticareti mağdurlarının çoğu, sonunda borç esaretine düşer; Borç onları kontrol etmek ve sömürmek için bir araç olarak kullanılıyor.

Uluslararası insan hakları hukuku, aynı zamanda, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 29 No'lu Zorla veya Zorunlu Çalışma Sözleşmesi'nde "herhangi bir kişinin herhangi bir ceza tehdidi altında yapması gereken her türlü iş veya hizmet" olarak tanımlanan zorla çalıştırmayı da yasaklamaktadır. Kölelik, çocukların cinsel istismarı, zorla evlendirme, gönülsüz çalıştırma, çocuk yaşta evlilik, zorla fuhuş ve fuhuşun istismarı da uluslararası insan hakları hukuku tarafından yasaklanan insan ticaretiyle ilgili eylemlerdir.

Uluslararası insan hakları hukuku, yukarıda sıralanan "insan ticaretiyle ilgili fiillerin" aksine, "insan ticaretini" gerçekten yasaklıyor mu? Bu önemli bir konudur çünkü Devletin görev ve sorumluluklarının niteliğini etkileyebilir. Önemli insan hakları sözleşmelerinden yalnızca ikisi - Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (Madde 6) ve Çocuk Hakları Sözleşmesi (Madde 35) - insan ticaretine esaslı atıf-

larda bulunmaktadır. Ancak son on yılda uluslararası toplum, insan ticaretinin başlı başına ciddi bir insan hakları ihlali olduğu konusunda ortak bir tutum geliştirdi. Örneğin, hem İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi hem de Avrupa Birliği İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve Mücadele Edilmesi ve İnsan Ticareti Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Direktifi, insan ticaretini bir insan hakları ihlali olarak tanımlamaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve İnsan Hakları Konseyi'nin yanı sıra birçok uluslararası insan hakları mekanizması, insan ticaretinin temel insan haklarını ihlal ettiğini ve sınırladığını defalarca teyit etmiştir.

### **B. İnsan Ticareti Konusunda İnsan Hakları Yaklaşımının Önemi**

İnsan hakları ile insan ticareti arasındaki bağlantı açık olmakla birlikte, bu durum insan haklarının korunmasına doğal olarak insan ticareti ile mücadelede merkezi bir yer verileceği anlamına gelmemektedir. Örneğin, sınır ötesi insan ticareti, insan haklarının bir kenara bırakıldığı bir göç meselesi olarak görülebilir. Devletlerin insan ticaretine karşı mücadeleyi öncelikle cezai bir suç veya kamu düzeni suçu olarak görmesi de mümkündür. Geçtiğimiz on yılda, insan ticaretine insan hakları perspektifinden yaklaşmanın gerekliliği konusunda uluslararası bir fikir birliği ortaya çıktı. Örneğin, hem Genel Kurul hem de İnsan Hakları Konseyi, özel prosedürler ve anlaşma organları da dahil olmak üzere ilgili birçok insan hakları mekanizması gibi, böyle bir yaklaşımı savunmuştur.

İnsan ticaretiyle mücadelede insan hakları yaklaşımı pratikte nasıl görünüyor? İnsan hakları yaklaşımı, insan ticareti olgusuyla mücadele için kavramsal bir çerçeve sağlar; normatif olarak uluslararası insan hakları standartlarına dayanır ve operasyonel olarak insan haklarını geliştirmeyi ve korumayı amaçlar. Bu yaklaşım, insan ticareti sırasında insan haklarının nasıl ihlal edildiğinin ve uluslararası insan hakları hukuku kapsamında devletlerin yükümlülüklerinin neler olduğunun analizini gerektirmektedir. İnsan tacirlerinin cezadan kurtulmasına ve mağdurlarını adalet hakkından mahrum bırakmasına olanak tanıyan, insan ticaretinin altında yatan ayrımcı uygulamaları ve adaletsiz güç dağılımını hem tespit etmeyi hem de ele almayı amaçlamaktadır.

İnsan haklarına dayalı bir yaklaşıma uygun olarak, insan ticaretine yönelik ulusal, bölgesel ve uluslararası müdahaleler her yönüyle uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki hak ve sorumluluklara dayanmaktadır. İnsan haklarına dayalı bir yaklaşımın geliştirilmesi ve kalınma gibi diğer alanlarda uygulanmasından elde edilen deneyimler, bu yaklaşımın temel özelliklerinin anlaşılması ve bunun insan ticaretiyle mücadelede nasıl uygulanabileceğinin anlaşılması için önemli fırsatlar sunmaktadır. Bu deneyimden aşağıdaki temel dersler çıkarılabilir:

- Politika ve programlar geliştirirken bunların temel hedefi hakların desteklenmesi ve korunması olmalıdır;
- İnsan hakları yaklaşımı, hak sahiplerini (örneğin insan ticareti mağdurları; insan ticareti mağduru olma riski taşıyan kişiler; insan ticaretiyle bağlantılı suçlarla suçlanan veya hüküm giymiş kişiler), haklarını ve ilgili uygulayıcıları (genellikle devletler) ve yükümlülüklerini tanımlar. Bu yaklaşım, hak sahiplerinin hak ve görev sahiplerinin yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlama kapasitelerini geliştirmeyi; ve
- Uluslararası insan hakları hukukunun temel ilkeleri ve standartları (eşitlik ve ayrımcılık yapmama, tüm hakların evrenselliği ve hukukun üstünlüğü gibi) her aşamada müdahalenin tüm yönlerine rehberlik etmelidir.

## II. İNSAN TİCARETİ SUÇU İLE İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

### A. Palermo Protokolü

İnsan ticaretine karşı uluslararası mücadele 20. yüzyılın başında başladı. Böylece ilk kez 1904'te "Beyaz tenli köle ticaretine karşı mücadeleye ilişkin" Uluslararası Anlaşma imzalandı<sup>1</sup>. Daha sonra Beyaz Köle Ticaretinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>2</sup>, Kadın ve Çocuk Tica-

<sup>1</sup> UNTC, International Agreement for the suppression of the "White Slave Traffic", Paris, 18 May 1904.

<sup>2</sup> UNTC, International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, signed at Paris on 4 May 1910, amended by the Protocol signed at Lake Success, New York, 4 May 1949.

retinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>3</sup> ve Ergen Kadın Ticaretinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>4</sup> kabul edildi. Bu belgeler çoğunlukla kadın ticaretini önlemeyi amaçlayan tavsiye niteliğindeki belgelerdi.

2 Aralık 1949'da BM Genel Kurulu, "İnsan Ticareti ve Üçüncü Kişiler Tarafından Fuhuşun Sömürülmesine İlişkin Sözleşme"yi kabul etti<sup>5</sup>. Bu belgenin kabul edilmesinin temel nedeni, insan ticaretiyle mücadeleliyi güçlendirmektir. Sözleşmeye katılan her devlet, ihtiyaçlarını başkaları pahasına karşılayan, rızasıyla fuhuş yapan, genelev işleten ve genelevin finansmanına katılan herkesi cezalandırmayı taahhüt eder. 1949 Sözleşmesi'nde cinsel sömürü, diğer insan ticareti türleri ve bununla mücadele dışında, mağduru koruma mekanizmalarına ve mağduru haklarına yer verilmemiştir<sup>6</sup>.

1979'da "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme" BM Yüksek Temsilcisi tarafından kabul edildi<sup>7</sup>. Bu Sözleşmeye göre, katılımcı devletler, kadın ticaretinin ve kadın fahişeliğinin her türünü ortadan kaldırmak için yasal önlemler de dahil olmak üzere gerekli önlemleri alır (Madde 6). Sözleşme insan ticaretiyle mücadelede başka vakalardan bahsetmese de BM Kadın Haklarına Dair Sözleşme kadın ticareti sorununa bir kez daha dikkat çekmiş ve önlenmesinin gerekliliğini vurgulamıştır.

1995 yılında, "Kadının Statüsü Üzerine Pekin Konferansı" bu sorunu yeniden tartıştı. O Konferansı'nda tartışılan Eylem Platformu'nda "insan ticareti" kavramının yeniden gözden geçirilmesi gerekliliğinden bahse-

<sup>3</sup> UNTC, International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children Geneva, 30 September 1921.

<sup>4</sup> UNTC, International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age Geneva, 11 October 1933.

<sup>5</sup> UN, Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, General Assembly resolution 317 (IV), 1949.

<sup>6</sup> YILDIRIM K, Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma ve Ülke Uygulamaları, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2011, s.38.

<sup>7</sup> UN, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979.

dildi<sup>8</sup>. Pekin Konferansı'nın hemen ardından Lorino'da insan ticareti suçuyla mücadele için çeşitli önlemler almaya başlandı.

Birleşmiş Milletler çerçevesinde insan ticaretinin, özellikle kadın ve çocukların önlenmesine yönelik en önemli ve mükemmel belge olan “Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Sözleşme”<sup>9</sup> ve eki “İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Ortadan Kaldırılması ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme” gösterilebilir.

Başta kadın ve çocuklar olmak üzere kişilerin sömürülmesine karşı pratik önlemler sağlayan evrensel bir araca olan ihtiyacı göz önünde bulundurarak, insan ticaretine karşı savunmasız kişiler için yeterli koruma sağlamanın yanı sıra, Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini Tamamlayıcı İnsan Ticaretini, Özellikle Kadın ve Çocukları Önleme, Durdurma ve Cezalandırma Protokolü 12 Aralık 2000'de Palermo'da imzalanmıştır<sup>10</sup>.

Bu Protokolün amaçları şunlardır:

- a) Kadın ve çocuklara özel önem vererek insan ticaretini önlemek ve bunlarla mücadele etmek;
- b) İnsan haklarına tam saygı göstererek bu tür insan ticareti mağdurlarını korumak ve onlara yardım etmek;
- c) Bu hedeflere ulaşmak için Taraf Devletler arasındaki işbirliğini teşvik etmek.

Protokol'ün 3. maddesi “insan ticareti” kavramını tanımlamaktadır. Bu Protokolün amaçları için:

- a) *“insan ticareti”, güç kullanma tehdidi veya kullanımı veya diğer zorlama biçimleri, kaçırma, dolandırıcılık, aldatma, gücün kötüye kullanılması veya zayıflık durumu veya başka bir kişi üzerinde denetimi olan bir kişi-*

<sup>8</sup> **BEIJING DECLARATION AND PLATFORM FOR ACTION**, adopted at the 16th plenary meeting, on 15 September 1995; for the discussion, see chapter V.

<sup>9</sup> **UN General Assembly, United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto**, 15 November 2000, by resolution 55/25.

<sup>10</sup> **KADIN DAYANIŞMA VAKFI**, Kadın Ticareti İle Mücadele, İnsan Ticareti ile Mücadelede Sivil Toplum Kuruluşları ve Yerel Yönetimlerin Farkındalığının Artırılması Projesi, Ankara, 2010, s.22.

*nin rızasını kazanmak için, istismar amacıyla ödeme veya menfaat verme veya alma yoluyla kişilerin işe alınması, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. Sömürü, asgari olarak, başkalarının fahişeliğinin sömürüsünü veya diğer cinsel sömürü biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmetleri, köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları, köleleştirmeyi veya organların alınmasını içerecektir;*

- b) İnsan ticareti mağdurunun bu maddenin (a) bendinde belirtilen amaçlanan istismara rızası, (a) bendinde belirtilen araçlardan herhangi birinin kullanılması halinde geçersizdir;*
- c) sömürü amacıyla bir çocuğun işe alınması, bir yerden bir yere taşınması, nakledilmesi, barındırılması veya teslim alınması, bu maddenin (a) bendinde belirtilen yollardan herhangi birini içermese bile "insan ticareti" olarak kabul edilir;*
- d) "Çocuk", on sekiz yaşından küçük herhangi bir kişi anlamına gelir.*

İnsan ticareti üç temel unsuru içerir: Eylem: kişilerin işe alınması, taşınması, nakledilmesi, barındırılması veya teslim alınması; Araçlar: güç kullanma tehdidi veya kullanımı veya diğer zorlama biçimleri, kaçırma, dolandırıcılık, aldatma, gücün veya savunmasız konumun kötüye kullanılması veya başka bir kişi üzerinde kontrolü olan bir kişinin rızasını kazanmak için ödeme veya menfaat verme veya alma; Amaç: Sömürü, asgari olarak, başkalarının fahişeliğinin sömürüsünü veya diğer cinsel sömürü biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmetleri, köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları, köleleştirmeyi veya organların alınmasını içerecektir.

Protokol, insan ticareti suçuyla mücadelede devletlere temel bir düzenleme sağlamış olsa da, bu tür suçları bir insan hakları meselesinden ziyade sınır aşan bir suç ve sınır güvenliği meselesi olarak ele aldığı için eleştirilir. Ayrıca modern kölelik ve kölelik gibi kavramlar akademi ve kamuoyunda insan ticareti yerine ikame olarak kullanılsa da bunların farklı kavramlar olduğunu ve kölelik uygulamalarının Kanunda belirtilen amaç ve yöntemler dışında gerçekleştiğini öne süren akademisyenler bulunmaktadır.

Net olmayan bir durum da, insan ticareti suçunun Roma Ceza Kanunu'na göre değerlendiriliyor olmasıdır. Örneğin, hem zorla çalıştırmanın hem de köleleştirmenin aynı ceza kanununda cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmalıdır<sup>11</sup>.

## B. İnsan Ticaretiyle Mücadelede Avrupa Komisyonu

19 Aralık 2022'de Avrupa Komisyonu, insan ticaretiyle mücadele ve kurbanlarını korumaya yönelik ana AB aracı olan 2011/36/EU sayılı Direktifin hedeflenen revizyonu için bir teklif sundu. Bu suçla mücadelede kaydedilen ilerlemeye rağmen, Komisyon, AB'de yılda ortalama 7 000 kişinin insan ticaretinin kurbanı olduğunu ve bu rakamın büyük olasılıkla buzdağının sadece görünen kısmı olduğunu bildiriyor. Ayrıca, sömürü biçimleri zaman içinde gelişmiş ve yeni ortama uyum sağlamıştır. Örneğin, suç ağları artık yeni teknolojilerin kurbanları işe almak için sunduğu olanaklardan yararlanıyor.

Son zamanlarda, Rusya'nın Ukrayna'yı işgali, kadın ve çocukların kitlesel olarak yerlerinden edilmesine yol açtı ve suç örgütleri için yeni fırsatlar yarattı. Cinsel sömürü amaçlı insan ticareti mağdurlarının büyük çoğunluğu kadın ve kız çocukları olmakla birlikte, erkekler daha çok işgücü sömürüsü amacıyla yapılan ve payı giderek artan insan ticareti mağduru olmakta veya suç işlemeye zorlanmaktadır<sup>12</sup>. Bu arka plana karşı Komisyon, mevcut kuralları güçlendirmek, talebi azaltmak ve sağlam veri ve istatistikler toplamak için Üye Devletler arasında hükümleri daha fazla uyumlu hale getirmek için bir dizi değişiklik önermektedir.

Komisyon, yılda ortalama 7 000 kişinin hala mağdur olduğunu ve bu suçun tahmini maliyetinin yılda 2,7 milyar Euro olduğunu bildiriyor. 2015 yılında Europol, insan kaçakçılığından kaynaklanan her türlü sömürünün, tacirler için yılda 29,4 milyar Euro'dan fazla küresel kâr sağlayacağını belirtti<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> **SILLER**, N. Modern Slavery: Does International Law Distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking? *Journal of International Criminal Justice*, 2016, s 424.

<sup>12</sup> **SULTAN Şahin ve OĞUZ Polat**, İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5(16), 2014, s.54.

<sup>13</sup> **MARTINA Prpic**, Preventing and combating trafficking in human beings, *Members' Research Service*, 2023.



2022 Komisyonu değerlendirmesi, yalnızca cinsel sömürü amaçlı insan ticaretinin AB'de yılda 14 milyar Euro değerinde olduğunu tahmin ediyor. Büyük olasılıkla bu rakamlar ihtiyatlı bir tahmindir ve suç faaliyetleri genellikle bildirilmediğinden buzdağının görünen kısmını temsil eder. Komisyonun insan ticaretiyle mücadelede kaydedilen ilerlemeye ilişkin 2022 Dördüncü Raporu, önceki raporlama dönemine kıyasla artan şüpheli sayısının (% 29'luk bir artış) kanıtladığı gibi, kolluk kuvvetleri işbirliğinin geliştiğini belirtmektedir.

2019-2020'de AB içinde 6.539 kovuşturma ve 3.019 mahkumiyet kaydedildi, ancak aynı dönemde şüpheli sayısına kıyasla kovuşturma sayısı 2017-2018 dönemindeki %53'ten %43'e düştü. Rapora göre, insan ticaretinin net bir toplumsal cinsiyet boyutu var ve AB'deki kurbanların %63'ü kadın ve kız çocuklarıdır. Ancak 2019-2020'de erkek mağdurların oranı 2017-2018'e göre artıyor (%23'ten %33'e). Cinsel sömürü amaçlı insan ticareti mağdurlarının %87'sini kadınlar ve kız çocukları oluştururken, emek sömürüsü amaçlı insan ticareti mağdurlarının %66'sını erkekler oluşturmaktadır. Mağdurların küçük bir çoğunluğu (%53) AB vatandaşı olup, Romanya, Fransa, İtalya, Bulgaristan ve Polonya ilk beş menşe ülkedir (Europol'e göre, AB'deki kolluk kuvvetleri AB içi vakalarda önemli bir artışa tanık olmuştur).

Çocuklar, mağdurların dörtte birini (%23) temsil ediyor ve bunların büyük çoğunluğu AB vatandaşlığına sahip (%85) ve kadınlardır (%75). En yaygın sömürü biçimi cinsel sömürü (%51), ardından işgücü sömürüsü (%28) ve zorla suç faaliyetleri, zorla dilendirme, yasa dışı evlat edinme, zorla ve sahte evlilikler, yasa dışı taşıyıcı annelik dahil olmak üzere diğer sömürü biçimleri (%11) gelmektedir<sup>14</sup>.

Kaçakçılığın geri kalan %10'unun istismar şekli bilinmiyor. Savunmasız kategoriler ve belirli etnik azınlıklar, belirli insan ticareti türleri tarafından özellikle hedef alınabilir. Örneğin, Romanlar veya engelliler genellikle zorla dilenmenin kurbanı oluyor, göçmen kadınlar genellikle zorla ve sahte evliliklerin kurbanı oluyor. İnsan kaçakçılığının ısrarı ve

---

<sup>14</sup> PRPIC, a.g.e. s, 2.

ciddiyeti, yetersiz mahkûmiyet oranları ve mağdurlara yönelik desteğin yanı sıra, işe alma biçimleri de dahil olmak üzere yıllar içinde suçun niteliğindeki değişiklikler nedeniyle Komisyon, yeni ve kapsamlı bir yaklaşım geliştireceğini belirtti.

Mücadele etmek için 29 Ocak 2020'de Komisyon, 2020 çalışma programını yayınladı ve "Avrupalı yaşam tarzımızı teşvik etmek" önceliği altında, insan ticaretini ortadan kaldırmak için kapsayıcı bir strateji başlatma niyetini açıkladı. Ayrıca, Temmuz 2020'de Komisyon, 2020-2025 dönemi için yeni bir AB Güvenlik Birliği stratejisi ortaya koydu ve burada insan ticaretinin kalıcı ve yüksek kazançlı bir suç olduğunu hatırlattı. Bu stratejide Komisyon, organize suçla mücadeleye yönelik temel eylemleri arasında insan ticaretine kapsamlı bir yaklaşım geliştirme niyetini açıkladı. Parlamento, Komisyon'u 10 Şubat 2021 tarihli kararında insan ticaretinin ortadan kaldırılmasına yönelik belirli bir AB stratejisini hızla benimsemeye çağırarak bunu destekledi. 14 Nisan 2021'de yayınlanan, insan ticaretiyle mücadeleye ilişkin yeni AB stratejisi 2021-2025, bu suçun önlenmesine, insan tacirlerinin adalete teslim edilmesine ve mağdurların korunmasına ve güçlendirilmesine odaklanmaktadır. 2011 İnsan Ticaretiyle Mücadele Direktifi'ne dayanan, insan ticaretini ele almak için AB'nin kapsamlı yasal ve politika çerçevesine dayanmaktadır. Stratejinin uygulanması, görevi 2011 Direktifi ile belirlenen AB İnsan Ticaretiyle Mücadele Koordinatörünün görevlerinden biridir.

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde insan ticaretine açık bir atıfta bulunulmaması şaşırtıcı değil. Sözleşme, 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından ilan edilen ve insan ticaretinden açıkça bahsetmeyen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden esinlenmiştir. Bildirgenin 4. maddesinde "köleliği ve her türlü köle ticaretini" yasaklanmıştır. Ancak, Sözleşme'nin 4[1] maddesinin kapsamı değerlendirilirken, Sözleşme'nin kendine has özellikleri veya günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken canlı bir enstrüman olduğu gerçeği gözden kaçırılmamalıdır.

## SONUÇ

İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması alanında gerekli olan giderek artan yüksek standartlar, buna bağlı olarak ve kaçınılmaz olarak, demokratik toplumların temel değerlerine yönelik ihlallerin değerlendirilmesinde daha fazla katılık gerektirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, küresel bir olgu olarak insan ticaretinin son yıllarda önemli ölçüde arttığını belirtmektedir. Avrupa'da büyümesi kısmen eski Komünist blokların çöküşüyle kolaylaştırıldı. 2000 yılında Palermo Protokolü'nün ve 2005 yılında İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi'nin imzalanması, insan ticaretinin yaygınlığının uluslararası düzeyde giderek daha fazla kabul edildiğini ve bununla mücadele için önlemlere duyulan ihtiyacı göstermektedir.

Dolayısıyla kulluk ne kölelikle ne de köleliğe benzer geleneklerle tam olarak özdeşleştirilemez. Tıpkı köleliğe benzer geleneklerin kölelikle özdeşleştirilmemesi gibi. Geçen yüzyılın 90'lı yılların ortalarında Çeçen ve İnguş Cumhuriyetlerinde yaşanan olaylar ve hatta daha öncesinde Balkanlar'daki kanlı dram, eski Yugoslavya ve Sovyetler Birliği'nin çöküşü, gezegenin diğer bölgelerindeki kanlı çatışmalar açıkça şunu gösterdi: ne yazık ki kölelik ve kulluk, ticaret insanları yüzlerce yıl önce olduğu gibi insanlığın "sadık" yoldaşları olmaya devam ediyor. Bunlara çocuklara, kadınlara yönelik zulüm, cinsel şiddet ve seks turizmi, insan organlarının ticareti, biyoetik sorunu vb. eklendi.

Köleliğin 200 yılı aşkın bir süre önce kaldırılmış olmasına ve bu alanda İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Uluslararası Medeni ve Siyasi İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bir dizi uluslararası anlaşmanın kabul edilmesine rağmen İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması, modernite, istisnasız tüm AB üyesi ülkeleri etkileyen benzer bir kurumu yeniden canlandırmıştır. Küresel mali kriz bağlamında, belirli kategorilerdeki kişilerin insan ticaretine karışma riski orantısız bir şekilde arttı. Bu konu büyük önem taşıyor çünkü insan ticaretiyle ilgili suçlar arasında zorla alıkoyma, şiddet, işkence ve diğer ağır insan hakları ihlalleri gibi vahim suçlar da yer alıyor.

## KAYNAKÇA

- BEIJING DECLARATION AND PLATFORM FOR ACTION**, adopted at the 16th plenary meeting, on 15 September 1995; for the discussion, see chapter V.
- KADIN DAYANIŞMA VAKFI**, Kadın Ticareti İle Mücadele, İnsan Ticareti ile Mücadelede Sivil Toplum Kuruluşları ve Yerel Yönetimlerin Farkındalığının Artırılması Projesi, Ankara, 2010.
- MARTINA Prpic**, Preventing and combating trafficking in human beings, Members' Research Service, 2023.
- SILLER**, N. Modern Slavery: Does International Law Distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking? *Journal of International Criminal Justice*, 2016.
- SULTAN Şahin ve OĞUZ Polat**, İnsan Ticareti ve Fuhuşun Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5(16), 2014.
- UN General Assembly**, United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, 15 November 2000, by resolution 55/25.
- UN**, Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, General Assembly resolution 317 (IV), 1949.
- UN**, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women New York, 18 December 1979.
- UNTC**, International Agreement for the suppression of the "White Slave Traffic", Paris, 18 May 1904.
- UNTC**, International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children Geneva, 30 September 1921.
- UNTC**, International Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age Geneva, 11 October 1933.
- UNTC**, International Convention for the Suppression of the White Slave Traffic, signed at Paris on 4 May 1910, amended by the Protocol signed at Lake Success, New York, 4 May 1949.
- YILDIRIM K**, Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma ve Ülke Uygulamaları, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 2011.

# ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA “YABANCILARIN TOPLU SINIR DIŞI EDİLMESİ” KAVRAMININ İNCELENMESİ

Nazrin RZAYEVA\*

## ÖZET

Toplu sınır dışı yasağı, mültecilik hukuku alanında bir anayasa niteliğinde olan ve en önemli uluslararası belge sayılan 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde yer almamıştır. Şimdiye kadar bu yasağı ele alan tek uluslararası düzenleme Birleşmiş Milletler tarafından 1990 yılında kabul edilen ve 1 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe giren Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmedir. Fakat bu Sözleşme kapsamında her kesin değil, sadece göçmen işçilerin ve onların aile bireylerinin topluca sınır dışı edilmesi yasaklanmıştır. Ayrıca, toplu sınır dışı yasağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. No.lu Ek Protokolünün yanı sıra Avrupa Birliğı Temel Haklar Şartı, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, Arap İnsan Hakları Şartı gibi bölgesel düzenlemelerde de ele alınmıştır.

AİHS'nin 4 No.lu Ek Protokolünün 4. maddesine göre yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır. Görüldüğü üzere, söz konusu maddenin metni çok kısadır. Başka bir ifadeyle, düzenlemede, toplu sınır dışı yasağını oluşturan “yabancı”, “toplu” ve “sınır dışı” kavramları detaylı bir biçimde tanımlanmamıştır. Bu boşluğu gidermek amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından konuya ilişkin alınan kararlarda bu unsurların her birine açıklık getirilmesine çalışılmıştır. Bu bağlamda çalışmamızda, toplu sınır dışı yasağına ilişkin AİHM kararları çerçevesinde kavramı oluşturan unsurlar incelenecek, dolayısıyla hangi durumların bu yasağın ihlali anlamına gelip gelmediğı araştırılacaktır.

---

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Bölümü, Azerbaycan, e-posta: nazrinrzayeva13@gmail.com, ORCID: 0009-0001-9934-3681.

Toplu sınır dışının gerçekleşmesi için gerekli olan en önemli faktör, devletin, “yabancı” grubunu oluşturan her bir kişinin bireysel durumunu incelemeyen sınır dışı etme kararı vermesi ve ilgili kişilerin ülkeden zorla çıkarılmasına yönelik tedbirler almasıdır. Grubu oluşturan bireylerin sayısı veya bu bireylerin herhangi bir gruba (etnik, dini ve s.) mensubiyeti, eylemin toplu sınır dışı yasağı olarak değerlendirilmesi açısından bir önem taşımamaktadır. Buradaki odak noktası, yabancıların her birinin durumunun devletin yetkilileri tarafından makul ve nesnel bir incelemeye tabi tutulup tutulmaması konusudur.

AIHM içtihadına bakıldığında da, grup mensubiyetinin toplu sınır dışının tespitinde esas faktör olmadığı görülmektedir. Örnek olarak, Hirsi Jamaa / İtalya davasında mağdur taraflar Somali and Eritre, Sharifi and diğerleri / İtalya ve Yunanistan davasında Afgan, Sudanlı ve Eritre uyrukluydu. Fakat bazı davalarda aynı uyruk veya etnik kökene mensubiyet belirli yabancıların sınır dışı edilmesini amaçlayan devlet politikasının bir göstergesi olabilmektedir. Böyle durumlarda AIHM tarafından toplu sınır dışı etme eylemlerini gerçekleştiren hükümetin yabancılara yönelik politikalarına da dikkat edilmektedir. Çünkü bu politikalar, eylemin toplu sınır dışı olarak değerlendirilmesi açısından destekleyici faktör olarak kabul edilmektedir. Örneğin, Conka / Belçika davasında, toplu sınır dışısına maruz kalan aile, devletin belirli bir etnik gruba (romanlara) yönelik politikasının mağduruydu.

Son olarak, toplu sınır dışı eylemleri, sadece ulusal topraklar çerçevesinde değil, devletin yargı yetkisini kullanabildiği açık denizler gibi başka alanlarda da (buna bayrak devletin münhasır yetkisi denilmektedir) gerçekleşebilir. Dolayısıyla toplu sınır dışı yasağı devletleri yargı yetkilerini kullanabildikleri tüm alanlarda bağlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Toplu Sınır Dışı, Sığınmacı, Grup Mensubiyeti, Geri Göndermeme İlkesi.

## 1. GİRİŞ

Mültecilik hukuku alanında bir anayasa niteliğinde olan ve en önemli uluslararası belge sayılan 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde toplu sınır dışı yasağı yer almamıştır. Şimdiye kadar bu yasağı ele alan tek uluslararası düzenleme, Birleşmiş Milletler tarafından 1990 yılında kabul edilen ve 1 Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe giren Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Hak-

larının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmedir. Fakat bu Sözleşme kapsamında her kesin değil, sadece göçmen işçilerin ve aile bireylerinin topluca sınır dışı edilmesi yasaklanmıştır.

Söz konusu yasağı ele alan ilk çok uluslu sözleşme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmuştur. Sözleşmenin 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe giren 4 No.lu Ek Protokolünün 4. Maddesine göre yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır.

Toplu sınır dışı meselesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. No.lu Ek Protokolünün yanı sıra Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, Arap İnsan Hakları Şartı gibi bölgesel düzenlemelerde de ele alınmıştır. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesinde diğer sözleşmelerden farklı olarak, toplu sınır dışının ulusal, ırksal, dini ve etnik gruplara yönelik olabileceği belirtilmiş ve bununla da grup mensubiyeti toplu sınır dışının gerçekleşmesi için bir şart olarak ortaya konulmuştur.

Yabancıların toplu sınır dışı edilmesini yasaklayan 4. maddenin metni oldukça kısadır. Bu nedenle “toplu sınır dışı” kavramını oluşturan unsurlar esas itibariyle AIHM içtihadında ele alınmış, kavramın kendisine açıklık getirilmesine çalışılmıştır.

Çalışmamızda toplu sınır dışı kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine 4 No.lu Ek Protokolün 4. Maddesi kapsamında ele alınacak, kavramı oluşturan unsurlar incelenecek ve söz konusu yasağa ilişkin önemli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına değinilecektir.

## 2. HUKUKİ ÇERÇEVE

Yabancıların toplu sınır dışı edilme yasağı bir dizi uluslararası antlaşmada bulunmakta ve uluslararası hukuk genel bir ilkesi olarak kabul edilmektedir.<sup>1</sup>

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, toplu sınır dışı yasağını doğrudan düzenlemez. Sözleşmenin 13. maddesinde devletin ülkesinde hu-

---

<sup>1</sup> HAKIKI, Hanaa: “The ECtHR’s Jurisprudence on the Prohibition of Collective Expulsions in Cases of Pushbacks at European Borders: A Critical Perspective”, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2022, s.135.

kuka uygun olarak bulunan bir yabancıнын ancak, hukuka uygun olarak verilmiş bir sınırđışı etme kararı gereğince ve ulusal güvenliğin zorlayıcı şartları hariç, sınırđışı etme kararına karşı itiraz etmesine ve bu itirazının önünde temsil edilebileceği yetkili bir makam veya yetkili makamın görevlendirdiği bir kişi ve kişiler tarafından denetlenmesi imkanı verilmesi halinde sınırđışı edilebileceği belirtilmiştir.

BM İnsan Hakları Komitesinin 11 Nisan 1986 tarihli 15 sayılı Genel Yorumuna göre söz konusu madde sınır dışı etme kararının esas gerekçelerini değil, yalnızca usulünü doğrudan düzenler. Ancak, “hukuka uygun bir biçimde varılmış bir karar uyarınca” yürütölen sınır dışı etme uygulamalarına müsaade ettiğine göre, maddenin amacının keyfi sınır dışı etme kararlarını engellemek olduğu açıktır. Öte yandan, söz konusu hüküm, her yabancıya kendi vakasına özgü bir karar alınması hakkını verir ve dolayısıyla toplu ya da kitle sınır dışı etme uygulamalarına imkan veren hukuk ya da kararlarla yerine gelmez.<sup>2</sup>

BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşmesinin 22.1. maddesine göre göçmen işçiler ve onların aile fertleri toplu sınırđışı edilme eylemlerine maruz kalamazlar. Her bir sınırđışı edilme durumu bireysel olarak incelenir ve karara bağlanır.

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Komitenin, Düzensiz Göç Halinde Göçmen İşçilerin Ve Aile Fertlerinin Haklarına İlişkin 2 No.lu Genel Yorumuna göre, ilgili Sözleşmenin 22.1. maddesi toplu sınır dışı etmeyi açıkça yasaklar ve her sınır dışı vakasının bireysel olarak incelenip karara bağlanmasını gerektirir. Hem düzenli, hem de düzensiz göçmen işçilere ve aile fertlerine gerekli usuli güvenceler sağlanmalıdır.<sup>3</sup> Yorumu göre, devletin toplu sınır dışı yasağı konusundaki yükümlölükleri açık denizlerde gemiler de dahil olmak üzere devletin etkin kontrolü altında olan tüm alanları kapsar.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant, 11 April 1986, art.10.

<sup>3</sup> UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 2 on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families, 28 August 2013, art.49.

<sup>4</sup> General Comment No.2, art.51.



BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Genel Tavsiye-sinde, (23 Şubat-12 Mart 2004) özellikle her bir bireyin kişisel durumlarının dikkate alındığına dair yeterli güvencelerin bulunmadığı durumlarda yabancıların (non-citizens) toplu sınır dışı edilmemesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>5</sup>

Toplu sınır dışı yasağı aşağıdaki bölgesel sözleşmelerde ele alınmıştır:

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ek Protokol, (m.4)
2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, m.19(1)
3. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, m.22(9)
4. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, m.12(5)
5. Arap İnsan Hakları Şartı, m.26(2)

Arika İnsan ve Halkların Hakları Şartı diğer sözleşmelerden farklı olarak “ulusal, ırksal, etnik ve dini grupları hedef alan” toplu sınır dışı (mass expulsion) yasaklamaktadır. Şarta göre, grubun belirli bir büyüklükte (“mass”, fransızcada “collective” olarak çevrilir) ve karakterde (ulusal, ırksal, etnik veya dini) olması gerekmektedir.<sup>6</sup>

### 3. KAVRAMSAL BAKIŞ

Toplu sınır dışı etme, kişileri grup olarak bir bölgeyi ya da ülkeyi terk etmeye zorlayan ve karar verilirken her bir kişinin kendi bireysel durumunu makul ve objektif bir şekilde incelemeyen alınan tüm önlemler anlamına gelmektedir.<sup>7</sup>

Ancak, grubu oluşturan her bir yabancıların bireysel durumuna yönelik makul ve objektif inceleme yapılarak sınır dışı kararı alınmışsa, bu durumda toplu sınır dışı yasağı ihlalinden söz edilmeyecektir.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation 30:Discrimination against non-citizens, 23 February-12 March 2004, art.26.

<sup>6</sup> CARLIER, Jean-Yves / LEBOEUF, Luc: “The Prohibition of Collective Expulsion as an Individualisation Requirement” In: Madalina Moraru, Galina Cornelisse, Philippe De Bruycker, Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union, 2020, s. 458.

<sup>7</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı: “Sığınma, sınırlar ve göç ile ilgili Avrupa hukuku” el kitabı, 2014, s.83.

<sup>8</sup> DARDAĞAN KİBAR, Esra: “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında Ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi” Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C.11, N.2, 2012, s.64.

Sınır dışı işleminin kişisel bir tedbir olduğu yapılan ikili antlaşmalar da açıkça vurgulanmaktadır. (Örnek olarak, TC-İsviçre İkamet Antlaşması, TC-Avusturya İkamet Antlaşması ve s.)<sup>9</sup>

Hakkında inceleme yapılırken, birey uygun bir şekilde bilgilendirilmeli ve temyiz hakkını kullanabilmesi için ona imkan sağlanmalıdır. Fakat hukuki yardıma erişim çoğu zaman sağlanamamaktadır. Bunun sebeplerinden birisi ve en önemlisi devletler geri itme politikalarını yürütürken, hızlı eylemleri hedeflemiş olmalarıdır. Çünkü hukuki yardımın sağlanması yabancıların sınır dışı edilmesinde belirli gecikmelere sebep olmaktadır.<sup>10</sup>

AIHM içtihadında “yabancı” adı altında devletin vatandaşı olmayan her kes; ikamet edenler, mülteciler, vatansızlar veya başka ülkenin vatandaşı olan insanlar koruma altına alınmaktadır.<sup>11</sup>

AIHM içtihadına bakıldığında, grup mensubiyetinin toplu sınır dışı-tanın tespitinde esas faktör olmadığı görülmektedir. Mesela Hirsi Jamaa v. İtaly davasında başvuranlar Somali and Eritre uyrukluysa. Veya Sharifi and Others v. Italy and Greece davasında başvuranlar 32 Afgan, 2 Sudanlı ve 1 Eritre uyrukluysa.<sup>12</sup>

Fakat bazı davalarda aynı uyruk veya etnik kökene mensubiyet belirli yabancıların sınır dışı edilmesini amaçlayan devlet politikasının göstergesi olabilir.<sup>13</sup>

Topluluk unsurunun oluşmasında sınır dışı eden devletin gruptaki her yabancı hakkında makul ve objektif bir inceleme yapıp yapmaması, başka bir deyişle, usuli güvencelere saygı gösterip göstermemesi belirleyicidir.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> ÇIÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, 6.baskı, Ankara 2016, s.59.

<sup>10</sup> ALINIKULA, Isabella: Migrants at the Borders of Europe: The European Framework For Protection Against Pushbacks and Collective Expulsions, Yüksek Lisans tezi, 2021, s. 43.

<sup>11</sup> RIEMER, Lena: The Prohibition Of Collective Expulsion in Public International Law, Doktora Tezi, 2020, s.30.

<sup>12</sup> RIEMER, s.59.

<sup>13</sup> RIEMER, s.60.

<sup>14</sup> RIEMER, s.63.

Sınır dışı etmenin «topluluk» unsurunun belirlenmesi 2 aşamalı bir teste dayanmaktadır:

1. İlk olarak, her bir grup üyesinin durumunun makul ve objektif bir incelenmesi meselesi Mahkeme tarafından belirlenir.

2. Bu konuda herhangi bir şüphe olduğu durumda diğer arka plan faktörler devreye girmektedir (aynı sınır dışı etme emirleri, hükümet politikası ve s. gibi).<sup>15</sup>

*Sınır dışı etme kavramı.* AİHM tarafından bu kavram Hirsi Jamaa v. İtalya kararında detaylı bir şekilde yorumlanmıştır. 4 No.lu Protokolün vatandaşların sınır dışı edilmesini yasaklayan 3. maddesi şu şekildedir: “Hiç kimse, tek başına ya da toplu olarak, uyruğu bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemez”. Benzer bir şekilde 7 No.lu Protokolün 1. Maddesi “Bir devletin ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez” şeklindedir. Söz konusu maddelerin aksine toplu sınır dışı yasağını ele alan 4 No.lu Protokolün 4. maddesinde “ülke” kavramı yoktur ve bu nedenle de bu maddenin “ülke dışı” (extraterritorial) uygulanmasında da engel yoktur.<sup>16</sup>

AİHM’e göre “sınır dışı” bir devletin topraklarından

- Bir yabancıнын kalışının yasal olup olmamasına;
- Bölgede geçirdiği süreye;
- Göçmen ve ya sığınmacı statüsüne;
- Sınırı geçerken sergilediği davranışa bakılmaksızın zorla çıkarılmasıdır.<sup>17</sup>

#### 4. TOPLU SINIR DIŞI VE GERİ GÖNDERMEME

Toplu sınır dışı yasağı ile geri göndermeme ilkesi birbirini tamamlayan iki bağımsız ilkedir.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> RIEMER, s.64.

<sup>16</sup> RIEMER, s.89.

<sup>17</sup> RIEMER, s.92.

<sup>18</sup> RIEMER, s.248.

Toplu sınır dışı yasağı usule ilişkin bir hakkı temsil ederken geri göndermeme yasağı maddi (material right) bir haktır.<sup>19</sup>

Toplu sınır dışı etme yasağı bireylerin geri gönderilme korkusunun ilgili makamlar tarafından değerlendirilmesini garanti ettiği için, nihai olarak geri göndermeme ilkesini prosedür açısından güvence altına alır.<sup>20</sup> Geri göndermeme ilkesi, yetkililerin yabancıların güvenli olmayan bir yere iade edilemeyeceği sonucuna varması durumunda böyle bir değerlendirilmenin sonucunun maddi olarak gerçekleşmesini sağlar.<sup>21</sup>

Bu nedenle de toplu sınır dışı genellikle “etkili erişim” gibi prosedürel haklarla, geri göndermeme ise daha çok işkence yasağı gibi maddi içerikli haklarla bağlantılıdır.

Geri göndermeme ilkesiyle toplu sınır dışı yasağı arasındaki ilişkiye BM İşkenceye Karşı Komitenin 4. Nolu Genel Yorumunda değinilmiştir. Komiteye göre, bireysel vakaların kişisel risk açısından objektif bir şekilde incelenmediği toplu sınır dışı etme aynı zamanda geri gönderme ilkesinin de ihlalidir.<sup>22</sup>

## 5. TOPLU SINIR DIŞI YASAĞINA İLİŞKİN AIHM KARARLARI

### *Conka / Belçika davası.*

Bu davada başvuranlar iki ebeveyn ve iki çocuktan oluşan Roman kökenli Slovakyalı bir aileydi. Aile, 1998 yılında herhangi bir polis koruması olmadan dazlaklar tarafından saldırıya uğradıkları ve tehdit edildikleri gerekçesiyle Belçikada siyasi sığınma talebinde bulunmuştur. Belçika ilgili makamları delil yetersizliğinden ailenin iddialarını kabul edilemez bularak reddetmiş ve 5 gün içinde onlara ülkeyi terketmeyi emretmiştir. Başvuranların yapmış oldukları itiraz da reddedilmiş ve

<sup>19</sup> PERIŠIĆ, PETRA / OSTOJIC, PAULINA: “Pushbacks of Migrants in the Mediterranean: Reconciling Border Control Measures and the Obligation to Protect Human Rights”, Poredbeno Pomorsko Pravo, 2022, s.602.

<sup>20</sup> RIEMER, s.250.

<sup>21</sup> RIEMER, s. 252.

<sup>22</sup> UN Committee against Torture, General comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, 4 September 2018, art.13.

haklarında başka bir sınır dışı kararı verilmiştir.<sup>23</sup> Diğer Roman asıllı Slovakiyalı vatandaşlarla birlikte iltica dosyalarının tamamlanabilmesi için hazır bulunmalarının gerekli olduğu bildirilerek Gent Polis Karakoluna çağırılmaları üzerine aileye ülkeyi terk etmeleri için yeni bir emir ve gözaltı kararı tebliğ edilmiştir. Aile, daha sonra kapalı bir geçiş alanına götürülmüş ve 5 gün sonra bir dizi Slovak aileyle birlikte sınır dışı edilmiştir. Başvuranlar, sınır dışı edilemelerine ilişkin emirler devlet idarelerinin Slovakya'dan gelen romanlarla ilgili tutumunu göstergesi olduğunu ve bu tutumun bazı resmi belgelerle desteklendiğini iddia etmiştir.<sup>24</sup>

Hükümetin iddiasına göre başvuranlar tarafından söz konusu kararlara itiraz edilmemiştir.<sup>25</sup> Conka ailesi de dahil olmak üzere bazı münferit vakaların incelenmesi başvuranlar uçağa binmek üzere olana kadar devam edilmiştir.<sup>26</sup>

AİHM toplu sınır dışı etmenin her bir bireyin durumunun makul ve objektif değerlendirilmesi halleri dışında yabancıları bir ülkeyi terk etmeye zorlayan herhangi bir önlem olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre bu davada tutuklama ve sınır dışı kararlarında sığınma başvurusuna veya başvuranların aleyhine önceki kararlara her hangi bir atıfta bulunulmamıştır.<sup>27</sup> Bu eylemin toplu sınır dışı edilmesi kapsamına girmesi bir çok faktörlerle de desteklenmektedir:

- Siyasi yetkililer tarafından büyük bir artışın ardından Slovakya'dan gelen sığınma başvurularının caydırılması amacıyla bu tür operasyonların olacağına duyurulmuş olması,
- Olaya karışan tüm yabancıların aynı anda karakola çağrılmaları,
- Avukatla iletişim kurmalarının zor olması,
- Sığınma prosedürünün tamamlanmamış olması.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Čonka v. Belgium, Application no. 51564/99, paras.7-10.

<sup>24</sup> Čonka v. Belgium, para.56.

<sup>25</sup> Čonka v. Belgium, para.57.

<sup>26</sup> Čonka v. Belgium, para.58.

<sup>27</sup> Čonka v. Belgium, para.61.

<sup>28</sup> Čonka v. Belgium, para.62.

Bu bağlamda Mahkemeye göre, ilgili her bir kişinin durumunun bireysel olarak dikkate alındığını gösteren güvencelerin yeterli olmaması 4. maddenin ihlali anlamına gelmektedir.<sup>29</sup>

### *Hirsi Jamaa ve Diğerleri İtalya davası*

Somali ve Eritre uyruklu başvuranların da dahil olduğu 200 kişilik bir grupla İtalyaya ulaşmak amacıyla Libyadan ayrılan gemiler İtalyan Polisi tarafından durdurulmuş ve gemilerde bulunanlar İtalyan askeri gemilerine aktarılmıştır. Göçmenler, 10 saatlik bir yolculuğun ardından Libya makamlarına teslim edilmişler.<sup>30</sup>

İtalya İçişleri Bakanı, 7 Mayıs 2009 tarihinde düzenlediği basın toplantısında açık denizlerde gemilerin durdurulması ve göçmenlerin Libya'ya gönderilmesinin, Libya ile imzalanmış olan ve 4 Şubat 2009'da yürürlüğe girmiş ikitaraflı anlaşmaların sonucu olduğunu ve bunların, kaçak göçmenlikle mücadelede çok önemli bir dönüm noktası oluşturduğunu vurgulamıştır.<sup>31</sup>

Hükümet, söz konusu olayların, İtalyan askeri gemilerinde gerçekleştiğini kabul etmekte, fakat İtalyan makamların, başvuranlar üzerinde, "mutlak ve münhasır" yetki kullandığını inkar etmektedir.<sup>32</sup>

Başvuranlar, İtalya Denizcilik Kanunu'nun, 4. maddesinin, İtalyan bayrağını taşıyan gemilerin, karasuları dışında olduklarında bile, İtalya'nın yetki alanına girdiklerini açıkça belirttiğine dikkat çekmektedirler.<sup>33</sup>

Mahkemeye göre, 4.No.lu Protokolün vatandaşların sınır dışı edilmesini yasaklayan ve bu yasağın "ülkesel" kapsamına atıf yapan 3. maddesi aksine aynı Protokolün 4. maddesinde ülke kavramı yer almamaktadır ve bu nedenle söz konusu maddenin «ülke dışı» uygulanmasında da engel yoktur.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Čonka v. Belgium, para.63.

<sup>30</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, Application no. 27765/09, paras.9-12.

<sup>31</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, para.13.

<sup>32</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, para.64.

<sup>33</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, para.67.

<sup>34</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, para.173.

“Sınır dışı etme kavramı” ve “yetki alanı” kavramları öncelikli olarak ülkesel niteliktedir. Fakat mevcut davada olduğu gibi, Mahkeme bir devletin istisnai olarak yargı yetkisini ulusal topraklarının dışında kullandığını tespit ederse, bu tür yargı yetkisi kullanımının toplu sınır dışı olarak kabul edilmesinde herhangi engel görmemektedir. Deniz ortamının özel nitelikte olması onları hukuk dışı bir alan yapmaz.<sup>35</sup>

Mahkemeye göre, egemen otoritesini uygulayan devletin yetkilileri tarafından açık denizlerde yapılan yakalamalar bağlamında yabancıların geri gönderilmeleri 4 No.lu Protokol’ün 4.maddesi uyarınca sorumluluk doğurmaktadır.<sup>36</sup>

Mahkeme, başvuruların Libyaya transfer edilmesinin her bir başvuranın bireysel durumuna ilişkin herhangi bir incelenme yapılmadan gerçekleştirildiğini, askeri gemilerdeki personelin bireysel görüşme yapmak üzere eğitilmediğini ve tercüman ve hukuk danışmanlarından bu konuda yardım almadığını tespit etmiştir.<sup>37</sup>

Nihai olarak, Mahkeme başvuruların sınır dışı edilmesinin toplu nitelikte olduğu ve Sözleşmeye 4 No.lu Ek Protokolün 4. Maddesinin bu hususta ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>38</sup>

### *Sultani / Fransa davası*

Ülkedeki siyasi değişimler sonucu başvuran Muhammed Sultani ve ailesi tacik oldukları için saldırıya maruz kalmışlar ve Pakistana gitmek üzere Afganistan’dan ayrılmışlar. Daha sonra Muhammed Fransada sığınma başvurusunda bulunmuş, fakat bu başvuru olumlu sonuçlanmamış ve 2004 yılında onun hakkında Fransa topraklarını terketmesine yönelik talimat verilmiştir.<sup>39</sup>

2005 yılında diğer Afganlarla birlikte tutuklanmıştır ve aynı gün hakkında varış ülkesini belirleyen ve idari gözaltı kararları verilmiştir.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, para.178.

<sup>36</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, para.180.

<sup>37</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, para.185.

<sup>38</sup> Hirsi Jamaa and others v. Italy, para.186.

<sup>39</sup> Sultani v. France, Application no. 45223/05, paras.8-11.

<sup>40</sup> Sultani v. France, paras 15-16.

2006 yılında başvuran tarafından ikinci sığınma başvurusu yapılmıştır. Lakin bu sefer de ilgili kurum tarafından başvuranın gideceği yerde zulüm korkusunun veya ciddi tehditlerin varlığını kanıtlayacak yeterli delil olmadığından başvuru reddedilmiştir.<sup>41</sup>

Başvurana göre, Fransız polisi tarafından Afganları sınır dışı etmek için «gruplandırılmış bir uçuş» düzenlemek amacıyla bu kişilerin uyruguna dayalı olarak hedefli tutuklamalar gerçekleştirilmiştir.<sup>42</sup>

Aynı zamanda başvuran, menşe ülkesine dönüş durumunda olabilecek risklerin bireysel anlamda ve etkili bir şekilde incelenmediğini iddia etmiştir.<sup>43</sup>

Sultani, Le Monde gazetesinin internet sitesinde yayınlanan ve İç İşleri Bakanının şu sözlerinin yer verildiği makaleyi referans göstermiştir: “Başbakan ve ben şu anda Irak, Afganistan ve Somali’ye toplu uçuşların yapılması konusunda İngiliz dostlarımızla konuşmalar yapıyoruz. İngiltere’nin yeni bir Eldorado olduğuna inanan ve Pale of Calais’te ne barınma ne de iş bulma ümidi olmayan insanları geri göndermek için...”<sup>44</sup>

Hükümete göre, bu tür uçuşlar toplu sınır dışı olarak değerlendirilmemeli, çünkü bu uçuşlar genel olarak Fransız havaalanlarından çok az tarifeli sefer yapılan ülkelere yönelik uçuşlarda koltuk almanın zorluğu ve hatta imkansızlığı nedeniyle gerekli hale getirildi.<sup>45</sup> Hükümet başvuranın talebine bireysel bir kararla cevap verilmişliğini iddia etmiştir.<sup>46</sup> Aynı zamanda Hükümet, çok sayıda yabancının benzer kararlara tabi olması, ilgili her bir kişiye sınır dışı edilmesine karşı yetkili makamlara itiraz etme şansı verilmişse, durumun toplu sınır dışı etme olduğu sonucuna varılamayacağı görüşünü savunmuştur.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Sultani v. France, para.26.

<sup>42</sup> Sultani v. France, para.15.

<sup>43</sup> Sultani v. France, para.78.

<sup>44</sup> Sultani v. France, para.80.

<sup>45</sup> Sultani v. France, para.73.

<sup>46</sup> Sultani v. France, para.74.

<sup>47</sup> Sultani v. France, para.81.



Mahkemeye göre, yerel makamlar tarafından sığınma başvurusunu inceleyen kararlarda yalnızca Afganistan’daki genel durumu değil, aynı zamanda başvuranın kişisel durumu ve karşılaşacağı riskler de değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvuranın durumu gerçekten bireysel olarak incelenmiş ve yeterli güvenceler sağlanmıştır.<sup>48</sup> Sonuç olarak, 4. madde ihlal edilmemiştir.<sup>49</sup>

## 6. SONUÇ

Toplu sınır dışının gerçekleşmesi için devletin “yabancı” grubunu oluşturan her bir kişinin bireysel durumunu incelemeyen sınır dışı etme kararı vermesi ve ilgili kişilerin ülkeden zorla çıkarılmasına yönelik tedbirler alması gerekmektedir. Söz konusu grubu oluşturan bireylerin sayısı veya bu bireylerin herhangi bir gruba (etnik, dini ve s.) mensup olmaları önem taşımamaktadır. Burada asıl kriter yabancıların her birinin durumunun devletin yetkilileri tarafından makul ve nesnel bir inceleme tabi tutulup tutulmaması meselesidir.

Yabancıların toplu sınır dışı edilmesinin, diğer bir ifadeyle 4 No.lu Protokolün 4. maddesinin tespitinde AİHM tarafından bu eylemi gerçekleştiren hükümetin yabancılara yönelik politikalarına da dikkat edilmektedir. Zira, yabancıları bir grup halinde ülkeden çıkarmaya zorlayan tedbirler, hükümetin “sınır dışı etme” politikasının da bir sonucu da olabilir. Bu durumda hükümet politikasıyla grup mensubiyeti birbiriyle bağlantılı olabilmektedir. Örneğin, Conka-Belgium davasında, toplu sınır dışısına maruz kalan aile, devletin belirli bir etnik gruba (romanlara) yönelik politikasının mağduruydu.

Toplu sınır dışı etme ulusal toprakların dışında da gerçekleşebilir. Şöyle ki devlet yargı yetkisini sadece ulusal topraklarda değil, başka alanlarda da, örnek olarak açık denizlerde (buna bayrak devletin münhasır yetkisi denmektedir) kullanabilir. Dolayısıyla toplu sınır dışı yaşağı devletleri yargı yetkilerini kullanabildikleri tüm alanlarda bağlamaktadır.

---

<sup>48</sup> Sultani v. France, para.83.

<sup>49</sup> Sultani v. France, para.84.

## KAYNAKÇA

- ALINIKULA, Isabella: *Migrants at the Borders of Europe: The European Framework For Protection Against Pushbacks and Collective Expulsions*, Yüksek Lisans tezi, 2021, 74.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı: "Sığınma, sınırlar ve göç ile ilgili Avrupa hukuku" el kitabı, 2014.
- DARDAĞAN KİBAR, Esra: "Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında Ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi" *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C.11, N.2, 2012, ss.53-74.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 6.baskı, Ankara 2016.
- HAKIKI, Hanaa: "The ECtHR's Jurisprudence on the Prohibition of Collective Expulsions in Cases of Pushbacks at European Borders: A Critical Perspective", *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2022, ss.133-163.
- CARLIER, Jean-Yves / LEBOEUF, Luc: "The Prohibition of Collective Expulsion as an Individualisation Requirement" In: Madalina Moraru, Galina Cornelisse, Philippe De Bruycker, *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, 2020, ss. 455-473.
- PERİSİC, PETRA / OSTOJIC, PAULINA: "Pushbacks of Migrants in the Mediterranean: Reconciling Border Control Measures and the Obligation to Protect Human Rights", *Poredbeno Pomorsko Pravo*, 2022, ss. 585-614.
- RIEMER, Lena: *The Prohibition Of Collective Expulsion in Public International Law*, Doktora Tezi, 2020, 311.
- UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 15: *The Position of Aliens Under the Covenant*, 11 April 1986.
- UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 2 on the rights of migrant workers in an irregular situation and members of their families, 28 August 2013.
- UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation 30: *Discrimination against non-citizens*, 23 February-12 March 2004.
- UN Committee against Torture, General comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, 4 September 2018, art.13.
- Çonka v. Belgium, Application no. 51564/99.
- Hirsi Jamaa and others v. Italy, Application no. 27765/09.
- Sultani v. France, Application no. 45223/05